



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

Hinestrosa, Fernando

Reconocimiento del contrato y legitimidad de sus efectos: del contrato romano al contrato contemporáneo*

Revista de Derecho Privado, núm. 43, 2022, Julio-Diciembre, pp. 7-17

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.01>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417572654001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Reconocimiento del contrato y legitimidad de sus efectos: del contrato romano al contrato contemporáneo*

» FERNANDO HINESTROSA**

Dedicado de muchos años atrás al estudio del derecho de obligaciones, naturalmente hube de acudir bien pronto a los orígenes romanos de las distintas instituciones que integran dicha materia y, por supuesto, detenerme y profundizar en el contrato, comenzando por su razón de ser y sus orígenes, en pesquisas, siempre interrumpidas y retomadas. Acá, con oportunidad de este Congreso, deseo comentar con Uds. algunas inquietudes, suposiciones, perplejidades, generadas por aquellas incursiones en doctrina y fuentes.

Un punto de partida fundamental y fértil fueron para mí, y siguen siéndolo, aquellas reflexión e interrogación lanzadas por Gino Gorla en su obra clásica *Il contratto*:

La historia de cualquier sistema jurídico revela con cuántas dificultades se ha llegado a admitir la idea de que de una promesa pueda derivar una obligación en sentido jurídico, es decir, de que tal promesa pueda, utilizando la terminología del *common law*, llegar a ser “*enforceable*” (*actionnable*, en francés; *jurídicamente sancionada*,

* Ponencia para el xi Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Morón (Argentina), septiembre de 1998.

Para citar el artículo: HINESTROSA, F., “Reconocimiento del contrato y legitimidad de sus efectos: del contrato romano al contrato contemporáneo”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 43, julio-diciembre 2022, 7-25, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.01>.

** Rector de la Universidad Externado de Colombia y profesor en ella de Derecho Civil (1963-2012) (Bogotá). La *Revista de Derecho Privado* presenta, a partir del número 24, los trabajos referidos al derecho civil y romano de quien fue su fundador y constante y decidido animador. La mayoría de los trabajos ya ha sido publicada, pero el afán de facilitar su divulgación, en especial entre los estudiantes, nos lleva a presentarlos de nuevo, seguros no solo de su utilidad, sino también de su permanente actualidad.

en nuestro idioma). Hoy esta idea se nos ofrece como algo “natural”. Pero fue necesario un largo proceso histórico hasta poder llegar a ella.

En realidad, el problema fundamental del contrato obligatorio o de la promesa es el siguiente: ¿sobre la base de qué condiciones o requisitos engendra obligación una promesa, en un determinado sistema de derecho positivo? ¿Basta con el llamado “nudo consentimiento”? ¿Dentro de qué límites produce obligación la promesa o hasta dónde se extiende la responsabilidad del promitente en cuanto tal?¹

Ciertamente, en lo que se refiere a la prehistoria, las fuentes son menos que exigüas², y las conjeturas no dejan de estar contaminadas de prejuicios: la tendencia elemental a imaginar que los demás pensaron, piensan y deben pensar como uno, por doquier y siempre; y en cuanto al presente, esos mismos prejuicios, convertidos en lemas o asertos no controvertidos e incontrovertibles, hacen inusitada y superflua aquella pregunta. ¡Pensar que íntegra la doctrina del contrato y, con ella, cuántas polémicas intensas e interminables han tenido su origen en esa “célula” conceptual! Apasionante, entonces, identificar el “itinerario de la autonomía privada”³. Habiendo adquirido desde las primeras nociones de derecho y, petrificado pronto, un código cultural con arreglo al cual existe una categoría general denominada “contrato”, que quiere decir acuerdo, convención, y en últimas, “consentimiento”, ¿cómo imaginar, y para qué, que esa categoría y esta definición tienen, como todo, una relatividad histórica y cultural, y que no puede darse por descontado que siempre hayan existido, y significado lo mismo, y obedecido a unas mismas exigencias sociales y políticas?⁴

Al definir el “negocio jurídico o declaración de voluntad” –categoría dentro de la que se incluye el “contrato”– como “acto voluntario en el que la voluntad del agente está dirigida al nacimiento o a la disolución de la relación jurídica”⁵, y ver en él la “causa eficiente del nacimiento o de la extinción de los derechos”⁶, simplemente se afirmó la presencia y la exigencia de una voluntad dirigida a efectos jurídicos, creadora o determinante de ellos, pero se dejó pendiente el problema mayúsculo de la razón de ser de dichos efectos, o sea el de la relación, o mejor de la distribución de competencias, entre el ordenamiento y el particular⁷: ¿“autorización” de parte

1 GORLA, G. *Il contratto*, Milano, 1955. *El contrato*, trad. J. Ferrandis Vilela, Barcelona, 1959, p. 30. V. D.

2 Cfr. SUMMER MAINE, H. *The early history of contract*, en *Ancient Law*, Boston, 1963, pp. 295 y ss.

3 La expresión es de N. di Prisco, quien así intitula su contribución a los *Siloge in onore de Giorgio Oppo il Contratto*, vol. 1, Padova, 1992, p. 93.

4 RESCIGNO, P. *Manuale di diritto civile italiano*, rist. 5.^a ed., Napoli, 1983, pp. 185 y ss.

5 VON SAVIGNY, F.C. *Sistema del diritto romano attuale*, trad. de V. Scialoja, vol. 3.^o, 2.^o tir., Turino, 1900, p. 5.

6 VON SAVIGNY, F.C. *Sistema*, cit., vol. 3, p. 22.

7 “Competencia dispositiva de los particulares y competencia normativa del ordenamiento jurídico en la disciplina del negocio”: BETTI, E. *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, pp. 84 y ss.

del Estado⁹⁸, ¿“reconocimiento”⁹?, “tutela en forma de una *action en justice*”¹⁰? Y también aquel otro, quizá más vistoso y conflictivo, el de qué hay o debe haber “detrás del consentimiento”, como sustento o razón de ser de los efectos de él y de la legitimidad del contrato.

Ambas cuestiones siguen vigentes y para su dilucidación es útil tomar los arcanos y observar sus vicisitudes, cuyo análisis contribuye a explicar unas cuantas obstinaciones y virajes a lo largo de la historia, y aún vigentes, cuando no parece impertinente aquel comentario de que “la historia de la autonomía privada es la historia de sus restricciones” (L. Raisel).

Sin que importe establecer cuál fue el primer acto de disposición particular de intereses, si lo que se llamó “mutuo”¹¹ o lo que se denominó “trueque”, algo al parecer incuestionable es que cuando el ser humano, ansioso de disminuir sus carencias, acude a alguien que está en condiciones de darle o entregarle el bien o de prestarle el servicio anhelados, sabe que el entendimiento con él habrá de concretarse en una determinada figura cuya función permita a ambos esa satisfacción, mediante la ejecución de las prestaciones surgidas de ella. Es el resultado de la experiencia, propia o ajena. Así, es de suponerlo, fueron surgiendo figuras singulares de actos dispositivos, antes de que se pensara en compararlas entre sí y se procediera a su clasificación según variados criterios, y así han continuado surgiendo, como corresponde al desarrollo económico y cultural.

En una sociedad y economía en las que los ciudadanos obtenían los más de los servicios de sus *servi*, quienes los prestaban, obviamente, no en razón de trato alguno, sino por orden del respectivo *dominus*, es natural que la prestación *par excellence* fuera la *in dandum*¹². Todo hace pensar, por lo mismo, en la prelación de las obliga-

8 SANTORO-PASSARELLI, F. *Dottrine generali del diritto civile*, 9.^a ed., rist., Napoli, 1986, p. 125: “El negocio jurídico es el acto de una voluntad autorizada por el ordenamiento para perseguir un fin. [...] [U]n acto de autonomía privada enderezada a un fin que el ordenamiento considera merecedor de tutela. [...] La voluntad, sin embargo, es determinante de los efectos: y aquí está la característica propia del negocio”.

9 Cfr. BETTI, E. *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 48 y ss. y pp. 84 y ss.; “El ordenamiento reconoce al negocio como acto de autonomía. [E]l negocio deriva su juridicidad siempre del ordenamiento. Reconocimiento en sentido técnico: el ordenamiento, una vez atribuida relevancia jurídica al negocio, le vincula los efectos jurídicos correspondientes grosso modo a las disposiciones tomadas por las partes”: SCOGNAMIGLIO, R. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, pp. 141, 149 y ss.

10 “Reconocimiento o autorización no son más que ficciones desprovistas de fundamento. En la realidad, la red de valores generales, que el ordenamiento estatal predispone, para consentir la propia tutela a los actos de autonomía privada y los valores del todo singulares que este último expresa, responden a exigencias, finalidades y lógicas distintas, por lo demás destinadas a no encontrarse”: FERRI, G.B. *Decisione negoziale e giudizio privato*, en *Studi sull'autonomia del privati*, Torino, 1997, p. 88.

11 BONFANTE, P. *Corso di diritto romano*, vol. 4, *Le obbligazioni*, rist., Milano, 1979, p. 271.

12 Y así continuó siéndolo hasta en los propios códigos modernos, como se puede apreciar en el volumen de preceptos que ellos dedican a disciplinar las obligaciones con dicha prestación, frente al relativo al de los preceptos atinentes a las de *facere* activo y pasivo.

ciones *re contractae*, y, por tanto, de la entrega previa como razón de ser de la obligación, acá de restituir, que habría de perpetuarse, naturalmente en los contratos reales innominados¹³. Las obligaciones *verbis contractae* son, ante todo, las surgidas de la *stipulatio*, forma e instrumento universal, abstracta, cuyas propiedades, ante todo, su sencillez, autenticidad y adaptabilidad, explican su desarrollo inmenso y la prolongación de su vigencia en el tiempo¹⁴. Apta para propiciar la seriedad y madurez de la promesa, con evidente carácter tutelar (*Schutzform*), como también para respaldar la firmeza del compromiso asumido mediante ella y el rigor de sus efectos¹⁵. La plenitud del rito mágico-religioso-jurídico se presenta como requisito fundamental de eficacia de la promesa, a la vez que como razón suficiente de ella. Así, en términos generales, puede decirse que la *obligatio contracta* deriva, bien de un acto de entrega (*re*), bien de una ceremonia oral (*verbis*)¹⁶. Con todo, las circunstancias y la creatividad fueron abriendo camino a “contratos informales” frente a la *stipulatio*, paradigma de contrato obligatorio: *obligationes consensu contractae*, a propósito de las cuales ha de destacarse la tipicidad estricta de los contratos consensuales y, por lo mismo, la ausencia de acción para la efectividad de los resultados de un acuerdo o convenio por fuera de aquel catálogo¹⁷.

Difícil, por no decir imposible, imaginar un acto dispositivo, sin pensar en la intención de quien lo celebra¹⁸, al margen de cuál sea la relevancia, según las circunstancias y los criterios, que puedan tener la ausencia o el vicio del “consentimiento”, e inclusive si el vicio o la propia falta pueden ser indiferentes, sea porque cumplida la forma el acto deviene inexpugnable¹⁹, sea por la severidad de las costumbres, sea, en fin, porque prevalezcan los criterios de la responsabilidad del declarante y la confianza del destinatario de la declaración de aquel. De suerte que de lo que se trata al referirse a los contratos “consensuales” es de desentrañar el significado de la calificación, es decir, de establecer si en ellos basta el mero consentimiento para la celebración del contrato y la firmeza de sus efectos²⁰, y, por consiguiente, la contraposición entre los bien conocidos brocárdicos: *Ex nudo pacto non oritur actio*,

13 Paul D. 19.5.5 pr.; ZIMMERMANN, R. *The law of obligations*, Oxford-New York, 1990-1996, pp. 532 s.

14 “Dentro de ciertas restricciones, las partes podían adaptar estos tipos [contratos típicos *iuris civilis* y *honorarii*] a los fines concretos que pretendían y la *stipulatio* sirvió para ello muy eficazmente”: SCHULZ, F. *Derecho clásico romano*, trad. J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, p. 451.

15 ZIMMERMANN, R. *The law of obligations*, cit., p. 549.

16 BONFANTE, P. *Corso di dir. Rom.*, 4.^º, cit., pp. 274 y ss.

17 SCHULZ, F. *Derecho romano clásico*, cit., p. 500, con mención de la *condictio ob causam datorum* y la *actio de dolo*, con efectos recuperatorios, en cuanto a los “contratos reales innominados”; GORLA, G. *El contrato*, cit., pp. 30 y 69; BURDESE, A. I contratti innominati, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 67 y s.

18 D. 2.14.1.3; MARRONE, M. *Istituzioni di diritto romano*, 2.^a ed., rist., Palermo, 1997, p. 162, en relación con los “motivos propios, personales”.

19 La *stipulatio* en un principio: ZIMMERMANN, R. *The law of obligations*, cit., pp. 69 y ss.; el *contract under seal*; CHESIRE FIFOOT & FURMSTON'S, *Law of contract*, 12.^a ed., London, 1991, pp. 28 y 70.

20 Gai. 3.135 y 136.

*igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit excepctionem*²¹. Acá, la cuestión no consiste en ignorar o negar la importancia del consentimiento o de la voluntad (¿“voluntad de obligarse en sentido jurídico”?), en lo que respecta al acto particular dispositivo de intereses, sino que estriba en determinar su verdadera trascendencia. En mi sentir, a semejanza de lo que ocurre con el “aspecto subjetivo” en materia de responsabilidad extracontractual, en donde del aserto de “el que daña culposamente ha de indemnizar” se pasó a aquel otro, restrictivo y harto diverso, de “sólo el que daña culposamente está obligado a indemnizar”, aquí, del reconocimiento de la importancia y el influjo de la voluntad en la validez del contrato se pasó a sostener que “solus consensus obligat”. Y en ambos campos, no me parece ocioso, como tampoco intrascendente, establecer la razón de ser ideológica de esa transfiguración²².

Por cierto, la categoría de los llamados “contratos consensuales” se remite a la jurisprudencia clásica, y son bien sabidas sus ventajas, entre otras, la de los poderes de singularización o especificidad del criterio del juez frente al caso concreto, y sin más puede decirse que su acogimiento obedeció ante todo a la necesidad de agilizar el tráfico jurídico internacional, sentida por el *praetor peregrinus*, que vino a enriquecer la práctica entre los solos romanos²³. Categoría de la cual, todo hace pensar que derivaron las del contrato moderno y el contrato contemporáneo (?). Dejando de lado los temas de los poderes del juez en los *bonae fidei iudicia* y de la evolución de los *pacta adjecta*, *ex continenti* y *ex intervallo*, no sólo en cuanto a la eficacia de estos, sino más ampliamente en lo relativo al contenido y los alcances “casuísticos” de estipulaciones y *naturalia negotia*, es de resaltar –en lo que hace a la tipicidad y sus consecuencias– la contraposición entre los *pacta vestita* y los *nuda pacta*, si que también entre los contratos con nombre y disciplina en el ordenamiento los contratos innominados (*anonyma synallagma*), que, por cierto, nunca carecieron de nombre²⁴, y no llegaron a ser tan “consensuales”, en la medida en que su reconocimiento, indirecto o directo, se remitía a la ejecución o comienzo de ejecución de una de las obligaciones correlativas: *res vel factum*²⁵. De ahí que retenga y resalte el aserto de que “en la fase justiniana, el derecho romano se cierra con la admisión de dos esquemas genéricos de contrato obligatorio: uno es el contrato formal o *stipulatio*, el otro es esquema genérico de contrato de cambio cumplido por una de las partes, genérico en el sentido de que no se entra en la cuestión de la naturaleza, de los caracteres o de

21 D. 2.14.7.4 y 2.14.7.7.

22 Cfr. VILLEY, M. *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en *Archives de Philosophie du droit*, Paris, 1957, pp. 87 y ss.

23 ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni di diritto romano*, 14.^a ed., rist. Napoli, 1978, p. 336.

24 D. 19.5.5 pr.: *el do tu des, do tu facias, facio tu des, factio tu facias*.

25 D. 2.14.7.2 y 50.16.19. La *actio praescriptis verbis*, pero por causa data, D. 19.5.15 (16) y 19.4.1.2. Cfr. GORLA, G. *El contrato*, cit., pp. 32 y ss., pp. 45 y ss.; ZIMMERMANN, R. *The law of obligations*, cit., pp. 536 y ss.; BUSSI, E. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune, dir. di obbligazione*, Padova, 1937, pp. 231 y ss.

la proporcionalidad de las prestaciones, y por tanto, se trata de un esquema que, en cierto modo, tiene un valor casi formal”²⁶.

Que el derecho clásico no conoció una teoría general y que, por el contrario, su atención se concentró en las figuras o tipos singulares, y que la jurisprudencia del derecho común fue la creadora de una teoría general el contrato, es una afirmación pacífica²⁷. También lo es la lentitud “tardanza” con que el verbo *contrahere* fue adquiriendo el significado de “celebrar o realizar un acto”²⁸, y más aún la ambivalencia de las expresiones *pactum*, *conventio*, *synallagma*, *contractus*²⁹, aprovechada por los compiladores, y más por los iusnaturalistas, para apuntalar su orientación “consensualista”.

Qué interesante e instructivo es seguirle el paso al “contrato” durante el Medievo, especialmente en lo que hace al derecho común³⁰. La presencia de formalidades, fueran las constitutivas o *ad substantiam* del contrato formal, o las que simbólica o realmente acompañaban al acuerdo o a la promesa, consecuentemente con las nuevas circunstancias: juramento, *palmata*, arras, *denarus Dei*, *charta*, *instrumentum*, pone de presente la trascendencia conceptual y práctica del *vestitum*, sin perjuicio de la mayor desenvoltura o agilidad del contrato comercial. Cuán lento y penoso fue el recorrido hasta llegar a la apoteosis del consensualismo. Valdría la pena indagar más a fondo y desprejudicialmente sobre el significado y el alcance ciertos, en su momento, de aquellos brocárdicos: “Ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort”³¹, “Wer bedechtlich zusagt, der sol es haiten” y el más gráfico de “On lie les boeufs par les cornes, et les hommes par les paroles; et autant vaut un simple promesse ou convenance, que les stipulations du droit romain”³². E, igualmente, apreciar la presión en sí a favor de un “strip off” o sea para despojar al contrato (¿a la promesa?) de vestimentas pesadas e impedientes, y el porqué de ella.

Se da por descontado el influjo del derecho canónico en tal sentido, así hubiera sido indirecto³³, aun cuando al propio tiempo se reconoce que el “solus consesus obligat” y el consensualismo en general no vinieron a imponerse (teóricamente o formalmente!) sino hasta el advenimiento del racionalismo iusnaturalista y los hu-

26 GORLA, G. *El contrato*, cit., p. 35; POTIER, R.-J. *Tratado de las obligaciones*, t. 1, trad. S. M. S., Madrid-Barcelona [s. d.], n.º 10.

27 SCHULZ, F. *Derecho romano clásico*, cit., p. 445.

28 D. 50.16.19; BONFANTE, P. *Corso di diritto romano*, vol. 4, cit., pp. 250 y ss.; BURDESE, A. *I contatti innominati*, cit., p. 66.

29 BONFANTE, P. *Corso*, cit., n.º 5, p. 253, y n.º 7, p. 257.

30 CALASSO, F. *Il negozio giuridico*, 2.^a ed., Milano, 1959, esp. Lezioni 14.^a a 17.^a; BUSSI, E. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, cit., *supra* nota 25.

31 *Freiburgs Stadtrecht* de 1520, cit. por ZIMMERMANN, R. *The law of obligations*, cit., p. 541; LIEBS, D. *Römisches Recht*, 4. Auf., Göttingen, 1993, p. 257, nota 186.

32 LOYSEL, A. *Institutes coutumières*, Slatkine Reprints, Genève, 1971, t. I, liv. II, tit. Ier., II, n.º 357, p. 359.

33 “Su influencia fue muy limitada y mucho más tardía de lo que algunos autores han pretendido”: GORLA, G. *El contrato*, cit., p. 64, nota 12. Cfr. BUSSI, E. *loc. cit.*; LIEBS, D. *Römisches Recht*, cit., pp. 258 y s.

manistas³⁴ y, especialmente, con Grotius³⁵ y Pufendorf³⁶. Aquella díada “confianza-desconfianza”, propia del ser humano, que podría decirse, explica y justifica el trabajo del operador jurídico, oscila según los tiempos y las culturas, y el peso de otras normatividades distintas de la jurídica, con preceptos coincidentes en buena parte con los de la ley y coadyuvantes de sus fines. El perjurio, el pecado, la mentira, la sanción religiosa, el *forum internum*, hubieron de tener grande influencia entonces, considerados en sí y en sus repercusiones sociales, de modo de contribuir a la fe en la palabra empeñada³⁷, *vestita o nuda*, como también, en igual sentido, obraron las exigencias del comercio resurgente³⁸.

Son bien conocidos los pronunciamientos de los “abuelos” del *Code civil français*, Domat³⁹ y Pothier⁴⁰, al respecto. [T]ales planteamientos fueron vertidos en los arts.

34 “[N]o hay que dar demasiado crédito a las abstracciones o a las proclamaciones retóricas de los iusnaturalistas; y aun la influencia del derecho canónico y de las escuelas de derecho romano en todo el problema del valor del nudo consentimiento, ha de valorarse con suma cautela”: GORLA, G. *El contrato*, cit., p. 63, con mención de POTHIER, R.-J. *Traité des obligations*, n.º 104. Sobre el origen y el desarrollo de la regla “*pacta sunt servanda*”, LIEBS, D. *Römische Recht*, cit., pp. 259 y ss. Sobre la “síntesis entre el derecho romano y la filosofía moral Aristoteliana y Tomista”, así como sobre el recibimiento y desarrollo de la escolástica tardía por parte de Grotius y Pufendorf, cfr. GORDLEY, J. *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, pp. 69 y ss.

35 ZIMMERMANN, R. *The law of obligations*, cit., p. 54, n. 234-237; GORLA, G. *El contrato*, cit., pp. 66 y ss.

36 Cfr. PUENDORF, S. *De officio hominis et civis, On the Duty of Man and Citizen*, trad. M. Silverthorne, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, 1991, Book 1, 15, pp. 97 y ss.; ZIMMERMANN, R. *The law of obligations*, cit., p. 544, nota 236.

37 LIEBS, D. *Römische Recht*, cit., p. 257.

38 ZIMMERMANN, R. *The law of obligations*, cit., p. 540; BUSSI, loc. cit.

39 “Cette règle que les conventions tiennent lieu de loix, est commune à plusieurs matières, car elle convient à toutes les espèces des contrats, des conventions, des pactes [...].” DOMAT, J. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, etc. Nouv. éd., t. 1, Paris, MDCCCLXXVII, t. 1, sect. 1, v. D. 2. “Première partie. Des engagements. Livre 1. Des engagements volontaires et mutuels par les conventions.”

”i. Ce mot convention est un nom général, qui comprend toute sorte de contrats, traités & pactes de toute nature.

”ii. La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entr’ eux quelque engagement, ou pour résoudre un précédent, ou pour y changer.

”iii. La matière des conventions est la diversité infinie des manières volontaires, dont les hommes règlent entr’ eux les communications & les commerces de leur industrie, & de leur travail, des toutes choses, selon leurs besoins.

”iv. Les communications & les commerces pour l’usage des personnes, & celui des choses son de quatre sortes, qui sont quatre espèces de conventions. Car ceux qui traitent ensemble, ou se donnent réciproquement une chose pour une autre, comme dans une vente & dans un échange; ou font quelque chose l’un pour l’autre, comme s’ils se chargent de l’affaire de l’un de l’autre; ou bien l’un fait & l’autre donne, comme lorsque un mercenaire don son travail pour un certain prix: ou enfin un seul fait ou donne, l’autre en faisant ou en donnant rien, come lorsqu’une personne se charge gratuitement de l’affaire d’une autre; ou que l’on fait un donation par pure liberalité.

”v. Dans ces trois premières sortes de conventions il se fait un commerce où rien est gratuit, & l’engagement de l’un est le fondement de celui de l’autre. Et dans les conventions même où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d’argent, l’obligation de celui qui emprunte a été précédée de la partie de l’autre de ce qu’il devait donner pour former la convention. Ainsi l’obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l’un des contratants, a toujours sa cause de la partie de l’autre; l’obligation sera nullle, si dans la vérité elle étoit sans cause.

1108 y 1134 del *Code civil français*, que han de ser leídos completa y críticamente: “Art. 1108. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention; Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forma la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation”. Art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”.

“vi. Dans les donations & dans les contrats où l'un seul fait ou donne, & l'autre en fait en donne rien, l'acceptation forme la convention. Et l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelqu'un autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit & ne donne rien.

“vii. Des ces différentes sortes de conventions, quelques-unes son d'un usage si fréquent & si connu par-tout, qu'elles ont un nom propre; comme la vente, le louage, la prêt, le dépôt, la société, & autres: & il y a qui n'ont pas de nom propre, comme si une personne donné à quelqu'un une chose à vendre à un certain prix, à condition qu'il retiendra pour lui ce qu'il pourra en avoir de plus. Mais toutes les conventions, soit qu'elles aient ou n'aient point de nom, ont toujours leur effet, & elles obligent à ce qui est convenu.

“viii. Les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel donné & arrêté réciproquement.

“ix. Dans les conventions qui obligent à rendre ce qu'on a reçu; soit la même chose [...] soit une autre chose [...]; l'obligation en se forme que quand la délivrance accompagne le consentement. C'est pourquoi on dit que ces sortes d'obligation se contractent par la chose, quoique le consentement y soit nécessaire.

“x. Le consentement qui fait la convention, se donne ou sans écrit, ou par écrit. La convention qui se fait sans écrit se fait, ou verbalement, ou par quel qu'autre voie, qui marque ou présuppose le consentement. Ainsi qui reçoit un dépôt, quoique sans parler, s'oblige aux engagements des dépositaires”: DOMAT, J. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., t. I, sect. II, pp. 19-20.

“Comme les conventions son arbitraires, et se vérifisent selon les besoins, on peut en toutes sortes de conventions, de contrats et de traités, ajouter toutes sortes de pactes, conditions, restrictions, réserves, quittances générales, et autres, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs”: DOMAT, J. *Les loix civiles*, cit., t. I, sect. IV, I, p. 27.

- 40 “3. Un contrato es una especie de convención. [...]

“Una convención o pacto (puesto que dichos términos son sinónimos) es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo: *Duorum vel plurium in idem placitum consensus*.

“La especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama Contrato. Los principios del derecho romano sobre las diferentes especies de pactos, y sobre distinguir los contratos y los simples pactos, por lo mismo que no se fundan en el derecho natural, estando por lo contrario muy alejados de su sencillez, no se admiten en nuestro derecho. [...]

“De lo dicho se sigue que en nuestro derecho, no se debe definir el contrato como lo hacen los intérpretes de derecho romano, *Conventio nomen habens a jure civili, vel causam*; sino que debe definirse: una convención por la cual las dos partes recíprocamente, o solo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer tal cosa.

“He dicho, prometer y obligar, pues solo las promesas que hacemos con intención de empeñamos, y de conceder a quien se las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento, dan materia para un contrato o una convención.

“Otras promesas hay que hacemos de buena fe y con la voluntad actual de cumplirlas, pero sin intención de conceder a aquel a quien se las hacemos el derecho de exigir el cumplimiento [...].

“Esas promesas producen, sí, una obligación imperfecta de cumplirlas, con tal que no haya sobrevenido alguna causa, por la cual, si hubiera sido prevista, hubiera impedido el cumplimiento de la promesa: mas de por sí no forman una obligación, ni por consiguiente un contrato.

“10. Se dividen los contratos en aquellos que quedan formados por el simple consentimiento de los contratantes, y de aquí que se llamen consensuales [...], y en aquellos donde es necesario que intervenga alguna otra cosa a más del consentimiento: tales son los contratos de préstamo de dinero, de préstamo a uso, de depósito, de amortización que por la naturaleza del contrato, exigen la entrega

El primer precepto, en cuanto al requisito inicial, recuerda la *sententia* de Ulp. con referencia a la expresión de Pedio, D. 2.14.1.3, que, por lo demás, no sólo permite sino que impone diferenciar el requisito del “consentimiento” (para la “validez”, que no para la existencia de la “convención”) de la asimilación de contrato a consentimiento y el intento fantástico de bastarse con este para tener por coercible el compromiso emanado de aquel. En tanto que la segunda norma, que se trasladó a tantos ordenamientos, entre ellos el código civil de Chile, que Colombia reprodujo, incluye un adverbio condicionante de la eficacia del contrato, en el que las gentes, por lo general, no reparan: [las convenciones] “legalmente” [celebradas], y que visto funcionalmente, en conexión con el art. 1108, permite afirmar que la autonomía privada no es ni puede ser concebida, y menos practicada, como un poder en blanco, y que necesaria e incuestionablemente, no por mandamiento legal, sino por modo de ser cultural de la especie humana, se vierte en moldes (tipos) legales o sociales, alguna vez inventados y usados por primera vez, y cuya aceptación, primero pretoriana, y quizá más tarde legal, presupone un juicio positivo, de congruencia con los principios y valores de la sociedad respectiva, distinto del juicio de licitud y lógicamente previo a él. En otras palabras, el recorrido pleno del supuesto de hecho de cualquiera de las figuras que tienen nombre y disciplina legales abre la puerta a la coercibilidad de las obligaciones que genera de acuerdo con su función, al paso que el solo “serio et deliberato animo” no es suficiente para un reconocimiento preliminar o para una presunción de regularidad en aquellas figuras “atípicas” o “anónimas”. De otra parte, en términos generales, de por sí la validez y la propia eficacia de los contratos están en pendencia, sujetas al riesgo de una eventual impugnación próspera, sobre la base de ilegalidades o de ilicitudes ocurridas o presentes al tiempo de su celebración.

Luego de examinar y repasar las distintas clasificaciones de los contratos, de antaño a hoy, puede concluirse que son cuatro las categorías básicas, en lo que hace al fundamento o justificación de sus efectos obligatorios: contratos solemnes, contratos reales, contratos de cambio o sinalagmáticos y contratos unilaterales. En los primeros, la forma es respaldo suficiente⁴¹; en los segundos, es natural que la entrega sin *dare rem* implique un deber restitutorio; en los terceros, la reciprocidad del sacrificio da cuenta de la seriedad del compromiso y de su viabilidad; en fin, en los compromisos unilaterales, contratos gratuitos el ánimo de favorecimiento respalda la obligación.

El otorgamiento de acción para la efectividad de las prestaciones surgidas de los contratos solemnes y de los reales es obvio, se les reconoce a plenitud como figuras idóneas para la generación de obligaciones⁴². En tanto que en lo que respecta a los unilaterales y a los de cambio, se recuerda la exigencia de la tipicidad cierta, o de la efectividad inicial o de un signo inequívoco específico, equivalente a la solemnidad o

de la cosa que es objeto de esas convenciones. A estos contratos se les llama *contratos reales*”: POTHIER, R.-J. *Tratado de las obligaciones*, cit., t. I, pp. 5-8 y 16.

41 ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 79.

42 BETTI, E. *Istituzioni di diritto romano*, vol. 1, rist., 2.^a ed., Padova, 1947, p. 113.

a la realidad, y que su acogimiento y tutela comienza con la concesión de la *exceptio*, para en últimas llegar a la *actio* (*actio in factum concepta, actio praescriptis verbis*), a veces indirectamente. Las dificultades, pues, afloran con respecto a los compromisos unilaterales y tienen un despliegue mayor en lo que hace a los contratos de cambio. Al examinar los contratos y la razón de ser de las obligaciones *contractae* en tal sentido, es natural detenerse en la diferenciación entre aquellos donde hay un sacrificio mutuo, en donde cada parte tiene interés patrimonial y espera atribución de la otra, independientemente de si hay o no comutatividad, y aquellos otros en donde el sacrificio es unilateral, una de las partes no espera recibir y no recibe nada de la otra. En los primeros, al margen del trámite genético, en últimas el haber hecho o dado (*res vel factum*) es razón de tutela de quien tomó la iniciativa de ejecución del compromiso, permitiéndole, ora reclamar la restitución, ora el interés en la prestación contraria fallida y no el “mero consentimiento”⁴³, consideración que difícilmente dio lugar a tener como bastante la sola promesa recíproca. De todos modos, de por medio está la “promesa interesada”. En los segundos, la promesa es unilateral, no hay obligaciones sino a cargo de una sola parte, con ánimo de beneficencia pura, de remuneración de servicio pretérito, de prestar un servicio amistosamente. De esa suerte, bien puede sostenerse que el *solus consensus*, el *serio et deliberato animo*, como sustentos suficientes de la promesa o compromiso, no han pasado de ser un *modo di dire*, que cuando menos han de verterse en una figura típica para alcanzar el respaldo jurisdiccional. De ahí los esfuerzos de los juristas, del Medioevo en adelante, para proveer puentes o sustentos de la eficacia de la obligación equivalentes a la forma (*verbis vel litteris*) y a la *res*, y por ende el desarrollo disperso y confuso del concepto de *causa*, con la mira puesta en aquellos contratos.

Por otra parte es del caso observar cómo la inexpugnabilidad de los contratos solemnes, derivada de su validez *iure civile*, a su turno engastada en la suficiencia de la forma pre establecida para la eficacia de la figura respectiva, fue cediendo paulatinamente, para dar paso a la posibilidad de plantear las irregularidades o anomalías que se presentaran al tiempo de su celebración o, inclusive, en el curso de su ejecución, a fin de obtener la *condictio* o la *exceptio* correspondiente⁴⁴. Cosa distinta se observa en lo que atañe a los llamados “contratos consensuales”, cuyo ingreso mismo implica una afirmación de la equidad, la buena fe, la atención a las circunstancias específicas de la operación, como referencias para la concesión de los medios adecuados a una decisión justa y correcta, en donde también pueden verse antecedentes de actitudes jurisprudenciales modernas.

Dentro de las anomalías de que puede adolecer el contrato interesa acá resaltar aquellas relativas a la disconformidad entre la función propia de la figura y el recorrido, como también las que respectan a la ilicitud de la conducta de los contratantes⁴⁵.

43 GORLA, G. *El contrato*, cit., pp. 45 y ss.; MARRONE, M. *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 502 y ss.

44 ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni di diritto romano*, cit. p. 326.

45 BETTI, E. *Istituzioni di diritto romano*, vol. 1, cit., pp. 127 y ss.

En lo que hace al primer aspecto (*coherentia contractum*), los ordenamientos siempre han provisto respuestas políticamente adecuadas a la respectiva época, que con el devenir se fueron decantando y consolidando. Y en cuanto al segundo aspecto, la ilicitud del objeto y del contenido impone la nulidad del contrato o de la sola cláusula, según sea el caso, sin necesidad de acudir a otros aspectos o elementos de la figura. Todo ello sin perjuicio de que por razones históricas, perfectamente individualizables, se hubieran llegado a emplear, sustitutiva o complementariamente, las figuras de la “ausencia de causa” y de la “causa injusta”. Esto para concluir que, así como en el derecho romano no se llegó a echar mano de un elemento o factor misterioso y confuso para enrumbar socialmente la autonomía particular y para reprimir las transgresiones graves de la buena fe y las mores, en la actualidad sería ya hora de liberarse del estribillo y la coyunda de la “causa”⁴⁶, porque, por una parte, la exigencia del recorrido cierto y pleno de la definición de la figura y de su perseverancia a lo largo de la ejecución del contrato y, por otra, la exigencia de contenido y objeto lícitos bastan para asegurar los resultados que indistintamente e imprecisamente se han confiado a la causa, al objeto, al consentimiento.

46 “If this conceptual hypogrif [ZWEIGER/KÖTZ/WEIR. *An introduction to comparative law*, vol. II, 1977, p. 66] [...] simply refers to the content of the contract as a whole, it might just as well be jettisoned”: ZIMMERMANN, R. *The law of obligations*, cit., p. 553.