

CONTRATO. UNA ENTRADA PARA UN DICCIONARIO DE LA MODERNIDAD

ANDREA LANDI*

RESUMEN: El presente artículo examina la palabra jurídica “contrato”, que, en sus cambios de significado desde la experiencia romana hasta la edad moderna, expresa la transformación conceptual y paradigmática de las ideas características de la modernidad. En particular, bajo el aspecto de la libertad contractual y la categoría general de contrato.

PALABRAS CLAVES: contrato, pacto, tipicidad contractual, Derecho común (*ius commune*).

ABSTRACT: This article examines the legal word “contract”, which, in its changes of meaning from the Roman experience to the modern age, expresses the conceptual and paradigmatic transformation of ideas characteristic of modernity. In particular, under the aspect of contractual freedom and the general category of contract.

KEY WORDS: contract, pact, contractual typicity, Roman-canon law (*ius commune*)

SUMARIO: 1. UN LEMA DE LARGA DURACIÓN. 2. NOVEDADES DE LA EDAD MODERNA. 3. HACIA UNA CATEGORÍA GENERAL. 4. LA COMPLEJIDAD DE LA HISTORIA. FUENTES DE CONSULTA.

1. UN LEMA DE LARGA DURACIÓN

Si hay una palabra jurídica que exprese mejor que ninguna otra la transformación conceptual y paradigmática de las ideas que conforman la tradición moderna, ésta es la palabra *contrato*¹; en efecto, de la Edad Moderna datan esas profundas innovaciones del concepto jurídico de contrato con las que la ciencia jurídica tiene que lidiar todavía hoy: primero, el problema de la libertad contractual —de ahí la llamada tipicidad o atipicidad contractual— y, después, el de la categoría general del contrato.

El Derecho romano arcaico y clásico preveía, como es bien sabido, un régimen contractual caracterizado por una rígida tipicidad: sólo eran definibles como contratos previstos por el ordenamiento jurídico aquellos para los que se preveía una protección procesal específica mediante una *actio*. Esta tipicidad no había desaparecido ni siquiera cuando empezaron a difundirse los contratos innominados, protegidos por la *actio*

* Profesor titular de Historia del Derecho en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia.

1 Este artículo constituye la versión en lengua española, con añadidos y puntualizaciones, de Landi, Andrea, “*Contratto*”, en: Bassi, Simonetta-Fantechi, Elisa (cur.), *Il lessico della modernità. Continuità e mutamenti dal XVI al XVIII secolo*, I, Roma, Carocci editore, 2023, pp. 195-201.

praescriptis verbis: se trataba, en efecto, de *conventiones* con causa fundada en el sinalagma que vinculaba a las propias partes, que seguían dando lugar a una obligación civil (tal como se define en D.2.14.7², pero véase también D.50.16.19³).

A lo largo de toda la experiencia del Derecho romano, en definitiva, dentro del género de la *conventio*, es decir, del acuerdo general de las partes sobre un determinado conjunto de intereses, podían distinguirse bien las convenciones que tenían un *nomen iuris* específico fijado por el ordenamiento jurídico (y que, por tanto, daban lugar a los llamados contratos nominados, como la compraventa, el arrendamiento, etc.) de las que carecían de tal *nomen iuris*. Dentro de estos últimos, pues, se distinguía entre los que tenían causa de acción propia y, por tanto, daban lugar a contratos de naturaleza innominada, como acabamos de señalar, y los que constituían los llamados pactos desnudos que, por el contrario, carecían de causa de acción específica y, por tanto, no generaban acción alguna y sólo podían ser invocados por vía de excepción (D.2.14.7.4)⁴.

La *scientia iuris* bajomedieval, trabajando sobre el lienzo representado por los textos redescubiertos de la compilación justiniana, había permanecido anclada a una visión del sistema contractual allí presentado como un “sistema de causas y figuras

-
- 2 Según la forma medieval de citar, l. *Iurisgentium* ff. *De pactis* (D.2.14.7): «ULPIANUS libro quarto ad edictum. pr. *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsistit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem» («Algunas convenciones de derecho de gentes producen acciones; otras excepciones. 1. Las que producen acciones, no subsisten con su nombre, sino que pasan al nombre propio de un contrato, como compra, venta, locación, conducción, sociedad, comodato, depósito, y los demás contratos semejantes. 2. Pero si la cosa no pasare á otro contrato, y subsistiere, sin embargo, la causa, respondió Ariston a Celso, que habia obligación; por ejemplo, te di una cosa, para que me dieras otra; di, para que hagas algo, esto es *synallagma*, y de aquí nace una obligación» [trad. García Del Corral, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano*, I, Barcelona, Jaime Molinas editor, 1889, p. 276])*
 - 3 Este es el texto: l. *Labeo* ff. *De verborum significatione* (D.50.16.19): «ULPIANUS libro 11 ad edictum. *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam “agantur”, quaedam “gerantur”, quaedam “contrahantur”: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam» («Labeon define en el libro primero del Pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra “acto” es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, ó en la entrega de cantidad; pero “contrato” significa obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman synallagma, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad, “gestionado” significa cosa hecha con palabras» [trad. García Del Corral, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano*, III, Barcelona, Jaime Molina editor, 1897, p. 914]).*
 - 4 Se reproduce aquí el texto: «*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*» («Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabidoque entonces por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción» [trad. García Del Corral, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano*, I, cit., p. 276]).

típicas, reconocidas como fuentes de obligaciones⁵, pero había tenido que avenirse con el «hambre de normas» de la sociedad mercantil, llegando a dar vestido formal a los *nova negotia* que la práctica presentaba continuamente⁶.

Aunque en un contexto de deferencia formal hacia los textos romanos, la teoría de los “vestidos de los pactos” (*vestimenta pactorum*) nació con los glosadores⁷: una teoría que, además de los contratos denominados, preveía una serie de pactos que tenían la eficacia jurídica de un contrato, en razón de ciertos *vestimenta* que hacían de ellos precisamente pactos vestidos y no ya desnudos; de ahí que pudiera configurarse una suerte de binomio que viera, por un lado, el contrato y las figuras a él equiparadas (los pactos revestidos y los legítimos, es decir, aquellos en los que la obligación y la relativa *actio* surgen por voluntad de la ley) y, por otro, los pactos desnudos, de los que, como dijimos, nunca surge la acción.

Además, aunque los glosadores civilistas siguieron afirmando que *ex nudo pacto non oritur actio* (la acción no surge del pacto desnudo), en el ámbito del Derecho canónico y en el del *ius mercatorum*, a partir del siglo XIII se afirmó exactamente el principio contrario, según el cual incluso los pactos desnudos generan una acción; y esto ocurría en el Derecho canónico en virtud de la llamada *ratio peccati vitanda* (para evitar la comisión de los pecados), mientras que en el derecho de los mercaderes en virtud de la necesidad percibida por parte de esa clase de superar las formalidades del Derecho civil (*apices iuris*). En ambos casos, como tuvo ocasión de subrayar la doctrina del Derecho común, se trataba de poner en práctica esa *aequitas* que estaba en la base de los dos sistemas⁸: en el primer caso la *aequitas canonica*, que debía conducir al rechazo de la mentira y, por tanto, a la observancia de la palabra dada en los acuerdos, aunque estuvieran desprovistos de requisitos formales, y en el segundo la *aequitas mercatoria*, que, como señaló en el siglo XVI el jurista de Ancona Benvenuto Stracca, imponía la superación de las sutilezas apicales (*apices iuris*) del Derecho civil, por razones de protección de toda la clase⁹.

5 Así: Astuti, Guido, “*Contratto (dir. intermedio)*”, en: *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 770.

6 Así: Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, nuova ediz., Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 166. La expresión «hambre de normas» es del romanista Riccardo Orestano, y fue retomada por Santarelli, Umberto, *L'esperienza giuridica basso medievale. Lezioni introduttive*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 99 a 100, que utiliza la metáfora equivalente «sed de normas».

7 Cf. Volante, Raffaele, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 99 a 144.

8 Cf. Santarelli, Umberto, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di Storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 200 a 210.

9 Cf. Santarelli, Umberto, *Mercantes y sociedades entre mercantes*, trad. Jimena Silva Salgado, México, Escuela Libre de Derecho, 2010, pp. 79 a 88; Birocchi, Italo, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, Cucco editrice, 1988, pp. 156 a 159. Sobre este jurista, iniciador de la ciencia del derecho mercantil, ahora véase, entre muchos, Blanch Nougues, Juan Manuel y otros, *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive decoctoribus) de Benvenuto Stracca*, Madrid, Ed. Dykinson, 2023.

Por último, conviene recordar aquí la experiencia jurídica del Reino de Castilla, donde con el *Ordenamiento de Alcalá de Henares* de 1348 —por tanto, con una norma que técnicamente puede definirse como *ius proprium*— el rey Alfonso XI se deshizo de todas las diferencias entre las diversas figuras negociales de las que hemos hablado hasta ahora y reconoció la validez de la obligación en cualquiera de las formas asumidas, de modo que el deudor no podía objetar la falta de una *stipulatio* formal (Ord. de Alcalá, tit. 16, l. unica)¹⁰. Una disposición muy importante, que iba a constituir la base de las especulaciones jurídicas de los juristas y teólogos españoles del siglo XVI, sobre la que volveremos.

2. NOVEDADES DE LA EDAD MODERNA

Con la modernidad se configura un proceso cuyo resultado último será la superación de las formas y causas obligatorias, recibidas del Derecho romano y aceptadas, aunque con las innovaciones que hemos mencionado, en el *ius commune* medieval.

Por un lado, se produce una nueva consideración del consenso que, si bien no se convierte en el momento genético y central del contrato (como lo será en los códigos civiles, a partir del napoleónico, hasta el artículo 1321 del código civil italiano vigente), llega a asumir un papel cada vez más marcado, convirtiéndose en «el resorte... que desencadena los efectos previstos por la ley, en sus valoraciones concretas y discrecionales»¹¹.

Por otro lado, es indudable que se avanza hacia una objetivización de la causa, en el sentido de que el ordenamiento jurídico se reserva el papel privilegiado de autorizar las convenciones de los particulares, considerándolas desde el punto de vista de la causa (arts. 1108 y 1131 del Código Civil francés de 1804) y lo que el artículo 1322 párr. del Código Civil italiano de 1942 señalará como «*meritevolezza intrinseca di tutela*» (concepto que se puede traducir como: intereses que merecen intrínsecamente y por sí de protección jurídica).

En cuanto al primer aspecto —la relevancia cada vez mayor del consentimiento—, si bien es cierto que debemos una interesante contribución en este sentido a los Cul-

10 Cf. *El Ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año 1348*, cur. Asso y Del Río-Manuel y Rodríguez, Madrid, Por Joachim Ibarra, 1774, p. 26: «*Como vale la obligación entre absentes, aunque non aya y estipulación*. Pareciendo que quiso un Ome obligar à otro por promission, ò por algund contracto, ò en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos à quienes se obligò, è non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulación, que quiere decir: prometimiento con ciertas solemnidades del derecho; ò que fue fecha la obligación del contracto entre absentes; ò que fue fecha à Escribano publico, ò à otra persona privada en nombre de otro entre absentes; ò que se obligò uno de dar, ò de fazer alguna cosa à otro: mas que sea valedera la obligación ò el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro, è fazer contracto con el».

11 Así: Petronio, Ugo, «*Spunti su consenso e contratto nei giuristi culti*», en: *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del convegno Cagliari 18-21 maggio 1981*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 222.

tos¹², y luego a los jusnaturalistas holandeses y alemanes de los siglos XVII y XVIII una completa elaboración en el camino hacia la afirmación definitiva del principio de que «*solus consensus obligat*», hay que decir que incluso dentro de la doctrina del *ius commune*, la cuestión había sido bastante sentida. Por ejemplo, una conclusión del repertorio del siglo XVII del cardenal Domenico Toschi nos presenta una referencia a un *consilium* (una consulta) del canonista del siglo XV Domenico da San Gimignano para apoyar la afirmación de que «*contractus proprie dicitur quando obligatio ex consensu hincinde intervenit*» (se denomina propiamente contrato cuando la obligación nace del consentimiento de ambas partes)¹³. El caso que nos ocupa, relativo a una concesión de bienes pertenecientes a una institución episcopal (*mensa episcopalis*), hecha por el obispo en beneficio de un monasterio cartujo, permitía al consultante precisar que, propiamente por la falta del intercambio de consentimiento, no se trataba de un contrato, sino de un *motu proprio* que procedía «*a mera liberalitate concedentis*» (de la pura liberalidad del otorgante); con ello se subrayaba implícitamente la importancia del consentimiento como elemento esencial de todo contrato¹⁴.

En cuanto al segundo aspecto —la objetivación de la causa— basta con observar cómo, a pesar de la tan marcada libertad contractual que afirmarían los códigos del siglo XIX, existe en el Código Napoleón una disposición, incluida en el art. 1131, según la cual una obligación sin causa, o basada en una causa ficticia o ilícita, no podía surtir efecto. En esencia, se recordaba a los intérpretes que correspondía al ordenamiento jurídico, en su historicidad concreta, evaluar las hipótesis merecedoras de protección, y ello se realizaría mediante la previsión explícita de casos normativos, examinando bien los intereses que los particulares pudieran presentar de vez en cuando.

3. HACIA UNA CATEGORÍA GENERAL

Pasando al problema de la categoría general del contrato, hay que señalar en primer lugar que el Derecho romano conocía las figuras individuales de los contratos y sus disciplinas, pero no una teoría general del contrato propiamente dicho. Serán las elaboraciones modernas, como se mencionó al principio, las que identificarán las reglas generales sobre los contratos y definirán así esta categoría.

12 Cf. Petronio, Ugo, “*Spunti su consenso e contratto*”, cit., pp. 209 a 217 y Id., “*Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all’origine del sistema contrattuale moderno*”, en: J. Barton (cur.), *Towards a General Law of Contract*, Berlin, Duncker und Humblot, 1990, pp. 215 a 247.

13 Cf. Toschi, Domenico, *Practicae conclusiones iuris in omni Foro frequentiores*, II, Romae, Ex Typographia Stephani Paulini 1605, litt. C, concl. 979, p. 322, n. 1.

14 Cf. Domenico da San Gimignano, *Consilia*, Venetiis, Apud Philippum, et Iacobum Iuntam, et fratres, 1581, cons. 65, ff. 51rb a 53vb. Sobre este jurista (1375ca.-1424), cf. la entrada de Quagliani, Diego, “*Domenico da San Gimignano*”, en: Birocchi, Italo y otros (editores), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 774 a 775, que lo define como «uno de los principales canonistas de su tiempo».

Una reconstrucción historiográfica aceptada por muchos civilistas ve en Jean Domat (1625-1696) y Robert-Joseph Pothier (1699-1772) los primeros creadores de esta categorización, ya que en sus obras se pueden ver «reglas que ponen de manifiesto elementos constantes comunes a todos los contratos»¹⁵; de ahí las enseñanzas contenidas en estas obras podrían considerarse antecesoras directas del artículo 1107 del Código Napoleón, según el cual «*les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre*»¹⁶.

En efecto, sin desmerecer en absoluto la importancia de estos dos juristas franceses para el desarrollo del pensamiento jurídico moderno, se ha demostrado convincentemente cómo esta calificación ya había sido objeto, en el siglo XVI, de elaboraciones atribuibles a juristas y teólogos del área española, que se habían encontrado razonando en un contexto, en el que la doctrina de los contratos, dictada por el Derecho común, había sido modificada por la real provisión de Alfonso XI que hemos mencionado más arriba¹⁷.

En efecto, en el *Arte de los contractos* de Bartolomé de Albornoz (1573), jurista español de origen pero activo en México¹⁸, se habla abiertamente de una categoría general de contrato, definiendo a éste como «una obligación de una parte a otra» y precisando que «llámase así, porque dos voluntades diversas se vienen a traer a un consentimiento», con lo que también se subraya la relevancia de la voluntad de las partes para el nacimiento de la obligación¹⁹. Y, algún tiempo después, el teólogo dominico Francisco García había podido afirmar igualmente, en su *Tratado utilissimo y muy general de todos los contractos* (1582-3), que «contracto es un legitimo consentimiento de muchos, que sobre alguna cosa convinen: del qual consentimiento nace en ambas partes, o en una tan solamente, alguna obligación»²⁰, indicando también que la causa está llamada a sostener su voluntad de obligarse.

Quizá convenga señalar en este punto que las reflexiones sobre la categoría general del contrato se entrecruzan con las relativas a la causa, como elemento del propio contrato²¹; de modo que desde una visión voluntarista o en cambio desde una más

15 Así; Messineo, Francesco, “*Contratto (dir. priv.- teoria generale)*”, en: *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 785.

16 Cf. Benedetti, Giuseppe, “*La categoria generale del contratto*”, en: *Rivista di diritto civile*, n. 37-parte I, Padova, 1991, p. 659.

17 Cf. Birocchi, Italo, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I. *Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 203 a 269.

18 Cf. Soto Kloss, Eduardo, “*El Arte de los contractos' de Bartolome de Albornoz, un jurista indiano del siglo XVI*”, en: *Revista chilena de historia del derecho*, n. 11, Santiago, 1985, pp. 163 a 185.

19 Cf. Albornoz, Bartolomé de, *Arte de los contractos*, Valencia, En la casa de Pedro de Huete, 1573, L. 1, tit. 1, fo. 5 [en efecto: 3] ra.

20 Así: García, Francisco, *Parte primera del Tratado utilissimo y muy general de todos los contractos quantos en los negocios humanos se suelen ofrecer*, Valencia, En casa de Ioan Navarro, 1582, pp. 1 a 2. El tratado lleva la fecha de 1583 en la página del título, pero en la página final (p. 733) como año de imprenta el 1582.

21 Cf. D'Amelio, Giuliana, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 119 a 145.

objetiva de la causa, pueden seguirse conclusiones distintas en cuanto a la categoría a determinar.

En juristas de la talla de Diego Covarrubias y Leyva y Antonio Gómez, en la *Relectio de pactis* (1553) y en las *Variae resolutiones* (1552) respectivamente, puede encontrarse una visión voluntarista: así, para el primero «la falta de la causa se resolvía en la falta del consentimiento»²², mientras que para Gómez era posible llegar a una categoría general del contrato que encontraba su fundamento precisamente en el consentimiento, ya que para él la causa era un requisito esencial del propio contrato e indicaba la voluntad de obligarse. Sin embargo, mientras que en los contratos nominados estaba incorporada a su estructura, en los innominados debía verificarse cada vez, también desde el punto de vista de su licitud²³.

Pero es con el teólogo jesuita Luis de Molina (1535-1600), en sus *Disputationes de contractibus*, que encontramos formulada una definición de contrato que allana el camino para posteriores desarrollos hacia la plena autonomía privada. Sin dejar de mantener el vínculo con la doctrina medieval, Molina ya es consciente de que al derecho de Castilla hay que reconocerle una importancia cada vez mayor (podríamos añadir: de acuerdo con la evolución del sistema del Derecho común en la época moderna, que ocurre en casi toda Europa, y que se caracteriza por la aparición de los llamados derechos patrios)²⁴; y por ello, tras equiparar la promesa a la *stipulatio*, observa que tanto ésta como el contrato, con el acuerdo de las partes y en virtud de la disposición del *Ordenamiento de Alcalá* antes citada, dan lugar a la obligación, ya que Alfonso XI había transpuesto en cierto modo los principios del Derecho canónico²⁵, superando las «*subtilitates, solemnitates, et tricae iuris civilis, quae litibus ansam praebent, neque conscientiae forum cum exteriori consentire sinunt*» (las sutilezas, solemnidades y molestias del derecho civil, que dan pie a los litigios y no permiten que el foro de la conciencia coincida con el foro externo)²⁶.

Según nuestro teólogo, puede haber entonces tres acepciones de contrato²⁷: la primera, para quien el contrato, entendido en sentido propio y parafraseando la conocida

22 Así: Birocchi, Italo, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 246.

23 Cf. Birocchi, Italo, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 251 a 253.

24 Sobre este tema, cf. Birocchi, Italo-Mattone, Antonello (curr.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno internazionale di Alghero, 4-6 novembre 2004, Roma, Viella, 2006.

25 Cf. Pérez, Diego, *Glosa in Orden. de Mont.*, 3.8.3, en: *Ordenanzas reales de Castilla, recopiladas, y compuestas por el doctor Alonso Díaz de Montalvo*, I, Madrid, En la Imprenta de Josef Doblado, 1779, p. 599.

26 Así: Molina, Luis de, *De iustitia tomus secundus de contractibus*, Moguntiae, Ex Officina Typographica Balthasari Lippii, Sumptibus Arnoldi Mylii, 1602, disp. 254, c. 10, lett. C.

27 Cf. Guzmán Brito, Alejandro, "La división de los contratos en Luis de Molina", en: *Glossae. European Journal of Legal History*, n. 10, Murcia, 2013, pp. 208 a 210; Esborraz, David Fabio, *Vicisitudes del contrato en la tradición jurídica romanística. Sus proyecciones en el derecho latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 138 a 140.

definición de Labeón en D.50.16.19, es el pacto del que surge una «*ultra citroque obligatio*».

Pero junto a esta definición, que sigue —por así decirlo— la estela de la tradición, aparecen otras dos acepciones que ven el contrato, respectivamente, como aquel pacto del que surge una obligación al menos para una de las partes (lo que ya hemos visto en García) y, finalmente, como cualquier pacto «*sive ex eo oritur obligatio, sive non*» (se derive o no de ello una obligación)²⁸; de modo que, en esta última acepción, parece coincidir precisamente con el simple intercambio de consentimiento.

4. LA COMPLEJIDAD DE LA HISTORIA

No debe pensarse, sin embargo, que tanto el camino hacia la afirmación de la plena libertad contractual como el recorrido hacia la determinación de la categoría general del contrato fueron de una linealidad impecable, como podría parecer de la lectura de reconstrucciones historiográficas que no tienen en cuenta las complejas vicisitudes históricas del Derecho común. En esta experiencia, en efecto, la formación de una *communis opinio* unívoca sobre la interpretación de los dos *Corpora iuris (civilis y canonici)* fue muy difícil, máxime cuando el jurista, a través de su interpretatio, estaba llamado a suplir la carencia de fuentes escritas de aplicación inmediata, tanto como jurista de escuela cuanto como *consiliator*²⁹.

Todavía a finales del siglo XVI, un diccionario jurídico muy difundido daba cuenta de una definición del contrato inspirada en los textos romanos y en la estrecha correspondencia entre *actio* y *obligatio*, según la cual «*contractus est negotium, ex quo mutua obligatio, mutuaque actio nascitur, et ea quidem actio vel utrinque directa est, vel hinc directa, illinc contraria*» (el contrato es el negocio del que se derivan una obligación y una acción recíprocas, y esa acción determinada es para ambas partes directa o para una parte directa y para la otra contraria)³⁰, mientras que el famoso comentario de Arnold Vinnen a las Instituciones de Justiniano (primera edición de 1642) repropo- nía la clásica subdivisión romana³¹, obligando, por así decirlo, al anotador español del llamado *Vinnius castigatus*, a especificar, en varios puntos de la obra, la diferente disciplina determinada por la legislación castellana antes mencionada, que entretanto

28 Así: Molina, Luis de, *De iustitia*, cit., disp. 252, c. 4, lett. E.

29 Cf. Massironi, Andrea, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Milano, Giuffrè, 2012.

30 Así: *Lexicon iuridicum, hoc est iuris civilis et canonici in schola atque foro usitaturum vocum Penus*, Genevae, Excudebat Iacobus Stoer, 1599, p. 278.

31 Vinnen, Arnold, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1712, ad Inst. 3.14, pp. 639 a 642. Sobre la importancia de este manual en las Instituciones de Justiniano, véase ahora Beck Varela, Laura, *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

había sido confirmada por el *Ordenamiento de Montalvo* (3. 8.3) de 1484 y por la *Nueva Recopilación* (5.16.2) de 1567³².

Tampoco fue mejor en Italia, donde en la pléyade de expositores del Derecho común encontramos reafirmada la doctrina tradicional, siempre vinculada al comentario de las conocidas disposiciones justinianeas³³.

Por otra parte, fue en Holanda y Alemania donde las interpretaciones se hicieron más intensas y condujeron a la superación definitiva de la sistemática romana, primero con la escuela del derecho natural (Hugh Grotius y Samuel Pufendorf) y luego con el *Usus modernus Pandectarum* (Samuel Stryk), en algunos pasajes hoy bien conocidos³⁴; interpretaciones que afirmaron definitivamente el principio de que «*solus consensus obligat*», adoptado también, como dijimos, por los racionalistas franceses Domat y Pothier, y que luego desembocó en la formulación de los arts. 1101 y 1107 del Código Napoleón, en el primero de los cuales el contrato se define como «*une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*», mientras que el segundo da acceso a la categoría general antes mencionada.

Lo que conviene señalar aquí, para concluir, es el hecho de que todas estas reflexiones, que conducen a una «renovación teórica del sistema contractual»³⁵, toman cuerpo en la época moderna, determinando, con respecto a la época precedente, un cambio profundo en el conjunto del Derecho privado. Son, en efecto, fruto de la modernidad y como tales serán consignadas a la civilística decimonónica (École de l'exégèse primero y Pandettística después), para pasar luego al debate jurídico contemporáneo, constituyendo una de sus figuras caracterizadoras³⁶.

32 Por ejemplo, cf. Sala y Bañul, Juan, *Vinnius castigatus atque ad usum tironum hispanorum accommodatus*, II, Valentiae Edetanorum, Ex praelo Josephi et Thomae de Orga, 1786, ad Inst. 3.14, p. 87, ad Inst. 3.16, p. 108. Sobre la obra del pavordre valenciano Juan Sala, cf. Peset Reig, Mariano, “*Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII*”, en: *Anuario de Historia del derecho español*, n. 45, Madrid, 1975, pp. 311 a 325; Beck Varela, Laura, *Literatura jurídica y censura*, cit., pp. 207 a 231.

33 Entre los milanta citables, cf. Mancini, Lelio, *Disquisitiones geniales et anniversariae iuris disputationes*, Patavii, Typis Pauli Frambotti bibliopolae, 1640, cap. 54, pp. 134 a 138 y Giorgi, Giorgio Ippolito, *Succus iuris civilis communis quod viget hodie*, Placentiae, In Ducali Typographia Lealdi Leandri Bazachii, 1711, Obj. 2, pars 2, § 2, p. 109. Información sobre estos juristas mínimos, el primero (+1654), canónigo en Montepulciano, cerca de Siena, y profesor en Pisa y Padua; el segundo prepósito en Placencia y profesor en Parma, respectivamente, en *Dizionario biografico universale*, III, Firenze, Davide Passigli tipografo-editore, 1844-45, p. 880; en las páginas iniciales (sin numeración) del tipógrafo en *Succus iuris civilis communis*, cit.

34 Para lo que véase Calasso, Francesco, *Il negozio giuridico. Lezioni di Storia del diritto italiano*2, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 335 a 341; Birocchi, Italo, *Saggi sulla formazione storica*, cit., p. 67; Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 142 a 144.

35 Así: D'Amelio, Giuliana, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia*, cit., p. 145.

36 Cf. Macario, Francesco-Miletti, Marco Nicola (curr.), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, Giuffrè, 2006. Prueba de que se sigue prestando atención a este instrumento esencial de la autonomía privada es también la

FUENTES DE CONSULTA

Fuentes jurídicas

Albornoz, Bartolomé de, *Arte de los contractos*, Valencia, En la casa de Pedro de Huete, 1573.

Domenico da San Gimignano, *Consilia*, Venetiis, Apud Philippum, et Iacobum Iuntam, 1581.

García, Francisco, *Parte primera del Tratado utilissimo y muy general de todos los contractos quantos en los negocios humanos se suelen ofrecer*, Valencia, En casa de Ioan Navarro, 1582.

Giorgi, Giorgio Ippolito, *Succus iuris civilis communis quod viget hodie*, Placentiae, In Ducali Typographia Lealdi Leandri Bazachii, 1711.

Lexicon iuridicum, hoc est iuris civilis et canonici in schola atque foro usitaturum vocum Penus, Genevae, Excudebat Iacobus Stoer, 1599.

Mancini, Lelio, *Disquisitiones geniales et anniversariae iuris disputationes*, Patavii, Typis Pauli Frambotti bibliopolae, 1640.

Molina, Luis de, *De iustitia tomus secundus de contractibus*, Moguntiae, Ex Officina Typographica Balthasari Lippii, Sumptibus Arnoldi Mylii, 1602.

El Ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año 1348, cur. Asso y Del Río-Manuel y Rodríguez, Madrid, Por Joachim Ibarra, 1774.

Pérez, Diego, *Glosa en Orden. de Mont.*, 3.8.3, en: *Ordenanzas reales de Castilla, recopiladas, y compuestas por el doctor Alonso Díaz de Montalvo*, I, Madrid, En la Imprenta de Josef Doblado, 1779, pp. 598 a 611.

Sala y Bañul, Juan, *Vinnius castigatus atque ad usum tironum hispanorum accomodatus*, II, Valentiae Edetanorum, Ex praelo Josephi et Thomae de Orga, 1786.

Toschi, Domenico, *Practicae conclusiones iuris in omni Foro frequentiores*, II, Romae, Ex Typographia Stephani Paulini 1605.

Vinnen, Arnold, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1712.

Autores modernos

Astuti, Guido, “*Contratto (dir. interm.)*”, en: *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 759-784.

Beck Varela, Laura, *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Benedetti, Giuseppe, “*La categoria generale del contratto*”, en *Rivista di diritto civile*, n. 37-parte I, Padova, 1991, pp. 649 a 687.

muy reciente reedición anastática de un libro ‘viejo’ (de 1955), pero ‘no anticuado’ y siempre digno de reflexión, como Gorla, Gino, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico*, Roma, RomaTre-Press, 2023, 2 vols.

- Birocchi, Italo, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, Cuec editrice, 1988.
- Birocchi, Italo, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna, I. Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997.
- Birocchi, Italo-Mattone, Antonello (curr.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno internazionale di Alghero, 4-6 novembre 2004, Roma, Viella, 2006.
- Blanch Nougés, Juan Manuel y otros, *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive decoctoribus) de Benvenuto Stracca*, Madrid, Ed. Dykinson, 2023.
- Calasso, Francesco, *Il negozio giuridico. Lezioni di Storia del diritto italiano*2, Milano, Giuffrè, 1967.
- D'Amelio, Giuliana, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Milano, Giuffrè, 1972.
- Dizionario biografico universale*, III, Firenze, Davide Passigli tipografo-editore, 1844-45.
- Esborraz, David Fabio, *Vicisitudes del contrato en la tradición jurídica romanística. Sus proyecciones en el derecho latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Gorla, Gino, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico*, Roma, RomaTre-Press, 2023, 2 vols.
- Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, nuova ediz., Roma-Bari, Laterza, 2006.
- Guzmán Brito, Alejandro, "La división de los contratos en Luis de Molina", en: *Glossae. European Journal of Legal History*, n. 10, Murcia, 2013, pp. 204 a 214.
- Macario, Francesco-Miletti, Marco Nicola (curr.), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, Giuffrè, 2006.
- Massironi, Andrea, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Milano, Giuffrè, 2012.
- Messineo, Francesco, "Contratto (dir. privo-teoria generale)", en: *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 784-979.
- Peset Reig, Mariano, "Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII", en: *Anuario de Historia del derecho español*, n. 45, Madrid, 1975, pp. 273 a 339.
- Petronio, Ugo, "Spunti su consenso e contratto nei giuristi culti", en: *Legge, Giudici, Giuristi*. Atti del convegno Cagliari 18-21 maggio 1981, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 203-225.
- Petronio, Ugo, "Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno", en J. Barton (cur.), *Towards a General Law of Contract*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1990, pp. 215 a 247.
- Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, Torino, Giappichelli, 2018.
- Quaglioni, Diego, v. *Domenico da San Gimignano*, en: Birocchi, Italo y otros (editores), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 774 y 775.

- Santarelli, Umberto, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di Storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1990.
- Santarelli, Umberto, *L'esperienza giuridica basso medievale. Lezioni introduttive*, Torino, Giappichelli, 1991.
- Santarelli, Umberto, *Mercantes y sociedades entre mercantes*, trad. Jimena Silva Salgado, México, Escuela Libre de Derecho, 2010.
- Soto Kloss, Eduardo, "El 'Arte de los contractos' de Bartolome de Albornoz, un jurista indiano del siglo XVI", en: *Revista chilena de historia del derecho*, n. 11, Santiago, 1985, pp. 163 a 185.
- Volante, Raffaele, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano, Giuffrè, 2001.