

Recensión al Libro «Contrato. La formación de un concepto»*

FRANCISCO CAPILLA RONCERO

Universidad de Sevilla

A comienzos de este año vio la luz el libro del profesor Javier PARICIO, objeto de esta nota, en la colección de los *Cuadernos Civitas*, que atesora un buen número de estimables obras y que se ve ahora enriquecida con la inclusión de la presente. El libro, de escueto tamaño (como tantas de las obras de esa colección) resulta oportuno, si se atiende al particular momento en que nos encontramos, caracterizado por la existencia de un notable impulso para reformular el derecho de las obligaciones y contratos, a resultas de los embates que el Derecho comunitario ha ido produciendo en tantos países europeos, así como de los textos promovidos en ese mismo entorno con pretensiones unificadoras o armonizadoras, y en el más amplio del tráfico comercial internacional. Buena prueba de ellos son los Principios Unidroit, los Principios de Derecho Contractual Europeo, el Anteproyecto de Pavia, el borrador del Marco Común de Referencia¹, etc. La proyección de este impulso se deja sentir en los Derechos nacionales, como lo atestiguan la reforma del Derecho alemán de obligaciones de 2001² o el anteproyecto francés de reforma de las obligaciones³.

Casi todos estos textos toman como centro de su interés el régimen jurídico del contrato, razón por la cual el libro comentado aporta luz, sobre todo a los no especialistas en Derecho romano, sobre el germen de ese concepto basilar de nuestra cultura jurídica.

En efecto, el autor, conocido romanista, con prudencia aborda el tema del origen del concepto de contrato dentro del marco de su especialidad. No trata, pues, de proyectar su trabajo de historiador del Derecho romano sobre el tiempo presente, sino que, con la modestia exigible para que el trabajo resulte científicamente apreciable, se mueve en el entorno en el que ha venido trabajando a lo largo de muchos años, hasta el punto de haber devenido como un reconocido especialista en esta materia entre los romanistas europeos.

No obstante, la obra ha sido elaborada en obsequio de los no especialistas en Derecho romano. Así lo subraya el autor cuando relata la gestación de la misma, con ocasión de sendas conferencias o seminarios programados en interés de los estudiantes de la Universidad del País Vasco y de la de Sevilla. Naturalmente, el libro no es mero registro fiel de tales exposiciones orales, sino que ha sido objeto de reelaboración y enriquecimiento con el imprescindible y críticamente selecto aparato crítico. Pero ese origen sí que dota a la obra de una rara virtud que merece ser resaltada: nos cuenta a los no romanistas el actual estado de la cuestión acerca del origen de la noción o concepto de contrato en el Derecho romano, con la preocupación de hacer el discurso inteligible y claro, algo que logra en alto grado.

Mucho facilita ese designio de claridad expositiva el hecho de centrar el argumento en los principales juristas cuyos textos permiten conocer cómo fue paulatinamente gestándose la noción de contrato en Roma. No es desdeñable, para vivificar la narración, el cuidado con que se va ubicando cronológicamente a cada uno de los autores cuyos textos se traen a colación, con breve,

* Javier Paricio. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2009. ISBN: 978-84-470-3152-8.

1. Aunque su ámbito excede con mucho el campo de los contratos. Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition, VON BAHR et alii (Eds.), (2009).
2. Aunque sus vectores no proceden exclusivamente el movimiento neocodificador a florado en Europa en estos últimos años. V. ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán de obligaciones* (trad. Esther ARROYO) (2008), 31 y ss.
3. V. CABANILLAS SÁNCHEZ, «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)», ADC, LX-2 (2007), 621 y ss.

pero sabrosa, nota biográfica de cada uno de ellos, tanto en lo personal, cuanto en su incardinación en las familias y evolución de las escuelas de juristas romanos.

No comienza la exposición de las opiniones de los juristas por orden estrictamente cronológico, sino que se principia contando cómo, en el concepto que se extrae de las Instituciones de GAYO (segunda mitad del siglo II d. C.), contrato es sinónimo de acto lícito generador de obligaciones jurídicamente exigibles, contrapuesto a la noción de delito, como de forma tajante enuncia el autor al formular la *summa divisio*, conforme a la cual *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. Con inmediata analepsis, nos retrotrae el autor al pasaje en que, según nuestros conocimientos, por vez primera aparece el término contrato en las fuentes: un texto de Servio SÚLPICIO (siglo I a. C.) en el que tilda de contrato a las recíprocas estipulaciones sponsalicias, o sponsales. Elemento que, con dudosa aportación de sustancia al concepto de contrato, sirve para datar la acuñación del término en esa época.

Coherente con el texto de Servio SÚLPICIO, y más consistente, resulta el texto de su casi coetáneo LABEÓN, quien con explícita mención del término griego *synállagma*, reserva la voz contrato, distinguiéndola del *actum* y del *gestum*, para aludir a las obligaciones recíprocas (*contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant*), en noción pues en la que está ausente toda referencia a la convención consensual, aunque los ejemplos que cita sean precisamente de contratos consensuales (compra, arrendamiento y sociedad). Dudoso es que se puedan incluir en la concepción labeoniana de contrato las convenciones atípicas que, en su concepción daban lugar a la *actio praescriptis verbis*.

Ya más posteriormente el término griego *synállagma* es también empleado por ARISTÓN (a caballo entre los siglos I y II d. C.) para considerar que las convenciones atípicas (que no son pues contratos típicos) en las que subsiste una causa (como *do ut des, do ut facias*), son sinalagmas y por ende generan obligación civil. Se amplía así el ámbito del sinalagma, que pasa de aludir a los contratos típicos consensuales recíprocos (los mencionados por LABEÓN) a comprender las convenciones atípicas con causa recíproca, las gratuitas excluidas. Tales convenciones generaban acción civil, precisamente, y tras una trabajosa evolución jurisprudencial, la *praescriptis verbis*. De esta manera, esa acción de buena fe deviene una suerte de «acción contractual general subsidiaria» que permite otorgar tutela jurídica a un conjunto de supuestos que no encajaban en las acciones típicas edictales, y sirve de base para la ulterior elaboración del concepto de contrato como convención atípica.

En Sexto PEDIO (del que se duda si fue coetáneo de GAYO, por lo que se inclina el autor, esto es, la segunda mitad del siglo II d. C.), según refiere ULPIANO, resplandece ya la concepción consensualista del contrato: en la traducción propuesta por el autor, «no hay contrato, entendido como supuesto constitutivo de obligación, que no tenga en sí una convención», subrayando que tal convención está presente no sólo en los contratos consensuales, sino también en los contraídos *verbis* o *re*. Esta consensualización material de todos los contratos se difunde como tesis dominante ya a finales del siglo II y durante el III, coincidiendo con la sostenida por ULPIANO.

Pero, aun predominando la noción consensualista o convencional del contrato, en los juristas tardo-clásicos (PAULO, ULPIANO) ocasionalmente se sigue manteniendo la noción más amplia y antigua de contrato que se veía en las Instituciones de GAYO y que comprende no sólo a convenciones, sino a otros actos lícitos, casi siempre contrapuestos a los delitos. Sin embargo, a lo largo del siglo III MODESTINO se permite prescindir en absoluto de la noción de contrato al elencar las fuentes de las obligaciones (*re, verbis, re et verbis, consensu, lege, iure honorario, necessitate, peccatum*), evidenciando la falta de unidad de criterio para enunciar las fuentes de las obligaciones.

El círculo se cierra en este recorrido por los más relevantes juristas romanos en la gestación del concepto de contrato, volviendo al principio, esto es, a GAYO, pero ahora en la tripartita enunciación de las fuentes de las obligaciones de las *Res cotidianae* (de discutida autoría, pero parece que de clara inspiración gayana) que prosperará en la historia: contrato, maleficio y *variae causarum figurarum*, categoría residual en la que se incluyen los actos lícitos que no eran calificables de contrato por faltar en ellos el acuerdo o convención. Triunfa, pues, en definitiva la concepción consensualista de contrato, al enunciarse en las Instituciones Justiniancas las fuentes de las obligaciones según este último patrón extraído de las *Res cotidianae*, aunque con la diversificación de la residual categoría en dos subcategorías que aún se reflejan en el artículo 1089 de nuestro Código Civil:

cuasicontratos y cuasidelitos, asumiendo la eliminación de la partícula *ex* y la adopción de los dos neologismos que, según la común opinión, se deben a la mano de TEÓFILO. Y con definitiva consagración del concepto consensualista, como lo atestigua el texto de la *Paráfrasis*, en donde el mismo TEÓFILO define el concepto de contrato en términos absolutamente inequívocos: *contractus autem est duorum vel etiam plurium in idem conventio et consensus ad constituendam obligationem et ut alter alteri fiat obnoxius*.

Como el lector podrá apreciar, narra este libro cosas en general también sabidas por los no romanistas, pero, y ahí está a mi modo de ver el punto de mayor interés de la obra, realzando la pluralidad (al menos, dualidad) de conceptos de contrato que coexisten en paralelo durante largo tiempo en la jurisprudencia romana, con triunfo final de la concepción consensualista. En su propio germen conlleva un alto grado de ambigüedad, que no deja de proyectarse hasta la actualidad, como puede comprobarse en algunos de los textos de *sofllaw* que al principio se citaban, en los cuales se opta con claridad por asimilar los actos unilaterales generadores de obligaciones a los contratos.

Trasciende, pues, el libro del ámbito de los especialistas, y se lee con gusto y provecho por quienes no lo somos, colmando con creces el propósito anunciado en el prólogo, antes aludido.