

**LA PROMESA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL.
DE OBLIGACIÓN JURÍDICA A OBLIGACIÓN EN CONCIENCIA.
REFLEXIONES PARA SU ESTUDIO HISTÓRICO.**

Por

SARA VERONICA PARINI
Prof. Associato Confermato
Università degli Studi di Milano – Statale

sara.parini@unimi.it

RESUMEN.

Generalmente, las reglas jurídicas provenientes de la obra justiniana, reelaboradas por intérpretes sucesivos, han servido de vehículo para el desarrollo de la ciencia jurídica. En ciertos casos, sin embargo, como el que aquí se estudia, tales preceptos se han revelado como el mayor obstáculo para incorporar nuevas vías de interpretación, provenientes de las múltiples situaciones de la vida cotidiana. Así ha sucedido, en concreto, con el principio de accionabilidad de los pactos, habitualmente relacionado con lo formulado en D. 2.14.7.4. Este precepto, insistentemente citado tanto por los primeros civilistas boloñeses como por los juristas humanistas del s. XVI, se convirtió con rapidez en el baluarte constante y más resistente contra el reconocimiento de la libertad contractual. Al menos hasta que las propuestas del Derecho canónico, asumidas como propias por los teólogos de la Segunda Escolástica, lograron conducir hasta a los juristas más recalcitrantes a suscribir el principio contrario: “*pacta, quantunque nuda, servanda sunt*”, aunque sin atribuirle alcance general.

En la construcción teórica de la promesa *nuda*, la aportación del Derecho canónico a la lectura de las fuentes romanas representa un momento tanto de continuidad como de innovación. El valor ‘moral’ de la obligación, o lo que es lo mismo, el compromiso en ella contenido, a través de la palabra dada, se convertiría en punto de referencia obligada para una nueva construcción del vínculo obligatorio.

Si, desde esta perspectiva, el problema de la relación entre contrato y promesa puede resumirse en la definición exacta que se haga de estos dos conceptos, diferentes en función de la relevancia jurídica del primero y de sentido moral la segunda, es innegable que a partir de un momento determinado, a la obligación en conciencia, valorada sólo en función de su connotación ética, empezaría a atribuírsele un significado estrictamente técnico, haciéndola, como tal, sancionable en juicio. El medio, para ello, con el que descartar las antiguas doctrinas sería la evolución del principio meta-jurídico de la *buena fe*, que acabaría siendo entendido como expresión de valores de equidad y corrección también en el ámbito jurídico. Y como tal sigue siendo operativo, a nuestro juicio, en el conflicto entre *ius communitatis* y *ius commune odiernum* para la fijación de los *Principles of European contract Law*.

PALABRAS CLAVE.

pacto, contrato, *bona fides*, Derecho canónico, obligación

SUMARIO.

I. Introducción – II. El *pactum* en Derecho romano – III. Los Glosadores – IV. Los Comentaristas – V. La *promissio* desde la perspectiva de los canonistas –VI. El siglo XVI. El humanismo jurídico – VII. El siglo XVIII. Positivismo y Códigos.

I. Introducción.

En un reciente trabajo dedicado al valor intrínseco de los ‘pactos’ y a su evolución en el ámbito del derecho, he reparado en la importancia que reviste la expresión ‘dar la palabra propia’. Se trata obviamente de una metáfora. Es evidente. Una metáfora tomada del lenguaje común, que, sin embargo, nos obliga a detenernos en el valor de la promesa, como demostración palpable de nuestra conducta. Se trata de hecho, de la ‘entrega’, aunque sea simbólica, de una parte de nosotros mismos y de nuestro compromiso, porque una declaración, en tanto ‘nuda’ (‘desnuda’) no sólo genera la confianza legítima de la parte a la que se dirige sino, algo muy importante, lleva consigo el ‘espíritu’ mismo del que lo ha dicho.

En otros términos: su *fides*. Dando mi palabra me ‘ofrezco’ a mí mismo. Me ‘empeño’.

En este sentido, una relectura atenta de la teoría canonista sobre las obligaciones de pacto nudo puede contribuir al estudio y profundización sobre la naturaleza y la disciplina de la *buena fe*, que en este

ámbito específico tuvo un desarrollo y una interpretación bastante alejada de los principios originarios del derecho romano¹, precisamente en razón de la lógica del compromiso asumido, tal y como acabo de señalar. Pero vayamos por orden.

¹ En los últimos años se ha prestado especial atención al tema de la *fides bona* tanto en Derecho romano como en la doctrina y la jurisprudencia civiles, a partir de una lectura alternativa del término, bien relacionado con el concepto de vinculación a la palabra *data*, o bien de sumisión al poder de otro (en esta línea reconstructiva, M. Talamanca, *La Bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Studi A. Burdese, IV, L. Garofalo (a cura di), Padova, 2003, p. 129 e R. Fiori, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, estratto da *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli 2008, spec. pp. 237-239). Para una relación bibliográfica más amplia, véase los trabajos de R. Ruffini, *La buona fede in materia di prescrizione. Storia della teoria canonistica*, Torino 1892; P. Fedele, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova 1941; L. Scavo Lombardo, *Il concetto di buona fede nel diritto canonico*, Roma 1944 (nueva edición, Bologna 1995, con un'introduzione di F. Finocchiaro, *La buona fede nella canonistica contemporanea*); Id., *buona fede (dir. can.)*, en *Enciclopedia del Diritto*, V, Milano 1959, pp. 664-667; L. Lombardi, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961; M. Cujas, *La buona fe en la prescripcion extintiva de Duedas*, en *Analecta gregoriana*, 122 (1962), pp. XXVIII- 256; J.L. De Los Mozos, *El principio de la buena fe*, Barcelona 1965; P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto privato*, Milano 1970; Id., *L'Ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 2006, part. p. 213 (in cui l'autore parla di *aequitas*); D. Corradini, *Il criterio di buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano 1970; E. Molano, *La autonomia privada en el ordenamiento canonico*, Pamplona 1974; G. Otte, *Der Probabilismus: eine Theorie auf der Grenze zwischen Theologie und Jurisprudenz*, en *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Atti dell'incontro di studio, Bologna 1976; A. Albisetti, *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico. Violenza e buona fede*, Milano 1980; Id., *Riflessioni sulla bona fides canonistica dopo il Codex del 1983*, en *Studi in onore di G. Catalano*, Soveria Mannelli 1998, I, pp. 19 ss.; G.P. Massetto, *Buona fede, (diritto medievale e moderno)*, en *Digesto italiano delle discipline privatistiche, Sezione civile*, II, Torino 1988, pp. 133-153; D. Nörr, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcántara*, Byersiche Akademie der Wissenschaften, Philosoph-Historische Klasse, Abhandlungen, n.f. Heft, 101, Munchen 1989, pp. 146 e ss.; R. Martini, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto bilaterale romano*, en *lura* 42 (1991), pp. 97-109.

Más recientemente, M.J. Schermaier, *Bona fides in Roman contract law*, en *Good Faith in European Contract Law*, R. Zimmermann, S. Whittaker (eds.), Cambridge 2000; J. Gordley, *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, ib., pp. 93- 117; A. D'angelo, *Il contratto in generale*, Tomo IV, 2. *La buona fede*, en *Trattato di diritto privato*, M. Bessone, (diretto da), Torino 2004; G.P. Massetto, *Brevi note sull'evoluzione storica della buona fede*, en *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. Macario - M.N. Miletta (eds.), Milano 2006, pp. 291-343; A. Albisetti, *Buona fede*, en *Stato e Chiesa, pluralismo confessionale*, marzo (2008), pp. 1-9; Id., *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, Milano, 2009; Á. Vidal Olivares, *La noción de incumplimiento esencial en el "Código Civil"*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 32 (2009), pp. 221-258; C. Storti, *Foedus, Amicitia e societas: Alberico Gentili tra tradizione e innovazione*, en *Alberico Gentili San Ginesio 1552-Londra 1608*, II, Milano 2010, pp. 335-376; G. Falcone, "Obligatio est iuris vinculum", Torino 2003, p. 166; D. Poldnikov, *Radici romane del concetto contemporaneo di contratto civile? (a proposito della formazione storica della dottrina contrattuale continentale)*, en *Diritto romano pubblico e privato: L'esperienza plurisecolare dello sviluppo del diritto europeo*. IV Convegno Internazionale di Diritto Romano, Ivanovo-Suzdal'-Mosca, 25-30 giugno 2006, ahora en *Diritto@Storia*, 6 (2007) Note-&-Rassegne. Vid. además, *Autor de droits de contracts. Contributions de droits romain en l'honneur de Felix Wubbe*, ed. de P. Pichonnaz, Geneve-Zurich-Bâle 2009.

Sigue siendo útil y no debe ser olvidado, P. Bonfante, *Sulla genesi e l'evoluzione del 'contractus'*, en *Rivista dell'Istituto Lombardo di scienze e lettere* 40 (1907), pp. 888 ss. = *Scritti giuridici varii*, 3, Torino 1921, pp. 135-149; Id., *Sul contractus e sui pacta* en *Rivista di diritto commerciale* 18/I (1920), pp. 353-362; E. Betti, *Sul valore dogmatico della categoria del contrahere in giuristi proculiani e sabiniani*, en *BIDR* 28 (1915), pp. 3-96; P. de Francisci, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, 2, Pavia 1916, 85-329, esp. 321 ss.

II. El *pactum* en derecho romano.

Un derecho de contratos uniforme surge por vez primera más bien tarde, en concreto en las obras de los juristas europeos del s. XVI y del siglo siguiente².

Con anterioridad no existe propiamente un sistema. La figura del *contractus* como categoría general era extraña al derecho romano clásico³ que, como sistema consuetudinario, atribuía al término contrato el significado de vínculo, pero no de fuente de las 'obligaciones'⁴.

Faltando así una definición general los juristas trabajaban con esquemas tasados, a modo de elenco, del ordenamiento; con negocios solemnes, esto es, concluidos con *stipulatio* o con negocios reales, o lo que es lo mismo, perfeccionados con la entrega del bien⁵. Las otras formas no solemnes, se denominaban simples *pacta* sin reconocimiento en el ordenamiento jurídico. Se trataba, en otras palabras, de acuerdos informales entre las partes, basados en la *libertas oris* para los que era válido el principio *ex nudo pacto actio non nascitur*.

En este contexto, la *bona fides* parece haber desempeñado, al menos conforme a una lectura tradicional, tres funciones principales: determinar las modalidades de ejecución del negocio jurídico, aclarar

² Una primera clasificación de las obligaciones que partiría del *homo*, y no de la *res*, puede observarse en la obra de Connan, en las definiciones del *Commentarius de verbis iuris* de F. Hotman, en la *Jurisprudencia romana* de Hermann Vultejus -todas obras del s. XVI- o incluso en el *Syntagma Iuris Universi* de Pierre de Gregoire, publicado en 1606. Y éstos sólo a modo de ejemplos significativos, aunque podrían añadirse otros. Un comentario al respecto, en I. Bircocchi, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento (materiali per un corso monografico)*, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Palermo 7-8 giugno 1995, Atti, L. Vacca (a cura di), Torino 1997, pp. 189-215, esp. p. 190, y, más recientemente, Id., *Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino Domat e Portalis*, en *Tradizione civilistica e complessità del sistema cit.*, pp. 95-137, esp. p. 114. También, A. Guzmán Brito, *Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, 4: Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico*, en *Estudios Histórico-Jurídicos* 26 (2004), pp. 157-254; H. Hotson, *Commonplace Learning. Romanism and its German Ramifications, 1543-1630*, Oxford 2007, esp. cap. III; S. Parini Vincenti, *Transactionis Causa. Studi sulla transazione civile dal tardo diritto comune ai codici. Parte prima. La dottrina dei secoli XV e XVII*, Milano 2011, pp. 141 y ss. Sobre la difusión de la cultura humanista en los ámbitos de la Reforma y sobre la relación histórica entre calvinismo y jurisprudencia, C. Strohm, *Ethik im frühen Calvinismus: humanistische Einflüsse, philosophische, juristische und theologische Argumentationen sowie mentalitätsgeschichtliche Aspekte am Beispiel des Calvin-Schülers Lambertus Danaeus*, Berlin-New York 1996. La cuestión ha vuelto a retomarse (Id., *Recht und Jurisprudenz im reformierten Protestantismus 1550-1650*, en *ZSS. KA* 92 (2006), pp. 453-493), aunque debe recordarse que la relación entre teología y pacto constituye, en el pensamiento protestante, y en concreto, en el de Calvino, una de las cuestiones historiográficas más complejas.

³ Hay que señalar que, en los últimos años, también la doctrina romanista está llevando a cabo una revisión de la bilateralidad negocial romana, a partir de una reinterpretación del paradigma contractual, en función del mayor o menor acento puesto en la obligación o en el *consensus*, lo que conlleva evidentes repercusiones también en la relectura de las fuentes. Para algunas referencias, cfr. R. Fiori, '*Contrahere*' e '*solvere obligationem*' in Q. Mucio Scevola, en *Fides humanitas ius Studii L. Labruna*, C. Cascione, C. Masi Doria (curr.), Napoli 2007, III, p. 1958 ss., e Id., '*Contrahere*' in Labeone, en *Carmina Iuris, Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, E. Chevreau, D. Kremer, A. Laquerrière-Lacroix (ed. par), París, 2012, pp. 311-331.

⁴ La cita es de Labeón, D. 50.16.19, que define el *contractus* como *ultra citroque obligatio*. Per ulteriori approfondimenti, si veda la nota 10.

⁵ Fundamentales para la comprensión de lo explicado son D. 2.14.7 pr. 2 y 4. Se trata, de hecho, de una parte del comentario de Ulpiano al *Edictum de pactis* en el que el jurisconsulto parte de la clasificación de las convenciones provenientes del *ius gentium* para determinar a partir de ellas las que dan derecho a la acción, y las que, en cambio, dan lugar sólo a una excepción. En la primera categoría se incluyen los contratos nominados y los innominados, basados en las fórmulas *do ut des*, *do ut facias*, definidas como dotadas de causa; en la segunda categoría, equiparable a los *pacta*, encontramos las convenciones no accionables, o las que no tienen ni *nomen* ni *causa*. En el comentario de Ulpiano la *conventio* sirve de término general de comparación. Y a ella, en última instancia, se debía mirar para la calificación, como contratos, de estructuras negociales diferentes y por la creación del arquetipo *contractus*: esto es, una definición general, capaz de establecer una estructura común a una multiplicidad de fenómenos jurídicos. Cfr. S. Parini, *Pacta servabo. Qualche riflessione sulla categoria generale del contratto*, en *SDHI* 83 (2017), pp. 433-448.

la intención de los contratantes e integrar la regulación contractual⁶. En otras palabras: atemperar el rigor del *ius strictum*⁷.

En los contratos y obligaciones se presentaba, por tanto, como una especie de parámetro de equidad, más que de ética, no queriendo tanto representar la voluntad sincera del contratante cuanto una especie de *aequitatem et iustitiam*⁸ que, contraponiéndola al dolo, e incidiendo en la *interpretatio ex bono et aequo*, permitía al juez ir más allá de lo dicho *per acta et expressa*⁹.

La buena fe venía representada así más bien como un deber que como un derecho. Una especie de cláusula 'en blanco', una válvula del ordenamiento, que permitía la entrada en él de valores extra-jurídicos.

Esta es, al menos, la definición que le da la cita di Trifonino, jurista del tiempo de los Severos (D. 16.3.31)¹⁰. *Bonam fidem in contractibus considerari, equum est*, se lee en el *Codex*¹¹. Y al mismo tiempo un

⁶ A.F. De Buján, *Contribución al estudio del arbitraje de Derecho Público en la experiencia jurídica romana*, in *Religión y cultura*, pp. 270-271 (2014), pp. 483-502; Id., *De los "arbitria bonae fidei" pretorios a los "iudicia bonae fidei" civiles*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Studi A. Burdese, L. Garofalo (a cura di), vol. II, Padova 2003, pp. 31-58); L. Gutiérrez Masson, *Actos propios y buena fe. En torno a Papiniano 3 Quaestionum D. 50.17.25*, ivi, pp. 274-292; M. García Garrido, *Tradicón Romanística medieval en los principios contractuales visigóticos*, en *Revista de Derecho*, 2 (2013), pp. 245-256.

⁷ Dado el valor social de la *fides* (vid. *infra* nota siguiente), desde la época más antigua se clarifica la relación entre esta última y el juramento. La obligatoriedad vinculante del *ius iurandum* en Derecho romano se logra no porque la palabra dada goce de valor en sí y por sí, sino porque se liga estrechamente a la *constancia* y a la *veritas* del *vir bonus*, como persona socialmente fiable. Las palabras y el comportamiento del *bonus vir* deben ser conformes y ligadas al *verum*, porque la falsedad es un acto que pone en crisis el orden social sobre el que se apoya también el *status* del que jura. Por tanto, mientras el juramento cristiano es un hecho puramente individual y el perjurio cae en *peccatum*, el juramento romano es un hecho de carácter social útil al mantenimiento de la *pax deorum* (F. Zuccotti, "In tema di sacertà", en *Labeo*, 44, 1998, pp. 417-459 y sucesivamente, Id., *Il giuramento in Grecia e nella romana pagana: aspetti essenziali e linee di sviluppo*, en *Seminari di storia e di diritto*, II, A. Calore (ed.), Milano, 1998, pp. 1-86).

⁸ En la cultura romana más arcaica, la *fides* es la cualidad de un sujeto que, a los ojos de la colectividad resulta fiable en sus comportamientos y su palabra. En una sociedad dividida rígidamente en clases, la confianza de un sujeto se liga a sus condiciones económicas y sociales: cuanto mayor es el rango, mayor crédito. Desde esta perspectiva, la *fides* se caracteriza por ser el atributo de la clase dirigente: *optimates, boni, sani, fortes y probi*, un comportamiento conforme al *honor* y, solo secundariamente a la *honestas*, como cualidad moral (J. Ph. Levy, *Dignitas, gravitas, auctoritas testium*, in *Studi B. Biondi*, II, Milano, 1965, pp. 27 e ss.).

⁹ A partir de la noción de *fides* se define la de *bona fides*, que constituye una derivación de la misma, limitada casi exclusivamente al ámbito del derecho privado y procesal. El añadido del adjetivo *bona* no está, sin embargo, libre de ataduras. Aunque la *fides*, de hecho, se vincula estrictamente a la estructura de la sociedad romana, la caracterización específica no admite una interpretación del término *fides* en clave aristocrática (Fiori, *Fides e bona fides*, cit. p. 249), sino que más bien pone de manifiesto la propia transformación de la sociedad de la que es expresión. Cfr. P. Frezza, *A proposito di "fides" e "bona fides" come valore normativo in Roma e rapporti dell'ordinamento interno e internazionale (a proposito del volume di Nörr, D., Die Fides im romischen Volkerrecht)*, en *SDHI*, 57 (1991), pp. 297-301, partic. p. 300. Para una visión más general de la *bona fides* en derecho romano, ver los trabajos G. Gandolfi, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, pp. 361 e ss.; E. Stolfi, *Bonae Fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, pp. 121-172; B. Schmidlin, *Il consensualismo contrattuale tra nomina contractus e bona fidei iudicia*, inicialmente publicado en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 124 (2007), pp. 53-93, puede consultarse ahora en *Diritto romano, tradizione romanistica e diritto europeo, Giornate in ricordo di G. Pugliese 1914- 1995*, L. Vacca, (ed.), Padova 2008, pp. 105-114; M.L. Neme, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá 2010; C.A. Chinchilla Ibbett, *Contrarius consensus: terminación del contrato per mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana*, en *Revista de Derecho Privado*, 28 (2015), pp. 79-126, part. pp. 92-93 nt. 51; pp. 94-96; pp. 103-105.

¹⁰ M. Marrone, *Le "significationes" di D. 50.16 ("De verborum significatione")*, en *SDHI*, 60 (1994) pp. 583 ss.; Id., *Nuove osservazioni su D. 50.16 De verborum significatione*, en *SCDR*, 7 (1995) pp. 169 ss.

¹¹ C. 4.10.4, *I. bonam fidem, de obligationibus et actionibus*. Per il passo cfr. C.A. Cannata, *Histoire de la jurisprudence européenne I. La jurisprudence romaine*, Torino, 1989, p. 154 y W. Litewski, *Jurisprudencja rzymska [Roman Jurisprudence]*, Kraków, 2000, p. 154.

a referencia a Modestino (D. 50.16.19) determinaba sus caracteres en materia posesoria, contraponiéndola a la *mala fides* de la contraparte¹².

III. Los Glosadores.

En la llamada “época intermedia”, los juristas tenderán a reconducir la noción de *bona fides* al concepto más amplio de *aequitas*, potenciando la relación entre esta última y el concepto de *bonum et aequum*¹³. La noción medieval de *aequitas*, definida por los civilistas, no es, sin embargo, todavía un concepto ‘ético’, sino el fundamento esencial del ordenamiento, que está presente tanto en la ley, como en la labor de los intérpretes o la actividad de los jueces.

La contraposición entre *ius strictum* y *aequitas* no debe entenderse como contraposición entre lo jurídico y lo no jurídico sino entre la letra y el espíritu de la norma.

Por lo que se refiere, en concreto, al contrato y la promesa, si en época medieval se sigue siendo contrario a la afirmación del principio de la eficacia vinculante de los *pacta nuda*, no puede resultar sorprendente, sin embargo, que *causa* y *datio*¹⁴ vengan continuamente superpuestos, como lo serían el cumplimiento y la prestación¹⁵. Una interpretación ésta que procede del desconocimiento del término *obligatio*. Pero el resultado no es en sí erróneo: corresponde más bien a la idea de que el acuerdo viene acompañado de su ejecución. Lo que resultaba adecuado, sobre todo, para los negocios jurídicos atípicos, carentes de una prestación plenamente definida.

Obviamente, en esta situación, el elemento real resulta privilegiado sobre el consensual¹⁶, como prueban tanto la *Summa Trecensis*¹⁷ (“*Causam autem dicimus dationem seu factum vel contractum*”) como la *Glossa ordinaria*¹⁸ (“*id est ‘datio’ factum quod vestiet pactionem*”). Lo cual origina un problema de interpretación de los pactos simples, o nudos, como quiera decirse.

¹² Es objeto de controversia la fecha y la inclusión del párrafo en la Compilación de Justiniano (P. Angelini, *Il procurator*, Milano 1971; A. Burdese, *Sul procurator a proposito del volume di Piero Angelini*, en *SDHI*, 37 (1971), pp. 307 ss.). En realidad, el único dato seguro es que Modestino escribe los *Libri Pandectarum* tras la muerte de Caracalla en 217 d. C. (M. Miceli, *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*, Milano, 2008).

¹³ Por su referencia tanto a la buena fe como a la *aequitas*, el precepto D. 16.3.31 resulta especialmente rico y elaborado. De hecho, reproduce una corriente muy destacada de la jurisprudencia severa, caracterizada por el recurso al *ars boni et aequi* (P. Voci, ‘*Ars boni et aequi*’ en *Index*, 27 (1999), pp. 1 y ss. contrapuesto al rigor del *ius civile*. Vid. L. Diez-Picazo, en *Introduzione a F. Wieacker, El principio general de la buona fe*, Madrid 1977, p. 15 y Gallo, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di Studi in onore di Alberto Burdese, cit., vol. II, pp. 155-189; S. Tafaro, *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di Studi in onore di Alberto Burdese, cit., vol. III, pp. 255-277; A.F. De Buján, *El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos*, en *Anuario de justicia alternativa*, 10 (2010), pp. 149-180.

¹⁴ De la que nos habla D. 2.14.7.2. Un comentario al respecto en A. Guzmán Brito, *Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato*, 4: *Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico*, en *Estudios Histórico-Jurídicos* 26 (2004), pp. 157-254; H. Hotson, *Commonplace Learning. Romanism and its German Ramifications*, 1543-1630, Oxford 2007, esp. cap. III; F.J. Paricio Serrano, “Una historia del contrato en la jurisprudencia romana” en *Annali Palermo* (2010), pp. 73-114 y ver *infra*, nota 18.

¹⁵ Una lectura de D. 2.14.7.4 excluía la posibilidad de que sólo el consenso fuese suficiente para convertir un contrato en accionable *iure civili*, insistiendo en la necesidad de otros elementos a tal fin. Éstos vendrían individualizados en cada uno de los contratos nominados y en los reales innominados. (E. Stolfi, *A proposito di un fondamentale momento della “tradizione romanistica”: l’elaborazione medievale in materia di “pacta”*, en “<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02stolfi.pdf>”, *Il* (2002), pp. 441-482, esp. p. 444).

¹⁶ El momento consensual pierde interés en la “edad intermedia” en beneficio de una praxis atenta a la necesidad de que se exprese mediante comportamientos exteriores, traducidos en contratos verbales o reales (R. Volante, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano 2001, esp. pp. 1-12; P. Grossi, *Proprietà e contratto*, en M. Fioravanti, *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, pp. 128-138, spec. 135-136; S. Parini-Vincenti, *Transctionis causa*, cit., cap. 2, nt. 23 y A. Massironi, *Nell’officina dell’interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Milano 2012, pp. 16-17).

¹⁷ C. 2.3.8 en *Summa Codicis des Imerius mit einer Einleitung*, ed. H. Fitting, Berlin 1894, p. 26.

¹⁸ gl. *Ad causa*, D. 2.14.7.2, 186b.

Éstos, desprovistos tanto de una estructura formal como de una *datio* podían, de hecho, interpretarse como no vinculantes y dejar la confianza del tercero a merced de los acontecimientos y su *fides* muchas veces traicionada. Por ello, algunos civilistas optarían por considerar el pacto como el prototipo de todas las tipologías de acuerdo comercial¹⁹, haciendo que fuesen los elementos que lo acompañaban los que determinasen su eficacia en términos jurídicos, o en otras palabras, los que lo vestían²⁰.

Los Glosadores se valdrían, por su parte, de un razonamiento de tipo sintético y como medio para comprender la materia optaron por hacer una *summa divisio* entre *pacta nuda* y *pacta vestita*.

Los primeros, los llamados *pacta nuda*, venían definidos como acuerdos consensuales, privados de efectividad, para los que era válida la regla: ninguna acción, ninguna protección²¹. Los segundos, los definidos como *pacta vestita*²², venían estructurados como acuerdos dotados de acción, y, en consecuencia, de *causa civilis*. De este modo, vincularon a la posibilidad de hacer valer la obligación en sede procesal el juicio de 'merecimiento' atribuido por el ordenamiento jurídico.

De un solo golpe se resolvían así tres problemas: admisibilidad, tutelabilidad, y cumplimiento de la prestación deducida de los actos realizados.

De hecho, tanto en el derecho romano como en el derecho intermedio, contraer sólo obligaciones en conciencia, como un mero intercambio de promesas, no daba lugar a una verdadera obligación contractual, hasta que al menos uno de los prominentes no hubiese comenzado a cumplir. Lo que no significa que el sistema fuese completamente ajeno a la pérdida de *fides* de los contratantes, ya que era válido el principio según el cual: «nisi perfecte impleverit ille qui vult agere, actio non datur»²³.

Se trataba, obviamente, sólo de un primer intento de sistematización de la materia contractual, fundado en una lógica todavía bastante primaria, pero que permitía, en cualquier caso, hacer posible la reflexión emparejando conceptos contrapuestos, típicos de la lógica aristotélica de cuño medieval. Lo que más nos interesa, en cualquier caso, es que la clave fundamental de esta teoría era la conceptualización de

¹⁹ A. Söllner, "Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten", en ZSSR. Rom. Abt., 77 (1960), pp. 216-218: «Die Glossatoren entnahmen jedoch dem Corpus Iuris, dass alle obligatorischen Verträge eine willensmäßige Übereinstimmung zur Voraussetzung haben, und folgerten deshalb aus D. 2.14.1.1, dass pactum der Oberbegriff für alle obligatorischen Verträge einschließlich Stipulation sei». Se profundiza en el análisis del derecho contractual intermedio en R. Volante, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano 2001. Cfr. *ibid.*, p. 50 y lo indicado *supra* en la nota 4.

²⁰ Söllner, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, cit., pp. 216-217.

²¹ Un ejemplo claro se encuentra en el tratamiento de la *transactio*. Los glosadores la sujetaban al mismo régimen que al de la observancia de los pactos: el cumplimiento lo garantizaba la *fides*, el *arbitrium* y la *auctoritas*. Se excluía cualquier accionabilidad en juicio ("dicimus neque civilem praescriptis verbis, neque pretoriam de dolo oriri debere"); en ausencia de elementos externos para reforzar el acuerdo, la tutela sólo se hacía efectiva por vía de excepción ("his rationibus cessantibus, ex pacto transactionis dabitur exceptio"). La motivación (*est ratio quia*) residía en el hecho de que normalmente *actori superest vetus actio ad quam redire potest*; cuando ésta, sin embargo, excepcionalmente hubiese perecido: "*datur ei conditio ob causam contra reum*" (Azzone, *Summa super Codicem*, Papie 1506 (rist. anast. Torino 1966), Lib. II, C. 2.4, *De transactionibus*, p. 27); véase, sin embargo, Odofredo, *Matura, diligentissimeque repetita interpretatio, in vndecim primos pandectarum libros, De transactionibus Rubrica*, l. *qui transigit*, Lugduni 1550, nn. 1-4, p. 92. Respecto a la accionabilidad de los casos objeto de examen, véase asimismo C. Pelloso, 'Do ut des' e 'do ut facias'. *Archetipi labeoniani e tutele contrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d. C.*, en *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, L. Garofalo (a cura di), Padova, 2011, pp. 125-145 con una bibliografía actualizada y mi *Transactionis Causa. Studi sulla transazione civile dal tardo diritto comune ai codici* cit., pp. 21 ss.

²² Una reconstrucción teórica en I. Bircocchi, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari 1988, pp. 104-128, y más ampliamente en Id., *Causa e categoria generale del contratto, Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna, I: Il Cinquecento*, cit., pp. 31-94. Il rapporto tra negozio, contratto e diritto privato è stato rivisitato en *Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino Domat e Portalis*, en *Tradizione civilistica e complessità del sistema* cit., pp. 95-137. Bircocchi señala al respecto cómo la ciencia jurídica medieval manifestó un interés precoz en la clasificación y la ordenación de la múltiple variedad de contratos. Tanto los contratos nominados, como los innominados, en la mentalidad del hombre medieval, creaban obligaciones para las partes en la medida en la que se hubiese realizado el intercambio de prestaciones, es decir, donde la que hemos definido como *datio vel factum*, hubiese tenido lugar.

²³ Cfr., al respecto, las reflexiones de Jasón del Maino, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.1 *de pactis*, l. *iurisdictionum*, Venetiis, Societas aquilae se renovantis, 1590, n. 1, f. 146.

la relación *genus* a *specie*, entre pacto y contrato. El primero – el pacto – se entendía como la categoría general, desprovisto de toda acción. El segundo, el contrato, como subespecie de carácter obligatorio²⁴.

En cuanto a la dicotomía desnudo/vestido, el pacto nudo, como se ha señalado, no tenía eficacia obligatoria; el vestido, por el contrario, la tenía pero sólo si iba acompañado de otro elemento que le confiriese esa fuerza (*re, litteris verbis, consensu*).

IV. Los comentaristas.

En la misma línea, los *Comentaristas*, aun manteniendo inalterado el cuadro básico no sólo estudiaron el *vestmentum* como elemento que, añadiéndose al pacto, garantizaba su obligatoriedad, sino que recuperaron además el concepto de *causa*, como finalidad del negocio jurídico. El negocio jurídico se convertiría así en *conventio* para Bártolo, pero, sobre todo, para Baldo, que consideraría que la *conventio* debía tener una causa no sobrepuesta a su *implementum*. Pero es, sobre todo, sobre las excepciones donde vendrá aplicada²⁵.

Renunciando a un intento de síntesis, el intérprete de los siglos XIV y XV, fue, en general, más dado a preguntarse cuáles eran las *excepciones* al principio de la no accionabilidad de los pactos, que a tratar de oponerse a la regla general. Son frecuentísimos, de hecho, en estos años, los catálogos de *fallentiae*.

En el primer tratado especializado en materia de *pacta* –si se excluye la controvertida atribución de la monografía *de pactis* a Baldo–, Giovan Battista Caccialupi recorre, en tema de *vestimenta*, todas las formulaciones antiguas, explicando detalladamente al lector que las desconociese las razones *quod sic et quod non* de la accionabilidad en juicio de los acuerdos de autonomía privada y explica que las «*actionem producunt pacta vestita, exceptionem producunt quae nuda sunt [...]*» remitiendo a Baldo en las motivaciones²⁶. La «*ratio* – reproduciendo la opinión del gran comentarista del s. XIV – reside en el hecho de que

«hic quia in pactis nudis versatur factum nudum, et sine solemnitate iuris, et ideo ius, ut civilis obligatio et actio quae oriuntur ex concursu solemnitatum non nascuntur; naturalis autem obligatio nascitur, et inde exceptio quae sola nititur aequitate [...] et est ratio quia naturales obligatio pendet a facto et consensu ergo cessante solemnitate iuris eiusdem iuris remedium cessat [...]»²⁷.

Pero incluso Jason del Maino (1435-1519)²⁸, que escribe a finales del s. XV, no será menos exhaustivo. Hará un elenco, de hecho, de todos los límites posibles a la inefectividad de los pactos nudos,

²⁴ La razón de que los glosadores elijan como término general de comparación para los contratos la noción de *pactum* en vez de la de *conventio*, más allá de lo ajustado de ésta al texto de Ulpiano, la explica Azo. Para él la *conventio* era un término demasiado general porque hacía referencia a cualquier tipo de vinculación entre personas diferentes, prescindiendo de su deseo de establecer entre ellos una obligación, mientras *pactum*, tiene el significado más exacto de actuar con la intención de acordar una obligación de tipo jurídico. («Est hec nomen pactum generale ad omnia quae aguntur inter partes causa obligationis contrahendae vel tollendae. Nomen vero conventionis generalissimum est» en Azonis, *Summa Aurea*, Lugduni 1537, C, 2, 3, *de pactis*, l. *supra in ius vocando et de editione actionum*, n. 4, f. 17r). Véase al respecto, J. Gordley, *The philosophical origins of Modern Contract doctrine*, Oxford 1991, p. 41. Cfr. A. Kacprzak, *La regola 'pacta sunt servanda' e la nascita della libertà contrattuale*, en *Zeszyty Prawnicze* 1 (2019), pp. 203-240, spec. pp. 212-213.

²⁵ La elaboración más acabada de las *vestimenta pactorum* se atribuye, en estos años, a Bártolo («sed ut clarius intellegas tu potes sic dicere: pactum seu conventio nuda est, illud quod fiat in puris et nudis finibus conventionis: illud dicitur est vestimentum cui post originem vel in sui origine aliquid super adiciit, illud nim quod supersdicitur dicitur vestimentum» en *Super Prima Digesti Veteris*, in *Commentaria*, To. I, Venetiis 1526 (rist. anast. Roma 1996), Comm. ad D. 2.14.7.5 *de pactis*, n.5, f. 87), que, en conjunto, sigue rechazando la idea de que el acuerdo pueda considerarse un *vestmentum*.

²⁶ Baldus de Ubaldis, *Tractatus de pactis*, en *Tractatum in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris* (d'ora in avanti *TUI*), Venetiis, Societas Aquilae se renovantis, 1584, VI, Pars I, n. 15, f. 3r; Gio. Battista Caccialupi, *Tractatus de pactis...o.c.*, n. 2, f. 9v.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Giovanni Battista Caccialupi (1420-1496). Discípulo, en Perugia, de Giovanni Petruccio Montesperelli y Angelo Perigli en cuanto al derecho civil y de Andrea Baglioni, obispo de aquella ciudad, en cuanto al canónico, aparece, a finales del s. XV, como el más celebrado jurista activo en Roma (a donde sería llamado por Sixto IV). Prolífico autor, se le recuerda, en especial, por su tratado, *De modo studendi et vita doctorum*, que escrito en 1467, e impreso en Venecia a partir de 1472 sería objeto de una treinta ediciones (cfr. A. Mattone, *Il manuale giuridico nelle università italiane del Cinquecento*, en *Tra diritto e Storia. Studi in onore di*

enumerando hasta dieciséis: «fortius ergo idem debet esse ubicumque ius canonicum disponit, quod ex pacto nudo oriatur actio, cum ius canonicum nitatur maiora aequitati, quam ius civile»²⁹. El segundo de los límites tenía lugar *in curia mercatorum ubi procedit de bono et aequo*³⁰. En este caso, la buena fe resultaba esencial, así como el respeto a la palabra dada por los sujetos que a menudo eran extraños entre sí y pertenecían a culturas y derecho diferentes: «bona fides requiritur in iis, qui plurimum negotiantur et in iis non differt pactum nudum a stipulatione»³¹.

V. La *promissio* desde la perspectiva de los canonistas.

Luigi Berlinguer promossi dall'Università di Siena e di Sassari, Soveria Mannelli 2008, pp. 39-122, spec. p. 39). Se contaba con un estudio sobre la vida del jurista de San Severino, obra de Giuliana D'Amelio (Caccialupi, Giovanni Battista, en *DBI*, 15, Roma 1972, pp. 790-797). Desde entonces, Caccialupi ha suscitado entre los historiadores un interés creciente como prueban los trabajos de D. Maffei (*Giovanni Battista Caccialupi biografo*, en *ZSS, KA*, 83 (1997), pp. 393-399) y de P. Nardi (*Giovanni Battista Caccialupi a Siena: giudice delle Riformazioni e docente nello Studio*, en *Studi Senesi*, 109 (1997), pp. 83-124). Para referencias ulteriores, C. Dionisotti, *Filologia umanistica e testi giuridici fra Quattrocento e Cinquecento*, en *La critica del testo. Atti del Secondo Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, I, Firenze 1971, pp. 192-198, de donde se ha tomado la cita, M. Ascheri, *Giuristi umanisti e istituzioni del Tre-Quattrocento: qualche problema*, en *A-J*, 3 (1977), pp. 62-70, C. Bastianoni – G. Catoni, *Impressum Senis: storie di tipografi, incunaboli e librai*, Siena 1988, pp. 17-40, *Lo studio e i testi: il libro universitario a Siena (secoli XII-XVII)*, M. Ascheri (ed.), Siena 1996; Id., *La normativa di diritto comune per lo straniero nell'opera di G. B. Caccialupi da San Severino*, en *Stranieri e forestieri nella Marca dei secc. 14.-16*, *Atti del XXX Convegno di studi maceratesi*: Macerata 19-20 novembre 1994, Macerata 1996, pp. 93-113; Id., *G. B. Caccialupi (1420-1496) fautore dei monti di Pietà*, en *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, R.H. Helmholz – P. Mikat – J. Müller – M. Stolleis (hrsg. von), Paderborn 2000, pp. 643-653; D. Girgensohn, *Die Anleitungen zum Studium der Jurisprudenz an den Universitäten des späteren Mittelalters*, en P. Landau – J. Mueller, *Proceedings of the ninth International congress of Medieval Canon law*: Munich, 13-18 July 1992, Città del Vaticano, 1997, pp. 523-552. Más recientemente, A. Mattone – T. Olivari, *Dal manoscritto alla stampa. Il libro universitario italiano nel XV secolo*, en *Diritto @ Storia* n. 4 (2005), pp. 708-709.

²⁹ Giason Del Maino, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.7 *de pactis*, I. *iurisdictionum*, § *sed cum nulla*, nn. 4-26, f. 147.

³⁰ Dominici Tuschi, *Tomus Sextus*, Roma 1606, *conclusio* XVIII, p. 19b, nn. 18-19 e 30: «quia pactum nudum [...] parit actionem, ubicumque proceditur ex bono, et aequo [...]. Et ideo [...] in foro mercatorum, in quo sola aequitas servatur non admittitur exceptio, quod non possit agi ex pacto nudo [...] quia imo propter aequitatem, quae servari debet inter mercatores, et bonam fidem, sicuti pactum nudum valet, et parit actionem».

³¹ Giason del Maino, *De actionibus titulus Institutionum*, Comm. ad I 4.6.11 § *item si quis postulante*, Venetiis, 1574, n. 46, 135. La desaparición de esta distinción tiene como efecto la eliminación de la diversidad de los efectos entre contrato y *pactum nudum* y prepara el terreno a la libertad de las partes para poner en práctica nuevas figuras contractuales con las que regular los propios intereses. La equiparación de conceptos implica, de hecho, que de cualquier *conventio* puedan derivarse obligaciones accionables en juicio, prescindiendo de la conformidad con los tipos contractuales que el propio ordenamiento prevea o discipline. En el reino de Castilla, por ejemplo, una norma del rey Alfonso XI, recogida en el *Ordenamiento de Alcalá de Henares* de 1348 (I. Jordan de Asso y del Río- M. de Manuel y Rodríguez, Madrid, 1774, tit. XVI, ley única, p. 26), eliminaba cualquier diferencia entre contratos, pactos, simples promesas o cualquier otro medio con el que una persona se obligaba con respecto a otra, proclamándose la validez, en cualquier caso, de la obligación aceptada y la imposibilidad de oponer a la acción para hacerla valer la excepción de la falta de estipulación, entendida como una vestimenta contractual típica. Se trata de una opción influida claramente por el Derecho canónico, que el monarca expresa con las siguientes palabras: «Paresciendo que se quiso un Ome obligar á otro por promission, ó por algund contracto, ó en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos á quienes se obligò, è non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulacion [...] mas que sea valedera la obligacion ó el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar á otro, è façer contracto con el». Véase al respecto, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, T. I, Milano, 1982, p. 422; F. Tomás y Valiente, *Manual de historia de derecho español*, Madrid 2004, pp. 243 ss. y, sobre todo, J. M. Pérez-Prendes, *Historia del Derecho español*, Madrid 2004, II, pp. 1642 ss.

Si con los *Commentaristas* empezaron a surgir algunas grietas en el sistema diseñado por los glosadores, es gracias a la influencia ejercida por la interpretación de los canonistas que por esas grietas empezaría a filtrarse la luz³².

El derecho canónico supuso un momento fundamental de continuidad pero al mismo tiempo de innovación respecto al desarrollo de los pactos nudos en cuanto a su plena eficacia. Es, de hecho, desde la *aequitas pacti*-presente ya en la *Summa Trecensis*, y desarrollada con posterioridad por Rogerio y Piacentino hasta llegar a Accursio- desde la que se desarrollaría el curso accidentado y complejo, nada despreciable en sus orígenes y, mucho menos, en su definición, de la plena eficacia en derecho canónico de los acuerdos informales (*ex nuda promissione oritur actio*)³³.

Se ha visto cómo para los civilistas las promesas caracterizadas por la *libertas oris* no acompañadas por el cumplimiento de las prestaciones se reducían a la irrelevancia jurídica. Lo que más interesaba a efectos del foro era el aspecto procesal, el aspecto material no era sino su consecuencia. Pero ya en el s. XII³⁴, e incluso antes, indagando en las fuentes, los canonistas habían afirmado, por el contrario, que la fuerza jurídicamente vinculante de los diversos tipos de pacto, no dependía ni de su forma, ni de su solemnidad, ni de su cumplimiento separado por una de las partes, sino más bien, de la necesidad de mantener la fe en la obligación en el momento de la conclusión del acuerdo³⁵. De hecho, en el derecho canónico el nuevo dogma

³² Los civilistas del s. XV que no avalaron interpretaciones erróneas del derecho romano, aun sin aceptar el principio canónico dirigido a sancionar la obligatoriedad del pacto nudo, concibieron las obligaciones ya no sobre el rígido formalismo precedente, sino que terminaron por extender a todos los contratos de buena fe la garantía de acciones y excepciones. Por tanto, si el ámbito en el que se movían la mayor parte de los juristas, al final del s. XV, era aún el trazado en su momento por los glosadores, que parecía haber enumerado de forma definitiva las posibles *vestimenta* del pacto, se observaba una cierta grieta en el sistema. Bartolo, de hecho, había afirmado que la *stipulatio* añadida a un contrato, no modificaba en absoluto su naturaleza (Bartolus a Saxoferati, *Super primam Codicis*, Comm. ad C. 2.4.6 *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 6, 60). Baldo, sin embargo, señalaría que el *vestmentum* no era sino un elemento añadido, y en definitiva, extraño (Baldo Degli Ubaldi, *Tractatus de pactis*, en *TUI*, VI, Pars I, n. 27, 4). Pero es, sobre todo, a finales del s. XV cuando juristas como Jasón del Maino y Filippo Decio pondrían en discusión los mismos criterios, sobre la base de la distinción entre contratos nominados o no, desde el momento en el que la identificación del pacto nudo con estos últimos acabaría por hacer vanos los resultados doctrinales en materia de vinculación contractual. Toda la cuestión doctrinal puede verse en el comentario a la ley *iurisdictionum*. En estas páginas, Jasón, con extraordinaria lucidez, advierte al lector sobre los peligros subyacentes a aproximar el pacto al contrato, ya que la diferencia es ténue y los confines inciertos. Sobre todo ello, cfr. Giason Del Maino, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.7 *de pactis*, l. *iurisdictionum*, 146v-147 e § *sed cum nulla*, n. 27, 148.

³³ Por todos, a este respecto, A. Sollner, *Die causa im Konditionen-und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, cit., pp. 240 ss; F. Calasso, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1959, pp. 267 ss.; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 2006, pp. 217 ss.

³⁴ La referencia llega hasta Huguccio de Pisa, maestro de Inocencio III: «peccaret enim quis nisi nudum pactum observaret honestum. sive ergo interveniat stipulatio [...], sive non» (Huguccio, *Summa Decretorum*, cit., gl. *Oportebit absolvere*, c. 66, Ca. XII, q. 2, 173v). Per Uguccione, W. Müller, *Huguccio: the Life, Works, and Thought of a Twelfth-Century Jurist*, Washington 1994 e, da ultimo, P. Alexandrowicz, *Glosa Huguccia, do C.12, q.2, c.66. Od obietnicy do zobowizania*, en *Prawo i koœció*, VII (2015), pp. 57-67.

³⁵ El fundamento sobre el que descansa el enunciado de la validez *iure canonico* del nudo pacto, con el fin de generar una obligación que hacer valer después en juicio, se concreta en la necesidad de respetar la *fides promissa*. Tal aspecto lo pone claramente de manifiesto Baldo en la contraposición que hace, al respecto, entre *ius civile* y *ius canonicum*: «pactum [...] licet invalidum de iure civili [...] de iure canonico est validum, licet sit nudum [...] ex nudo pacto agitur de iure canonico officio iudicis [...] nam ius canonicum non curat de iuris apicibus, sed de substantia fidei promissae» (Baldus de Ubaldis, *Consiliorum, sive responsorum, Volumen Quintum*, Venetiis 1575, *consilium* CXIV, f. 28vb, n.3). Esta afirmación viene confirmada en el tiempo. Así, Alessandro Tartagni, que la reconduce a la *aequitas canonica*, en virtud de la cual se daría fe a la palabra dada, dando lugar su rotura a controversias que deben decidirse *ex bono et aequo*, sin que fuese relevante que el acuerdo se hubiese alcanzado en un nudo pacto: Alexandri Tartagni, *Sextum volumen Consiliorum*, Lugduni 1537, cons. CXIII, f. 79rb-va, nn. 11-13 «cum secundum communes conclusiones ex pacto nudo oriatur de iure canonico actio [...] ubi causa esset cognoscenda ac terminanda de aequitate non potest allegari, quod conventio fuerit facta pacto nudo [...] bona fides plurimum requiritur in his, qui plurimum negociantur ac [...] quoad eos non differt pactum nudum a stipulatione [...] ubicausa conosci seu terminari debet ex fide bona, sufficere nudum pactum».

vendría proclamado inicialmente sobre la base del principio «*pax servetur et pacta custodiantur*»³⁶, estableciendo la consideración de que la discrepancia entre la regla ética y la regla jurídica era, en realidad, el único motivo para dar eficacia al *nudum pactum* con el fin de castigar a los que no cumplieren sus obligaciones voluntaria y libremente asumidas³⁷.

Se trataba de principio que no respondía, por tanto, al *ius civile*, sino que, por el contrario, encontraba sostén en una amplia tradición textual, cuyas raíces se encontraban, tanto en fuentes patrísticas, como en textos tanto del Viejo como del Nuevo Testamento, desde los cánones sinodales a Gregorio Magno. Es, de hecho, la relectura del concepto de buena fe en materia contractual la que está en la base del vínculo obligatorio, antes incluso del encuentro de voluntades.

A este respecto, se pueden recordar la afirmación de S. Ambrosio de que el justo no tenía necesidad de confirmar mediante juramento la palabra dada³⁸, los muchos párrafos dedicados por S. Agustín a la *fides*³⁹, o incluso, las enseñanzas escolásticas de Santo Tomás que animaban a buscar asistencia judicial *ad solvendum promissum* en caso de violación de los pactos⁴⁰. Por lo demás, «*Deus et bona conscientia non diligunt inter pactum nudum et vestitum*»⁴¹.

Pero si para los canonistas la validez del pacto se vinculaba al doble filo del principio de la *buena fe* y su violación se concretaba en la *laesio* que imponía la restauración inmediata, el significado atribuido a la “promesa nuda” y su fuerza vinculante resultarían bastante más complejas.

Es muy diferente, de hecho, la concepción canónica de la *aequitas*, conforme a la cual la equidad, que no podía prescindir de la obligación en conciencia del cristiano, podía conducir a la inaplicación del derecho vigente cada vez que la regla jurídica resultase contraria a la *misericordia*. Ésta da vida a una especie de ordenamiento paralelo que desempeña un papel correctivo fundamental a la hora de no aplicar la rigidez del *ius civile*.

Las fuentes más antiguas, como se ha visto, se inclinaban claramente a fundamentar sus construcciones doctrinales dando relevancia particular al aspecto subjetivo de la promesa («*pacti violatio opponitur iustitiae et charitati*»)⁴², *ratio peccati* por una parte y, *ratio scandali*, por otra.

Claramente existirá una conexión entre la exigencia de salvar al pecador promitente, para que se corrija -«*finis est correctionis peccati* -, y la necesidad de servir de ejemplo a la colectividad, cuya *salus* debe ser preservada a cualquier precio. La idea es combatir al promitente falaz, no *contra eum*, sino *pro eo*⁴³.

En el momento de la asunción objetiva de la obligación, es decir, cuando la voluntad y el comportamiento divergen entre sí, habrá *ficta promissio* imputable si el *promitente* ha provocado deliberadamente esa divergencia con el propósito de dificultar el cumplimiento de su promesa o, en cualquier

³⁶ *Conc. Carthag.* 345-348, c. 12, *Ut pacta inter Episcopos inita custodiantur*, 9, in C. Munier (cur.) *Concilia Africae A. 345 - A. 525*, Coll. *Corpus Christianorum Series Latina*, CXLIX, Turnholti 1974. También en Mansi, *Can. XII*, vol. 3, coll. 148-149.

³⁷ «*os quod mentitur, occidit animam*» Chromatius Aquileiensis, *Tractatus in evangelium S. Matthei*, en *Patrologiæ. Series Latina*, J.P. Migne (cur.), XX, 352b (I, 11), cuya cita está en c. 12, C. XII, q. 5.

³⁸ «*Non solum itaque in contractibus, sed etiam generaliter in omnibus dolus abesse debet, aperienda simplicitas intimanda veritas est*», Ambrosius Mediolanensis Ep., *De officiis Ministrorum*, en *Patrologiæ. Series Latina*, J.P. Migne (cur.), XVI, lib. III, cap. 10, col. 164 di cui alla citazione e cap. 12, col. 167.

³⁹ Augustinus Hipponensis Ep., *De Mendacio*, en *Patrologiæ. Series Latina*, J.P. Migne (cur.), XL, lib. I, cap. 20, 41, col. 515. Ma si veda anche, «*Promisit [...] esto securus*», Id., *Sermones ad populum*, en *Patrologiæ. Series Latina*, J.P. Migne (cur.), XXXVIII, sermo 177, col. 960.

⁴⁰ L. Moccia, *Promessa e contratto (spunti storico-comparativi)*, en *Rivista di diritto civile*, 1994, I, pp. 819-852, part. pp. 826 ss.

⁴¹ P. Fagnani, *Repertorium seu index generalis rerum ac verborum in commentarios super quinque libros Decretalium*, Vesuntione, apud Joannem Baptistam Charmet, 1740, n.33, 77 e n. 17, 588.

⁴² Fagnani, *Repertorium seu index generalis rerum ac verborum* o.c., n. 5, 587.

⁴³ «*Iuramenti huiusmodi causa est quia omnis, qui iurat, ad hoc iurat, ut quo verum est loquatur. Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam, id est vult, ut verum et iustum loquamur ac iuremus. Verum loquitur iurat id est: ita iustam locutionem ut iustum iuramentum debet servare*» (Paucapalea, Comm. ad c. 12, Ca. XXII, q. 5, en *Die Summa des Paucapalea über da Decretum Gratiani*, J. F. von Schulte (cur.), Giessen 1890 (rist. anast. Aachen 1965), 99. Además Huguccio, *Summa Decretorum*, cit., gl. *Oportebit absolere* ad c. 66, Ca XII, q. 2, 173v: «*Sed quam actionem proponet cum ex nudo pacto non oriatur actio? Sed non exigitur ut semper proponatur actio sed simpliciter proponatur factum et postuletur officium iudicis ut ille cogat adsolvendum promissum*»; Johannes Teutonicus, gl. *Promiserint* ad c. 66, Ca XII, q. 2, 402: «*Videtur quod aliquis obligetur nudis verbis, licet non intercessit stipulatio [...] quod verum est et potest dici quod competit actio ex nuda promissione, scilicet conditio ex canone illo infra 22, q. 2 Iuramenti*». Sobre el tema, véase asimismo, D. Gianti, *Il consensualismo “teologico” nel medioevo continentale*, en *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, XXIII (2017), pp. 1-42.

caso, cuando no lo haya impedido. No será, sin embargo, objeto de valoración negativa, si la divergencia entre voluntad y comportamiento no se debe a su *mala intentio*, sino simplemente a su impericia, a una incapacidad no culpable o, en última instancia, al caso fortuito⁴⁴.

El principio que rige en la materia lo expresa con claridad el *Decretum*: «non enim omnis, qui aliter facturus est quam promittit, in dolo iurat», sino solamente aquéllos «in cuius mente est, non sic esse facturum, ut promittit», porque «aliud est falso iurare, aliud in dolo»⁴⁵.

No es extraño, por ello, leer en la *Summa Angelica*, bajo la voz *pactum*, «si non habuit animo obligandi, non tenetur sub poena mortalis peccati ad pactum nudum servandum»⁴⁶. La “voluntad divina”, fuente, a la vez, de la norma ética y del derecho natural, acabaría convirtiéndose así en *ratio* y en fuente a la vez del acuerdo/pacto, exento de ulteriores requisitos formales. A la calificación ética de un comportamiento se acompaña la idoneidad del acto generador de los efectos queridos y de la tutela de las posiciones en juicio.

En definitiva, de la falta de cumplimiento de la obligación como promesa simple, más allá del ilícito moral, en el que concurren las condiciones subjetivas, se acabará llegando a un ilícito jurídico, de tal modo que “ex iure divino naturali regula ista quod ius positivum ad ius naturale reducatur et cum ipso concordet”⁴⁷.

La regla moral «alterum non laedere» – que en la materia de la que tratamos se expresa en el precepto de derecho positivo «promissa observes» – acababa por convertirse así en regla de derecho. A través del incumplimiento de una obligación derivada de la promesa simple, más allá del ilícito moral, se terminaba por llegar al ilícito jurídico. Salvación eterna y expectativa de un tercero irán, por ello, leídas de forma conjunta como expresión de la *causa naturalis* de la obligación, cuya síntesis será la *ratio aequitatis*. La promesa, aunque *nuda*, se hace eficaz. Lleva siempre consigo una causa (*naturalis*), por lo que su “desnudez” no puede entenderse ya como una simple falta de forma. «De pacto non servato oritur actio secundum Canones; qui mortaliter peccat qui non servat»⁴⁸.

En este contexto, sin embargo, carece de relevancia jurídica la posición de a quien le hacen la promesa (*recipiens*). Cuando el *promitens* actúa *secundum conscientiam*, lo relevante es su *fides*, no la *fides alteri facta*.

Si, en definitiva, para los civilistas el problema de la eficacia giraba en torno a trasladar el pacto a una estructura relevante para el derecho y a insertarlo en un esquema típico, para los canonistas, por el contrario, se trataba más bien de atribuir valor a la promesa en sí. Un modo diferente por tanto, de entender el origen del vínculo: en un caso, basado en el consenso entre las partes; y en el otro, valorando la obligación asumida por el prominente⁴⁹, desde el momento -se afirma- en que toda obligación debe ser mantenida y respetada, en especial en cuanto a Dios, que nos ha enseñado con su propio ejemplo.

Sin embargo, también en el ámbito canónico, sobre todo al aparecer en escena personalidades de talla jurídica relevante, la *fides* acabaría por no limitarse al aspecto ético, ni le será suficiente la *ratio peccati*. La exigencia de eliminar la ‘causa eficiente’ del pecado, a favor de la *quies fidelium*, no podía, de hecho, satisfacerse sólo con el arrepentimiento del particular. Es evidente.

Aquí, la diversidad de planos sobre los que se mueven los dos ordenamientos, civil y canónico, se muestra en toda su entidad y además de hacer evidente el diferente origen del vínculo de la obligación, se pone de manifiesto el problema del instrumento al que recurrir para la eventual tutela del *pactum* mismo, ofreciendo la posibilidad de adoptar nuevas formas de lectura para el desarrollo del tema⁵⁰.

⁴⁴ El principio que rige en esta materia es claro: «rem linguam non facit nisi rea mens» Can. 3, nomine, Ca. 22, qu. 2 da Agostino. Cfr. anche Graziano, *Dictum post ca. 22, quaeritur, ca. 22, qu. 2*.

⁴⁵ *Decretum Magistri Gratiani*, Friedberg *Æ* (cur.), cit., *dictum post c. 2, Ca. XXII. q. 2, 867*.

⁴⁶ Angelus de Clavasio, *Summa Angelica de casibus conscientialibus*, Venetiis: ad candentis Salamandrae insigne, 1578, voce *Pactum*, n. 4, 202.

⁴⁷ Baldus de Ubaldis, *In Decretalium volumen commentaria*, cit., Comm. ad X. 2.20.26, *De praescriptionibus, Quoniam omne, v. vulgus dicit*, n. 6d, 277a.

⁴⁸ Vid. asimismo, Goffredus Tranensis, *Summa super titulis Decretalium, de pactis*, Lyon: Neudruck der Ausgabe 1519 [rist. anast. Aalen 1968], n. 6, 60v; Abbas Panormitanus, *Secunda interpretationum in primum Decretalium libri*, Lugduni: excudebat Mathias Bonhomme, 1547, *de pactis, Antigonus*, nn. 2-4, 170rv e Baldus de Ubaldis, *In Decretalium volumen commentaria*, cit., Comm. ad X. I. 35.1, *De pactis, Antigonus*, n. 7, 134a.

⁴⁹ Baldus de Ubaldis, Comm. ad X.I.35.I, *Antigonus, In decretalium volumen commentaria*, Venetiis 1595 (rist. anast. Torino 1971), 134-134a; Id., comm. ad X.I.35.3, *Qualiter in Sardinia, In decretalium volumen commentaria*, Venetiis 1595 (ed. anast. Torino 1971), 135.

⁵⁰ «Ex pacto nudo in foro Ecclesiae possit procedi per viam actioni inter laicos subiectos, atque vero per evangelicam denuntiationem». P. Fagnani, *Repertorium*, n. 25, 589.

Habitualmente se suele hacer remontar a Juan Teutónico⁵¹ y a Vicente Hispano⁵² el origen de la *actio* en defensa del pacto, aunque se trata de opciones aún no consolidadas. Son intuiciones precursoras, que no establecen ni una nueva corriente ni un nuevo dogma. Sólo a partir de una *communis opinio canonistarum*, en la que destaca la voz de Enrique de Susa⁵³, llega a asumirse la idea, andando el tiempo y, en cualquier caso, siempre dentro de los límites y las peculiaridades del ordenamiento canónico, de que la salvación del alma del que incumple una promesa no era una cuestión privada sino de pública *utilitas*⁵⁴.

En este sentido, las dos *rationes* no son un fin en sí mismo, sino expresiones de una obligación jurídica dirigida a la entera *societas*. Ambas deben, por tanto, ser leídas conjuntamente, como expresión de una *causa naturalis*, derivada de la obligación asumida mediante la promesa en el momento en el que se hace expresa hacia el exterior. De esta causa surge también el derecho a la prestación del *recipiens*, aunque se trata de un hecho colateral, que encuentra su origen en la *ratio aequitatis*.

No sólo es necesario mantener la fe en la palabra dada, sino que debe ajustarse a ella su puesta en práctica material, con todas las consecuencias negativas que, en caso contrario, podían derivarse: «*quis non debet contrasimplex verbum suum venire*». De hecho, «*non est gerendum aliud in corde et aliud exprimere in ore*»⁵⁵.

La causa, y no el *habitus* resultaría así, evidentemente, el fundamento del razonamiento canónico⁵⁶ y, en consecuencia, el núcleo fundamental de la obligatoriedad del acto, mientras que se tiene en cuenta al derecho civil para los instrumentos de coacción como tutela de la promesa incumplida. Pero aquí el derecho civil no ayudaba, dejando a menudo al promitente *nudo* insatisfecho.

Por lo demás, si Antonio de Butrio⁵⁷ marca, al menos en parte, el final de un largo camino doctrinal, al participar en la plurisecular controversia canónica sobre la perfección de las obligaciones de pacto nudo, explicando cómo el bien común perseguido en un foro (*quaedam celesti amicitia*) y otro (*per solam legalem iustitiam, vel civilem amicitiam*) eran diferentes, no siempre la interrelación entre causa y *nudum pactum* lograría combatir el persistente excepticismo del derecho civil respecto a las promesas lícitas⁵⁸. Teniendo en

⁵¹ Cfr. Johannes Teutonicus, gl. *Distantiam* ad c. 12, Ca. XXII, q. 5, 506: «Hic est argumentum quod ex nudo pacto oritur actio ut XII q. 2 quicumque suffragio». Al respecto, S. Kuttner, *Eine Dekretsumme des Johannes Teutonicus (Cod. Vat. Pal. lat. 658)*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, XXI (1932), 141-189.

⁵² «De pacto non servato oritur actio secundum Canones quia mortaliter peccat qui non servat 22, q. 5 c. iuramenti potest ergo agi ex illo Canone vel per officium iudicis 22 qu. 1 c. prædicandum: secus leges. Vincentius». Vincentius Hispanus, *Apparatus* ad X.1.35.1, *Antigonus*, v. *custodiantur*, 74r, mss. 30 BNE. Una referencia bibliográfica útil en J. Ochoa Sanz, *Vincentius Hispanus. Canonista bolones del siglo XIII*, en *Cuadernos de Instituto Jurídico Español*, n. 13, Roma - Madrid, 1960; Id., *El glosador Vincentius Hispanus y títulos comunes "de foro competentis" canonico*, en *Miscellanea in onore dei Professori Anastasio Gutierrez e Pietro Toscanel. In occasione del LXX genetliaco*, F. Biffi (ed.), Roma, 1982, 429-488.

⁵³ Henricus De Segusio, *In primum Decretalium*, Comm. ad X. 1.35.1, *Antigonus*, 177; Id., *Summa*, I, *De pactis*, Quis sit effectus, n. 6, 61r;

⁵⁴ «Publica utilitas tangens periculum animarum» (Abbas Panormitanus, *Secunda interpretationum in secundum Decretalium librum*, Lugduni: excudebat Mathias Bonhomme, 1547, Comm. ad X II.27.11, *De sententia et re iudicata*, v. *Consanguinei*, nn. 8-9, 73r).

⁵⁵ Henricus De Segusio, *In primum Decretalium*, Comm. ad X. 1.35.1, *Antigonus*, 176a-177; Henricus De Segusio, *In primum Decretalium*, Comm. ad X. 1.35.3, *De pactis*, *Qualiter in Sardinia*, 177.

⁵⁶ Para una referencia bibliográfica en materia de causa cfr. supra, n. 2. Respecto a Aristóteles, *Opere*, III, trad. ital. A. Russo (cur.), Roma 1973, I, (A), 9380), ver A. Maffi, *Synallagma e obbligazioni in Aristotele: spunti critici*, en *Atti del II Seminario romanistico gardesano*, promosso dall'Istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi: Milano, 12-14 giugno 1978, Milano 1980, 11 ss... En cuanto a la interpretación más específicamente canónica, vid. O. Bucci, *L'eredità giudaico-cristiana nella formazione della dottrina contrattualistica europea*, Milano 2007, pp. 72-75.

⁵⁷ «Pactum nudum habens legis concursus suadentis finem obligandi effectualiter ligat et actionem producit [...] sed pactum nudum habet concursus iuris naturalis, id est divini, cuius fidem principaliter insequitur ius canonicum. Ergo ex quo datur concursus iuris per ius civile concluditur necessario quod ex nudo pacto detur actio secundum Canones». Antonius De Butrio, *Super secunda*, Lugduni: excudebat Blasius Guido, 1556, Comm. ad X. 1.35.1, *De pactis*, *Antigonus*, s. v. *custodiantur*, n. 7, 94v, ma si veda anche Ioannes De Imola, *Super primo Decretalium commentaria*, Lugduni, 1547, Cap. Antigonus, n. 232v.

⁵⁸ En contra de la concesión de la *actio* canonica: Innocentius PP. IV, *Super quinque libros Decretalium*, Francofurti ad Moenum, 1570 (rist. anast., Frankfurt am Main, 1968), Comm. ad X. 1.35.1, *De pactis*, *Antigonus*, v. *cohibuerit*, 167. Para el derecho civil, J. Oldendorp, *Opera*, Basiliae: per Ioannem Oporinum, 1559, *Paratitla*, in D. 1.1.12. Il riscontro in termini pratici di questo duplice binario interpretativo si verifica nella disciplina transattiva: niente adempimento, niente azione. Velleitari tutti i tentativi di ammodernamento del

cuenta, además que los canonistas, por principio, fueron siempre bastante reacios a exportar las soluciones adoptadas en su propio fuero a otro fuero externo⁵⁹.

No obstante, como resultado final para la propia cultura jurídica continental, la elaboración de la *causa obligandi* acuñada a partir del *ius divinum*, se convertiría en la clave de bóveda de las doctrinas *iusnaturalistas*, garantizando al promisorio o beneficiario el cumplimiento de las obligaciones prometidas pero no cumplidas, también en sede laica. La promesa (*versprehen*)⁶⁰, convertida en “honesta y razonable”⁶¹, terminaría así, en la nueva contratación del s. XVIII⁶², por reforzar un principio de naturaleza equitativa, operativo desde hacía siglos en los tribunales eclesiásticos.

VI. El siglo XVI. El humanismo jurídico.

Si para los glosadores y comentaristas el *pactum* consistía en el acuerdo de voluntades y, como tal, equivalía al contrato en sentido genérico, en la reflexión desarrollada por los teólogos morales del s. XVI, vendría redirigido al concepto de promesa aceptada⁶³. De lo cual se derivaba *de plano* que en el *forum conscientiae* eran vinculantes también los contratos sinalagmáticos. Estos últimos, de hecho, no eran sino promesas recíprocas aceptadas por ambos contratantes. Cada promesa estaba condicionada y dependía de la recíproca de la que era causa⁶⁴.

Si ésta es la reconstrucción que hacía la Escolástica salmantina, seguía debatiéndose, sin embargo, el alcance del deber que derivaba de ella. La controversia se refería a la cuestión de si el promitente estaba obligado por razón de justicia, y por tanto bajo pecado mortal o sólo por razón de honestidad moral⁶⁵. Solo la

diritto comune classico, che tradiscono un forte legame con il passato ancora assai saldo: «Ex transactione non agi [...]. Valet ut nudum pactum [...] quia non habemus totalem impletionem, non habemus debitum vestimentum, nec sufficientem materiam ad actionem quia non habemus totalem impletionem» (Baldus de Ubaldis, *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis libros*, Lugduni: ex Typographia Michaelis Goy, 1585, Comm. ad C. 2.4.28, l. *Sive apud acta*, n. 4, 136v).

⁵⁹ «Et si dicatur secundum leges datur concursus iuris divini et tamen non oritur. Dico quod ideo, quia ius civile, principaliter non insequitur finem iuris divini, sed finem publicæ utilitatis». Antonius De Butrio, *Super secunda*, Comm. ad X. 1.35.1, *De pactis*, Antigonus, s. v. *custodiantur*, n. 7, 94v.

⁶⁰ Cfr. F. Haalma - C. Rouxel, *Woordenboek der Nederduitsche en Fransche Taalen, Dictionaire Flamend et François*, Amsterdam, 1710, “toezegging = Belofte, Promessa”, 804.

⁶¹ H. Grotius (Huig De Groot), *Inleiding tot de hollandische Rechts-Geleerdheid*, Leiden, 1965, III, 1, 1.

⁶² «An engagement producing a liability to action arises from promise or unequal causes. An obligation through promise is effected, either by express agreement, or tacitly through construction of the law [...]. But a promise is what anyone from a reasonable cause makes to another on his application». S. Van Leeuwen, *Commentaries on the Roman-Dutch Law. With Reference to the Civil Law Writers, Translated from the Dutch*, (translated by C. Isaakson) London, 1820, Chap. I, §§1-2, 313.

⁶³ L. De Molina, *De iustitia et iure, Tom. II (Disputationes de contractibus)*, Venetiae 1607, Tract. 2, Disp. 252.2: «Pactum est duorum consensus atque conventio. Hinc constat pollicitationem seu promissionem, interim dum acceptat non est, pactum non est: eo quod non sit duorum in idem placitum et conventio, sed sit solum offerentis promissum. [...] Quod autem acceptata iam est, tunc vere orritur rationem pactis, ut . Pan. In C .1 .de pactis num. 4 recte cum Bartolum affirmat»; L. Lessius, *De iustitia et iure*, Lib. II, sec. III, Cap. 17, Dub.1, 5: «Ut enim fiat pactum, necesse est, ut duae voluntates in idem conveniant reciproco consensu . Dico reciproco consensu, quia non sufficit ut quovis modo in idem conveniant, sed requiritur ut consensus suos in se mutuo dirigant . Unde donatio et promissio, etsi a duobus communi consensu fiant, antequam sint acceptate et accedat consensus reciprocos eius in quem dirigitur, non habent rationem pacti: sed per acceptionem transeunt in pactum».

⁶⁴ De Molina, *De iustitia et iure*, Disp. 262.16: «Est enim magnopere advertendum discrimen, quod Sotus loco citato et alibi inter gratuitam promissionem et non gratuitam seu respectivam, qualis in contractibus cernitur, tradit . Quod respectiva promissio pretii in emptione, et ducendi uxorem in sponsalibus, etiam ad obligandum ex parte promittentis, est sua propter natura condicionalis, si et tu restituas ac repromittas, eaque causa, ante utriusque promissionem completant, neutra obligat, sed fas est cuicumque libere ab ea discedere». Esta reflexión sería llevada a sus últimas consecuencias por Luis de Molina. Es la consecuencia lógica del reconocimiento de que la voluntad del promitente es un elemento necesario, y al mismo tiempo suficiente debido a la fuerza vinculante de la promesa (Disp. 266, 2). Evidentemente, se trata de una fuerza vinculante *in foro conscientiae*, no extensible a los ordenamientos jurídicos positivos.

⁶⁵ D. De Soto, *De iustitia et iure libri X*, Lugdunum 1559, Lib. VII, Proemium: «Absoluta iustitiae ratio tria comprehendit: Primum quod est unius ad alterum Secundum quod versatur circa debitum: ac tertium quod aequalitatem soluti et debiti constituit. Liberalitas autem, licet non versatur circa debitum, est nihilominus ad alterum, cui per ipsam beneficium confertur».

última opción, esto es, la decisión basada en la obligación legal, podía, de hecho, establecer un fundamento suficiente para reivindicar su exigibilidad también por parte de los ordenamientos de derecho positivo. Con todo, las interpretaciones seguirían siendo disconformes.

Si Domingo de Soto se declararía partidario de extender la obligatoriedad de los *pacta nuda* al derecho positivo, Diego de Covarrubias, su discípulo, lo sería de todo lo contrario⁶⁶. Pero, sin duda, los pactos contribuyeron a modificar la *aequitas*, en la medida en la que ésta debió estimular la equiparación de la prestación y la contraprestación en *aequalitas*.

Tratar sobre el contrato, a los ojos de un helenista del calibre de Guillermo Budé⁶⁷, como en el caso del milanés Andrea Alciato, suponía rastrear el origen y un propio “canon de lectura” dentro de la compilación justiniana.

La justicia, como principal parámetro *ad servandam aequalitatem rerum inter homines* era ahora la conmutativa. Sólo mediante este correctivo moral se podía garantizar la proporcionalidad en la prestaciones recíprocas, justificando así la razón de ser de la realización de una contraprestación. La referencia legislativa se trasladaba a un párrafo de Aristón (D. 2.14.7.2) que no distinguía entre supuestos nominados y no nominados⁶⁸. La *causa*, respondía a la exigencia de que el contrato, si era *típico*, desempeñase una función reconocible. En cambio, si era *atípico* se exigía el mantenimiento de un vínculo en el intercambio de las prestaciones (*aliquid datum vel retentum*), o bien la ejecución de la primera, para que tuviese razón de ser la obtención de la segunda.

A juicio de Alciato, desde esta caracterización, no era relevante la tipología de referencia para el acuerdo; lo que importaba era el *mutuum factum*, al que el ordenamiento jurídico reconocía eficacia vinculante⁶⁹. Razonando en términos de “sacrificios jurídicos” realizados por las partes, Alciato no atribuía aún al *συνάλλαγμα* el significado de acto obligatorio, aflorando en él, si acaso, la idea de que las prestaciones estaban vinculadas entre ellas por un condicionamiento recíproco (*mutuum*) que era una auténtica “correspectividad”.

La argumentación se hace más compleja, no obstante, con Connan, su mejor discípulo, que subraya la *nulla diversitas* «inter contractus qui nomen habent, et eos qui non habent». Connan sostenía que el cumplimiento de la promesa unilateral generaba un beneficio para el promisorio y un menoscabo para promitente, razón por la cual no podía considerarse, como tal, debido, en cuanto a la justicia conmutativa; la pretensión de cumplimiento respecto a la contraparte nacía como consecuencia del cumplimiento de la propia prestación (lo mismo que ocurre con los contratos reales innominados). Sólo en ese caso el incumplimiento podía considerarse “en rigor” una lesión respecto a otro, y por ello la violación del principio de la justicia conmutativa⁷⁰.

⁶⁶ D. Covarrubias y Leyva, *Relectio cap. Quamvis pactum*, Lugdunum 1558, II, IV, 13: «Hunc rationi respondetur verum esse iuri pontificio in utroque foro standum esse, quando tractatur, an aliquid sit permittendum a probatione quadam, nam si ius canonicum id prohibeat ea ratione, quod peccatum sit, ius civile non poterit it permittere, et si permittit, iure pontificio cederi debet. At in praesenti tractatu pacti nudi non permittit ius civile approbatione quaedam». Covarrubias aclara que el derecho romano, en realidad, favorece el cumplimiento de los *pacta nuda*, al contemplar una *exceptio*, así como la posibilidad de compensación y de retención de la prestación obtenida. El rechazo de la acción viene motivado, en su óptica, por razones de utilidad pública. Sobre la interpretación de Covarrubias, vid. W. Decock, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden-Boston 2013, pp. 114-119.

⁶⁷ G. Budé, *Annotationes Gulielmi Budaei Parisiensis in XXVIII pandectarum libros*, Lugduni 1551 250: «contractum autem ultro citroque obligationem esse. Quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant, quod verbum apud Aristo. Identidem legitur».

⁶⁸ *id est 'datio' vel factum quod vestiet pactionem* (gl. ad *causa*, D. 2.14.7.2, 186b).

⁶⁹ «Nos a verbis legis temere recedendum non arbitramur, cuius rationem hanc existimamus, quod contractuum innominatorum (unde civilis actio oritur) causa est res ipsa quae data sit [...] Intervenit autem in hac datione factum utriusque, quod lex *συνάλλαγμα* vocat: [...] ex facto igitur utriusque incalescit hic contractus, civilique actioni sufficit» explicaba, a propósito, Andrea Alciato (*Codicis Iustiniani titulos aliquot commentaria*, Lugduni 1560, Comm. ad C.C. 2.4.6 *de transactionibus*, I. *cum mota § praescriptis verbis*, nn. 19-20, f. 74v.)

⁷⁰ Biocchi, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 128: «La ragione profonda per cui i contratti ricevevano forza obbligatoria consisteva nel nesso sinallagmatico che veniva a crearsi allorché, in base ad un accordo, si avesse lo spostamento di un certo bene da una parte ad un'altra: perché non si stabilisse una iniqua situazione di perdita dal lato del cedente e di lucro dal lato dell'acquirente sorgeva il dovere di riequilibrare l'assetto del rapporto costituendosi per l'acquirente l'obbligo di procedere ad un analogo spostamento del bene verso il primo cedente». Cfr. F. Connan, *Commentarium juris civilis libri X, Lib. V, de pactis, Transactionibus et donationibus*, cap. VI, n. 9, f. 352.

Persistía, no obstante, entre los humanistas, la causa (*subsistit tamen causa*) como función jurídica de valor para el ordenamiento jurídico. Es, de hecho, en esa función donde más claramente se observa la finalidad con la que las partes se habían embarcado en una empresa de carácter económico. La tutela judicial venía garantizada sólo al que hubiese efectuado la *datio*. La convención económica razonable era la que favorecía los intercambios y, por tanto, los contratos tenían obligatoriamente -al contrario que las promesas, que no salían de la simple esfera moral y venían condenadas a la irrelevancia jurídica- que respetar la proporción entre *lucrum* y *damnum*, además de tener la fuerza suficiente (*satis haberent virium*) como para imponerse a la parte renuente (*ad cogendum eos qui nollent parere*).

La concepción de la justicia que emerge de la argumentación de Connan es, en este sentido, mucho más restrictiva que la de los teólogos de la Escuela de Salamanca. El civilista francés, en la estela de sus oponentes, parte de la noción aristotélica de justicia conmutativa, pero la limita rigurosamente al principio de la equidad en el intercambio⁷¹. Fuera del ámbito de la justicia permanecen, de este modo, todos los actos en los que el desequilibrio patrimonial aún no existía. La teoría de Connan tendría no poca resonancia, ya que aún los representantes de *iusnaturalismo* y, en general, los colegas del siglo sucesivo, se sentirían en la necesidad de tenerla en cuenta⁷². En este sentido, no sería menos explícito el proceso de reordenación de los medios negociales, a finales de siglo, tanto en su tratamiento italiano en general como en el de Mantica⁷³: «*novissime factum nudum videtur vestiri a causa*».

Por último, con el *iusnaturalismo* de procedencia germánica, *l'aequalitas* adquiere si cabe una transcendencia mayor. En este sentido, tiene particular relevancia el testimonio de Zasius⁷⁴ en el que la referencia a la *causa* del negocio concreto se hace evidente a la hora de examinar si aquélla es expresa o no. «*Praeterea pacta cum causae expressione valent, sine causa non valent*».

En el mismo sentido pueden mencionarse en Holanda a Matthaëus Wesembeck, y a Hugo Grocio. Prescindiendo del modo con el que lo tratan, el elemento esencial de cualquier contratación, parecer residir para ellos en la atribución patrimonial. La teoría grociana de la obligatoriedad del *pactum* (que tanto en su caso, como en el de sus predecesores, es el término general utilizado para el contrato) remite, al igual que ocurre con los teólogos morales a partir de la influencia salmantina⁷⁵, al modelo de la promesa con prestación unilateral⁷⁶. Una vez decidido que la promesa es vinculante cualquiera que sea su forma, es necesario admitir que *a fortiori* son vinculantes también las promesas recíprocas, y por tanto todos los contratos informales⁷⁷.

⁷¹ Birocchi, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 119.

⁷² Ivi, p. 98; M. Diesselhorst, *Die Lehre von Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz 1959, pp. 30-34.

⁷³ F. Mantica, *Vaticanae Lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, Lib. XXIII, tit. 8, n.1.

⁷⁴ U. Zasius, *In primam Digestorum partem Paratitla*, Basileae 1539, *De pactis*, Tit. XIV, n. 10, f. 79

⁷⁵ F. De Vitoria, *Political Writings*, A. PAGDEN- J. LAWRENCE (edited by), Cambridge University Press, New York 1991.

⁷⁶ Las reflexiones de Grozio desarrollan el siguiente tema: «*Deus hoc ipse per naturam loquitur, cum ea cuncta quibus vita indiget, omnibus locis suppeditari a natura non vult: artibus etiam alijs alias gentes excellere*» en H. Grotius, *Mare Liberum sive de jure quod Batavis competit ad Indicana commercia dissertatio* (1609), caput VIII, Lugduni Batavorum, 1618, caput I, 2.

⁷⁷ Porque «al geloefte es scout», lo que significa que cada promesa es una deuda. Sobre este punto ver, H. Grotius, *Inleiding tot de hollandasche Rechtsgeleerdheid*, Leiden 1965, III, 1, 1. Traducida al latín como *Institutiones juris hollandici e Belgico in Latinum sermonem translatae* desde J. Van Der Linden (Haarlem 1962) y en inglés como *The Jurisprudence of Holland* (by R.W. Lee, Oxford, 1926, reprint 1953). Se considera que su mejor edición crítica es la de F. Dovring, H.F.W.D. Fischer E.M. Meijers (Leiden, 1952), pero la versión en latín mencionada anteriormente es la que más se usa. Sobre este punto ver C. Fried, *Contract as promise, A theory of contractual obligation*, Cambridge Mass. 1981; J. Gordley, *Philosophical origins of modern contract doctrine*, cit., pp. 230-248. Sobre Grozio y la promesa, en particular, ver Diesselhorst, *Die Lehre von Hugo Grotius vom Versprechen*, cit., *passim*; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967, pp. 293- 297; R. Feenstra, *L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause*, en *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, por parte de P. Grossi, Milano 1973, pp. 377-402, reimpreso en *Fata iuris romani*, Leiden 1974, pp. 338-363; P. Cappellini, *Sulla formazione del moderno concetto di 'dottrina generale del diritto'*, in *Quaderni fiorentini*, 10 (1981), pp. 323-354. Por último, result útil T. Repgen, *Grotius redivivus. Die Notwendigkeit einer neuen Übersetzung von " De jure belli ac pacis"; erläutert am Beispiel der Auswirkung von Willensmängeln und nachträglich veränderten Umständen auf die Verbindlichkeit [Berichte und Kritik]*, in *Ius Commune* 26 (1999), pp. 299-328.

Las reglas de la *buena fe* y la proporcionalidad contractual resultan enfatizadas en nombre de una equidad “económica”, entendida como justicia del caso concreto, desde una perspectiva fundamentalmente laica, típica del desplazamiento del centro de gravedad de la *res al homo*, que suponía el paso del Medioevo a la Edad Moderna, aunque desde el afán por mantener el valor de los *pacta*. Grocio parece estar de acuerdo con Lessio en que el promisorio no adquiere el derecho a la prestación sin primero haber aceptado la promesa⁷⁸. La interpretación de Lessio se basaba en la analogía entre el *pactum* obligatorio y la transferencia de propiedad, que no podía llevarse a cabo sin la voluntad expresa del adquirente⁷⁹. Grocio, no obstante, da un paso más allá, explicando cómo el promitente transfiere al promisorio una parte de su propia libertad: la que concierne al comportamiento prometido⁸⁰. La innovación más importante consiste en el cambio del marco general que constituye la base teórica de la defensa de la libertad contractual⁸¹. El argumento fundamental del *iusnaturalista* holandés toma como referencia los acuerdos internacionales: “cumplir los pactos es una regla de derecho natural porque era necesario que los hombres tuviesen algún medio con el que obligarse mutuamente, y no cabe ningún otro método alternativo”⁸². Es una forma de argumentar “secularizada”. El postulado de armonizar el derecho positivo con el natural lleva a Grocio a considerar los *pacta* un instrumento principal de la cooperación social: el objetivo no es ya conducir a la población a la salvación sino asegurar el mejor funcionamiento posible de las sociedades humanas⁸³. Esta decisiva contribución aproxima las teorías

⁷⁸ H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, XI § 14: «Ut tamen promissio ius transferat, acceptatio hic non minus quam in dominii translatione requiritur, ita tamen ut hic quoque praecedens rogatio durare intelligatur, ac vim habere acceptationis». Aunque Grocio no cita expresamente a Lessius, la similitud de los argumentos es suficiente para suponer la dependencia de éste con respecto al jurista escolástico. Cfr. Diesselhorst, *Die Lehre von Hugo Grotius vom Versprechen*, cit., pp. 111-112.

⁷⁹ El contrato como vehículo para transferir los derechos de propiedad es el concepto standard de contrato para los escolásticos. Por ello, consideran que la libertad contractual depende de la libertad del *dominus* de disponer de sus propios bienes. Para Lessio, la libertad de disponer de la propiedad es el signo distintivo de la propiedad misma. Cfr. Decock, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, cit., pp. 165-167.

⁸⁰ Grotius, *De iure belli ac pacis*, cit., II, XI § 4: «quae perfecta promissio similem habet effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei aut alientio particulae nostrae libertatis». Cfr. F. Wieacker, ‘Contractus’ und ‘Obligatio’ im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, cit., pp. 228-229.

⁸¹ Cfr. F. Wieacker, *Contractus’ und ‘Obligatio’ im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, cit., p. 225: «Aber die wichtigste differentia specifica zur Tradition ist die Überführung der gesamten Problemmasse in einen neuen ideologischen Kontext. Nicht die Fragen und die Lösungen haben sich gewandelt, aber ihr Stellenwert, und die Intentionen, welche die neuen Autoren verfolgen: Grotius den Aufbau eines interkonfessionellen Völkerrechts in der erweiterten Welt des Entdeckungszeitalters, [...]».

⁸² Grotius, *De iure belli ac pacis*, o.c., *Prolegomena*, § 15: «Deinde vero, cum juris naturae sit stare pactis (necessarius enim erat inter homines aliquis se obligandi modus, neque vero alius modus naturalis fingi potest) ab hoc ipso fonte jura civilia fluxerunt. Nam qui se coetui alicui aggregaverant, aut hominibusque subjecerant, hi aut expresse promiserant, aut ex negotii natura tacite promississe debebat intelligi, secuturos se id quod aut coetus pars major aut hi quibus delata potestas erat constituissent».

⁸³ Como acertadamente observa W. Decock, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, o.c., pp. 143-144, en el planteamiento de los teólogos morales el derecho natural no regulaba los comportamientos humanos respecto a otros hombres -miembros de la sociedad misma- sino que más bien tenía en cuenta su condición existencial en tanto sometido a un juicio último respecto a Dios «This law has not as its chief aim to regulate man’s behavior as a member of a particular civil or religious community, but as a man in his naked condition before the ultimate judge of his existence, God». Precisamente bajo este aspecto, el derecho natural de los ilustrados, a partir de Grocio, se distingue radicalmente del de sus predecesores. En sus *Prolegomena* § 8, Grocio considera, de hecho, que el objetivo del derecho natural es el mantenimiento del orden social en consonancia con la inteligencia humana: «Haec vero, quam rudi modo iam expressimus, societatis custodia, humani intellectu conveniens, fons est eius iuris, quod proprie tali nomine appellatur: quo pertinent alieni abstinentia, et si quid alieni habeamus, aut lucri inde fecerimus, restitutio, promissorum implendorum obligatio, damni culpa dati reparatio, et poene inter homines meritum». Véase también, Wieacker, *Contractus’ und ‘Obligatio’ im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, cit., p. 225, quien más que sobre la secularización del discurso insiste en la emancipación de la teoría *iusnaturalista* que Grocio lleva a cabo respecto a la teología moral. Es necesario, sin embargo, subrayar que esta emancipación depende, en última instancia, de la secularización del derecho natural, que, en el planteamiento grociano, no tiene ya el objetivo de llevar a los hombres a la salvación, sino a salvaguardar el orden social racional.

de Grocio al nuevo contexto social y cultural que se afirma a partir de la segunda mitad del s. XVII. Su herencia sería recogida por Domat.

De hecho, también Domat considerará la definición del contrato dentro de un esquema convencional construido sobre la base del sistema de los contratos innominados, estableciendo, para ello, que la obligación de una parte encuentra su razón de ser en la respectiva obligación de la otra, mientras que en los acuerdos a título gratuito el motivo perseguido por ambas partes debe ser razonable y justo⁸⁴. No obstante, con el positivismo las cosas, inevitablemente, cambiarán.

VII. El siglo XVIII. Positivismo y códigos.

El desplazamiento del derecho natural fuera de la esfera de la moral⁸⁵, tendrá una serie de consecuencias de notable relieve, tanto para la lectura de la *buena fe*, como por su papel en la dinámica de los contratos. No obstante, el hecho de que se considere ahora que los valores subyacentes al concepto “corrección” no tienen una validez perenne ni eterna, sino que varían con los diversos contextos históricos y sociales, no impide que sea posible establecer puntos de contacto en las funciones que la tradición jurídica le atribuye, y esto hasta llegar a los ordenamientos modernos.

Partiendo del derecho romano, para llegar al concepto de *fides bona*, típico de época medieval y moderna, pueden ponerse de manifiesto una pluralidad de funciones en las que ésta opera concretamente en el ámbito contractual a modo de salvaguardia del vínculo sinalagmático, en tanto criterio hermenéutico con el que reconstruir la voluntad de los promitentes, o incluso como criterio de integración del conjunto de intereses en juego en la negociación.

Nos hemos limitado, en estas pocas páginas, a mencionar algunos ejemplos ilustrativos en perspectiva diacrónica, no obstante, nos parece posible afirmar que el punto de llegada de este análisis es, indudablemente, el *iusnaturalismo*⁸⁶.

Son sus intérpretes, de hecho, los que ven en todos los contratos onerosos la necesidad de adoptar el principio de la buena fe⁸⁷, de la que los códigos, al menos *pro parte*, se erigirán en intérpretes. Por lo demás, es conocido que partir del *iusnaturalismo*, sobre la base de las propuestas de la Segunda Escolástica, el contrato perdería poco a poco el papel de ‘modo’ con el que nace la obligación para asumir el de paradigma sustancial del vínculo⁸⁸.

En este proceso, que en el ámbito alemán da lugar al nacimiento de la teoría del negocio jurídico, el fundamento del contrato pasará a ser la manifestación de voluntad⁸⁹, mientras que la obligación como tal acabará, como consecuencia, siendo relegada. El contrato tiende a identificarse, desde entonces, con la autonomía de las partes, lo que, para nuestros fines se expresa también en la marginación de la buena fe, y en su identificación forzada sólo con la fidelidad al acuerdo, en detrimento de una visión más amplia de la *fides* como fidelidad a los deberes típicos y generales de la relación de obligación observables, por ejemplo, en el derecho romano arcaico.

Se trataba, evidentemente, de hacer hincapié en el respeto a la palabra dada, que no tiene en cuenta el débil vínculo existente entre buena fe y consenso en el derecho romano, pero que, sin embargo, explica y determina el porqué de su *ausencia* en los códigos del ámbito alemán.

⁸⁴ Domat, *Lois civiles, I, I, I, n.5, Dans ces trois premieres sortes de conventions*

⁸⁵ «All'inizio dell'età moderna, quando la natura viene intesa come l'ordine razionale dell'universo, per diritto naturale s'intende l'insieme delle leggi della condotta umana, che, al pari delle leggi dell'universo, sono iscritte in quest'ordine [...] e sono, in quanto razionali, conoscibili attraverso la ragione» en L. Gemonat – R. Tisato, *Il Giusnaturalismo*, en *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, L. Gemonat (ed.), II, 1975, p. 276.

⁸⁶ Moccia, *Promessa e contratto (spunti storico-comparativi)*, pp. 829-832.

⁸⁷ Baste destacar a un autor sobre los demás, más allá de lo señalado con anterioridad S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, Francofurti 1759, lib. 5, cap. 2, §8, p. 223a: «bonae fidei contractus [...] ut illi quidem producerent actionem bonae fidei, in qua iudici liberior erat potestas ex aequo et bono rem arbitrandi et aestimandi [...]. Ipsa tamen naturalis ratio ostendit, contractus onerosos esse bonae fidei, seu laxiorem admittere interpretationem ex aequo et bono». Aunque también Grotius, *Pufendorf and modern Natural Law*, K. HAAKONSSON (ed.), Aldershot 1999, pp. 311-336; A. PADOA SCHIOPPA, *A History of Law in Europe: from the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge 2017, pp. 356-358.

⁸⁸ H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, XI, § 4.

⁸⁹ Se hace referencia a la *Willenstheorie* o “teoría de la voluntad”, de ascendencia iusnaturalista, pero desarrollada, fundamentalmente por obra de la Escuela histórica y de la pandectística alemana, que se articula en torno a los conceptos de negocio jurídico y autonomía contractual, entendidos en el sentido de ejercicio del poder de la voluntad, reconocido por el ordenamiento a todo sujeto de derecho, de poder decidir sobre su propia situación, para establecer actos jurídicamente relevantes y sancionados. Cfr., por todos, B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad it. con notas de C. Fadda e P.E. Bensa, Torino 1925, I, § 69 ss.

En Alemania, existirá un profundo silencio, hasta al menos la Primera Guerra Mundial y la consiguiente crisis económica. En el Código Civil austriaco (ABGB, *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), aunque falta un reconocimiento expreso de la buena fe, la doctrina y la jurisprudencia, sobre la base de lo dispuesto en los artículos § 863 y § 914⁹⁰, y de la apelación a unos principios generales de justicia en las letras patentes de 1811 (*Kaiserliches Patent*) de 1 de junio de 1811, tendieron a considerar como referencia aplicable el deber de corrección de las partes en las relaciones comerciales, en lo que subyacía una apelación indirecta a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones de un contrato⁹¹. En el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán, sin embargo, el artículo § 242 sobre la buena fe (*Treu und Glauben*) viene contemplada como una cláusula interpretativa de carácter general. Aunque sólo referida al comportamiento del deudor, la doctrina y la jurisprudencia tendieron, no obstante, a ampliar sus límites a todo el derecho contractual⁹². En la misma línea se manifestaría el Código Civil suizo en el título preliminar § 2⁹³.

Todo lo contrario ocurriría al otro lado de los Alpes. En el *code Napoleon* se reconoce, de hecho, a la buena fe un cierto papel, tanto como parámetro con el que garantizar la ejecución del acuerdo por parte de los contratantes, como en cuanto forma de integración de los intereses establecidos por las partes, a través de la asimilación que hace de los conceptos de *bonne foi* y *équité* (arts 1134. pr. 3º y 1135)⁹⁴.

En Francia, las reglas de la buena fe se convertirían así en principios codificados y, por tanto, de inmediata aplicación, aunque de hecho, en materia contractual se entiendan como una forma de interpretar y

⁹⁰ § 863 (1): «Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen; sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen»; § 914: «Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht».

⁹¹ Gordley, *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, cit., pp. 100 ss.; F. Ranieri, *L'eccezione di dolo generale nella tradizione del diritto romano commune*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto Romano e Tradizione Romanistica*, L. Garofalo (ed.), Padova 2006, pp. 545 ss.; Id., *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, Wien-New York 2003, pp. 664 ss; P. Rummel- M. Lukas (Hrgs.), *Kommentar zum ABGB*, Wien 2015, sub §§ 863 y 914.

⁹² Vid. al respecto el comentario de C. Grünenberg, in O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2015, sub §§ 241 y 242. Una reconstrucción de la formación histórica de este párrafo y de su interpretación extensiva, vid. T. Duve – H.P. Haferkamp, § 242, in *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, M. Schmoeckel – J. Rückert – R. Zimmermann (Hrg.), II, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, Tübingen 2007, pp. 275 ss.; M. W. Hesselink, *The concept of Good Faith*, en *Towards a European Civil Code*, The Hague- Nijmegen 2011, pp. 623 ss.

⁹³ Art. 2 del Código Civil Suizo: “Los límites de las relaciones jurídicas. I. Observancia de la buena fe. (1) Todos están obligados a actuar conforme a la buena fe tanto en el ejercicio de sus propios derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones (2). El abuso manifiesto del derecho no está protegido por la ley”. La jurisprudencia helvética, en particular (sobre la que puede consultarse C. Chappuis, *Art. 2 Code Civil, Commentaire romand*, P. Pichonnaz- B. Foëx éd., Bâle 2010, pp. 36 ss.), ha visto siempre en la *bona fides* una referencia a valores generales, como por ejemplo, las buenas costumbres y la equidad, lo que no debía entenderse como límite a la libertad contractual. No sólo. En el ordenamiento suizo, a la par que en el alemán, se llama la atención a los jueces sobre el principio de la buena fe, entre otras cosas, para colmar las lagunas contractuales en función de cómo las partes hubieran previsto un conjunto u otro de circunstancias; para restablecer el equilibrio contractual alterado por circunstancias imprevisibles; para tutelar la confianza de la contraparte en los casos de *venire contra factum proprium*; o para imponer, en definitiva, a los contratantes un deber de cooperación.

⁹⁴ Sobre el significado dado por los intérpretes a estos dos artículos, vid. R. Zimmermann, S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in *Good Faith in European Contract Law*, cit., pp. 32 ss. Una panorámica general sobre la reforma contractual de 2016 en P. Chénéde, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Paris 2016, pp. 20 ss.; S. Whittaker, *Contracts, Contract Law and Contractual Principle*, in *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, J. Cartwright- S. Whittaker (eds.), Oxford and Portland 2017, pp. 29-55.

ejecutar el contrato con estricta adhesión al acuerdo entre las partes. Y lo mismo será en Italia con el Código civil de 1865 (art. 1124)⁹⁵ y en una primera fase interpretativa también con el Código de 1942 (art. 1258)⁹⁶.

Por lo que al ordenamiento jurídico español se refiere, ya el Código de Comercio de 1885 (art. 57)⁹⁷ haría referencia a la buena fe para hacer efectiva la voluntad entre las partes; además el art. 7 del Código civil, reformado en 1974, contempla el principio de la buena fe objetiva, extendiéndola al ejercicio de cualquier derecho⁹⁸.

En cuanto a las codificaciones más recientes -me refiero al Código civil portugués y al holandés- hay una referencia explícita a la buena fe en el § 762 pr. 2º del portugués, que en línea con la jurisprudencia alemana, define la buena fe como un principio general para los contratantes⁹⁹. El Código holandés, por el contrario, hace reaparecer la noción de equidad como elemento constitutivo principal de la buena fe, al que objetivamente se le atribuye un papel integrador e interpretativo (art. 3.12).

Tratar de esta cuestión en la actualidad es, sin embargo, algo no buscado en estas páginas¹⁰⁰. La deuda de reconocimiento del derecho canónico está quizás aún demasiado presente en la historia del derecho. Se trata a día de hoy, de una problemática todavía abierta que exigiría otro ámbito y un desarrollo más allá de los límites marcados en este artículo. Espero, en cualquier caso, que esta contribución pueda haber ofrecido alguna reflexión para posteriores investigaciones y nuevas posibilidades de solución.

⁹⁵ Art. 1124, Codice Civile 1865: «I contratti debbono essere eseguiti in buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano». Cfr. al respecto, A. Bianchi, *L'equità dei contratti secondo il patrio codice civile (art. 1124 c.c.)*, in *Il Filangeri IX* (1884), I, pp. 385-413, específicamente, p. 409; pp. C. Fadda-P.E. Bensa, *Note a Windsheid. Diritto delle Pandette*, Torino 1902, pp. 602 ss.; D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato: dal Codice napoleonico al Codice civile italiano del 1942*, Milano 1970, pp. 289 ss. e pp. 317 ss.; C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico: con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1983, pp. 191 ss.; M. Bessone- A. D'Angelo, *Buona fede* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, V, Roma 1988, p. 2 ss.; Massetto, *Brevi note sull'evoluzione storica della buona fede*, en *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, cit., pp. 291-343.

⁹⁶ La buena fe es un principio general de la contratación civil, que aparece configurada en el art. 1258 como una fuente de obligaciones para las partes del los contratos. Cfr. C. Lasarte Alvarez, *Sobre la integración del contrato. La buena fe en la contratación*, en *Revista de derecho privado* 64/1 (1980), pp. 50-78, part. pp. 72 ss.; J.M. Farré Alemán, *Código civil. Comentado y concordado*, Barcelona 2001, sub art. 1258; J. Sirvent García, *La imposición del precio de reventa en los contratos de distribución vertical con cláusula de exclusiva*, en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, E. Llamas Pombo (coord.), II, Wolters Kluwer 2006, pp. 783-803, part. pp. 800 ss.; M. Albaladejo, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, Madrid 2010, pp. 455 ss.

⁹⁷ En el art. 57 del Código de Comercio se alude a la buena fe como criterio de interpretación de los contratos mercantiles, precepto que viene a completar las normas del CC sobre interpretación de los contratos. En esta norma se dispone que «los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones» (en *Código de comercio y legislación mercantil complementaria* (ed. Colex), Madrid 2003, p. 52). Sánchez Calero (*Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, 2004, II, p. 135) ha destacado que el art. 57 supone que los contratos mercantiles han de interpretarse conforme a la finalidad perseguida por las partes.

⁹⁸ M. Albaladejo, *Derecho civil, I, Introducción y Parte general*, Madrid 2013, pp. 312 ss.

⁹⁹ Este artículo está en estrecha correlación con otros dos artículos insertos en la parte general del Código relativa al negocio jurídico: el art. 239, c. 2 que ve en la *boa fé* uno de los elementos integradores de la voluntad de las partes en lo referente a las lagunas del acuerdo; y el art. 334, que la incluye (junto a las buenas costumbres, el fin social y el económico), entre los límites que no podían ser expresamente excedidos para el ejercicio de un derecho. Para un marco general de la buena fe objetiva en el derecho portugués, vid. por todos, A. Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra 2011.

¹⁰⁰ Vid. por todos, M.W. Hesselink, *The concept of Good Faith*, en *Towards a European civil code*, A.S. Hartkamp, M. W. Hesselink, E. H. Hondius, C. Mak, & C. E. du Perron (eds.), pp. 619-649, spec. p. 625; J. Cartwright, *Redelijkheid en billijkheid: a view from English*, en *CG Breedveld-de Voogd*, AG Castermans, MW Knigge, T van der Linden, HA ten Oever (eds.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code: Continuously in Motion*, Wolters Kluwer, 2016 pp. 39-60.

