

LA OMNIPOTENCIA DEL CONTRATO *

*Por W. SEAGLE. Traducción del Dr.
José María DOMINGUEZ.*

¡Cumplid, oh creyentes auténticos, vuestros contratos! EL CORAN.

1. DEL STATUS AL CONTRATO

No hay con toda probabilidad contraste más acusado entre el Derecho primitivo y el adulto que el que se encuentra en la institución del contrato. Como ya hemos visto, el Derecho arcaico es primariamente un ordenamiento de entuertos; o, empleando la fraseología de los abogados, un Derecho de faltas y de delitos. En cambio, todo sistema jurídico adulto es, fundamentalmente, un Derecho de obligaciones derivadas de un acuerdo entre individuos. Es esto tan cierto, que en los sistemas legales arcaicos la ruptura de un contrato es, ante todo, considerada como un entuerto, mientras que en los ya maduros se la trata como un cuasi-contrato, lo cual equivale a decir: "como si" el entuerto hubiera surgido de un contrato. En los sistemas jurídicos arcaicos prevalece el cuasi-delito, mientras que el cuasi-contrato reina soberano en los sistemas legales ya maduros, llegando así los hábitos especulativos a asociarse con las ideas jurídicas dominantes en cada época.

La institución contractual había adquirido un grado considerable de sazón en el Derecho romano más reciente. Quedó, empero, reservado al Derecho moderno la erección del contrato como fetiche supremo de los sistemas jurídicos, relegando así todas las instituciones de la propie-

* Del libro *A la busca del Derecho*, capítulo xvii ("La omnipotencia del contrato"), pp. 252-277.

dad y el Derecho público a segundo plano. En realidad de verdad, todo el Derecho civil se ha convertido virtualmente en Derecho contractual; de tal modo, que ni siquiera el historiador del Derecho que se acerque a lo jurídico desde una perspectiva institucional puede ignorar el conjunto de normas que forman el llamado "Derecho contractual". Mas no se hallará la realidad fundamental del contrato en el detalle de las normas que rijan la venta de una casa, o de un automóvil, o la formación de una sociedad, o la puesta en circulación de una emisión de acciones u obligaciones. Más que un cuerpo de reglas, el Derecho contractual es, en el sistema jurídico moderno, el mecanismo básico de su desenvolvimiento, pues que se refiere nada menos que al individuo como fuente de Derecho. El legislador moderno es Juan Pérez, más que Enrique Rey. En el punto y hora en que el contrato quedó firmemente establecido como axioma de los modernos sistemas jurídicos, el Estado hizo substancial abdicación de sus funciones. Los manuales jurídicos siguen estudiando a las fuentes del Derecho bajo los archiconocidos titulares de "la costumbre", "la equidad" y "la legislación", pero debieran haber añadido a ellos este otro: "el contrato". Los juristas han hecho una distinción entre el Derecho "objetivo" y el "subjetivo", considerando al primero como a la norma general del Estado que confiere derechos a los individuos, y al subjetivo como los derechos que vienen a incorporarse a las personas como resultado de la existencia de la norma general. Comprender el origen y significado del contrato equivale a hacer explotar dentro del sistema jurídico moderno el mito del Derecho objetivo, y a comprender, de este modo, la realidad del Derecho "subjetivo"; esto es, la afirmación de los derechos legales por los individuos en cuanto fuente del Derecho. Pues por medio del mecanismo contractual los individuos crean derechos para sí.

La relación entre el contrato y el crecimiento de las instituciones económicas es, ciertamente, mutua y complementaria. El Derecho contractual se ha desenvuelto y extendido con el mercado, y dado que la institución del mercado libre es el mismísimo meollo del capitalismo moderno, el contrato estaba predestinado a convertirse en la institución básica de los modernos sistemas jurídicos. El Derecho contractual es la ley del mercado libre: todo jornalero, poco más o menos, ha llegado ya a enterarse de que la "libertad de contrato" es el fin erigido en supremo bien por los jueces decimonónicos, y que esa libertad es la única forma legal que refleja la institución económica del mercado libre. Más en los fastos del contrato hay dos etapas: en primer lugar es necesario que relatemos

la manera en que el Derecho fué ampliando progresivamente el área de las promesas ejecutables, y, con ello, se fueron aflojando las ataduras que sujetaban a las personas a aquellos puestos de la sociedad que les había asignado la costumbre inmemorial; a continuación hemos de mostrar el modo como los jurisperitos y los economistas llegaron a descubrir que la libertad de contratación era la gran meta hacia la cual avanzaba la sociedad. Montesquieu, el gran infante de la Ilustración, inventó, para beneficio de su generación, la bonita fábula de los trogloditas que desaparecieron todos de la tierra porque no cumplían sus contratos. A Sir Henry Maine quedó reservado, en su más brillante y menos atacable generalización, el burlarse del error cometido por Montesquieu, al asumir que ya en la época de los trogloditas existía preocupación alguna por los contratos, así como el aclarar el curso de la evolución que de hecho había tenido lugar. “La marcha de las sociedades progresivas —observaba Maine— ha constituido hasta ahora un avance desde el *status* al contrato.”¹ El vocablo “*status*” lo utilizó Maine para referirse a las relaciones personales derivadas de los privilegios acordados a la familia —teniendo en cuenta, principalmente, la familia romana—, pero excluyendo todas aquellas condiciones que se derivaran aunque sólo remotamente, de un convenio cualesquiera: también el propio Maine reconoció que el feudalismo europeo, por ejemplo, estaba en cierto modo fundado sobre el contrato, puesto que la rendición de pleito homenaje por el vasallo a su señor era, teóricamente, un acto voluntario, resultado de un convenio entre los dos. Ciertamente, y hablando en términos generales, el Derecho público, o sea el cimiento de las relaciones estatales, no deja de fundarse bastante a menudo en esas peculiares formas de acuerdo, cuyos orígenes quedaron olvidados hace ya mucho tiempo. En esta acepción constitucional, el contrato desempeña un papel mucho más importante en las comunidades arcaicas que en las ya maduras. Sin embargo, aunque el feudalismo se hallare fundado en un contrato, éste era un contrato que venía a acabar con todos los demás, y allí donde las relaciones originadas del contrato se hicieron absolutamente fijas y consuetudinarias, el “contrato social” originario puede darse por olvidado, y cabe incluir a esas relaciones en la órbita de la generalización de Maine: pues el funcionamiento de una institución, no su origen, es lo que determina su verdadera naturaleza. Hubiera quizás sido mejor decir

1 Véase Maine: *Ancient Law*, edición de Pollock, 1930, p. 182.

que el movimiento de las sociedades progresivas iba de la casta al contrato.² El éxodo romano del *status* al contrato, que fué principalmente el que esbozó Maine, consistió en un derrumbamiento de la hegemonía de la casa familiar. El éxodo moderno, por otra parte, representaba la caída de la sociedad de castas de la Edad Media y una evasión del sistema feudal. La generalización hecha por Maine, pese al prejuicio evidente a favor del particular sistema legal y económico bajo el cual vivía su propio autor, es exacta de modo sorprendente, y resulta tanto más peregrina cuanto que fué hecha con anterioridad a la elaboración de la teoría económica del mercado libre.

Ni siquiera los que rechazan todas las inferencias de la teoría de Maine pueden apenas negar la existencia de una esfera de acuerdos con fuerza ejecutiva que se amplía continuamente. Uno de los problemas más fascinadores en la historia jurídica —y quizás también el más suave— es el de rastrear el origen último del contrato. La cuestión del exacto orden de prioridad y sucesión es, ciertamente, insoluble y, además, carece de importancia. La promesa de pagar una composición para evitar un feudo de sangre, es el candidato más popular a la prioridad. Pero mientras que el feudo de sangre fué la matriz del Derecho de faltas y de la ley penal, ha de dudarse seriamente de que haya sido también, universalmente, origen del Derecho civil contractual. Las primeras composiciones fueron, sin duda, liquidaciones inmediatas de reclamaciones que requerían el pago de una composición, sin dilación de ninguna especie. Mas la composición, como transacción crediticia, no pudo haber acontecido hasta que el intercambio

2 Así, Edward Jenks habla de "casta y contrato", en *Law and Politics in the Middle Ages*, 1905, capítulo VII. Pollock, en la nota L a su edición de *Ancient Law*, observa que "el ahora tan celebrado *dictum* de Maine referente a la marcha del Status al Contrato en las sociedades progresivas, se ha de entender, quizás, como limitado al derecho de propiedad, considerando a esta última en su acepción más amplia, como comprensiva de todo lo que tenga un valor medible en el intercambio. Con esa limitación, la declaración es ciertamente justa y no ha dejado aún de ser significativa". Pound, sin embargo, rechaza categóricamente la teoría en su aplicación a los sistemas jurídicos inglés y norteamericano, en su artículo sobre "The End of Law as Developed in Juristic Thought", publicado en la *Harvard Law Review*, vol. xxx (1917), p. 219. Por eso le llama a capítulo Nathan Isaacs, en el artículo sobre "The Standardizing of Contracts", en la *Yale Law Journal*, vol. xxvii (1917-8), p. 34-48. Karl Llewellyn apoya a Isaacs en "What Price Contract?", *Yale Law Journal*, vol. xl (1930), pp. 704-51, señalando Llewellyn, en la p. 706, que la "curiosa afirmación (de Pound) es repetida, sin tener en cuenta aquella crítica, cuatro años más tarde". La repetición se encuentra en *The Spirit of Common Law*, 1921, p. 28.

de mercancías y el ajuste de préstamos se hubieren generalizado lo bastante. Ahora bien, al depender la composición de la existencia de tal estado de cosas, difícilmente podría haber sido el primer tipo de promesa, aunque, evidentemente, haya sido uno muy primitivo. En todo caso, si no se pagaba la composición la comunidad tendría que ocuparse entonces no de las promesas rotas, sino de las cabezas rotas de los prometedores. Tan primitivo como el anterior debió de ser el contrato nupcial: "todo contrato de los tiempos de los anglosajones —ha dicho Jenks— es un matrimonio";³ pero la ruptura del contrato no cayó bajo el dominio de los convenios ejecutables hasta que se proveyó asimismo para el pago de una cuota nupcial, o dote. Más esto también dependía del nivel que se hubiera alcanzado dentro de la economía de cambio.

El propio Maine dijo: "...ni el Derecho antiguo ni ninguna otra fuente de evidencia nos descubre una sociedad enteramente desprovista del concepto de contrato".⁴ La tendencia de los historiadores que le sucedieron ha sido la de dar como por sentado que las sociedades primitivas, e incluso las arcaicas, eran incapaces de entender la naturaleza de un cambio de promesas. Dentro del reino de la psicología, eso no era verdad, aunque indudablemente sea difícil el determinar los motivos de los pueblos prehistóricos y preletrados. Hubo entre ellos quienes echaban ternos y juramentos muy poderosos y llenos de color, aunque es probable que, por lo general, careciesen de contenido económico. Puede, también, que algún gran prohombre haya ofrecido la mano de su hija en matrimonio al afortunado mortal que despedazara al dragón — promesa esta que siempre carece de peligro. El antiguo Testamento está lleno de solemnes estipulaciones entre Jehová y los hijos de Israel. Es más, el voto promisorio ha sido escogido por ciertos autores como fuente de la institución contractual. Pero el hecho mismo de que la falta de observancia de un juramento pudiera ser considerado como un crimen porque acarree peligro a la comunidad entera, muestra que no tenía relación alguna con las transacciones mundanas. El que esas transacciones fuesen reforzadas con un juramento no indica más que la aceptación de la posibilidad de que la ejecución no pudiera ser asegurada con ninguno de los procedimientos jurídicos disponibles y que, por tanto, hubiera que depositar cierta confianza en sanciones sobrenaturales.

3 E. Jenks, *op. cit.*, p. 273.

4 Maine, *op. cit.*, p. 338.

El origen de los pactos que se convirtieron en objeto de preocupación para el Derecho, ha de encontrarse en el intercambio económico. Algunos de los más primitivos hombres de la selva se dedicaron a la permuta; pero en el intercambio inmediato de un artículo por otro no hay necesidad de pensar en promesas. Las garantías de calidad o de título resultan enfadosas únicamente en un mercado más estable, y aún es posible que entonces se las considere, simplemente, como condiciones que autorizan al comprador a rescindir la venta. El muy primitivo "comercio silencioso",⁵ en el que no se establece contacto alguno entre aquéllos que llevan a efecto el intercambio de mercancías, ofrece todavía menor ocasión para las relaciones promisorias, de cualquier clase que ellas sean. El brote de las ideas contractuales hubo de acomodarse con el progreso de las transacciones crediticias —la permuta y el préstamo a crédito, e incluso cuando quedó cubierta esta etapa, restaba aún mucho camino por andar hasta llegar a las promesas ejecutorias. Es posible, aunque bastante improbable, que el vendedor que se hubiera desprendido de su vaca considerase al comprador informal en términos de promesas violadas; pero es mucho más probable que se considerase a sí mismo como una persona chasqueada, y al comprador como a un ladrón. En circunstancias similares es, también, muy improbable que un granjero o campesino de nuestra época ponga sus pensamientos en la violación de una promesa: lo que querrá, sobre todo, es que le devuelvan la vaca. Los tribunales en ejercicio, que entienden de injurias personales y de transmisiones de propiedad, se esforzarán, con toda certeza, en asimilar la transacción a las categorías legales que se conocen; considerarán a la transacción originaria como una transmisión o traspaso de propiedad que ha quedado sin completar, y estimarán la falta de pago del precio como un entuerto que el vendedor está autorizado a vengar. De ahí el gran salvajismo del Derecho primitivo contra los deudores, que eran mirados como correspondía a quienes —como se dice todavía hoy— habían adquirido una propiedad bajo falsas apariencias: habían pecado, pues, contra el gran dios de la propiedad, no contra el del contrato. El Código Hitita y el antiguo Derecho chino imponían castigos particularmente sangrientos, por lo que nosotros consideraríamos como meras rupturas de contrato. Dentro del mismo orden de ideas está la autorización que debió de ser concedida casi universalmente a los acreedores para que efectuasen pri-

5 Esta curiosa forma primitiva de cambio es mencionada por Herodoto y por Plinio, habiendo constituido su origen un tema favorito de la especulación antropológica por largo tiempo.

vadamamente una confiscación de los bienes del deudor, en un esfuerzo para satisfacer la deuda, aunque este remedio desapareció tan pronto como los tribunales se sintieron lo bastante fuertes como para garantizar por sí mismos la reparación.

El Derecho se ocupaba todavía por esta época más de formas específicas de transacción que de contratos.⁶ Maine, como de costumbre, lo expresa con toda finura al observar que “el contrato fué mirado por largo tiempo como un traspaso incompleto de propiedad”.⁷ La confusión entre traspaso y contrato debió de verse facilitada por el hecho de que a menudo, los mismos tipos de formalidades fueron empleados lo mismo respecto de las transacciones completas que de las incompletas. A las transacciones en que la propiedad se transmite de una persona a otra las denominaron los juristas “contratos reales” — término híbrido que da a entender tanto el contrato como el traspaso de bienes. Sin embargo, nadie ha podido descubrir en ningún sistema jurídico arcaico, sea el ashanti, el babilonio, el hebreo, el romano primitivo o el germano, ejemplo alguno de cumplimiento forzoso de transacciones que fueran puramente ejecutivas por ambas partes; esto es cuando las partes hubieran simplemente intercambiado promesas entre sí, pero sin que ninguna transferencia de “posesión” o ejecución parcial hubiera ocurrido todavía. Ciertamente que había poco o ningún espacio para hacer tales promesas recíprocas en el tipo de mercado predominante en las sociedades primitivas. Mientras que no existieran mercados en los cuales operasen intermediarios, y mientras que los precios fluctuasen constantemente, o, por lo menos, con cierta frecuencia, existía bien poca justificación para convenir la futura compra de mercancías a determinado precio.

La práctica universal en las sociedades arcaicas de entregar prendas y proveer fianzas, subraya la escasa confianza que se depositaba en la dación de meras promesas en las transacciones comerciales. Sin embargo, esas instituciones contenían gérmenes de los cuales crecieron rápidamente los complejos de ideas obligacionales. El fiador promete que él pagará si el deudor, por su parte, no lo hiciera. Al principio, aquél es un rehen que, en caso de incumplimiento, será tratado con la dureza que correspondería al propio deudor. Como quiera que él no ha recibido cosa alguna y no va a sacar provecho de ninguna clase, ha contraído, evidentemente una obliga-

6 Como observa Diamond, en su *Primitive Law*, 1935, p. 392: “en el derecho primitivo tenemos que hablar, no de contratos, sino de transacciones. La historia del contrato primitivo es la del comercio primitivo.”

7 Maine, *op. cit.*, p. 346.

ción independiente, pero que sólo puede ser entendida con arreglo a los términos de la promesa. Una situación en cierto modo análoga a la anterior hállese implícita en la entrega y recibo de prendas: la prenda, cuando entregada a su acreedor por el propio deudor, se halla asociada todavía con las viejas ideas posesorias. En un principio la prenda fué considerada como una multa; esto es, la falta de pago por parte del deudor autorizaba al acreedor a retener la posesión de la prenda, cualesquiera que fuese su valor — circunstancia esta que de por sí indica el modesto carácter del mercado. La prenda, por tanto, representa todavía un cambio o permuta inmediata, sujeto a condición, aunque, evidentemente, la situación se va haciendo cada vez más compleja, por cuanto que las partes piensan ya ahora en términos de la responsabilidad en que han incurrido, no siendo el objeto que se da en prenda idéntico al que sirve de base a la transacción. Con la expansión de un mercado más desarrollado, y con la aprehensión de la inconveniencia que se deriva de la entrega de la prenda por el deudor a su acreedor, se permite con frecuencia al primero que permanezca en posesión de lo que se ha dado en prenda, especialmente cuanto ésta consista en tierras. Con esta separación entre la responsabilidad y la posesión se percibe con toda claridad que hay ya una obligación que no deriva del hecho de la posesión, sino de un acuerdo entre las partes. La percepción de este hecho no sólo estimula el crecimiento de los conceptos contractuales, sino que convierte a la fianza y a la prenda, de simples multas, en instrumentos de garantía. De ahora en adelante se pueden establecer ya prendas de bienes muebles e hipotecas sobre tierras aunque el deudor quede en posesión del objeto, desenvolvimiento éste que da un ímpetu enorme a la contracción de deudas. Al mismo tiempo, percíbese también que una promesa puede ser buena si el deudor se convierte en su propia garantía. A una mente moderna quizás le parezca ficticia y absurda la tal construcción, pero es realmente demostrable en el caso del Derecho medieval germánico, en el que se encuentra, para la cración de la fianza, la ceremonia de la *festuca*, la cual consistía en el paso de una varilla del deudor al acreedor a la garantía. Esta entrega de la *festuca*, empero, hizo su aparición, al fin y a la postre, en otras leyes alemanas, como el procedimiento normal de crear cualquier obligación vinculatoria.

Los historiadores han especulado con la posibilidad de que el Derecho primitivo hubiera ya desenvuelto la regla de que toda promesa era vinculatoria siempre que se hubiera dado alguna prenda, aun cuando ésta fuera sólo de carácter simbólico. No hubo tal resultado, sin embargo, aunque

el Derecho llegó a reconocer una obligación de venta allí donde el futuro comprador hubiera pagado alguna clase de moneda caucionaria. Mas la idea radical en este respecto era mucho más antigua, a saber: la de que el pago simbólico del precio daba derecho al comprador a sujetar al vendedor, puesto que aquél por su parte, se había desprendido ya de algo. El fracaso en reconocer la prenda simbólica ha sido atribuido a dificultades de prueba; pero la explicación no es muy buena, ya que el Derecho arcaico había diseñado muy útiles medios de prueba, pese a que la escritura se practicara bien poco y fuera conocida tan sólo de un reducido número de personas.

El procedimiento de requerir la presencia de testigos en las transacciones era virtualmente universal. Estos testigos de transacción, por así llamarlos, servían la doble finalidad de probar el negocio, y de proteger al comprador contra cualquier acusación de robo. Así, en el Código de Hammurabi se provee que el comprador que no pueda probar su título con un testigo de la transacción sea condenado a muerte. En el Derecho medieval, el testigo de transacción se convirtió en un peligro, tanto para el vendedor como para el acreedor, pues en estos tiempos, mucho más refinados, el testigo de la transacción servía de jurador auxiliar del deudor, que podía así, con su ayuda, eximirse de toda responsabilidad. La posibilidad de transformar los testigos de la transacción en juradores auxiliares, puede explicar la vacilación del Derecho medieval en aceptar la prenda simbólica como base de las promesas ejecutorias.

No sólo vacila el Derecho primitivo en imponer la aplicación de todos y cada uno de los tipos de promesa, sino que la ejecutoriedad de las promesas depende también de la observancia de ciertas formalidades y ceremonias. Las partes, por lo general, representaban una pequeña pantomima a beneficio de los testigos de la transacción. Pudiera aventurarse que las formas se derivaban corrientemente, de las ya en uso para el traspaso o transferencia de bienes, o que, por lo menos, se hallaban estrechamente asociadas con éstas. No eran los antiguos germanos los únicos que pasaban una vara de mano en mano; también lo hacían los Suaheli. El ceremonial apretón de manos, la declaración de la fórmula prescrita, las pesas y balanzas han servido todos ellos de séquito indispensable de las obligaciones promisorias. "Lo que la ley arma con sus sanciones —dijo Maine— no es una promesa cualquiera, sino una promesa acompañada de una ceremonia solemne. No sólo son las formalidades de importancia igual a la promesa

misma sino que, si acaso, son de mayor trascendencia todavía.”⁸ Mas aquí Maine va demasiado lejos y desfigura lo que, dada la ausencia de escritura, era un procedimiento bastante racional. Acaso fuera mejor decir que aquello que el Derecho arma con sus sanciones no es “una promesa acompañada de un ceremonial solemne”, sino una promesa emparejada con una prestación, puesto que, como ya se ha indicado, fué el contrato real lo que sirvió de matriz de la obligación.

La propalación del empleo de la escritura fué lo que, en último término, condenó a muerte a todo ese poético simbolismo. Pero el hecho de que su substitución por un documento se produjera a veces sólo después de que ya habían pasado varios siglos, muestra con qué tenacidad se agarran las personas a las prácticas tradicionales. Hubo, también una especie de suma y sigue de ideas; así es probable que los testigos de la transacción se convirtieran en testimoniadores del documento escrito. Afirman los historiadores que, en la transición del ceremonial al documento, se aceptó tanto más fácilmente este último porque se consideró como un tipo más de cosa que se entregaba con el fin de asegurar bien la transacción —algo así como una vara o una prenda— señalando el hecho de que muchas veces las propias partes contratantes no firmaban la escritura, sino que ésta simplemente pasaba de la mano de una a la de la otra. Esto, con toda probabilidad, no parece un exceso de imaginación; de hecho es demostrable, en el caso de los germanos del medioevo, que a la escritura se la consideraba poco más o menos como substituto de la prenda. Con el tiempo, sin embargo, el documento triunfó en toda la línea, por razón de sus bien palmarias virtudes prácticas. Aunque al principio se le juzgase como un simple medio de prueba, con el transcurso del tiempo vino a ser tratado como si constituyese el contrato mismo, de por sí, pues cuando la formalización de éstos por escrito advino consuetudinaria, nadie creía que se hubiere formalizado un contrato a menos que constase por escrito. Al parecer, este resultado fué alcanzado ya en los Derechos babilónico, asirio y griego, así como también en el greco-egipcio. Con todo, no ha de suponerse que en ningún sistema de Derecho antiguo se considerase a promesa alguna como ejecutoria simplemente porque estaba puesta por escrito. El documento era sólo una forma más de ceremonial.

Tabletas de arcilla eran usadas en Babilonia y Asiria hace varios milenios, habiendo sobrevivido muchos millares de ellas. Preparadas por escribas de profesión estaban uniformadas para diversas formas de tran-

8 Maine, *op. cit.*, p. 339.

sacción, y su contenido versaba principalmente sobre ventas de esclavos o de casas, contratación de préstamos y matrimonios. Sin embargo, no se discierne aún ninguna teoría general del contrato: la transmisión de hecho de la propiedad es todavía parte de la transacción; la garantía general de calidad era desconocida todavía, y la garantía de título era considerada, desde el punto de vista del Derecho, de hurto. De lo más significativo es que al realizar una venta a crédito se asienta la transacción en dos tablillas distintas, una de venta, que registra la transmisión, y la otra de préstamo u obligación, que recoge los requisitos del préstamo que posibilita la venta.

Esta forma, bastante curiosa, de concluir una venta a crédito nos enseña, tan bien como cualquier otro ejemplo, por lo menos, que el Derecho arcaico no estaba familiarizado con ningún sistema contractual, sino que, más bien, lo que verdaderamente conoció fué un derecho de deuda. En idear la maquinaria con la que registrar o ejecutar un deuda, cualquiera que fuese su causa de origen, parece ciertamente haberse agotado su poder creador. El *illitum*, o nota obligatoria, que podía emplearse para incorporar cualquier causa de deuda, era reconocido ya en el Derecho de Babilonia. El Derecho medieval inglés, por su parte, desarrolló una acción general de deuda. Mas al sonar la hora de fundar una teoría general del contrato, la forma más abstracta y general era, naturalmente, la que ofrecía mayores posibilidades de supervivencia; y esto, como mostraremos más adelante, fué precisamente lo que aconteció, si bien de modo distinto, en el Derecho romano, en el Derecho civil y en la Common Law.

Tanto las tabletas cuneiformes como los papiros griegos revelan una concepción peculiar, que era fundamental para los sistemas jurídicos antiguos. El trabajo, aunque ejecutado de ordinario por los esclavos, tomaba en aquellos casos, relativamente poco numerosos, en que se necesitaba alquilar los servicios de una persona libre, la forma de arrendamiento de trabajo, lográndose con la misma forma de convenio, ora alquilar una casa ora alquilar servicios, según el caso. Ello es verdad también respecto del Derecho romano, a través de toda su historia: la *locatio conductio* era un arrendamiento; más el alquiler de trabajo ajeno era, sencillamente, una *locatio conductio operatum* — lo cual sólo requería la adición de una palabra. Por eso se ha dicho con exactitud que tan sólo existe una diferencia entre el Derecho romano y el Derecho civil moderno, a saber: que este último hubo de inventar lo del contrato libre de trabajo.⁹

9 Achille Loria, en *Formative Influences of Legal Development*, libro editado por Kocourek y Wigmore, 1918, p. 244.

El Derecho contractual romano tiene, naturalmente, mayor importancia que cualquier otro sistema antiguo, si bien no ofrece una pauta única de desarrollo. El *nexum* que se concluía mediante la ceremonia de las pesas y las balanzas, en presencia de testigos, parece haber sido una transacción de préstamo, así como también la más antigua de las formas romanas de obligación; aunque probablemente haya derivado de la *mancipium*, en la que la ceremonia de las pesas y balanzas fué utilizada como medio de transferir la clase de propiedad más importante entre todas las de la Roma primitiva: tierras, ganado y esclavos. El *nexum* fué superado con el transcurso del tiempo por un préstamo sin forma, llamado el *mutuum*, pero éste era tan sólo uno de los cuatro contratos reales del Derecho romano: *mutuum*, *commodatum* (préstamo de uso, con devolución de la cosa), *depositum* (depósito) y *pignus* (prenda). Estos contratos reales representaron un avance sobre el *nexum*, ya que lo que se hacía obligatoria eran ciertas formas de negocios, en vez de una sola específica de cerrar un trato. El Derecho romano reconoció también el contrato "literal", basado en un asiento que el acreedor hacía en el libro de cuentas de la casa. Asimismo existían en el Derecho romano clásico cuatro contratos "consensuales", llamados de este modo porque dependían del consentimiento, siendo su validez reconocida sin tener para nada en cuenta la forma. Estos cuatro contratos consensuales: *emptio venditio*, (venta), *locatio conductio* (alquiler), *societas* (asociación), y *mandatum* (representación), eran todos ellos contratos bilaterales, de evidente importancia comercial, y sus incidencias fueron tomando cuerpo en el siglo segundo a. J. C., a medida que el comercio romano se iba extendiendo, si bien los dos primeros, la venta y el alquiler, fueran, evidentemente, de origen más primitivo.¹⁰

Hasta ahora hemos tratado sólo de transacciones específicas. El contrato romano que estaba destinado a adquirir la máxima importancia fué un contrato oral formal, conocido con el nombre de *stipulatio*. Se creía en Derecho clásico que la ejecución de un acto cualesquiera podía quedar asegurada con tal de que fuese efectuada a modo de pregunta y respuesta. Originariamente, la persona a quien se hacía la promesa tendría probablemente que emplear en su pregunta la palabra *Spondesne*, y el prometiende tenía que replicar: *Spondeo*, pero más adelante fué ya posible usar cual-

10 Al considerar la multiplicidad de los contratos romanos, el lector apreciará, acaso, la observación del jurista francés Pothier, de que el Derecho romano de los contratos se hallaba "muy lejos de la sencillez" (*Traité des obligations*, traducción inglesa de W. D. Evans, en dos volúmenes, Filadelfia, 1853, vol. I, p. 105.

quier otra palabra, como *Dabisne*, o *Promittisne*. También originariamente, la *stipulatio* era utilizable sólomente para conseguir el pago de una cierta suma, pero más tarde pudo ya emplearse para llevar a efecto la ejecución de cualquier otro acto. Se dijo que *spondeo* era una palabra de origen sacerdotal, y el origen de *stipulatio* fué adscrito a influencias religiosas; pero parece más acertada la opinión de que tuvo su origen en las necesidades ordinarias arcaicas de prestar fianza en procedimientos judiciales.¹¹ La utilidad de la *stipulatio* quedaba limitada por dos hechos: el de que se hallaba disponible sólo en caso de creación de obligaciones unilaterales, por las que el prometiende quedaba vinculado únicamente si aquél a quien se prometía ejecutaba su parte; y el hecho de que ambas partes tenían que estar reunidas al hacerse la estipulación. Esta regla, sin embargo, quedó bastante mitigada bajo Justiniano. Más la *stipulatio*, por razón de su generalidad de forma y de carácter, resultó ser, de todos los contratos romanos, el más flexible. Aunque no se requería documento alguno para hacer válida a la *stipulatio*, en atención a la prueba en juicio se estableció la costumbre de ponerla por escrito, y la *stipulatio*, bajo influjos orientales, se convirtió en los contratos escritos formales del Derecho romano posterior, conocidos con los nombres de *chirographa* y *synagraphae*, según que fueran sellados por una sola o por ambas partes.

La bien conocida clasificación en cuatro grupos de los contratos en Derecho romano: verbal, literal, real y consensual, se deriva de la Instituta de Gayo. Comprendían esos grupos los tipos contractuales ya mencionados, con la excepción del viejo *nexum*, que ya en tiempos de Gayo había quedado anticuado. El Derecho romano del Imperio llegó también a reconocer los llamados contratos innominados, los cuales no tenían formalidad alguna, pero eran ejecutivos por haber habido ya una ejecución parcial de alguno de los dos bandos — una tardía extensión, evidentemente, de la idea del contrato real, cuya ejecutoriedad dependía de la entrega de la cosa. El Derecho del Imperio trajo consigo una considerable mitigación de las formalidades, pero el ordenamiento jurídico romano nunca logró producir

11 Tal es la opinión de Ludwig Mitteis: "Aus römischen und bürgerlichen Rechts", en los *Festschrift für Bekker*, 1907, pp. 107-42. H. F. Jolowicz, que discute la bibliografía existente en su *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, 1939, p. 294, observa, en lo relativo a la teoría religiosa anterior, que la evidencia a su favor es "notablemente pobre", y añade: "el punto de vista distinto que fué propuesto por Mitteis tiene ahora muchos seguidores". La teoría religiosa que, como de ordinario, descansa en la asociación verbal, es atacada también por Diamond, *op. cit.*, pp. 439-40.

una teoría general del contrato, limitándose a presentarnos una lista de los mismos, distintos unos de otros. Nunca hizo hincapié el Derecho romano sobre la "libertad de contrato", hablando, por el contrario más bien en términos de deber que de oportunidad, aunque sí proveyó a la obligación contractual de un área de aplicación cada vez mayor; de modo que, virtualmente, todos los tratos de negocios se hicieron ejecutorios. A pesar de eso, el Derecho romano, a todo lo largo de su historia, siguió haciendo una distinción entre un acuerdo de hecho, que podía ser un *nudum pactum*, y la *obligatio*, que la ley creaba al dar fuerza a aquél. La famosa máxima del Digesto, *ex nudo pacto non oritur actio*, deriva de la posición básica del Derecho romano que consistía en que ningún convenio fuera ejecutorio, a menos que se mostrase alguna razón especial para ello. Los romanos aludían a ese elemento que hacía perseguible en juicio al convenio como a su *causa*, palabra ésta que se hallaba destinada a adquirir gran importancia en el Derecho civil posterior.

Las leyes alemanas de la Edad Media revelan el ya bien conocido curso de evolución. No había gran campo para el contrato en la sociedad organizada relacionamente, de la Edad Media. Es más: la peculiar importancia lograda por el Derecho mercantil en la Edad Media no es, en cierto sentido, sino una muestra más de un especial *status* — el derecho a traficar como mercader bajo las formas que regían entre los mercaderes. Para las demás personas, las necesidades existentes quedaban satisfechas con la prestación de la promesa, la entrega de la vara, la dación de arras, la declaración solemne ante un tribunal o consejo local como substitutiva del juramento, y, finalmente, el contrato escrito, al cual los germanos, en toda su ignorancia, trataron primeramente como prenda, como ya se ha dicho, en vez de como prueba, que fué lo que hicieron los romanos. Por mediación de los lombardos, el contrato escrito en cuanto acto formal se convirtió en el contrato típico de la baja Edad Media y pasó al Derecho de Francia y de Alemania. Los primeros documentos contractuales de Lombardía fueron, aparentemente, formalizados ante notario, y la escritura notarial es una institución bien conocida de la Europa moderna.

Quedaba ya sólo reservado a los juristas modernos el privar al documento escrito de su carácter formal, tratándolo tan sólo como simple prueba, así como dejar sentada como regla general que para la efectividad del acuerdo bastaba con una declaración, sin ceremonia alguna. Los canonistas abrieron el camino a la ejecución de las simples promesas, en cuanto tales, por los tribunales civiles, al considerarlas como válidas en

los tribunales eclesiásticos. En los siglos xvi y xvii los apóstoles del Derecho natural predicaron la doctrina de que las promesas, en cuanto tales, poseen una fuerza moral inherente.¹² Los primeros canonistas y civilistas percibieron, en la *causa* romana la base general para el contrato, pero en el Derecho continental, la causa, de mera razón especial para hacer ejecutivo un pacto, ha sido convertida en la razón específica para contraerlo. La causa, de este modo, es una exigencia para que haya un contenido legítimo y, por lo menos teóricamente, constituye también una limitación a la libertad contractual sin trabas. Algunos de los países de Derecho civil han rechazado la exigencia de una *causa*, y con razón, pues la doctrina expresa una superfluidad, a saber: que todo contrato tiene un presupuesto. El que haya sobrevivido en otros países es, probablemente, debido a la necesidad de que exista una cierta salvaguardia contra las promesas hechas de prisa y corriendo, sin la debida premeditación.

En la *Common Law* moderna, existe un requisito de "consideración" para hacer válido un contrato, ofreciendo por ello cierto parecido superficial con la doctrina civilista de la *causa*.¹³ La *Common Law* medieval reconocía como válidos ciertos contratos formales, como, por ejemplo, los compromisos contraídos en juicio y los convenios escritos y sellados. El convenio bajo sello, aunque por escrito, no era un simple documento contractual, según el tipo predominante en el continente, pues su validez dependía del hecho de encontrarse bajo sello y, como dice Jenks, el sello era "el símbolo de la autoridad pública, la cual, en los tiempos feudales, había venido a parar a manos privadas".¹⁴ La deuda era la acción más general y abstracta disponible, y se pondría a engañar con tal de dar fuerza legal a ciertas transacciones comerciales, como las ventas a crédito; pero en el Derecho medieval, cuando el demandado era llevado a juicio por una deuda, podía sacudirse el correspondiente precepto legal con la ayuda de los juradores auxiliares, procedimiento este evidentemente

12 En este sentido, Pufendorf: "...es, por tanto, uno de los más sagrados principios del Derecho Natural, regulando la gracia, corrección y racionalidad de toda vida humana, el de *que toda persona cumpla la palabra dada*, esto es, que ejecute sus promesas y convenios". Véase *De jure naturae et gentium*, trad. inglesa de Oldfather, 1934, p. 381.

13 Véase E. G. Lorenzen: "Causa and Consideration in the Law of Contracts", en la *Yale Law Journal*, vol. xxviii, 1918-19, 621-46, y F. P. Walton: "Cause and Consideration in Contracts", en la *Law Quarterly Review*, vol. xli, 1925, pp. 306-28.

14 *Op. cit.*, p. 279.

inapropiado a las necesidades del comercio. Gradualmente, sin embargo, los tribunales empezaron a autorizar una acción de daños, la "acción de allanamiento sobre el caso", cuando el defendido se había comprometido (*assumpsit*) a hacer algo; pero lo había hecho mal, como, por ejemplo, cuando un herrador dejaba cojo a un caballo al calzarlo. Entonces, el demandante era resarcido del daño infligido por el defendido. Luego, los tribunales fueron extendiendo la acción de *assumpsit*, que es como se la llamaba entonces, de los casos de mala ejecución a los de no ejecución. A modo de compensación por tal audacia, los tribunales, empero, comenzaron a incluir en la acción de *assumpsit* la exigencia de un *quid pro quo*, que era parte de la acción por deuda, al preguntar qué había dado el demandado por su promesa, para que pudiera ser responsable. Este concepto del *quid pro quo* en el *assumpsit* llegó a ser conocido por el nombre de "consideración". Un paso más había que dar antes de que la doctrina de la consideración pudiera convertirse en el fundamento de una teoría general del contrato, a saber: una promesa había de ser juzgada como buena consideración para la otra promesa, aunque no hubiera mediado todavía ejecución alguna por cualquiera de las partes. Al ocurrir esto, la acción de *assumpsit* quedó convertida, de acción por daños, en acción contractual. Decir que exista consideración en un intercambio de promesas es un ejemplo de círculo vicioso dialéctico. Generaciones de abogados ingleses y americanos han depurado la doctrina de la consideración de tal modo que cualquier promesa, dada deliberadamente en el curso normal del comercio y de la vida social, fuese virtualmente ejecutiva. La analogía que se ha percibido entre la causa civilista y la consideración de la *Common Law* se debe primariamente a que ambas han perdido igualmente todo sentido. En cierto modo es verdad lo que dijo el magistrado Holmes: "la consideración es tanto una formalidad como un sello".¹⁵ También se ha dicho que la doctrina de la consideración se acomodaba típicamente al temperamento de la Inglaterra puritana: que sostenía que una persona no debiera obtener algo por nada. Pero con esa doctrina, la adecuación carecía de importancia: se ha dicho que una chuchería puede ser consideración suficiente, y puesto que, de ordinario, la vaga fórmula de "un dólar y alguna otra buena y valiosa consideración" es suficiente, una persona puede ciertamente obtener algo por prácticamente nada a cambio. La consideración no necesita ser demostrada en el caso de un contra-

15 O. W. Holmes: *The Common Law*, 1881, p. 273.

to bajo sello, pero se supone, teóricamente, que está presente en cualquier otro contrato, aunque sea por escrito. El Estatuto de Fraudes, promulgado en Inglaterra en 1676 y ampliamente copiado entonces por otras jurisdicciones de *Common Law*, establece que las promesas de ciertos tipos, en las que se hallan implícitos peligros de fraude, han de prestarse por escrito. Lord Mansfield, uno de los jueces ingleses de finales del siglo XVIII, propuso que toda promesa por escrito fuera puesta en vigor, sin tener en cuenta la presencia o ausencia de una consideración. Pero la tradición era demasiado poderosa, correspondiendo a los tribunales lograr idéntico resultado por el descubrimiento de consideraciones más y más ingeniosas. Las doctrinas de la causa y de la consideración han sobrevivido principalmente como homenajes a la fuerza de la continuidad legal, utilizándose a las doctrinas de origen arcaico para servir de fundamento a una ejecutoriedad casi ilimitada de las promesas en la moderna economía capitalista. Pudiera decirse, si ello no fuera violentar la historia de ciertos sistemas legales particulares, que el Derecho moderno de hecho universalizó la *stipulatio* romana, al final de su crecimiento, cuando ya se había convertido cada vez menos en un contrato formal y cada vez más en un medio de trocar promesas. Basta ahora con preguntar: *Spondesne?* (¿Me promete?) y recibir la contestación de *Spondeo* (lo prometo). Formalidades y ceremonias no constituyen ya la preocupación primaria del Derecho adulto. El jurisperito se ocupa más bien de la realidad del consentimiento, que es el problema central del contrato en los sistemas legales adultos.

2. LOS FUNDAMENTOS DEL CAPITALISMO

Tuvo el Derecho romano una maravillosa frase, que sugería las posibilidades ilimitadas creadas por el contrato en la vida jurídica: al distinguir entre el pacto nudo y el pacto que la ley ponía en vigor, definió a la *obligatio* como un *iuris vinculum*.¹⁶ Descansaba, pues, la obligación legal sobre un "ligamen jurídico". Realmente, el Derecho, para florecer, requiere un *vinculum*. Cuando las transacciones son bilaterales y ejecutorias, únicamente pueden ser completadas por etapas, y la cadena jurídica habrá de romperse por su eslabón más débil. Hay aquí, ciertamente,

16 Hay un reconocimiento implícito de la importancia de esta idea en la siguiente observación de Maine: "La noción del *vinculum juris*, que nosotros sepamos, es exclusivamente Romana", *op. cit.*, p. 326.

una gran oportunidad para las disputas, y éstas son la mismísima vida del Derecho. Promesas rotas son más prolíficas que las cabezas rotas en demandas en juicio; así, pues, el contrato, como madre del Derecho, posee mayor fecundidad que el delito. Contraer una obligación es una acción deliberada e intencionada, mientras que la comisión de un delito es, de ordinario, tan sólo un accidente, descansando en una pura negligencia. Hay que convenir, en que si las más de las promesas fueran quebrantadas, la vida económica no podría continuar; pero el Derecho puede alimentarse bien, y engordar los abogados, con un reducido tanto por ciento de promesas incumplidas. El Derecho arcaico, que insistía en fianzas, en prendas y en rotundos juramentos, y que hacía el aseguramiento doblemente invulnerable mediante la esclavitud por deudas, depositaba poca fe en la fuerza del *vinculum iuris* y, por tanto, daba poco que hacer a los abogados. Caso muy distinto, sin embargo, ocurrió cuando el Derecho autorizó la prenda sin posesión y reconoció que una simple promesa, sin ceremonial alguno y tan sólo oralmente expresada, podía ser trocada por otra.

Los economistas del jusnaturalismo deseaban que se hiciesen cumplir las promesas porque querían que el mercado fuera libre. Los juristas del Derecho natural hicieron hincapié sobre la inherente fuerza moral de la promesa porque, sin duda, habían adivinado las enormes potencialidades del *vinculum iuris*. Asimismo la hegemonía del contrato capacitó a los juristas para traer a fruición final un concepto hacia el cual el Derecho había ido abriéndose camino lenta y penosamente; pero que no podía ser realizado hasta que el mercado libre hubiera barrido los medievales escombros del *status*. Este concepto era el de la persona jurídica, el átomo de la ciencia jurídica.¹⁷ Dentro del régimen de *status*, importantes cuestiones previas quedaban emplazadas delante del Derecho: Primera, ¿eran extranjeros las partes?; Segunda, ¿cuál era su posición dentro de la familia, dentro de la ciudad o en la estructura de las relaciones feudales? En la Edad Media existían privilegios, no sólo adscritos a las personas sino también a ciertas localidades, y el Derecho llevaba a cabo una minuciosa investigación tanto en lo concerniente al rango y a la vocación como

17 Aunque la literatura jurídica ortodoxa esté llena de insinuaciones sobre la importancia central del concepto de persona jurídica, su desenvolvimiento más brillante se debe a E. Paschukanis, en su *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, traducción del Ruso, 1929. Véase mis "Modern Trends in Jurisprudence", en el libro sobre *Contemporary Social Theory* editado por Barnes y por Becker, 1940, pp. 683-4.

respecto de la edad, el sexo y el vigor corporal de cada individuo. Cuestiones de este tipo podían difícilmente congeniar con el jurista, que en lo más profundo de su alma atesoraba un anhelo de reglas generales y de abstracciones. Más con la implantación de la doctrina de la igualdad ante la ley, se creó la posibilidad de que cada persona pudiera contraer promesas de cualquier clase, cualesquiera que fuese su origen, su clase y sus cualidades como ser humano, no siendo hasta entonces posible que la abstracción de la persona jurídica pudiera ser entronizada como la entidad jurídica fundamental.

Resulta bien significativo que, incluso cuando el Derecho romano se hallaba ya bastante desarrollado, el vocablo persona no tuviese la connotación técnica de "unidad portadora de derecho y de deber... La *persona* era simplemente un ser humano".¹⁸ Tampoco el Derecho germano medieval conoció de términos como "sujeto jurídico" o "persona", los cuales no fueron introducidos en el Derecho germánico hasta la recepción. El Derecho romano, al crear el *ius gentium* —ordenamiento jurídico que no sólo estaba al alcance de los ciudadanos romanos, sino también al de los extranjeros— inició el proceso de expulsión de todo elemento que embarrasara las relaciones económicas básicas. En el *ius gentium*, sin embargo, la persona jurídica se hallaba solamente en germen, pues que el Derecho romano diferenciaba aún entre el hombre libre y el esclavo.¹⁹

El jurista, como de costumbre, se limitó a marchar al paso del economista, que era quien había inventado el otro postulado del mercado libre igualmente básico, a saber: la mercancía, abstracción ésta con la que se expresaba la mensurabilidad de todas las cosas que se hallaban en el mercado. Este último era el mecanismo que capacitaba a las personas de Derecho a cambiar entre sí sus mercancías, valiéndose de la libertad contractual. Ya los juristas metafísicos habían hablado de la importancia de asegurar un máximo de autoafirmación personal y de la realización de la voluntad individual; y este jusvoluntarismo (*will jurisprudence*), como felizmente se le denominó, reinó soberano en el transcurso del siglo XIX,

18 W. W. Buckland y A. D. McNair: *Roman Law and Common Law*, 1936, p. 50. Estos autores añaden que el tal concepto había "ciertamente empezado a insinuarse entre los orientales del Bajo Imperio, pero que no aparece en el *Corpus juris*".

19 Rudolf Sohm habla del *ius gentium* como de "un derecho en favor de la *persona privada* (la cursiva es nuestra) en cuanto tal, o en otras palabras, un derecho en el que los elementos esenciales e indestructibles de la personalidad privada encontraron su expresión". (*The Institutes*, 3a. edic., 1907, p. 46).

junto con la inevitable economía de *laissez faire*. Las teorías metafísicas derivaban el concepto de persona jurídica de las ideas de voluntad individual, y de la necesidad de auto-realización; pero ello fué así porque los teóricos no se tomaron la molestia de averiguar sus orígenes económicos.

La generalización de Maine sobre el progreso de la sociedad del *status* al contrato, expresa la valoración ética de la nueva edad, la autorización ilimitada que el Derecho concedió a la dación de promesas. No había otro dios que el contrato, y Sir Henry Maine fué su profeta. Lanzando su vasta pantalla sobre todas las instituciones jurídicas y económicas, el contrato dominó la teoría política. No hay necesidad de aderezar esta historia con detalles, ya que sus incidentes principales son todavía familiares a la generación actual. Es posible que la teoría del contrato social carezca de fundamento histórico; fué, empero, producto inevitable del culto al contrato. Bien claro estaba que todas las relaciones de los individuos dentro de la sociedad descansaban sobre el contrato. ¿No era, pues, natural suponer también que el propio gobierno descansaba, incluso en su origen, en un contrato? Ni siquiera el Estado podía gobernar sino mediante el consentimiento; de aquí la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y la era de elaboración de constituciones y contratos. Dentro del reino de la política, se llegó a pelear la Guerra Civil norteamericana por causa de la doctrina de la violación del contrato, formalizado por los Estados miembros al fundarse la República²⁰; curiosa paradoja ésta de que se presentase al contrato como justificante de la perpetuación del arcaico régimen de la esclavitud!

Los juristas, siempre atareados en confeccionar clasificaciones jurídicas, hicieron una distinción entre el Derecho "público" y el "privado". Esta distinción, lo mismo que el concepto abstracto de persona jurídica, era vaga y confusa en todos los sistemas antiguos, incluso el romano, pese al hecho de que este último conociera el término *jus publicum*. Pues bien, sólo cobró claridad e importancia esta doctrina con el reconocimiento de la libertad de contrato, y mediante la creación de limitaciones constitucionales que definieron el campo de actividad estatal permisible. En sentido estricto, el Derecho público consiste en aquellas reglas que adjudican la competencia de los órganos del Estado; en un sentido más amplio y

20 Véase Jenks, *op. cit.*, p. 317: "La apelación hecha tan ostensiblemente a los principios contractuales por los Estados del Sur en la Guerra Civil Americana, no tuvo éxito. La rendición de Appomattox es un precedente tremendo contra la doctrina contractual en lo político."

más moderno, incluye también las limitaciones impuestas al poder estatal. El Derecho privado, por otra parte, gobierna las relaciones de los individuos entre sí. Por tanto, la tentativa de segregar al Derecho privado es una tentativa para establecer la autonomía de la voluntad individual, para crearle al individuo un coto privado, y para garantizar la actividad sin trabas de los sujetos jurídicos en el mercado. El Derecho privado es, de esta manera, una forma más del triunfo de la libertad contractual. Pero la distinción entre Derecho público y Derecho privado es, evidentemente, tan artificiosa como aquella otra de la persona jurídica. Todo Derecho tiene un poder social organizador: la distinción es solamente una valoración ética más de la santidad del contrato privado, de los derechos de los individuos a regirse a sí mismos en su búsqueda de la propiedad, lo que hizo de cada individuo su propio legislador.

La esfera del contrato resulta ciertamente bastante extensa cuando se mira a la persona jurídica individual, que también es un ser vivo, un *Homo sapiens* y algo más, pese a lo que digan en contrario los juristas. Pero la esfera no tiene fronteras al quedar reservada también para la persona jurídica verdaderamente artificial, para los muchos que se convierten en uno solo como por arte de magia jurídica; esto es, la corporación moderna. El ordenamiento romano y el medieval conocieron ya de las corporaciones mercantiles, limitados individuos que se asociaban aportando cuotas de capital para aventuras ultramarinas. El mundo moderno sabe de gigantescas empresas industriales, enormes consorcios de capital, que controlan billones de dólares de propiedad y ejercitan su dominio sobre las vidas de todos y cada uno de los individuos en sociedad. A veces, son más poderosas que el propio Estado, al que se le supone la corporación suprema y máxima entre todas las personas jurídicas. A pesar de ello, sin embargo, el Derecho contractual les deja en libertad— en libertad para gobernar, de hecho, ya que el Estado ha abdicado de sus funciones. Por miedo a los gremios medievales, o adivinando, sin duda, las perturbaciones que los sindicatos obreros iban a ocasionar, los legisladores de la Revolución Francesa empezaron por abolir todas las asociaciones, sin excepción. La ironía de que legisladores que eran ellos mismos miembros de una asociación, el Club de los Jacobinos, abolieran de esta manera todas las asociaciones, ha sido señalada ya por cierto jurista francés.²¹ Pero no hubo de transcurrir mucho tiempo para que se descubriera que este excesivo

21 Paul Viollet: "French Law in the Age of the Revolution", en la *Cambridge Modern History*, vol. VIII, 1904, pp. 710-53. Cfr. p. 727.

individualismo *petit bourgeois* era equivocado, y estaba bastante en desacuerdo con las concepciones de la libertad contractual, que abarcaban también al derecho de libre asociación. El Derecho romano no había concedido personalidad jurídica a las entidades corporativas privadas; mas ahora se percibió, sencillamente, que también la corporación podía ser considerada como una entidad de Derecho —es decir, como una persona jurídica—, y que, ciertamente, decir que varios individuos podían ser tratados como una sola persona jurídica no suponía mayor forzamiento de los hechos que decirlo de uno solo. En Derecho constitucional estadounidense ha resonado por mucho tiempo la controversia de si la Suprema Corte de los Estados Unidos había, o no había tergiversado las intenciones de los autores de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución Federal, la cual, para proteger en el goce de sus derechos civiles a los recién liberados esclavos, garantizaba a todas las “personas” el debido procedimiento jurídico e idéntica protección legal. La Corte sostuvo que la palabra “persona” era aplicable también a las corporaciones, protegiéndolas contra toda legislación “discriminatoria”. Los fundamentos de la controversia son casi irrelevantes: el resultado se hallaba predeterminado por el curso entero de la evolución legal moderna, y por todas las tendencias predominantes en la teoría jurídica. La corporación estaba destinada a ser considerada como persona jurídica, del mismo modo que el agua está destinada a correr montaña abajo: de otro modo, el mercado libre, para cuyo aseguramiento se había luchado en la guerra civil, habría quedado atontado al nacer. En América, la tierra de la libre oportunidad, la libertad contractual después de la guerra civil fué llevada a excesos todavía mayores que en Europa. Esta tendencia, ciertamente, se había manifestado ya muy temprano en la historia norteamericana, al sostener la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el famoso caso del *Darmouth College*, que la concesión hecha a cierta corporación por el Estado era un contrato y que, por tanto, para dañar las obligaciones que del mismo se derivaban, la legislatura era totalmente impotente. En un principio, los estatutos fundacionales de las corporaciones, en todas las principales naciones industriales —Inglaterra, los Estados Unidos, Alemania y Francia—, eran concesiones especiales, garantizadas solemnemente en cada caso por el Estado; eran contratos sociales por los que el Estado hacía abdicación de algunas de sus funciones más importantes. “La legislatura —se ha dicho certeramente— al garantizar derechos y concesiones a los explotadores, se encuentra en la posición de un terrateniente que entra en tratos con un tercero para el desenvol-

vimiento de sus fincas.²² Más tarde, poco después de la mitad del siglo XIX, aproximadamente, el ordenamiento jurídico empezó a permitir la formación de corporaciones con arreglo a las leyes generales de asociación, lo cual quiere decir que el contrato social se había hecho mucho más corriente. En Francia era posible formar una *société anonyme* —; qué finamente subraya el vocablo francés el carácter anónimo de toda persona jurídica!—, de la misma manera que se podía suscribir un contrato cualesquiera: bastaba hacerlo ante notario y testigos. En la *Common Law* anglosajona los viejos conceptos relacionales del Derecho medieval se habían demorado, como supervivencias verbales, por lo menos: se hablaba todavía de los derechos de casero e inquilino, de principal y representante, o de los de relaciones domésticas, en lugar de invocar el derecho de arrendamiento, de representación o de familia, como hacían los tribunales continentales; mas se realizó, sin embargo, una tentativa para resolver en términos de contrato no sólo el problema de estas ramas jurídicas sino también los problemas del derecho de las corporaciones y servicios públicos. Cuan imprudente resultó ser el régimen contractual puede discernirse con sólo recordar que en su mismísimo origen, la corporación sirvió de expediente para restringir la responsabilidad legal, no existiendo ninguna por parte de los individuos accionistas, y estando reducida la de la corporación a su efímero activo.

El mismo Derecho de sociedades prueba la afirmación de que el Derecho contractual constituye el mismísimo Derecho civil. No es tan sólo que el abogado exista primariamente para servir a las corporaciones, y que la cúspide de la carrera forense consista en poseer muchos clientes corporativos. Por descansar en el contrato, la corporación ha transformado de tal modo el derecho de propiedad que éste, en los tiempos modernos, no es sino una fase más del Derecho contractual. La propiedad es el objetivo del contrato, y hoy en día los derechos de propiedad más importantes son los contractuales. La relación entre la corporación y sus accionistas descansa en el contrato, lo mismo que las relaciones de los accionistas entre sí y las de los obligacionistas para con la corporación respectiva y sus accionistas. Estas relaciones contractuales quedan expresadas en acciones, obligaciones, bonos, certificados, todos ellos bellamente grabados, que pasan de mano en mano como artículos de comercio y encuentran compradores bien diligentes en el mercado. El Derecho romano,

22 R. G. Hawtrey: *Economic Aspects of Sovereignty*, 1930, p. 20.

que no conoció de tales formas de propiedad, estaba bien poco dispuesto a hacer transferibles y ejecutivos, a petición de tercero, a los contratos, insistiendo en el carácter confidencial del contrato y haciendo hincapié en el vínculo personal (baste con pensar en el *nexum* romano). En el Derecho moderno la promesa negociable —por así llamarla—, es precisamente la forma más corriente y la más valiosa. El Derecho arcaico trataba con propiedad física y tangible —tierras de pan llevar, esclavos, rebaños, ganado y multitud de otros bienes personales que podían verse, sentirse y tocarse. Pero el Derecho adulto ha convertido a la propiedad en sistema normativo de derechos abstractos e intangibles; lo que se corta son los cupones, no la lana del hato, y estos derechos lo son únicamente de tipo contractual, a una cuota de los bienes corporativos —bienes que, de hecho, tanto pueden existir como nó. Hasta la tierra, verdadera quintaesencia de la propiedad en todas las sociedades anteriores, habiendo sido esquilada ya de todos los gravámenes e incidencias feudales y convertida en libremente enajenable, es ahora únicamente un artículo más de comercio, del que se dispone en el mercado. La libre enajenación de propiedad y la máxima exención posible de restricciones son los naturales apéndices de la libertad de contrato. En beneficio de la rapidez, aquél sagrado formalismo arcaico del traspaso de tierra, con todo su pintoresco y delicioso ceremonial, ya no existe más. En Derecho romano un contrato de traspaso de propiedad no transmitía, por sí solo, el título; pero en Derecho moderno la tendencia predominante es la de convertir el traspaso de tierra en un tipo más de contrato. Desde el momento en que la ejecución específica de un contrato de transmisión de propiedad real es, de ordinario, concedida por los tribunales, puede decirse que el título queda transmitido tan pronto como se cierra el trato. Hoy en día, en casi todas partes, el sistema catastral, con arreglo al cual tan sólo se precisa tomar en consideración el documento protocolizado para descubrir el título, ha probado ser una espléndida merced concedida a la enajenabilidad de la tierra. En el caso de los bienes muebles, la tendencia dominante y casi universal en los países industriales es la de proteger, en interés de la libre enajenabilidad, al comprador de buena fe, incluso contra el verdadero propietario que ha sido injustamente privado de su título. De este modo el interés de la libre enajenabilidad —esto es, de la libre circulación de mercancías—, pasa hasta por encima del derecho de propiedad.

No hay probablemente rama alguna del Derecho privado que no haya sido transformada por las concepciones predominantes sobre el contrato.

El Derecho suizo expresa la tendencia general cuando clama que “las reglas generales del libro de las obligaciones se aplican por analogía a las restantes materias del Derecho civil. Ciertamente, el término “obligación”, en especial tal y como es empleado por los juristas continentales, no sólo connota un contrato en la acepción estricta, sino una relación cualquiera que esté basada en un acto intencional. Esto, en realidad, abarca a todas las obligaciones, excepto aquéllas que surjan, por regla general, de actos ilícitos o dañinos. Pero incluso la materia de responsabilidad civil ha sido influenciada fuertemente por elementos obligacionales; no sólo porque la presencia de relaciones contractuales agudiza la responsabilidad por daños, sino también porque la ley ha demostrado tendencia a reconocer la responsabilidad únicamente por actos intencionales, o por negligencia que suponga una falta; pues por regla general no existe responsabilidad sin un cierto grado de culpa moral. Del brazo de la libertad de contrato no sólo marchó la libertad de asociación sino también la de disposición testamentaria, como ocurrió en el Derecho romano más moderno, el cual tenía necesidad de conceder esa libertad como contrapeso al sistema de esclavitud, que era una rémora para la producción²³ Para los vivos, el contrato: el testamento, para los muertos. No hay duda de que el contrato ejerció influjo hasta en el Derecho procesal civil, así como que exageró la doctrina de la pasividad del juez en el juicio civil, lo cual no era más que la libertad contractual llevada hasta el propio ruedo judicial. Hasta en el Derecho penal, donde la seguridad del Estado siempre había servido de justificación a las medidas sociales de represión, dejó su huella el individualismo procreado por el contrato. Sólo necesitamos mencionar a este respecto, que mientras en el Derecho criminal del Medioevo el suicidio era un crimen terrible, había dejado de ser tal en casi todos los códigos penales a comienzos del siglo XIX. ¡La *reductio ad absurdum* de la voluntad resultó ser, pues, la libertad legal de suicidio!

El Derecho de familia ha estado sometido al influjo del contrato quizás en menor grado que cualquier otra rama jurídica; pero el caso es bien distinto en lo que se refiere al derecho a tener propiedad. Al sexo débil se le liberó también para formalizar contratos y disfrutar propiedad, al ser abolidos los últimos vestigios de *status* personal con el sufragio femenino. Bajo la *Common Law*, marido y mujer habían sido una y la misma persona, pero las llamadas Actas de la Propiedad de las Mujeres Casadas otorgaron

23 Loria, *op. cit.*, pp. 249 y 252.

ahora a las señoras de clase media lo que el procedimiento de Equidad había ya asegurado a sus más ricas y nobles hermanas. En los países de "Derecho civil" la capacidad para disponer de bienes y hacer contratos quedó algo más restringida, pues en ellos el llamado sistema de propiedad comunitaria había venido prevaleciendo por largo tiempo. Con todo, a las mujeres se les dió a elegir entre el matrimonio con comunidad de bienes y el sistema de patrimonios separados.

Otros fenómenos de menor cuantía, pero particularmente curiosos, pueden ser también observados por el paciente vigilante del empero jurídico. La *Common Law* había mirado siempre con la más profunda desconfianza aquellos contratos que consideraba como "restrictivos del comercio", limitando estrictamente, por ejemplo, las condiciones bajo las cuales un artesano que abandonaba a su patrono podía por un tiempo determinado, convenir en que no entraría en concurrencia con él. Mas gracias a una cierta perversión de la lógica, el Derecho restrictivo del tráfico comercial sufrió temporal eclipse, a pesar de que la concurrencia, que era la vida del mercado, hubiera así de ser, en parte, restringida. La explicación de ello debe de ser que la libertad del contrato incluía el derecho a renunciar al Derecho de contrato contractualmente. Tan poderoso era el contrato, que ejercía su imperio incluso contra el viento y marea de las poquísimas limitaciones entonces vigentes, y en el mundo del comercio se suscribieron así contratos que poseían tan sólo una muy dudosa legalidad, si es que tenían alguna. Tales fueron los convenios de *cartel* y de *trust*, y los contratos colectivos de trabajo, los cuales, por regular relaciones de grupo entre patronos y empleados, no eran, de ninguna manera, contratos en el sentido individualista tradicional. ¿Qué clase de contrato era suscrito —preguntaban con toda seriedad ciertos juristas—, al depositar un pasajero su moneda en la máquina automática de una estación del ferrocarril? ²⁴ ¿Era eso la forma automática y civilizada del comercio silencioso? El Derecho sostenía que inducir a otro a romper un contrato que éste había hecho, era un perjuicio accionable. ¡Maravilla que no se hubiera considerado en todas partes como crimen! Para coronarlo, los juristas más instruidos, particularmente en los países de *Common Law*, donde la ejecución específica de contratos era, más que la regla, la excepción, discutían sobre si podía decirse que existiera un derecho tal como el derecho a romper el contrato y pagar los daños.

²⁴ Véase León Duguit, en *Progress of Continental Law in the 19th Century*, 1918, p. 117.

3. LA SOCIALIZACION DEL DERECHO PRIVADO

Acaso se escriba algún día la historia de los modernos trogloditas que desaparecieron totalmente de la faz de la tierra por observar sus contratos con excesivo escrúpulo.²⁵ Por fortuna, sin embargo, se empezó a operar una reacción ya en el último cuarto del siglo XIX, aproximadamente. El propio Maine abrigaba ya la negra sospecha de que el triunfo del contrato iba a durar, acaso, menos de una eternidad; recuérdese que lo que él dijo fué que la marcha de las sociedades progresivas había sido *hasta ahora* un movimiento desde el *status* al contrato. ¿Preveía, pues, un movimiento cíclico y han sido, por tanto, sus críticos, injustos con él? En realidad de verdad, Maine pudo haberse mostrado más audaz todavía; pero la destrucción total del contrato, el retorno a relaciones con reminiscencia de *status*, aunque en un plano más elevado, hubiera requerido la aceptación del socialismo, y pocos eran entonces los juristas, los jueces, los legisladores o los ministros que se habían hecho devotos de la causa socialista. De este modo, el movimiento que de cierta manera socavó los cimientos del contrato fué el que se conoce con la denominación de “el movimiento en favor de la socialización del Derecho privado”; lo cual equivale a decir que, a lo más, los legisladores transigieron únicamente con el socialismo, cercenando tan sólo los peores excesos de la libertad contractual. La regulación, pues, ha reemplazado al *laissez-faire*; una cierta medida de finalidad social ha quedado así impresa sobre aquel individualismo que fué la más fantástica de todas las ficciones legales y, asimismo, la más grande de todas las fórmulas que hayan alimentado jamás al duelo judicial.

Los fraudes más evidentes estaban llamados con el tiempo a ser descubiertos, en el curso de la amarga lucha de clases que presenció el ascenso del socialismo. El proletariado, con voz cada vez más clara y elocuente, empezó a desconfiar progresivamente de las dotes de la clase media. Quizás no haya apreciado debidamente el milagro de la persona jurídica ni todas las sutilezas de la mercancía, su contrapartida económica, pero sintió en silencio, en sus propios huesos, que iba siendo esclavizado por el mecanismo del mercado libre; que una corporación era una especie de persona artificial que no presagiaba nada bueno, llegando ese proletariado

25 Una fábula en la que se nos describe como los trogloditas contemporáneos, ha sido escrita, en forma de tratado económico, por el profesor Harry Scherman, en su obra *The Promises Men Live By*, 1938.

hasta inventar la consigna de que el trabajo no era una mercancía. Entonces se empezó, en general, a percibir que la libre concurrencia del mercado conducía únicamente al monopolio (que significa el acaparamiento del mercado); que la igualdad jurídica sólo producía una caricatura de desigualdad económica; que la libertad contractual tenía sentido únicamente cuando existía una igualdad aproximada de poder de trato; que un jornalero no podía realmente contratar con un *cartel* o con un *trust*, y que se necesitaba de cierta legislación si es que de verdad se iba a acometer el intento de crear un auténtico equilibrio de fuerzas sociales.

No fué, pues, mera coincidencia que la regulación tratase, sobre todo, del contrato de trabajo. Establecía éste la relación básica de la economía capitalista, la cual dependía de un ejército del trabajo legalmente libre, reclutado en un principio por haber sido desahuciado de la tierra y, más tarde, por haberse visto privado de los medios de producción, a medida que se iban inventando más y más máquinas. Bien pocas normas jurídicas había que se refiriesen al contrato de trabajo, en notorio contraste con la abundancia de detalle derrochada en contratos tales como la compraventa, cuyo objeto era la colocación de capitales-mercancía en el mercado. Naturalmente, esa esterilidad de cláusulas sólo servía para echar en brazos de las personas jurídicas, vulgarmente conocidas por el nombre de patronos, a aquella otra persona jurídica que no poseía otra mercancía que ofrecer que su trabajo. La única protección real que los *trabajadores obtuvieron como consecuencia de la libertad de asociación* reinante, fué el derecho a formar sindicatos obreros. Pero también aquí hubo un inconveniente: el derecho a formar sindicatos fué, a fin de cuentas, concedido en todos los países industriales, mas este derecho teórico fué, en la práctica, cercenado con la limitación de las formas de actividad permisibles a los sindicatos para que llevara sus demandas, tales como las patrullas de huelguistas en los tajos y lugares de trabajo y los boycotts.

La mayor parte de la legislación social ha sido legislación de trabajo. Más tarde o más temprano se promulgó legislación en todos los países industriales estableciendo regulaciones de seguridad contra los azares de la producción maquinista, fijando una máxima jornada de trabajo y unos salarios mínimos y disponiendo acerca del seguro contra el paro y las pensiones. Este movimiento, además, no ha quedado confinado a las democracias. Como es bien sabido, la Alemania imperial se puso a la cabeza de los demás países en la adopción de las leyes de seguro social. La resistencia más fuerte a la regulación del contrato de trabajo fué ofrecida en

los Estados Unidos, donde la Constitución, el “contrato” supremo entre el pueblo y su gobierno, fué invocada durante muchos años por los tribunales para prohibir toda clase de interferencia en los contratos. Por un cierto tiempo, por lo menos, se logró así —como se ha dicho—, “un reinado absoluto del Derecho”, que hizo del país de los ciudadanos libres el clásico refugio del contrato represivo.

Una gran cantidad de disposiciones se han promulgado también en los principales países industriales para regular las corporaciones en particular los establecimientos públicos y los que prestan servicios públicos. Los bancos, las compañías de seguros y las bolsas han sido sometidos a muchos y muy variados tipos de fiscalización. El consumidor, al igual que el trabajador, ha buscado también protección contra la tiranía del contrato. En realidad, hay poco de contractual en las relaciones del individuo con corporaciones que, de hecho, desempeñan funciones públicas, siendo necesario que los juristas se esforzaran en interpretar a las concesiones para operar un servicio público como contratos a beneficio de tercero —un tercero que consiste en millones de individuos. Allí donde existe propiedad colectiva de los ferrocarriles o servicios públicos, no queda espacio para la categoría del contrato, ni hay necesidad de echar mano de ella. En todos los demás casos el ordenamiento jurídico ha tendido a prescribir los términos y condiciones en que ha de prestarse el servicio, y la tarea de inspección pública no ha sido confiada a las autoridades judiciales tradicionales, sino a comisiones administrativas especiales, como ha ocurrido en los Estados Unidos. La historia del ascenso y desolvimiento de este Derecho administrativo será relatada más adelante. Mas aparte del control a cargo de comisiones administrativas, pueden existir reglamentos que invaliden ciertas condiciones especiales que una corporación pública pueda tratar de imponer al público. Se han promulgado así leyes prohibiendo cláusulas en los contratos, mediante las cuales ciertos recaderos en gran escala trataron de proscribir del terreno jurídico ciertas demandas contra sus actos de negligencia, o reducir la cantidad límite de que podían hacerse responsables. Limitaciones similares han sido establecidas aquí y allá sobre ciertos tipos de cláusulas que fuera posible insertar en los que cabría denominar tipos más privados de contrato, tales como prohibiciones sobre asignación por adelantado de salarios para asegurar el pago de ciertas obligaciones.

Hay un constante tira y afloja entre los expertos abogados al servicio de las grandes corporaciones y los tribunales y legisladores, decididos a

salvar de las consecuencias de su propia majadería a sus clientes, consumidores y suscriptores de títulos de capital. Los primeros, los abogados, están constantemente entregados a la tarea de inventar formas uniformes de convenios, particularmente apropiados a los negocios de sus clientes y que proporcionen a sus intereses el máximo de protección asequible. Lo que les empuja a inventar esas formas tipo de convenio no es la codicia, sino, también, el deseo de ahorrar tiempo, el cual es característico de una edad de artefactos para evitar esfuerzo y trabajo. En estas circunstancias, la ventaja cae del lado del industrial, mercader o banquero y en contra del consumidor, comprador o prestatario, según el caso. Una de esas dos clases sabe todas las reglas del juego, mientras que la otra se compone, relativamente hablando, de novicios. Los abogados de las corporaciones se hallan siempre a punto para defender sus creaciones ante los tribunales. Si, pues, el contrato es, en sí, un instrumento de gobierno, el abogado que defiende uno de esos contratos ante los tribunales puede ser comparado con un pretendiente en los pasillos de la Cámara legislativa, desempeñando a veces el abogado los dos papeles. Si los contratos uniformados fueran redactados en cada caso, aunque siempre fueran lo mismo, la situación sería de por sí ya bastante mala, aunque la firma del contrato pudiera entonces retener algo de una ocasión solemne. Pero el Derecho moderno ha desenvuelto una forma de contrato que resulta tan revolucionaria como el contrato escrito grabado en una tablilla o papiro lo fué en el mundo antiguo, a saber: el contrato impreso. Cientos de impresos pueden así irse arrancando de un sólo taco de papel, colocado bien a mano; las innumerables cláusulas están impresas en un tipo muy pequeño, y una persona atareada en el más atareado de los siglos está siempre dispuesta a firmar en la línea de puntos sin pararse a leer lo que suscribe, aunque estuviera firmando la entrega de su propia vida. Contratos para pago a plazos, convenios de alquiler de habitaciones en las grandes ciudades, notas de pedido a los fabricantes, títulos bancarios, son todos ellos sólo unos cuantos ejemplos de impresos uniformados. Si todas sus cláusulas fueran llevadas a efecto estrictamente; si Shylock exigiera siempre su libra de carne, la suerte del prestatario, del inquilino o del comprador de mercancías o de servicios sería ciertamente intolerable. Pero el contrato, lo mismo que la ley no es nunca más que una panoplia y en la práctica hay una acomodación y no siempre son utilizadas las armas. Constantemente son anuladas órdenes de pedido que fácilmente

podrían haber sido ejecutadas ante los tribunales, y no siempre se ve desahuciado el inquilino que mete el cochecito del niño por la puerta principal.

La uniformización de contratos se produce también de otras maneras. A veces, como ya se ha dicho, los Cuerpos legisladores invalidan ciertos tipos de cláusulas; mas otras veces van aún más lejos y son ellos los que proporcionan impresos uniformes de convenio. Ejemplo de tales convenios uniformados se encuentran particularmente en el campo del Derecho mercantil: conocimientos de embarque, recibos de almacenaje, transferencias de títulos e instrumentos negociables. El más uniformado de todos los contratos es, quizás, el seguro. El que compra una póliza puede, por regla general, elegir únicamente entre un determinado número de impresos aprobados por la superioridad. Por otra parte, la uniformización de hecho, a diferencia de la de derecho, deriva del descuido de los participantes más humildes en el mercado, los cuales no tienen pleno conocimiento de la clase de época en que viven y no se dan cuenta de que la vigilancia es el precio eterno del contrato. O, para decirlo en términos más sencillos, esos descuidados, lo mismo que sus casi primitivos antepasados, entran en una transacción sin tomar medidas contra ciertas eventualidades especiales; así, se consuma una venta sin que haya habido ningún entendimiento específico sobre garantías de calidad, o sobre el riesgo de destrucción del objeto de la venta pendiente de entrega; se suscribe un arrendamiento sin que se haga referencia al derecho a subarrendar los locales o a llevar a cabo las necesarias reparaciones. A falta de acuerdo, se ha echado mano de la ley desde los tiempos antiguos para proveer sus propias soluciones, ya confeccionadas y a punto; así las incidencias de las transacciones pueden, por regla general, ser modificadas por las partes mediante convenio expreso, pero en su ausencia, existen soluciones judiciales o legislativas tradicionales que son aplicadas. A pesar de ello, sin embargo, es probable que el tipo de uniformización que así resulta sea menos común que en las sociedades arcaicas, pues que la nuestra es, después de todo, la gran edad del contrato.

La uniformización de contratos ha sido tomada como una prueba más del movimiento cíclico entre *status* y contrato. Pero, hablando con mayor precisión, es más bien una tendencia del Derecho mismo la de que las relaciones individualizadas se conviertan en relaciones uniformadas. La

tendencia es vieja; se ha hecho, sencillamente, más acusada en la economía moderna, respecto de los contratos que o bien son parte de las fases más activas del comercio o son suscritos en situaciones en que aquél que ha recibido una promesa es más bien impotente, o es probable que se pase de listo: así, la uniformización de contratos es un índice de la socialización del Derecho privado, aunque no sea necesariamente una indicación de que la hegemonía del contrato vaya llegando a su término. Ha de recordarse que la formación de todo contrato, inclusive la de uno de tipo uniformado, es, naturalmente, voluntaria; que su origen es, por tanto, contractual; que hay, por lo menos, una cierta elección entre los impresos disponibles, y que, después de todo, los contratos rígidamente uniformados son pocos. En cierto sentido, además, ciertos tipos de uniformización apuntan ya de por sí a la universalidad del contrato; por otra parte, acuerdos que se suscriben una y otra vez están predestinados a hacerse uniformes. Finalmente, ha de recordarse que el clima institucional de los modernos pactos uniformados es también bastante distinto de cualquier otro de los que prevalecieron en el pasado. Puede que, en su origen, el feudalismo hubiera sido contractual, mas fué, asimismo, el tipo de relación uniformada que acogió el comercio y a todos los demás tipos de relación individualizada. Los contratos uniformados modernos son carne y hueso del capitalismo industrial y financiero, habiéndose declarado brillantemente que "los contratos uniformados, por su cualidad y por sus efectos, participan de la naturaleza general de la producción maquinista; facilitan materialmente y abaratan la venta y la distribución; son fáciles de hacer, de archivar, de comprobar y de rellenar. A un régimen de bienes fungibles se le ha añadido otro de transacciones fungibles...".²⁶

No es todavía hora de gritar: ¡El Rey ha muerto! El contrato si no es omnipotente; es todavía una institución robusta y poderosa. El grado de socialización alcanzado dentro del Derecho privado puede con dificultad ser juzgado como un golpe mortal al contrato; lo que ha ocurrido es una reforma de los abusos, no una destrucción del régimen. Como de ordinario acontece con toda reforma, sería aquélla mucho más efectiva si se realizara con el máximo celo. Mas aunque sea de mucho alcance y sincera, la socialización tiende a hacerse vaga y confusa, en su administración. Tienen los administradores que vérselas con los abogados de las

26 K. N. Llewellyn: "What Price Contract?", en la *Yale Law Journal*, vol. XL, 1930-31, pp. 704-51, especialmente la p. 731.

corporaciones, que dedican con frecuencia sus mejores energías a la tarea de hacer nula la legislación social. Donde quiera que la socialización sea empujada hasta un punto en que realmente amenace con socavar la institución contractual, prodúcese la inevitable reacción, la cual puede llegar tan lejos como hasta desembocar en el fascismo. Allí donde el contrato fracasa, el mercado reúne y se hace cargo de su propia fuerza económica y procede a destrozar a sus hijos.

BIBLIOGRAFIA

Para la historia del contrato consúltense las siguientes obras: Sir Henry Maine: *Ancient Law*, edición de Pollock, cap. ix. A. S. Diamond: *Primitive Law*, 1935, caps. xxxii y xxxiii. Wilhelm Eilers: "Gesellschaftsformen im altbabylonischen Recht", en *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Núm. 65, 1930. Marian San Nicolò: "Die Schlussklauseln der altbabylonischen Kauf— und Tauschverträge", en los *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung*, Núm. 4, 1922. Leopold Auerbach: *Das jüdische Obligationenrecht*, 1870-1. Sir Paul Vinogradoff: *Outlines of Historical Jurisprudence*, 2 vols. 1920-22, vol. II, cap. xi. W. W. Buckland y A. D. McNair: *Roman Law and Common Law*, 1936, caps. vi a ix. H. F. Jolowicz: *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, 1939, caps. xi y xvii. R. Hübner: *A History of Germanic Private Law*, trad. inglesa de F. S. Philbrick, 1918, caps. ix y x. J. H. Wigmore: "The Pledge Idea", en la *Harvard Law Review*, vol. x, 1896-7, pp. 321-50, 389-417 y vol. xi, 1897-8, pp. 18-39, así como la bibliografía sobre Derecho alemán que en esos artículos se cita. Jean Brissand: *A History of French Private Law*, trad. inglesa de R. Howell, 1912, cap. III. Carlo Calisse: *A History of Italian Law*, trad. inglesa de L. B. Register, 1928, libro III, parte v. A. Alvarez y otros: *Progress of Continental Law in the Nineteenth Century*, 1918, cap. III. Edward Jenks: *Law and Politics in the Middle Ages*, 1905, cap. VII. Oliver Wendell Holmes: *The Common Law*, 1881, caps. VII a IX. J. B. Ames: *Lectures on Legal History*, 1913, pp. 122-71 y 325-53. W. T. Barbour: *The History of Contract in Early English Equity*, 1914. R. L. Henry: *Contract in the Local Courts of Mediaeval England*, 1926.

Sobre la sociología del contrato véanse: R. T. Ely: *Property and Contract in Relation to the Distribution of Wealth*, 2 vols. 1914. John R. Commons: *Legal Foundations of Capitalism*, 1924, caps. VI a VIII. Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, parte II, Cap. VII. René Demogue: "Analysis of Fundamental Notions", en *Modern French Legal Philosophy*, 1916, pp. 345-572. Roscoe Pound: *Introduction to the Philosophy of Law*, 1924, cap. VI. Karl N. Llewellyn: "What Price Contract?", *Yale Law Journal*, vol. XL, 1930-31, pp. 704-51. M. R. Cohen: *Law and the Social Order*, 1933, pp. 69-111. Eugen Ehrlich: *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, 1936, caps. II a V y XVII.