

LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

MARGARITA FUENTESECA DEGENEFFE
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad de Vigo, Orense, España

1 PROPÓSITO DE ESTE ESTUDIO

Este estudio responde al propósito de intentar aclarar, desde la perspectiva histórica del Derecho romano, la problemática que suscitan las modernas condiciones generales de la contratación, ya que es en los conceptos romanos de *contractus* y de *pactum* donde se forjó la auténtica naturaleza de la contratación moderna y donde se halla su verdadera esencia¹. Así, analizando también la doctrina civilista española y las más modernas tendencias de la legislación alemana, queremos proponer un posible nuevo enfoque de las condiciones generales de la contratación, desde la visión más clarificante que proporciona el Derecho romano.

Es imprescindible comenzar este estudio con una referencia a la contratación en los mercados en Roma, que es un tipo de contratación regulada por los *aediles curules*, dentro del recinto de los mercados públicos y que constituían la esfera de su exclusiva *iurisdictio*. Así pues,

¹ Este estudio se presentó como comunicación al V Congreso Internacional y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho romano, celebrado en Fortaleza, Ceará, Brasil, los días 21 a 24 de agosto de 2002, sobre el tema “La autonomía de la voluntad y las condiciones generales de la contratación. Del Derecho Romano al Derecho actual”.

las transacciones realizadas en los mercados romanos fueron reguladas por las normas establecidas en el *edictum aedilicium* y se aplicaron también durante la época de la dominación de Roma en España².

En resumen y abreviando este complejo problema, en la antigua *mancipatio* romana la figura del *auctor* es el responsable personalmente de la *auctoritas*, entendida ésta como titularidad pública y que, por tanto, podría ser llamado a juicio (*laudatio auctoris* romana) en caso de que un tercero haya vencido al *emptor* (*evictio*). Es decir, la *mancipatio* no obligaba al *mancipio dans* a transmitir la propiedad, sino a garantizar en juicio que la cosa vendida era suya *ex iure Quiritium* en el caso de que el *emptor* fuese *evictus*. Estamos todavía en la ausencia de un concepto de propiedad, tanto entre romanos como entre los visigodos.

Por otra parte, la *auctoritas* es un factor de carácter público operante tanto en la *mancipatio* como en la *usucapio*. En la *mancipatio* el *venditor* debía *auctoritatem praestare* si había recibido el precio y por tanto podía ser llamado *in iure* para garantizar el título de *dominus* al *emptor* durante un *biennium* (vid. XII Tab. VI,3: *usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annus est usus*; Cic. Top. 4,23; id. Lex *usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium*, Cic. Pro Caecina 19,54³).

Se ha afirmado que la *auctoritas* romana era sustancialmente idéntica al *Gewährenzug* germánico y

² Vid. FUENTESECA, P., *Derecho Privado romano* (1978), pp. 264 ss; id. *Historia del Derecho romano*, Madrid (1987).

³ El *auctor* debía estar presente, según Cic. Pro Caec. 19,54: *actio est in auctorem praesentem his verbis quandoque te in iure conspicio*; vid. asimismo Cic. Pro Murena 12,26). No se puede excluir alguna relación histórica entre la *laudatio* y la *denuntiatio* (=condicere, Gayo 4,18).

también se ha afirmado que la primordial función de la *mancipatio* fue la *auctoritas*. Este tema que resumimos aquí constituyó una polémica entre romanismo y germanismo. El *Codex Euricianus* puede considerarse derecho romano vulgar. Pero lo que interesa a nuestro estudio es que la compraventa (en *Codex Eur. XXVIII= De venditionibus*) no es un negocio de efectos reales sino obligacionales y no parece que la *venditio* haya implicado la transmisión de la propiedad, idea coincidente con *Paulus* (D. 19,4,1), según el cual el vendedor responde por evicción, debe entregar la *possessio* y debe indemnizar por su *dolus*. Por su parte, el *emptor* debe transmitir la propiedad del dinero (D. 19,1,11,2 Ulp. 32 ad ed.⁴).

Respecto a la época visigótica, ilustres germanistas alemanes afirmaron la existencia de huellas germánicas en instituciones del derecho visigodo español consuetudinario. También estudiosos españoles manifestaron la misma opinión, desde Hinojosa⁵ y Valdeavellano⁶, así como lo hizo

⁴ Vid. D´ORS, A., Estudios visigóticos, II. El Código de Eurico, Roma-Madrid, ed. Consejo de Investigaciones, p. 211: “la compraventa del Derecho euriciano no se aparta esencialmente del régimen de la compraventa romano-vulgar”.

⁵ Vid. OBRAS de Eduardo Hinojosa y Naveros, recopiladas por García Gallo, ed. Institutos Jurídicos, 2 vols., Madrid (1948). En vol. II, pp. 406-470 puede verse la comunicación de Hinojosa al Congreso de Berlín de 1908, publicada años después en la ZSS (Germanistische Abteilung) 21 (1910), p. 282-359.

⁶ Vid. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Compra a desconocidos en el mercado en el derecho español medieval, Homenaje a Ramón Carande, Sociedad, Estudios y Publicaciones, Madrid (1963), pp. 397-445; id. con anterioridad, La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el derecho medieval, Revista Derecho Privado XXXI (1947), pp. 631-658.

el portugués Paulo Mêrea⁷. Se supuso que en la España visigótica existió la posesión germánica (*Gewere*) junto con la regla jurídica *Hand mub Hand wahren*⁸. Asimismo se admitió la existencia de una garantía formada por la cadena sucesiva de transmisiones (*Gewährenzug*), de modo que cada uno de los eslabones de dicha cadena respondía como garante denominado *otor*, expresión cuya forma latina sería *auctor*, en cuanto agente de la *auctoritas* y responsable de la legitimidad pública con su propia persona (*auctoritatis manebit obnoxius*). No se le consideraba *obligatus* sino *damnatus* que debía responder del *damnum (in duplum)* si había recibido del comprador el precio. *Paulus (Sententiae 2,17,1)* no habla de *obligatus* sino de *obnoxius ob auctoritatem*, lo cual significa que se halla en línea con la *nexi obligatio* ciceroniana (*Pro Murena 2,3*⁹).

Frente a esta polémica de la compraventa cabe exponer, en relación con las condiciones generales de la actual contratación, el papel desempeñado en el Derecho romano por la noción de *conventio*, cuya función se configuró en el *pactum*, noción ajena al *contractus* concebido como

⁷ Vid. MÊREA, P., define la influencia de la época visigoda: “en nuestra historia jurídica” (portuguesa o española?) como conservadora del depósito cultural romano y el papel del elemento germánico se fue restringiendo a sus justas proporciones, en *Boletim da Faculdade de Direito, Univ. de Coimbra*, XX (1944), pp. 594-599.

⁸ Una mano debe garantizar la otra mano, vid. FUENTESECA, M., *La polémica entre el romanismo y el germanismo en derecho visigótico y la posesión de bienes muebles en derecho español (art. 464 del C.c.)*, *Atti della 51ª Sessão della SIHDA*, ed. Rubbetino, Catanzaro (1999)299-328.

⁹ Cicerón (*Pro Murena 2,3*) habla de *nexi obligatio* respecto al *mancipio dans* como *auctor venditionis*.

contrato obligacional. La reciprocidad de prestaciones como *obligationes* recíprocas hace necesaria también una referencia a la idea de *synallagma* en Derecho romano.

2 LA NOCIÓN DE PACTUM (O CONVENTIO) EN DERECHO ROMANO CLÁSICO:

La problemática que en la actualidad plantean las condiciones generales de la contratación, objeto de discusiones doctrinales y que expondremos más adelante, se podría resolver acudiendo al Derecho romano, delimitando rigurosamente la idea de *contractus* y de *pactum* en Derecho romano clásico¹⁰.

Acudiendo a las fuentes históricas podría confirmarse la hipótesis de que la verdadera configuración de la actual

¹⁰ Vid sobre el *pactum*: FUENTESECA, P., *Visión procesal de la historia del contrato*, Estudios de Derecho romano en honor de Álvaro d'Ors, EUNSA, Pamplona (1987); MANENTI, *Teoria generale dei patta*, Studi Senesi, 7-8 (1890-1891) 91 ss; VIRAD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain clasique*, París (1929); GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bona fidei iudicia*, Patti e contratti, Memoria Torino 11 (1928); CONDANARI-MICHLER, *Pactum*, PW, XVIII, 2 (1942) 2127 ss; FERRINI, *Sulla teoria generale dei patta*, Opere, III, Milano (1929); DE VISSCHER, *Pactes et religio*, Archeion idiotikuo dikaiou, 16 (1953); SANFILIPPO, *Alla ricerca dei nuda patta*, Atti Congresso Internazionale Verona, III, Milano (1951); SEGRÉ, *Sull'efficacia del pactum de non petendo*, Scritti, Torino (1952); TALAMANCA, *La storia dell'edictum de pactis*, LABEO, 6 (1960); MAYER MARTÍNEZ, *Los pactos. Su eficacia jurídica en el Derecho romano*, Montevideo (1958); VISMARA, *I patti successori nella dottrina di Bartolo*, Studi Betti IV, Milano (1962); ROUSSIER, *Le pacte adjoint in continenti à la stipulation*, Studi Betti IV, Milano (1962); BURDESE, *Patto. Diritto romano*, NNDI, XII (1965).

contratación en masa sería más cercana a la idea de *pactum* (o *conventio*) del derecho romano clásico¹¹. Se trataría de un *pactum* mediante el cual el adherente acepta la oferta predispuesta por el oferente en los términos que éste expresa en las cláusulas generales y que utiliza en todos los casos de suministro del servicio de que se trate. No se relegarían así los principios de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, aplicables en el ámbito contractual, mientras que las cláusulas de las condiciones generales quedarían sujetas a los principios generales del derecho como son la buena fe, el equilibrio de las prestaciones y la ausencia de abuso del derecho. Por eso creemos más acertada la expresión alemana de *Allgemeine Geschäftsbedingungen* (=condiciones generales de los negocios jurídicos) que la española, que las denomina condiciones generales de contratación. Y en esa misma línea creemos que se encuentra la directiva europea 93/13/CEE, que únicamente hace referencia a las cláusulas abusivas de contratos celebrados con consumidores y no a las condiciones generales de contratación como una figura genérica. Consideramos además que éstas no se pueden encuadrar en un marco estrictamente contractual jurídico-privado, sino que lo sobrepasan ampliamente, afectando a toda la esfera económica del tráfico jurídico.

Como punto de arranque para aclarar el concepto de *pactum* (o *conventio*) en Derecho romano clásico se puede

¹¹ Vid. sobre la *conventio* TALAMANCA, M., *Conventio e stipulatio nei sistema dei contratti romani*, en *Le droit romain et sa réception en Europe*, KUPISZEWSKY-WOLODKIEWICZ, ed. Varsovia (1978), p. 196-266.

tomar la conocida clasificación de Gayo, que coloca al *contractus* como fuente de todas las obligaciones no delictuales: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* (III,88). Pero Gayo no menciona seguidamente el *contractus* sino la forma de contraer *obligationes*, y no expone un cuadro de las *obligationes contractae*. Por tanto, se refiere a los modos de contraer un *vinculum obligationis*, enumerando cuatro: *re, verbis, litteris, consensu*. Se trata de la célebre cuatripartición gayana que la tradición romanística europea ha venido aceptando hasta hoy como clasificación de los contratos. Pero Gayo no clasifica figuras contractuales sino *obligationes contractae* (*re, verbis, litteris, consensu*). Grosso¹² ha afirmado que Gayo quizá podría haber hecho una superposición del término *contractus* respecto a la cuatripartición. También es posible que haya existido alguna manipulación de sentido didáctico para subsumir el *delictum* en el concepto de *obligatio* (*sub specie obligationis*).

Sin embargo, como afirma Fuenteseca¹³, en el sistema de Gayo, dejando aparte el efecto distorsionador que haya producido la inclusión en el mismo de la *obligatio ex delicto*, no cabe duda que el término *contractus* se halla en desarmonía con la noción de *obligatio* dentro del mismo pensamiento gayano. En efecto, Gayo en su cuatripartición se refiere al acto de creación de un vínculo obligatorio (*contrahere obligationem*) en el sentido de contraer un vínculo

¹² Vid. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Turín (1963), 3ª ed., p. 4 ss.

¹³ Vid. FUENTESECA, P., *Visión procesal*, op. cit., p. 477.

jurídico; en definitiva alude a las formas de obligarse que dan origen a un *vinculum iuris*. Esta es la noción de *obligatio iuris civilis* sancionada mediante una *actio in personam*.

En consecuencia, afirma Fuenteseca¹⁴, que en el pensamiento gayano no hay adecuación suficiente entre las nociones de *contractus* y *obligatio*. La cuatripartición nos muestra claramente que, al lado de las *obligationes* nacidas *re, verbis, litteris*, sancionadas por *actiones* del *ius civile*, se colocaron las *obligationes consensu contractae* procedentes quizá del Edicto del pretor peregrino. La inclusión de las obligaciones consensuales en la cuatripartición gayana, bajo la denominación de *obligationes consensu contractae*, supone una adaptación doctrinal a la gran evolución que se había producido en el terreno procesal. Así, afirma Fuenteseca, que no es el simple *consensus* el que vincula por sí mismo, puesto que ha de producirse respecto a un tipo específico de negocio, caracterizado por una denominación o nombre propio en los usos del tráfico comercial. Este *consensus* implica la fidelidad recíproca propia de la *bona fides* y del *ius gentium*.

En el Edicto se recogieron las figuras negociales con su propio *nomen*, que aparece reflejado en el *nomen actionis*. Así las *actiones ex empto* o *ex vendito* responden a un *nomen contractus*. En realidad se trata del nombre propio del *negotium* en las actividades económicas y comerciales, que se manifiesta asimismo en el *nomen actionis*. En el Edicto, las *actiones* o *formulae* aparecen cada una con su *nomen* específico. Fuenteseca¹⁵ se

¹⁴ Vid. FUENTESECA, P., *Visión procesal...*op. cit. p. 480.

¹⁵ Vid. FUENTESECA, P., *Visión procesal...*op. cit. p. 481.

pregunta si se puede decir que las *obligationes consensu contractae* son contratos. Más bien opina que son *negotia ex fide bona*; son figuras que tienen una propia denominación negocial. Esta denominación pasó a ser *nomen contractus* y en el Edicto *nomen actionis*. *Contractus* respecto a las *obligationes* nacidas *consensu* equivale, según Fuenteseca, a *negotium contractum*.

La colocación del término *contractus* como sustantivo, en la base de la cuatripartición de Gayo, con el significado de *negotium*, puede haber surgido, según Fuenteseca, de otras motivaciones, como sería el colocar el *delictum* como fuente de las *obligationes*, en paridad con los actos lícitos, para lo cual se realizó una bipartición de las fuentes en dos grupos: *ex contractu* y *ex delicto*. Así será muy probable, según Fuenteseca, que por necesidad de sistematización bipartita, se superpusiese el sustantivo *contractus*, en el sentido de *negotium* como fuente de todas las *obligationes* nacidas de un acto lícito, frente a las de origen delictual.

Asimismo cabe suponer que Labeón se refería al *negotium contractum* en el conocido fragmento en que trata de definir las expresiones *agere gerere y contrahere* (D. 50,16,19, *Ulpianus libro XI ad Ed.*¹⁶). Si se tiene en cuenta que este fragmento procede del libro primero de los comentarios *ad Edictum praetoris urbani* de Labeón

¹⁶ D. 50,16,19: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur: et actum quidem generale verbum esse sive verbis sive re quid agatur ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synállagma vocant veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

hay que suponer, según Fuenteseca¹⁷, que éste pretende definir precisamente conceptos edictales. En el fondo, Labeón trata probablemente de distinguir tres manifestaciones de la idea de *negotium*: *actum*, *gestum* y *contractum*. Habría que entender: *quaedam <negotia> agantur*, *quaedam <negotia> gerantur*, *quaedam <negotia> contrahantur*. No se trataría de separar *actiones*, *gestiones* y *contractus* como actividades. Acaso este pensamiento labeoniano encierre el primer intento histórico de sistemática del *negotium* en sentido jurídico. Y Fuenteseca¹⁸ observa que se refiere a dos típicas figuras de obligaciones, verbales (*stipulatio*) y reales (*numeratio*): precisamente un caso de *obligatio verbis* y otro de *obligatio rei*. Seguidamente el *negotium contractum* viene definido como *ultra citroque obligatio* y se trae a colación el concepto griego de *synállagma*. Las figuras contractuales que cita a este respecto son tres contratos consensuales: *emptio*, *locatio* y *societas*. Y por último bajo la noción de *gestum* parecen referirse al *negotium* o actividad (*rem*) *factam sine verbis*: la *gestio* como actividad gestora.

En definitiva, la inserción de las *obligationes consensu contractae* en la cuatripartición gayana supone, pues, una innovación frente a la concepción de la *obligatio* del *ius civile* con la aparición de un *oportere ex fide bona*.

Esta consensualidad que se manifiesta en las *obligationes consensu contractae* de la cuatripartición gayana está en estrecha relación con la noción de *pactum* o *conventio*, idea ajena a la *obligatio* y a la *actio in*

¹⁷ Vid. FUENTESECA, P., *Visión procesal...* op. cit. p. 483.

¹⁸ Vid. FUENTESECA, P., *Visión procesal...* op. cit. p. 483.

personam del *ius civile*. Fuenteseca¹⁹ considera indudable que el acuerdo o *conventio* como manifestación de una más libre actividad negocial o económica encontró su cauce de manifestación en el *pactum conventum*.

El acuerdo o consentimiento de las partes se halla indudablemente en el fondo de todas las *obligationes ex contractu* en época clásica. Pero este consentimiento opera en el plano precontractual por lo que respecta a los llamados contratos formales (*obligationes re, verbis, litteris*). En éstos son las causas o formas tipificadas las que hacen surgir la *obligatio* y la consiguiente *actio civilis in personam*. El vínculo, sin forma típica alguna, surgía únicamente en las cuatro figuras de contratos consensuales, negocios en cierta medida tipificados, con su nombre propio, por las necesidades del tráfico. Se trata de figuras que tenían su *nomen* propio dentro de la diversa gama de *conventiones* o acuerdos convenidos (*pacta conventa*).

La verdadera raíz histórica del *consensus* hay que buscarla en el *pactum conventum*. En este punto seguimos el nuevo enfoque de la función histórica del *pactum* que propone Fuenteseca²⁰. La doctrina tradicional desde los glosadores, con apoyo en el derecho justiniano, ha venido considerando al *pactum* como un acuerdo sin forma especial de sanción: una simple convención no dotada de *actio*. La moderna doctrina romanística acentuó esta concepción negativa del *pactum* como acuerdo o convención, que no alcanzaba la categoría de *contractus*. Pero el *pactum* tiene una historia más larga que el

¹⁹ Vid. FUENTESECA, P., *Visión procesal...* op. cit. p. 486.

²⁰ Vid. FUENTESECA, P., *Visión procesal...* op. cit. p. 487 ss.

contractus y no es, respecto a éste, una concepción puramente refleja o marginal. El concepto de *contractus* aparece todavía configurándose en época clásica, cuando ya el *pactum* ha recorrido una secular historia evolutiva.

Es revisable la tesis de Manenti²¹ que atribuyó al *pactum*, históricamente, una función procesal, pretendiendo así una revisión de las ideas tradicionales, que no constituyó una visión definitiva ni tan renovadora como se ha pretendido. Indudablemente el *pactum* está históricamente vinculado al *Edictum*, y, por tanto, al proceso romano. El *pactum* jugó un gran papel en el proceso, gracias al instrumento de la *exceptio*. Y el *praetor* se sirvió de la eficacia reguladora del *pactum* frente al *ius civile*.

Fuenteseca²² considera, tras analizar las posturas doctrinales, que el *pactum*, no solamente fue configurado históricamente en oposición al *contractus*, sino que, al contrario, contribuyó a la conformación de éste y, en especial, de los llamados contratos consensuales. Así, considera que el *pactum* mantuvo el significado de acuerdo desde las XII Tablas y a través del pensamiento clásico, que lo identificó con la *conventio*, hasta el derecho justinianeo. Por tratarse de un simple acuerdo, sin forma ni acción judicial, se mantuvo fuera de la órbita de las

²¹ Vid. MANENTI, *Contributo critico all teoria generale dei pacta secondo il diritto romano*, Studi Senesi 7 (1890) 85 ss y 8 (1891) 3 ss. Vid. también teorías de MAGDELAIN, A., *Le consensualisme dans l'Edit du préteur*, Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris, XVIII, Sirey (1958) y DIOSDI, G., *Pacta nuda servabo? (Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema)*, BIDR 74 (terza serie XIII) (1971) 89-106.

²² Vid. FUENTESECA, P., *Visión procesal...* op. cit. p. 489.

obligationes, sancionadas cada una autónomamente mediante *actiones*. El acuerdo, en época clásica, para ser obligatorio, ha de formalizarse materialmente en un acto de entrega (*datio*), en una promesa juramentada solemne (*sponsio*) o mediante escritura (*obligatio litteris*). La *obligatio* originariamente constituye un vínculo entre dos sujetos, uno activo y otro pasivo (*obligatus*). El *pactum* es un simple acuerdo, no un acto ni una promesa jurídicamente vinculantes. En el *pactum* las partes se obligan entre sí en la medida de lo convenido o acordado y esta vinculación no es jurídica sino ética y recíproca, con base en la *fides*; no se trata pues de una *obligatio ex iure civilis* que vincula jurídicamente *ad faciendum aliquid vel dandum* (D. 45,1,2 pr.²³).

El *pactum* se nos presenta pues desde antiguo como un acuerdo, que aparece integrado incluso en un negocio de tan histórica raigambre como la *fiducia*. Y no solamente el *pactum fiduciae* sino también el pacto comisorio (*lex commisoria*) hasta llegar al *pactum hypothecae* o *conventio pignoris*.

Pero, sobre todo, la inserción del *pactum* o *conventio* como contenido del *contractus* se manifiesta incluso en negocios como la *stipulatio* y, de modo especial, en los contratos consensuales. Un ejemplo elocuente es el conocido *pactum societatis* configurado bajo la forma estipulatoria (D. 17,2,71). Mediante pactos o acuerdos, establecidos en forma de cláusulas estipulatorias, se configuraba en este caso una convención con la finalidad de contrato de sociedad.

²³ D. 46,1,2,pr, *Paulus libro XII ad Sabinum: Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt.*

Los contratos consensuales, según Fuenteseca²⁴, son *conventiones* que han pasado a tener su propio *nomen contractus*, porque alcanzaron en el Edicto los correspondientes *nomina actionum*. Así, por ejemplo, las *actiones (empti-venditi)* corresponden a la denominación contractual *emptio venditio*. Ulpiano señala como característica distintiva entre *contractus* y *conventio*, precisamente el *nomen contractus*, el cual se refleja en el *nomen actionis*.

La verdadera diferencia entre *pactum* y *contractus* a finales de la época clásica radica todavía en la *actio*. Toda *obligatio* y todo *contractus* contendrían normalmente un acuerdo o *conventio*, pero solamente serían *contractus* aquellas *conventiones* que tenían un *nomen proprium* como tales. Y el *nomen* se hallaba en el *Edictum* en forma de *nomen actionis*. La codificación del *Edictum* detuvo la configuración de nuevas *actiones* y paralizó, en consecuencia, la creación de nuevas figuras contractuales.

La vinculación histórica entre *actio* y *obligatio* se manifiesta, a finales de época clásica, en esta relación entre *actio* y *nomen contractus*. Paralizada la creación de *actiones* por parte del *praetor* había que sancionar, sin embargo, los *nova negotia* del tráfico comercial. Esta necesidad de admitir la sanción de nuevas figuras es el problema procesal que se halla detrás de los llamados contratos innominados. En efecto, la sanción de nuevas figuras contractuales hallaba una dificultad en la ausencia de *nomen contractus*, porque en el *Edictum* no surgían ya nuevas *actiones*. Las obligaciones convenidas tenían

²⁴ Vid. FUENTESECA, P., *Visión procesal...* op. cit. p. 490.

naturaleza consensual y la sanción procesal se instrumentaría por medio de una fórmula con una *praescriptio* en donde se aludiría al *pactum* o *conventio* realizado. Posteriormente se le daría el nombre propio de *actio aestimatoria* o *de aestimato*, pero procesalmente sería en origen una fórmula con una *praescriptio*.

En definitiva, según Fuenteseca²⁵, el *pactum* o acuerdo, en cuanto negocio innominado, no tendría *actio* si no se hubiese producido como consecuencia del mismo hecho de haber realizado la entrega de una cosa. No es una figura del *ius civile* con su *nomen* tipificado y con su *actio* propia, pero de hecho se ha operado una transmisión con el fin de obtener otra en reciprocidad y nace así la *obligatio* recíproca (*ultra citroque*) la cual exige un equilibrio de prestaciones²⁶.

²⁵ Vid. FUENTESECA, P., *Visión procesal...* op. cit. p. 506.

²⁶ Vid. FUENTESECA, P., op. ult. cit. p. 505 y bibliografía *ibid.* citada en nota 45 acerca del *synállagma*. Afirma en p. 506, nota 46 que “hoy no se puede ya afirmar que el dogma bizantino del *synállagma* haya penetrado en el pensamiento jurídico romano, mediante interpolaciones, puesto que se halla dicho término griego en dos textos jurídicos romanos. Estos son dos textos atribuidos a Ulpiano. El primero: D. 50,16,19 (11 ed.) en el cual Labeón define: *...contractum autem ultra citroque obligatio, quod Graeci synállagma vocant [...]* suponemos que Labeón define el *negotium contractum* apelando a la idea de *obligatio* recíproca y refiriéndose a los contratos consensuales, que cita expresamente (*emptio, locatio* y *societas*). La consensualidad y la bilateralidad se hallan vinculadas: no puede desligarse el encuentro recíproco de voluntad o consensualidad, de los efectos bilaterales de éste, como ha pretendido Benöhr (cfr. BURDESE, A., IVRA 17 (1966) 362-363). Labeón definía el *negotium contractum* (= *synállagma*) como un acuerdo de intercambio de prestaciones recíprocas, como se manifiesta en los contratos consensuales. El segundo texto en cual Ulpiano menciona a Aristón es D. 2,14,7,pr (4 ed.). Este fragmento

El *pactum* o *conventio* no obligaba porque no engendraba *actio*, pero en este caso había, además del acuerdo, una *datio* con la finalidad recíproca de obtener otra prestación. Este negocio participa de los caracteres de las *obligationes* llamadas reales y de las consensuales: hay acuerdo o *consensus* y acto de entrega (*datio rei*).

El problema que se planteó a los juristas no fue tanto la existencia o no de la *obligatio* como la posibilidad de sanción procesal. Cuando no existía una *actio* aplicable entre los *nomina actionum* ya hemos dicho que se aplicó una especial fórmula procesal, probablemente utilizada en otros casos: el *agere praescriptis verbis*.

contiene la ya conocida tesis de la *conventio* de Ulpiano, según la cual algunas *conventiones transeunt in proprium nomen contractus* e incluso aquellas *conventiones* que no pasaron a tener un propio nombre contractual, no obstante, si subyace una causa, según Aristón contestó a Celso, hay *obligatio*. Por ejemplo: *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synállagma esse et hinc nasci civilem obligationem*. Y concluye este fragmento...*esse enim contractum <negotium>, quod Aristo synállagma dicit, unde haec nascitur actio*. Se reitera dos veces la opinión de Aristón, que parece seguir el mismo criterio que Labeón en el texto anteriormente mencionado. Aristón no alude a la *obligatio ultro citroque* expresamente. También aquí hay la idea de acuerdo o *negotium contractum* realizado con buena fe [...]. Se trata de precisar los medios procesales, la *actio* aplicable a un pacto de intercambio de cosas o actividades. No eran *negotia* con un *proprium nomen contractus* como los contratos consensuales que Labeón identifica con el *synállagma*. Ahora Aristón invoca el *synállagma* para figuras o supuestos innominados, que carecen de denominación propia entre los *negotia contracta*, pero ha tenido lugar una *gestio*: *dedi tibi rem*, en un caso, y en el otro: *dedi ut aliquid facias*. La entrega (*datio*) tenía como base un acuerdo y, por tanto, constituye un *negotium gestum*: un hecho destinado a una finalidad (*res sine verbis facta*, en definición labeoniana). Este *negotium gestum* era la causa subsistente a la que alude Aristón”.

No se creó una *actio* nueva (aunque en el Digesto aparezca con la denominación de *actio praescriptis verbis*) sino un procedimiento consistente en una fórmula con una *praescriptio* en la que se aludía al *pactum*. Se trata de hacer valer los *pacta* o acuerdos mediante un procedimiento genérico: *praescriptis verbis agere*. Se trata pues de una fórmula genérica para el caso de duda acerca del nombre propio del *contractus*. Basta recordar lo que dice Ulpiano (D. 19,3,1) a propósito de la *actio de aestimato*: *quoties enim de nomine contractus alicuius ambigeretur convenerit tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem*²⁷.

En relación con el tema que nos ocupa, podemos afirmar que Gayo, al lado de las *obligationes* nacidas *re, verbis, litteris*, sancionadas por *actiones* del *ius civile*, colocó las *obligationes consensu contractae*, que más bien son *negotia ex fide bona* con propia denominación negocial, el *nomen contractus* y en el Edicto *nomen actionis*. La verdadera raíz histórica del *consensus* hay que buscarla en el *pactum conventum*, en el que las partes se obligan entre sí, en la medida de lo convenido o acordado y la vinculación no es propiamente jurídica, sino ética y recíproca, con base en la *fides*, ya que el *pactum* se presenta históricamente como un acuerdo que se inserta dentro del contenido del *contractus*, incluso en los negocios como la *stipulatio*, y de modo especial, en los contratos consensuales.

En relación con las denominadas condiciones generales de la contratación podemos hablar de éstas,

²⁷ Trad. D. 19,3,1: ...porque siempre que se dude sobre el nombre de algún contrato, pero convenga que se de alguna acción, se ha de dar la acción estimatoria *praescriptis verbis*...

partiendo de la tradición romanista, como *conventiones* o *pactiones*. De ahí que el *consensus* venga referido al *pactum* en sí mismo, sin que el hecho de no haberse discutido individualmente las cláusulas implique falta de *consensus*. El *pactum* tendría por contenido la prestación que el predisponente ofrece, en los términos contenidos en las condiciones generales, que la otra parte acepta, ya que el *consensus* se refiere a recibir el bien o servicio de que se trate en los términos preestablecidos por el oferente. Esta postura evita además todas las elaboraciones doctrinales de la civilística moderna, encaminadas a insertarlas en el ámbito contractual. No hace falta una revisión ni nueva lectura del derecho contractual tradicional si, según la tradición romanista, admitimos que las condiciones generales de la contratación pertenecen al ámbito de las *conventiones*.²⁸

²⁸ Consideramos muy relevante la opinión de Cuyacio, en *Cuyacii Opera*, Tomo 6, *ad titulum de pactis: Conventio autem, genus est: nam et pacta, et contractus conventiones sunt* (la convención es el género, puesto que tanto los pactos como los contratos son convenciones). Y continúa en el d 3: *quod ideo Ulpiano tradit, quia in Edicto praetor ait, pacta conventa. Pacti igitur nomine exposito, reliqua erat conventi explicatio: et pactum quidam, ut diximus, species est, conventum genus, nam et pacta, et contractus conventa sive conventiones sunt. Ut enim convenire dicuntur homines, qui ex diversis locis in unum contrahuntur, et veniunt, itemque flumina, quae in unum confluunt, quod Graeci ...vocant, sic qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt paciscendi, vel contrahendi gratia, convenire dicuntur: idque... appellant, et ea de re conscriptum instrumentum... Pacta igitur conventiones sunt: consensu enim, et quidam solo constant. Sic et contractus, qui consensu contrahuntur. Sed et qui re: nam et hi consensum in se habent. Et qui verbis, quoniam stipulatio sine consensu nulla est, l. 5 d ult. inf. de obli. act. Verro lib. 5 de ling. lat “ Non respondet ille, inquit, statim qui dixit, Spondeo,*

3 LA EFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO: DE LOS SOLEMIA VERBA AL CONSENSUS EN DERECHO ROMANO POSTCLÁSICO

El gran escollo a salvar por las teorías contractualistas es la calificación de la adhesión a las condiciones generales de contratación como consentimiento contractual²⁹. En derecho romano postclásico podemos encontrar la configuración del *consensus* como voluntad concordante plasmada en un acuerdo (*conventio*), es decir, el *consensus* como acuerdo de voluntades individuales que significa identidad de propósitos.

En el contexto histórico y jurídico postclásico abordamos la evolución de las figuras contractuales en dicha época. Así Archi³⁰ considera que los aspectos sobre los cuales más se ha insistido en el ámbito contractual romano durante el periodo postclásico son la decadencia de la formalidad clásica romana y la mayor importancia que simultáneamente se venía atribuyendo a la redacción escrita en los actos y negocios jurídicos. Archi expone que el problema dominante en la legislación postclásica (periodo en el cual la iniciativa imperial se afirma como

si jocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu". Denique conventionum aliae nomen proprium habent, ut emptio, depositum, stipulatio: aliae nomine proprio vocant, et eae vel causam habent, et contractus appellatur: vel causam non habent, et pacta dicuntur: sive pacta conventa: quae legitimo auxilio destituta, servaturum se Praetor hac parte edicti pollicetur.

²⁹ Vid. ALFARO ÁGUILA REAL, J., op. cit. p. 470.

³⁰ Vid. ARCHI, G.G., *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, en *Scritti di diritto romano*, vol. III (Studi di diritto penale; Studi di diritto postclassico e giustiniano), Giuffrè, Milano (1981), p. 1781.

única fuente de producción oficial del derecho) fue, más bien, la búsqueda de medios que pudiesen dar certeza a una relación jurídica³¹. Por otra parte, Archi³² se separa de la opinión dominante, que califica la tendencia de la legislación de época postclásica como una lucha entre el formalismo contractual romano y los principios propios de carácter helenístico; el formalismo habría salido victorioso hasta Diocleciano y los segundos triunfarían en la legislación a partir de Constantino, no pudiéndose negar esta evidencia, recogida en amplia documentación³³.

Ante estas circunstancias históricas podemos admitir con Kaser³⁴ que la evolución jurídica postclásica no produjo cambio alguno especial en la teoría general del negocio jurídico y de los contratos; la vulgarización habría supuesto, más bien una disolución de los conceptos recibidos, y no su afirmación o una nueva creación de los mismos. Archi³⁵ también analiza los efectos de la política legislativa de época postclásica sobre el sistema contractual; considera que hay

³¹ Vid. ARCHI, G.G., op. cit. p. 1782.

³² Vid. ARCHI, G.G., op. cit. p. 1784.

³³ Pero según ARCHI, G.G., op. cit. p. 1784 esto no es suficiente, puesto que, a pesar de que la mayor parte de los rescriptos desde Alejandro Severo a Diocleciano, referidos a formas contractuales se explican por la contraposición entre los principios propios del sistema romano frente a las corriente que no conocían o no querían aplicar dichos principios. Sin embargo en la legislación postclásica, las innovaciones y reformas no se pueden explicar simplemente como nacidas de un antagonismo frente al pasado; se trataría más bien del problema de dar certeza a las relaciones jurídicas que de un problema de contraposición al formalismo romano.

³⁴ Vid. KASER, M., *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen*, Beck, München (1975), p. 73.

³⁵ Vid. ARCHI, G.G., op. cit. p. 1800.

una degeneración del concepto de negocio abstracto y una emersión del concepto de causa. En ese periodo se conocían sólo los conceptos de venta, donación, transacción, dote, etc. y el negocio jurídico se considera casi como una formalidad necesaria para realizar un fin típico, pero que podría asumir aspectos particulares para cada causa determinada. El efecto sería que cada una de estas causas asume su propia formalidad, individualizándose formalmente, rompiendo así el sistema de tipicidad contractual clásica. Archi³⁶ concluye que la legislación imperial en su reforma se orienta hacia una individualización de los contratos en particular y la tipicidad contractual estaría basada en la forma externa, exigida *ex lege*.

En esta época postclásica que nos ocupa, las reformas de más profundo alcance, cuyos orígenes se remontan a la época clásica, se refieren al formalismo del derecho privado. Los actos de derecho romano específicamente formales desaparecen o sobreviven desfiguradamente. Sus elementos formales, sobre todo los que se refieren a un formulario predeterminado, pierden su sentido, desde que, incluso ya en el periodo clásico avanzado, se ve la base de los efectos jurídicos, no tanto en la actuación formal, sino en la voluntad declarada³⁷. En consecuencia, con este cambio de sentido, las formas negociales nuevas que aparecen en este periodo

³⁶ Vid. ARCHI, G.G., op. cit. p. 1805.

³⁷ Vid. KASER, M., *Das römische Privatrecht*, op. cit. p. 74, en época postclásica, algunos negocios jurídicos han desaparecido por la ausencia de alguno de sus presupuestos: así el contrato literal por cesar la actividad de anotación en los libros de contabilidad o la *confarreatio*, la *coemptio* y la *remancipatio* con la desaparición de la *conventio in manum*...y en cuanto al negocio jurídico que nos interesa, la *stipulatio*,

estarían encaminadas a proteger la seguridad jurídica y a asegurar el pago de impuestos, principalmente mediante la documentación (generalmente mediante *tabellio* y ante testigos) o la intervención de la autoridad.

En el acto verbal de la *stipulatio* desde antiguo fue frecuente la elaboración de un documento probatorio³⁸, aunque no se exigía para la validez del negocio y no podía sustituir al acto oral. Los rescriptos de Severo y Diocleciano defienden el punto de vista clásico, de que lo principal serían las palabras vertidas oralmente, frente a la opinión extendida, especialmente en la parte oriental, de que el documento podría, por sí mismo, sin acto verbal, producir efectos jurídicos. Esta opinión, según Kaser, encontró su apoyo en la práctica de los redactores de documentos que añadían la cláusula estipulatoria al documento, como conocemos de los papiros³⁹: *interrogatus spondit*,

queda reconocida como forma escrita, quedando la forma oral prácticamente fuera de uso, hasta rescindir el emperador León completamente de ella y conformándose más tarde Justiniano con una ficción de este acto oral. Sobre la evolución postclásica de la *stipulatio*, además de ARCHI, vid. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Parte generale 1 (1952) 85 ss; SEIDL, *Die stipulatio im ägyptischen Provinzialrecht*, en Studi Scherrillo (1972) 627; DIOSDI, *Giustiniano e la stipulatio*, en LABEO 17 (1971) 39 ss.

³⁸ Vid. ZUCCOTTI, F., *Congettura sulle origini della stipulatio*, en Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milán 7-9 abril (1987), vol. II, p. 51-127, además de investigar las más profundas raíces de la *stipulatio*, analiza la práctica documental arcaica de dicho contrato verbal (p. 105-125).

³⁹ Sobre la *stipulatio* en los papiros vid. TAUBENSCHLAG, *Die Novation im Rechte der Papyri*, ZSS, LI (1931); LA PIRA, *La stipulatio Aquiliana nei papiri*, Atti del Congresso internazionale di Papirologia, Milano (1936); SOLAZZI, *Transazione e stipulatio Aquiliana nei giuristi e nei papiri*, SDHI 5 (1939).

cláusula que se utilizaba en Egipto tras la *constitutio Antoniniana*, generalmente para dar validez conforme al derecho romano al vínculo documentado⁴⁰. Sin embargo, la doctrina clásica sucumbe frente a las corrientes vulgarizadoras y provinciales, aunque en las fuentes occidentales perdura la idea de la *stipulatio* como negocio jurídico basado en la pregunta y respuesta oral, con la necesaria presencia de ambas partes. Así Schulz⁴¹, al exponer el régimen clásico de la *stipulatio* alude a un proceso de degeneración de la misma, que recibió su golpe de gracia con la *constitutio Antoniniana*, puesto que era demasiado extraña en el Oriente para ser debidamente extendida y aplicada por la gran masa de nuevos ciudadanos romanos. En este punto Archi⁴² también

⁴⁰ Vid. KASER, M., *Das römische Privatrecht*, op. cit. p. 376.

⁴¹ Vid. SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, trad. Santa Cruz Teigeira, Barcelona, Bosch (1960), p. 455: *la constitutio Antoniniana* fue la ocasión de sustituir la *stipulatio* por el contrato escrito, pero no se consumó esta innovación. Diocleciano se mostró, como siempre, campeón del clasicismo jurídico, y después de él, la *stipulatio* inicia su decadencia. La forma clásica no se observó con la antigua escrupulosidad y el documento escrito fue sustituyendo progresivamente a la declaración oral. Los amanuenses profesionales de documentos hacían en ellos referencia al hecho de haberse celebrado la estipulación oral, pero (...) debemos dudar de la veracidad de tales referencias y aun admitiendo que fueran veraces, no podemos tener seguridad de que la forma clásica fuese rigurosamente observada. En los libros jurídicos de Justiniano, la estipulación se mantiene gracias a la tendencia clasicista del Emperador y de sus compiladores, pero su forma fue modificada y en la práctica legal, el documento escrito llegó a ser verdadero sustitutivo de la *stipulatio*.

⁴² Vid. ARCHI, G.G., op. cit. Esta reducción de la *stipulatio* a una cláusula general implicaba más bien, la no comprensión de su estructura y de su función como negocio abstracto. Por otra parte, Archi hace una valoración de la difusión del uso de la escritura en época postclásica: aunque la

considera que, en relación con la *stipulatio*, emerge la mentalidad provincial en D. 2,14,7,12⁴³: la fórmula estipulatoria es una cláusula que se pone al final del acto escrito, sin ninguna relación con cuanto precede; así se convertirá en una cláusula *generalis*.

Sin embargo, en la práctica se prescinde de la prueba de esta forma y se conforma con la conocida promesa documentada, que da a entender que la pregunta y respuesta se han realizado⁴⁴. Así, la cláusula estipulatoria

redacción escrita de la declaración de voluntad aparece a veces como elemento *ad substantiam* (así la *cautio debiti ex antecedente causa*, que somete a estudio) no aparece jamás con función generadora, ella sola, de un *vinculum iuris*, procedente de una *obligatio litteris*. Por otra parte las Constituciones también reflejan la existencia de una *stipulatio* oral, en el sentido de que no se deduce la necesidad de redacción escrita de la misma (ej. Teodosio y Valentiniano en la Constitución: *Theodosiani codicis auctoritate*, escriben: Nov. Theod. I,1: *liquido pateat...quibus verbis stipulatio colligatur*).

⁴³ D. 2,14,7,12 (*Ulpianus libro IV ad Edictum*): *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri: rogavit Titius, spopondit Maevius, haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis; ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter approbetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium*. Trad: lo que casi siempre suele ponerse en la última parte de los pactos de esta forma: preguntó Ticio, prometió Mevio, estas palabras no se reciben tan sólo en lugar de pacto, sino también en el de estipulación; y por esto nace la acción de lo estipulado, si especialmente no se probase lo contrario, que esto no se hizo con ánimo de estipular, sino tan sólo de pactar.

⁴⁴ Vid. KASER, M., *Das römische Privatrecht*, op. cit. p. 376: de las fuentes no se deduce si del documento se admite la presunción de haberse realizado el acuerdo oral, que podría ser desvirtuado mediante prueba en contrario, o si no podía serlo; parece que el significado de la prueba en contra se fue perdiendo, de modo que la presunción pasaría de contestable a incontestable, quedando la forma prácticamente vacía de contenido. Así nos acercaríamos al concepto de documento constitutivo de obligaciones, que corresponde a la *stipulatio* mediante el acto escrito.

que con esta evolución ha perdido su sentido, se considera todavía imprescindible, y sus huellas perduran hasta la práctica documental medieval. Lo que sin embargo subsiste es el simple documento de deuda, que ni en el aspecto interno ni en el externo recuerda a la estipulación y, en consecuencia, queda fuera de uso el nombre de *stipulatio*, tanto en las leyes como en la literatura de Occidente (*spondere, promittere y polliceri* designan una promesa, pero sin significado técnico). En su lugar aparecen: *cautio, documentum y chirographum*. La promesa obligacional se acerca al *pactum*, que también se podía plasmar documentalmente y se reconocía como posible causa obligacional exigible en juicio.

Asimismo en la práctica oriental nos encontramos durante largo tiempo con la cláusula estipulatoria, después de Justiniano. El ritual verbal de pregunta y respuesta correspondiente también habría evolucionado en favor de la documentación, quizá incluso antes que en Occidente, debido a la mayor influencia helenística. La conocida disposición del emperador León (C. 8,37,10⁴⁵) libera finalmente del uso

⁴⁵ C. 8,37,10, *Imp. Leo A. Erythrio P.P.: Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suma habeant firmitatem*. Esta constitución ha sido muy estudiada por la doctrina, así en SACCONI, G., *Ricerche sulla stipulatio*, Jovene, Napoli (1989), p. 157 considera que al mencionar *stipulatio legibus cognitae* se hace referencia a los diferentes tipos de negocios estipulatorios, y la presencia del verbo *componere* indica que el legislador alude a la redacción documental del negocio. Esta constitución sancionaría, según Sacconi, la existencia de varias estipulaciones en vez de un único negocio de *stipulatio*, idea ya expresada por Archi. La obra de Sacconi ha sido recensionada por LITEWSKY, W., en SDHI, LVI (1990), quien no comparte su opinión de redacción documental de la *stipulatio*, puesto que la constitución habla claramente de *verba*.

de las palabras rituales y admite la validez de otras cualesquiera compuestas como expresión de un *consensus* contractual. Por ello, también en el Oriente, esta interpretación consensual de las palabras empleadas supone el punto histórico en que el formalismo verbal de la *stipulatio* fue superado por el *pactum* como acuerdo convenido (*pactum conventum*) utilizando expresiones que reflejan el consentimiento como encuentro de voluntades (*conventio*). Las partes no se vinculan ya en virtud de las palabras (*verba solemnia*) de la *stipulatio* sino por la voluntad concordante de las expresiones verbales plasmadas en el acuerdo. El *consensus* como acuerdo de voluntades individuales significa una identidad recíproca de propósitos, cuya ejecución requiere la fidelidad a lo convenido. La *fides* obliga a cumplir correctamente lo pactado, evitando toda infidelidad dolosa. En el *edictum de pactis* el *praetor* prometía su protección a los *pacta*: *pacta conventa servabo*.

El *rescriptum* C. 8,37,10 del emperador León (472 d.C.) establece una interpretación voluntarista de los característicos *verba solemnia* de la *stipulatio* considerando que las palabras, cualesquiera que sean, han de ser interpretadas como expresión de acuerdo de voluntades (*conventio*). El *rescriptum* imperial que analizamos procede de una visión edictal frente al formalismo y a la legitimidad formal propia del *ius civile*, en el cual se habían desarrollado las nociones de *obligatio civilis* y *actiones civiles*, precisamente en la esfera de la *iurisdictio* urbana. La *stipulatio* como negocio formal y abstracto sirvió de forma contractual para hacer valer el acuerdo pactado (*conventio*) sancionado mediante la *actio ex stipulato*. Así el *pactum societatis*, el *pactum hypothecae* o *conventio pignoris*. La

teoría de la *conventio* fue elaborada por Ulpiano (D. 2,14) comentando el *edictum de pactis* y califica como *conventiones iuris gentium* los *negotia bonae fidei*, *emptio*, *locatio*, *societas*, *commodatum*, *depositum et ceteri similes contractus* (D. 2,14,7,1). Estas *conventiones* pasan a ser consideradas como *contractus* cuando son dotadas de una *actio*, puesto que *nuda pactio obligationem non parit*. Y si no nace una *obligatio civilis* no hay tampoco *actio civilis* que haga valer el *pactum* porque de éste surge solamente una *exceptio*. *Pacti conventi* puede otorgar el *praetor*, pero éste no puede crear una *actio civilis*. El *ius civile* operaba con el binomio *actio-obligatio*, dualidad de la cual surgía el *ius legitimum* como producto de la *iurisdictio inter cives* del *praetor urbanus*, mientras el *praetor peregrinus* otorgaba *arbitria sine lege*, que se apoyaba en la *fides*, fuente ésta de la *obligatio ex fide bona*. Una vez realizada la *ordenatio edicti* por Juliano, el binomio *ius-lex*, fundamento de la legitimidad desde la república entró en crisis sustituida por la *auctoritas* otorgada a los responsa de los *iurisprudentes* autorizados con el *ius respondendi*.

Según lo dicho, la evolución tanto en el Oriente como en el Occidente lleva a una transformación de la *stipulatio* en una promesa documentada, junto a la cual apenas puede subsistir un acuerdo verbal; por tanto, cambia la forma y la función de la *stipulatio*⁴⁶. En derecho postclásico la causa jurídica individual, por la que el deudor se obliga (p. ej. venta) adquiere mayor influencia sobre la eficacia

⁴⁶ Superada, por tanto, en el Oriente como en el Occidente la forma de pregunta y respuesta en la *stipulatio*, Justiniano, sin embargo, pretende restaurar, si no la pregunta y la respuesta, sí una cierta relación con el inicial acuerdo oral. Vid. sobre la *stipulatio*:

de la obligación. Para ello es importante si el documento obligacional menciona o no la causa⁴⁷.

Como la forma *verbis* no alcanza aparentemente significado práctico, se entiende la estipulación justiniana como una promesa documentada en la que las partes no expresan ya su consentimiento mediante una pregunta y

COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien* (1912); RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, ZSS 43 (1922); GAUTARD, *Les rapports entre la stipulation et l'écrit stipulatoire dans la législation romaine classique et Byzantine* (1931); ÁLVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes de la contratación escrita*, A.A.M.N. (1946); VAN OVEN, *La stipulatio a-t-elle dégénéré?*, TIJ 26 (1958); PRINGSHEIM, *Stipulationsklausel*, Gesammelte Abhandlungen 2 (1961); FEENSTRA, *L'epistula comme prevue d'une stipulation*, Studi Betti 2 (1962); SIMON, *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, München (1964). GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 6ª ed. Jovene, Napoli (1981), p. 724 también afirma que en época postclásica la *stipulatio* degeneró en su estructura.

⁴⁷ Vid. KASER, M., *Das römische Privatrecht...* op. cit. p. 379. si en un documento obligacional distinto del préstamo no se menciona la causa, podrá el acreedor reclamar en virtud del documento, sin tener que aducir la acusación, puesto que la falta de causa la deberá alegar el deudor mediante la *exceptio*, que, desde que perdió su significado de derecho independiente alegado por la parte contraria, produjo el cese de los efectos de la obligación. La determinación de la causa en el documento sólo tendría efectos en relación con la carga de la prueba. Según Kaser (vid. op. cit. p. 381), Justiniano procura salvar el valioso pensamiento jurídico de los juristas clásicos ligado a la *stipulatio* oral, recogiendo en su compilación numerosos textos clásicos que tratan de ella, aunque en su tiempo ya no subsista. Para ello utiliza Justiniano una ficción: considera probada la existencia de un acuerdo verbal cuando resulte probado que las partes se encontrasen el día del pacto en el lugar donde se documentó el acuerdo. Pero esta novedad no se lleva a cabo consecuentemente: las leyes postclásicas, que conocen la *stipulatio* como promesa documentada, se recogen en la compilación sin ninguna adaptación o transformación, igual que los textos clásicos retocados que entienden la *stipulatio* como acto documentado.

respuesta verbal, sino en la forma que deseen, después de la reiteradamente mencionada constitución del emperador León.

Tampoco la diferencia entre *stipulatio* y *pactum* se refuerza en la compilación, sino sólo externamente. Después de la anteriormente aludida constitución del emperador León que suprime la relación de la *stipulatio* con la pregunta y las repuesta, sólo se distinguen las estipulaciones (en las que Justiniano se conforma con la ficción de la presencia de las partes) de los *pacta*, precisamente en la exigencia de éstos de la presencia de las partes⁴⁸.

Podemos afirmar con Biondi⁴⁹ que gradualmente los *verba* tienden a considerarse no como un hecho constitutivo, sino como una manifestación de voluntad y, por tanto, la eficacia jurídica pasa de los *verba* al *consensus*. También expone Archi⁵⁰ la *communis opinio* según la cual, hasta Diocleciano, la estructura de la *stipulatio* se basaba firmemente sobre los principios de formalidad oral y abstracción; esta afirmación, que reafirma la investigación de Riccobono⁵¹ se deberá tener por cierta.

⁴⁸ Texto D. 2,14,7,12. Una muestra de la aproximación del *pactum* y la *stipulatio* aparece en un texto de Ulpiano (D. 4,14,7,12 *ad Edictum* 14) en el que la cláusula *rogavit Titius, spondit Maevius* pueden admitirse como *verba pactionis loco*, es decir, haciendo la función de un *pactum*. No podemos entrar en la problemática que este texto encierra (vid. ARCHI, G.G., *Indirizzi e problemi...* op. cit. p. 1911 ss).

⁴⁹ Vid. BIONDI, B., *Istituzioni...* op. cit. p. 440.

⁵⁰ Vid. ARCHI, G.G., *Indirizzi e problemi...* op. cit. p. 1809.

⁵¹ Vid. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, ZSS 35 (1914) 44 y ZSS 43 (1922) 262. También de este mismo autor: *La forma della stipulatio a propósito del fr. 35,2 D. 45,1*, BIDR 31 (1921); *La prassi nel periodo postclassico*, Atti Congresso Internazionale di diritto romano (1933), Roma 1; *Stipulatio, contractus, pacta*, Milán (1935); *Le applicazioni della stipulatio* (Corso dattilografato, 1934).

Según Archi⁵², las objeciones de algunos autores acerca de la pretendida evolución de la estructura de la *stipulatio*, dirigida a dar valor constitutivo a la escritura, prescindiendo del efectivo pronunciamiento de los *verba*, no se base en una correcta exégesis de los textos. La explicación, según Archi, sería esta: los últimos clásicos y la cancillería imperial, concedores de la mayor difusión y, en consecuencia, de la gran importancia práctica que la forma escrita de la *stipulatio* venía asumiendo, la tuvieron en cuenta, pero con la finalidad de fijar las directrices para su interpretación, y siempre con el límite de la fuerza constitutiva de las palabras (*verba*) y de la eficacia probatoria del *instrumentum*. Se admite generalmente, según Archi⁵³, que después de la época diocleciana la *stipulatio* entró en crisis, comenzando una lucha entre los *verba* y la declaración escrita. Por efecto de la costumbre, o más bien de la praxis, la *stipulatio* se trasfunde en un documento.

Según algunos autores, la causa de esta evolución se debe atribuir al triunfo de las corrientes helénico-orientales, que hablarían de una degeneración de la *stipulatio*. Según otros, la praxis postclásica no habría hecho otra cosa que cumplir un desarrollo iniciado ya en época republicana, que liberaría a esta institución del formalismo verbal, convertido en inútil, debido a que el *consensus* era ya concebido como único generador del vínculo obligatorio.

⁵² Vid. ARCHI, G.G., *Indirizzi e problemi...* op. cit. p. 1810.

⁵³ Vid. ARCHI, G.G., *Indirizzi e problemi...* op. cit. p. 1811.

4 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

a. en la civilística española:

Las condiciones generales de contratación plantean variados y múltiples problemas que doctrinalmente han sido objeto de discusión, ya que no encuentran fácil coordinación con los pilares básicos del derecho contractual tradicional, como son la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. Se ha considerado que se trata de nuevas modalidades de contratación que han provocado un replanteamiento y nuevo enfoque del mencionado derecho contractual. Además, es actualmente indiscutible la necesidad y utilidad de estas modalidades de contratación como instrumento del tráfico jurídico moderno⁵⁴.

Como punto de partida podemos tomar la definición de las mismas que se encuentra en el art. 1 de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la

⁵⁴ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, 11ª ed., Barcelona, Bosch (2002), p. 390, que las considera producto de “las imperiosas exigencias de la vida cotidiana” y DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Civitas, Madrid (1985) admite en general su utilidad y conveniencia. Vid. también ESSER, J., y SCHMIDT, E., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Teilband 1, C.F. Müller, Heidelberg, Karlsruhe (1976), p. 104: las condiciones generales de los negocios jurídicos juegan en el tráfico jurídico un papel fáctico que no se dejan preordenar en el sistema dual de regulación normativa y/o configuración individual privada contractual; pero jurídicamente es relevante como aparición social y por eso requiere supervisión social o estatal.

Contratación⁵⁵: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

Por tanto, estas condiciones generales de contratación se encuentran insertas en una relación jurídica bilateral, en la que una de las partes predispone el contenido del acuerdo, que la otra parte se ve obligada a aceptar si pretende la adquisición, utilización y disfrute de los bienes o servicios de que se trate. En esta relación

⁵⁵ En nuestro ordenamiento jurídico español las condiciones generales de contratación se regulan en la mencionada ley 7/1998 de 13 de abril, que tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, de cláusulas abusivas de contratos celebrados con consumidores, así como, según su propia denominación indica, la regulación de las condiciones generales de contratación, y ha sido dictada en virtud de títulos competenciales que la Constitución Española atribuye en exclusiva al Estado en el artículo 149,1,6^a y 8^a, por afectar a la legislación civil y mercantil. Quedan expresamente excluidos de su ámbito de aplicación los contratos administrativos, los contratos de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulan las relaciones familiares y los contratos sucesorios. Con anterioridad se regulaban las condiciones generales de contratación en la Ley 26/84 de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios en la que se pretendía armonizar la evidente conexión entre la protección del consumidor y usuario, de un lado, y las fórmulas contractuales exigidas del mercado, por otro. En su artículo 10 señala el concepto legal de cláusulas generales y la regulación específica que habrán de acatar las cláusulas que se encuentran subsumidas en tal decisión.

jurídica, según la doctrina que mayoritariamente sigue la teoría contractualista, parece existir una desigual posición de las partes contratantes, puesto que una de ellas puede imponer, sea o no por razones económicas, el contenido del contrato y a la otra parte contratante no le queda más opción que adherirse al contenido contractual así predispuesto. Doctrinalmente se ha hablado del contratante débil que se enfrenta al poder del empresario y se ha justificado el control legislativo de estas condiciones generales de contratación aludiendo a la defensa de la parte a la que se le imponen las condiciones generales de contratación⁵⁶.

Las variadas formas en que estos acuerdos se pueden plasmar, producto del tráfico jurídico, han provocado su aceptación como modalidades nuevas de contratación, como son los contratos de adhesión o por adhesión de la doctrina francesa, los contratos tipo o las

⁵⁶ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., op. cit. p. 14 distingue las condiciones generales de la contratación de las condiciones generales de los contratos en particular “en que éstas sí y aquéllas no, son sometidas a la firma del cliente. Se trata, más que de diferentes tipos de condiciones generales, de la diversa función que a ellos se atribuye o se les puede atribuir en cada caso. En un supuesto, las condiciones generales se consideran como declaración de un empresario, grupo o asociación que establece las normas a que han de ajustarse los contratos; en el otro, se refieren a un determinado contrato, en el que, mediante la aceptación presunta o la firma del cliente, las condiciones entran a formar parte de su contenido. Cada una plantea un problema especial: el primero, el de la posibilidad de considerar las condiciones generales como fuente del derecho objetivo; el segundo, el del ámbito y límites de la autonomía de la voluntad y el de la renuncia a las leyes. Ellos merecen una separada consideración y estudio”.

Allgemeine Geschäftsbedingungen de Alemania. Todas ellas son modalidades de contratación en masa que implican, según la doctrina contractualista, la imposición del predisponente del clausulado del contrato, que debe aceptar sin más la persona que desee contratar el servicio de que se trate.

En la doctrina se ha puesto de manifiesto la diferenciación entre las condiciones generales de contratación y los contrato de adhesión. El aspecto que tendrían ambas modalidades en común es la predisposición del contenido⁵⁷. Así Albaladejo afirma que las condiciones generales de contratación presuponen la existencia de un contrato de adhesión en el que se contienen, aunque no todo contrato de adhesión ha de estar necesariamente integrado por condiciones generales de la contratación, lo que ocurre cuando su contenido ha sido predispuesto e impuesto por un profesional (predisponente), pero se utiliza para un solo contrato. Afirma que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

⁵⁷ Vid. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, 2ª ed., p. 32 y 34 y O'CALLAGHAN, X., *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. 1º (2001), EDERSA, Madrid, p. 211, afirma que en el contrato de adhesión pueden negociarse una serie de cláusulas (p. ej. un contrato de seguro o en numerosas compraventas o arrendamientos) pero, tras ellas, se incluye un elemento de una cláusula o una serie de cláusulas predispuestas e impuestas e incorporadas a una generalidad de contratos, que sí son condiciones generales. Lo fundamente en el artículo 1,2 de la Ley de CGC: "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de una contrato de adhesión".

sólo se aplica a los contratos de adhesión integrados por condiciones generales de la contratación⁵⁸.

Tras la nueva Ley de Condiciones Generales de contratación vigente en España, Bercovitz⁵⁹ sostiene que la problemática de las condiciones generales de la contratación y los contratos de adhesión son una misma, desde el momento en que éstos son tales precisamente porque están integrados básicamente por aquéllas: adherirse a un texto contractual predispuesto no es sino adherirse a las condiciones generales que constituyen su contenido.

Estas modalidades de negociación se han calificado por la doctrina contractualista como limitadoras de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, principios inspiradores de la regulación contractual del C.c español, que responde al pensamiento decimonónico del individualismo liberal y que recoge la tradición romanista del concepto de *contractus*. De ahí que se hayan aludido los inconvenientes morales y jurídicos que plantean, ya que se considera cercenada por ellas la libertad contractual y también se ha puesto de relieve que pueden ocasionar abusos al no ser negociadas las cláusulas individualmente. Además se ha mencionado la indefensión de la parte obligada a aceptarlas, o, al menos, la situación de

⁵⁸ Vid. definición de ALBALADEJO, M., op. cit. p. 432 de los contratos de adhesión: son contratos cuyas cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes, que no admite que la otra modifique o haga contraofertas sino sólo que las acepte pura y simplemente, o que no contrate.

⁵⁹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., en *Comentarios la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Art. 1, Ámbito objetivo, p. 34.

desigualdad en que se encuentra. Parece, por tanto, que en el sistema de las condiciones generales quiebra el esquema tradicional del contrato en aquellos casos en que una de las partes puede imponer a la otra unilateralmente dichas estipulaciones, frente a las cuales no cabe más alternativa que la adherirse a ellas o no celebrar el contrato⁶⁰.

Mención especial merece el enfoque del profesor Albaladejo, según el cual las condiciones generales de los contratos deben tenerse en cuenta en el periodo previo a la declaración de voluntad de las partes, esto es, en el momento de la oferta⁶¹. Afirma que, habida cuenta de que puede tomar conocimiento efectivo de las condiciones en que se le ofrece el contrato, el contratante que desee hacerlo (por lo que, en principio, debe equipararse al conocimiento efectivo la posibilidad de haber conocido), cabría únicamente poner ciertos límites, en casos

⁶⁰ Vid. REVERTE NAVARRO, A., *Comentarios al C.c. y Compilaciones Forales*, EDERSA, art. 1255, p. 165. Vid. en la doctrina alemana, BROX, H., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, 11. verbesserte Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, München (1987), p. 105 considera que aunque formalmente se conserva la libertad contractual (de conclusión del contrato) también en las condiciones generales de contratación se trata de una imposición unilateral del utilizador de las condiciones generales de contratación. Estos inconvenientes han inducido a la jurisprudencia y a la ciencia a delimitar la validez de las condiciones generales en cuanto utilizan la regulación legal a favor del aceptante de las condiciones generales de la contratación. Para ello sirve la ley alemana AGBG (= *Allgemeine Geschäftsbedingungen-Gesetz*) de 9.12.1976, en vigor desde 1.4.1977. Sobre la nueva regulación de este tema en Alemania vid. el apartado siguiente.

⁶¹ Vid. ALBALADEJO, M., op. cit. p. 387 ss y bibliografía *ibidem* citada.

extremos, para evitar perjuicios procedentes de haber celebrado el contrato ignorando aquellas condiciones de la oferta que no sea elemental conocer⁶².

Acercas de la naturaleza jurídica de las condiciones generales de contratación han aparecido diversos puntos de vista, que se agrupan, como es sabido, en torno a dos grandes polos: la naturaleza normativa y la naturaleza contractual de las mismas, es decir, si pueden considerarse derecho objetivo o si son admisibles basándose en el principio de libertad contractual del art. 1255 del C.c.

La teoría normativista entiende que las condiciones generales son normas de Derecho que son de aplicación a las relaciones contractuales y las distintas posiciones dentro de esta teoría admiten que las condiciones generales de la contratación pueden llegar a considerarse fuente del derecho. Estas concepciones normativistas de Saleilles⁶³ que aparecieron en la doctrina francesa y en la doctrina alemana, pero que actualmente se encuentran totalmente superadas, partieron de la idea de que la actividad económica desarrollada por las empresas, como centros creadores de riqueza y de empleo, les otorgaba el carácter de servicio público dirigido al interés general. Estas teorías tuvieron como principal escollo la atribución a las empresas un poder legislativo o reglamentario, por delegación del Estado, por lo que aparecieron las teorías neonormativistas, que apoyaron su posición en la existencia de un derecho corporativo, o de un derecho

⁶² Vid. ALBALADEJO, M., op. cit. p. 390.

⁶³ Vid. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, París (1901), p. 229 y ss.

autónomo de la economía o de un ordenamiento jurídico preestablecido⁶⁴.

Por otra parte, las teorías contractualistas son las que actualmente tienen una mayor acogida tanto en la jurisprudencia como en la doctrina extranjera y española. Las tesis contractualistas parten de los principios de libertad contractual y de autonomía de la voluntad, según los cuales existe para las partes contratantes la posibilidad de establecer cuantos pactos, cláusulas y condiciones estimen convenientes (art. 1255 C.c.). La adhesión a las condiciones generales de contratación suele entenderse como una aceptación de las mismas⁶⁵. Según esta teoría, las condiciones generales no son derecho objetivo, no son normas jurídicas que se impongan a los demás aceptantes, no constituyen fuente del derecho. La explicación de su obligatoriedad debe encontrarse en que son cláusulas contractuales y como tales y al ser aceptadas, serán obligatorias para la parte que se adhirió. La consecuencia, por consiguiente, es que las condiciones generales tendrán una naturaleza claramente convencional, cuyo contenido únicamente viene delimitado por el artículo 1255 del C.c.,

⁶⁴ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., op. cit. p. 29 que afirma con rotundidad que carece de viabilidad la tesis de que las condiciones generales de la contratación tiene naturaleza de nueva e independiente fuente del Derecho.

⁶⁵ Vid. ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid (1991), un estudio profundo y exhaustivo de las condiciones generales de la contratación, cuyas conclusiones son muy valiosas, en especial, p. 470, donde afirma que “la calificación de la adhesión a las condiciones generales como consentimiento contractual que realiza la doctrina contractualista es errónea...”

que admite todo tipo de pactos, cláusulas o convenciones siempre que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público. Actualmente la doctrina española es seguidora mayoritaria de esta teoría contractualista de las condiciones generales de la contratación.

El problema que plantea esta última teoría es compatibilizar la naturaleza contractual de las mismas con su régimen jurídico, puesto que si la adhesión a las condiciones generales de contratación es un auténtico consentimiento, no se explica fácilmente el régimen especial al que están sometidas ni el valor que se da al consentimiento prestado. En efecto, se constata que legislativa y judicialmente se dejaban sin efecto determinadas condiciones generales, que no atentaban contra la ley, la moral o el orden público, pero sí resultaban contrarias al principio de buena fe, o implicaban un desequilibrio en las prestaciones, o presentaban vicios del consentimiento, etc⁶⁶. Es decir, estas condiciones generales de contratación aparecen sometidas a los principios de buena fe, de abuso del derecho, de enriquecimiento injusto, y a los principios de justicia y equidad del caso concreto⁶⁷.

⁶⁶ Así Sentencia del TS de 13 de octubre de 1957: "...es evidente que se trata de verdaderos contratos en los cuales concurren, bien que en distinta medida que en el esquema tradicional, los requisitos del consentimiento objeto y causa, exigidos por el art. 1261 del C.c., pudiendo motivar la mayor o menor voluntad con que se preste el consentimiento normas especiales que mantengan la mayor justicia y reciprocidad entre las prestaciones de las partes, evitando el posible abuso de poder por parte de una de ellas, pero alcanza a estimar viciado el consentimiento con arreglo a las normas tradicionales.

⁶⁷ Así en Sentencias TS 31 de mayo de 1957, 23 de noviembre de 1955, 4 de julio de 1953, 28 de marzo de 1956 y 23 de diciembre de 1954.

Tampoco se admite que contengan renuncia de derechos, porque equivaldría a renunciar a las leyes que los conceden, vaciándolas de su contenido⁶⁸. Incluso se atribuye al Tribunal Supremo un poder de revisión y vigilancia sobre la validez y legitimidad del contenido de las condiciones generales, tratando de buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes⁶⁹ o sosteniendo que “en los contratos de adhesión el juez tiene un poder excepcional de interpretación e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta⁷⁰”.

Esta teoría contractualista ha sido revisada por Alfaro⁷¹, en todos sus aspectos, llegando a la conclusión de que la calificación de la adhesión a las condiciones generales como consentimiento contractual que realiza la doctrina contractualista es errónea, por lo que no puede basarse la validez de las condiciones generales en la libertad contractual. Asimismo afirma que los mecanismos de control de las condiciones generales evidencian la incorrección de la doctrina contractualista, ya que niega que haya autonomía privada (bilateral) en el caso de adhesión a las condiciones generales y por tanto la derogación del derecho dispositivo no es admisible. Afirma también que la buena fe como instrumento del control del contenido debe entenderse en el ámbito de las condiciones generales como una prohibición de aquellas condiciones generales que no sean conformes con los principios y reglas del derecho dispositivo y no solamente de las que sean incompatibles con éstos.

⁶⁸ Sentencia TS 2 abril de 1949.

⁶⁹ Sentencia TS10 diciembre de 1959.

⁷⁰ Sentencia TS 12 de marzo 1957.

⁷¹ Vid. ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, op. cit. conclusiones, pp. 467-482.

Finalmente, para Alfaro, el carácter vinculante de las condiciones generales para el adherente depende no del carácter contractual de la adhesión o de la eficacia normativa de la predisposición, sino de que incorporan una norma cuya validez procede de las fuentes ordinarias del derecho: la ley, la costumbre y los principios generales.

Según las actuales tendencias doctrinales, en el ordenamiento jurídico español la naturaleza de las condiciones generales de la contratación se deduce de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación. Así afirma Bercovitz⁷² que tanto formal (tenor literal) como sustancialmente (régimen jurídico que establece) las condiciones generales son cláusulas contractuales, siempre que reúnan los requisitos que establece la propia ley, con independencia de cualesquiera circunstancias.

Según Bercovitz⁷³ la calificación de las condiciones generales como cláusulas contractuales se encuentra clara y explícitamente reconocida y asumida en múltiples artículos de la Ley, incluido el artículo 1, expresamente dedicado a definir el concepto de aquéllas, y también en la Exposición de Motivos. Bercovitz afirma que dicha calificación y tratamiento responden a la construcción asumida por la jurisprudencia y por nuestros tribunales con respecto a las condiciones generales de contratación, así como por nuestra doctrina. El control de inclusión, las reglas de interpretación⁷⁴, el control del contenido y la

⁷² Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., op. cit. p. 31.

⁷³ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., op. cit. p. 32.

⁷⁴ Vid. DÍAZ ALABART, S., *Reglas de interpretación*, art. 6º, en Comentarios a ley de Condiciones Generales de Contratación, op. cit. 193-232.

sanción aplicable a las condiciones generales que no superan los mencionados controles corroboran, según afirma Bercovitz, que, en efecto, la Ley las considera cláusulas contractuales⁷⁵.

En definitiva, no pretendemos realizar ningún estudio exhaustivo del concepto de las condiciones generales de contratación modernas⁷⁶, sino únicamente

⁷⁵ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., op. cit. p. 32: “Los requisitos de incorporación (art. 5) pretenden garantizar que el adherente tenga la oportunidad de tener un conocimiento adecuado de las condiciones generales a las que se adhiere al otorgar el contrato correspondiente: es necesario, que de cualquier (otra) forma (el predisponente) garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración (art. 5,2, in fine). Se trata pues de garantizar un consentimiento responsable por parte del adherente, ya que sólo ese consentimiento transforma la condición general predispuesta en cláusula contractual, y, consecuentemente, en ley para las partes contratantes (arts. 1091, 1254, 1255 y 1258 C.c.): Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo (art. 5,1). Naturalmente esto no quiere decir que en la práctica los contratantes adherentes conozcan en verdad todas las condiciones generales que se integran en el contrato. Pero lo importante es que han podido conocerlas, y, consecuentemente, el consentimiento que han prestado es responsable con respecto a ellas, de manera que pueden ser consideradas como cláusulas contractuales y vinculan a las partes, especialmente a la parte adherente, como tales: quien consiente lo que otro quiera, aun sin conocer su contenido (consentimiento en blanco) consiente contractualmente, aunque en tal caso adquiriera un especial valor la exigencia de buena fe con respecto a ese otro contratante. Ahora bien es esencial que en el caso de quererlo se haya podido conocer previamente ese contenido de lo que el otro contratante quiere. De ahí que no queden incorporadas al contrato – y no obliguen, por consiguiente – las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (art. 7^a).

destacar las dificultades que plantea su inserción en el ámbito del derecho contractual tradicional. Así, Díez Picazo⁷⁷ afirma que para otorgar a las condiciones generales de la contratación el carácter de contenido contractual, hay que oscurecer un tanto el dogma de la voluntad y la llamada voluntad contractual como una entidad químicamente pura, para aceptar la idea de que el contrato es un instrumento de autorregulación de intereses que nace de la iniciativa privada (libre iniciativa privada) en la realización de las actividades económicas y que exige, por supuesto, voluntad y libertad de iniciativa, aunque exige también una gran dosis de justicia de la regulación que de él resulte. Además afirma que la incorporación al contrato de las condiciones generales que superen los controles, no significa que en estos contratos brille en todo su esplendor la mítica voluntad contractual, pero de ello no se puede extraer la conclusión de que no sean contratos⁷⁸.

Sin embargo, como hemos afirmado, estas condiciones generales de contratación son plenamente admisibles, no en el ámbito estrictamente contractual, sino en el ámbito de las *conventiones* o *pacta* del Derecho romano, donde aparecen sus verdaderas raíces históricas. Se trata, por tanto, de *conventiones* con plena eficacia jurídica entre las personas que los celebran.

⁷⁶ Vid. también el análisis exhaustivo en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, coordinada por ARROYO MARTÍNEZ, I., y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., Tecnos, Madrid (1999).

⁷⁷ Vid. DIEZ PICAZO, L., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Civitas (1996), p. 30.

⁷⁸ Vid. DIEZ PICAZO, L., op. cit. p. 31.

b. las nuevas tendencias de la legislación alemana:

Hacemos especial referencia a las tendencias de la legislación alemana, ya que se ha producido una reciente reforma del derecho de obligaciones del BGB, por medio de una ley de modernización del derecho de obligaciones (= *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26.11.2001)⁷⁹, mediante la cual se han incluido las disposiciones del anterior *AGB-Gesetz* (= *Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*) en el BGB, en los párrafos 305-310. Se ha criticado su inclusión en la parte general del derecho de obligaciones⁸⁰, ya que se considera más adecuada su ubicación en la parte general del código, porque el *AGB-Gesetz* es aplicable, entre otros ámbitos, a los contratos reales y sus prescripciones están ligadas también a las normas y principios de la parte general. También se ha considerado poco satisfactorio que esta ley de modernización del derecho de obligaciones, en materia de condiciones generales de los negocios jurídicos, reduzca el número de párrafos que tenía la ley anterior, reuniendo en una única disposición algunas prescripciones que deberían haberse mantenido separadas.

La definición se encuentra en el párrafo 305 del BGB, según el cual las condiciones generales de los negocios jurídicos son condiciones contractuales formuladas previamente para una pluralidad de contratos, que una parte contratante presenta a la otra en el momento de conclusión de un contrato. Es indiferente que

⁷⁹ Vid. *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Palandt, Beck, München, 2002, que entró en vigor el 1.1.2002.

⁸⁰ Vid. PALANDT, op. cit. p. 100.

las disposiciones formen un cuerpo separado del contrato o que se incluyan en el propio documento contractual, y es indiferente también la extensión de las mismas, así como la escritura en que se redacten y la forma del contrato. No se trata de condiciones generales cuando las condiciones contractuales son negociadas individualmente por las partes contratantes. En definitiva, la modificación incluye en el BGB la definición que se recogía en la anterior ley de condiciones generales alemana⁸¹.

Así, las condiciones generales en el BGB únicamente tienen validez cuando se ha producido su inclusión en el contrato (*Einbeziehungsvereinbarung*) y no se trata de normas jurídicas porque el predisponente no tiene potestad normativa. Es decir, no es posible calificar, según la definición del d 305, las condiciones generales de los negocios jurídicos como norma jurídica predisuestas.

En cuanto al contenido de las mismas, debe tratarse de condiciones contractuales, es decir, que configuran el

⁸¹ Vid. BROX, H., op. cit. p. 106 ss, antes de la reforma del BGB, afirma: las condiciones generales de los negocios jurídicos son normas jurídicas a las que el legislador expresamente atribuye carácter normativo. Su validez se fundamenta siempre sobre la base de un negocio jurídico. Para que las condiciones generales de los negocios jurídicos formen parte del contenido de un contrato se requiere la correspondiente declaración de voluntad de las partes contratantes. Esto puede suceder mediante el acuerdo de inclusión de las mismas (*Einbeziehungsvereinbarung*) que no es un especial negocio jurídico, sino una parte del contrato. a.– la regla general es que el que las utiliza debe hacer mención expresa de las condiciones generales del negocio jurídico. Excepcionalmente basta con la exposición en el lugar de celebración del contrato; b.– el contratante debe tener la posibilidad de conocerlas; c.– tiene que estar de acuerdo con las condiciones generales del negocio jurídico, acuerdo que puede ser expreso o tácito.

contenido del contrato. Y es indiferente el tipo de contrato y la naturaleza jurídica del mismo, aunque el ámbito principal de aplicación de las condiciones generales de los negocios jurídicos son los contratos obligacionales recíprocos, pero también son admisibles en otros ámbitos como por ejemplo, en las relaciones precontractuales entre el predisponente y el cliente, en las condiciones para la participación en los concursos o juegos de azar y en los contratos reales, entre otros.

La regulación alemana otorga especial importancia al acuerdo de inclusión de las condiciones generales de los negocios jurídicos en el contrato (*Einbeziehungsvereinbarung*)⁸², que no requiere la negociación individual del contenido de las condiciones generales, sino más bien que exista un acuerdo acerca de la vigencia de éstas en el contrato. Para la jurisprudencia ya existe inclusión en el contrato cuando el cliente conocía la existencia de las condiciones generales de los negocios jurídicos, o debería haberlas conocido empleando la debida

⁸² Esta inclusión en el contrato ya era relevante antes de la nueva ley de modernización del derecho de obligaciones alemán. Vid. LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 6. Auflage, Beck, München (1983), p. 543. Las condiciones generales de los negocios jurídicos no son normas jurídicas porque el oferente no tiene potestad normativa, sino que su validez depende de su inclusión en el contrato (*Einbeziehung in den Vertrag*). Para ello se requiere, como corresponde a la conclusión de un contrato, la declaración concordante de voluntades de ambas partes contratantes. Y según las reglas generales del derecho contractual bastará, según Larenz, que el oferente ponga en conocimiento de la otra parte contratante que únicamente se contratará según sus condiciones generales, y que ésta última consienta, incluso mediante un comportamiento concluyente, que también puede consistir en ausencia de oposición.

diligencia, o cuando era reconocible para él que el oferente únicamente contrataría con utilización de esas condiciones generales. Esta inclusión en el contrato tiene como presupuestos que se haga una indicación expresa de las mismas por parte del oferente y que al cliente se le ofrezca la posibilidad de conocer esas condiciones generales de los negocios jurídicos⁸³.

En el párrafo 305b se establece la prevalencia de los acuerdos particulares frente a las condiciones generales y en el párrafo 305c se establece que las cláusulas sorprendentes y de oscura interpretación no forman parte del contrato, resolviéndose las dudas en contra del predisponente.

En el párrafo 306 se establece que la falta de inclusión total o parcial de las condiciones generales en el contrato produce la consecuencia jurídica de que el contrato será válido en lo restante. También se establece el control del contenido de las condiciones generales en los párrafos 307- 309 y en el párrafo 310 se establece el ámbito de aplicación de las condiciones generales de los negocios jurídicos.

⁸³ Vid. PALANDT, op. cit. p. 107. Es interesante mencionar la posibilidad de aceptación de las condiciones generales en los contratos celebrados a distancia, por ejemplo, en ofertas que se realizan por medio de Internet. Se admite en la doctrina alemana la validez de la aceptación si se permite al cliente la posibilidad de analizarlas críticamente. Es suficiente la simple indicación de que las condiciones generales pueden consultarse en alguna página web gratuitamente si se trata de un texto corto y se incluye información comprensible para la correcta consulta. También pueden incluirse válidamente en el contrato condiciones generales más extensas, si el cliente tiene la posibilidad de cargarlas y copiarlas gratuitamente. Hacemos referencia a estas modalidades de contratación para constatar que la moderna tecnología ha supuesto un desmesurado aumento de la contratación en masa y de la utilización de las condiciones generales.

En relación al contenido de las condiciones generales de los negocios jurídicos, se afirma que los parágrafos 305 y ss. del BGB aseguran en cierta medida la justicia contractual. En un principio, el legislador había trasladado la protección de la justicia contractual a la jurisprudencia, y posteriormente, mediante la ley que entró en vigor el 1.04.1977 (*AGB-Gesetz*), tomó las medidas necesarias para la protección de las condiciones generales abusivas. La inclusión de estos principios básicos en el BGB ha provocado una nueva configuración del derecho contractual y de obligaciones. El pilar básico son las disposiciones acerca del control del contenido de las condiciones generales, consisten en una cláusula general (parágrafo 307) unida a un catálogo de condiciones generales prohibidas (parágrafos 308 y 309). Y su regulación, aplicación y desarrollo por la jurisprudencia han convertido el control del contenido de los contratos en la institución jurídica de mayor relevancia del derecho contractual.

La inclusión del *AGB-Gesetz* en los parágrafos 305 y ss del BGB pretende evitar que el predisponente de las condiciones generales de los negocios jurídicos, que es quien hace valer para sí mismo la libertad contractual, perjudique a la otra parte derogando el derecho dispositivo. Se considera que en su primera redacción, el *AGB-Gesetz* no era una ley protectora del consumidor en sentido técnico⁸⁴. No protegía al consumidor frente al empresario, sino al aceptante frente al oferente de las condiciones generales. Como demuestra el parágrafo 310, actualmente también se protege, frente a las cláusulas abusivas, junto

⁸⁴ Vid. PALANDT, op. cit. p. 101.

a los consumidores, a los empresarios, que a su vez pueden aparecer como consumidores.

El aspecto decisivo que justifica el control del contenido de las condiciones generales fue en su momento, y es actualmente, que en caso de utilización de las condiciones generales, una de las partes tiene el derecho de determinación del contenido contractual con exclusión de la otra parte contractual. El segundo gran principio protector, al lado de la libertad contractual, que informa la nueva regulación alemana en materia de condiciones generales, es la protección del consumidor, y así el parágrafo 310 III, en concordancia con la Directiva europea 93/13, pretende garantizar el más alto grado de protección al consumidor.

5 UN POSIBLE NUEVO ENFOQUE DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Es muy significativo que la Directiva 93/13/CEE haga exclusivamente referencia a las cláusulas abusivas de contratos celebrados con consumidores sin aludir a la categoría de las llamadas condiciones generales de contratación. La naturaleza contractual de éstas se recoge en la ley española de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 de 13 de abril y ha sido aceptada mayoritariamente por la doctrina. Sin embargo resulta patente la falta de concordancia con algunos principios del derecho contractual tradicional, obstáculo que quedaría salvado si se admite que son válidas y eficaces en cuanto constituyen un *pactum* (o *conventio*), cuyo contenido

comprende la prestación de un servicio o la obtención de un suministro en los términos que expone el oferente. Y el *consensus* implicará en este caso un acuerdo de voluntades individuales con una igualdad recíproca de propósitos que habrá que cumplirse según los principios de la buena fe.

Consideramos el ámbito contractual que proviene de la tradición romanística demasiado estrecho para encontrar en él la resolución y regulación de estas *conventiones* que contienen cláusulas generales, porque su problemática excede del ámbito no sólo contractual, sino también jurídico, ya que se encuentran implicados también especiales factores económicos. De ahí que, también recogiendo la tradición romanista, creamos que la correcta calificación jurídica sería la de pactos (o *conventiones*), cuyo concepto aparece ya en el derecho romano clásico. Así nos parece más adecuada la expresión alemana que las califica de condiciones generales de los negocios jurídicos y más acertado también el planteamiento de la doctrina alemana, según el cual las condiciones generales de los negocios jurídicos sólo tienen sentido en cuanto han pasado a formar parte de un contrato.

Observamos que en época romana postclásica el *consensus* como acuerdo de voluntades individuales significa una identidad recíproca de propósitos, cuya ejecución requiere fidelidad a lo convenido, obligando la *fides* a cumplir correctamente lo pactado. Así aparecía en el Edicto la expresión de ayuda del pretor: *pacta conventa servabo*.

Este es exactamente el concepto de *pactum* que queremos rescatar como aplicable a las condiciones generales de contratación, en las que el *consensus* recae

sobre la prestación del bien o del servicio de que se trate. Así, el adherente consiente en recibir la prestación del oferente en los términos predispuestos por éste y de ahí que sea admisible la falta de negociación individualizada de cada una de las cláusulas.

El límite vendrá representado por la buena fe, conclusión a la que llega Alfaro⁸⁵, sin indagar en las raíces históricas romanas, pero con un profundo y riguroso análisis de la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación. La buena fe engloba aquí el cumplimiento de la prestación por ambas partes, de modo que no serán eficaces las cláusulas contrarias a este principio, o las que impliquen un desequilibrio en las prestaciones, o las que presentasen vicios del consentimiento. Se explicaría incluso el sometimiento de estas cláusulas a vigilancia y a revisión de los poderes públicos, una vez situadas fuera del ámbito estrictamente contractual.

En definitiva, es la identidad de propósito de las partes, que se plasma en la adhesión al contenido predispuesto, lo que otorga eficacia jurídica al *pactum*, que, en consecuencia, ha de cumplirse según los principios de la buena fe.

⁸⁴ Vid. ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Las condiciones generales*, op. cit. p. 471.

