

LOS CONTRATOS REALES EN EL DERECHO COMÚN Y EN LA CODIFICACIÓN: RECEPCIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

RAMÓN HERRERA BRAVO

Universidad de Jaén.

I. A la hora de afrontar el problema de la recepción de una serie de instituciones jurídicas de nuestro país percibimos que, en relación a su estudio es muy poca la atención que se le presta a un fenómeno como el de la Recepción, pese a que se trata de un hecho histórico-jurídico de gran relevancia en el pasado de España, tanto por su extensión cronológica, como por su intensidad. Para la doctrina, las causas de ese abandono metodológico pueden obedecer a diferentes factores. Antonio GARCÍA GARCÍA lo imputa al estado de decadencia general del país y del pensamiento español a partir del siglo XVIII, junto con la orientación especulativa de las ciencias del espíritu⁽¹⁾.

Para GARCÍA GALLO, la poca atención que se presta al *Ius Commune*, se debe a que el cultivo de la historia jurídica se polarizó en la Edad Media, prestandosele un mayor interés al Derecho Alto-Medieval, concebido como una manifestación de origen germánico, y con un evidente desinterés hacia el Derecho Bajo-Medieval, influido por el romano-canónico⁽²⁾.

Por otro lado CLAVERO opina que la causa del abandono del estudio del Derecho común se debe fundamentalmente al declarado antirromanismo y

(1) GARCÍA GARCÍA, A., "Investigación y estudio del Derecho común medieval en España", en *Atti Conveng. I. Glossatori*. Pavía. 1974. p. 26-27.

(2) GARCÍA GALLO, A., "El Derecho Local y el Común en Cataluña, Valencia y Mallorca", en *Diritto Comune e diritti locali nella storia dell'Europa*. Milán (1980). p. 229.

manifiesto nacionalismo de los fundadores de la Historia del Derecho en nuestra patria, entre otros Martínez Marina, Jovellanos y Marcos Burriel⁽³⁾.

Desde una perspectiva diferente, PÉREZ MARTÍN indica que en las disciplinas histórico-jurídicas predomina una aproximación a los textos jurídicos del pasado que podríamos denominar “legales”. Sobre todo bajo la influencia del ordenamiento jurídico actual donde, al menos teóricamente, la Ley tiene una primacía absoluta y es ella la que fija taxativamente el valor de las demás fuentes, aplicándose incluso, a todas las épocas del pasado. Ello ha provocado que en algunas ocasiones se ha pasado por alto el estudio de fuentes como la literatura jurídica⁽⁴⁾.

Estos planteamientos doctrinales no prejuzgan que no existan estudiosos que investiguen en nuestro país el Derecho común, sino más bien que la recepción no se estudia desde una perspectiva general, antes al contrario, desde una perspectiva particularista; y aunque predomine una visión legalista, no cabe la menor duda de que la recepción se lleva a cabo por medio de los juristas formados en las Universidades y además por la difusión de los libros jurídicos.

Por consiguiente, siendo conscientes de los problemas que arrastra, al acercarnos a la recepción de cualquier institución jurídica, esbozaremos unas mínimas reflexiones sobre la continuidad de la categoría de los contratos reales en el Derecho Común y en la Codificación.

II. Partiendo de Gayo (3,89), se establece que las obligaciones pueden ser contraídas: “re”, “verbis”, “litteris” o “consensu”. Igualmente en 3,90 se limitaba a forjar un tipo de obligación contractual sobre la base del mutuo. Posteriormente las “Res cottidianae” (D. 44,7,1) admiten otras categorías como el comodato, el depósito y la prenda; se engloban, por consiguiente, una serie de figuras con un carácter muy diferente, puesto que mientras en el mutuo se observa una transmisión de la propiedad entre mutuante y mutuuario, en las otras obligaciones, la propiedad se mantiene en el transmitente. Ahora bien, una vez admitido que la “datio” puede ser simplemente una entrega de detentación o posesión, no hay dificultad en hacer a las otras categorías auténticas “obligationes re”, semejantes al mutuo. Por tanto, trasladar al Derecho moderno la cuatripartición gayana, supone matizar que el jurista se refiere a obligaciones y no a contratos, por lo cual, los supuestos cauces originarios de esta figura no son ele-

(3) CLAVERO, B., “Leyes de la China”, en *AHDE*. 52. 1982. p. 193-221.

(4) PÉREZ MARTÍN, A., “Recepción del Derecho común en España”, en *Primer Seminario de Historia del Derecho y Derecho privado*. Bellaterra (1995). p. 243.

mentos constitutivos del contrato, sino hechos que engendran una obligación.

Estas figuras son consagradas por Justiniano (I.3,13,2; 3,14) y son convertidas en contratos reales, siendo aceptados por la civilística europea que hasta épocas recientes no se atreve a poner en tela de juicio el falso dogma de la realidad de ciertos contratos.

Es evidente que el paralelismo negocial de las “obligationes re”, que se encuentra en los textos de la “Res cottidianae”, constituyen el objeto de la categoría de los contratos reales, y no representan un punto de partida para considerar a la clasificación como un producto de la época postclásica recibido en la época justiniana, sino al contrario, es el resultado de la doctrina clásica que la compilación acoge.

Dos son las consideraciones que fundamentan nuestra afirmación:

- La primera, partiendo de Levy que considera a la época postclásica como una época marcada por alteraciones en la práctica jurídica, y por tanto, bajo el común denominador de la decadencia y de la confusión conceptual, y donde se confunde comodato y precario; comodato y arrendamiento; propiedad y posesión/detentación, lo que hace que no sean presupuestos fáciles de distinguir para configurar los contratos reales, en donde “commodatum” es entendido como “commendatum” y por tanto equivalente a depósito⁽⁵⁾.
- La segunda referida al Epítome de Gayo 2,9,1, texto postclásico, donde se restringe el ámbito de los contratos reales. El texto en cuestión dice así: “*re contrahitur obligatio quoties aliena cuicumque mutuo dentur*”, debiendo ser interpretado como la típica expresión de la cultura jurídica de la época postclásica que identifica “obligatio re-contracta” con la “mutui datio”⁽⁶⁾.

Pero como señala MASCHI⁽⁷⁾ nos encontramos con la cuestión del acercamiento al problema del contrato, justificado por la pluralidad de los significados de la palabra “contractus” y “res”, y, ante todo, por la necesidad de precisar las relaciones entre “obligatio re” y “contractus”. Ante los peligros de la utilización de un concepto de la dogmática moderna para entender el Derecho romano, hemos de tener muy presente que no existe solamente una “obligatio re” cuya fuente contractual está caracterizada por la “res”, es decir, la “datio rei”, como

(5) LEVY, E., “Weströmisches Vulgarrecht. Das obligationenrecht”. Weimar. 1956.

(6) CERAMI, P., Il comodato, en *AAVV, Derecho romano de obligaciones (homenaje al profesor J. Luis Murga Gener)*. CEURA. Madrid. (1994). p. 318.

(7) MASCHI, “La categoria dei contratti reali”. Corso. Milano 1973. p. 92-93.

elemento necesario para que surja la “obligatio”. Por consiguiente, no dudamos del carácter clásico de las categorías contractuales que estamos refiriendo.

III. A partir de la legislación visigoda se le atribuye una gran importancia al documento escrito que llega a ser habitual para los negocios importantes. En el Breviario y en el “Liber” se dedica al derecho de obligaciones un sólo libro bajo el título de “de transactionibus”, donde la “transactio”, perdido su antiguo significado, se identifica con negocio jurídico. El cuarto título está dedicado a la permuta y a la compraventa, el quinto a préstamos y depósito y el sexto a la prenda. Pero, como nos refiere IGLESIAS FERREIROS: “esta simple enumeración muestra la simplificación sufrida por los conceptos jurídicos romanos, aunque en la vida jurídica probablemente no se simplificó en la misma medida”⁽⁸⁾.

Además, a lo largo de la Edad Media, el carácter consensual del contrato se va difuminando a través de muchas y variadas circunstancias, como por ejemplo, el apretón de manos (“palmata”). Pero, es que en el Derecho altomedieval, el problema que se nos plantea está relacionado en función de si es posible hablar de la existencia de contratos en esta época, de ahí que, según los testimonios de la época, determinadas instituciones como la compraventa y la permuta, no dan lugar al nacimiento de obligaciones, sino que son actos inmediatos, entendidos como contratos reales en cuanto a sus efectos, ya que no engendran obligaciones, sino que transmiten la propiedad⁽⁹⁾. En una línea análoga, la donación independientemente de configurarse como un contrato real, en cuanto a sus efectos, pues transmite la propiedad, puede, en otros supuestos, incluirse dentro de los contratos en sentido estricto, ya que genera una serie de obligaciones.

Y es que en las leyes romano-bárbaras se empieza a denominar “res praestita” al contrato real, esta denominación es común y engloba a los distintos contratos reales que el Derecho romano separa, pudiendo hacer referencia, incluso, a la entrega de un inmueble (L.V. X,I,13-14). De forma que la noción de “res praestita” parece lo bastante amplia como para incluir la realización de una venta o permuta, de manera que si el comprador tenía la obligación de restituir la cosa que no había pagado, tal situación hacía que se mantuviera la institución en la órbita del contrato real⁽¹⁰⁾.

(8) IGLESIA FERREIROS, A., Individuo y familia. Una historia del Derecho privado español, en *Enciclopedia de Historia de España*. I. Madrid (1988). p. 451.

(9) LEVY, E., “West. Vulg...”. Cit.

(10) Sobre la configuración jurídica como consecuencia de la simplificación jurídica y la presencia del formalismo. Vid. PÉREZ-PRENDES, JM., “Breviario del Derecho germánico”. Madrid. 1993 p. 45-53.

Esta configuración se proyecta en nuestro derecho histórico, en donde ciertos sectores doctrinales sólo considerarían como formas obligacionales a aquellas de los contratos reales⁽¹¹⁾. Pero resulta obvio que la evolución que sufre la materia contractual, hace que las distintas manifestaciones de la voluntad se puedan agrupar en actos jurídicos orales y en actos jurídicos escritos; en relación a estos últimos tienen un carácter instantáneo o real en cuanto a sus efectos, es decir, aparte de poder transmitir la posesión medieval, sirven igualmente para hacer que nazcan relaciones obligacionales.

IV. Con la recepción reaparecen los elementos del derecho de obligaciones romano-justiniano, de modo que los glosadores y post-glosadores reproducen las distinciones romanas de las “obligationes” según se concluyan: “re”, “verbis”, “litteris” y “consensu”. Inicialmente no se llega a reconocer el principio de que el simple consentimiento de los contratantes es el que da vida al contrato.

Ahora bien, se empieza a vislumbrar la concepción moderna del contrato, cuando la voluntad humana es considerada como el eje de la obligación, y si alguien queda obligado es porque ha querido obligarse. Esto ocurre debido a la influencia de una serie de factores, entre los que cabe destacar:

- a. La ciencia jurídica canónica que realza el deber de fidelidad a la palabra dada.
- b. Las necesidades del tráfico mercantil contrario a la tipificación contractual romana y sus formalismos, que favorecen el principio por el cual el sólo consentimiento obliga y que se consagra en nuestro derecho histórico en 1340 en la Ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá.
- c. Por último, las corrientes del pensamiento natural racionalista y de las ideas de la Ilustración y del Iluminismo que conciben al hombre como ser libre no sujeto por naturaleza a más voluntad que la suya⁽¹²⁾.

Además es conocido que en el devenir histórico del Derecho Común se va pasando de la formulación del acuerdo oral como forma obligacional, a una situación de progresiva consolidación de la autonomía de la voluntad. Ello va implicando la libertad contractual, la cual va unida a una concepción del contrato, fruto de un libre acuerdo de voluntades, pero también es cierto que en el

(11) Vid. MAYER, E., “El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales”. Barcelona. 1976. p. 173; SCOVAZZI, “Le origini del diritto germanico”. Milán 1957.

(12) DÍEZ PICAZO - GULLÓN BALLESTEROS, “Sistema de Derecho civil”. vol. II. Madrid. 1989. p. 29-30.

mundo jurídico dimanado del Derecho Común, y hasta que no triunfa de una manera total el voluntarismo, éste se encuentra condicionado por una serie de límites como son el bien común, la moral, la ética y la buena fe. De ahí que en relación con el derecho de contratos que se proyecta en la Legislación de Indias, tiene una gran trascendencia la concepción voluntarista, consagrada en la historia contractual del Derecho castellano en la Ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá⁽¹³⁾, matizado por los criterios del bien común y su acomodo a la ética y a la moral.

Ahora bien, por lo que se refiere a España, la enumeración de los contratos regulados en las Partidas por Alfonso X, pone de relieve que se ha llevado a cabo una recepción del Derecho romano justiniano. Y es que en nuestro derecho de Partidas, al lado de los contratos obligacionales, están también los contratos reales en cuanto los efectos.

A partir de la época moderna, la concepción de los contratos permanece inalterable en sus líneas fundamentales, la Nueva Recopilación dedica el Libro décimo a la materia: “De los contratos y obligaciones; testamentos y herencias”. En cuanto a la configuración del sistema contractual, frente al principio espiritualista del Ordenamiento de Alcalá, todavía se sigue distinguiendo entre contratos consensuales y contratos reales en cuanto a su origen.

Será a partir de la Escuela del Derecho Natural cuando se plantee si los contratos reales se perfeccionan por efecto del simple consentimiento. Así, Heinecio⁽¹⁴⁾ distingue entre Comodato y el “pactum de commodando”, por lo cual la categoría de los contratos reales se conserva tal como fue formulada por el Derecho romano-justiniano, pese al principio consensualista admitido por la Escuela del Derecho Natural. Igualmente Vinnio sigue las categorías de los contratos reales con toda fidelidad, entendiendo que para los contratos reales no basta el sólo consentimiento, sino que es necesario que intervenga otro elemento: la entrega de la cosa⁽¹⁵⁾. También Voet⁽¹⁶⁾, admite la categoría de los contratos reales.

V. A partir del pensamiento de Domat y Pothier se vuelve a recalcar el

(13) Vid. LEVAGGI, A., Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas, en *Colección Lecciones de Historia jurídica*. Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Buenos Aires (1982).

(14) HEINECIO, *Operum ad universam iurisprudentiam...* VIII. Nápoles. 1775. cap. XIII. par. 342.

(15) VINNIO, “*Iurisprudentia contractae sive partitionum iuris civilis*”. L.II. Florencia. 1837. cap. XXIII. De Mutuo.

(16) VOET, “*Comentarius ad Pandectas*”. T.I. Hagae comitum 1731. L. XII. tit.I De rebus creditis si certam petatur et de conditione. num.1.

caracter real de los contratos de comodato y mútuo⁽¹⁷⁾. De ahí que en los distintos derechos europeos, siguiendo al Derecho romano y a la tradición romanística reconocen una tipología de contratos que no se perfecciona por el mero consentimiento, sino que exigen la “datio rei” (entrega de la cosa y obligación de restitución).

El C^ode reconoce algunos contratos que al margen del consentimiento exigen la entrega de la cosa. Por ejemplo mutuo (pret de consommation) art. 1892, el comodato (pret a usage) art. 1875, el depósito art. 1915 y la prenda art. 2071. Añadiéndose la donación manual, pues contrariamente a lo que especifica el art. 931, que considera a la donación como un contrato solemne, la jurisprudencia admite la validez de la donación mobiliaria no a través de un acto público, sino cuando el donante pone en posesión del donatario la cosa donada.

En cuanto al Derecho Alemán, el BGB en relación al mutuo (p. 607) afirma que quien ha recibido está obligado a restituir; en cuanto al comodato (p. 598) que: el comodante de una cosa se obliga a permitir gratuitamente su uso al comodatario y en el depósito (p.688) que el depositario se obliga a custodiar.

A la luz de la regulación en el BGB poco podemos afirmar en torno a la naturaleza de éstos contratos, pues mientras en el mutuo destaca el carácter real, en cambio en el comodato y el depósito se intuye un carácter consensual. La doctrina reciente⁽¹⁸⁾ considera a éstos contratos como consensuales, pero no explica la diferencia estructural entre el mutuo y los otros contratos, aunque los intérpretes del BGB sostienen el carácter real de estos contratos.

Nuestro Código Civil siguiendo la tradición romanística considera a los contratos de préstamo (art.1740) como contratos reales, de modo que su perfección no se produce por el mero consentimiento, sino que es necesario la entrega de la cosa (“datio rei”). Para JORDANO BAREA⁽¹⁹⁾

- La entrega es un presupuesto o elemento autónomo del contrato.
- La entrega es la forma normal de exteriorizar la voluntad de obligarse.
- La entrega es una exigencia funcional de los contratos reales.
- La entrega es un requisito análogo al de la forma en los contratos formales, en que se exige como elemento constitutivo.

El Common Law presenta unas especiales particularidades en relación a los demás derechos europeos. La institución clave es el “bailment”, pues se trata

(17) POTHIER, *Traité du pret a usage et du precaire*, en *Oeuvres*, T.IV. París (1935). p.4.

(18) MASCHI, “La categoría...” p. 44.

(19) JORDANO BAREA, “La categoría de los contratos reales”. Barcelona. 1958. p. 97-108.

de una relación por la cual un sujeto entrega uno o varios bienes a otro bailee con la obligación de éste último de restituir la cosa al bailor o la persona designada por él. Convergiendo en tal institución relaciones de comodato, depósito y transporte gratuito, siendo los intereses de las partes defendidos por acciones de naturaleza no contractual, ya que frente a la no restitución del bailee, el bailor puede ejercitar dos acciones, una derivada del supuesto de la no restitución y otra un “tort de negligence” por daños⁽²⁰⁾.

La base del Derecho romano de estas instituciones, la podemos encontrar en los mecanismos de protección del derecho pre-clásico, pues solamente el mutuo estaba reconocido como obligación civil y protegido por una “actio civilis”: el comodato y el depósito en la época preclásica eran tutelados por una “actio in factum”. Así el régimen jurídico del bailment se aplica al depósito y al comodato, en contraposición al “contract” correspondiente al negocio de mutuo.

En definitiva la concepción pragmática anglosajona fundamenta la relación jurídica de naturaleza real, sobre el mecanismo de entrega de la cosa y su correspondiente restitución.

Especiales consideraciones merece el Código Civil suizo de las obligaciones, sosteniendo que los contratos reales se forman por efecto del simple consentimiento (arts. 305, 312, 412) y considerando a la entrega de la cosa como parte de la fase ejecutiva y no del período formativo del contrato. Esta concepción consensualista es seguida por el Código Civil mejicano de 1928, convirtiéndose así en el único Código Civil americano que configura los tradicionales contratos reales como consensuales, mientras que los demás Códigos americanos son fieles a la tradición romano-justiniana. Por último, como hemos referido anteriormente, siguiendo nuestra tradición histórica, nuestro Código Civil configura los contratos de préstamo como contratos reales.

(20) BUCKLAND-MC. NAIR, “Roman Law and Common Law”. Cambridge. 1936. p. 277 ss.