QUINTA ETAPA

El contrato promisorio unilateral

Este es el último paso en la vía de la exigibilidad de lo prometido que ha dado el derecho romano, y es quizás el más interesante de todos. Mientras la obligación está al servicio, en todas las etapas anteriores, de los fines de la vida de relación, es decir del egoísmo bilateral, en esta etapa se emancipa de ello y se eleva a la jerarquía de la benevolencia y de la abnegación, o dicho de otro modo: a los contratos onerosos se añaden los liberales o contratos de complacencia como exigibles.

Estos son posibles lo mismo que los contratos onerosos en doble forma: en la forma de la prestación inmediata y en la forma de la promesa. Objeto de ambos puede ser la cesión permanente de un valor patrimonial (obsequio, limosna), o la prestación pasajera de servicios de una cosa o persona.

Con ello tenemos el esquema que abarca todos los casos y formas de los contratos liberales, y con él al mismo tiempo el cartabón que tenemos que aplicar a todo derecho positivo. En tanto que lo aplico al derecho romano, lo hago en verdad primero para llevar hasta el fin el concepto de la promesa en el desarrollo esbozado hasta aquí, pero tampoco aquí se trata tanto del derecho romano como de la demanda del conocimiento del derecho, y por este motivo no me limito a la promesa liberal, sino que asocio a ella una consideración de la prestación real liberal, en la convicción de que de ese modo aparece tan sólo en su plena luz la significación propia y la función de la primera.

1) *La prestación real liberal.* Una prestación gratuita de servicio en el aspecto jurídico no tiene efecto, no da como tal motivo a ningún problema de derecho, y por

eso la ciencia no ha tenido ninguna razón para estamparla como concepto jurídico (*).

La cesión gratuita del uso de una cosa, en cambio, roza el derecho al menos en el grado en que entraña la obligación de la devolución; a la valoración de la misma se dirigen en el derecho romano el *interdictum de precario*, la *condictio certi* en el préstamo sin interés, la *actio commodati*.

El efecto por el cual se pone de relieve el obsequio de la cosa para el derecho, consiste en la transferencia de la propiedad, un resultado que comparte con el contrato oneroso dirigido al traspaso de la propiedad, y que para los juristas no entrañaría la necesidad de recurrir al concepto de la donación para su explicación, o dicho jurídicamente: la donación de la cosa entra en consideración sólo como motivo de un traspaso de la propiedad; la diferencia entre el traspaso gratuito u oneroso de la propiedad no es de naturaleza jurídica, sino simplemente económica, pues la donación se puede asimilar completamente en lo jurídico con el concepto de transferencia de la propiedad. Esto lo reconoce también el derecho romano en relación con la tradición plenamente, la teoría de la tradición no conoce ninguna diferencia entre el contrato gratuito y el oneroso. En cambio es del todo distinto en aquella forma de acción que, según el viejo derecho romano, perseguía el traspaso de la propiedad romana, es decir por vindicación (**): la *mancipatio* de *res mancipi*. Como

(**) La fundamentación de esta manera de ver tengo que dejarla para otro lugar (gla sección 2 de la tercera parte de mi *Geist des römischen Recht*): el efecto de la propiedad romana (*dominium ex jure quiritum*) consistía en la vindicación, al *res nec mancipi* ha sido traspasado más tarde, en los tiempos antiguos se limitaba la protección de la misma a los *act. furti*, pero no sólo contra el ladrón, sino también contra el encubridor (Gaj. III 186: *furtum conceptum*).

(*) Sólo si intervienen circunstancias especiales, por ejemplo, el *dolus*, la admisión errónea como obligación, 1. 26 § 12 de *cond. ind.* (12.6), el *negotiorum gestio*, puede vincularse a problemas de derecho.

único motivo que puede determinar al propietario a la transferencia de su propiedad, estatuye la compra, para la cesión gratuita de una *res mancipi* no ofrecía el antiguo derecho ninguna forma, es decir el pensamiento de una donación no ha tenido expresión en el mismo — un antiguo romano no solía hacer donaciones (*). Sin embargo, el que lo quería, podía hacerlo sólo en la forma que investía la donación, en la forma de la *mancipatio*: la compra aparente. La importancia de este fenómeno sólo pueden desconocerla aquellos que ven en las formas del derecho meras formas, no la expresión de ideas materiales; el que comparte conmigo la opinión opuesta, la *mancipatio*, atestigua que el más antiguo derecho romano no conoce transferencia a título gratuito de la propiedad sino sólo una transferencia onerosa.

Así la donación fue obligada por el derecho mismo a ocultarse en la forma de otro acto, a presentarse como lo que no era en realidad. El hecho que encontremos el mismo fenómeno también en otros derechos en etapa inferior de desarrollo (**), en mi opinión no deja ninguna

(*) Así dice textualmente Polibio, Lib 32, 12, 9, donde informa de la liberalidad de P. Scipion con su madre: inaudito en Roma, pues en esta ciudad no obsequia nadie por propio impulso a otro de lo suyo.

(**) Así por ejemplo en el derecho lombardo, para el cual existía la norma jurídica firme de que una donación, especialmente una donación en caso de muerte, sólo tenía validez cuando el donatario había entregado al donante un *laungild* (salario), Stobbe, *Reurecht und Vertragsschluss nach älterem deutsche Recht*, Leipzig, 1876, II, pág. 16. Otras dos pruebas cuya comunicación debo al señor profesor Ehrenberg, son la *manumissio per denarium* según el derecho franco, en el cual el esclavo a libertar ofrecía por su libertad un dinario, que el amo (para documentar el carácter como simple pago ficticio) le arrebatava de la mano, y la fundamentación de una relación de dependencia (sea para la plena propiedad o para una menor dependencia, por ejemplo la relación de vasallaje) por medio de la contraprestación ficticia (en las fuentes calificada como *pretium*). Según el derecho turco, la donación, aparte de la relación de parentesco, es irrevocable tan sólo por contradonación, von Tornauw, *Das moslemitische Recht*, Leipzig, 1855, pág. 145.

duda sobre la razón del mismo, no era la limitación de la forma ajustada sólo al caso más importante de la transferencia de propiedad, sino la limitación del egoísmo, que no había podido elevarse todavía a la idea de la donación.

Esta interpretación nacional antigua de la donación ha influido todavía durante siglos en el comportamiento de la legislación y de la jurisprudencia. En forma de ley se documenta en las determinaciones restrictivas de la *lex Cincia* y en la prescripción de la insinuación del tiempo del Imperio, en la teoría jurídica se mantiene en las huellas a que me referiré más adelante. Todavía en la época clásica de la jurisprudencia romana encontramos una interpretación de la donación que honra al egoísmo más descarnado: la donación es una especie de intercambio, se hacen donaciones para recibir luego donaciones (*). El único punto donde aparece la liberalidad en el derecho, es el testamento. Pero no nos engañemos sobre el verdadero valor del mismo. La liberalidad de la última voluntad es psicológicamente del todo opuesto a la que se da entre los vivientes. Lo que alguien dona, lo sacrifica, privándose de ello; lo que se da en el testamento, lo da sólo porque no puede conservarlo, o mejor dicho no se da, sino, como dice exactamente el lenguaje, se “deja”, es decir se abandona tras sí, porque hay que hacerlo. Si no dispone de sus bienes, pasan también sin su consentimiento a los herederos legítimos, el testamento le ofrece la posibilidad solamente de poner en su lugar otras personas. El valor de tal liberalidad no puede sobreestimarse. No es raro que un avaro incorregible, que en el curso de su vida no tuvo la menor donación para fines de caridad, para los pacientes, para los amigos, presenta en el testamento los legados más ricos y haga las fundaciones más brillantes. Para los destinatarios y para la sociedad esas larguezas pueden ser altamente valiosas, pero psicológicamente no tienen el valor de una donación — la donación de la mano fría se acompaña con la sequedad del corazón, no

(*) 1.25 § 11 de her. pet. (5.3)... *ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt, velut genus quodam hoc esse permutationis.*

es una donación de lo suyo, sino de la cosa de los herederos legales (*) — cálida es sólo la donación de la mano cálida.

Esta es la liberalidad de la última voluntad en su verdadera forma. Pero incluso el mezquino vestigio que queda todavía de la liberalidad en este examen, era para los romanos exagerado, el derecho no poseía para ella ninguna forma independiente, en la que apareciese como tal, sino que tomó las formas comerciales de la relación. Para los herederos — la implantación de la misma es hecha en la forma de una compra de la sucesión, el heredero o en su lugar una persona intermediaria (*familiae emptor*) compra la sucesión — para el legatario en la del legado *per damnationem*, es decir la forma estricta de las deudas pecuniarias, de la deuda del *nexum*. Así se puede decir: el derecho de la antigua Roma no posee para la liberalidad, tanto entre los vivientes como la testamentaria, una sola forma especial adaptada a ella; utiliza en ese caso las formas del derecho de relación, para la donación de la cosa la *mancipatio*, para la promesa de donación la *stipulatio* (ver más abajo), para la institución de heredero la *mancipatio*, para el legado el *nexum*.

2 *La promesa liberal.* La exigibilidad de la promesa liberal o a título gratuito no está en la misma línea absolutamente con la promesa onerosa, ésta es el postulado de la relación, la exigibilidad de la promesa liberal, en cambio, no es impuesta desde el punto de vista de la relación — puede ser admitida o rechazada por el legislador, la vida comercial no se resiente. Sólo el formulismo jurídico, que se atiene simplemente al concepto abstracto de la promesa, puede ver en eso una contradicción, que el mismo legislador que admite la exigibilidad de la promesa onerosa, la niega a la promesa liberal.

(*) Muy acertado es el carácter psicológico de la misma descrito por los juristas en l.1 pr. de don. mort. c. (39.6)... *habere se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum.*

La posibilidad y la necesidad aquí acentuada de una distinción de la promesa onerosa y liberal es confirmada plenamente en el derecho romano. Para la primera posee él mismo hace mucho una rica provisión de formas, mientras que para la última carecía de toda forma. El primer caso en que se decidió revestir la promesa liberal de efecto jurídico, fue el de la promesa de prestación gratuita de servicios (*mandatum*) (*), y en verdad ocurrió eso de una manera que muestra claramente lo consciente que era el contraste de las dos especies de promesas y que se estaba poco inclinado a renunciar a la misma por amor a un concepto abstracto de la promesa. El que arrienda sus servicios, está ligado al contrato; el mandatario que los presta gratuitamente, puede renunciar por motivos (**) al punto de vista que es una complacencia, a la que se ha comprometido y suaviza el rigor de la garantía. Pero a la complacencia se agrega aquí una circunstancia especial, se halla todavía con un pie en el terreno de la vida de los negocios, y justamente en esto: en el carácter semicomercial del mandato, en su interés por la relación veo la razón que le procura su exigibilidad. También en la relación comercial, que no tiene por resorte la benevolencia, sino el egoísmo, puede exigirse un buen comportamiento con la otra parte por la consideración que impone el propio interés, que el uno recibe del otro una comisión sin que tenga que pagar por ella. Este es un servicio, no del amigo en el verdadero sentido, sino de aquella derivación maravillosa que desig-

(*) Lo más tempranamente en el siglo VII de la ciudad (ver mi *Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giesen 1867, pág. 34, 35 — *Vermischte Schriften*, Leipzig 1869, pág. 192). Un caso muy especial lo contiene la promesa de servicio gratuito por parte del esclavo liberado en el momento de la manumisión por juramento; la exigibilidad del mismo se basaba en el punto de vista de la contraprestación: la libertad otorgada, 1.1 **pr. de bon lib.** (38, 1). **ad remunerandum tam grande beneficium**, 1. 26 § 12 **de con. ind.** (12, 6)... **natura debet**.

(**) § 11 **J. Mand.** (3.37) 1.22 § **ult.**, 1, 23-25, **Mand.**... (17.1). Lo mismo del depósito 1.5 § 2, **Dep.** (16.3) y el arbitrio, 1.9. § 4, 5; 1.10; 1.11 **pr.** 1.15, 1. 16 **pr. de recept.** (4.8).

na el mundo de los negocios como amigo comercial. En las prestaciones de servicios de mayor magnitud daba o esperaba el romano un honorario, y la jurisprudencia veía tan poco una falta en eso contra la esencia de la relación, que en caso de la estipulación previa declaraba admisible incluso la *actio mandati* (*).

Según mi opinión, la promesa de la cesión gratuita transitoria de una cosa o de un capital no era obligatoria, cuando había sido investida de las formas de una estipulación (**). Sólo se atribuía a la promesa de donación por el derecho fuerza obligatoria, pero para ese fin se requería que fuese investida la misma de la forma comercial de la estipulación, de la misma manera que la

(*) 1.6 pr. Mand. (17.1) **Si remunerandi causa honor intervenit, erit mandati actio.** El carácter comercial del mandato no puede ser expresado más claramente de lo que se ha hecho así. Un amigo no se estipula honorarios por una prestación de servicio, y de un contrato esencialmente gratuito no puede surgir ningún derecho a contraprestación. Hay que tener una noción muy inexacta de los procuradores romanos para creer que se habrían sometido a todos los esfuerzos y dificultades de su cargo por pura benevolencia. El contraste entre el procurador y el amigo lo destaca expresamente 1.10 § 7 Mand. (17.1): **qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit... mandati nom teneri**, con lo que hay que comparar el contraste en 1.42 de neg. gest. (3.5): **rogatu... mandatu**, y con la act. mandati contraria en 1.1 § 14 Dep. (163)... **suaseris... mandasti**, y 1.2 de prox. (50.14) **monstrat magis nomen quam mandat.**

(**) El juez romano no podía reconocer la prestación real, sino tan sólo a interés, pero en tal caso habría reconocido difícilmente la **honestā causa** (1. 76 § 1 de furt. 47. 2), y yo quisiera aplicar a ello el fallo de 1.3 § 4 de usur. (22.1): **non sine rubore desiderabitur**, ver también la manifestación en 1.14 de prec. (43. 26) ...**nullo eo nomine actio civilis est, magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio**, y el modo como el jurista mantiene en pie la instalación gratuita de una vivienda en el caso especial: **officium quadam mercede remuneratum Regulum**. Del precario sabemos que el convenio de una duración determinada del mismo no llegaba a ser valedero ni siquiera por la ejecución del mismo, y que el demandado no tenía ninguna excepción contra una recepción previa. 1. 12 de prec. (43. 26): **sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invicto domino possidere liceat.**

la donación de la cosa en la *res mancipi* tenía que refugiarse en la forma de la *mancipatio*. Que la carencia de la forma correspondiente también aquí tenía su motivo en una repulsión objetiva contra el acto mismo, se desprende de la acción garantizada por la *lex Cincia* en dos casos contra el acto formalmente irreprochable. El resultado es: al antiguo derecho romano le es extraña una forma especial para la donación tanto en el derecho de las obligaciones como en el derecho de las cosas.

Tan sólo por Justiniano llega la promesa de donación a la independencia de la forma; la expresión que hasta allí había sido necesaria en la forma comercial de la estipulación es abolida por él, y el contrato simple, informal (*pactum*), en el que se hace reconocer abiertamente la donación como tal, fue puesto en el lugar de ese modo. El derecho romano había existido, pues, más de un milenio sin garantizar reconocimiento jurídico a la promesa de donación como tal — un hecho tan característico para la interpretación romana de la donación que no requiere ningún comentario ulterior.

¿Qué es lo que determinó en Justiniano a esa ruptura? Según mi opinión, la influencia de las ideas cristianas (*). Sólo se necesita echar una mirada a la cantidad de las instituciones piadosas mencionadas en las constituciones de los emperadores romanos para convencerse de la medida en que el cristianismo, cualquiera que haya sido su influencia moral rejuvenecedora en el mundo romano-bizantino corrompido, ha ejercido, sin embargo, en una dirección, una acción moral ennoblecedora innegable. Esta es la incitación a la benevolencia y a la caridad. Tan sólo con el cristianismo ha llegado la virtud de la beneficencia en la historia al rango de un factor social influyente e importante: no sólo le correspondió la hermosa misión de aliviar la miseria de clases enteras de la sociedad — una tarea social que la relación dirigida por el mero egoísmo deja en todas partes sin resolver —, sino

(*) La constitución en que se halla esta disposición se refiere expresamente a los establecimientos eclesiásticos, l. 35 § 5 *Cod. de donat* (8.54) ... *piis actibus vel religiosis personis*.

al mismo tiempo la misión universal de trabajar en el fundamento de la iglesia cristiana, al proporcionarle los medios económicos necesarios para ella. Para hacer posible esto, tuvo que vencer el cristianismo el egoísmo del derecho romano. Y de eso puede vanagloriarse; tan sólo por el cristianismo han sido instalados la beneficencia y el amor tanto en la vida como en la legislación.

Sólo dos casos conoció el derecho romano en los que la promesa gratuita era reconocida desde la antigüedad con fuerza obligatoria, eran el *votum* y la *pollicitatio*, la consagración ⁽¹⁾ a los dioses y a la comunidad. Pero incluso aquí, en el contacto con lo más alto que el romano conoce: la divinidad y la patria, no niega el rasgo del egoísmo, no olvida su cálculo con ellos. El *votum* es para él sólo una especie del contrato real innominado con la divinidad ⁽²⁾, no es una promesa de donación pura sin interés, sino prestación por contraprestación, también su fuerza obligatoria se apoya en la *res*. Y tampoco la *pollicitatio* compromete sin más como liberalidad pura ⁽³⁾, sino sólo cuando es motivada por un motivo especial (*justa causa*), sea porque la comunidad ha otorgado o deba otorgar algo ⁽⁴⁾, sea (por lo cual a causa del argu-

(1) Liberalidad en favor de un fin en contraste con la que tiene por objeto una persona: la donación.

(2) Según la fórmula, **do, ut facias** — ¡ayúdame, y te daré! Esta ciertamente no se dice en ninguna parte expresamente, pero se puede tomar con seguridad según mi opinión de las muchas fórmulas en **Brissonius de vocibus ac formulis lib. I, c. 159 y sigts.**, todos los votos están condicionalmente concebidos.

(3) 1. 1. § 5 de **poll.** (50.12) **qui non ex causa reipublicae pecuniam pollicentur, liberalitatem perficere non coguntur.**

(4) 1. 1 § 1 de **poll.** (50.12). **Si quidam ob honorem promiserit decretum sibi vel deserendum vel ob aliam justam causam, tenebitur ex pollicitatione.** En la formación de la expresión **pollicitatio** ha tenido en cuenta el lenguaje el caso de la prestación precedente por parte de la comunidad. **Polliceri** es **pote** (poderoso, fuerte), **licere** (ofrecer, subastar). **Pollicitator** es el que ha hecho la oferta más elevada a la comunidad por algo que ella le ofrece (honos): **do, ut facias**. El compromiso adquirido por el subastador es calificado en el 1. 1. 6 **pr. ibid.** justamente como **aes alienum**, y en 1. 3 **pr. "quasi debitum"**.

mento lingüístico tan sólo se quisiera ver una ampliación futura) a causa de una grave desgracia que le ha alcanzado, o cuando la promesa ha pasado por el comienzo de la ocupación al terreno de la realidad, la mera palabra ha asumido la forma real del hecho.

Agrego a aquellos dos casos todavía un tercero, pero igualmente sólo para privarle de la apariencia de liberalidad con que está revestido. Es la promesa de *dos*. La forma regular de la misma fue hasta bien avanzada la época del Imperio la *stipulatio*, es decir una forma comercial, y el carácter comercial de la *dos* (en contraste con la donación) lo mantienen siempre los juristas romanos también para el hombre que la recibe, justificándolo por el hecho que el hombre tiene que asumir las cargas del matrimonio y la dote sólo tiene el fin de ofrecerle por parte de la mujer la contribución debida (1). Pero junto a ella se tenía además la promesa unilateral para ciertos casos (*dotis dictio*), es decir la misma forma que en el *votum* y la *pollicitatio*. Pero el elemento comercial en contraste con el puramente liberal se afirma también aquí nuevamente por el hecho que esa forma estaba reducida a la presunción de una deuda precedente (2), era también aquí la *res* la que sirvió de base a la promesa. Tan sólo en la era cristiana es reconocida como exigible bajo Teodosio y Valentiniano la promesa dotal como tal, es decir sin la forma comercial de la estipulación.

Con ello hemos llegado al fin, y volvemos ahora después del largo rodeo que nos hemos permitido nuevamente al camino que seguíamos antes. El punto en que lo hemos dejado, era el problema de la coacción computativa, y la razón por la cual lo dejamos consistía en el deseo de

(1) En lugar de todos los otros pasajes menciono sólo en l. 19 de O. et A. (44.7), donde es rechazada expresamente la **lucrati-va causa de la dos** y se acentúa el punto de vista de la contraprestación

(2) La **dotis dictio** puede ser hecha por la mujer, su deudor, su padre, Ulp. VI, 2, es decir por personas que están comprometidas ya **civilliter** o **naturaliter**, es decir que no dan.

procurarnos un punto de referencia histórico firme para ese problema. El resultado con que volvemos consiste en el conocimiento de que el móvil de la obligación no es la idea abstracta de la voluntad, o lo que es lo mismo: el concepto formal de la promesa, sino el fin práctico. El concepto del fin sin embargo es en extremo relativo, su formación práctica en el derecho es condicionado y determinado por lo que es sentido como condición de la vida y como objetivo de la vida, y eso no por un individuo aislado, constituido de manera singular, sino por el individuo tipo de esa época determinada, es decir por la sociedad entera. Asegurar este contenido, esta finalidad corresponde al interés del uno tanto como al del otro, pues sin ello ninguno puede vivir, y al reconocerles el derecho la forma de la obligación, para asegurarlos, sólo protege las condiciones de vida de la sociedad entera.

Sin embargo, no hemos vuelto todavía al concepto del derecho en la exposición hecha hasta aquí, nos encontramos todavía en la fase previa conceptual del mismo: la de la coacción individual necesaria para el fin de la realización y garantía de las formas de vida requeridas. Pero todo lo que hemos hallado hasta aquí impulsa al derecho, postula la formación de aquel contenido de finalidad desarrollado en lo dicho antes, que el individuo, reducido a sí mismo, tendría que perseguir por el propio esfuerzo. Cada uno de los fines que se experimentan según la medida general como condición de vida, postula la coacción. Pero con este postulado es postulado el derecho como la organización de la coacción.