

AUTONOMÍA PRIVADA
PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO

MARTHA LUCÍA
NEME VILLARREAL
(COORD.)

**AUTONOMÍA PRIVADA
PERSPECTIVAS DEL DERECHO
CONTEMPORÁNEO**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Autonomía privada : perspectivas del derecho contemporáneo / Fernando Alarcón Rojas [y otros] ; Martha Lucía Neme Villarreal (coord.). – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2018.
383 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587900460

1. Contratos – América Latina – Jurisprudencia 2. Contratos – Colombia – Jurisprudencia 3. Derecho comercial internacional – Jurisprudencia 4. Responsabilidad contractual – Jurisprudencia 5. Derecho romano – Jurisprudencia I. Neme Villarreal, Martha Lucía, coordinadora II. Universidad Externado de Colombia III. Título

346.6 SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Diciembre de 2018

ISBN 978-958-790-046-0

© 2018, MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL (COORD.)

© 2018, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2018

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: María Libia Rubiano

Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

FERNANDO ALARCÓN ROJAS MAURO GRONDONA
JOSÉ FÉLIX CHAMIE MILAGROS KOTEICH KHATIB
CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT MARGARITA MORALES HUERTAS
MATTEO DELLACASA MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL
INDIRA JOHANA DÍAZ LINDAO JAVIER MAURICIO RODRÍGUEZ OLMOS
LUIGI GAROFALO DANIEL ROJAS TAMAYO
ANTONIO SACCOCCIO

CONTENIDO

Prólogo <i>Martha Lucía Neme Villarreal</i>	11
Teorías del contrato en la jurisprudencia clásica <i>Luigi Garofalo</i>	21
La difusión del principio del consensualismo en América Latina: las categorías real y consensual en el derecho de los contratos <i>Antonio Saccoccio</i>	47
Poderes de los privados, fuentes y transformaciones del derecho. Búsqueda de un nuevo orden conceptual <i>Mauro Grondona</i>	83
El contrato, una estructura capaz de contener los elementos del desarrollo <i>Martha Lucía Neme Villarreal</i>	99
Autonomía privada y el contrato como instrumento económico y social: ¿continuidad, adaptación, transformación? <i>José Félix Chamie</i>	123
Más allá del contrato por medio del contrato: las transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización <i>Javier Mauricio Rodríguez Olmos</i>	145
Constitución y límites a la autonomía privada <i>Margarita Morales Huertas</i>	195
El control del equilibrio económico y originario del contrato. Entre la justicia contractual y la justicia distributiva <i>Indira Johana Díaz Lindao</i>	217
Los límites a la autonomía privada en el mutuo disenso <i>Carlos Alberto Chinchilla Imbett</i>	245
Límites a la autonomía privada en la constitución de garantías mobiliarias. Algunas antinomias entre la Ley de Garantías Mobiliarias y los principios de derecho privado que rigen la contratación <i>Martha Lucía Neme Villarreal y Carlos Alberto Chinchilla Imbett</i>	267

Autonomía privada y tutela de la confianza: ¿antítesis o síntesis? <i>Matteo Dellacasa</i>	299
Autonomía privada y consentimiento informado <i>Milagros Koteich Khatib</i>	319
Los contratos normativos. Un parangón entre la normatividad colombiana y la italiana a propósito de su tipicidad legal <i>Fernando Alarcón Rojas</i>	345
Un nuevo horizonte para la autonomía privada: la libertad de elección de la ley aplicable al contrato <i>Daniel Rojas Tamayo</i>	359

La fraternidad académica entre juristas italianos y colombianos –nutrida por lazos de cooperación tejidos, a lo largo de décadas, al amparo de esta casa de estudios y de la encomiable labor del maestro Fernando Hinestrosa– ha dado como fruto el presente libro, en el que se plasman los trabajos de investigación de un nutrido grupo de profesores que disertan sobre un tema cuya trascendencia pervive desde el derecho antiguo hasta el contemporáneo: la autonomía privada.

Se trata de un principio en cuyos valores se arraiga la riqueza creadora de múltiples relaciones en el ámbito privado; que opera como mecanismo de adaptación a las cambiantes exigencias en el mundo de los negocios, pero que también se extiende a la intimidad de la familia y a la persona, con resultados sumamente proficuos, a la vez que genera los riesgos propios del ejercicio de la libertad y, con ellos, del abuso y la discriminación, frente a los cuales otros principios estarán atentos a evitar su ilegítimo desbordamiento.

El libro parte de un recorrido por la jurisprudencia clásica del derecho romano en torno a la construcción de la categoría contrato, que hoy damos por sentada, pero cuyo surgimiento estuvo precedido de grandes vicisitudes –probablemente con el antecedente más remoto en Quinto Mucio– que condujeron al reconocimiento del valor del consentimiento como fuente creadora de obligaciones, acuerdo presente en cada uno de los elementos de la tripartición propuesta por Labeón: acto, contrato y gesto, pero cuya impronta en términos de la propuesta labeoniana, tratándose del contrato, está marcada por un acuerdo sinalagmático, por el *ultra citroque obligatio*, que pone en el centro de la categoría el surgimiento de obligaciones recíprocas. En este escenario, la contribución de Pedio resalta el acuerdo como presupuesto de la juridicidad de todas las categorías de negocios, presente no solo, evidentemente, en los negocios *consensus*, sino también en los *re*, en los *verbis* y en los *litteris*, más allá de la sustancialidad de la forma que revestía el consenso; a su vez, las reflexiones de Aristón y de Mauriciano sobre la existencia de un sinalagma en los contratos atípicos, ante la eventualidad de un desequilibrio, así como las sucesivas construcciones de Gayo, de la *summa divisio* a la de las obligaciones *ex variis causarum figuris*, y los sucesivos esfuerzos de Ulpiano por reajustar

la categoría, contribuirían a delinear las teorías del contrato en la jurisprudencia clásica¹.

Esta afirmación progresiva, en el derecho contemporáneo, del valor del consenso como manifestación de la autonomía de los privados en la regulación de sus intereses dio paso al consensualismo, ampliamente difundido en América Latina, el cual ha ido ganando terreno, hasta el punto de que se ha creado una tendencia que aboga por esquemas contractuales enteramente abstractos, eliminando del todo los contratos reales, lo cual, a juicio de la doctrina que aquí se manifiesta, resulta altamente inconveniente, dado que produciría múltiples problemas de orden práctico, además de que la eliminación de los contratos reales no lograría suprimir del todo el papel que esta categoría desempeña, sino que simplemente postergaría sus efectos y, en cierta medida, la validez del contrato; amén de que desconoce la flexibilidad y la capacidad de adaptación, tan apreciadas para los juristas romanos, que permitieron la concurrencia de diversas tipologías negociales, entre las que subsistieron los negocios consensuales y los reales².

En el derecho contemporáneo, el influjo de la autonomía privada pone en evidencia la existencia de un poder de los particulares, cada vez mayor. Se trata del ‘poder transformador de la autonomía’, particularmente de aquella plasmada en los contratos, que se erige en fuente del derecho, con el poder de traspasar las fronteras nacionales a través de la circulación de modelos contractuales, de estándares negociales, de códigos marco de principios y reglas de libre adopción por parte de los privados. Todo lo cual robustece el intrincado sistema de fuentes del derecho que debe resolver las complejidades de un mundo globalizado. Lo anterior devela la falacia del carácter estrictamente técnico del derecho y, a su vez, resalta, en cambio, la naturaleza política del mismo en cuanto creación enteramente humana; de ahí que el verdadero rol del jurista sea el de hacer ‘política del derecho’ a fin de ‘formular el mejor derecho posible’; abandonando el reductivo rol de técnico y retomando su carácter dinámico en la construcción del derecho, mediante la individualización de los valores fundamentales de la vida humana presentes en el sistema jurídico. De manera que la autonomía constituye un instrumento de enriquecimiento y transformación del ordenamiento en

1 Cfr. *infra*, GAROFALO, LUIGI. “Teorías del contrato en la jurisprudencia clásica”.

2 Cfr. *infra*, SACCOCCIO, ANTONIO. “La difusión del principio del consensualismo en América Latina: las categorías real y consensual en el derecho de los contratos”.

cuanto los poderes de los particulares, ejercidos al amparo de la autonomía y, por ende, del principio de libertad se erigen en instrumento democrático³.

Ahora bien, este poder de la autonomía en la creación del derecho a través de los contratos expande su fuerza por fuera del ámbito exclusivamente privado, pues en estos confluyen intereses públicos y privados al ser el contrato un escenario de realización de derechos fundamentales; es así como páginas más adelante se devela la potencialidad de los contratos como instrumentos de fomento del desarrollo económico y social, que por su naturaleza deben ser concebidos como instrumentos de cooperación y no de poder. Ello, aunado a la flexibilidad propia de los contratos, permite adaptar el ejercicio de la autonomía privada a la realización de intereses económicos en el marco del respeto por los valores de la solidaridad, de forma que los contratos celebrados y ejecutados con observancia de los derechos fundamentales y, en particular, de los principios de buena fe y equidad pueden erigirse en instrumentos de desarrollo; de manera de reflejar no solo el crecimiento económico, sino el desarrollo humano en términos democráticos bajo condiciones de equidad y de plenitud en el logro de la dignidad humana⁴.

Ciertamente el contrato, como ‘acto fundamental de autonomía privada’ que es, no está aislado, muy por el contrario, está plenamente inserto en la dinámica social y, valiéndose de diversas formas, surca de manera transversal las relaciones humanas. De ahí que en este libro se destaque que, si bien el contrato refleja una operación económica que subyace al propio acuerdo, la naturaleza cooperativa de la relación impone observar que dicha operación económica no agota el contenido del contrato, pues el contrato posee una función social que exige el respeto de los valores contenidos en los principios que rigen el sistema jurídico, entre ellos y fundamentalmente, la solidaridad, la buena fe y la equidad, que permiten sortear los problemas de la ruptura funcional del equilibrio del contrato con ocasión de la gestión de los riesgos, la inexigibilidad derivada de una *difficultas* relevante a efectos del cumplimiento, y prevenir o remediar los injustos aprovechamientos de la debilidad ajena. Todo ello en el entendimiento de que solo desde la *humanitas* la categoría

3 Cfr. *infra*, GRONDONA, MAURO. “Poderes de los privados, fuentes y transformaciones del derecho. Búsqueda de un nuevo orden conceptual”.

4 Cfr. *infra*, NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. “El contrato, una estructura capaz de contener los elementos del desarrollo”.

contractus podrá asumir los retos que le plantea la globalización y estar a la altura de la dimensión pública ínsita en los contratos⁵.

En verdad, el mecanismo contractual ha sufrido grandes transformaciones, pues el paradigma clásico del contrato ‘monolítico, abstracto, formal, paritario y aislado’, basado en el consentimiento, en la igualdad de las partes y en la exclusión de valores externos al contrato, en cuanto no hubiesen sido contemplados por los contratantes, ha mutado; inicialmente por influjo de la actividad estatal, mediante la introducción de una regulación legislativa, y, más tarde, de la jurisprudencia, que relativizan dicho paradigma al introducir prohibiciones de abuso, desequilibrio desproporcionado y, en general, al garantizar el ejercicio real de la igualdad formal de las partes contratantes. Posteriormente, en la era de la globalización, asistimos a una nueva transformación en su función y estructura, debido a que en el contrato se incorporan intereses públicos o colectivos que comportan obligaciones de ‘sostenibilidad’ relacionadas con derechos fundamentales ligados a los derechos humanos, a la protección del medio ambiente, a las condiciones de trabajo, de bienestar animal, entre otras; debido, además, al rol que desempeñan actores globales que, en cuanto constituyen nuevos ‘centros de poder’, interactúan en esa nueva transformación del contrato; y, adicionalmente, debido al surgimiento de contratos que no pueden interpretarse y ejecutarse de manera aislada, sino que se encuentran incrustados dentro de las denominadas ‘cadenas globales de valor’, en las que el contrato se erige en un instrumento de organización social, que desborda la función de intercambio, inmediato y personal, y se transforma en un mecanismo para establecer estructuras durables y estables dirigidas a la obtención de intereses comunes, en las que la cooperación y la función organizacional se tornan sustanciales. Todo lo cual conduce a una necesaria reinterpretación del papel de la autonomía contractual y a otorgar especial atención a los nuevos desafíos y peligros en términos de legitimidad, eficiencia y justicia que surgen con el contrato ‘globalizado’, en donde el contrato se torna en mecanismo de ‘gobernanza económica’, de ‘gobernanza institucional’ y de ‘gobernanza regulatoria’ a nivel global⁶.

5 Cfr. *infra*, CHAMIE, JOSÉ FÉLIX. “Autonomía privada y el contrato como instrumento económico y social: ¿continuidad, adaptación, transformación?”.

6 Cfr. *infra*, RODRÍGUEZ OLMOS, JAVIER MAURICIO. “Más allá del contrato por medio del contrato: las transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización”.

La interacción de intereses públicos y privados ha puesto en evidencia las tensiones entre la autonomía privada y otros principios constitucionales, lo cual comporta reconocer que esta no es absoluta, no obstante haber sido reconocida por la jurisprudencia como principio constitucional en su doble condición de garantía y derecho, ligada estrechamente al reconocimiento de la personalidad jurídica, al derecho al libre desarrollo de la personalidad y al principio general de libertad. En consecuencia, la autonomía privada es susceptible de límites, los cuales tradicionalmente se expresaban en la ley, el orden público y las buenas costumbres, si bien en las modernas constituciones que acogen el modelo de Estado social y democrático de derecho, estos límites se encuentran ligados más precisamente a los poderes otorgados al Estado para intervenir y dirigir la economía a fin de prevenir y corregir las desigualdades sociales imperantes en relaciones jurídicas privadas y suprimir el abuso. Estos límites se expresan en el marco del principio de dignidad humana, en la prevalencia del interés general, en la función social y ecológica de la propiedad y de la actividad de empresa, en la preservación de la personalidad jurídica, en las exigencias de solidaridad y, en general, en el bien común. Así, la autonomía deja de ser un mero vehículo de gestión de intereses privados y se convierte en mecanismo de realización de los fines esenciales del Estado⁷.

Estos límites a la autonomía privada encuentran aplicaciones concretas; así por ejemplo, en la prohibición de inserción de cláusulas abusivas, particularmente en los contratos celebrados con desigualdades de fuerza negocial, en los que se suscitan tensiones entre el logro de la justicia contractual y el ámbito de aplicación de los principios de autonomía privada y de libre competencia, en relación con la amplitud con que el ordenamiento admite en estos casos un control judicial del carácter inicuo, abusivo o excesivamente desproporcionado del precio o de la contraprestación fijada para este tipo de contratos. La jurisprudencia colombiana ha considerado que es posible que el juez realice un control sustancial sobre las cláusulas que generan un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones de las partes, en los contratos de adhesión celebrados entre sujetos con desigualdad de fuerza negocial, con independencia de su calidad de consumidor y profesional. Por otra parte, el desafío para los juristas se centra en la determinación de pará-

7 Cfr. *infra*, MORALES HUERTAS, MARGARITA. “Constitución y límites a la autonomía privada”.

metros que permitan establecer los criterios que determinen el carácter de ‘justo’ del precio, teniendo a su vez presente que, si bien la buena fe legitima la intervención del juez sobre los contratos celebrados con debilidad de fuerza negocial, con el objeto de reequilibrar la posición de las partes contratantes y garantizar la justicia contractual en favor de la parte débil, es la propia buena fe la que ampara el respeto por el vínculo obligacional legítimo que surge del contrato y exige a su vez un grado de autorresponsabilidad de los contratantes, incluso del contratante débil, sea este consumidor o empresario⁸.

Otra manifestación específica de los límites a los que se encuentra sujeta la autonomía contractual puede apreciarse en figuras como la del mutuo disenso, en la que se ha pretendido ver un acto absoluto e incuestionable de autonomía privada sin límite en su ejercicio; sin embargo y por el contrario, una vez entendida su naturaleza y el ámbito dentro del cual le es legítimo operar a la autonomía, salta a la vista que la configuración del mutuo disenso requiere que ninguna de las prestaciones haya sido ejecutada por las partes o que las prestaciones no estén incumplidas, pues de lo contrario dar aplicación al mutuo disenso podría generar inequidades respecto de las prestaciones ya ejecutadas o menoscabo en la tutela de la parte que ha sido víctima del incumplimiento⁹.

Así mismo, los límites a la autonomía se hacen apremiantes en materias como la constitución de garantías mobiliarias, cuya regulación presenta varias antinomias con principios generales de derecho privado. Tal es el caso de la buena fe, la cual se transgrede cuando: se permite una extensión ilimitada de las garantías mobiliarias, afectando el equilibrio de la relación y la función misma de la garantía; se desconocen las obligaciones de cuidado de los bienes objeto de la garantía mediante la exoneración de responsabilidad, lo cual viola las obligaciones de lealtad y preservación de los intereses de la contraparte; se acepta la ausencia de preservación de la oponibilidad de las garantías, lo que afecta la transparencia del sistema; se prohija la falta de certeza de los derechos en cuanto la garantía mobiliaria prioritaria de adquisición desconoce los derechos de los acreedores con garantías inscritas precedentemente; de igual modo, la Ley de Garantías Mobiliarias transgrede el principio de

8 Cfr. *infra*, DÍAZ LINDAO, INDIRA JOHANA. “El control del equilibrio económico y originario del contrato. Entre la justicia contractual y la justicia distributiva”.

9 Cfr. *infra*, CHINCHILLA IMBETT, CARLOS ALBERTO. “Los límites a la autonomía privada en el mutuo disenso”.

buena fe en cuanto incorpora de manera meramente formal la prohibición del abuso del derecho, la cual resulta carente de efectos prácticos dentro del régimen de garantías. Por otra parte, estas antinomias violan el principio de equidad, mediante la exclusión de la prelación de las obligaciones fiscales y tributarias, puesto que esta afecta los derechos colectivos, el interés público, el régimen económico y de hacienda pública y, en particular, mediante la incorporación del pacto comisorio que pone inequitativamente al deudor en situación de inferioridad frente al acreedor¹⁰.

En adición a lo anterior, una expresión más de los mencionados límites a la autonomía contractual puede observarse en las interacciones entre autonomía contractual y tutela de la confianza, donde esta última funge de límite a la primera. Al efecto es preciso determinar si el acuerdo alcanzado por las partes en el ejercicio de la autonomía contractual es vinculante aun en ausencia de una confianza considerable en que la ejecución del contrato se realizará; vale decir, si la parte que pretende la ejecución del contrato está legitimada para utilizar los remedios que garantizan el valor del vínculo contractual a pesar de no haber incurrido en costos relevantes para ejecutar el contrato, ni haber dejado pasar por alto otras alternativas negociales, y no obstante que la contraparte hubiere manifestado inmediatamente después de la celebración del acuerdo no tener intención de asumir compromiso jurídico alguno. En este punto no debe perderse de vista que al tutelar la confianza, la buena fe protege la autonomía privada y evita el riesgo de que el contrato constituya solo un medio para regular las relaciones de poder entre las partes, en lugar de ser un instrumento para la realización de una operación económica en concreto¹¹.

Por otro lado, las aplicaciones de la autonomía contractual son múltiples; *v. gr.*, en el derecho contemporáneo ha tomado gran relevancia el denominado ‘consentimiento informado’; en estas páginas se propone explicar la enorme transformación que significó el tránsito del entendimiento de la prestación del servicio de salud como un acto de beneficencia a la exaltación de la autodeterminación, manifestación del principio de libertad, como eje de la prestación de dichos servicios, lo cual modificó sustancialmente la naturaleza

10 Cfr. *infra*, NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA y CHINCHILLA IMBETT, CARLOS ALBERTO. “Límites a la autonomía privada en la constitución de garantías mobiliarias. Algunas antinomias entre la Ley de Garantías Mobiliarias y los principios de derecho privado que rigen la contratación”.

11 Cfr. *infra*, DELLACASA, MATTEO. “Autonomía privada y tutela de la confianza: ¿antítesis o síntesis?”.

de la relación entre profesionales de la salud y el paciente y, por ende, los derechos y obligaciones inherentes a la misma. Este cambio de paradigma situó el tema en el ámbito de la responsabilidad, con la claridad de que una postura tradicional afirma que la transgresión del deber del profesional de la salud de obtener el consentimiento informado de su paciente no tiene consecuencias en materia de responsabilidad civil si dicho incumplimiento no produce consecuentemente un daño en la salud o en la integridad personal del paciente, y solo merece un reproche de carácter ético; mientras que una tesis más contemporánea, que se considera más adecuada a la tutela de los derechos constitucionales fundamentales, como los de la autodeterminación, la dignidad humana y la igualdad, sostiene que la sola violación al derecho a la autodeterminación o autonomía del paciente debe ser reparada, con independencia de que tenga lugar un detrimento en la salud del mismo. Tesis esta última que ha sido avalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado colombianos¹².

La facultad que tienen los particulares de construir macro contratos que reglen los términos en que habrán de celebrarse contratos futuros se erige en clara manifestación de la autonomía contractual, al amparo de la cual se han desarrollado los llamados ‘contratos normativos’. Mediante este tipo de contratos se regulan relaciones contractuales que impactan las relaciones individuales de un número plural de personas que pertenecen a un gremio o asociación con intereses económicos similares que se agrupan para tutelar de manera homogénea dichos intereses. Estos acuerdos no generan obligaciones por sí mismos, salvo la de establecer normas que han de regir otros contratos que generan obligaciones de carácter individual para los propios miembros de la respectiva asociación o gremio. En apartes sucesivos este libro se empeña en esbozar un parangón entre la normatividad colombiana y la italiana a propósito de la tipicidad legal de los contratos normativos, su funcionalidad y aplicación¹³.

Una aplicación de la autonomía privada de más hondo calado aún puede observarse en el derecho internacional privado, en donde la autonomía se manifiesta en la posibilidad que tienen las partes de elegir la ley aplicable al contrato, facultad esta que en el ámbito del derecho comparado constituye la

12 Cfr. *infra*, KOTEICH KATHIB, MILAGROS. “Autonomía privada y consentimiento informado”.

13 Cfr. *infra*, ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. “Los contratos normativos. Un parangón entre la normatividad colombiana y la italiana a propósito de su tipicidad legal”.

solución predominante. En Colombia, sin embargo, esta libertad de elección no ha sido acogida como solución de principio. El conflicto se suscita en aquellos eventos en que el lugar de la celebración del contrato, de su ejecución o el domicilio de las partes son diversos y, por ende, la ley aplicable no resulta unívoca, por lo que potencialmente serían varias las leyes aplicables, en cuanto el contrato no se inscribe de manera exclusiva en ninguno de los ordenamientos jurídicos con los cuales está conectado. En Colombia, a la luz de la legislación y la interpretación jurisprudencial se aplica la solución más tradicional, que consiste en someter el contrato a la ley del lugar de una de las etapas contractuales, bien sea la de celebración o la de ejecución. No obstante, esta solución no resulta adecuada para el cumplimiento de uno de los objetivos principales del derecho internacional privado en materia contractual, cual es el de la previsibilidad y certeza de las obligaciones emanadas de los contratos. Debido a ello, la doctrina ha propuesto otorgar plena libertad a las partes para que designen la ley que regirá los conflictos que surjan en dichos contratos, lo que sin duda constituye una manifestación de la progresiva irrupción de la autonomía de las partes en la resolución del conflicto de leyes y una reafirmación de la libertad de las partes en la elección de la ley más conveniente a la operación económica celebrada. Esta solución parece, no obstante, ser compatible con el ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto resulta consonante con los principios de internacionalización y de iniciativa o autonomía privada¹⁴.

A los lectores ofrecemos estas páginas, para que, con sentido crítico, otorguen un exacto valor a la autonomía privada, y contractual en particular, a sus innumerables y fructíferas aplicaciones, así como a su estrecha relación con principios como los de la buena fe, la equidad, la igualdad y la dignidad humana, entre otros, los cuales delinear sus contornos y establecen sus límites.

Martha Lucía Neme Villarreal

14 Cfr. *infra*, ROJAS TAMAYO, DANIEL MIGUEL. “Un nuevo horizonte para la autonomía privada: la libertad de elección de la ley aplicable al contrato”.

LUIGI GAROFALO*

*Teorías del contrato en la jurisprudencia clásica***

Sumario: I. Acto, contrato y gesto en Labeón. II. La tripartición de Labeón en el análisis de Pedio. III. El contrato (nominado) y las fuentes de las obligaciones en Gayo IV. El contrato en Ulpiano y las convenciones sinalagmáticas en Labeón, Pedio, Aristón y Mauriciano. Referencias.

I. ACTO, CONTRATO Y GESTO EN LABEÓN

Iniciemos por el famoso fragmento de Ulpiano, D. 50,16,19, el cual recuerda el pensamiento de Labeón a propósito de los conceptos de acto, contrato y gesto: *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 'synallagma' vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

Muchas razones, sobre las que no me detendré acá, me llevan a creer que Labeón tenía la intención de proponer una tripartición interna del conjunto de negocios con efectos obligatorios cuya esencia era la existencia de un acuerdo, lo que explica por qué este término no es mencionado explícitamente con relación a una o varias de las figuras identificadas por el jurista. Al ser común a todas ellas, habría sido superfluo reiterar que el acuerdo se encontraba en cada una¹.

* Profesor titular, Università di Padova (Italia).

** En este artículo vuelvo a proponer algunos de los resultados obtenidos en dos ensayos publicados con anterioridad, a los que remito para una argumentación más amplia de mis consideraciones y para indicar bibliografía adicional, aparte de la que citaré a continuación: GAROFALO, LUIGI. “Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio”. En: A. BURDESE (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*. Padua, 2006, pp. 345 ss.; GAROFALO, LUIGI. “Gratuità e responsabilità contrattuale”. En: L. GAROFALO (ed.), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*. Padua 2011, pp. 45 ss.

Traducción de Jorge Alberto Colmenares Mantilla, docente investigador del Departamento de Derecho Romano de la Universidad Externado de Colombia.

I Se debe precisar, con base en FINAZZI, GIOVANNI. “Note in margine a Ulp. 11 ad ed. D. 50.16.19: ‘Labeo definit’”. En: A. MURILLO VILLAR, A. CALZADA GONZÁLES y S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (eds.), *Homenaje al Profesor A. Torrent*. Madrid, 2016, p. 302, que “acerca del significado de la reflexión labeoniana no se ha logrado un acuerdo en la doctrina, ni tan siquiera en línea de principio”. Creo que es justamente por esto que continúan proliferando los escritos sobre el tema. Con respecto a los más recientes cito, además de Finazzi, los trabajos de NOVITSKAYA, A. “Der synallagmatische Vertrag im Römischen Recht nach den Lehren Labeos und Aristos”. En: P. KLAUSBERGER, C.

Dicho esto, se observa que Labeón, al ligar al acto el *verbis* y el *re agere*, de los que proyecta como ejemplos la *stipulatio* y la *numeratio* respectivamente –y por ende el mutuo y tal vez la *solutio indebiti*–, pretende especificar que esta categoría estaba conformada por toda relación que nacía de un acuerdo y tenía como signo de su juridicidad, y por tanto idóneo para ser introducido al mundo del derecho, o la declaración de los *verba*, o la entrega de la *res*, o incluso el uso de las *litterae* (lo que lleva a pensar fundadamente que el jurista añadía allí el *litteris agere* y que su mención desapareció a causa de una supresión realizada por los compiladores del Digesto). Por su parte, al asociar con el contrato el *ultra citroque obligatio, quod Graeci 'synallagma' vocant*, visible en la *emptio-venditio*, la *locatio conductio* y la *societas*, el autor pretende precisar que el término contrato se refiere a una relación que parte de un acuerdo y tiene como impronta de juridicidad el *ultra citroque obligatio*, es decir, el intercambio concebido en un sentido lato (que faltaba en el mandato, tal y como sostiene la doctrina mayoritaria, por lo que es bastante coherente no encontrarlo al lado de los otros tres tipos)². Finalmente, al ver en el gesto la *res sine verbis facta*, el jurista busca probablemente ilustrar que en él había siempre un vínculo consensual, que solo adquiriría relevancia jurídica en virtud del tipo de actividad, material o jurídica, debida por una de las partes (la *res facta* del fragmento), debido a que el ordenamiento no requería ni la entrega de una *res*, que estaba del todo por fuera de una hipótesis de este tipo, tanto así que no es contemplada tan siquiera por exclusión en el texto, ni el pronunciamiento de los *verba*, ni el uso de las *litterae* (esto último en el caso de presumirse incluido en el texto original).

Esta opinión lleva consigo que Labeón calificaba al mandato como gesto³, negocio falto de un indicador capaz de revelar nítidamente la pertenencia al plano jurídico del acuerdo en que era incorporado, lo que se solucionaba con el compromiso del mandatario de actuar, material o jurídicamente, por cuenta del mandante⁴. Tanto así, que podría incluso suponerse que Labeón, al replantear la definición del *quod quaedam 'agnatur', quaedam 'generatur'*,

LEHNE y P. SCHEIBELREITER (eds.), *'Disputationes Tirolenses'. Tagungsband zum 7. Internationalen Treffen der Jungen Romanist(inn)en*. Innsbruck, 10-12 Mai 2013. Viena, 2014, pp. 105 ss.

2 Cfr. CANNATA, CARLO AUGUSTO. “Labeone, Aristone e il sinallagma”. *Iura*, LVIII, 2010, pp. 42 ss.

3 En el mismo sentido, GROESCHLER, PETER. “Sulle tracce del 'synallagma'. Riflessioni su D. 2.14.7.2 e D. 50.16.19”. *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, III, 2013, pp. 198 s.

4 *Contra*, entre otros, PARICIO, JAVIER. “Una historia del contrato en la jurisprudencia romana”. *Ann. Sem. giur. Palermo*, LIII, 2009, p. 90.

quaedam 'contrahantur', no respetó dicha secuencia y antepuso el contrato al gesto, por la mayor evidencia del momento que dota de juridicidad la figura que de manera programática era considerada en tercer y último lugar. Sin embargo, agrego inmediatamente que cuanto he dicho acerca del gesto es bastante conjetural; una hipótesis que por el momento carece de hallazgos significativos.

II. LA TRIPARTICIÓN DE LABEÓN EN EL ANÁLISIS DE PEDIO

Pasemos ahora a otro texto bastante conocido, nuevamente de Ulpiano: D. 2,14,1,3. En cierto punto encontramos una opinión de Pedio, jurista de la segunda mitad del siglo I d. C. según la literatura más reciente⁵. *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius*, escribe Ulpiano, *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis* (faltan acá las palabras *sive litteris*, que probablemente estaban en el texto original) *fiat; nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*.

Y bien, yo no creo que Pedio se apartara de la doctrina de Labeón al haber dicho lo anterior; estoy convencido de que más bien buscaba aclararla, resaltando que no había ningún contrato, entendido este término tal como lo hacía Labeón, ni vínculo obligatorio incluido en el acto o en el gesto labeoniano, que no tuviese en sí mismo una convención, que por supuesto también se encontraba en las hipótesis en que se actuaba *re, verbis* y *litteris*.

Por lo tanto, si bien para Talamanca⁶ “Pedio, en definitiva, prevé que no nos debemos dejar engañar por la apariencia de la *res*, de los *verba* y de las *litterae*”, ya que “en el plano sociológico hay siempre una *conventio* que subyace en estos elementos formales, por llamarlos de alguna forma”, para mí Pedio advertía claramente cómo en presencia de tales elementos la *conventio* abandonaba el plano sociológico para pasar al plano jurídico⁷.

5 Cfr. GIACHI, CRISTINA. *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*. Milán, 2005, pp. 1 ss.

6 TALAMANCA, MARIO. “‘Conventio’ e ‘stipulatio’”. En: N. BELLOCCI (ed.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano. Siena, 14-15 aprile 1989*. Nápoles, 1991, p. 211.

7 Sigue esta perspectiva también FERCIA, RICCARDO. “Il ‘fieri’ della fattispecie contrattuale ‘sine nomine’ e l’evizione dell’ob rem datum””. *Diritto@Storia*, XIII, n. 12, 2014, pp. 1 ss.

Entonces, es posible afirmar, prescindiendo por el momento de la posición que acoge Pedio con respecto a los contratos innominados –diferente de la de Labeón, por cuanto este no veía en la simple reciprocidad de los compromisos de ejecutar una prestación el indicador para la atribución de juridicidad de los acuerdos de donde provenían, sino que lo hacía en la reciprocidad cualificada de tales compromisos, a través de la actuación de una de las partes frente a la otra–, que la primera jurisprudencia clásica ya había puesto a prueba dos caracteres fundamentales de la realidad jurídica sobre la cual operaba, primero, el origen consensual de varias relaciones obligatorias, y segundo, la incapacidad de que estas se produjeran por la sola convención, debiéndolas acompañar, so pena de quedarse al margen de lo jurídico, un elemento idóneo para conferirles valor en la esfera del derecho. Signo que podía ser interno y de fondo, como el intercambio, presente en la *emptio-venditio*, en la *locatio conductio* y en la *societas*, o el actuar por cuenta del otro, como en el mandato, o externo y formal, como el pronunciamiento de los *verba* propio de la *stipulatio*, la entrega de la cosa, típica del mutuo, del depósito y del comodato, y el uso de las *litterae*, como sucedía en el *nomen transcripticium*.

Por otra parte, este es un resultado reconstructivo que los herederos de Labeón y Pedio habrían acogido o al menos advertido como inmanente al ordenamiento en el cual operaban, más allá de la variedad de tesis respecto a la noción de contrato esbozada por el maestro augusteo, y de las vacilaciones y planteamientos erróneos que expone la reflexión de Gayo.

Basta pensar, a modo de ejemplo, que Ulpiano –quien, como veremos mejor más adelante, compartía la opinión de Pedio, seguida también por Aristón y Mauriciano, acerca del distanciamiento del campo del contrato y del derecho de los acuerdos que tienen como objeto el compromiso recíproco de las partes de cumplir una prestación que no integraba un supuesto típico reconocido y que permanecía sin ejecutarse, así como la pertenencia al área del contrato de los acuerdos con un contenido que no se enmarca en los modelos típicos pero que ha sido ejecutado por una de las partes, como se desprende de D. 2.14.7.2– se limita a ampliar la extensión de la categoría de contrato, al comprender allí, según se desprende de D. 2,14,7,1, además de la *emptio-venditio*, la *locatio conductio* y la *societas* (que ya aparecían en ese orden como ejemplos de contrato en el esquema de Labeón según D. 50,16,19), el *commodatum*, el *depositum* y los *ceteri similes contractus* (identificados y tutelados específicamente por el ordenamiento, de acuerdo con el

exordio de D. 2,14,7,1); es decir, no solo los acuerdos caracterizados por el intercambio que hacía parte de figuras típicas, sino también los supuestos, fundados de todas formas en acuerdos a los que se sumaba un indicador externo o interno de juridicidad, que hacían parte de las figuras típicas que Labeón ponía en la esfera del acto o del gesto.

Al incluir estos supuestos en el ámbito del contrato, Ulpiano hacía suya una posibilidad de sistema que sin embargo ya circulaba entre los *prudentes*. Esta posibilidad en particular se encontraba en la base de la meditación de Gayo con respecto al delicado problema de las fuentes de las obligaciones. Es necesario profundizar en el argumento de cómo es que tal opción parece descender de una operación de síntesis llevada a cabo por este jurista, teniendo en cuenta exclusivamente las figuras típicas, y partiendo de la clasificación de Labeón en D. 50,16,19 y del *dictum Pedii* de D. 2,14,1,3.

III. EL CONTRATO (NOMINADO) Y LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN GAYO

Al tener por constatado, gracias al *dictum Pedii*, que todos los contratos, todos los actos de carácter real, verbal y literal de los que hablaba Labeón, y el mandato, subsumido en el gesto, tenían en sí un acuerdo, Gayo, en el intento de reducir al máximo las categorías adicionales de los datos jurídicos y facilitar así su dominio racional, habría tomado la decisión de unificarlas, para lo que habría considerado suficiente transferir a la clase de los contratos el *agere re, verbis y litteris*, así como el *gerere*. Aquella clase se incrementaría en gran medida, mientras que estas se habrían desvanecido.

Sin embargo, al ser consciente de que los actos, a diferencia de los contratos y del gesto (conformados, para Labeón, respectivamente, por una *conventio* que tuviera una *ultra citroque obligatio* y el compromiso de actuar por cuenta de otro), no se agotaban solo con un acuerdo que tuviera cierto contenido (que podía ser mínimo, como en el caso de la *stipulatio*), sino que exigían para su celebración, ora la entrega de la *res*, ora el pronunciamiento de los *verba* (justo como ocurre con la *stipulatio*), ora el uso de las *litterae*, el mismo Gayo confiaba en poder recuperar y valorizar estas peculiaridades mediante una articulación interna de la agrandada familia de los contratos que, valga la pena decirlo, si hubiera sido formulada de manera congruente habría debido distinguir los contratos (ahora entendidos como las relaciones obligatorias con matriz convencional) en cinco subcategorías, según si el

acuerdo, presente en todos ellos, tuviera un cierto contenido, dando vida a una *ultra citroque obligatio*, o a un vínculo de cooperación gratuito mediante un hacer material o jurídico, o que además de tener un cierto contenido debía estar acompañado por la entrega de la *res*, el pronunciamiento de los *verba* o el uso de los *litterae*.

Es a la luz de lo que se viene de señalar que es posible explicar entonces por qué Gayo, en las *Institutiones* (exactamente en 3,88), propone una *summa divisio* de las obligaciones⁸ en la que ve, no una distribución exhaustiva de las dos especies, sino la repartición más elevada e importante que podía proponer: por un lado, las obligaciones que derivan del contrato, conformado por todas las figuras (típicas) capaces de producirlas en las que fuese posible encontrar un acuerdo (incluidas por Labeón y Pedio en las categorías complementarias de acto, contrato y gesto); y por el otro, aquellas que derivan del delito. *Omnis enim obligatio*, escribe el jurista luego de haber observado que *quarum* (o sea, de las obligaciones) *summa divisio in duas species dicitur*, es decir, cualquier obligación está comprendida en la repartición anunciada, *vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*.

Del mismo modo, con base en lo anterior es posible entender por qué Gayo, también en las *Institutiones*, y justamente en el fragmento que sigue al que acabamos de considerar, delinea una cuatripartición al hacer referencia a las obligaciones *quae ex contractu nascuntur*, cuando sostiene que *aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*.

No obstante, dicha clasificación, si seguimos cuanto he señalado, parece falaz en un punto en particular. En efecto, la coherencia lógica imponía al jurista mencionar junto a la *res*, los *verba* y las *litterae*, no solo el mero acuerdo, elemento que resulta anodino e incoloro al estar presente en toda figura comprendida en el ámbito del contrato (repito, calificada como acto o contrato o gesto de acuerdo con Labeón y Pedio), sino el acuerdo en torno al compromiso de cada una de las partes de llevar a cabo un determinado comportamiento, es decir, el consenso sobre una *ultra citroque obligatio*, si seguimos el lenguaje de Labeón, tal y como sucedía, de acuerdo con los supuestos enunciados por este jurista, en la *emptio-venditio*, la *locatio-conductio* y la *societas*, y luego el acuerdo sobre el compromiso del mandatario de cumplir

8 De estas, en otro lugar pero dentro de la misma obra, el autor suministra una “refinada” noción unitaria, de acuerdo con el análisis innovador de GIUFFRÈ, V. “La definizione di ‘obligatio’ nelle ‘Gai Institutiones’. Un’isola che non c’è?”. *Iura*, LXIV, 2016, pp. 105 ss.

con una actividad por cuenta del mandante. Lo anterior por cuanto ello es el objeto sobre el que recae el acuerdo, o si se prefiere, el contenido particular del acuerdo entre las partes (que se identifica con el vínculo bilateral para la ejecución de una prestación y en el vínculo unilateral para el cumplimiento de un encargo), que se encuentra en el mismo plano de la entrega de la *res*, el pronunciamiento de los *verba* y el uso de las *litterae*, y que funge como indicador de la relevancia jurídica reconocida para ciertas *conventiones*, a la par de los tres elementos formales recién mencionados.

Sin tener en cuenta la perspectiva de Labeón, que al igual que Pedio era sensible a la problemática de los indicadores con que se otorgaba la tutela *sub specie iuris* de los acuerdos que atribuían a una o ambas partes la ejecución de una prestación, Gayo, con su cuatripartición que alineaba *res*, *verba*, *litterae* y *consensus* con el fin de aclarar que la obligación derivada del contrato nacía por la entrega de la cosa, el pronunciamiento de los *verba*, el uso de las *litterae* o la formación del consenso, terminaba ocupándose de otra temática, la que toca, en palabras de Talamanca⁹, con el “momento que determina el nacimiento de la obligación”, o, más bien, con el modo en que se perfeccionaban los supuestos contractuales necesariamente convencionales de donde brotaba la obligación¹⁰. Por otra parte, parece que los juristas llevaban ya tiempo tratando la temática si es cierto, como cree Burdese¹¹, que esta pueda atribuirse a Quinto Mucio, por cuanto Pomponio anotaba en su libro *ad Quinto Mucium*, conservado en D. 46,3,80^[12], con respecto a la tendencial correspondencia entre supuestos constitutivos y extintivos de la obligación: *prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequè cum*

9 TALAMANCA, MARIO. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 536.

10 Cfr. HARKE, JAN DIRK. *Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht*. Berlín, 2013, pp. 17 ss.

11 BURDESE, ALBERTO. “Il contratto romano tra forma, consenso e causa”. En: F. Milazzo (ed.), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell’esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello, 3-7 giugno 2000*. Nápoles, 2004, p. 90.

12 El fragmento es analizado en varios trabajos recientes, entre los cuales señalo: FIORI, ROBERTO. “Contrahere’ e ‘solvere obligationem’ in Q. Mucio Scevola”. En: C. CASCIONE y C. MASI DORIA (eds.), *Fides humanitas ius*. *Studii in onore di L. Labruna*. Nápoles, 2007, III, pp. 1957 ss.; SANTORO, RAIMONDO. “Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)”. *Ann. Sem. giur. Palermo*, LV, 2012, pp. 555 ss.

emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest. Probablemente enunciados de este tipo desviaron a Gayo, llevándolo a la mencionada confusión de niveles de la cual es seguramente responsable. Es posible que este jurista realmente no se haya dado cuenta de que sus referencias —y acá me valgo nuevamente de Talamanca— al “momento que determina el nacimiento de la obligación” y su final valían solo en relación con lo que la fuente trataba de identificar, como, por ejemplo, que la compraventa y el arrendamiento, por cuanto se celebraban gracias al mero consenso, podían dejar de existir por medio del disentiimiento de las partes¹³.

Tal vez consciente del error cometido en la construcción de su famosa cuatripartición, al haber colocado el simple consenso en el mismo nivel de la *res*, los *verba* y las *litterae*, en vez de ubicar el consenso como origen del vínculo bilateral para la ejecución de una prestación y el consenso como origen del vínculo unilateral para el cumplimiento de un encargo, quitando además del medio la temática que acabo de mencionar, Gayo intentó remediarlo en las mismas *Institutiones*, específicamente en 3.135-137, en donde inicia la exposición con respecto a las *obligationes consensu contractae*. Aquí, con impecable coherencia lógica respecto a una elección viciada a todas luces por su equivocación, primero que todo observa que *consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*; y después agrega: *ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.* Gayo, al lado de la problemática sobre el modo en que se perfeccionan los supuestos contractuales con efectos obligatorios tales como la *emptio-venditio*, la *locatio condictio*, la *societas* y el *mandatum*, pudo resaltar que para su integración era suficiente el consentimiento de las partes, sin que el ordenamiento exigiera alguna particularidad en el lenguaje o en la escritura, con la consecuencia de que los negocios de este tipo podían ser celebrados entre ausentes, por ejemplo a través de una carta o un mensajero, al contrario de lo que sucedía en los negocios incapaces de producir efectos obligatorios en ausencia del pronunciamiento de

13 Cfr. CARDILLI, RICCARDO. ‘*Damnatio*’ e ‘*oportere*’ nell’*obbligazione*. Nápoles: Jovene, 2016, pp. 292 ss.