

La tensión consensual y real en las relaciones contractuales (siglos XIV-XIX)*

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA
Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Murcia

RESUMEN

El trabajo estudia las interpretaciones de los juristas modernos y contemporáneos para resolver los desajustes técnicos del derecho castellano que se derivan de la persistencia de la categoría del contrato real desde que el Ordenamiento de Alcalá de 1348 establece el principio de la eficacia obligacional del pacto nudo y aun del consentimiento nudo, que será también esencialmente recogido en el Código Civil.

PALABRAS CLAVE

Pactum nudum; Pactum vestitum; Consentimiento; Promesa; Contrato; Obligación; Perfección; Cumplimiento.

The consensual and real tension in contractual relations (14th-19th centuries)

ABSTRACT

The work studies the interpretations of the modern and the contemporary jurists in order to figure out the technical possible mismatches of the Castilian Law that lead to the persistence of the real contract's category since the Alcalá's Ordenamiento of 1348 establishes the value of the obligational efficiency of the pactum nudum and even of pure consent, that will be also essentially included in the Civil Code.

KEY WORDS

Pactum nudum; Pactum vestitum; Consent; Promise; Contract; Obligation; Perfection; Execution.

Sumario: I. Introducción.—II. Entre la ley de Alcalá y el Código Civil.—III. La inspiración canónica de la ley de Alcalá.—IV. El comedimiento de la doctrina jurídica castellana entre los siglos XVI y XVIII.—V. El *impasse* de la doctrina jurídica española del siglo XIX.—*Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el empeño de la investigación histórico-jurídica, cuando se trata de estudiar la continuidad de ciertos conceptos y principios de instituciones jurídicas civiles caracterizadas por un color de persistencia, conviene tomar ciertas precauciones metodológicas que eviten, sobre todo, una interpretación estática, a modo de comparación de fórmulas decantadas en distintos momentos históricos, para integrar una dinámica de transformación en la comprensión del lenguaje jurídico.

Algunas de estas precauciones son de importancia pero de interés relativo en estas páginas, porque afectan a cuestiones estructurales generales o sistémicas. Por ejemplo, en materia de derecho contractual, la construcción contemporánea de una teoría general de las obligaciones y los contratos no permite su retrotraslación automática para el examen de un derecho bajomedieval y moderno que careció de una construcción similar y optó, empero, por una arquitectura de tipos contractuales (una parte especial, podría decirse, carente en buena medida, aunque no completamente, de parte general), lo que a su vez tampoco excluye la investigación histórica de cuestiones determinadas o elementos de esa estructura. Tratándose sin embargo de principios o esencias institucionales, como el que viene a tratarse en estas páginas, las precauciones son más complejas.

Es sabido que el Código Civil de 1888-1889¹ recibe en herencia de la tradición jurídica de Castilla un principio técnico basilar del derecho contractual, fijado por la ley del ordenamiento de Alcalá de

* Este trabajo de investigación pertenece al proyecto titulado *Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea*, referencia PID2020-113346GB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento

Henares de 1348², según el cual todo pacto o convenio genera obligación en virtud de la voluntad (la voluntad de obligarse) con independencia de que aquel cuente formalmente con vestidura o, por el contrario, se manifieste nudo. A despecho de esta persistencia, la plasmación de la continuidad institucional³ traza sinuosos meandros a la hora de concretar los conceptos en juego y de precisar el alcance de los preceptos. Parecería fácil entender que la voluntad de obligarse ha de verterse en la noción de consentimiento, en calidad del intercambio de voluntades propio de la naturaleza bilateral de los pactos⁴, para deducir entonces que dicho consentimiento funge de clave nuclear y esencia que rige su perfección. Sin embargo, lo cierto es que esta primacía nuclear y esencial del consentimiento no excluyó durante la época moderna, ni tampoco en el cauteloso pensamiento jurídico decimonónico, la simultánea resistencia de la categoría de los contratos reales, cuya perfección no derivaba del sin más consentimiento estricto de las partes, sino antes bien de la *traditio rei*, un requisito que imantó así el modo y el momento en el que el contrato, debidamente constituido, se perfeccionaba, nacía o comenzaba a ser, sin desvelar en absoluto, en su antinomia con la eficacia obligacional de la voluntad pura, si la entrega de la cosa funcionaba ora ciertamente a título de una perfección bien o malentendida, ora como un mecanismo o exigencia formal del contrato, ora en el trance de una consumación obligacional.

Lo que pretende esta investigación histórica (primera precaución) no consiste, como es evidente, en una resolución *a posteriori* del problema (que correspondería, en todo caso, a los civilistas) ni en un reconocimiento de excelencia a cualquiera de las interpretaciones doctrinales que entre los tiempos modernos y contemporáneos se ocuparon, de una u otra manera, de la cuestión, sino en la presentación y el análisis de dichas interpretaciones (restrictivas o extensivas⁵) al compás de los cambios normativos, por lo que tiene de interés el esfuerzo de articulación de unos elementos del derecho contractual cuya tensión era evidente porque necesitaban

to Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

¹ Los artículos citados coinciden en *Código Civil. Edición oficial*, 1888, y *Código Civil. Edición oficial reformada*, 1889.

² En la ley única del título 16 conforme a la edición de ASSO y MANUEL, 1847.

³ La ley de Alcalá fue recogida en las *Ordenanzas Reales de Castilla* (3.8.3), en la *Nueva Recopilación de las leyes de Castilla* (5.16.2) y en la *Novísima Recopilación de las leyes de España* (10.1.1).

⁴ Acerca del pacto, el consentimiento y la bilateralidad en la doctrina de los glosadores, VOLANTE, 2001, pp. 33-36, 51-55.

⁵ Pero no tanto en el sentido especulativo de su contraste con el *ius commune*, sino de su aceptación pacífica o controvertida, mayoritaria o minoritaria, en el ámbito del *ius proprium*.

combinarse en la preservación simultánea de la flexibilidad negociada y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, por un lado, y los criterios de seguridad patrimonial y de control del tráfico jurídico-económico, por otro. La distinta sensibilidad de los juristas modernos y contemporáneos refleja por sí sola este esfuerzo por un equilibrio jurídico, en distintos contextos, que repercutía en la concepción de la esencia, la perfección y la validez de los tipos contractuales.

Por otra parte (segunda precaución), cuando se avanza desde el derecho bajomedieval y moderno hacia el derecho contemporáneo, el rigor histórico exige sin duda respetar la terminología propia de cada época, pero esta evidencia debe adoptarse con una profundidad que supere su literalidad. Como será fácil aceptar, el lenguaje jurídico no evoluciona en una transformación constante de significantes ni de significados: la terminología muta, pero también permanece, y la semántica que se deduce de la misma o de distinta terminología histórica puede coincidir o disentir desde el punto de vista de la problemática a la que se enfrentan las fuentes. Por eso, en estas páginas, no obstante cierta prolijidad, la interpretación de los textos normativos y doctrinales intenta acomodarse estrictamente a los términos utilizados por cada norma o comentario jurídico (y podrá comprobarse que no se utiliza, para cada texto, sino la terminología que el texto arroja), pero a este cuidado se añade otro, que no cabe obviar, sin el cual la interpretación sería estática, y no dinámica como la metodología histórica requiere: hay que reconocer la semántica y la problemática común a la que los juristas responden a veces con términos próximos pero también a veces con términos diversos, empleados no siempre con el mismo rigor técnico o con la misma intención, de tal manera que resulte forzoso contrastar la terminología dispar sobre el sentido y el problema común. Además, cuando los sistemas jurídicos se suceden y los cambios terminológicos ora se frustran ora se precipitan, debe mantenerse la atención sobre la obsolescencia o la innovación conceptual, pero tampoco debe olvidarse que hay materias afectadas que, al cabo, vienen a permanecer tratadas de la misma o análoga forma aun con distintos aparatos conceptuales. Términos como obligación, pacto, contrato, existencia, validez o perfección cabe que figuren en la historia jurídica bajomedieval, moderna y contemporánea con perfiles atinadamente distinguidos, pero también con anfibologías y sustituciones evidentes. El rigor histórico exige un esfuerzo por percibir estas mutaciones, y no debe contentarse con un estatismo terminológico predicado de

cada época que parezca suficiente por su mera apariencia preservadora del anacronismo.

A este criterio sobre el lenguaje jurídico debe añadirse (tercera precaución) el peso del contexto. Esto que parece fácil no lo es tanto, precisamente por la gravedad con la que cuenta la terminología histórica en la formación de las fuentes del derecho, normativas y doctrinales. Pondré un ejemplo para explicarme mejor. Cuando se interpreta la ley de Alcalá que constituye el eje de este trabajo, suele hacerse hincapié en el abandono de la estipulación romana. Como veremos, esta es una lectura cierta, literal y evidente de la ley. Sin embargo, si se empecina en que la finalidad de la ley, en su tiempo histórico, consistió en la eliminación de la estipulación, se comete un error grave o, quizá mejor, un prejuicio de perspectiva, en la medida en la que esa desaparición constatada de la estipulación puede resultar relevante, pero tan solo desde el punto de vista de la evolución del derecho romano⁶. Por el contrario, desde el punto de vista de la comprensión del derecho bajomedieval y moderno, y de su proyección al derecho contemporáneo, de ninguna manera la relevancia puede estribar en la desaparición de la estipulación, por la sencilla razón de que la estipulación, en tiempos bajomedievales y modernos, carecía de relevancia⁷. Así pues, la referencia a la estipulación en la ley de Alcalá debe ser comprendida de otro modo, amén de que tenga que ver con la conservación, por los juristas letrados formados en el *ius commune*, del lenguaje jurídico romano. De esta suerte, el hecho de que la ley de Alcalá decida prescindir de la estipulación, en su momento histórico, es una forma de expresar el planteamiento de una libertad de obligarse que se contrasta con criterios de seguridad jurídica coetánea (como la escritura y la intervención de escribano

⁶ Este es, en realidad, el planteamiento del estudio de GUZMÁN BRITO, 2000, pp. 45-60, cuya lectura del *ius commune* obedece a una comprensión de la evolución de la influencia del derecho romano, pero no a una determinación de los contenidos y principios del *ius commune* y el *usus modernus* en sus concretos contextos culturales y socioeconómicos (se aprecia perfectamente en su metodología *per saltum*, espacial y temporal). Al margen de que el planteamiento del autor no coincide (ni tiene, como es lógico, por qué coincidir: se centra en cuestiones sistemáticas) con el desarrollado aquí, su atención a la doctrina del *ius proprium* castellano es muy relativa; hay que advertir, en particular, que la relevancia que concede a Luis de Molina (sin que neguemos aquí su utilidad para el derecho castellano y lusitano), no podría sustituir a los autores citados en estas páginas, sobre todo porque Molina es un autor posterior a Antonio Gómez, a quien sigue con no poca frecuencia casi al pie de la letra, y además se encuentra precedido por un gran elenco de jurisperitos renacentistas. GUZMÁN BRITO, 2007, pp. 399-400, deja clara su lectura como romanista cuando afirma que la forma estipulatoria quedó en «pura y mera teoría, al menos desde el *Ordenamiento de Alcalá*».

⁷ Tan solo puede plantearse, como hizo ARIAS BONET, 1966, pp. 285-334, la influencia de la estipulación romana en las *promisiones* de las *Partidas*, una obra legal medieval en la que la influencia romana está fuera de toda duda, pero también su construcción de un derecho de elaboración intelectual sobre práctica, científica sobre realista. En el mismo sentido debe leerse a GUZMÁN BRITO, 2007, pp. 395-404.

público), de la misma manera que las aportaciones *espirituales* de la Escuela de Salamanca (muy presentes en estas páginas, como se comprobará en los juristas, civilistas y canonistas, citados) deben ponerse en sintonía con las prácticas mercantilistas del derecho moderno⁸. Por lo tanto, una lectura romanista de la ley de Alcalá es perfectamente viable, y no merece ninguna crítica, pero no puede ocultar lo relevante para un jurista moderno o contemporáneo ni para quien pretenda estudiar la evolución del consensualismo contractual entre la modernidad y la contemporaneidad, pues se equivocará con ese estatismo romano-estipulatorio que ignora la dinámica de un lenguaje integrador (para negarla) de aquella estipulación ya desaparecida en tiempos de Alcalá. A la sazón, lo relevante para un jurista moderno no es confirmar la coexistencia del vigor de los contratos consensuales y el mantenimiento de la categoría de los contratos reales, que en derecho romano no planteaba dificultad justamente en cuanto corrían por dos caminos (*ius civile* e *ius gentium*) que no se excluían⁹, sino la rareza implícita en el mantenimiento de la categoría de los contratos reales bajo los nuevos principios jurídicos de propulsión del consensualismo, como se adivina en los cambios de su legitimación (su concepción como contratos de gracia, por los juristas y teólogos modernos, tras su amplia difusión práctica medieval, en vez de como contratos de derecho de gentes), tal y como resulta asimismo interesante la aceptación pacífica contemporánea de esta tensión probablemente por la decantación de los criterios de seguridad jurídica contractual y patrimonial que, con distintas razones y escenarios políticos y económicos, el derecho medieval y el derecho moderno sostuvieron, sobre todo este último, en una situación de mayor complejidad del poder público, la sociedad y la economía (sin ir más lejos, por razón de la dinámica jurídica del desarrollo mercantil).

II. ENTRE LA LEY DE ALCALÁ Y EL CÓDIGO CIVIL

Antes de leer la influyente ley de Alcalá, quizá sea conveniente aproximarse a los conectados artículos del Código Civil, porque la

⁸ Parece una opinión pacífica, recogida por ejemplo por BUSTOS, pp. 76-77, 79-86, que, sin embargo, debe recordarse frente a lecturas historiográficas que conceden una excesiva función a la moral y la teología en el ámbito jurídico-económico moderno.

⁹ La irrelevancia de la estipulación ya en el derecho medieval (en el que por lo demás se constatan problemas relativos a la perfección real, a la *traditio* o a la escritura que siguen influyendo en la ley de Alcalá y su interpretación moderna) puede comprobarse en FERNÁNDEZ ESPINAR, 1955, pp. 373-528.

sedimentación histórica de sus conceptos tal vez aclare sus sentidos y posibilidades:

Artículo 1254: «El contrato existe desde que una ó varias personas consienten en obligarse, respecto de otra ú otras, á dar alguna cosa ó prestar algún servicio».

Artículo 1258: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes á la buena fe, al uso y á la ley».¹⁰

La «existencia» que incluye el artículo 1254 se refiere a la perfección del contrato porque se trata de una existencia «desde» que, por lo tanto, no tiene que ver de forma estricta con los requisitos o condiciones de validez, sino con el modo temporalmente acotado¹¹ que genera, tal es su efecto, las obligaciones de las partes, como dice el precepto con toda claridad. El artículo 1258 confirma esta interpretación; reza —en general, sin distinguir tipos de contratos— que el contrato se perfecciona «por el mero consentimiento», que fija el modo y tiempo «desde el cual» se produce la obligación. Así las cosas, la obligación es un efecto de la perfección, que se proyecta a la consumación del contrato, la cual, a su vez, consiste en el «cumplimiento de lo expresamente pactado», en el cumplimiento del contenido de las obligaciones¹².

La corroboración de que los artículos 1254 y 1258 se refieren a la esencia y a la perfección del contrato como dos conceptos sustancialmente interconectados, de tal suerte que el consentimiento esencial y la perfección consensual formarían imágenes de un solo espejo, se alcanza en la lectura del artículo 1261, que recoge «los requisitos esenciales para la validez de los contratos»:

¹⁰ El artículo 1258 coincide con el artículo 978 del Proyecto de Código civil de 1851, en LASSO GAITE, 1970. Pero GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1871, p. 6, relaciona con la ley de Alcalá el artículo 974: «Todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado». Implica una lectura de la ley de Alcalá centrada en la tipicidad o atipicidad, nominación o innominación, de los convenios a la luz del *ius commune*.

¹¹ Según MANRESA Y NAVARRO, 1907, p. 600, en el primer artículo citado, como en el segundo, «más bien que definir, lo que hace el Código es indicar, para evitar dudas, el momento en que el contrato existe, en que aparece formado, suponiendo un vínculo de derecho nuevo, no una serie de actos preparatorios; determinar el momento y los requisitos en que estos concluyen y el contrato surge, ese es el propósito de este artículo».

¹² MANRESA Y NAVARRO, 1907, pp. 617-618, explica la diferencia entre el «proceso preparatorio», la perfección y la consumación del contrato; esta última «significa su extinción, debida al cumplimiento de las obligaciones que engendró».

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:
/ 1.º Consentimiento de los contratantes. / 2.º Objeto cierto que sea
materia del contrato. / 3.º Causa de la obligación que se establezca.

Los «requisitos esenciales para la validez» han de existir como presupuestos de la perfección del contrato, y en su preexistencia no indican todavía que el contrato se haya perfeccionado¹³. La presencia del consentimiento (con el que se identificará el modo de perfección) es consecuencia evidente de su naturaleza esencial como cúmulo de voluntades con eficacia obligacional. La validez, empero, exige además objeto cierto y causa¹⁴.

En esta tesitura, se antoja un tanto complicado localizar la función de la *traditio rei*. Conforme a la literalidad de los artículos del Código Civil, no puede considerarse que la *traditio rei* forme parte de la esencia del contrato, ni tampoco aparece reconocida como un requisito esencial de su validez. Parecería lógico considerarla un factor propio de la consumación del contrato, del cumplimiento de las obligaciones (la obligación que existe respecto de la cosa que constituye requisito de validez). Lo que resulta sorprendente y artificioso es que la entrega de la cosa pueda ser considerada modo y tiempo perfectivo del contrato, y no tanto porque no lo pueda ser potencialmente por tradición, como de hecho lo fue en la categorización del *ius commune* y el *usus modernus*, sino porque relativiza

¹³ MANRESA Y NAVARRO, 1907, p. 618, explica la diferencia entre los presupuestos o requisitos de validez y la perfección del contrato: «la perfección viene á significar el nacimiento, la aparición del contrato como tal vínculo obligatorio, resultado de la conformidad á que se llega. La perfección de un acto jurídico supone la concurrencia de aquellos requisitos que su esencia exige, y que determinan la producción de las consecuencias obligatorias que le son propias. Ese instante se produce en los contratos por el mero consentimiento».

¹⁴ En el Proyecto de Código Civil de 1836, en LASSO GAITE, 1970, pp. 130-317, el artículo 948 rezaba: «Contrato es una obligación expresa entre dos o más personas para dar, hacer o no hacer alguna cosa»; este planteamiento contractual no enfoca la perfección del contrato y el consentimiento es mencionado como requisito de validez en el artículo 964 junto con la capacidad legal, el objeto cierto y determinado, y la causa lícita y honesta de la obligación. Si la definición obligacional del contrato en el artículo 948 remite a la naturaleza de la obligación, la perfección de la obligación natural conduce, en círculo vicioso, a los elementos del contrato y así, indirectamente, al consentimiento como uno de ellos (artículo 867: «La obligación natural [...] Nace de convenio cuando contrae una persona que, o no lo ejecuta conforme a los requisitos de la ley, o no puede hacerlo civilmente según la misma»), mientras que respecto de la obligación civil se prescinde del problema perfectivo para centrarse en su eficacia consuntiva y procesal (artículo 869: «Obligación civil es la que con arreglo a las leyes de este Código produce acción civil para reclamar el cumplimiento de ella, y dimana: 1.º, de contrato; 2.º, de quasi contrato; 3.º, de delito, y 4.º, de quasi delito»). En el Proyecto de Código Civil de 1851, *ibidem*, pp. 321-494, parece sugerirse el problema de la perfección del contrato, aunque lo que podría interpretarse como referencia al consentimiento se expresa, con criterio tautológico y típico, como convenio en el artículo 973: «El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, respecto de otra o más, a dar alguna cosa o prestar algún servicio»; esto se cohesiona con la enumeración del consentimiento, como en el proyecto de 1836, entre los elementos del contrato, en el artículo 985, junto con la capacidad, el objeto cierto, la causa lícita y la forma o solemnidad legal.

la virtud nuclear esencial del consentimiento y porque enerva la voluntad de obligarse una vez que su primordial suficiencia contractual fue propulsada de forma general por la ley de Alcalá. Es este respaldo legal a la eficacia obligacional suficiente del consentimiento el que debería haber expelido la categoría de contrato real contra su persistencia.

Aunque el contrato real sigue en boca de los juristas del siglo XIX, con eventual sinsabor o desasosiego, su configuración técnica tuvo origen y explicación en el derecho romano, y su continuidad en el espacio del derecho común, esto es, en el tiempo histórico al que pertenece y con el cual se contrasta el derecho propio de la ley de Alcalá. La lectura de esta ley permite ratificar el influjo castellano en el derecho contractual español codificado, pero también presenciar la manera en la que las categorías de validez o perfección se manifestaron y entreveraron en un peculiar cruce de *ius romanum*, *canonicum*, *commune* y *proprium*. La ley de Alcalá rezaba:

«Como vale la obligacion entre absentes, aunque non aya y estipulacion. / Pareciendo que se quiso un Ome obligar a otro por promision, o por algund contracto, o en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos a quienes se obligó, e non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; o que fue fecha la obligacion del contracto entre absentes; o que fue fecha a Escribano publico, o a otra persona privada en nombre de otro entre absentes; o que se obligó uno de dar, o de fazer alguna cosa a otro: mas que sea valedera la obligacion o el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro, e fazer contracto con el».

Si la ley de Alcalá es interpretada literalmente, su lema clava una situación jurídica que pone en duda la existencia de consentimiento, cual es la obligación «entre ausentes», aprovechando la hipótesis para reforzar la «validez de la obligación». Aún no sabemos qué tipo de acto puede generar esta obligación, pero se hará explícito en seguida. De momento, la duda sobre la existencia de consentimiento se agudiza porque el instrumento que podría probar formalmente su constancia queda excluido: la estipulación. La prueba de que la ley sigue esta cadencia se encuentra en que, de inmediato, al continuar la redacción, se desarrolla el mismo razonamiento planteado a la inversa: consta que existe una obligación que ha nacido de una promesa, de un contrato o «en alguna otra manera» para apuntalar su validez a pesar de la falta de estipulación.

En la ley de Alcalá se determinan las fuentes de las obligaciones: la obligación («sea tenuto») deriva de la promesa o del contrato por los que un hombre «se quiso» obligar con otro. La promesa,

el contrato u «otra manera» son un *numerus apertus* en los que cabe incluir, de acuerdo con el modelo romano¹⁵, la promesa (aceptada), la policitación, el pacto vestido¹⁶ (en puridad, contrato nominado y consensual)¹⁷ y el pacto nudo¹⁸; el mensaje es claro: toda vía jurídica promisorio o convencional genera obligación, lo que a la postre afecta a contratos consensuales, reales e innominados. Si cualquier pacto genera la obligación es porque existe en él un «querer» cuyo objeto es la obligación, una querencia por la obligación o una querencia de la que la obligación es su efecto. Es una idea que se repite al final de la ley: «que sea valedera la obligacion o el contrato que fueren fechos en qualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro, e fazer contracto con el». Aunque en esta oración hay una cierta confusión de conceptos, antes evitada, pues han cambiado «promesas y contratos» por «obligaciones y contratos», la querencia de la obligación permanece incólume. Lo importante es la querencia, la voluntad o el consentimiento, pues queriendo un hombre, se obliga¹⁹.

¿A qué se refiere la ley de Alcalá cuando utiliza el término de «validez»? La «validez» figura dos veces predicada «de la obligación» y una «del contrato», y todas ellas relacionadas con la querencia de obligarse, con la voluntad de obligarse. En el caso del contrato, o en general del pacto o convenio, no hay nada que no se corresponda con la naturaleza esencial del consentimiento: la esencia del consentimiento lo convierte en un evidente y presupuesto requisito de validez, entendida esta en su sentido genuino preperfectivo. Ahora bien, la «validez de la obligación», que es la expresión repetida, nos sitúa en el momento del efecto producido por la perfección del contrato. Hay que entender, en consecuencia, que la validez de la obligación puede significar el efecto del presupuesto de la perfección del contrato (la perfección como un requisito de validez de la obligación), del mismo modo que la perfección del

¹⁵ «*Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum*», según Ulpiano: *Dig.* 50.12.3, en *Corpus Iuris Civilis*, 1928.

¹⁶ BIROCCHI, 1997, pp. 76-80, estudia la función de vestidura de la estipulación.

¹⁷ Incluso una institución cuya naturaleza jurídica resultaría doctrinalmente discutible, como la donación, entre el contrato y el acto de liberalidad (conforme a la exigencia de su aceptación en orden a la formación del consentimiento y con independencia de su discutida consideración perfecta como contrato consensual o real: cf. ÁLVAREZ CORA, 2005, pp. 117-119, 121-122), quedaría incluida sin repulsa en ese aluvión de fuentes obligacionales.

¹⁸ VOLANTE, *Il sistema*, cit., pp. 36-40, 119-135, 145-149, analiza las nociones de pacto, promesa y policitación, así como los de *vestimenta pactorum* y *pactum nudum*, en la doctrina de los glosadores. Como dice BIROCCHI, 1997, p. 51, «nella teoria dei vestimenta il patto nudo era considerato la sostanza, mentre il quid che ad essa poteva congiungersi conferendole la forza obbligatoria era appunto un accidente».

¹⁹ DECOCK, 2013, pp. 178-192, analiza el *animus obligandi*, la *promissio externa* y la *promissio acceptata* en la doctrina jurídica moderna.

contrato tenía como presupuesto el conjunto de los requisitos de validez del contrato mismo (la validez como requisito de la perfección del contrato). Esta interpretación conduce a una conclusión: la ley de Alcalá utiliza el término de «validez» con el significado de «perfección» del contrato o de la promesa, condición de la eficacia obligacional que activa la consumación o cumplimiento de las obligaciones. Por lo tanto, la ley de Alcalá estaría explicando que la voluntad, la querencia, el consentimiento constituye la esencia del contrato y, en rigor, la esencia perfectiva, y que el contrato se perfecciona y la obligación nace por causa directamente del consentimiento como manifestación de la voluntad o querencia de obligarse.

Esta interpretación de la «validez» como perfección del contrato en la ley de Alcalá se confirma probablemente a propósito de la estipulación. La estipulación es «prometimiento con ciertas solemnidades de derecho», si bien, una vez que resulta evidente cómo la voluntad o el consentimiento pervive en cuanto querencia esencial con eficacia obligacional que no necesita ceremonia, y que la promesa es literalmente fuente de las obligaciones junto al contrato, la definición anterior tiene que reducirse a las «solemnidades» jurídicas. Se diría entonces que la ley de Alcalá, al prescindir de la estipulación, ha impedido que la obligación se considere no generada, lo que significaría que el pacto no habría sido perfeccionado antes: al situarse en el plano procesal, se rechaza una excepción que abogue por impedir la consumación del contrato que deriva de su perfección. Por eso, tampoco es necesario para el nacimiento de la obligación, en el mismo plano de la perfección, la intervención de un escribano público o los mecanismos de representación entre ausentes. Como es obvio, esto no significa que quede prohibida la representación ni que se ignoren los supuestos contractuales en los que la ley o la costumbre aconsejen o exijan la intervención de un notario público por razón de la naturaleza del contrato o de la cuantía de su objeto, pero estas condiciones, para no afectar a la perfección, deberían comprenderse como factores o requisitos de validez, presupuestos de la perfección junto al propio consentimiento, sin perjuicio de que el consentimiento quede liberado y solo en su carácter perfectivo.

La estipulación podría entenderse rechazada, en la ley de Alcalá, por cuanto resultaba comprendida en la razón perfectiva formal o solemne del antiguo contrato verbal, frente a la cual se procedía ahora a un reforzamiento de la eficacia obligacional del pacto nudo²⁰. Así lo reiteró secularmente la doctrina jurídica. No obstan-

²⁰ Es interesante que la doctrina de los glosadores, como explica VOLANTE, 2001, p. 122, defina el pacto nudo por la ausencia de dos factores: la *solemnitas* (así el rito verbal

te, da la impresión de que la propia fuerza reconocida a la voluntad de obligarse en la ley empujó a interpretar la estipulación en términos de perfección para rechazar en este campo cualquier elemento formal añadido extraño a la voluntad²¹. La inclusión coordinada de los términos de obligación y contrato en la última proposición de la ley de Alcalá deja un perfume incómodo, un aliento de ambigüedad, puesto que la libertad de forma («que fueren fechos en qualquier manera») que se vincula a la extirpación de la estipulación, en la manifestación o exteriorización del consentimiento, si se predica del contrato retrotrae a los requisitos de validez, pero si se predica de la obligación retrotrae a la perfección del contrato. Por lo demás, la yuxtaposición de estipulación, contrato entre ausentes, contrato ante escribano público, contrato mediante representación y, para terminar, obligación de dar o hacer a favor de otro sujeto, justo cuando la ley pretende relatar todas las formas que no resultan exigibles para que se active la querencia de obligación, demuestra que la voluntad no tiene como límite ni siquiera la previa existencia de la promesa o el contrato. Si la obligación que se deriva no ha de preexistir a la querencia de la voluntad, es que la obligación solo puede ser aquello que deriva de la querencia de la voluntad. En definitiva, ni el pacto mismo es fuente de la obligación. Solo la querencia volitiva, en un consentimiento nudo o puro, casi prejurídico, es fuente de la juridicidad obligacional, que acaso es lo que quiere decirse, con la pátina terminológica romana y del *ius commune*, cuando se insiste en la eficacia de la desnudez del pacto²².

de la estipulación) que «arriva a trascolorarsi nella causa, nella prestazione anticipada che rende obbligatori e vincolanti i contratti innominati», y la *forma negotii*, «il contenuto strutturale proprio di quelle fattispecie riunite [...] nelle tautologia del nomen».

²¹ BIOCCHI, 1997, pp. 47-48, en relación con la tradición romana: «Col che non si vuol dire che dalla compilazione giustiniana emergesse un sistema contrattuale chiuso alle esigenze dell'autonomia privata od orientato verso la tipicità, che sono altra cosa rispetto al dar rilievo alla situazione obiettiva per la nascita dell'obbligazione: senza considerare che la "tipicità" del sistema contrattuale romano non comportava costrizioni alle scelte dei contraenti, le parti potevano porre in essere contratti a schema libero (contratti innominati) e inoltre avevano a disposizione lo strumento della stipulatio [...] Anzi, venutisi ad attenuare ulteriormente i requisiti di forma —ridotti ormai, in età giustiniana, alla mancanza della prova che una delle parti fosse stata assente nella città nella giornata di conclusione del negozio— sulla stipulatio sembrano scaricarsi le aporie di tutto il sistema: perché, mentre essa rimaneva un contratto formale verbale (non era dunque il contratto-paradigma del nostro ordinamento), da un lato i requisiti di forma erano appena un velo e semmai la prassiolgeva a tramutare i verba in scripta; e dall'altro la libertà di forma era compensata dall'emergere del requisito de la causa, la cui mancanza poteva essere eccepita per paralizzare l'azione».

²² BIOCCHI, 1997, pp. 80-81, no ve en la ley de Alcalá nada «revolucionario», sino una convencional excepción a la regla *ex nudo pacto actio non oritur*. Quizá no percibe el consentimiento nudo más allá del pacto nudo porque su lectura es solo doctrinal (la ley, tan solo en cita), cuando la doctrina castellana, como veremos, tira de las riendas contra el desbocarse de la voluntad. Por su parte, DECOCK, 2013, p. 161, advierte acertadamente de que «The *Ordenamiento de Alcalá* was mostly interpreted in a restrictive way».

Sería radicalmente el desnudo del propio cuerpo desvestido, dejando al aire el consentimiento obligacional como esencia perfecta. Tenía razón Diego Pérez de Salamanca:

«*Nam in hac lege Regia, & ejus decisione non requiritur pactum nudum, ex quo oriatur obligatio naturalis, sed sat est sola voluntas, & animus obligandi, ut efficaciter maneat obligatus, quod constat, cum ex sola promissione oriatur actio, & obligatio, ut praemissum est, & in hoc excedit jus canonicum: ergo a fortiori ex pacto nudo, & reciproca pollicitatione, & promissione facta in contractu innominato hodie oriatur actio ex nostrae legis littera*». ²³

En esta semántica torturada entre validez y perfección, en la que las formas obligacionales oscilan como llamas extingüibles o propagables, la *traditio rei* continúa adoleciendo de un acomodo espinoso en cuanto razón de un modo de perfección contractual. Excluida su función como requisito de validez, que se reduciría a la cosa, la categoría de contrato real permanece como pacto extraño, la entrega de la cosa como vestidura insólita, máxime cuando la ley ha catapultado esa querencia de obligación extrema que se ha desencapotado del haz de formas. Mas el contrato real resiste, y no solo en la doctrina jurídica del *ius commune* y del *usus modernus* ajena a la singularidad jurídica castellana, sino también en la que forma parte de este último *ius proprium*.

En este sentido hay algo que añadir. Como es sabido, en la ley primera de Toro se incorporó y actualizó el orden de prelación de fuentes de la ley primera del título veintiocho del ordenamiento de Alcalá, que anteponía la ley del rey a cualquier otra ley. Desde luego, la ley de Alcalá que nos ocupa formaría parte, como ley del rey, de aquellas leyes aplicables con preferencia. Supletorias, las leyes de las *Partidas* vieron reconocida su vigencia en Alcalá y en Toro, incorporado a su través, por lo que aquí más importa, el régimen jurídico romano de promesas y contratos consensuales, reales e innominados. Respetado en consecuencia este orden de leyes, persistente por lo demás mediante la sucesiva recopilación oficial de las leyes citadas, teóricamente en Castilla la interpretación de todos los contratos debería estar presidida, con pulso firme y sin solución de continuidad, por el principio de perfección consensual recogido en nuestra ley de Alcalá.

²³ PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, pp. 603-604, considera el criterio de la ley de Alcalá como contrario no solo al *ius commune*, sino también al *ius canonicum*.

III. LA INSPIRACIÓN CANÓNICA DE LA LEY DE ALCALÁ

Si en la ley de Alcalá se contempla una esencia y perfección consensual del pacto y una forma bien excluida de la perfección, bien desplazada (positiva y negativamente) hacia los requisitos legales de validez, la imperfecta comprensión de la *traditio rei* en esta marea conceptual tal vez pueda ajustarse por otro camino. La lectura de la ley de Alcalá como un reconocimiento de la eficacia obligacional del pacto nudo obedece a una interpretación que toma en cuenta el influjo del *ius canonicum*²⁴ y, en concreto, de las *Decretales* del papa Gregorio IX, donde se encuentra un precepto afirmativo que, a diferencia de la norma castellana, nada dice a propósito de la estipulación:

«*Pacta quantumcunque nuda servanda sunt. / Ex concilio Africano. [...] Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus, si se non cohibuerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi: Pax servetur, pacta custodiantur*».²⁵

Un canonista renacentista como Henricus Boich leerá tranquilamente el precepto con una perspectiva procesal, caracterizando el pacto nudo como fuente de la acción bajo la contundencia de un criterio espiritual (a favor del solo consentimiento) que se mantendrá a todo trance exclusivamente en el ámbito del derecho canónico²⁶. En el ámbito secular, sin embargo, seguirá muy presente la tradición histórico-jurídica romana a la que obedecía la categoría de los contratos reales y donde la eficacia del pacto nudo se admitía mediante la conversión en un contrato especialmente nominado²⁷, noción en la que había que incluir tan solo a los contratos consensuales y la estipulación²⁸. Esto quiere decir que el pacto nudo alcanzaba eficacia civil cuando se vestía, lo que implicaba que el pacto nudo pertinaz carecía de ella. Se entendería, por lo tanto, que el contrato no consensual o el contrato no verbal o formal (no estipulatorio) es aquel que «*non transit in speciale nomen*

²⁴ Influjo específicamente en lo que se refiere a la eficacia obligacional del pacto nudo sin necesidad de estipulación según la interpretación pacífica verbigracia de MOLINA, 1659, col. 22.

²⁵ *Decretalium D. Gregorii Papae IX compilatio*, 1.35.1, en *Corpus Iuris Canonici*, 1955.

²⁶ Para la persistencia vale como ejemplo el canonista barroco GONZÁLEZ TÉLLEZ, 1673, p. 861: «*Ex hoc textu, praecipue ex illis verbis: Pax servetur, pacta custodiantur; deducunt communiter Interpretes, Ex pacto nudo iure canonico actionem dari, & ipsam nudam conventionem non solum exceptionem, verum & efficacem actionem producere*».

²⁷ Como dice MOLINA, 1659, col. 15, el hecho de que el contrato tenga una específica nominación es suficiente vestidura.

²⁸ Sobre el posible origen estipulatorio («conexión de estipulaciones interdependientes») del contrato consensual, D'ORS, 1991, pp. 516 y 540 n. 5.

contractus»²⁹ y no obliga. El contrato real resultaba así un contrato sin adjetivo, innominado, perfilado en la órbita del *ius gentium*³⁰, cuya eficacia obligacional dependía —además de exigencias de razón y honestidad— de que vistiera su pacto si es que pretendía habilitarse para generar la acción. De modo que la vestidura cubría *interventu rei* o *traditione rei* al contrato no consensual ni formal, lo que incluía tanto la permuta (y el resto de los contratos innominados) como los contratos reales³¹.

Por lo tanto, es evidente que la ley de Alcalá prefirió el criterio canónico favorable al pacto nudo, lejos de las restricciones civiles, si bien, como ya sabemos, la idea del pacto nudo solo fue en la ley de Alcalá un punto de partida³² para proceder, acto seguido, a desnudarlo³³.

A raíz de este origen explicado por Boich, la vestidura de la *traditio rei* podría considerarse ligada al modo de perfección, habida cuenta de la consolidación de la categoría de contrato real y de su contraste (vestiduras de la perfección) con el contrato consensual (consentimiento perfeccionador) e incluso con el formal (forma perfeccionadora). Por otra parte, no se detecta un concepto claro de perfección que impida plantear los mismos elementos (consentimiento, forma, entrega de la cosa) como requisitos esenciales de validez. Hay que tener en cuenta que Boich se refiere siempre al efecto procesal, a la acción, y que con este punto de vista los requisitos de validez son, en negativo, las causas eventuales de nulidad del contrato en el momento previo constitutivo, como dice Martín Bonacina de los requisitos solemnes sustanciales *a iure*, previos a la generación de las obligaciones por el contrato³⁴ y, como es obvio, al cumplimiento de estas mismas obligaciones.

Para Emmanuel González Téllez, un canonista del Seiscientos, el pacto (el contrato, la convención³⁵) es tal en virtud del consentimiento, y un contrato aprobado *a iure* pero que carezca del consentimiento de las partes ha de juzgarse nulo. Esto quiere decir que el

²⁹ D'ORS, 1991, p. 452: «Se construyó así la categoría general de los contratos 'innominados', es decir, aquellos convenios de obligarse recíprocamente que, al no coincidir con los negocios contractuales tipificados por el derecho clásico como tales contratos (de buena fe), no podían obligar por sí mismos, pero sí obligaban desde el momento en que una de las partes se adelantaba a cumplir lo convenido; en este sentido los contratos innominados son contratos "reales" y no "consensuales"».

³⁰ En relación con la contratación en el *ius civile* y el *ius gentium*, VOLANTE, 2001, pp. 167-171, 179-194.

³¹ BOICH, 1576, p. 145.

³² Un punto de partida que debe situarse en el planeta de la crítica de la doctrina moderna al *vestimentum*, examinada por BIROCCHI, 1997, pp. 82-94.

³³ Recuérdense las últimas palabras transcritas de Diego Pérez de Salamanca.

³⁴ BONACINA, 1629, p. 699.

³⁵ Sobre la noción de *conventio* en la doctrina de los glosadores, VOLANTE, 2001, pp. 47-50.

consentimiento es una esencia (aun perfectiva) en general de todo contrato y un requisito esencial de su validez, binomio de nociones que se aproxima a los planteamientos de la ley de Alcalá. Distingue entonces González Téllez entre el pacto legítimo y el pacto nudo (o la promesa nuda³⁶, otro detalle común con la ley de Alcalá): el primero es aprobado por el *ius civile*, tiene como causa la producción de una obligación y se encuentra nominado³⁷, en tanto que el segundo, según la definición de Ulpiano, «*tantum stant in puris terminis conuentionis, nec habent in se negotium aliquod*». Esta última clasificación responde a una distinción formal que preserva la fuerza del consentimiento en pactos legítimos y nudos, aunque, contradictoria y simultáneamente, parezca arrinconar en el pacto nudo, como posibilidad aformal y acausal («*quia causam nullam habet praeter conuentionem*»), el concepto que atesora la fuerza jurídica nuclear y por sí sola del consentimiento, o sea el «*nudus consensus*»³⁸. No obstante, este «*nudus consensus*» no llega a separarse o a romper el vínculo con el pacto nudo, contra lo que parece suceder en la ley de Alcalá.

Ahora bien, si el nudo consentimiento no se alza sobre el pacto nudo, quizá pueda expresarse la misma operación mediante la devaluación del consentimiento que subyace en el pacto nudo. González Téllez, tras el recordatorio de que el pacto nudo no produce acción en el *ius civile*, con la clásica propensión tuitiva canónica de la eficacia obligacional del pacto nudo, apunta una idea peculiar: el pacto nudo opera «*ex animo non deliberato, & magis ioci & iactantiae causa, quam voluntate se obligandi promittere*», de manera que el consentimiento que parecería propio del pacto nudo se transfigura, en su seno, en un consentimiento demacrado, sin eclosión autónoma. Si el consentimiento se retrae al pacto nudo, el consentimiento nudo al margen del pacto nudo tiene abierta su propia eficacia³⁹. A la par, por otra ruta, el canonista recoge casos excepcionales en los que el pacto nudo produciría acción civil, como la convalidación mediante ley especial o los pactos realizados en juicio. Por último, para resolver tajante cualquier tipo de

³⁶ GONZÁLEZ TÉLLEZ, 1673, p. 861.

³⁷ Para el problema de la causa de la estipulación, BIROCCHI, 1997, pp. 67-76.

³⁸ GONZÁLEZ TÉLLEZ, 1673, pp. 862-863.

³⁹ La posición de la ley de Alcalá es contraria al *ius commune* pues, teniendo en cuenta lo que dice VOLANTE, 2001, pp. 347-357, acerca de la interpretación de los glosadores, en el pacto nudo se refugia un consentimiento que, cualificado por su declaración, tenía en el pacto vestido la exigencia de la *solemnitas*, y así «Una cosa è dunque riuscire a tenere distinti il consenso dalla iuris sollemnitas, con un'operazione condotta ex post, di pregno carattere ricostruttivo; altra cosa è riconnettere al puro fatto dell'accordo un'efficacia giuridica che possa sfuggire all'imperio della trama dei vestimenta», de modo que «L'unico effetto impossibile a concepirsi è la nascita di un accordo privo di qualificazione, cifra interpretativa che anima anche la riflessione degli Ultramontani».

contradicción, realza el concepto que mejor puede fundamentar la especialidad de la solución canónica pero también su generalización: la *aequitas*⁴⁰. En este sentido, la operatividad del pacto nudo admite un cauce de legitimidad generalizadora que evita las dificultosas articulaciones regulares o irregulares de vestiduras pacticias. Esta equidad canónica ha podido ser fuente de inspiración, mejor que la propia teoría del pacto nudo, en la configuración del establecimiento de la ley de Alcalá.

IV. EL COMEDIMIENTO DE LA DOCTRINA JURÍDICA CASTELLANA ENTRE LOS SIGLOS XVI Y XVIII

Los canonistas de los siglos XVI y XVII perfilaron el criterio canónico que inspiró la ley de Alcalá, pero ni generalizaron la virtud del pacto nudo hacia el ámbito civil, propio de aquella ley, ni extremaron radicalmente su eficacia hacia un consentimiento nudo, característico de cualquier negocio jurídico. Por lo tanto, el *ius proprium* de Castilla asumió en su ordenamiento una dirección drástica y excesiva para el *ius civile romanorum*, el *ius canonicum* y también para el *ius commune*. Los doctores bajomedievales y modernos glosaron y comentaron *iura propria* que carecían de la originalidad normativa castellana y solían reconocer al derecho común, con su aparato de vestiduras contractuales, una virtud supletoria. A la hora de interpretar la relación entre la ley de Alcalá y la figura del contrato real, conviene no alejarse, por lo tanto, de la doctrina jurídica castellana para verificar si su interpretación inflama el espíritu de la ley de Alcalá o lo edulcora.

La interpretación más respetuosa hacia la contundencia voluntarista de la ley de Alcalá quizá sea la de Bartolomé de Albornoz, un jurista con tendencia a la elaboración de dogmas y sistemas peculiares, con una agudizada simpatía por la geometría jurídica conceptual⁴¹. Su *Arte* nada tiene que ver con los habituales enjambres de citas de autoridades y referencias bibliográficas del *usus modernus*. Muy selectivo respecto del material consultado para sus disquisiciones, prefiere mostrarse al servicio de su propia composición de ideas. Tal vez por esta razón no sorprende su interpretación directa y literal de la ley de Alcalá: la rápida toma

⁴⁰ GONZÁLEZ TÉLLEZ, 1673, pp. 863-864, 866. La equidad y la razón natural, y la fe a su través, fundamentan la ley de Alcalá, según PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, p. 598. Sobre la relación entre pacto y equidad en la doctrina de los glosadores, VOLANTE, 2001, pp. 25-30; en la doctrina de los comentaristas, DECOCK, 2013, pp. 331-333.

⁴¹ Léanse las páginas que le dedica BIROCCHI, 1997, pp. 228-233.

de conciencia de su voluntarismo enérgico. Dice Albornoz, practicando una cirugía del consentimiento en la vorágine del contrato, la obligación y la acción:

«Contracto es Obligacion de vna parte a otra, llamase assi, porque dos voluntades diuersas se vienen a traher a vn consentimiento, y el contrario deste, se llama Distracto, que es quando dos partes o voluntades que han consentido en vna cosa, por voluntad de entrambas se apartan de ella. [...] De este Contracto que he dicho, que es el consentimiento de las partes que en alguna cosa se conuienen, nasce la Obligacion, que es el derecho passiuo por donde el que se obliga esta atado a cumplir lo que prometio. Esto quiere dezir Obligacion [...] Digo resolutamente, que la Action no nasce de la obligacion, ni tiene que ver con ella, sino entrambas del Contracto de quien ygualmente proceden. Y para esto repito el primer presupuesto, que el Contracto es consentimiento de los contrayentes. Este Contracto que es la causa original produze de si dos effectos correlatiuos, que el vno no se puede dar ni aun considerar sin el otro, que son en el obligado la Obligacion, y en aquel a quien se obligo la Action, entrambos ygualmente, que por el mismo caso que el Obligado tiene obligacion de cumplir la promessa, aquel a quien se obligo (que es el otro extremo) tiene derecho de se la pedir, y por el mismo caso que el Actor tiene derecho de pedir, se ha de dar el otro extremo, que es a quien ha de pedir, y aquel a quien ha de pedir, forçosamente ha de estar obligado. Assi que la action y la obligacion, son correlatiuos, que no se puede dar el vno sin el otro [...] Esto presupuesto digo que la Action y Obligacion no se dan la vna a la otra el nombre, sino que entrambas le toman del Contracto ques su causa, y si el Contracto es entre personas, que no obligan mas de sus personas, la obligacion y la Action seran Personales, porque no puede la vna tener nombre contrario de la otra, y si el Contracto es Real, donde las personas no se obligan, sino que obligan sus cosas, se llaman la Obligacion y la Action Reales. Mas si el Contracto es Mixto o compuesto, quiero dezir que hay Obligacion de Persona y Obligacion de Cosas, entonces la Obligacion y la Action se llaman Mixtas que quiere dezir mezcladas de lo vno y de lo otro, y siempre tomaran nombre la vna y la otra del Contracto donde tienen origen».⁴²

Así pues, en principio el contrato se define como una obligación. Pero la esencia del contrato es en realidad el consentimiento en el que convienen las partes, resultado de la confluencia de las voluntades. En consecuencia, hay que rectificar la definición, de modo que el contrato beba de la esencia del consentimiento. Cuando se afirma después que la obligación nace del consentimiento, la definición del contrato en virtud del consentimiento tiene que haber querido decir, a redropelo, que en rigor el contrato se ha perfeccionado por el consentimiento, de suerte que ulteriormente ha produ-

⁴² ALBORNOZ, 1573, pp. 3r-v.

cido el efecto de la obligación. Obligación y acción son efectos del nacimiento del contrato, luego de la formación del consentimiento que lo ha perfeccionado. Para zanjar la cuestión, si el contrato es la «causa original» de acción y obligación, y a su vez el contrato es el consentimiento, el consentimiento ha de ser la mismísima «causa original» (perfectiva). Por lo tanto, Albornoz tiene muy fácil, desde este momento, localizar el problema de la naturaleza real o personal en la obligación, o sea, en un efecto y no en la esencia, del contrato⁴³. Al hacerlo así, logrando la armonía entre la perfección consensual y la clasificación obligacional real (típica del contrato real) y personal (típica del contrato consensual), puede permitirse extender también al origen contractual de la obligación, como un fleco de la tradición, los calificativos de real o personal. Se trata de una construcción doctrinal que combina el vigor consensual del pacto nudo con la clasificación obligacional (no perfectiva, sino consuntiva) de los distintos tipos de contratos. La prueba de su vigor reside en que, advertido el campo de la consumación obligacional como distinguible de la perfección, todavía permite subrayar alguna otra diferencia entre los contratos sin relativizar el ánimo negocial, como el hecho de que, perfeccionado todo contrato mediante el consentimiento, la transmisión del objeto se singularice en régimen de derecho de propiedad (contrato consensual) o bien de posesión (contrato real)⁴⁴.

Es cierto que la explicación de Albornoz, tan iluminada por la ley de Alcalá, no puede proponerse a título de opinión común. En Albornoz hay vacilaciones casi inconscientes, resultado de cómo se deja sentir el peso del *ius commune*. A propósito de la *exceptio non numeratae pecuniae* en el contrato (real) de préstamo, el jurista resbala al decir que «el entrego de la cosa prestada haze el contracto, no la confession de el recibo», una oración en la que la *traditio rei* no tiene solo un alcance obligacional como efecto del contrato, sino que determina antes el acto en el que estriba la perfección del contrato. Si la atribución al contrato de los calificativos (personal, real) de la obligación puede explicar este desliz, quizá pese también la idea según la cual un cumplimiento del contrato «desde luego», *in continenti*, excluye la obligación («no hauria obligacion, ni fiança, mas porem la hai: porque no se haze luego lo que se ha de hazer»)⁴⁵, excentricidad que reduciría por naturaleza la obligación, con mayor motivo si la *traditio rei* fuese inmediata a la perfección (o se considera la perfección misma), a la

⁴³ Para la distinción romana del contrato y la obligación (e incluso de la acción), así como del contrato real y la *obligatio re*, HERRERA BRAVO, 1988, III, pp. 569-574, 577-588.

⁴⁴ ALBORNOZ, 1573, pp. 34r, 37r, 49r.

⁴⁵ ALBORNOZ, 1573, pp. 37r, 50r.

obligación personal. Paradójicamente, las complicaciones de Albornoz se suscitan por el hecho de no continuar en su línea de pensamiento, por la vía leal al *ius proprium*, y hacerse eco del funcionamiento de las categorías tradicionales de contrato consensual y real en el *ius commune*.

Este comedimiento que deriva en la vocación por cohonestar conceptos, clasificaciones y equívocos del *ius commune* con el ímpetu de la ley de Alcalá será la tónica recurrente en la doctrina. Además, se comprende enseguida que el desajuste entre perfección consensual y contrato real ha de mantenerse en un escenario de indistinción de conceptos relativos a la vida del contrato, pues su caldo de cultivo característico es precisamente la anfibología escolástica.

En un civilista castellano del Quinientos tan respetado y citado como Antonio Gómez⁴⁶ se confunden la perfección, la celebración y la validez del contrato, aunque parece claro que el factor perfecto está concretado, conforme a la vigencia de la ley de Alcalá, en el consentimiento de las partes. En vez de separar en abstracto estadios de la vida contractual (validez, perfección, consumación), Gómez pretende explicar con elegancia la fuerza del consentimiento desde la atención a la función de la estipulación de la que la ley de Alcalá ha prescindido:

«Contractus, qui perficitur & celebratur consensu, est ille, ad cuius validitatem non requiritur stipulatio, neque alia formalis solemnitas, nisi solus consensus ultimatus partium [...] Quos omnes per ordinem magistraliter prosequendo, in primis se offert contractus emptionis & venditionis, qui frequens & quotidianus est, & a quolibet fieri potest, dum tamen habeat sensum & intellec-

⁴⁶ Otro jurista castellano al que dedica atención BROCCHI, 1997, pp. 246-254. Adenlamos dos relevantes claves de su interpretación del pensamiento de Antonio Gómez, en p. 251: «Gli elementi del suo ragionamento erano i medesimi su cui la giurisprudenza medievale aveva costruito la teoria dell'azionabilità del patto tramite la veste della stipulatio o la dottrina della sovrapposizione della stipulatio ad un contratto innominato [...] Ma prendendosi ora atto in modo decisivo della legislazione castigliana, crollava tutta l'impalcatura nella quale ogni elemento si appoggiava sull'altro e la teoria si semplificava sia per l'equiparazione tra pacta, contratto innominato e stipulatio, sia per l'unificazione del significato della causa richiesto per l'azionabilità dell'accordo»; y en pp. 253-254: «Il giurista spagnolo era piuttosto un autore in cui il profilo teorico si fondeva perfettamente con quello pratico nella costruzione del diritto nazionale: un diritto che, nella sua interpretazione, non era costituito semplicemente dal diritto regio in espansione, ma che si enucleava anche dall'esperienza del diritto comune romano-canonico e che presentava soluzioni talvolta originali». En nuestras páginas se considerará antes bien (a tenor de la mayor relevancia que se concede a la interpretación de la ley de Alcalá) cómo la originalidad de Gómez no es un mérito especulativo, sino que deriva de la artificiosidad de su acomodación forzada de la ley al *ius commune*, tal vez como senda para disimular la reticencia hacia sus adivinados y desmesurados efectos en la práctica jurídica. Esta reticencia de Gómez no es admitida por DECOCK, 2013, pp. 161-162, cuando explica que la interpretación restrictiva de la ley de Alcalá (para nosotros doctrinalmente generalizable) «was definitively refuted by Antonio Gómez» con una «extensive interpretation».

*tum, nisi lege prohibeatur. In quo requiruntur pro forma res ex parte venditoris, & pretium ex parte emptoris, & simul consensus partium».*⁴⁷

La exclusión de la obsoleta estipulación, conforme a la ley de Alcalá, implica la eliminación de una forma solemne como modo perfectivo (supresión del contrato formal), puesto que la perfección ahora se reduce al consentimiento, e implica asimismo la eliminación de un requisito de forma solemne de validez, pues la forma («*pro forma*») se ciñe a los requisitos esenciales de validez y queda así reducida a una relación en la que solo figuran el objeto, el precio y el consentimiento. La estipulación de la que se prescinde es comprendida como una vestidura para la perfección y como un requisito para la validez del contrato; si se descarta la estipulación porque basta únicamente el consentimiento, el consentimiento se convierte «*pro forma*» en la vestidura suficiente del contrato y sigue siendo una condición esencial de validez. Forma y perfección son conceptos bajo sinonimia en el reino del consentimiento; al unísono, la estipulación, que constituía un negocio formal, ha visto desaparecer este modo propio de perfección, desairada además su presencia como forma, en la relación de los requisitos de validez que acompañan al consentimiento. Gómez mantiene el pulso de la ley de Alcalá en el sentido de la absorción, por parte del consentimiento, de la esencia, la validez y la perfección del contrato. Visto desde la forma de la estipulación, ya no queda más forma que el consentimiento.

Ahora bien, si no hay una forma de validez o de consumación contractual conceptualmente separada de la forma perfectiva⁴⁸, la contradicción del contrato real con la eficacia del pacto nudo no queda superada, porque la *traditio rei* disputará al consentimiento la clave que conecta directamente con la esencia contractual, que es el modo perfectivo (pues no cabe que se plantee de forma alternativa, en su naturaleza de prestación, en cuanto requisito de vali-

⁴⁷ GÓMEZ, 1780, p. 433.

⁴⁸ Dice VOLANTE, 2001, p. 149, en su estudio de la interpretación de los glosadores: «Individuare nel patto nudo l'accordo cui non segue la tradizione della cosa significa, se inteso nei termini della glossa appena citata, ammettere un concetto che smentisce il fondamento stesso dell'architettura complessiva. La stessa glosa è costretta ad ammettere, difatti, che anche taluni patti vestiti non sono caratterizzati dalla *traditio*, e finisce così per proporre una nozione di nudo patto fatta non per integrare, bensì per giustapporsi alla *diarchia* che anima il sistema. In questi termini, questa seconda nozione di patto nudo dovrebbe indicare la realtà del contratto perfetto quanto alla sua qualificazione, ma ancora privo dell'inizio dell'esecuzione che nei contratti traslativi è unico titolo alla costituzione del diritto di proprietà nella sfera patrimoniale del ricevente. Un significato più specifico, dunque, che non è in grado di comprendere tutte quelle fattispecie contrattuali che non hanno tipicamente effetti traslativi e che non vedono, conseguentemente, la *traditio* fra gli elementi della fattispecie esecutiva».

dez formal, como demuestra la mera presencia del objeto, y no de su entrega, junto con el precio y el consentimiento). Gómez lo reconoce cuando, en el contrato real, en orden a la forma de perfección, no considera necesarios ni una solemnidad determinada (como la estipulación), ni un consentimiento formal:

«*Principaliter, & secundo dixi, quod contractus celebratur Re: Et breviter & resolute dico, quod contractus qui celebratur Re, est ille, ad cuius validitatem & perfectionem non requiritur solemnitas verborum, nec consensus formalis determinatus, sed principaliter traditio rei, ut mutuum, commodatum, depositum, & similis contratus: quia ipsa res principaliter designat in quo vel quando contrahatur obligatorio*». ⁴⁹

El contrato real, como el contrato consensual, no requiere forma de estipulación ni cualquier otra solemnidad verbal para su perfección. Pero el contrato real tampoco requiere, para su perfección, «*consensus formalis*», lo cual o bien cae en la tautología (la forma de perfección del contrato real no consiste en el consentimiento, luego el consentimiento como forma de la perfección queda excluido conforme a la naturaleza presumida en el contrato real) o bien no se termina de comprender, porque en último término el consentimiento formal no es otra cosa (contra el artificio de su desdoblamiento) que el consentimiento nuclear y expansivo que ha sustituido a la estipulación en cualquier tipo de contrato, de manera general. Si la perfección del consentimiento se produce en virtud del consentimiento, y la del contrato real se produce en virtud de la *traditio rei*, la obligación no nace, en el segundo, del consentimiento en exclusiva, frente a lo que defendía la ley de Alcalá.

En realidad, Gómez no habla del contrato en general para referirse después al contrato consensual y sucesivamente al real, sino que se ha ocupado de un contrato general que considera consensual conforme a la tradición romana y, después, se ha dedicado a un contrato singular cuya naturaleza real es, perfectamente, distinta. Por eso su concepción del pacto nudo tiene que ser estricta en el sentido de opuesta al contrato verbal que resultaba propio de la estipulación como forma solemne: tras definir la estipulación y la policitación tiene lugar la definición del pacto nudo como «*duorum, pluriumve idem placitum & consensus sine aliqua forma & solemnitate verborum*». Gómez, en este discurso cada vez más forzado por el respeto hacia el *ius commune* y su ascendencia romana, parece comprender que, si se deja llevar, acabará a la deriva contra ley, y entonces añade dos precisiones significativas. Por una parte,

⁴⁹ GÓMEZ, 1780, p. 598.

la opinión de que todo contrato necesita el consentimiento, de manera que la solemnidad formal de un contrato verbal alude a una ceremonia añadida, por mucho que pueda considerarse «*principaliter*». Por otra parte, la opinión de que, mientras la policitación puede ser promesa sin aceptación⁵⁰ o consentimiento expreso entre presentes o ausentes, el pacto nudo se refiere a la relación jurídica entre presentes con una aceptación expresa. Se quiere dar ahora a entender que el consentimiento que se reclama para el pacto nudo, figura de por sí evocadora de la fuerza del consentimiento, es un «*consensus formalis*», un consentimiento que se formaliza para cumplir con su función de esencia y validez y con la función formal perfectiva de la desaparecida estipulación⁵¹: vuelta al principio.

En la interpretación que hace Gómez de la ley de Alcalá reconoce, a tenor de la referencia incluida en la ley a la obligación del ausente, que en ella cabe tanto la policitación como el pacto nudo⁵², de suerte que, sin el requisito de la estipulación, la acción y la obligación han de nacer de la promesa o del contrato. En este instante, dedicado a comentar expresamente la ley de Alcalá, Gómez se pone al servicio del *ius proprium* para admitir que la fuerza de la voluntad y de la intención de las partes va más allá del ámbito formal que ha excluido la estipulación, aceptando que es la exclusiva voluntad e intención de las partes la que origina la obligación. Por lo tanto, hay una eficacia obligacional de un consentimiento esencial que supera al consentimiento formal:

«*Hodie tamen de jure Regio nulla requiritur stipulatio in aliquo actu, vel contractu, sed indistincte oritur actio & obligatio ex pollicitatione, vel quolibet nudo & simplici pacto, vel ex qualibet promissione; ita disponit illa lex valde generalis, & comprehensiva 3. tit. 8. lib. 3. Ordinam. Imo non requiritur expressa & formalis promissio; sed sufficit sola voluntas & intentio partis volentis se obligare, ita expresse probat, in quantum dicit: Pareciendo que un se quiso obligar a otro, quede obligado, &c. Ex qua generaliter collige, quod ex omni actu, vel promissione, ex qua jure communi nulla oriebatur actio nec obligatio civilis nec naturalis, hodie ori-*

⁵⁰ PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, p. 600, considera que en la no necesidad de aceptación, la ley de Alcalá excede la concepción del pacto nudo propia del *ius canonicum*.

⁵¹ GÓMEZ, 1780, pp. 628-629.

⁵² PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, pp. 599-603, analiza la inclusión, contra el *ius commune* y conforme a su literalidad, de la policitación junto al pacto nudo en la ley de Alcalá, por lo que se refiere a su eficacia obligacional distinguiendo la calificación (promesa o pacto) que corresponde a distintas situaciones jurídicas (por ejemplo, la aceptación o el silencio). En realidad, como apunta PICHARDO VINUESA, 1657, pp. 143-144, la diferencia entre pacto y policitación es sutil: «*Cum autem pactum sit ubi duorum adest consensus [...] inter pactum, & pollicitationem intersit definire difficile est, siquidem promissione praesenti facta duorum adesse voluntatem videtur, licet enim expresse non consentiat, tacitus tamen, & praesens consentire videtur*».

*tur utraque, & addit & excedit jus gentium, Canonicum, & civile, quia ex eis nulla oriebatur actio & obligatio ex pollicitatione, ut supra dictum est».*⁵³

Nótese que Gómez, en un principio, dice que la obligación se origina en la promesa o en el pacto y, más adelante, que la obligación se origina en la voluntad o la intención. La conclusión es que, esencialmente, la promesa y el pacto tienen como núcleo la voluntad o la intención, pero también que hay un consentimiento con eficacia no sujeto a la promesa o el pacto. De esta voluntad o de este consentimiento nace, contra el *ius commune*, la obligación, tanto civil como natural. Así, *hodie*, el resultado ha mutado: el consentimiento no es un elemento formal, sino la esencia o espíritu que desciende al acto promisorio o contractual y aquello cuya plasmación, entre presentes o ausentes, perfecciona el acto. Llegado a este punto, Gómez decide desprenderse de la cuestión formal: «*tollitur forma & solemnitas a jure in eo requisita*».

Este desprendimiento del consentimiento formal se ejecuta mediante un giro argumentativo: la estipulación, que la ley de Alcalá ha suprimido, se antoja un elemento formal evaporado por mor de la sumisión de la forma a la causa del contrato⁵⁴. En efecto, Gómez explica que la estipulación o el contrato verbal habían dejado de ser requeridos, con anterioridad a la ley de Alcalá, cuando el contrato contaba con una causa verdadera y real, suficiente, obligatoria y eficaz. Es la causa la que originaría, por sí sola, la obligación y la acción; por lo tanto, su ausencia fundamentaría la excepción, y todo conforme a un criterio que resulta generalizable a cualquier contrato, porque la *traditio rei* hecha «*sine causa*» no produce la transmisión del dominio ni ningún otro efecto⁵⁵. Sucede empero que, como la causa es un apósito, impropio de los términos de la ley de Alcalá, el jurista tiene que hacer valer nuevas sinonimias. Se considera así la causa como la «*propria forma contractus*». Al darle contenido a esta forma que es la causa se concreta en su nominación (innatamente consensual, incluida la donación⁵⁶) y

⁵³ GÓMEZ, 1780, p. 630.

⁵⁴ A propósito del concepto y clases de causa en la doctrina de los glosadores, VOLANTE, 2001, pp. 82-85, 294-312; en el *usus modernus* doctrinal, BIROCCHI, 1997, pp. 137-145, 165-169, 195-201, y DECOCK, 2013, pp. 130-142. Sobre la problemática de la ausencia de causa, BIROCCHI, 1997, pp. 31-44.

⁵⁵ Acerca de la causa de la *traditio*, MIGUEL GONZÁLEZ, 2002, IV, pp. 5758-5765.

⁵⁶ MOLINA, 1659, col. 3, recoge la idea según la cual existiría incompatibilidad entre la categoría de contrato y la donación iniciada mediante la *traditio rei*: «*In hac contractus acceptione donatio, quando incipit a traditione rei, quae donatur, non est contractus: quoniam eo ipso, quod res traditur, neque ex parte donatarii, qui illam accepit, & acceptat, neque ex parte donantis, qui ad nihil aliud deinceps tenetur, vlla re manet iustitiae obligatio*»; la naturaleza contractual, en otra opinión, dependería de la aceptación del donatario (intercambio de voluntades), «*siue a promissione, siue a traditione incipiat*».

queda en la duda (no se evita el desajuste) si ha de ser exigible en un contrato real en tanto que contrato especial y particular⁵⁷. De este modo, la «*propria forma*», en la que la causa funciona sustituyendo a la estipulación como la había sustituido antes el consentimiento, ya no puede ser, ley de Alcalá mediante, en realidad, el propio consentimiento, salvo si la causa se funde con el consentimiento en la expresión de la forma.

Esta conclusión de retorno al «*consensus formalis*», pero de una solemnidad formal adjetiva y devaluada (causal, si se prefiere⁵⁸) que deja con mayor vigor esencialista al consentimiento, aunque en una especie de esfuerzo por matizarlo, salva la coherencia de la afirmación de Gómez sobre la necesidad en la ley de Alcalá, anclada en el cotejo con el *ius commune*, de una causa para la promesa o el contrato:

«*Et breviter teneo, quod sic: Primo, quia illa lex tantum voluit tollere solemnitatem verborum, & praesentiam contrahentium requisitam de jure communi, non vero fomentum & substantiam obligationis. Secundo, quia tantum operatur hodie simplex promissio quo ad formam & validitatem contractus, sicut stipulatio de jure communi*».⁵⁹

Para Gómez, la ley de Alcalá, al prescindir de la estipulación, solo se refiere a la forma solemne y no a la ultraeficacia de la querencia de obligarse. Ya Gregorio López había expuesto el criterio de que la ley de Alcalá aludía estrictamente al problema de la forma y excluía la forma estipulatoria⁶⁰. Sin embargo, si la forma solemne reside en el consentimiento, a falta de estipulación⁶¹, y la causa

⁵⁷ GÓMEZ, 1780, pp. 630-631, 680.

⁵⁸ Esta naturaleza ya causalizada o aun consensualizada de la forma la explica muy bien PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, pp. 605-606, cuando defiende la imposibilidad del arrepentimiento, ya perfecto el contrato de compraventa, si se pactó la escrituración y esta aún no se ha producido, pues la perfección vigente, y la consiguiente obligación de escriturar, no obedece a ninguna exigencia sustancial de la forma, sino al hecho de que estuviera contemplada en el intercambio de voluntades, esto es, en la formación del consentimiento que perfecciona la compraventa.

⁵⁹ GÓMEZ, 1780, p. 681.

⁶⁰ LÓPEZ, gl. *No lo puede fazer a Las Siete Partidas*, 1555, 5.4.4: «*Praeterea intentio illius l. ordi. non est tollere formam datam a iure in contractibus, qui consensu contrahuntur [...] alias sequeretur absurdum: quod si quis venderet absenti & ignoranti, dicatur quod per illam l. tenuit venditio. Solum voluit ista l. tollere formam antiquam stipulationis, & dare vinculum obligationi, qualitercunque aliquis se vellet alteri obligare: non tamen voluit totam formam iuris in contractibus, qui consensu contrahuntur, subvertere*».

⁶¹ El consentimiento formal que se abre paso al compás de la depauperación de la forma estipulatoria tiene que derivar, por pura inercia, en una separación de la voluntad de las partes, devenida consentimiento nudo esencial, respecto de las solemnidades jurídicas, como concluye PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, p. 609, su comentario de la ley de Alcalá: «*Quando enim quis promisit factum suum, constat se voluisse obligare, & manet obligatus naturaliter per hanc legem, quae considerat voluntatem promittentis, & non solemnitates inductas a jure, nam semel valide promissum, adimplendum est*».

es la forma nominada y consensual del contrato, el pacto nudo tiene su manantial, por una u otra vía, siempre en un depurado ánimo y voluntad de obligarse. Esta confluencia del discurso convierte la exigencia de la causa (que se recuerda aplicable también al planteamiento canónico que concede eficacia al ánimo y la voluntad en virtud de la equidad) en un artificio técnico, porque no solo el consentimiento colma la causa, sino que incluso el conocimiento («*scienter*») en el pacto o la promesa resulta suficiente como para que la causa, al amparo de la ley de Alcalá, pueda no exigirse⁶².

Aunque la solemnidad formal, cualquiera que sea su vestidura y función, quedará, en el fondo, desvanecida, el consentimiento esencial puro no dejará de coexistir con viejos instrumentos jurídicos repelentes. Cuando, en el siglo xvii, Luis de Molina catalogue los contratos según su modo de perfección, retendrá la diferencia, de acuerdo con la tradición y como tantos otros, del contrato *solo consensu*, el contrato verbal (estipulación), el contrato que se perfecciona mediante la escritura y el contrato que se perfecciona mediante la *traditio rei*⁶³. Si el consentimiento había llegado a plantearse como consentimiento formal al suprimir la ley de Alcalá la estipulación o contrato verbal, la escritura y la entrega de la cosa podrían haber seguido el mismo camino. La escritura se comprendió como forma subsumible y contenido de un consentimiento, así como medio y prueba de su manifestación, o bien, al igual que el consentimiento, como un requisito legal de validez⁶⁴. Sin embargo, la resistencia perfecta de la *traditio rei*, contra su disolución en forma de cumplimiento de la obligación, mantuvo abierto el problema de su raro consensualismo (impuro), cuando la persistencia de la ley de Alcalá empujaba en sentido opuesto, a favor del recordatorio constante, en interpretaciones radicales o moderadas, del vicio de nulidad subyacente en todo contrato que careciera de consentimiento⁶⁵.

⁶² GÓMEZ, 1780, pp. 682-683. PÉREZ DE SALAMANCA, 1779, pp. 604-605, piensa también que la causa es necesaria para la promesa en función de la equidad natural (más del *ius gentium* y el *ius canonicum*), y encuentra asimismo una excepción en la manifestación «*scienter*» de la promesa.

⁶³ MOLINA, 1659, cols. 8-12.

⁶⁴ Como sucede en las leyes de *Partidas* dedicadas a la compraventa de inmuebles o al censo enfiteutico. En puridad, es la propia ley la que reconoce la posibilidad de que el consentimiento de las partes se extienda a la observancia de una forma como condición o requisito de validez. Esta confluencia en la escritura de la ley, el consentimiento y la forma puede verse en ÁLVAREZ CORA, 2005, pp. 329-331, 420-426.

⁶⁵ En efecto, como explica PICHARDO VINUESA, 1657, p. 67, los distintos modos de nacimiento (valga por perfección) de los contratos (*solo consensu*, *re*, *verbis* o *litteris*) no significan que el consentimiento no sea necesario en todos ellos, pues «*nullum contractum esse, nullamve obligationem deficiente consensu nasci*».

En el siglo XVIII, Juan de Lugo ofrecerá un estado de la cuestión lo bastante sintético como para juzgar si ha escampado en la tormenta conceptual del asunto. Lo que dice Lugo cuando distingue entre pólitaación, pacto nudo y pacto vestido es una demostración de que la forma (la vestidura) sigue siendo contemplada, por sedimentación tradicional de conceptos, en un raro equilibrio con el consentimiento:

«*Pactum igitur vestitum est, quod praeter conventionem partium, aliquod aliud adminiculum habet, ratione cujus oriatur actio civilis. Vestitur autem pactum multis modis. Primo. Si sit contractus nominatus in suo genere perfectus. Secundo. Si accedat stipulatio [...] Secundo vestitur, si ex altera parte sequita sit traditio, vel impletio promissi; tunc enim jam obligatio non consurgit ex sola conventionem, sed ex re ipsa, atque ideo qui ex parte sua implevit, jus habet petendi, vel impletionem promissi, vel etiam si actor maluerit, petere, potest restitui sibi, quod dedit [...] Tertio. Vestitur pactum, seu contractus innominatus, si per scripturam fiat coram notario, seu tabellione [...] quare hodie raro invenitur contractus innominatus coram tabellione factus [...] Quarto. Vestitur pactum nudum per cohaerentiam alterius contratus nominati, aut vestiti*». ⁶⁶

Nominación del contrato y convención (fundidos, «*quia hoc nomine solum significat conventionem mutuam partium*»), estipulación, *traditio rei* en cuanto cumplimiento de la obligación y escritura son nociones que se mueven en la galaxia de la vestidura y que, por lo tanto, no tendrían por qué prejuzgar el modo de perfección del acto generador de obligaciones. No obstante, Lugo se somete a la inercia del pensamiento del *ius commune* y cuando se refiere a la perfección del contrato no se limita a concentrarla, a tenor de la vigencia de la ley de Alcalá, en la voluntad de las partes, sino que procede a una clasificación según los contratos se perfeccionen, una vez más, solo por el consentimiento, por la *traditio rei*, mediante la estipulación o mediante la escritura. Respecto del concepto de perfección y de la clasificación expuesta, Lugo aclara:

«*sermo autem est de perfectione, non quoad effectum, sed quoad essentiam ipsius contractus: Nam quoad effectum, contractus tunc est perfectus, quando impletur id, ad quod obligabat: hoc tamen non est aliquid pertinens intrinsece ad ipsum contractum, sed est effectus illius*». ⁶⁷

La primera oración es una mala noticia para la coordinación entre pacto nudo y contrato real, porque la perfección mediante la *traditio rei* no se postula como una descripción de los efectos obli-

⁶⁶ LUGO, 1718, pp. 2-3.

⁶⁷ LUGO, 1718, p. 3.

gacionales del contrato, sino como una clave que afecta a la esencia misma (a la perfección esencial) del contrato. La segunda oración explica la vía que se ha rechazado, lo que confirma que no se ignora: la vía que entiende la perfección como consumación del contrato, como cumplimiento de las obligaciones que el contrato, al nacer en virtud de la voluntad de obligarse, genera. Quizá la razón por la que la *traditio rei* no se razona desde la consumación es el hecho de que los otros factores yuxtapuestos en el mismo orden de ideas (la estipulación y la escritura) no pueden incorporarse del mismo modo a la noción; arrastran entonces a la *traditio rei* a su propio mundo, que es el de la forma o el consentimiento formal del contrato⁶⁸. Una forma del contrato que, como hemos visto en la ley de Alcalá, tiende a inmiscuirse (con la eliminación de la estipulación) en la cuestión esencial y perfectiva del contrato, de la que dice Lugo ocuparse cuando clasifica los contratos por su modo de perfección. Al mismo tiempo, se mantiene la necesidad de la voluntad para la generación de la obligación en todo contrato, conforme a la declaración de la ley de Alcalá, aunque en una lectura que puede calificarse como moderada precisamente de resultados de la aceptación del contrato real⁶⁹. Por lo demás, Lugo también exige al pacto nudo, para su eficacia obligacional y conforme al *ius canonicum*, el requisito de la causa⁷⁰, lo que reaviva la discusión sobre su contenido y relación con la querencia o ánimo de obligarse, que es a la que la ley de Alcalá, que no se refiere a la causa, otorgaba la intensidad más poderosa.

V. EL IMPASSE DE LA DOCTRINA JURÍDICA ESPAÑOLA DEL SIGLO XIX

A estas alturas, quizá sea aceptable comprender la persistencia del contrato real, a partir de la vigencia de la ley de Alcalá, como una reminiscencia del *ius commune*, una pieza tozuda del adorado museo romanoide. Aunque la doctrina jurídica castellana percibió la fuerza del consentimiento, solo dio el paso que lo preservaba

⁶⁸ El vínculo entre el consentimiento y la forma se produce desde el momento en que el consentimiento requerido como esencia ha de manifestarse externo (no puede ser meramente interno); LUGO, 1718, p. 8: «*quia cum hoc requiratur humanus modus contrahendi, & naturalis aequitas, ut contrahentes habeant animum contrahendi, quando externus contractus libere celebratur, & hic animus non possit aliter hominibus manifestari, nisi externis signis, consequens est, ut quando haec adsunt, fiat verus contractus ratione debiti consensus, qui licet interius non exhibeatur, debebat tamen exhiberi ex debito iustitiae*».

⁶⁹ LUGO, 1718, p. 7: «*quare ubi non est consensus voluntatis, non potest esse verum pactum, sed simulatum, & fictum*».

⁷⁰ LUGO, 1718, pp. 10, 12.

como consentimiento esencial y no como consentimiento formal, esto es, solo en ocasiones interpretó la ley de Alcalá con toda su potencia. La ley otorgó al consentimiento una eficacia obligacional (incluso superior a la que obedecía al influjo canónico) respecto de la cual la doctrina jurídica castellana se mostró mucho más cauta. Aunque la doctrina aceptó abrir los ojos ante la ley regia, y no pudo dejar de hacerse eco de su índole radical (de ahí el consentimiento nudo desgajado del pacto nudo), no construyó los puentes necesarios para preservar la esencia y perfección del consentimiento contra toda exigencia ceremonial o formal. No diferenció la forma válida del contrato y el modo (o momento) perfectivo, lo que permitió la intromisión de la forma en la perfección, y en definitiva la persistencia del contrato real. Pues bien, esto es lo mismo que repite la doctrina jurídica decimonónica⁷¹.

Como la ley de Alcalá prescindía de la forma estipulatoria, se continúa discutiendo hasta qué punto es suficiente entonces el consentimiento, o su propia formalización, o bien el requisito de la causa⁷². Nada nuevo. El caso es que el modo perfectivo no queda prejuzgado, de suerte que se mantuvo la viabilidad de los modos de perfección, con la exclusión del modo verbal suprimida la estipulación, y de la escritura, comprendida en su validez sustancial como contenido del consentimiento e incluso como requisito formal distinto⁷³. En función de los modos de perfección persistió la clasificación de contrato consensual, armónico con la esencia consensual de la ley de Alcalá, y contrato real, categoría que se interpreta y discute incluso para aceptarla, lo que la presume problemática, si no una excrescencia. Quizá la *traditio rei* podía haber sido teóricamente absorbida por la forma (en aquella línea de aproximación del consentimiento formal y la causa al socaire del vacío estipulatorio), en particular por la forma del cumplimiento de las obligaciones, más cerca entonces del problema de la consumación que de la perfección del negocio. Pero esta posibilidad no cuajó.

Cirilo Álvarez Martínez lleva a cabo una lectura de la ley de Alcalá (ya incluida en la *Novísima Recopilación de las Leyes de*

⁷¹ El momento perfectivo, en el sentido del momento en el que se manifiesta «el modo, ó lo que es lo mismo, la circunstancia determinada con que se perfeccionan [...]» los contratos, en palabras de ARRAZOLA, 1872, XIII, p. 245. Sin embargo, el jurista, *ibidem*, mantiene en cualquier caso la pluralidad tradicional de circunstancias de perfección consensual, real, literal y escritural.

⁷² ARRAZOLA, XIII, p. 245, entenderá en disyuntiva asimiladora, que no alternativa, el «nombre» y la «causa civil de obligar» del contrato, lo que parece una nueva reminiscencia de la tradición romana en referencia a los contratos nominados consensuales. Asimismo, GARCÍA GOYENA, 1852, p. 3.

⁷³ GARCÍA GOYENA, 1852, cit., p. 4, separaba escritura de consentimiento al decir que «el solo consentimiento de las partes no basta en algunos casos para producir obligación», lo que resulta típico de los «contratos escritos».

España de 1805) que carece de la sensibilidad castellana para acusar al menos la innovación potencial de la ley. Explica:

«Los Romanos distinguían el contrato del pacto, los simples pactos, los pactos de las estipulaciones y señalaban á ciertos contratos la forma en que precisamente habían de redactarse. Todas estas divisiones y subdivisiones eran otras tantas sutilezas que embrollaban aquella legislación y hacían su estudio difícil y embarazoso. Ya entre nosotros no existe ninguna de estas diferencias. "Pareciendo [...] con cierta solemnidad de derecho" dice la ley 1.^a, tít. 10, lib. 10, de la Nov. Recop. Por manera que en el sentido de las leyes Romanas ya no hay entre nosotros contrato verbal, y sin embargo todas las obligaciones pueden celebrarse *verbalmente*. Los Romanos entendían por contrato verbal aquel en que los contrayentes esplicaban su voluntad usando ciertas palabras designadas en la ley y no otras aunque lo mismo significáran. Tales eran la *promesa* y la *estipulación*. La firmeza de estos pactos pendía de la solemnidad de las palabras que los contrayentes usaban para convenirse. Si no eran las de forma aunque por ellas constase su voluntad, no había contrato. La ley que hemos transcrito hizo en la legislación española una novedad importante. Los términos en que los contrayentes expliquen su voluntad no importan hoy para que tengan mas ni menos fuerza las obligaciones que contraigan. Formular los contratos con tales ó cuales palabras y declarar sin fuerza de obligar los que en otra forma se redactáran aunque fuera igualmente perceptible y clara era en el derecho Romano un rigorismo ridículo que nuestras leyes no debían adoptar. Así pues *contrato*, *pacto*, *estipulación*, son voces que en nuestro derecho se confunden y tienen una misma significación».

La ley de Alcalá se considera relativa a la forma contractual. Sencillamente, con la desaparición del contrato formal, la forma se esfuma de la clasificación perfecta dejándola tal cual, pero con su hueco, y sin reinterpretarla en función de la nueva fuerza del consentimiento. De este modo, justo después se presenta el nuevo escenario, tras la oquedad de la forma, con unos contratos consensuales (los nominados, conforme a la tradición romana) que se perfeccionan por el consentimiento y otros que son reales porque se perfeccionan mediante la entrega de la cosa⁷⁴.

También José María Álvarez recordó la distinción entre el contrato consensual, el contrato real y el contrato formal (o «por letras solemnes») en virtud del modo de perfección, afirmó la preterición de las «palabras solemnes» (conforme a la ley de Alcalá) y defendió la necesidad, con el eco del uso moderno doctrinal, de la causa para el nacimiento de la obligación. Lo llamativo es que esta causa, en su opinión, puede estar constituida por la *traditio rei*, las «letras»

⁷⁴ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, 1840, pp. 237-239.

y el consentimiento⁷⁵. Por lo tanto, Álvarez parece comprender que la entrega de la cosa podría seguir el mismo camino sustitutivo de la forma (estipulatoria) que subyacía en conceptos como el «consentimiento formal», al que cabría equiparar el contrato necesitado de escritura. El problema es que, a pesar de esta intuición, el jurista sigue reconociendo, a propósito de los modos de perfección, requisitos que no son estrictamente la sola y única voluntad de obligarse. De hecho, por lo que se refiere a la convención, dividida en contrato (convención nominada y con causa) y pacto (nudo, sin nombre ni causa)⁷⁶, Álvarez acepta que su ser, su esencia, es el consentimiento, sin el cual «no hay hecho obligatorio lícito», aunque sin perjuicio de aseverar que en el contrato real no solo la producción de la obligación sino incluso «su perfección esencial» (lo que viene a ser una reiteración si no se interpreta como suma de perfección y consumación) depende de la entrega de la cosa⁷⁷. Bien se aprecia entonces que la esencia ya no está solo en el consentimiento, o que la esencia consensual no sería necesariamente perfectiva, puesto que en determinadas categorías de contratos la obligación no nacería (al menos de forma exclusiva) de dicho consentimiento. Esto sigue sin compadecerse por completo con el espíritu obligacional volitivo radical y extremo del consentimiento nudo de Alcalá.

En la reflexión de Lorenzo Arrazola la causa no se confunde con la forma, con el modo perfectivo ni con el cumplimiento de la obligación, sino que cubre el campo —en el que había quedado recluso el consentimiento esencial y *sine qua non* de todo contrato (consensual o real)— de los requisitos esenciales y legales de validez para después, desde esta posición, emprender una mejor defensa de la absorción de otros factores contractuales de validez:

«La causa *mediata*, pues ó remota de la obligacion, es la ley que ha atribuido fuerza civilmente obligatoria á un convenio que sin eso no la tendria, aunque la produjera de conciencia, de honor, ó de otro modo no rigurosamente *civil*: causa próxima, ó *inmediata* de la obligacion será la observancia de las prescripciones de la ley para que el simple convenio pase á *creacion civil*. / Este lenguaje es claro, sencillo, identificado con la naturaleza de las cosas, conforme al rigor filosófico, segun el que *causa total* y eficiente de un efecto es la que lo produce totalmente y por sí, como aquí la ley en primer término; en segundo, inmediatamente el conjunto de requisitos *esenciales*, la práctica, si se observan las prescripciones de la ley para que el contrato lo sea, para que produzca *obligacion civil*, que es de lo que se trata. Pero la tecnología romana, y despues la de

⁷⁵ ÁLVAREZ, 1829, pp. 23-24.

⁷⁶ De la misma manera que ASSO y MANUEL, 1806, p. 38.

⁷⁷ ÁLVAREZ, 1829, pp. 22, 28.

todos los pueblos que adoptaron aquella legislación, no tomó este camino. Propensa siempre al lenguaje figurado [...] y mientras la ley declaraba requisitos esenciales de un contrato, esto es, sin los cuales no habría contrato, ni por tanto obligación eficaz, el *consentimiento*, la *capacidad* de las *personas*, la condición *permutable* de las cosas, ó el que estén en el comercio humano, lo lícito y moral del fin, las solemnidades establecidas *pro forma*, etc.; la tecnología, como por antonomasia, llamará *causa civil de obligar*, al uno solo de ellos, al último por ejemplo, porque él completa, digámoslo así, la *creación civil*, el contrato».⁷⁸

En efecto, tras la eliminación de la estipulación por la ley de Alcalá, la técnica romana de referencia había sufrido una extirpación formal que la causa pretendía cubrir de manera unilateral cuando, antes bien, los requisitos legales de validez preconditionaban, por una parte, y la esencia y el modo de perfección deberían coincidir, por otra. Este desajuste ha persistido frente a una solución filosófica y jurídicamente coherente que evitaría «vacilación e incoherencia»:

«Así ya no se estrañará ver sobre este punto oscuridad en el derecho, y en sus espositores: vacilación é incoherencia entre estos, y aun cada uno consigo mismo: á jurisconsultos eminentes, padres unos, digámoslo así, del derecho y jurisprudencia romana, dotados otros de tal superioridad de razón que honraria aun el errar con ellos, recurrir en una cuestión práctica, cotidiana, *civil civilísima*, á términos abstractos, vagos por tanto, para conciliar sin conseguirlo, ó sin contradecirse, el rigor formulario con el rigor filosófico, é incidir así bien en errores insostenibles, al explicar la intervención de la causa en los convenios para que nazca la obligación; resultando además que según los mismos la obligación nace ó parece nacer, unas veces de la llamada causa civil de obligar; otras de otros principios distintos de ella, como la *ley*, el *consentimiento*, la *equidad natural*, el *hecho propio*, la *forma*, aun lo *lícito* del convenio, etc.».⁷⁹

Así las cosas, la causa es el conjunto de los requisitos legales de validez (y en este sentido esenciales)⁸⁰, en vez del factor sustitutivo de la forma estipulatoria. Este planteamiento permitiría absorber en la causa el objeto del contrato, pero no la *traditio rei* con el fin de sustraerla a los modos de perfección. Arrazola ha dado un paso importante hacia la claridad, pero la diferencia entre perfección y consumación del contrato es otro paso necesario

⁷⁸ ARRAZOLA, 1855, VIII, p. 123.

⁷⁹ ARRAZOLA, 1855, VIII, p. 124.

⁸⁰ No es la causa como nombre del contrato; ARRAZOLA, 1855, VIII, p. 126: «La causa es siempre esencial al contrato; el nombre puede faltar». HERNÁNDEZ DE LA RÚA, 1838, p. 134, coincide en la comprensión de la causa: «En efecto, causa es aquel requisito ó hecho, que la ley quiere acompañe á la convención, para que queden obligados los que la celebran»; aunque (no sorprenderá el vaivén) a renglón seguido precisa la causa en el consentimiento.

(para la asunción estricta y extrema de la ley de Alcalá) que todavía aparece indeciso.

«1.^a Siendo la *obligacion civil* creacion de la ley [...] la ley es la *causa* cardinal de la obligacion. *Fundamentum obligationis omnis est lex.* / 2.^a La ley, como causa inteligente y pródida, debe adoptar todas las disposiciones que aseguren su fin: determina los *requisitos*: establece la *forma*. La concurrencia de aquellos, y la observancia ó verificación de esta, completan, *perfeccionan* su creacion. La observancia, pues, de *cuanto* la ley prescribe, como *esencial* en este punto, y no solo la de alguna parte, es la *causa inmediata* del efecto que se buscaba, de la *obligacion*. / 3.^a Por antonomasia, ó valor entendido, puede, sin embargo, llamarse causa civil de obligar á alguno de los requisitos, y solemnidades prescritos como esenciales, señaladamente al que en último término completa el número de estos, ó al establecido *pro forma*, ó como *pro forma*, por la ley [...] 5.^a Por esta libertad y omnipotencia de la ley en su esfera, se sigue asi bien, que no puede fijarse, como inflexible, ó inalterable, la causa civil de obligar en convenios, ó actos humanos determinados, como, por ejemplo, en los contratos verbales la *solemnidad de palabras*, en los reales la *entrega de la cosa*, en los consensuales el *consentimiento*, etc.». ⁸¹

Todavía Arrazola tiende, por un lado, a difuminar validez y perfección. La concurrencia de los requisitos de validez (capacidad, consentimiento, forma) perfecciona el contrato, asegura el jurista. Sin embargo, en tal caso, ¿qué quiere decir que se perfeccione el contrato *solo consensu*? Desde luego, no quiere decir que no sea necesario el resto de los requisitos de validez. Parece claro entonces que la validez rige un ámbito propio, dada esta deriva hacia una menor exigencia de requisitos en la perfección respecto de la «concurrencia» de todos los requisitos en la validez. De este modo, algo incomoda conceptualmente que el consentimiento dé validez (si se confunde con la perfección) por sí solo al contrato, cuando no pueden darle validez solo la capacidad ni la forma. No puede la capacidad, lo que plantea la cuestión de si esta no debería ser dogmáticamente no tanto un requisito de validez cuanto un presupuesto o condición de la voluntad que integra el consentimiento; no puede la forma, excluido el contrato formal en la faceta de perfección. Así que, una vez más, si validez y perfección fueran la misma cosa, la concurrencia de factores en la primera se extendería a una igual concurrencia en la segunda, como quiere Arrazola, pero si se admite que la perfección depende solo del consentimiento, se está aceptando que la validez es más exigente en requisitos que la perfección. Y es que la perfección asume la validez (existencia o detección

⁸¹ ARRAZOLA, 1855, VIII, p. 127.

de varios factores, insuficiente el consentimiento) mientras que la eficacia perfectiva obligacional depende del consentimiento no en cuanto a su existencia, sino en cuanto a su manifestación, razón por la que puede interpretarse, como hemos visto, que la voluntad obligacional perfecciona cuando al manifestarse se constituye (el «consentimiento formal» moderno) en una especie de forma⁸². Se trata de una coherencia inestable porque responde a ficciones y sinonimias.

El problema, al fin, que no parece tener alternativa, se ciñe a la forma perfectiva determinada en la *traditio rei*, de la que Arrazola se ve obligado a desembarazarse como una mera exigencia legal (la idea de la causa como conjunto de requisitos legales), es decir, como un requisito que la ley puede añadir. Sin embargo, ¿por qué solo a efectos perfectivos y no de validez? Respuesta: porque es evidente que rechinaría mantener el criterio de paralelismo entre validez y perfección y considerar requisito de validez (no el objeto mismo⁸³ sino) la entrega de la cosa. En particular, la entrega de la cosa evidencia la característica de la perfección como un campo que se refiere a un modo y un tiempo de activación de la eficacia obligacional. No obstante, la *traditio rei* del contrato real no encaja en la validez y tampoco se ha planteado la alternativa de la reducción de la entrega de la cosa a ese otro ámbito que es la consumación (no la perfección) obligacional del contrato⁸⁴. El problema no reside en

⁸² Y aun podría defenderse que la ley de Alcalá solo se ocupa de la forma e incluso que solo excluye un tipo concreto de forma como es la estipulatoria, pero lo cierto es que la ley de Alcalá también es clara al reconocer la exclusiva eficacia obligacional de la voluntad de obligarse. Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, V, pp. 25-26, interpreta: «Así es que para obligarse entre nosotros ya no es necesaria la estipulación, ni la presencia material de los contrayentes, ni la escritura pública, ni puede objetarse para invalidar la obligación el pretexto de que fue hecha en nombre de otro. Pero todos los demás requisitos que no son de forma sino de la esencia misma de las obligaciones quedaron subsistentes. [...] Lo que hizo [el ordenamiento de Alcalá] fué quitar como innecesaria toda fórmula exterior cuando constara suficientemente declarada la voluntad de los contrayentes, pero no alteró ninguna de las partes esenciales de todo contrato, mayormente las que se refieren al consentimiento». La ley de Alcalá habría afectado a la forma en cuanto solemnidad perfectiva pero no en cuanto requisito esencial de validez del contrato.

⁸³ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1871, IV, pp. 12-13, sostiene que las «circunstancias esenciales á toda obligación» son tres: «causa de donde nazca la obligación, personas que la contraigan, cosa que le sirva de objeto». Un conjunto distinto del que formaban, como requisitos esenciales, la capacidad, el consentimiento y la forma, y una muestra así de lo variable de las opiniones doctrinales y de la trémula categorización de los conceptos. Acaso capacidad y consentimiento podrían incorporarse a las «personas», y la causa podría encauzar la forma, de modo semejante a como la causa y la nominación mantuvieron un vínculo tradicional. ¿Son estas «circunstancias esenciales» perfectivas o bien condiciones de validez, o lo uno y lo otro? Porque si la cosa es requisito esencial y perfectivo, su *traditio* (no explicitada) tiene que pertenecer a un momento posterior, de obligación ya generada.

⁸⁴ HERNÁNDEZ DE LA RÚA, 1838, p. 136, utiliza los calificativos de real, consensual y literal para dividir las obligaciones, y parece que relaciona esta tríada con la causa, esto es, con la exigencia de la ley, pues la división se realiza «según que las leyes exigen ó la entrega de la cosa, ó las letras, á mas del consentimiento». Sorprende así que los calificativos no afecten al modo de perfección. Pero líneas después se refiere a los contratos reales,

que los requisitos de validez puedan aumentar o disminuir ni en considerar que los modos de perfección deban convertirse en una réplica de los requisitos de validez, sino en el hecho de que la vigente ley de Alcalá atribuyó la perfección, por sí sola, a la pura y encendida voluntad de obligarse⁸⁵.

Lo que sigue saltando a la vista es el seísmo que provocó el impulso al consentimiento nudo en la ley de Alcalá cuando se contrasta con el requerimiento de la efectividad perfectiva de una prestación en el contrato real. Tan chocante resulta este desencuentro conceptual como el esfuerzo de la doctrina jurídica por relativizar las consecuencias que la ley de Alcalá había propiciado sobre las estructuras jurídicas del *ius commune* y a favor de la libertad negocial⁸⁶.

en relación con los cuales reconoce «no puede haberse variado el modo de perfeccionarse, ni se podrá variar jamas; á menos de que se pudiera mudar la esencia de las cosas». Acepta no obstante, *ibidem*, p. 137, que «Lo que si hay de nuevo entre nosotros es, que todo el que promete dar una cosa de aquellas, que entregadas hacen contrato real, queda obligado á cumplirlo». Este reconocimiento de un contrato sin nombre cuasirreal que coexiste con el contrato real viene a ser un reconocimiento de que la conservación del contrato real es artificiosa cuando se atiende a la literalidad de la ley de Alcalá.

⁸⁵ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1871, IV, pp. 18-19, separa perfección de validez para mantener la viabilidad del contrato real: «No hay obligacion donde falte consentimiento, pero la causa de llamarse así este contrato [contrato consensual] no consiste en la concurrencia de este requisito que es comun á todos, sino en que basta para su perfeccion el consentimiento espresa y terminantemente declarado. / Como la ley del Ordenamiento está concebida en términos tan vagos, algunos intérpretes, dándole una latitud jurídicamente imposible, consideran reducidos todos los contratos á los consensuales, y no admiten la existencia de los reales, de los verbales y aun del literal. [...] Los contratos reales no pueden refundirse en los consensuales sin autorizar una confusion que seria causa de los mas graves errores. La obligacion que nace, por ejemplo, en el mútuo y que consiste en devolver el deudor otro tanto de lo que recibió, no empieza sino despues de la entrega. El contrato existirá desde que uno pida y otro convenga en entregarle cierta cosa; ¿pero este contrato será el mútuo?». Sin embargo, el propio jurista ha desplazado la cuestión hacia la órbita del cumplimiento de la obligación por el mutuuario, cuando lo que se aborda es cuándo nace la obligación (y si puede nacer por el solo consentimiento) del mutuante; el ámbito obligacional no excluye que una obligación, en su cumplimiento, dependa del cumplimiento de otra anterior (como no excluye obligaciones condicionales o a término, obligaciones alternativas, etc.). Más difícil resulta entender la separación *ibidem*, p. 19, entre el contrato consensual y el verbal, si se trata de la perfección del consentimiento que es intercambio de voluntades, cuando aquel «recibe su fuerza, su perfeccion de la congruencia ó conformidad entre la pregunta y la respuesta, es la estipulacion de los romanos, la promesa de los tiempos modernos: forma, mas bien que causa determinante de nuestra voluntad, puede preceder á todos los contratos y producirlos todos». De esta manera, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1869, V, pp. 28, 144-145, ampara la existencia del contrato real. Es significativo que esta protección de la categoría de contrato real, que arranca de una reducción de la ley de Alcalá a la exclusión de una forma estipulatoria manteniendo al margen los requisitos de validez y los modos de perfección, haya partido de una blanda lectura de la pura eficacia de la voluntad de obligarse que en último término reconoce, con toda claridad, aquella ley, un consentimiento nudo que constituye en definitiva el fundamento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el propio jurista, *ibidem*, pp. 28-30, recoge, calificándola como resultado de una interpretación abusiva de la ley.

⁸⁶ Sin embargo, MANRESA Y NAVARRO, 1907, p. 618, radicaliza la esencia perfectiva en el consentimiento al enfrentarse en su mismo campo a la relatividad de la forma sin desplazarla al campo legal de la validez o de la causa: afirmada la perfección de todo contrato por el consentimiento, añade que «poco importa que se exija por la

Así el argumento de la doctrina jurídica decimonónica en orden a la moderación de la ley de Alcalá, desde el punto de vista de su contraste con el *ius commune*, podrá llegar a parecernos tan preterlegal como preterlegal fue la tradición doctrinal del *usus modernus* interpretando el orden de prelación de fuentes de la ley de Alcalá actualizado en la ley primera de Toro. En efecto, si los juristas castellanos no tuvieron empacho en interpretar esta ley introduciendo referencias indirectas (*Partidas* o mediante la revocación de la pragmática o *ley de citas* de 1499) o fantasmas al *ius commune* contra el orden prelativo, ahora la ley de Alcalá, incluida en la *Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla* y en la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* junto con el propio orden de prelación de Alcalá retocado en Toro, será objeto de una interpretación por parte de los juristas teóricamente liberales que considerará el ordenamiento alcalaíno como una fuente supletoria del *ius commune* contra su evidente preferencia como ley de mayor rango. Sometida la ley de Alcalá al sobrevalor de las categorías técnicas del *ius commune* y, por lo tanto, al blindaje del contrato real, el consentimiento nudo pasará a transformarse en una voluntad que tan solo es un eventual elemento perfectivo, o un miembro del conjunto de los requisitos de validez, si no se entiende que la ley agrupa en su afección dos condiciones, aun intelectualmente separables, como la forma, para relajarla (prescindiendo de la estipulación y de la intervención notarial⁸⁷), y el consentimiento, para recomponerlo, lejos de su omnipotencia pura y nuda, en comunión con otras exigencias de validez (incluida una forma no estipulatoria)⁸⁸. Por

ley el otorgamiento de escritura ú otra forma especial, porque, aparte de ser válido el cumplimiento de las demás obligaciones aun sin ese requisito, su exigencia solo supone que es una obligación más; pero obligación que, por serlo y hacerse exigible, patentiza que se verificó la perfección del contrato por el consentimiento en el que tiene origen». Sin embargo, la inseguridad vuelve al escenario cuando el jurista reconoce a pesar de todo la existencia del contrato real; no obstante, apréciase el sentido obligacional, más que perfectivo, que incluye su reflexión, y la tuición del sobrevalor del consentimiento, *ibidem*, pp. 619-620: «Respecto de los contratos reales, la exigencia de un requisito sobre el consentimiento no es arbitraria ni formalista, sino que está en la naturaleza misma de aquellos y de sus objetos, y por lo mismo, la necesidad de la entrega, como base inmediata para las obligaciones, se halla reconocida por el Código en sus lugares propios, v. gr., al tratar de prestamo en el artículo 1740. No desconoce, pues, el Código la especialidad de los contratos reales, pero sí afirma en el artículo que estamos comentando, que el consentimiento predomina como requisito el más importante en todo contrato en general, produciendo siempre algún efecto, como lo revela la consideración de que convenido, por ejemplo, un contrato de mutuo, surgen ya obligaciones: precisamente la de entregar las cosas, que arranca del simple consentimiento, el cual, por tanto, aun en aquellos contratos, produce por sí efectos obligatorios».

⁸⁷ Tal fue el enfoque de la ley de Alcalá, que tan solo se desprendía de «solemnidades exteriores» para la producción de obligación, por parte de ASSO y MANUEL, 1806, pp. 42-43.

⁸⁸ Recuérdese que la determinación por ley de los requisitos de validez pertenece a la misma naturaleza legal (regia) que tienen los establecimientos del ordenamiento de Alcalá, luego no existiría en ello vulneración de la prelación de la ley primera de

eso Arrazola dice contra la ley primera de Toro, trastornando su orden, que la ley de Alcalá no es preferente, sino supletoria⁸⁹, en trance de disolución (salvo en el punto concreto de la rectificación expresa que excluye la estipulación u otra solemnidad) en el régimen contractual completo de las leyes «de los romanos», que no son sino las leyes de las *Partidas* y, por extensión, las leyes del *ius commune*.

Estas últimas consideraciones doctrinales, vinculadas al orden de prelación de fuentes, no fueron extravagantes porque también la jurisprudencia del Tribunal Supremo se mantuvo en la línea de una interpretación legalista y constató la tensión que caracterizaba la aplicación de dos conjuntos de normas tradicionalmente vigorosas en materia civil: las del *ius regium*, con su innovadora ley de Alcalá, y las de las *Partidas*, con su alta dosis de *ius Romanum* y *commune*. Pero la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1863 recogió en sus resultandos la referencia a una sentencia anterior, de 28 de marzo de 1859, en la que se revelaba la preocupación institucional (constante a través de la Modernidad más allá de los conflictos de leyes) por la armonía entre el consensualismo y los requisitos especiales de validez exigidos para la estabilidad de las obligaciones. La clave del asunto seguía así pegada a la tensión de flexibilidad y seguridad jurídicas que subyacía en el trance de la determinación de los márgenes de la regulación y la libertad del tráfico jurídico de los contratos, antes en la monarquía absoluta y ahora en el estado constitucional⁹⁰.

Toro. Una forma determinada (la escritura, por ejemplo) sería añadida por la ley a los requisitos de validez, pero la perfección del contrato seguiría determinada por el consentimiento. Cf. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1871, IV, pp. 51-52, aunque el jurista continúa pensando, con cierta vacilación, que sin la solemnidad especial «no vale toda obligación, ó por lo menos, no es perfecta», lo que puede aceptarse como la señalización de dos momentos temporales previo y propio del nacimiento de las obligaciones.

⁸⁹ ARRAZOLA, 1872, XIII, p. 246. Por su parte, con la misma intención, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1871, IV, p. 53, dice que la ley de Alcalá «no debe considerarse derogatoria de las leyes que antes y después de ella señalan expresamente una condición».

⁹⁰ *Colección*, 1863, sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1863, n.º 47, pp. 131-132: «Resultando que el marido de esta dedujo recurso de casación por haber sido infringidas: [...] Y segundo, la doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, de que la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación solo derogó la forma y solemnidades que, tomadas del Derecho romano, había adoptado la 1.ª, tít. 11, Partida 5.ª, para que fueran obligatorios los contratos verbales á que se daba el nombre de estipulación: asimismo que dicha ley recopilada no debe entenderse ni puede aplicarse de modo que sean válidas y subsistentes obligaciones para cuya estabilidad otras leyes exijan circunstancias y requisitos especiales, como lo declaró este Supremo Tribunal en sentencia de 28 de marzo de 1859: [...] Considerando que la opinión doctrinal que se alega sobre la interpretación de la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, no es doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales que pueda ser fundamento del recurso de casación; y que no tratándose por otra parte de la interpretación de dicha ley, no puede haberse infringido la jurisprudencia que también se invoca de este Tribunal Supremo».

BIBLIOGRAFÍA

A) FUENTES PRIMARIAS NORMATIVAS

- ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán y MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *El Ordenamiento de Leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y cuarenta y ocho. Publicanlo con notas, y un discurso sobre el estado y condicion de los Judíos en España*, Madrid, 1847.
- CÓDIGO CIVIL. Edición oficial, Madrid, 1888.
- CÓDIGO CIVIL. Edición oficial reformada, Madrid, 1889.
- COLECCION COMPLETA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, EN RECURSOS DE NULIDAD, CASACION É INJUSTICIA NOTORIA, Y EN MATERIA DE COMPETENCIAS, DESDE LA ORGANIZACION DE AQUELLOS EN 1838 HASTA EL DIA, PUBLICADA POR LOS DIRECTORES DE LA REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Tomo VIII, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislacion á cargo de Julian Morales, 1863.
- CORPUS IURIS CIVILIS. EDITIO STEREOTYPA QUINTA DECIMA. VOLUMEN PRIMUM. INSTITUTIONES RECOGNOVIT PAULUS KRUEGER. DIGESTA RECOGNOVIT THEODORUS MOMMSEN RETRACTAVIT PAULUS KRUEGER, Berolini, 1928.
- DECRETALIUM D. GREGORII PAPAE IX COMPILATIO, 1.35.1, en *Corpus Iuris Canonici*. Editio Lipsiensis secunda post Aemilii Ludouici Richter curas ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg. Pars Secunda. Decretalium Collectiones, Graz, 1955.
- LAS SIETE PARTIDAS DEL SABIO REY DON ALONSO EL NONO, NUEUAMENTE GLOSADAS POR EL LICENCIADO GREGORIO LOPEZ DEL CONSEJO REAL DE INDIAS DE SU Magestad, Salamanca, 1555.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Volumen II, Madrid, 1970.

B) FUENTES PRIMARIAS DOCTRINALES

- ALBORNOZ, Bartolomé: *Arte de los contractos*, Valencia, 1573.
- ÁLVAREZ, José María: *Instituciones de Derecho real de España. Tomo segundo*, Madrid, 1829.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo: *Instituciones de Derecho civil*, Valladolid, 1840.
- ARRAZOLA, Lorenzo: *Enciclopedia española de Derecho y Administracion, ó Nuevo Teatro Universal de la Legislacion de España y de las Indias*. Tomo VIII, Madrid, 1855.
- *Enciclopedia española de Derecho y Administracion, ó Nuevo Teatro Universal de la Legislacion de España y de las Indias*. Tomo XIII, Madrid, 1872.
- ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán, y MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *Instituciones del Derecho civil de Castilla. Tomo segundo*, 7.^a ed., Madrid, 1806.
- BOICH, Henricus: *In qvinque Decretalivm libros commentaria*, Venetiis, 1576.
- BONACINA, Martín: *Opervm de morali theologia, & omnibus conscientiae nodis, nunc primum in tres Tomos distributorum, Tomvs secvndvs*, Lvgdvni, 1629.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Tomo III, Madrid, 1852.

- GÓMEZ, Antonio: *Variae resolutiones juris civilis, communis, et regii. Tomus secundus*, Matriti, 1780.
- GONZÁLEZ TÉLLEZ, Emanuel: *Commentaria perpetua. In singulos Textus quinque Librorum Decretalium Gregorii IX. Tomus primus*, Lvgdvni, 1673.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las obligaciones. Tomo cuarto*, 2.^a ed., Madrid, 1871.
- *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las obligaciones. Tomo quinto*, 1.^a ed., Madrid, 1869.
- HERNÁNDEZ DE LA RÚA, Vicente: *Lecciones de Derecho español. Tomo segundo*, Madrid, 1838.
- LUGO, Juan: *Disputationum de justitia et jure. Tomus secundus*, Venetiis, 1718.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español. Tomo VIII*, Madrid, 1907.
- MOLINA, Luis: *De justitia et jure. Tomus secundus, De contractibus*, Moguntiae, 1659.
- PÉREZ DE SALAMANCA, Diego: *Ordenanzas Reales de Castilla... Glosadas. Tomo I*, Madrid, 1779.
- PICHARDO VINUESA, Antonio: *In quatuor Institutionum Imperatoris Iustiniani*, Genevae, 1657.

C) FUENTES SECUNDARIAS

- ÁLVAREZ CORA, Enrique: *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, 2005.
- ARIAS BONET, Juan Antonio: «Recepción de formas estipulatorias en la Baja Edad Media. Un estudio sobre las promisiones de las Siete Partidas», *Boletim da Faculdade de Direito*, 42, 1966, pp. 285-334.
- BIROCCHI, Italo: *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il Cinquecento*, Torino, 1997.
- BUSTOS, Jorge: «El mercantilismo. Teoría, política e historia», en *Economía*, 59-60, 2007, pp. 75-96.
- DECOCK, Wim: *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the 'Ius Commune' (ca. 1500-1650)*, Leiden-Boston, 2013.
- D'ORS, Álvaro: *Derecho privado romano*, 8.^a ed., Pamplona, 1991.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón: «La compraventa en el derecho medieval español», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 25, 1955, pp. 293-528.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: «Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato. III. Los orígenes históricos de la teoría general del contrato», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 22, 2000, pp. 45-60.
- «La promesa obligacional en las *Partidas* como sede de la doctrina general de las obligaciones», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 34-3, 2007, pp. 395-404.
- HERRERA BRAVO, Ramón: «“Obligatio re” y contrato real en el sistema contractual romano», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1988, III, pp. 569-600.
- MIQUEL GONZÁLEZ, Juan: «Savigny y el nacimiento del contrato real abstracto», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Madrid, 2002, IV, pp. 5756-5773.
- VOLANTE, Raffaele: *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano, 2001.