

*Sistema jurídico romanista  
y derecho contractual*



# Formalismo negocial romano y neoformalismo

¿Fundamento del sistema  
o protección de la parte débil?

MILAGROS KOTEICH, MARTHA LUCÍA NEME,  
ÉDGAR CORTÉS

SUMARIO: *Premisa- I. Formalismo en el derecho romano- A. El formalismo en el derecho antiguo- B. Incidencia de la aparición de la sociedad mercantil en el formalismo negocial romano- C. El formalismo en la edad tardo-antigua y justiniana- II. Formalismo en el derecho moderno- A. Finalidades del formalismo en el derecho moderno de las codificaciones- B. Tipos de formalidades en derecho moderno- C. Efectos de la inobservancia de las formalidades- D. Desprecio por las formalidades- III. Neoformalismo- A. Control sobre los contenidos de las cláusulas generales de la contratación- B. Restricciones a la forma de manifestación del consentimiento- C. El establecimiento de condiciones de forma dirigidas a garantizar al consumidor una adecuada información sobre los términos del contrato- Conclusión.*

## PREMISA

Es cosa sabida que la interpretación de los fenómenos jurídicos no puede hacerse sin una atenta valoración de la situación social, por lo general compleja, en la que estos fenómenos nacen, se consolidan y desaparecen; o para decirlo en otras palabras, "la historia comporta una constante dialéctica entre esquemas jurídicos y realidad social"<sup>1</sup>. Uno de los temas del derecho que bien representa tal afirmación, de manera casi que paradigmática, es el del llamado formalismo jurídico<sup>2</sup>, formalismo entendido como el hecho por el cual, en un determinado ordenamien-

- 1 G. GROSSO. "La concretezza della giurisprudenza romana", *Index*, 5, 1979, 14, en el mismo sentido, refiriéndose al formalismo en el derecho romano, A. POLAËK. "La forma come conseguenza della volontà nel diritto romano", *Labeo*, 28, 1982, 187.
- 2 Sobre las acepciones que se atribuyen a la expresión formalismo jurídico cfr. R. ORESTANO. "Voce da un'enciclopedia: 'Formalismo giuridico'", en *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 383 y ss.; A. ORMANNI. "Forma del negozio giuridico", en *Nov. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 557 y ss.; G. TARELLO. "Formalismo", en *ibíd.*, 571 y ss.

to, la producción de efectos jurídicos depende de la realización de ciertos actos preestablecidos y reconocibles por la manera en que se llevan a cabo.

En todo comportamiento humano en sociedad se puede distinguir un aspecto exterior; el formalismo da especial importancia a ese aspecto, que se hace indispensable para la obtención de determinados efectos jurídicos<sup>3</sup>.

De esta manera, la aceptación o el rechazo del formalismo jurídico, así entendido, ha sido el rasgo distintivo o la señal particular de períodos importantes del derecho occidental de tradición romanista, o cuando menos ese formalismo se ha convertido en el elemento que ha permitido explicar el paso de un período a otro: así por ejemplo, en la experiencia de la época arcaica romana, la actividad comercial aparecía dominada, en gran medida, por la forma de los negocios<sup>4</sup>; sin embargo, cuando Roma comienza a afirmarse como potencia comercial gracias al tráfico en el mar Mediterráneo, a partir del siglo III a. C.<sup>5</sup>, ese paso de una sociedad agrícola a una mercantil, definitivo en la historia de Roma, corre parejo al surgimiento de un nuevo derecho, obra del pretor, que a su vez comporta el relajarse del formalismo, lo que sin duda marca un cambio de época: los antiguos negocios del derecho civil (*mancipium, in iure cessio, sponsio*) no pudieron resolver los problemas que proponía la práctica comercial, y los nuevos negocios que se elaboraron, si bien respondían a una forma, ella era ahora sólo instrumento y no un elemento constitutivo<sup>6</sup>.

Es importante señalar cómo la idea según la cual el paso de una sociedad jurídicamente primitiva a una más evolucionada se corresponde con el paso de un derecho formal y con esquemas rígidos a un derecho en el que poco a poco se supera la atadura de la forma, paso que fue el que supuestamente sufrió la experiencia romana y que se tomó como pretexto para elaborar una historia ideal de la juridicidad, para decir así que el derecho, en general, tiende, por exigencias internas, a pasar de los pesados lazos de las formas primitivas a una libertad absoluta para manifestar la voluntad<sup>7</sup>. Así, con la llegada del Iluminismo y del derecho racional que precedió al movimiento codificador<sup>8</sup>, se tomó como un dato

3 ORESTANO. "Voce da un'enciclopedia", cit., 383; TARELLO. "Formalismo", cit., 573.

4 Ver por todos, A. CORBINO. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana. Lezioni*, Torino, 1994, 1 y ss.

5 Ver una presentación general en F. BRAUDEL. *Les Mémoires de la Méditerranée*, Paris, 1998, 305 y ss.

6 M. BRETONE. *Storia del diritto romano*, Bari, 2001, 119 y ss., quien dedica todo el capítulo titulado "Oltre il formalismo" a tratar el asunto en cuestión. Sobre el problema de las relaciones entre derecho civil-derecho de gentes y derecho civil-derecho honorario, ver G. GROSSO. "Riflessioni su ius civile, ius gentium, ius honorarium nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma", en *Studi in memoria di Guido Donatuti*, Milano, 1973, 439 y ss.; F. DE MARTINO. *Diritto privato e società romana*, Roma, 1982, 490 y ss.

7 La crítica es de G. ARCHI. "Dal formalismo negoziale repubblicano al principio giustiniano 'cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere'", en *Studia et documenta historiae et iuris*, 46, 1980, 2.

cierto que el punto de evolución estaba representado por la idea de la libertad de formas, y así fue plasmado en los códigos liberales individualistas que fueron producto de ese movimiento, con el Código de NAPOLEÓN a la cabeza<sup>9</sup>. La libertad de formas, entonces, se consagró como la regla general, mientras que el formalismo no fue otra cosa que la excepción.

Sin embargo, la constante dialéctica entre fenómenos jurídicos y realidad social se encargaría de desmentir esa idea, pues lo que parecía evolución natural se reveló preconcepto, y paradójicamente el hilo se rompería por el derecho comercial, tradicionalmente considerado campo privilegiado de la libertad de formas.

En efecto, la sociedad moderna, la llamada sociedad global, con sus modernos procesos de producción y distribución, con sus grandes espacios de la libre economía, de las empresas competidoras, del intercambio de bienes, se identifica con el mercado<sup>10</sup>, pero por supuesto dejar a la lógica de ese mercado la creación de sus propias reglas jurídicas se reveló inmediatamente como un peligro para la gran masa de población que a él concurre en condiciones de inferioridad frente a quienes regulan su funcionamiento.

El impacto del mercado en el derecho moderno<sup>11</sup> ha afectado en especial el derecho de los contratos, al introducir una serie de conceptos nuevos, que comprometen el alcance de la autonomía de la voluntad, conceptos que han tomado tanta fuerza que hoy se pregunta si quedarán circunscritos al ámbito específico en el que surgieron (derecho del consumidor) o se extenderán por doquier hasta convertirse en principios generales del derecho de los contratos<sup>12</sup>. Así, a pesar de las posiciones más extremas de la política neo-liberal<sup>13</sup>, y no sólo dentro de los sistemas de *civil law*, la preocupación por la equidad del acuerdo contractual (independientemente de la conformidad de las partes con tal acuerdo) ha prevalecido, y se ha transformado en una expresión que más que un anhelo es una ver-

8 Cfr. C. A. CANNATA y A. GAMBARO. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Torino, 1989, 221 y ss.

9 En este sentido, F. DE MARTINO. *Individualismo y derecho romano privado*, F. HINESTROSA (trad.), Bogotá, 1991, 13-14. Ver también, ORMANNI. *Forma del negozio giuridico*, cit., 561, en donde se afirma que "sólo en el siglo XVIII, cuando las escuelas se abrieron completamente a las sugerencias profundas de la nueva filosofía racionalista, el principio del nudo consentimiento encuentra una afirmación plena y consciente, y es acogido por la ciencia del derecho como directiva ética, aun antes de ser enunciado como canon técnico-jurídico para la formación y la interpretación de la relación contractual".

10 Sobre el problema de los espacios y el derecho ver N. IRTI. *Norma e luoghi. Problemi di Geodiritto*, Bari, 2001.

11 Ver, N. IRTI. *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003.

12 Así, *id.* *Il contratto*, Milano, 2001, 929-930.

13 No hay que olvidar que la llamada concepción neo-liberal de la economía pregona la libertad contractual como uno de sus principios cardinales, pues se afirma que el curso de las cosas no justifica que se dé especial protección a uno de los contratantes que se considera en inferioridad de condiciones; además, ¿por qué se debería modificar la disposición de los intereses establecida por las partes? Ver a este respecto G. ALPA. "Libertà contrattuale e tutela costituzionale", *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 48 y ss.

dadera figura del derecho moderno: la protección de la parte débil. Tal debilidad, o si se ve desde otra óptica, tal injusticia, no sólo se refleja como disparidad económica (equidad) de las partes, sino también, y principalmente, como disparidad jurídica.

Y así apareció de nuevo la forma para tratar de corregir tal asimetría: la imposición legal a las partes contratantes de unos modos de hacer y de unos contenidos mínimos que no se pueden desconocer so riesgo de poner en peligro el acuerdo contractual (forma *ad substantiam actus*). Neoformalismo con un claro propósito de certeza y transparencia y de garantía de la parte débil (de una clase débil) para que concurra a la celebración del contrato con unos elementos mínimos que tratarán de evitar la preponderancia (*rectius*: el abuso) de la parte más fuerte, que es justamente a la que, por regla general, se le impone el cumplimiento de la formalidad. Un neoformalismo que es una forma de traducir en concreto el principio de buena fe y que es, sin duda, un rasgo distintivo del nuevo derecho de los contratos o por lo menos de una parte importante de él<sup>14</sup>.

Formalismo romano y neoformalismo, productos típicos de su propia época y cada uno concebido como medio para permitir un correcto funcionamiento de los procesos económicos y sociales; formalismo antiguo y moderno como un problema de fuentes del contrato (fuentes del derecho) y del alcance de la autonomía de la voluntad. Un tema que amerita un estudio profundo y del que aquí se darán las bases o los puntos de partida.

## I. FORMALISMO EN EL DERECHO ROMANO

El formalismo imperante en la sociedad romana más antigua no tiene un carácter accidental, constituye por el contrario un elemento característico de la mentalidad del pueblo romano, que "en su visión dinámica concibe el derecho esencialmente en función de aplicaciones concretas, que operan al lado de definiciones por género y especie cuando ello resulta oportuno"<sup>15</sup>.

Multitud de principios políticos y, en general, las relaciones sociales que poseían alguna importancia se encontraban marcadas por el rigor de la forma, así como la forma exterior de los negocios estaba minuciosamente regulada por el

14 Cfr. V. ROPPO. "Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma", en *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2002, 25 y ss.; hay trad.: *El contrato del dosmil*, Bogotá, 2005. J. GHESTIN y I. MARCHESAUX-VAN MELLE. "Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens", en *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, 1996, 1 y ss.

15 F. GALLO. "La concretezza della giurisprudenza romana", *Index*, 5, 1974/75, 1-12, 15-19. Por cuanto, como sostiene el autor, no es posible desconocer el aporte hecho por los romanos a la "abstracción que está implícita en el derecho". Pero, a su vez, se resalta cómo en la experiencia jurídica romana la construcción que elabora el jurista, determinada por la solución de un caso concreto, lo lleva a demostrar la relatividad de algunos problemas generales.

derecho. En efecto, los antiguos romanos, en la exteriorización de las ideas, de los acuerdos, de sus mandatos, acudían a expresiones *palpables* en las que se vertía la esencia de los mismos, y que podían estar constituidas por actos, ritos, gestos, o precisas expresiones orales, que simbolizaban, representaban o personificaban tales manifestaciones<sup>16</sup>. De allí que se sostenga que el sistema negocial romano primitivo es "un sistema dominado por la forma, aunque ello no fuese sino reflejo de un hecho más general, cual era que el sistema de las comunicaciones sociales, en esa sociedad, estaba confiado a un lenguaje de señales típicas"<sup>17</sup>.

Lenguaje éste en el que se hacía evidente el esfuerzo por hacer *visible lo invisible*, y que está presente en todo el mundo romano. El amor por la forma domina, como es sabido, la vida privada y la pública, así como la vida religiosa. Formas determinadas regulaban "el culto, los sacrificios, las oraciones, el voto, los auspicios, en resumen, todo contacto con los dioses"<sup>18</sup>, y así, la actividad de los comicios, de la asamblea senatorial, las declaraciones de guerra y los tratados internacionales. La tendencia formalista se hacía presente en los aspectos más comunes de la vida cotidiana: el vestido distinguía "al libre, al esclavo, al pupilo, al que estaba bajo tutela, al senador patricio y al plebeyo, al caballero y al ciudadano común, al magistrado en la ciudad o de viaje, al acusado, al aspirante a un cargo, es decir el aspecto exterior indicaba la posición jurídica"<sup>19</sup>. Lo arcaico no es más simple o más complejo que lo moderno, es diferente, y una de las claves que nos permite apreciar tal diferencia es la concepción romana del formalismo<sup>20</sup>.

## A. El formalismo en el derecho antiguo

### 1. Complejidad y rigurosidad de las formas

En Roma, las formalidades revestían mayor o menor complejidad según el negocio de que se tratara, así por ejemplo, la *sponsio* requería simplemente la pregunta del acreedor y la respuesta del deudor conforme a la utilización de un verbo de-

16 Cfr. R. VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, ENRIQUE PRÍNCIPE Y SATORRES (trad. y notas), Granada, 1998, 665.

17 CORBINO. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., 71. En la Roma arcaica, las formas no tenían en el mundo del derecho una valencia distinta de la que tenían en el mundo de la religión o en el mundo de los privados: servían para asegurarle a la voluntad la eficacia que le nacía de la posibilidad de ser reconocida (en el presente) y memorizada (para el futuro); V. GIUFFRÈ. "Forma ed intento negoziale", *Labeo*, 42, 1996 (1), 512, quien sostiene que toda vez que en ninguna sociedad, y menos en las sociedades antiguas, la comunicación está confiada solamente a la palabra, se hace también uso, en los negocios más comprometedores, de "técnicas del cuerpo", gestos y actitudes contextuales, además del uso de determinados objetos hechos de determinadas materias.

18 VON IHERING. Ob. cit., 674.

19 *Ibid.*, 675.

20 BRETONNE. *Storia del diritto romano*, cit., 113-114.

terminado, *spondere*; otros negocios exigían la aplicación de fórmulas concretas en una precisa sucesión: *familiae emptio*, *nuncupatio*; en fin, existían otros actos que estaban estrictamente reglados en todos sus detalles, y obedecían a formalidades precisas e invariables, como sucedía en el caso del testamento, donde la ausencia de una de tales formalidades daba lugar a la invalidez de todo el negocio<sup>21</sup>.

Por otra parte, en algunos casos las exigencias formales estaban planteadas en términos generales, en la medida en que el acto no exigía un específico rigor verbal o gestual, como era el caso de la *traditio*, en donde si bien la entrega debía verificarse por medio de uno de los comportamientos típicos exigidos (*datio rei*, entrega de las llaves *apud horreum*, etc.), ninguno de ellos exigía un rito gestual específico.

En la Ley de las XII Tablas se encontraban contemplados una serie de negocios que se caracterizaban por un "exasperado rigor de las formas"<sup>22</sup>, entre los cuales: la *adrogatio*<sup>23</sup>, la *confarreatio*<sup>24</sup>, la *manumissio*<sup>25</sup>, el *testamentum*<sup>26</sup>, el *nexum*, el *mancipium*<sup>27</sup>, la *in iure cessio*<sup>28</sup> y la *solutio per aes et libram*<sup>29</sup>.

21 VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., 648.

22 CORBINO. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., 7-8.

23 GAYO 1.99.- "Por la autoridad del pueblo adoptamos a aquellos que son independientes, especie de adopción que recibe el nombre de arrogación, ya que a aquél que adopta se le ruega, es decir, se le interroga si quiere tener como hijo con arreglo a derecho a quien va a ser adoptado, y a éste se le interroga si tolera que así se haga, y al pueblo se le interroga si determina que así se haga. Por el poder del magistrado adoptamos a aquellos que están bajo la potestad de sus ascendientes, ya se trate de descendientes que estén en el primer grado, como son el hijo o la hija, ya en un grado sucesivo, como son el nieto, la nieta, el bisnieto o la bisnieta".

24 GAYO 1.112.- "Por el pan 'farreo' entran bajo la *manus* mediante una especie de sacrificio que se hace a Júpiter Farreo ofreciéndose un pan de trigo, de ahí que se emplee también el nombre de *confarreatio*, requiriendo además la validez jurídica del acto otros muchos ritos, pronunciándose palabras determinadas y solemnes y estando presentes diez testigos. Este derecho todavía ha mantenido su vigencia en nuestro tiempo, pues los sacerdotes mayores, como son los sacerdotes de Júpiter, los de Marte y los de Quirino y los regidores del culto sagrado, no pueden ser elegidos si no han nacido de un matrimonio en el que se haya celebrado este acto y tampoco pueden mantenerse en el sacerdocio si se abstienen de realizar la *confarreatio* llegado el matrimonio"; GAYO 1.136.- "... de MÁXIMO y de TUBERÓN se determinó que ésta se considere bajo la *manus* sólo en lo que atañe al culto familiar, pero que en todo lo demás se la tenga como si nunca hubiera entrado bajo la *manus*. Pero hecha la *coemptio* las mujeres quedan liberadas en todo caso de la potestad de su ascendiente; y es irrelevante que estén bajo la *manus* de su marido o bajo la de un extraño, si bien es verdad que sólo las primeras tienen la posición de hijas".

25 GAYO 2.267.- "En cambio, el que recibe la libertad directamente por testamento, por ejemplo, de este modo: *que mi esclavo Estico sea libre*, o de este otro: *ordeno que mi esclavo Estico sea libre*, éste se hace liberto del propio testador. No puede conseguir la libertad directamente por testamento quien no fuera de la propiedad civil del testador, tanto cuando éste hizo testamento, como cuando murió".

26 GAYO 2.101.- "En un principio hubo dos clases de testamento: o se hacía testamento ante los comicios convocados, que estaban destinados dos veces al año a la confección de testamentos, o en *procinctu*, esto es, cuando se tomaban las armas para la guerra, pues se llama *procinctus* el ejército preparado y armado. Así, pues, el primero se hacía en tiempo de paz y tranquilidad, y el segundo al salir a la batalla".

## 2. Diversas manifestaciones de la forma

En Roma, la formalidad de los negocios podía consistir en signos, acciones, palabras, fórmulas y formularios.

### a. Signos y acciones

Los signos y las acciones podían ser simbólicos o representativos.

El carácter simbólico de signos y acciones se manifestaba, como explica IHERING<sup>30</sup>, de muy diversas maneras; así por ejemplo, con la lanza, símbolo del combate, se aludía a la propiedad, como quiera que el botín de guerra fue la forma originaria de ésta última; el anillo servía para atestiguar, en cuanto era signo de veracidad y ostentaba la calidad de libre de quien lo usaba, de ahí que se acostumbrase darlo en prenda en los esponsales y en la venta; el pan era símbolo de la comunidad doméstica, por lo que se usaba en la *confarreatio*; la cabeza simbolizaba la capacidad y los derechos inherentes a la personalidad. Por su parte, el uso de la mano era particularmente rico en significados, con la mano se simbolizaba la paz, la fidelidad, el compromiso, se manifestaba sumisión, se imploraba, se invocaba la *fides*, entre otros muchos ejemplos.

La formalidad además podía consistir en llevar a cabo un acto aparente, como sucedía con la *mancipatio* realizada con fines de venta de una *res Mancipi*, que consistía precisamente en la representación de dos elementos de la venta (prestación de la cosa y pago del precio), que se verificaban de manera figurada simplemente mediante el cumplimiento de las formalidades relativas al pago y a la entrega de

- 27 GAYO 1.119.- "Es la *mancipatio*, como ya dijimos más arriba, una especie de ceremonia de venta y es algo que pertenece al derecho que es propio de los ciudadanos romanos. Se desarrolla así: presentes no menos de cinco testigos ciudadanos romanos y púberos, más otro de la misma condición que sostiene una balanza de bronce y se llama *libripens*, el que recibe en *mancipio* dice así teniendo la cosa —el bronce—: *yo digo que este hombre es mío según el derecho de los ciudadanos romanos y que queda comprado por mí con este bronce y con esta balanza de bronce*; después golpea con el bronce la balanza y da ese bronce a aquel de quien recibe en *mancipio*, como si se tratara del precio".
- 28 GAYO 2.24.- "La cesión ante el magistrado se hace de este modo: ante un magistrado del pueblo romano, como el pretor urbano o el gobernador de la provincia, aquél a quien le es cedida la cosa ante el magistrado, teniéndola en la mano, dice así: *afirmo que este esclavo me pertenece según el derecho de los ciudadanos romanos*. A continuación, después que aquél ha reclamado su propiedad, el pretor interroga al que hace la cesión si reclama en contra; éste niega o calla, y entonces a aquél que reclamó la cosa como propia le es adjudicada por el pretor, lo cual se llama acción de ley. Este acto se puede realizar también en las provincias ante sus gobernadores".
- 29 GAYO 3.174.- "Se necesitan no menos de cinco testigos y el portador de la balanza. Después aquel que va a quedar liberado debe decir así: *puesto que yo he sido condenado en juicio frente a ti a tantos miles de sestercios, por este título me desato y me libero de ti con este bronce y esta balanza de bronce. Yo te peso, según la ley pública, esta primera y última libra*. Después golpea la balanza con una moneda y se la da como pago a aquel de quien se libera".
- 30 VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., 707-717.

la cosa (que en realidad no se entregaba sino que sólo se daba por aprehendida simbólicamente)<sup>31</sup>. Por su parte, en la *in iure cessio* o cesión judicial, se representaba una reivindicación simulada en la que el adquirente hacía las veces de reivindicante y el cesionario se abstenía de cualquier *contravindicatio*, por efecto de lo cual el pretor adjudicaba al cesionario el bien que éste en apariencia había reivindicado<sup>32</sup>.

## b. Las palabras sacramentales

El derecho romano antiguo estaba dominado por la oralidad, por la convicción de que los efectos jurídicos se alcanzaban mediante el pronunciamiento de determinadas fórmulas, las cuales por su propia virtud intrínseca producían un determinado resultado.

Es por ello que en el derecho romano arcaico uno de los elementos característicos del formalismo residía en el pronunciamiento de los *verba sollemnia*; la palabra, el *nomen*, la fórmula ritual o "*carmen*", los *concepta verba* ocupaban un lugar preeminente en el mundo arcaico<sup>33</sup>. Estas declaraciones orales, acompañadas de gestos como parte de un ceremonial orgánico, eran generalmente pronunciadas por la parte que se beneficiaba de ellas o, en los litigios, por aquella que afirmaba la pretensión<sup>34</sup>, y su omisión daba lugar a la nulidad del acto, en virtud de que las mismas se encontraban revestidas de suma obligatoriedad<sup>35</sup>.

## c. Las fórmulas

Las fórmulas constituían un modelo abstracto de expresión de la voluntad, la manera exclusiva conforme a la cual un determinado acto debía cumplirse, so pena de nulidad. Podían ser de diversa naturaleza, y fijaban de manera clara el verdadero objeto de la cuestión; algunas eran extremadamente largas y complicadas, como aquella de la *devotio* que comportaba un ceremonial complejo<sup>36</sup>, sin que

31 GAYO 1.119 (ver nota 27).

32 Otros casos son el del *testamentum per aes et libram*, en el que la *mancipatio* se presentaba como una venta imaginaria; la *sponsio praeiudicialis* del procedimiento romano, que tenía carácter de acto aparente; o la *mancipatio*, la *coemptio* y la *in iure cessio* realizadas por causa fiduciaria, en los que el aceptante en lugar de conservar para sí la cosa o la persona, como lo indicaría el tipo de negocio celebrado, debía por el contrario restituirlas.

33 Cfr. P. DE FRANCISCI. *Primordia Civitatis*, Roma, 1959, 214.

34 Cfr. G. GROSSO. *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1948, 137.

35 Eran diversas las palabras sacramentales usadas, así por ejemplo: *spondeo* para la *sponsio*, *fidepromitto* para la *fidepromissio*, *fidejubeo* para la *fidejussio*, *acceptum habeo* para la *acceptilatio*, *heres esto* para la *heredes institutio*, *exheres esto* para la *exhereditatio*, *praes sum* para el *praes*. VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., 725.

36 Cuyos detalles nos describe LIVIO en 8.9.6-8; pasaje en el que cuenta cómo, en la batalla contra los latinos, el cónsul DECIO, ante la imposibilidad de resistir la avanzada de los enemigos que los conminó a retirarse exclama: "Es necesario el socorro de los dio-

dejara mayor espacio para la determinación de las partes; otras eran más simples o, incluso, estaban constituidas por una sola palabra, como era el caso de la *sponsio*.

Se conformaban por lo general de una parte abstracta ya predeterminada y de una concreta o individual, lo que en algunos casos dejaba cierto juego a la expresión de las particularidades del negocio, como se desprende de un pasaje de GAYO<sup>37</sup>, mientras que en otras oportunidades no había mayor libertad de acción, como sucedía en el caso del testamento, donde la fórmula estaba completamente reglada.

El rigor formalista de algunas de esas fórmulas era tal que la modificación de una sola palabra podía conducir a la pérdida del proceso<sup>38</sup>; o la omisión de una

ses", y en seguida solicita al pontífice MARCO VALERIO "Indícame las palabras con las cuales debo inmolarme a fin de salvar a las legiones", ante lo cual el pontífice comienza a referir la manera en la cual debe realizar el rito: "Vestir la toga *praetextam*, velarse la cabeza, sacar la mano de debajo de la toga y tocarse el mentón, estar en pie sobre una lanza. Y estas eran las palabras de la fórmula: 'Jano, Júpiter, Marte padre, Quirino, Bellona, lares, dioses extranjeros e indígenas, dioses que poseéis poder sobre nosotros y sobre nuestros enemigos, dioses manes, a vosotros ruego, a vosotros suplico, a vosotros seguro de obtenerla, pido esta gracia: concedéos benignamente al pueblo romano de los Quirites, la fuerza y la victoria y golpead con el terror, el pánico y la muerte a los enemigos del pueblo romano de los Quirites. Como lo he anunciado verbalmente así ahora hago voto por la República (*pro re publica*) del pueblo romano de los Quirites, por el ejército, por las legiones, por los que ayudan al pueblo romano, me ofrezco en sacrificio junto con las legiones enemigas y quienes las ayudan, a los dioses manes y a los dioses telúricos"; después de haber elevado tales ruegos, se lanzó al centro de las tropas enemigas.

37 GAYO 4.16.- "Cuando se ejercitaba una acción real, y siempre que se tratase de cosas muebles o semovientes que se podían traer o conducir ante el tribunal del pretor, eran reclamadas en su presencia con estas formalidades: el que reivindicaba portaba en la mano una vara, aferraba la cosa que reclamaba, un esclavo, por ejemplo, y decía exactamente así: *Afirmo que este esclavo es mío según el derecho de los ciudadanos romanos por causa fundamentada en el mismo. Tal como lo acabo de decir, he aquí, que, en tu presencia, lo someto a mi vara. Y simultáneamente le ponía la vara encima al esclavo. El contrario, por su parte, decía y hacía lo mismo. Tras haber reivindicado ambas partes, el pretor decía: Soltad uno y otro al esclavo; y ellos lo dejaban. El que primero había reivindicado indagaba de su oponente: Te pido que me digas en virtud de qué causa has reclamado. Él, por su parte, respondía: El derecho me asiste y por ello impuse mi vara. Le replicaba entonces el contrincante: Puesto que has reclamado contra derecho, te desafío a una apuesta solemne de quinientos ases. Entonces el adversario decía a su vez: Y también yo a ti. Pero si el valor de la cosa en litigio era inferior a mil ases, obviamente apostaban sólo por cincuenta ases. Después se observaban los mismos trámites que para la acción personal. Seguidamente, el pretor decretaba la posesión interina en favor de uno de ellos, es decir, lo constituía en poseedor provisional en tanto se resolvía el pleito, y le ordenaba que diera garantías a su contrario que respondieran de las resultas del litigio y de la posesión interina, esto es, como garantía de la cosa y de sus frutos. Asimismo, el pretor exigía a ambas partes que le dieran otros garantías para asegurar la apuesta solemne, pues la que se perdía pasaba al erario público. La vara ceremonial se usaba en sustitución de la lanza, uno de los símbolos de la propiedad civil, por cuanto consideraban los antiguos que el más justo dominio nacía de las cosas arrebatadas al enemigo; de ahí que la lanza presida las sesiones del tribunal de los centunviro*".

38 Un ejemplo del imperio de la formalidad en el terreno procesal nos lo presenta GAYO 4.11, según el cual: "Las acciones que usaban los antiguos se denominaban acciones de ley bien porque habían dimanado de las leyes –sin duda porque todavía no habían sur-

palabra, o el simple cambio de género<sup>39</sup> o la alteración del orden en que debían pronunciarse podían dar lugar a la nulidad de todo el negocio; así como, a diferencia de lo que sucedía en el *ius gentium*<sup>40</sup>, en los negocios de *ius civile* no era admisible la traducción de fórmulas o palabras sacramentales a lenguas diversas del latín<sup>41</sup>.

Entre las fórmulas encontramos algunas de carácter elástico, como quiera que si bien los puntos esenciales eran fijos e inmodificables, al ser adaptadas a ciertos negocios, los aspectos no esenciales podían ser modificados con el fin de que reflejasen de manera más fiel los intereses particulares de las partes; era el caso de la *cognitoris datio*<sup>42</sup>, o de la constitución de un usufructo a término por *in iure cessio*<sup>43</sup>.

Otras fórmulas eran fijas y esquemáticas, como aquéllas que predeterminaban un esquema en el que debían ser llenados algunos aspectos con las particularidades del negocio, así por ejemplo<sup>44</sup>: la indicación de la suma, en la *manus iniectio*<sup>45</sup>

gido los edictos del pretor, mediante los que se han introducido muchas acciones—, ya porque se ajustaban puntualmente a los términos de las leyes, y por esta razón eran observadas con la misma inmutabilidad que si se tratase de las propias leyes. Por ello, cuando alguien litigaba por unas cepas cortadas y mencionaba expresamente el término cepa en su acción, los juristas manifestaron que perdía el pleito, por cuanto debió citar en su lugar árboles, y ello porque la ley de las XII Tablas, en virtud de la que competía la acción de cepas cortadas, hablaba genéricamente de árboles cortados”.

39 AULO GELLIO *noctes Att.* 11.1.4.- “Cuando los magistrados del pueblo romano asignaban según la antigua costumbre, una multa mínima o suprema, es regularmente observado que los ovinos sean indicados de género masculino, y MARCO VARRONE recuerda así la expresión de la ley para la asignación de una multa mínima ‘A MARCO TERENCIO, habiéndolo sido citado y no habiéndose presentado ni excusado, es asignada la multa de un ovino (*unum ovem*)’, y dice que si se emplease otro género la multa no sería legal”. Ello por cuanto originalmente la palabra *ovis* fue masculina y así se había consagrado en la fórmula originaria.

40 VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., 728-729.

41 GAYO 3.93.- “Pero la obligación verbal *¿prometes dar? prometo*, es indudablemente la propia de los ciudadanos romanos; las otras, en verdad, son del derecho de gentes y por consiguiente valen entre todos los hombres, ya sean romanos, ya extranjeros; y aunque fueran expresadas en lengua griega, como, por ejemplo, en esta forma: *¿darás?, daré; ¿prometes?, prometo; ¿das tu palabra?, doy mi palabra; ¿harás?, haré*, valen, no obstante, entre los ciudadanos romanos a condición de que tengan conocimiento de la lengua griega; y al contrario, aunque se pronuncien en latín, valen también entre los extranjeros a condición de que tengan conocimiento de la lengua latina. Por el contrario, la obligación verbal *¿prometes dar?, prometo*, es propia de los ciudadanos romanos hasta tal punto que no se puede trasladar al griego por traducción con exactitud, aunque se diga que deriva de una palabra griega”, GAYO 2.81.- “Igualmente, los legados redactados en griego no tienen eficacia, mientras que los fideicomisos sí”.

42 *Vat. Frg.* § 318.

43 VON IHERING. *Ob. cit.*, 725.

44 *Ibid.*, 726.

45 GAYO 4.21.- “Se utilizaba la acción de ley por aprehensión corporal en aquellos supuestos previstos por alguna ley, como, por ejemplo, para la ejecución de sentencia en virtud de la ley de las XII Tablas. Cuya acción se desarrollaba así: el actor se pronunciaba en estos términos: *por cuanto has sido sentenciado o condenado a pagarme diez mil sestercios, y como no lo has cumplido, por esta razón te aprehendo con fundamento en esta sentencia de diez mil sestercios, y al propio tiempo le sujetaba físicamente. Al condenado no le era lícito desasirse ni*

y en la *nexi solutio*<sup>46</sup>; el señalamiento del objeto de la relación, como el fundo o el esclavo, para el caso de la reivindicación<sup>47</sup>; y la referencia al tipo de negocio en el caso de la *pignoris capio*<sup>48</sup> y de la *nexi solutio*<sup>49</sup>.

De otra parte, había fórmulas fijas e invariables, que eran aquellas en las que no resultaba admisible hacer referencia a las circunstancias particulares de la negociación; hacen parte de esta especie de fórmulas aquella típica del testamento y del *familiae emptor*<sup>50</sup>, y la de la reivindicación<sup>51</sup>.

#### d. Los formularios

Los formularios contenían indicaciones acerca de la manera en que determinado acto podía ser celebrado del modo más conveniente; los mismos ofrecían una redacción previa del clausulado, por lo que su adopción quedaba a la libre elección de las partes. Su uso fue considerable en Roma<sup>52</sup>, pues gozaban de gran aprecio en virtud de su utilidad práctica, y porque en gran medida permitían optar por un camino expedito, como quiera que su utilización en casos precedentes otorgaba alguna garantía de éxito en el negocio a emprender<sup>53</sup>.

defenderse por acción de ley alguna, sino que debía suministrar un *vindex*, que solía defenderle ejercitando en su nombre la correspondiente acción de ley. Aquel que no presentaba un *vindex*, se lo llevaba el demandante a su casa y allí lo encadenaba".

46 GAYO 3.174 (ver nota 29).

47 GAYO 4.16 (ver nota 38); GAYO 1.119 (ver nota 27).

48 GAYO 4.29.- "En todos estos casos se procedía a la toma de prenda pronunciando ciertas palabras solemnes, y por ello se opinaba corrientemente que ésta era también una acción de ley. Pero algunos entendieron que no se trataba de una acción de ley: en primer término, porque la toma de prenda tenía lugar fuera del tribunal, es decir, no en presencia del pretor y además muchas veces en ausencia del demandado, siendo así que las restantes acciones no se pueden entablar sino ante el pretor y estando presente el contrario. Por último, cabía hacerla en día inhábil, es decir, cuando no es lícito emprender una acción de ley".

49 GAYO 3.174 (ver nota 29).

50 GAYO 2.104.- "Esto se hace de la siguiente manera: el que hace testamento, estando presentes, como en las demás *mancipationes*, cinco testigos ciudadanos romanos plebeyos y el *libripens*, después de haber escrito las tablas del testamento, transmite a otro su familia por medio de la fórmula de la *mancipatio*, para lo que el comprador de la familia utiliza estas palabras: *afirmo que, conforme a tu mandato, tu familia y tus bienes están bajo mi custodia, y, para que conforme a derecho puedas hacer testamento según la ley pública, los compro con este bronce y, según añaden algunos, con esta balanza de cobre. Entonces golpea con el bronce la balanza y lo entrega al testador a modo de precio; después el testador, sosteniendo las tablas del testamento, dice así: así como está escrito en estas tablas de cera, así doy, lego y testo, y así, vosotros, ciudadanos, sedme testigos de ello. A esto se le llama *nuncupatio*, pues *nuncupare* es nombrar públicamente, y así lo que el testador escribió detalladamente en las tablas parece que lo designa y confirma de una manera general".*

51 GAYO 4.16 (ver nota 38).

52 Ver CATÓN. *rust. C.* 144-150.

53 VON IHERING. *Ob. cit.*, 718-721. Quien recuerda formularios tan famosos como la *stipulatio aquiliana*, la *formulae doli mali*, la *postumi aquiliane* de AQUILIUS GALLUS y la *cautio muciana* de QUINTO MUCIUS SCEVOLA.

Por otra parte, mediante la elaboración de estos formularios los juristas romanos desplegaron "el arte de la construcción jurídica"<sup>54</sup>, tarea que presuponía un gran conocimiento del derecho, creatividad y gran habilidad en la redacción de cláusulas que a la vez que permitieran nuevas posibilidades en el comercio, no chocaran con el derecho antiguo, ello en estricto apego a la concepción romana que imperó por largo tiempo, según la cual el derecho no se crea sino que se descubre. Una labor de tal naturaleza imponía la cuidadosa selección de las palabras y expresiones a usar, el riguroso examen de los aspectos que pudieran dar lugar a controversia o que resultaran especialmente delicados según el tipo de negocio a desarrollar e indudablemente una redacción apropiada según los requerimientos de la jurisprudencia antigua.

### 3. Funciones que cumplía el antiguo formalismo romano

#### a. La forma como sustento y límite de la libertad

Podría decirse que en Roma la función primordial de la forma estaba ligada a la garantía del ejercicio de los propios derechos, a permitir su reconocimiento exterior por la sociedad entera y con ello de alguna manera tendía a la igualdad entre quienes concurrían en las diversas esferas del mundo romano a la realización de actos religiosos, políticos, jurídicos o sociales<sup>55</sup>, como quiera que, cualquiera fuera la condición de aquél que los realizara, unas solas eran las formas que regían la validez de los mismos. Y en ese sentido, puede decirse que "el formalismo de la edad primitiva constituye la primera victoria de la sociedad sobre el particular, de la nación sobre el grupo familiar: en ese formalismo la independencia arcaica del *pater* encuentra un límite inderogable. La transferencia de una *res mancipi* no podía darse al arbitrio de las partes, sino que éstas debía ajustarse al rito de la *mancipatio*; la constitución de un vínculo obligatorio exigía la observancia de las formas del *nexum* o de la *sponsio*; la liberación del deudor debía cumplirse con el pronunciamiento de la fórmula determinada de la *nexi liberatio* y de la *acceptilatio*. A la lucha desarreglada y violenta de la edad primitiva sigue el proceso, en un principio puramente voluntario y luego obligatorio; y es en el proceso, en cuanto relación extrema entre hombres en lucha, donde opera el formalismo de manera más enérgica"<sup>56</sup>.

IHERING pone en evidencia la particular relación entre forma y libertad, que liga en una dependencia mutua y recíproca ideas aparentemente contradictorias, pues mientras con la segunda se busca garantizar el desarrollo más amplio de la

54 *Ibíd.*, 721.

55 Como sostiene BREONE, está de más decir que estas relaciones se establecían a menudo entre desiguales, y en estos casos el formalismo jurídico si bien no anulaba dicha desigualdad, sí podía "disfrazarla": *Storia del diritto romano*, cit., 114.

56 DE MARTINO. *Individualismo y derecho romano privado* cit., 13-14.

voluntad material, con la primera se reduce estrictamente esa libertad desde el punto de vista formal; paradoja ésta que se resuelve cuando se entiende, como lo hizo el pueblo romano, que en lugar de un yugo, la forma se convierte en "vigía de la libertad"<sup>57</sup>.

Ciertamente, la libertad del ciudadano encuentra su sustento primigenio en el propio sentido de responsabilidad, pero a su lado, apoyándola de manera sustancial, está presente la forma, que constituye el ropaje de los negocios y de los actos procesales, no en calidad de mero símbolo exterior de los mismos, sino como representación de su esencia. De allí que se sostenga que, "la libertad es más deber que derecho", pues su ejercicio implica la obligación de cumplir con "la propia forma, la liturgia, la solemnidad misma a la que el hombre ha de sujetar su obrar negocial o procesal"<sup>58</sup>.

Esta función de la forma como límite de la arbitrariedad y a la vez como garante de la libertad es exaltada insistentemente por IHERING, para quien "la forma, enemiga declarada de lo arbitrario, es hermana gemela de la libertad. Es el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia. La que dirige la libertad, la que la contiene y la protege"<sup>59</sup>.

#### b. Función creadora de la forma

—*La tesis tradicional.* La relevancia del formalismo en las instituciones jurídicas romanas pone de manifiesto que "no basta el acto de voluntad", sino que se requiere del acto con el cual se dispone: "es necesario que la voluntad se traduzca en un acto imperativo", que adquiere tal carácter al manifestarse conforme a las solemnidades previstas para el respectivo tipo de acto<sup>60</sup>. De ahí que la forma, que supone siempre un contenido, adquiera un *contenido propio* en la manifestación de la voluntad jurídica<sup>61</sup>.

En cuanto concierne a las relaciones entre el formalismo romano y la voluntad, la tradición ha entendido que la rigidez de las formas se manifestaba no sólo en la necesidad de su estricto cumplimiento, a efectos de la validez del acto, sino también en el sentido que, cumplidas las formas, el fin efectivamente perseguido por las partes (aun discordante con el resultado) en nada podía afectar la validez del mismo<sup>62</sup>; es decir que, si bien se aceptaba que la voluntad estaba al origen del

57 VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., 640-641.

58 J. IGLESIAS. *Espíritu del derecho romano*, Madrid, 1984, 45-46.

59 VON IHERING. *Ob. cit.*, 641.

60 G. GROSSO. *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, 32. Tales afirmaciones son ilustradas por el autor con el ejemplo de la formalidad del testamento romano, y agrega al respecto que "en el derecho romano para que la institución de heredero fuese válida para el *ius civile* era necesario que el testador usara la fórmula '*Titius heres esto*'; podía incluso decir '*heredem esse iubeo*', pero si el testador decía '*Titium heredem esse volo*', la institución era nula".

61 VON IHERING. *Ob. cit.*, 641-642.

62 Cfr. G. PUGLIESE, F. SITZIA y L. VACCA. *Istituzioni di diritto romano*, Padua, 1986, 24; M.

negocio, constituía su presupuesto, una vez exteriorizada la misma de acuerdo con las formalidades prescritas, el acto surgía a la vida jurídica con independencia de cualquier consideración sobre la voluntad de las partes.

Tal concepción resulta en un todo consonante con la posición que dentro del sistema de las fuentes en la Roma antigua ocupaba la voluntad individual, la cual se encontraba claramente delimitada, dado el carácter consuetudinario del *ius civile*, en el que la autonomía de los individuos, su voluntad particular, no era considerada fuente de derecho.

– *Forma e intención*. Ahora bien, una posición tan absoluta es morigerada por CORBINO<sup>63</sup>, para quien la forma del negocio no tenía la fuerza para excluir totalmente la relevancia de la intención de los sujetos, pues por el contrario, era justamente la voluntad de las partes la que determinaba la especificidad de los efectos del acto; y así, por ejemplo, un negocio celebrado con el mismo esquema formal que otro, producía sus efectos característicos, y no unos distintos, sólo en virtud de la que hubiera sido la concreta intención de las partes.

Su tesis la fundamenta el autor en el estudio de las incidencias de la intención de las partes en los negocios de la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *traditio*.

Tratándose de la *mancipatio*, sostiene CORBINO que la diversidad de efectos de dicho negocio dependía del fin perseguido por las partes, por lo que atribuye a la voluntad el poder de definir los efectos de la particular *mancipatio* de que se tratase<sup>64</sup>. Así por ejemplo, la *mancipatio* sobre las *res* y la *mancipatio* del hijo tenían efectos diversos según fuera la intención negocial, pues a pesar de que eran realizadas mediante el uso de la misma formalidad, *per aes et libram*, la *mancipatio* producía la enajenación del *fillio* tendiente a constituirlo en *causa mancipii*, esto es, colocarlo bajo una especial situación frente a otro *pater* –que la jurisprudencia avanzada definiría como *loco servi*–; mientras que la *mancipatio* respecto de esclavos y demás cosas tenía como efecto transferir el *dominium* sobre los mismos.

Pero adicionalmente, la constitución del hijo en *causa mancipii* podía buscar diversos efectos: además de la *venditionis causa*, podía tener por objeto la entrega en *noxae deditio* del hijo que había causado un daño a terceros<sup>65</sup>, o sustraerlo de la

TALAMANCA. *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 201, quien sostiene que, tendencialmente, en la época más antigua la voluntad negocial de las partes no tenía relevancia; GIUFFRÉ. *Forma ed intento negoziale*, cit., 513 y ss.; GROSSO. *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, cit., 136 y ss., quien señala que la correspondencia tangible entre forma del acto y efecto jurídico hacen que el problema de la búsqueda de la voluntad que estaba en la base pase a un segundo plano.

63 CORBINO. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., 34 y ss.

64 GAYO 1.120.- "De este modo son objeto de *mancipatio* las personas esclavas y las libres, pero también lo son los animales considerados como *mancipi*, categoría en la que se encuentran los bueyes, los caballos, los mulos, los asnos; y también los predios, tanto rústicos como urbanos, si son igualmente *mancipi*, como sucede con los itálicos, suelen ser objeto de *mancipatio* del mismo modo".

65 GAYO 4.79.- "Puesto que un hijo es dado por causa de noxa mediante *mancipatio*, los au-

patria potestad, *ut manumitteretur*; no obstante que las palabras y los gestos que debían cumplirse en los tres casos eran idénticos y correspondían a una *mancipatio* ordinaria.

En cuanto concierne a la *in iure cessio*, recordemos que ésta tenía una variedad de aplicaciones, que la hacían idónea, igualmente, para la adquisición de diversos derechos (*dominium, servitus, usufructus, hereditas, tutela, patria potestas*), lo cual sólo podía ser determinado, en palabras de CORBINO, según la que hubiese sido la voluntad de las partes; ello, sin que la declaración del adquirente hecha *in iure* sufriera modificación formal alguna. Incluso, mediante la *in iure cessio* podían producirse efectos accesorios que especificaban aún más la intención de las partes, como por ejemplo, la constitución de una servidumbre que se seguía a la transferencia del dominio de un fundo.

De otro lado, en apoyo de su tesis, CORBINO señala que la forma no tenía un poder tal que absorbiera la relevancia de los demás elementos sustanciales del negocio jurídico (ya no hablamos sólo de la voluntad o intención negocial); así por ejemplo, no obstante que se hubiera cumplido con todos los requisitos de forma, en los casos en que con la *in iure cessio* se pretendiese hacer transferencia del dominio de una cosa, o en los que con la *in iure cessio* se buscara la verificación de una adopción, el efecto no se producía si, en el primer caso, el *tradens* no era el *dominus*<sup>66</sup> y, en el segundo caso, el *pater* originario no se había desprendido aún de la *potestas* sobre el hijo<sup>67</sup> que pretendía ser adoptado por otro<sup>68</sup>.

Por su parte, así como la *mancipatio* y la *in iure cessio* eran negocios de los cuales se podían derivar diferentes efectos, también la *traditio*<sup>69</sup> podía tender a la pro-

tores de la escuela contraria opinan que debe hacerse por tres veces, ya que la ley de las XII Tablas previó que el hijo no sale de la potestad de su padre sino cuando es mancipado tres veces. SABINO y CASIO, así como los demás de nuestra escuela, creen que basta con una *mancipatio*, y que lo de las tres de la ley de las XII Tablas exclusivamente se refiere a las de carácter voluntario".

66 Como luego lo diría ULPIANO en D.50.17.54.- ULPIANO; *Comentarios al Edicto*, libro XLVI.- "Nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga".

67 Lo cual se surtía por medio de la verificación de 3 *mancipatio* sucesivas intercaladas con dos manumisiones sucesivas realizadas por un "adquirente complaciente".

68 GAYO 1.134.- "Por lo demás, los ascendientes que tienen descendientes en adopción pueden perder también la potestad sobre ellos; y si se trata de dar en adopción a un hijo se requieren tres *mancipationes* y dos manumisiones intercaladas, como suele hacerse cuando el padre le excluye de su potestad para que se haga independientemente. Después o se hace otra *mancipatio* en favor del padre y aquel que va a adoptar lo reivindica ante el pretor como si fuese hijo suyo sin que el padre alegue nada en contra, tras de lo cual el pretor adjudica el hijo al reclamante, o no se hace esa nueva *mancipatio* al padre sino que el que adopta reclama al hijo a aquel que le tiene en su poder después de la tercera *mancipatio*; pero la verdad es que es más cómodo hacer esa nueva *mancipatio* al padre. En la persona de otros descendientes, ya del sexo masculino, ya del femenino, es suficiente con una sola *mancipatio*, y unas veces se hace una nueva *mancipatio* al ascendiente y otras no. Y lo mismo suele hacerse en las provincias ante el gobernador de la provincia".

69 Ciertamente, la *traditio* era un acto sustraído del rigor de las formas verbales y gestuales previstas para la transferencia del *dominium* de las *res pretiosiores*, pero no por ello libre de

ducción de efectos diversos según hubiese sido la intención negocial de los sujetos. Ello explica que, mientras la *traditio* con fines de donación (o de dote) era traslativa del *dominium*, la *traditio solvendi causa* y la *credendi causa* atribuían al *accipiens* a veces el *dominium* (como en la *venditio*, el *mutuum*, etc.) pero otras veces sólo la *possessio* (como en el precario; o más adelante, en el *depositum*, el *comodatum*, la *locatio-conductio*, etc.).

Para CORBINO entonces, la causa de la tradición determinaba en definitiva el efecto que ella estaba llamada a producir, pues si bien la misma consistía siempre en un comportamiento material, a su juicio resulta evidente que esta diversidad de efectos no puede relacionarse sino con la intención perseguida por aquellos que la realizaban.

En definitiva, se puede apreciar que CORBINO establece una relación entre forma negocial y voluntad de los sujetos, muy distinta de la que normalmente se sostiene, la cual parte de la idea de que los efectos de los negocios –excepción hecha de la *sponsio*– nunca estuvieron desligados de la intención de las partes, ni de los demás supuestos sustanciales de dichos actos.

– *Algunas observaciones críticas.* Una lectura detenida del texto de CORBINO nos permite colegir que, en primer término, la tesis expuesta por el autor no se aleja, en principio, como pudiera creerse, de la tesis tradicional, en el sentido que la misma también parte del presupuesto que la forma posee toda la fuerza creadora sobre el negocio jurídico<sup>70</sup>. Donde se aleja CORBINO de la mayoría es en la exaltación que hace de la voluntad o intención negocial como elemento determinante en la definición de los efectos jurídicos específicos de los negocios (*mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*, todos considerados negocios “abstractos” por la tesis mayoritaria, en virtud, precisamente, de que dicha corriente parte de la premisa que la voluntad o específica intención negocial, en el derecho romano arcaico, era absolutamente absorbida por la forma).

No obstante es posible anotar varias cosas: en primer término, en lo que hace a la afirmación del autor relativa a que los diferentes efectos que pueden conseguirse con la *mancipatio* están determinados por la efectiva o específica voluntad de las partes intervinientes en el negocio, habría que decir que tal diversi-

modalidades impuestas para que la entrega física de la cosa (*traditio*) por parte del *tradens* al *accipiens* produjese efectos. No obstante, y aunque no puede precisarse en qué momento, terminó admitiéndose que la *traditio* se verificase a través de comportamientos que, o no involucraban una entrega física de la *res* (ej.: D.41.2.1.21 PAUL. *ad. ed.*; D.41.2.51 JAV., 5 *ex post. Lab.*; D.18.6.15-14. 1 PAUL. 3 *e Alf.*; D. 18.1.74 PAP. 1 *defin.*), o no exigían que esa entrega física se verificase con la participación material del *accipiens* (ej.: D.41.2.18.2 CELS. 23 *dig.*). CORBINO. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., 42 y ss.

70 En efecto, CORBINO reconoce que no es suficiente la voluntad negocial a los fines de que el acto produzca efectos jurídicos, sino que la misma debe ponerse en evidencia por medio de modalidades idóneas, según una convicción socio-económica. Ob. cit., 59 y ss.

ficación parecería depender de la naturaleza del objeto (*personae* o *res*, y entre éstas últimas, los esclavos), antes que de la intención negocial. En el caso de la *mancipatio* de un hijo (en su aplicación más antigua, es decir, aquélla tendiente a la transferencia de la "propiedad"), su condición implicaba que aun surtida la *mancipatio*, aquél conservara la libertad, la ciudadanía, y la plena capacidad jurídica en cuanto a sus relaciones personales, y como consecuencia de ello la *mancipatio* lo conducía a un especial estado de servidumbre; a diferencia de lo que sucedía con el esclavo que, por su condición, no tenía tales derechos, y por ende, era natural que sobre el mismo la *mancipatio* diera lugar a la transferencia del dominio. Tanto es así que, tratándose de la *mancipatio* de un *fillius*, aun cuando la voluntad de las partes pretendiera la transferencia del dominio, ello no podía lograrse dado que no correspondía con el efecto típico establecido para esa clase de negocio, en virtud de la calidad del "objeto" en cuestión<sup>71</sup>.

De otra parte, tampoco resulta claro que la *mancipatio* con fines de venta produjese, en definitiva, efectos diversos de los que se lograban con la *mancipatio* que tenía por objeto la *noxae deditio*, en el sentido que en ambas el *fillius* y el esclavo, según se tratase, quedaban en la misma situación jurídica, es decir, en un especial estado de servidumbre el primero, y bajo dominio el segundo.

Adicionalmente, CORBINO sostiene que en la *mancipatio* que perseguía sustraer de la *patria potestas* al *fillius familiae*, se utilizaba el mismo esquema formal que el exigido para las otras dos aplicaciones de ese negocio señaladas por el autor (*venum duere*, *noxae deditio*), y que era sólo la voluntad de las partes la que determinaba la producción de ese y no de otro efecto jurídico. Mas, pensamos que en esa hipótesis no se utilizaban en realidad las mismas formalidades exigidas para la *mancipatio* con fines de venta o de entrega noxal, ya que lo que se exigía en tal caso no era sólo la verificación de la ceremonia *per aes et libram*, que bastaba para las otras dos modalidades de *mancipatio*, sino la realización de tres *mancipatio* sucesivas que debían estar intercaladas de dos manumisiones hechas por parte de un "adquirente complaciente"<sup>72</sup>, sin cuyo cabal cumplimiento no se entendía logrado el efecto de la sustracción del *fillius* de la *patria potestas*.

71 En relación con la función de la tipicidad que cumple la forma, véase *infra* 3.4.

72 GAYO 1.132.- "Por lo demás los descendientes dejan de estar bajo la potestad de los ascendientes mediante emancipación. Pero así como el hijo requiere tres *mancipationes*, los demás descendientes, ya masculinos ya femeninos, salen de la potestad de los ascendientes con una sola *mancipatio*, pues la ley de las XII Tablas sólo habla de tres *mancipationes* tratándose de la persona del hijo y con estas palabras: *si un padre vende tres veces a su hijo, el hijo se hará libre del padre*. Este acto se desarrolla así: el padre da al hijo a alguien en *mancipatio*; éste lo manumite por el procedimiento de la *vindicta*, produciendo tal hecho el reingreso en la potestad del padre. Este realiza una nueva *mancipatio*, ya en favor de la misma persona, ya en favor de otra –aunque lo usual es que sea la misma–, y esa persona vuelve igualmente a manumitir mediante la *vindicta*, produciendo ese hecho otra vez el reingreso en la potestad del padre; el padre realiza por tercera vez una *mancipatio*, ya en favor de la misma persona, ya en favor de otra –aunque lo usual es que la *mancipatio* se haga a la misma–, y con esa *emancipatio* pierde la potestad, aunque al hijo no se le tiene todavía por manumitido, sino que se encuentra aún en *mancipio*...".

CORBINO, además, encuentra apoyo a su tesis en el hecho que, frente a la hipótesis de que la *mancipatio* se hubiera verificado con algún vicio en la forma, "el efecto" que de ello derivaba era diferente según se tratase de que el objeto fuera un *fillius familiae* o más bien un esclavo, en el sentido que respecto del negocio celebrado con éste último, ese vicio podía "subsanarse" por medio de la posesión, que "a la larga" permitía lograr el fin inicialmente perseguido por las partes, cual era la adquisición del dominio; mientras que, si se trataba de un *fillius*, en virtud de que éste no podía ser objeto de posesión<sup>73</sup>, el error en la forma no podía 'subsanarse' con el paso del tiempo.

En realidad, creemos que el resultado o efecto que se seguía al incumplimiento de las formalidades típicas de la *mancipatio* era el mismo en los dos casos, es decir el de la invalidez del negocio jurídico; otra cosa es que respecto de uno de los objetos del negocio existiera la posibilidad de poseer mientras que sobre el otro no, puesto que esa circunstancia no derivaba directamente del cumplimiento o incumplimiento de las formalidades propias del negocio.

En cuanto al argumento referido a que la forma no tenía el poder de absorber la relevancia de los demás elementos sustanciales del negocio jurídico (distintos de la voluntad), se ha dicho ya que el mismo no resulta consistente con otra afirmación que hace el propio autor cuando señala que en la *sponsio*, cuyo carácter abstracto no discute (y en la que, por ende, para su creación bastaría con el cumplimiento de "la forma"), la falta de legitimación o de capacidad (utilizando categorías modernas) de alguna de las partes conducía a la nulidad del negocio jurídico. Ello pone en evidencia que no se trata de un problema que pueda reconducirse a la discusión sobre la autosuficiencia o no de "la forma" en el derecho romano a los fines de determinar la validez del acto, pues en tales hipótesis lo que se echa de menos son los presupuestos mismos del negocio jurídico (capacidad y legitimación). Estas, entre otras observaciones que han sido formuladas a la tesis de CORBINO, y que parten del particular concepto de abstracción que utiliza el autor<sup>74</sup>.

73 GAYO 2.90.- "Por medio de las personas que tenemos bajo la *manus* o en *mancipio* también adquirimos la propiedad por cualquier causa que sea, de la misma manera que lo hacemos por medio de aquellos que están en nuestra potestad, pero suele discutirse si también se adquiere la posesión, aunque no tengamos la posesión sobre estas personas".

74 GIUFFRÉ. *Forma ed intento negoziale*, cit., 518 y ss. Sostiene este autor que pareciera que "la noción de 'abstracción' de la cual parte [...] [CORBINO], sin que sea explícita, es muy estrecha: prácticamente el negocio abstracto se produce sólo como consecuencia de un conjunto de proposiciones orales y/o mímicas gestuales, etc. desligado de la intención, en el sentido que no incluye (casi, no podrían incluir) referencia alguna al resultado del negocio. Ello se deduce de la insistencia del autor en resaltar cómo la *coemptio* y las otras aplicaciones de la *mancipatio* contienen referencias formales a la determinación causal, como en la *mancipatio vindicta* (si bien derivada de una *vindicatio*), donde las palabras del acto del *adsertor libertatis* contendrían las razones del mismo, entre otros ejemplos. Ahora –prescindiendo del hecho que aquellas que parecen 'aplicaciones' (o adaptaciones funcionales) de la *mancipatio* y del acto de reivindicación o *in iure cessio*, han sido ideadas

### c. La forma da certeza

En Roma antigua, la forma cumplía la función de dar certeza en todos los campos de la vida social, y particularmente en la esfera jurídica, la forma servía para asegurar la seriedad, el reconocimiento objetivo y la eficacia de la voluntad y, en consecuencia, servía para hacer estables los resultados perseguidos con el comportamiento de las partes<sup>75</sup>. El rigor del formalismo no carece de sentido, pues consiente resolver el problema de la certeza de las relaciones que se surten al interior de la comunidad<sup>76</sup>. La *existencia* de la voluntad jurídica supone ante todo la posibilidad de que la misma pueda ser reconocida, lo que se logra cuando ella es exteriorizada por medio de manifestaciones apreciables u objetivas, esto es, asumiendo una forma socialmente legitimada para tal fin, pues "la forma es el contenido bajo el punto de vista de su visibilidad"<sup>77</sup>.

Las formalidades del derecho romano estaban ligadas a la convicción de que las mismas poseían una virtud intrínseca de la cual emanaban los efectos jurídicos propios de los actos, con lo que estos quedaban revestidos de certeza y protegidos frente a posibles controversias<sup>78</sup>.

### d. La forma determina el tipo de negocio jurídico

En el derecho romano antiguo los negocios formales eran *típicos*, en el sentido que, para cada efecto, se encontraba prevista una forma específica correspondiente, de manera que la voluntad de los particulares no podía modificar la estructura ni la función de aquellos. Esa forma constituía, en consecuencia, el medio exclusivo para la realización de tal fin; y puesto en movimiento se convertía en indicativo, en modo unívoco, del efecto que se quería producir<sup>79</sup>.

Entonces, el carácter intrínseco de los negocios se refleja en la forma que adoptan. Así, en la *stipulatio*, la pregunta hecha a una persona determinada, ponía en evidencia el vínculo personal que surgía de la relación obligatoria (*in personam*); en la *in iure cessio* y en la *mancipatio* el aserto y la afirmación, en cuanto manifestaciones rotundas de la forma no relativas a persona alguna, hacían emerger el carácter absoluto de los derechos que involucraban tales actos (*in rem*); y el testamento

sobre la base de tales modelos, cuando pudieran quizás ser consideradas como negocios independientes— la noción generalizada de negocio abstracto parece prescindir del hecho que se aluda o no a la intención negocial; y parece más bien hacer referencia a los casos de actos cuya validez y efectos permanecen incólumes aun cuando aparezca que la voluntad o la efectiva función socio-económica se echen de menos o estén viciadas".

75 CORBINO. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., 52.

76 BRETONE. *Storia del diritto romano*, cit., 114.

77 VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., 641.

78 C. GIOFFREDI. *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 24.

79 ORESTANO. "Voce da un'enciclopedia: 'Formalismo giuridico'", cit., 383 y ss.

asumía la forma de orden o mandato, que ponía de relieve el ejercicio de una plena autonomía en la que aquél encontraba su esencia<sup>80</sup>.

Por otra parte, y a título de ejemplo, en los negocios que se perfeccionaban mediante el pronunciamiento de los *verba sollemnia*, las formas verbales exigidas en cada uno de ellos variaban según el acto de que se tratase. Así, el uso del imperativo resultaba propio de actos como la ley<sup>81</sup>, las disposiciones testamentarias<sup>82</sup> y el llamamiento hecho por un particular cuando éste tenía seguridad de que sería obedecido (como sucedía cuando se trataba de testigos que habían prometido su cooperación, o cuando el *libripens* se dirigía a la parte<sup>83</sup>); mientras que el requerimiento dirigido al adversario jamás podía expresarse en imperativo, porque en ese caso la parte no tenía nada que ordenar a la otra<sup>84</sup>. A la vez, el uso del indicativo expresaba afirmación, declaración, seguridad y comprobación, como sucedía en la *mancipatio* cuando el adquirente afirmaba la propiedad sobre el bien<sup>85</sup>.

"La forma es, pues, el sello de la voluntad jurídica. Pero del mismo modo que distingue aquello que es jurídico de lo que no lo es, así también puede distinguir entre las cosas jurídicas, es decir señalar la diferencia entre los diversos actos jurídicos"<sup>86</sup>.

De manera que el formalismo antiguo romano propio del *ius civile*, se adecua perfectamente al efecto jurídico de los actos.

#### e. La formalidad de los actos contribuye a su publicidad

En ocasiones, las formalidades impuestas tenían una finalidad de publicidad<sup>87</sup>, mayor o menor según lo ameritara cada clase de negocio, por lo que exigían la participación de cierto tipo de personas. Así por ejemplo, existían actos a los que concurría el pueblo mismo<sup>88</sup>, las autoridades civiles<sup>89</sup>, las autoridades religiosas<sup>90</sup>,

80 VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., 650-651.

81 Ley de las XII Tablas (Tab. 3, 6, 7).

82 GAYO 2.201.- "El legado *per damnationem* se hace así: *que mi heredero esté obligado a transmitir mi esclavo Estico*; mas también es *per damnationem* si se dice: *que transmita*".

83 GAYO 2.104 (ver nota 51).

84 GAYO 4.16 (ver nota 38).

85 GAYO 1.119 (ver nota 27).

86 VON IHERING. *Ob. cit.*, 658.

87 BURDESE privilegia la función probatoria que a su juicio tenía la participación de los testigos en los actos negociales en la edad arcaica y clásica, y sostiene que verdaderos efectos publicitarios se perseguían en época de CONSTANTINO, con el requisito de los testimonios de vecinos, para la venta de inmuebles y para la donación, y de la *insinuatio*, para ésta última: A. BURDESE. *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1998<sup>4</sup>, 191.

88 Piénsese en el *testamentum in comitiis calatis* y la *adrogatio*; con participación del ejército en el *testamentum in procinctu* y *adoptio pro contione*.

89 El caso del censor en la *manumissio censu*; del pretor en los actos de la jurisdicción voluntaria en la forma de la *in iure cessio*: *manumissio vindicta*, *in adoptione datio*, *emancipatio*, cesión de la tutela y de la herencia legítima.

90 Se trataba de los pontífices y del *flamen dialis*.

los testigos<sup>91</sup>, otros en los que se hacía necesaria la concurrencia del público<sup>92</sup>; y, por otra parte, otros en los que por limitar sus efectos a las partes que intervenían en ellos, bastaba con el concurso de las mismas, como sucedía en los contratos verbales o literales<sup>93</sup>.

## B. Incidencia de la aparición de la sociedad mercantil en el formalismo negocial romano

La modificación de las condiciones económicas derivadas de la expansión del comercio mediterráneo tuvo gran incidencia sobre las estructuras jurídicas romanas; ello como consecuencia del contacto con otras culturas, en especial con la griega, y de las particulares modificaciones que suscitó en las relaciones sociales el tráfico comercial emprendido con otras ciudades del Mediterráneo.

Efectivamente, entre el fin de la fase arcaica y el último siglo a. C. Roma sufre una significativa transformación que conduce a la antigua sociedad, esencialmente agrícola e inspirada en una concepción potestativa, a convertirse en una sociedad imperial con amplio desarrollo mercantil, en la cual emerge el elemento económico patrimonial como determinante en la creación de novedosas figuras contractuales adecuadas a la nueva realidad; realidad ésta que traducida en términos jurídicos vendría a integrar un núcleo normativo con vocación universal, el *ius gentium*, dentro del que se destacan especialmente aquellas instituciones forjadas a partir del *oportere ex fide bona*, núcleo característico del *ius gentium*<sup>94</sup>.

En dicho contexto, la oralidad y el formalismo en los cuales estaba inmerso el mundo romano antiguo no dejaban un adecuado espacio a las recientes exigencias del nutrido tráfico comercial en el cual se adentraba Roma; se requerían formas negociales más flexibles que ampararan las relaciones aún no reconocidas.

En efecto, la presencia de nuevos actores en la naciente realidad negocial romana hizo evidente la necesidad de regular de manera más amplia la coexistencia de derechos diversos y de ampliar el régimen de protección jurídica previsto para el comercio con peregrinos.

Los instrumentos contractuales de los que se disponía originariamente en las relaciones entre ciudadanos romanos y peregrinos eran muy restringidos. Adicionalmente, el uso de los tipos contractuales del *ius civile* a los que se accedía

91 En la *confarreatio* (en número de diez), en el *nexum*, la *mancipatio*, *coemptio*, *testamentum per aes et libram* (en número de cinco), y sin indicación de número en la *cretio*.

92 Era por ejemplo el caso del deudor encarcelado que conforme a las XII Tablas debía ser expuesto públicamente en venta tres veces, acto en el cual debía ser anunciado el total de la deuda.

93 VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., 680-681. Consúltese sobre el particular B. ALBANESE. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 33.

94 GROSSO. *Riflessioni su 'ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium' nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma*, cit., 440-441.

por vía del *foedus*, resultaban igualmente limitados, pues se reducían a la posibilidad de utilizar el negocio de la *mancipatio* y probablemente algún otro realizado *per aes et libram*<sup>95</sup>, si bien por su simplicidad se consideraba idóneo el uso de la *traditio* sin una particular extensión del *ius commercii*<sup>96</sup>, mientras que, por el contrario, muchas nuevas relaciones surgen del creciente comercio con los peregrinos, relaciones que no se ajustan a los moldes de los antiguos negocios romanos en cuanto no responden a las exigencias históricas del comercio<sup>97</sup>.

Como resultado de este proceso, la forma sólo valdría como manifestación, dejaría de poseer en sí misma su fuerza y significado, los cuales vendrán a residir ahora en la voluntad misma de quien realizaba el acto. Ello condujo a que paulatinamente se llegara al sucesivo prevalecer de las formas promisorias sin sujeción, cuya fuerza vinculante se fundaría en la "*fides*".

Así, se admitieron diversos negocios exentos de toda forma solemne, celebrados simplemente mediante la manifestación de la voluntad de las partes; a su vez, la forma, que aún prevalecía para algunos negocios, en ese momento servía preponderantemente como memoria de la celebración de los mismos<sup>98</sup>.

Con la *stipulatio*, que nace durante el auge del comercio y cuando la escritura está bastante difundida, se inició el proceso que conduciría, gradual e inexorablemente, a hacer perder a la forma su valor de elemento determinante no sólo para la certeza y el reconocimiento de la voluntad sino también en lo que hace a su eficacia<sup>99</sup>.

El relajamiento de las formas que se operó en esa época estableció algunas diferencias entre la *stipulatio* y aquella *sponsio* que le sirvió de origen. Así, mientras la abstracción de la *sponsio* era infranqueable, en el sentido que frente a una causa inexistente o ilícita el negocio seguía siendo válido para el *ius civile*, la abstracción de la *stipulatio* era sólo relativa, en el sentido que frente a tales hipótesis el pretor otorgó dos remedios: la *denegatio actionis* y la *exceptio doli*<sup>100</sup>, con los que liberaba al

95 Sobre el punto recuérdese que por lo menos en lo que atañe al *ius commercii*, los peregrinos no podían hacer uso de la *in iure cessio*, como quiera que eran incapaces de la *legis actionis*. Cfr. KASER. "Begriff des commercium", *Studi Arangio-Ruiz*, citado por O. ROBLEDA. *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Roma, 1979, 145.

96 Cfr. G. GROSSO. *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965 269.

97 Cfr. M. L. NEME VILLAREAL. "La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar de buena fe en materia contractual", tesis doctoral en "Sistema giuridico romanistico, unificazione del diritto e diritto dell'integrazione", ciclo XV, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", 2003, 59, en prensa.

98 ROBLEDA. *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, cit., 64.

99 CORBINO. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., 86.

100 GAYO 4.116.- "Las excepciones fueron establecidas en defensa de los demandados, pues sucede con frecuencia que uno, de acuerdo con el Derecho civil, está obligado, y no obstante resulte injusto que sea condenado en juicio. Por ejemplo, si he estipulado contigo que me has de pagar una cantidad de dinero que te voy a prestar, y luego no te la entrego. Es evidente que te puedo pedir ese dinero y que tú estás obligado a dármelo en virtud de la estipulación. Pero como es injusto que seas condenado por esta deuda, se admite que debas defenderte con la excepción de dolo malo. Asimismo-

promitente del cumplimiento de un negocio formalmente perfecto, pero que adolecía de causa insubsistente o ilícita. Es decir, en este estadio, la forma no impidió, como sí sucedió en el derecho romano arcaico, la consideración de la relevancia sustancial de la *conventio*<sup>101</sup> y de sus vicisitudes<sup>102</sup>.

La flexibilización de la forma que se logró con la *stipulatio* se manifestó además en la posibilidad de que la misma se celebrase entre *cives* y peregrinos, inclusive con la utilización de lenguas diversas, siempre que las partes pudieran entenderse<sup>103</sup>. Los verbos permitidos para la celebración de la *stipulatio* eran varios<sup>104</sup>; mientras que la *sponsio* admitía únicamente el empleo de un verbo: *spondere*.

mo, si hubiera pactado contigo que no te pediré lo que me debes, por supuesto que puedo demandarte por lo que estás obligado a darme, ya que la obligación no se extingue por el pacto que hemos convenido; sin embargo, se admite que mi petición deba ser repelida mediante una excepción nacida de tal pacto"; D. 44.4.2.3 ULPIANO; *Comentarios al Edicto*, libro LXXVI.- "Respecto a la primera especie, por cuyas causas tiene lugar esta excepción, éstas son las cosas que se pueden tratar. Si alguno hubiere estipulado de otro sin causa, y después ejercitará la acción de esta estipulación, le perjudicará ciertamente la excepción de dolo malo; porque aunque al tiempo en que estipulaba no hubiere hecho nada con dolo malo, se ha de decir, sin embargo, que obra con dolo el que cuando se contesta a la demanda persevera en pedir en virtud de esta estipulación, si cuando se interpusiera tuvo justa causa, se considera, sin embargo, que ahora no tiene ninguna justa causa. Por consiguiente, también si estipuló que había de prestar dinero, y no lo prestó, aunque fue cierta la causa de la estipulación, la cual, sin embargo, o no se verificó, o se extinguió, se habrá de decir que perjudica la excepción".

- 101 D. 23.3.21 ULPIANO; *Comentarios a Sabino*, libro XXXV.- "Es sabido, que la estipulación que se hace por causa de dote contiene en sí esta condición, 'si las nupcias se hubieren verificado', y que así puede reclamarse solamente en virtud de ella, aunque no se haya expresado la condición 'si las nupcias'; por lo cual, si se enviara mensajero, se considera que faltó la condición de la estipulación; D. 13.4.2.6 ULPIANO; *Comentarios al Edicto*, libro XXVII.- "El que estipula de este modo, que se den diez en Efeso, si demandara antes del día en que pueda llegar a Efeso, demanda inútilmente antes del día, porque también JULIANO opina, que el día está comprendido tácitamente en esta estipulación. Por lo cual tengo por cierto, lo que dice JULIANO, que el que estipula en Roma que se dé el mismo día en Cartago, estipula inútilmente". Cfr. CORBINO. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., 92 y ss.
- 102 Recuérdese cómo en los negocios *stricti iuris*, entre los cuales, los formales, no tenían relevancia, por lo menos hasta transcurrido todo el siglo II a. C., los vicios del consentimiento, a diferencia de lo que sucedía en los negocios tutelados con acciones de buena fe, en los que la presencia de algún vicio del consentimiento era considerada por el pretor en la determinación de la validez del negocio. Cfr. *ibid.*, 42.
- 103 Según recuerda ULPIANO en D. 45.1.1.6; *Comentarios a Sabino*, libro XVIII.- "Nada importa que se responda en la misma o en otra lengua; por consiguiente, si alguno hubiere interrogado en latín, y se le respondiera en griego, se constituye la obligación, con tal que se responda congruentemente. Y lo mismo al contrario. Pero ¿extendemos esto solamente al lenguaje griego, o se puede dudar si también a otro, por ejemplo, al fenicio, o al asirio, o a otra cualquiera lengua? Y tales son las palabras de SABINO: pero también consiente la verdad que todo lenguaje contenga obligación verbal, con tal que ambos entiendan la lengua del otro, ya por sí, ya por medio de intérprete veraz".
- 104 GAYO 3.92.- "La obligación por las palabras se hace por una pregunta y una respuesta, como por ejemplo: ¿prometes dar? prometo, ¿darás? daré, ¿prometes? prometo, ¿das tu palabra? doy mi palabra, ¿te haces fiador? me hago fiador, ¿barás? haré".

Así mismo, en sustitución del antiguo *nexum* se reconoció el mutuo no formal, accesible a los peregrinos, el cual se sustentaba en el respeto de la palabra dada, pues quien entregaba el bien se confiaba en la “*fides*” del otro, que constituía la única garantía de restitución de la cosa prestada<sup>105</sup>.

Como expresiones contractuales en las que se plasmaba toda la fuerza de la *bona fides* se reconocieron los contratos consensuales: la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, cuya reglamentación y reconocimiento fueron impulsados por la *fides* que subyace como su fundamento, en algunos casos en el marco del comercio con las otras ciudades del Mediterráneo y las relaciones entre romanos y peregrinos, y en otros casos en esquemas ya existentes en el antiguo *ius civile*<sup>106</sup>.

Igualmente, la idea de *fides* constituye motivo de inspiración de la labor del pretor dirigida a otorgar sanción jurídica a relaciones hasta ahora no tuteladas adecuadamente o carentes de tutela, como por ejemplo el depósito, el comodato, la prenda, los pactos y la gestión de negocios<sup>107</sup>. En fin, se introdujeron nuevas fórmulas para la realización de algunos actos, al lado de las ya existentes, en clara contrariedad a los usos tradicionales, que no admitían más que una fórmula para cada acto.

Se puede decir entonces que la transformación y el crecimiento social de Roma, encontraron en el *ius gentium* y en particular en los negocios sancionados *ex bona fides*, la traducción directa –en esquemas jurídicos– del proceso de adecuación a esa nueva realidad socio-económica<sup>108</sup>, que ya no estaba estrechamente ligada a las formas del derecho romano más antiguo.

### C. El formalismo en la edad tardo-antigua y justiniana

Durante el Principado se mantuvo la tendencia a privilegiar el aspecto sustancial del negocio, se redujo el espacio de las formas impuestas, y se dio siempre mayor reconocimiento a la capacidad directa de la voluntad de producir efectos, independientemente de cómo se exteriorizara la misma<sup>109</sup>, a la vez que se consolidó

105 Cfr. D. 12.1.1.1, en el que ULPIANO, refiriéndose al Edicto del Pretor señala que “por esto antepuso el título de las cosas prestadas; porque abraza todos los contratos que hacemos atendidos a la fe de otro, pues, como dice CELSO en el libro primero de las Cuestiones, la denominación de prestar es general. Y por ello dispuso el Pretor bajo este título en su edicto, así respecto al comodato, como a la prenda; porque a cualquiera cosa que asintamos atendidos a la fe de otro, para recibir después alguna cosa en virtud de este contrato, se dice que prestamos”.

106 Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 580, 596-597, 604; NEME VILLAREAL. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar de buena fe en materia contractual*, cit., 67.

107 Cfr. ídem.

108 GROSSO. *Riflessioni su ius civile, ius gentium, ius honorarium nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma*, cit., 440 y ss.

109 Incluso cuando haya sido exteriorizada a través de expresiones inusuales: D. 33.10.7.2

la práctica de confiar "la memoria" del negocio al documento escrito<sup>110</sup> (*testationes* y *quirógrafos*)<sup>111</sup>.

En edad tardo-antigua y justiniana todas las formas verbales antiguas cayeron en desuso o se encontraban expresamente abolidas, de manera que en la práctica no existía forma impuesta distinta de la escrita –la cual se exigía sólo para algunos casos–, excepción hecha de la hipótesis –residual– en que se exigía que el consentimiento fuera acompañado de determinado comportamiento, como por ejemplo, la *praesentia*<sup>112</sup> en la *auctoritas tutoris*, o la *testatio*<sup>113</sup> en la constitución del concubinato<sup>114</sup>.

La forma escrita del derecho justiniano, en cualquier caso, se impuso de una manera general, en el sentido que no fue esencial, como en el pasado, el uso de determinadas expresiones, sino únicamente el hecho que el consentimiento fuese manifestado por escrito y de manera inequívoca<sup>115</sup>.

CELSE; Digesto, libro XIX.- "Confiesa SERVIO, que se debe ver por la intención del que las legare, a qué cuenta haya solido referir estas cosas; pero si aquellas de que no se dudase que eran de otro género, por ejemplo, la vajilla de plata, o los capotes y las togas, las hubiere solido comprender uno en el ajuar, no por esto se debe pensar, que se comprenden también en el ajuar legado; porque no se deben entender los nombres según las opiniones de cada cual, sino con arreglo al uso común. Esto dice TUBERÓN que está poco claro para él, porque ¿para qué los nombres, dice, que demuestren la voluntad del que habla? Ciertamente, no creo que nadie diga lo que no siente, mayormente habiendo usado el nombre con que se suele llamar aquella cosa, porque nos valemos del medio de la voz; mas no se ha de estimar que nadie dijo lo que no tuvo en su mente. Pero aunque pueden para mí mucho la razón y la autoridad de TUBERÓN, no disiento, sin embargo, de SERVIO, de que no parece que dijo una cosa el que no usó de su propio nombre; porque aunque es anterior y más poderosa que la voz la intención del que habla, sin embargo, no se estima que nadie habló sin voz, a no ser acaso que estimemos que hablan con el mismo conato y cierto sonido (y voz inarticulada) también los que no pueden hablar".

110 CORBINO. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., 96 y ss.

111 GAYO 3.128.- "La obligación por los documentos escritos surge, por ejemplo, con las transferencias de créditos. La transferencia de créditos se hace de dos maneras, o de cosa a persona, o de persona a persona"; GAYO 3. 134.- "Además, se estima que existe obligación por los documentos escritos en los quirógrafos y en los síngrafos, es decir, cuando alguien escribe que debe algo o que dar, supuesto siempre que no se haga una estipulación por ese contenido. Esta clase de obligación es propia de los extranjeros".

112 D. 26.8.9.5 GAYO; Comentarios al Edicto Provincial, libro XII.- "El tutor debe prestar inmediatamente su autoridad hallándose presente al mismo negocio, pero interpuesta su autoridad después de tiempo, o por carta, no hace cosa alguna".

113 D. 25.7.3 pr.-1 Marciano; Instituta, libro XII.- "Puede estar en concubinato así la liberta ajena, como la mujer ingenua, y principalmente la que nació de oscuro linaje, o hizo ganancia con su cuerpo, de otra suerte, si uno hubiere preferido tener en concubinato una mujer de vida honesta, e ingenua, no se le concede sin que esto lo haga saber mediante atestación, sino que le es necesario o tenerla por mujer, o si lo rehusa, cometer estupro con ella".

114 CORBINO. Ob. cit., 101-102.

115 C. 8.37(38).10.- "El Emperador León, Augusto, á Eritrio, Prefecto del Pretorio. Tengan su validez todas las estipulaciones reconocidas por las leyes, aunque no hayan sido hechas con palabras solemnes ó directas, sino con otras cualesquiera con el consentimiento

Como puede observarse, la forma perdió muchas de sus antiguas funciones, entre las cuales la de conferir eficacia a la voluntad y la de volverla objetivamente reconocible, y así, el espíritu del formalismo antiguo decayó, el rigor en la utilización de las palabras desapareció, y con ello se desvaneció también "el sentido y la inteligencia del sistema formalista"<sup>116</sup>.

## II. FORMALISMO EN EL DERECHO MODERNO

Con la doctrina *iusnaturalista* del siglo XVII, se abrió paso la concepción conforme a la cual el fundamento de la creación del vínculo jurídico no se encuentra en la forma, sino en la voluntad declarada de las partes; aquélla es sólo un requisito adicional para la validez del negocio jurídico, de ahí que en los orígenes del derecho privado moderno se afianzara el principio de la libertad de forma<sup>117</sup>.

Acorde con el clima individualista imperante en la era de las codificaciones, guiado por el postulado de una abstracta igualdad entre sujetos, libres de obligarse y de decidir el destino de los propios negocios, en los nuevos ordenamientos se erige el dogma de la libertad negocial<sup>118</sup> y con él el de la fuerza de la voluntad que resulta suficiente para disponer de los derechos subjetivos.

Esa desvinculación de las formas, que está presente en el derecho moderno, es concebida como una evolución<sup>119</sup>, como "una mayor elasticidad de las concepciones dominantes en la conciencia social"<sup>120</sup>, por lo que el requisito de la forma negocial aparece como algo excepcional y su aplicación e interpretación sujetas a un rigor extremo.

### A. Finalidades del formalismo en el derecho moderno de las codificaciones

El negocio jurídico se concibe con independencia de la forma y ésta no es constitutiva, es sólo un atributo del acto negocial, por lo que un contrato celebrado sin sujeción a las formalidades prescritas es nulo, pero de todas maneras un contrato; mientras que sólo excepcionalmente el contrato está ligado de tal manera a la forma que éste no existe de faltar la formalidad, como en el caso de algunos

de los contratantes. Dada en Constantinopla las Calendas de Enero, bajo el consulado de MARCIANO y de ZENÓN".

116 VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., 722.

117 K. LARENZ. *Derecho civil. Parte general*, M. IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA (trad. y notas de la 3.ª ed. original alemana), Madrid, 1978, 556-557.

118 Cfr. D. CORRADINI. *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, 33.

119 FLUME sostiene que "al comienzo de toda evolución jurídica se encuentra el negocio jurídico formal": W. FLUME. *El negocio jurídico II*, JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ y ESTHER GÓMEZ (trads.), Madrid, 1998, 296.

120 E. BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, reimp. de la 2.ª ed., Napoli, 2002, 279.

títulos valores. Así, la forma en general deja de ser algo absoluto, deja de estar determinada por el acto y se convierte en un medio al servicio de la finalidad perseguida; así la forma, como condición de eficacia, desaparece<sup>121</sup>.

En los códigos modernos las exigencias de formalidad se hacen presentes sólo en relación con los negocios considerados como de mayor importancia, mientras que los demás no se encuentran vinculados a solemnidad alguna. De manera que en el derecho moderno la prescripción de formalidades se encuentra, por lo general, ligada a la necesidad de alertar a los contratantes sobre la importancia económica del negocio a celebrar (como los relativos a inmuebles), sobre los riesgos que lleva aparejados la realización de determinados negocios (como la fianza o la fiducia); así como a permitir la prueba de la existencia y contenido de los mismos con mayor facilidad, sin dejar de lado que la forma se relaciona con el efecto de publicidad que otorga protección a los terceros en la relación contractual y da seguridad a la sociedad entera.

## B. Tipos de formalidades en derecho moderno

Los medios de expresión de la voluntad jurídica son de variada índole, bien pueden constituir un escrito, una palabra, una acción, un signo, un acto, o hasta el silencio; estos medios de expresión pueden ser libremente adoptados por las partes cuando el derecho así lo admite, o pueden estar delimitados por exigencias de ley, al punto que en el evento en que no se haya utilizado el establecido para el caso, la manifestación de voluntad pueda quedar sin efecto o llegue a tener apenas un efecto limitado.

Con la concepción moderna de una forma que no es constitutiva, no se hace necesaria la riqueza de las formalidades creadas para actos particulares que imperó en el derecho antiguo, sino que en su lugar se crean tipos de formas generales, cuya utilización se encuentra prevista para los más diversos actos negociales<sup>122</sup>.

Conviene diferenciar entre el acto formal y la mera restricción de la forma, el primero es aquél en el cual la validez depende de una forma legalmente determinada de manera cierta, por lo que la inobservancia de la forma jurídicamente prescrita para la manifestación de la voluntad genera invalidez del acto o de la cláusula respectiva, de manera que la forma posee existencia propia; mientras que en la restricción de la forma la expresión de la voluntad se encuentra limitada de una manera negativa, como cuando la ley prohíbe manifestaciones tácitas o la realización de las mismas en determinada sede o en un período determinado<sup>123</sup>.

121 FLUME. Ob. cit., 297.

122 Ídem.

123 VON IHERING. Ob. cit., 642-645.

Para el derecho moderno las modalidades de forma pueden en general consistir en la adopción de la forma escrita<sup>124</sup>, la legalización de la firma<sup>125</sup>, la autenticación notarial<sup>126</sup>, además de otras formas especializadas relativas a la particularidad del acto, como pueden ser por ejemplo la declaración ante una autoridad<sup>127</sup> o la concurrencia de testigos<sup>128</sup>.

### C. Efectos de la inobservancia de las formalidades

La falta de cumplimiento de las formalidades prescritas tiene en general como consecuencia la nulidad del negocio jurídico y en algunos casos particulares la limitación de los efectos del negocio.

La nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza, es considerada en algunos casos como absoluta y en algunos casos como subsanable por la ratificación de las partes o por prescripción<sup>129</sup>, mientras que en otros casos se estima no susceptible de confirmación, por lo que para lograr los efectos queridos con el negocio es necesario la renovación del mismo con la observancia de las formas prescritas<sup>130</sup>.

Tratándose de las formalidades pactadas convencionalmente, resulta claro que tales formalidades no pueden ser desconocidas unilateralmente, pero naturalmente las partes pueden de común acuerdo mediante un acto contrario suprimir tales exigencias de forma, e incluso tiende a aceptarse como válido el acuerdo tácito de supresión o modificación de las mismas expresado con conductas concluyentes. La forma determinada mediante negocio jurídico puede tener un mero significado

124 La forma legal escrita comprende la firma del documento precedida del texto del mismo. Ésta, si bien no requiere ser legible, sí debe realizarse suscribiendo con el nombre, entendido como la denominación jurídica de la persona. Se ha aceptado que dicha forma pueda extenderse a los documentos en blanco, pero generalmente se exige que sea acompañada de un documento de instrucciones en el que se plasmen los aspectos a considerar en el momento de llenar el documento.

125 La legalización de la firma es un acto que se lleva a cabo en presencia de un notario; generalmente no abarca el contenido del documento, salvo que se haga expresa mención de que el declarante reconoce el contenido del mismo.

126 La protocolización notarial constituye una forma legal escrita de mayor rigor, que se exige en relación con declaraciones de voluntad de especial significación; se realiza ante notario mediante la suscripción de una escritura pública que debe ser leída en voz alta por los interesados y suscrita de su puño y letra, previo examen por parte del notario de la documentación que soporta la negociación.

127 El típico caso es el de la celebración del matrimonio.

128 Particularmente exigidos en actos como el testamento y el matrimonio.

129 A título de ejemplo, los artículos 1741 y 1742 del Código Civil colombiano; el § 125-1 BGB, y para los eventos en que resulta viable la ratificación, los §§ 313-2, 515-2 y 766-2.

130 Como ejemplo, el artículo 1423 del *Codice civile*, en concordancia con los artículos 1325 y 1418.

declarativo, de manera que su inobservancia no afecte la validez del negocio, o bien puede ser pactada con el carácter de constitutiva, razón por la cual en la determinación de los efectos que conlleva la ausencia de la forma preestablecida en el negocio jurídico, habrá de estarse a la intención de las partes.

#### D. Desprecio por las formalidades

En el derecho moderno resultan un lugar común las expresiones de desdén y hasta de desprecio hacia el formalismo jurídico; este es visto como una mera manifestación material del derecho, desprovisto de todo valor intrínseco; frecuentemente el jurista se detiene a examinar las consecuencias negativas que de él derivan para sus intereses y que afectan el derecho sustancial como consecuencia de la configuración de vicios de forma, y se argumenta sobre los peligros de la cantidad de requerimientos formales que abundan en nuestros ordenamientos legales, lo cual hace difícil su cabal conocimiento y aplicación. Sin embargo, a menudo se olvidan las ventajas que pueden representar las formalidades, por ejemplo en la clara determinación del carácter jurídico de las actuaciones de las partes, en las facilidades que puede representar en materia probatoria, en la seguridad que otorga a los contratantes, en el hecho de que contribuyen a la diferenciación entre los diversos tipos de actos jurídicos, en la propia publicidad del acto, todo lo cual redundaría en beneficio de un claro dictamen sobre el tipo de relación existente, las circunstancias que le son propias y por ende las obligaciones y derechos que se encuentran en cabeza de cada uno de los contratantes<sup>131</sup>.

### III. NEOFORMALISMO

Las críticas que se han formulado al "dogma de la voluntad", se extienden también a la concepción de forma inspirada en dicha doctrina. En tal sentido se ha sostenido que la forma no es un mero "vehículo de la voluntad"<sup>132</sup>, y en cuanto tal la forma no puede ser degradada a simple instrumento de revelación, de carácter accesorio, secundario y fungible respecto a la voluntad, sino que por el contrario la forma es el negocio mismo reconocible socialmente<sup>133</sup>.

Lo cierto es que las tendencias modernas en materia contractual no se corresponden con los esquemas voluntaristas que presuponían aquella abstracta igualdad entre los contratantes, por el contrario, hoy en día se habla de contratos predispuestos y contratos celebrados por adhesión, "contratos negociados y contratos no negociados, contratos individuales y contratos estandarizados, contratos entre iguales y contratos con asimetría de poderes contractuales —que se

131 VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., 647-662.

132 M. BIANCA. *Diritto civile. Il contratto*, vol. 3, Milano, 1998, 280.

133 E. BETTI. *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1960, 16.

muestran como constitutivas de una nueva y significativa articulación y diferenciación de los regímenes contractuales<sup>134</sup>.

De manera que si bien es cierto que en los ordenamientos contemporáneos rige el principio conforme al cual las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido, también lo es que "junto a la regla de libertad debe asentarse la máxima de justicia. Libertad con justicia es el reclamo candente que el sistema jurídico de estos tiempos está precisado a satisfacer. A tal fin siguen siendo útiles las herramientas tradicionales: el impedimento para obrar abusivamente, la lesión, la imprevisión"<sup>135</sup>, como exigencias que emanan del principio de buena fe, entre otras alternativas adecuadas para la protección de los intereses dignos de tutela.

Dentro de este contexto y al lado de las mencionadas herramientas resurge con renovado vigor el formalismo como un instrumento de protección de tales intereses y específicamente de la parte débil de la contratación.

A esa parte débil, consumidor y no sólo<sup>136</sup>, el derecho actual le otorga un régimen especial de tutela en razón, justamente, de las asimetrías presentes en la contratación a la que concurren esta clase o categoría de sujetos, y esa protección especial la cumple la forma o el formalismo jurídico, pues sin duda, como señala ROPPO, "el contrato con el consumidor representa uno de los terrenos preferidos –quizás en absoluto el terreno más fecundo– para ese 'renacimiento del formalismo' [...] –cuya– *ratio* es obviamente una protección más intensa al consumidor"<sup>137</sup>.

Así pues, en el terreno del consumidor el concepto legal de forma no se refiere exclusivamente a la declaración de voluntad, va más allá, engloba una serie de actos previos y sucesivos a la declaración misma, relativos a deberes de información, al ejercicio de derechos de las partes, a la conservación de los derechos y ventajas adquiridas con el contrato, entre otros. Dicho formalismo propicia igualmente la existencia de condiciones de transparencia, en cuanto favorece un adecuado flujo de información, de manera que permite un claro entendimiento de todos los elementos necesarios a fin de decidir la conveniencia de la negociación con fundamento en la valoración tanto de las condiciones favorables, como de aquellos aspectos que limitan los beneficios que el contrato otorga, o de aquellos

134 ROPPO. *Il contratto del duemila*, cit., 82.

135 A. ALTERINI. *La tutela de la parte débil del contrato en el nuevo código civil brasileño*, en [www.alterini.org/tonline/tonline.htm], 2.

136 ROPPO. Ob. cit., 52 y ss., quien no obstante advierte que la categoría se muestra como recesiva, pues estamos asistiendo a una transición del contrato con el consumidor a la figura más general del contrato con asimetría de poderes contractuales que cobija no ya al simple consumidor, sino que, prescindiendo de la mencionada calidad socio-económica de las partes, se extiende con gran fuerza expansiva también a los contratos entre operadores económicos profesionales, tal y como lo confirman los ordenamientos europeos de armonización y unificación del derecho privado.

137 *Ibid.*, 29 y ss.

que hacen más gravosa la condición de la parte débil de la contratación, en términos de cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad de la contraparte, que autoricen ciertos incumplimientos, que permitan la tasación abusiva de la cláusula penal, que limiten las garantías o que agraven para el consumidor sus responsabilidades o limiten la posibilidad del ejercicio de sus derechos.

A ello se aúna el hecho de que las formalidades contribuyen a que las partes avoquen sus relaciones negociales de una manera reflexiva y prudente, que cuenten con la posibilidad de obtener asesoramiento profesional, que valoren la conveniencia del negocio en consideración a las obligaciones y derechos que derivan de las mismas, aspecto este que resulta particularmente deseable en las relaciones contractuales en las que intervienen consumidores, que por sus particulares circunstancias se ven comúnmente compelidos a la realización de contratos sin efectuar una serena valoración de la bondad o no de las condiciones negociales que tales contratos involucran.

En desarrollo de las directrices generales sobre la protección al consumidor en materia de abusos contractuales<sup>138</sup>, hoy en día contamos con una multiplicidad de disposiciones legales que contemplan la exigencia de formalidades contractuales en protección de la parte débil del contrato.

## A. Control sobre los contenidos de las cláusulas generales de la contratación

### 1. Imposición de cláusulas o prohibición de su inclusión dentro del contrato

A la manera de las fórmulas romanas, en el derecho contemporáneo algunas disposiciones determinan el contenido del entero contrato o de algunas cláusulas en particular, y con ello, establecen la manera exclusiva conforme a la cual un determinado acto debe cumplirse, so pena de nulidad.

En este sentido, por ejemplo, el Texto Único Bancario en Italia dispone que la *Banca di Italia* está facultada para disponer que determinados contratos tengan un contenido típico determinado; los contratos que no se adecuen a tal forma serán nulos<sup>139</sup>.

138 A título de ejemplo podemos señalar que la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre protección al consumidor del 16 de abril de 1985, en documentos a/res/39/2481985, establece en el numeral 19 que "los consumidores deben gozar de protección contra abusos contractuales, como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores".

139 Art. 117 *Testo Unico Bancario Italiano*.

Por su parte, el Código de Consumo de Francia establece uno a uno los aspectos que debe contener la oferta de contratación en este tipo de negocios<sup>140</sup>, requisitos que califica de orden público, por lo que sanciona su omisión con la nulidad del contrato<sup>141</sup>.

Por su parte el ordenamiento colombiano prevé dentro de las facultades del ente administrativo de control de industria y comercio la de señalar normas sobre plazos y otras condiciones que rijan como disposiciones de orden público en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios<sup>142</sup>. Así, algunos contratos están minuciosamente regulados mediante la elaboración de extensos elencos de cláusulas que no podrán incluirse en el texto de los respectivos

140 Art. L121-61 Código del Consumo: "La oferta de contratación se formulará por escrito y en la misma se indicará lo siguiente: 1.º La identidad y el domicilio del profesional, o bien, si se trata de una persona jurídica, su denominación, forma legal y domicilio social; en su caso, los mismos particulares del propietario del local y del intermediario, así como la relación jurídica existente con el mismo; 2.º La designación y descripción exacta del local o locales, así como del entorno y de los elementos que los determinen y, si el inmueble se encuentra en fase de construcción, los datos esenciales relativos a los plazos de ejecución de las obras, a su conexión a las diversas redes, a las garantías de finalización del inmueble o del reembolso abonable en caso de no terminarse el mismo, y a la licencia de obra; 3.º Los datos esenciales de la administración del inmueble; 4.º El objeto del contrato, la naturaleza jurídica del derecho en cuya virtud se producirá el disfrute de los locales por parte del usuario, la duración de ese derecho, la fecha de su entrada en vigor y los principales requisitos legales para su ejercicio, con indicación, en su caso, de los que no se hayan cumplido aún; 5.º La fecha límite y los requisitos para la realización del documento definitivo, en el caso de que la oferta se oriente a la celebración de un precontrato; 6.º Duración y frecuencia de la unidad de tiempo del disfrute; 7.º Fechas de ocupación, o bien, en su caso, la forma de determinación de aquéllas, así como el modo de elección de los lugares que se ocupan; 8.º Instalaciones y equipamiento comunes puestos a disposición del usuario y los servicios que se suministran con carácter accesorio, así como el prestador de los mismos; los requisitos del acceso a estos equipamientos y a las instalaciones comunes, así como una estimación del coste de este acceso para el usuario; 9.º El precio inicial, los costes y el montante pormenorizado de todas las sumas abonables periódicamente, o la base de determinación de las mismas; los tipos de reajuste anual de las citadas sumas durante el trienio que haya precedido a la oferta; o bien, si no se dispusiese de estos datos, un texto advirtiendo sobre el riesgo de incremento; el montante o la base de cálculo de los impuestos, tasas y otros tributos preceptivos, a la fecha de la oferta; 10.º La forma de pago del precio y, en su caso, el recurso a un crédito de cualquier clase; 11.º La pertenencia o ausencia de pertenencia del profesional a una bolsa de permutas y la posibilidad abierta al usuario de incorporarse a la misma, así como las condiciones, principalmente, financieras y los efectos principales de tal afiliación y adhesión; 12.º La indicación del carácter exhaustivo de la relación de gastos, cargos u obligaciones contractuales. En la oferta, que deberá ir firmada por el profesional. Se indicarán el lugar y la fecha de su emisión. Se fijarán en una resolución los datos que deban figurar en la oferta".

141 Art. L121-76 Código del Consumo.

142 El literal g artículo 43 Decreto Extraordinario 3466 de 1982 señala que es función de la Superintendencia de Industria y Comercio colombiana establecer, "según la naturaleza de los bienes y servicios, normas sobre plazos y otras condiciones que rijan como disposiciones de orden público en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios mediante sistemas de financiación, o sometidos a la condición de la adquisición o prestación de otros bienes o servicios".

contratos<sup>143</sup> y que en consecuencia se tienen por no escritas<sup>144</sup>, o generan su nulidad de pleno derecho<sup>145</sup>, o la inoponibilidad frente a terceros<sup>146</sup>.

- 143 Colombia: Decreto 990 del 1.º de junio de 1998, por el cual se expide el reglamento de usuarios del servicio de telefonía móvil celular, artículo 10.º "*Características del contrato*. En los Contratos de Servicios a los que se refiere este decreto no podrán incluirse cláusulas que: 1. Excluyan o limiten la responsabilidad que corresponde a los operadores de acuerdo con la concesión a los operadores para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular. 2. Den a los operadores la facultad de resolver el contrato, por razones distintas al incumplimiento de éste, causas legales o a fuerza mayor o caso fortuito. 3. Imponen al suscriptor una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato o la ley le conceden. 4. Confieren al operador plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones. 5. Presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, salvo que: a) Se dé al suscriptor un plazo amplio para manifestarse en forma explícita, y b) El operador se obligue a hacer saber al suscriptor las consecuencias que se derivarán de su silencio, una vez venza el plazo otorgado. 6. Limiten el derecho del suscriptor a pedir la resolución del contrato, o indemnización de perjuicios, en caso de incumplimiento total o grave del operador. 7. Permitan al operador, en el evento de terminación unilateral y anticipada del contrato por parte del suscriptor, exigir de éste una compensación excesivamente alta por los costos y gastos en que incurrió el operador para prestar el servicio. 8. Obligan al suscriptor a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato".
- 144 México: Ley Federal de Protección al Consumidor de México, vigente al 28 de junio de 2004, artículo 90: "No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando. I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones; II. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato; III. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor; IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales; V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y VI. Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros".
- 145 Brasil: Lei n.º 8078, del 11 de septiembre de 1990, artículo 51: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias". Ve-

Algunas disposiciones determinan la ineficacia de de las cláusulas introducidas en los contratos que contraríen los dictados de la buena fe<sup>147</sup> o vulneren en general los derechos de los consumidores<sup>148</sup>. Otras reglas de unificación del derecho europeo proponen declarar como cláusulas implícitas y por ende como parte del contenido del contrato aquéllas que deriven de la ley, del principio de buena fe, de las relaciones precedentes entre las partes, de las costumbres locales, de los tratos preliminares; y además, sustituir las cláusulas contrarias introducidas por las partes<sup>149</sup>.

- nezuela: Ley de Protección al Consumidor, n.º 37.930 del 4 de mayo de 2004, artículo 87: "Se consideran nulas de pleno derechos las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que: 1) Exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados. 2) Impliquen la renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o usuarios, o de alguna manera limite su ejercicio. 3) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario. 4) Impongan la utilización obligatoria del arbitraje. 5) Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato. 6) Autoricen al proveedor a rescindir unilateralmente el contrato, salvo cuando se conceda esta facultad al consumidor para el caso de ventas por correo a domicilio o por muestrario. 7) Fijen el dólar de los Estados Unidos de América o cualquier otra moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social. En estos casos se efectuará la conversión de la moneda extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato. 8) Cualquier otra cláusula o estipulación que impongan cualquier condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, le causen indefinición o sean contrarias al orden público y a la buena fe. 9) Establezcan como domicilio principal para la resolución de la controversia y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o el consumidor o usuario tenga establecida su residencia".
- 146 *Code Européen Des Contrats* (Proyecto Gandolfi), artículo 154: "Inoponibilidad.- 1. Son inoponibles a los terceros o a algunos terceros: [...] el contrato celebrado contra la prohibición dirigida a proteger a sujetos determinados o sin observar los requisitos de forma o publicidad establecidos en favor de terceros...".
- 147 Alemania: § 307 BGB: "Control del contenido.- Son ineficaces las cláusulas introducidas dentro de las condiciones generales que, en contraste con los dictados de la buena fe, causan una desventaja irracional a la contraparte de quien impone las condiciones generales. Una desventaja irracional puede derivar aun del hecho que la cláusula no es clara y comprensible".
- 148 Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias, artículo 37: "Interpretación. Sin perjuicios de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: (a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; (b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; (c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor...".
- 149 *Code Européen des Contrats*, artículo 32: "Cláusulas implícitas. 1. Junto a las cláusulas expresas, forman parte del contenido del contrato aquéllas: a) que vienen impuestas por este Código o por las disposiciones comunitarias o nacionales, incluso sustituyendo a las cláusulas contrarias introducidas por las partes; b) que se derivan del deber de buena fe; c) que deben considerarse tácitamente queridas por las partes conforme a sus relaciones negociales anteriores, a los tratos preliminares, a las circunstancias y a las costumbres generales o locales; d) que deben considerarse necesarias para que el contrato

Diversas normas exigen la expresa inclusión de cláusulas encaminadas a permitir el conocimiento de los derechos legales que le asisten al consumidor, en virtud de las cuales se establece, por ejemplo, la exigencia que en el contrato se incluya de manera clara, precisa y expresa la normatividad que protege al consumidor en materia de garantía sobre la calidad del producto adquirido, a la vez que se exige que la garantía haga parte anexa del contrato<sup>150</sup>.

Algunas disposiciones por su parte determinan la única forma que consideran adecuada para realizar el contrato, mediante la inclusión de pleno derecho de cláusulas que consagran ciertas prerrogativas para el consumidor<sup>151</sup>; otras obligan al registro del contrato y determinan la invalidez de cláusulas que contraríen el modelo de contrato de adhesión registrado<sup>152</sup>, o de aquellas modificaciones a contratos de adhesión registrados sin la revisión y autorización que precede el registro<sup>153</sup>.

produzca los efectos queridos por las partes. 2. Sin perjuicio de lo previsto por las disposiciones que regulan la forma de los contratos, las declaraciones efectuadas por cada una de las partes en el transcurso de los tratos preliminares o en el momento de la celebración del contrato, a propósito de una situación o una expectativa de hecho o de derecho, en relación con los sujetos, el contenido o los fines del contrato, tienen efecto entre las partes en la medida en que sean coherentes con el texto del contrato y puedan haber determinado el acuerdo; queda a salvo la facultad de las partes de acogerse a lo dispuesto por los artículos 151 y 157. 3. En los contratos internacionales-intercontinentales se presume, salvo pacto en contrario, que las partes han considerado implícitamente aplicable a la relación creada la costumbre generalmente observada en los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial y que ellos conocen, o se supone que conocen o deben conocer”.

- 150 Colombia: Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, n.º 10 del 19 de julio de 2001, artículo 1.2.3.2, relativo a la protección contractual del consumidor del sector automotor.
- 151 México: Ley Federal de Protección al Consumidor de México, artículo 86 *ter*: “En los contratos de adhesión de prestación de servicios, el consumidor gozará de las siguientes prerrogativas: I. Adquirir o no la prestación de servicios adicionales, especiales o conexos al servicio Básico; II. Contratar la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos con el proveedor que elija; III. Dar por terminada la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico en el momento que lo manifieste de manera expresa al proveedor, sin que ello implique que proceda la suspensión o la cancelación de la prestación del servicio básico. El consumidor solo podrá hacer uso de esta prerrogativa si se encontrare al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales y se hubiese vencido el plazo mínimo pactado; y IV. Las demás prerrogativas que señalen esta y otras leyes o reglamentos. El consumidor gozará de las anteriores prerrogativas aun cuando no hubieren sido incluidas de manera expresa en el clausulado del contrato de adhesión de que se trate”.
- 152 México: Ley Federal de Protección al Consumidor de México, artículo 86 *quater*: “Cualquier diferencia entre el texto del contrato de adhesión registrado ante la procuraduría federal del consumidor y el utilizado en perjuicio de los consumidores, se tendrá por no puesta”.
- 153 México: Ley Federal de Protección al Consumidor de México, artículo 87 *bis*: “La procuraduría podrá publicar en el diario oficial de la federación, el modelo de aquellos contratos que deban ser registrados de conformidad con el artículo 86 de esta ley, a fin de que los proveedores puedan utilizarlos. En tales casos, el proveedor únicamente dará aviso a la procuraduría sobre la adopción del modelo de contrato para efectos de registro. Cuando el proveedor haya dado aviso a la procuraduría para adoptar

## 2. La sugerencia de formularios contentivos de un clausulado modelo

También, como en el derecho romano, las legislaciones modernas contemplan la adopción de formularios en los que se ofrece una redacción previa del clausulado, en los cuales se plasma el que se considera el modo más conveniente de regular los intereses de las partes en esa clase de contrato.

Este tipo de forma se evidencia en la adopción de formularios preestablecidos que contienen condiciones uniformes, propuestos por las entidades de control<sup>154</sup>, y cuya adopción por parte de los particulares los exime del control previo de legalidad sobre las cláusulas contractuales, al que normalmente se encuentran sometidos ese tipo de contratos<sup>155</sup>, y al que deberán someterse los operadores que no adopten tales formularios<sup>156</sup>. Se incluyen entre otros los modelos de convenios que habitualmente proponen los profesionales a los consumidores no profesionales o consumidores, así como los contratos concluidos mediante la suscripción de fórmulas tipo o de formularios preimpresos<sup>157</sup>.

un contrato conforme al modelo publicado, no podrá modificarlo ni incluir otras cláusulas o excepciones a su aplicación, sin haber cumplido con lo dispuesto en el artículo 87 *ter*, en caso de no hacerlo, dichas modificaciones, adiciones o excepciones se tendrán por no puestas”.

- 154 Colombia: Resolución 087 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por medio de la cual se regulan en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia, artículo 7.22: “*Contrato*. Adóptase el Contrato de Servicios de Condiciones Uniformes de los servicios de TPBCL, TPBCLE, TMR y TPBCLD, el cual, en forma de Anexo 3, forma parte integral de la presente Resolución”. Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias, artículo 39: “*Modificación contratos tipo*. Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación.
- 155 Colombia: Resolución 087 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por medio de la cual se regulan en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia, artículo 7.23: “*Concepto de legalidad automático*. Los operadores de TPBC que adopten integralmente el contrato a que se refiere el artículo anterior tendrán concepto automático sobre la legalidad del mismo”.
- 156 Colombia: Resolución 087 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por medio de la cual se regulan en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia, artículo 7.24: “*Revisión de legalidad*. Los contratos de condiciones uniformes que adopten los operadores que se aparten total o parcialmente del contrato tipo establecido por la CRT, podrán ser puestos a consideración de este organismo, para que se pronuncie sobre su legalidad, identificando de manera precisa los aspectos en que se apartan del contrato Anexo 3”.
- 157 Francia: Código del Consumo, artículo L132-2: “La comisión de cláusulas abusivas, adscrita al Ministerio responsable del consumo, examinará los modelos de convenios que habitualmente proponen los profesionales a los consumidores no profesionales o consumidores. Esta se encargará de investigar si dichos documentos contienen cláusulas que pudieran presentar un carácter abusivo”. *Code Européen des Contrats*, artículo 38: “Contrato concluido por medio de fórmulas tipo o formularios. 1. En los contratos concluidos mediante la suscripción de fórmulas tipo o de formularios preimpresos o en todo caso confeccionados para regular uniformemente una pluralidad de relaciones

## B. Restricciones a la forma de manifestación del consentimiento

Así como en el derecho romano la forma de manifestación del consentimiento estaba profusamente reglada, con indicación de los *verba*, gestos y rituales que debían emplearse según el tipo de negocio a celebrar, también en el derecho contemporáneo subsisten diversas limitaciones a la forma que debe revestir la manifestación de la voluntad.

### 1. *Obligatoriedad de manifestación expresa del consentimiento*

Dentro de estas previsiones se encuentran aquellas que obligan a que el consentimiento del consumidor se manifieste de manera expresa e incluso en anexo separado, a fin de que se permita una adecuada información al usuario sobre la asunción de obligaciones especialmente gravosas, como prórrogas automáticas y períodos mínimos de permanencia<sup>158</sup>.

Otras disposiciones buscan garantizar una aprobación plenamente consciente por parte del consumidor respecto de cláusulas especialmente gravosas, por lo que además de requerir que la forma en que se manifieste el consentimiento sea expresa, y en documento separado, exige que se realice en documento elaborado en caracteres destacados del resto del contrato por color y tamaño<sup>159</sup>.

contractuales determinadas, las cláusulas añadidas a la fórmula tipo o al formulario prevalecen sobre las contenidas en la fórmula tipo o formulario de ser unas y otras incompatibles, incluso cuando las últimas no hayan sido eliminadas. 2. Deberá observarse además lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 30".

158 Colombia: Ley 555 del 2 de febrero de 2000, por la cual se regula la prestación de los servicios de comunicación personal PCS y se dictan otras disposiciones, artículo 17: "*Régimen de protección al usuario*. Parágrafo 1. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones reglamentará cláusulas de protección a los usuarios en los contratos para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles considerando entre otras, las siguientes reglas: a. Sólo se establecerán períodos de permanencia mínima, sanciones o multas por terminación anticipada, o prórroga automática, cuando el usuario en anexo independiente al contrato, acepte expresamente tal condición".

159 Colombia: Resolución 336 del 20 de diciembre de 2000 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por la cual se dictan normas sobre protección a los suscriptores y usuarios de los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones, artículo 7.5.4: "*Condiciones para el establecimiento de las cláusulas de permanencia mínima, multas o sanciones para la terminación anticipada y prórrogas automáticas*. En el caso de que se establezcan estipulaciones en cuanto a multas o sanciones por terminación anticipada, períodos de permanencia mínima y de prórrogas automáticas, éstas no serán aplicables a menos que en ellas consienta, de manera expresa y en documento aparte, el suscriptor. Dicho documento deberá extenderse en un color diferente al del contrato, con una letra no inferior a tres (3) milímetros, de tal manera que sea fácilmente legible y diferenciable por el suscriptor. Las cláusulas de permanencia mínima se pactarán por una sola vez y al inicio del contrato".

## 2. Prohibición de presunción de cualquier manifestación de voluntad por parte del usuario

Existen disposiciones que prohíben la presunción de la manifestación de voluntad del consumidor, salvo que medie el otorgamiento de plazos amplios para la manifestación de la misma en forma explícita y que se haga saber expresamente al usuario de las consecuencias de su silencio<sup>160</sup>.

## 3. Obligatoriedad de asumir una determinada forma para manifestar el consentimiento

En algunos contratos se exige, so pena de nulidad, la asunción de la forma escrita<sup>161</sup>. Otras disposiciones exigen que en tales contratos se utilice el idioma propio del consumidor o el que él mismo elija<sup>162</sup> y que se realicen las respectivas traducciones al idioma del consumidor cuando sea del caso<sup>163</sup>, mientras otras exigen el uso de la lengua del lugar donde se encuentran ubicados los bienes o servicios objeto del contrato<sup>164</sup> o del idioma nacional<sup>165</sup>. En otros casos se res-

160 Colombia: Decreto 990 del 1.º de junio de 1998, por el cual se expide el reglamento de usuarios del servicio de telefonía móvil celular, artículo 10.º: "*Características del contrato*. En los Contratos de Servicios a los que se refiere este decreto no podrán incluirse cláusulas que: [...] 5. Presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, salvo que: a) Se dé al suscriptor un plazo amplio para manifestarse en forma explícita, y b) El operador se obligue a hacer saber al suscriptor las consecuencias que se derivarán de su silencio, una vez venza el plazo otorgado".

161 Alemania: § 492 BGB: "La forma escrita debe observarse en el contrato de mutuo al consumo".

162 México: Ley Federal de Protección al Consumidor de México, artículo 85: "Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley".

163 Italia: Decreto Legislativo 427 del 9 de noviembre de 1998.

164 Francia: Código del Consumo, artículo L121; Alemania: § 484 BGB: "... Cuando la lengua del contrato sea diferente a la del Estado en el que se encuentra la unidad habitacional, el emprendedor debe también entregarle una traducción autenticada del contrato en la lengua o en una de las lenguas del Estado en la que se encuentra el inmueble, toda vez que se trate de una de las lenguas oficiales de la Unión Europea o del Tratado del espacio económico europeo. La obligación de entregar una traducción autenticada, sin embargo no subsiste, si el derecho de goce se refiere a un conjunto de unidades habitacionales que se encuentren situadas en una pluralidad de Estados diferentes".

165 Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias, artículo 10.º: "... La redacción debe ser hecha en idioma nacional, ser completa, clara y fácilmente le-

tringen expresamente los eventos en que la voluntad puede entenderse expresada mediante silencio<sup>166</sup>, o se excluye la posibilidad de celebración del contrato adoptando la forma electrónica<sup>167</sup>.

En todo caso, las formas de manifestación de la voluntad deben ser estrictamente cumplidas, aun si ésta no se produce en forma simultánea para ambas partes, cuando ello estuviera permitido<sup>168</sup>.

#### 4. Limitaciones relativas a los períodos en los que se puede manifestar la voluntad

Estas limitaciones están contenidas en aquellas normas que prohíben pactar preavisos excesivamente largos para dar por terminado el contrato<sup>169</sup>.

gible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente.

166 *Code Européen des Contrats*, artículo 16: "Aceptación. 1. La aceptación está constituida por una declaración o un comportamiento que expresan claramente la voluntad de celebrar el contrato conforme a la oferta. 2. La aceptación produce efectos desde el momento en que el autor de la oferta conoce la misma. 3. El silencio y la pasividad solamente equivalen a la aceptación: a) Cuando así ha sido previsto por las partes, o puede deducirse de la existencia de relaciones que hayan mantenido entre sí, de las circunstancias o de la costumbre; b) Cuando la oferta tienda a celebrar un contrato del que se deriven obligaciones únicamente para su autor".

167 Alemania: § 484 BGB: "Forma escrita de los contratos relativos a derechos de goce a tiempo parcial de una habitación. (1) El contrato relativo a un derecho de goce a tiempo parcial de una habitación, necesita de la forma escrita, si y en cuanto en otras disposiciones no se imponga una forma más rigurosa. Se excluye que el contrato pueda ser celebrado en forma electrónica. Las indicaciones incluidas en el prospecto informativo de que trata el § 482, que haya sido entregado al consumidor, entran a hacer parte del contenido del contrato, a menos que las partes no hayan acordado diversamente, por medio de pactos expresos que hagan una referencia expresa a la diferencia respecto del prospecto. Las modificaciones así introducidas, deben ser comunicadas al consumidor antes de la celebración del contrato".

168 *Code Européen des Contrats*, artículo 34: "Forma especial requerida bajo pena de nulidad. 1. Si para la perfección de un contrato se exige bajo pena de nulidad una forma especial, ésta deberá cumplirse en el momento en que las partes manifiestan su voluntad de alcanzar un acuerdo sobre todas las condiciones del contrato, incluso si dicha voluntad se expresa mediante actos no simultáneos, cuando esto resulte admisible. 2. Los contratos reales se perfeccionan por medio de la entrega efectiva de la cosa que constituye su objeto, excepto cuando, conforme a la voluntad de las partes o a la costumbre, deba considerarse que aquéllas querían celebrar un contrato consensual atípico".

169 Colombia: Decreto 990 del 1.º de junio de 1998, por el cual se expide el reglamento de usuarios del servicio de Telefonía Móvil Celular, artículo 10.º: "Características del contrato. En los Contratos de Servicios a los que se refiere este decreto no podrán incluirse cláusulas que: [...] 8. Obligan al suscriptor a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato".

## C. El establecimiento de condiciones de forma dirigidas a garantizar al consumidor una adecuada información sobre los términos del contrato

### 1. Entrega de copia del contrato

Con el objeto de que el consumidor se informe cabalmente del contenido del contrato, varias disposiciones exigen la entrega de copia del contrato al consumidor<sup>170</sup> o del respectivo prospecto informativo<sup>171</sup>.

### 2. Adopción de medidas que aseguren el conocimiento del contenido del contrato

Se observa la existencia de normas que tienden a asegurar a la contraparte la posibilidad de llegar al conocimiento del contenido del contrato con modalidades aceptables, que tengan en cuenta de manera adecuada, incluso el eventual impedimento físico de la contraparte<sup>172</sup>.

### 3. Exigencia de constancia expresa sobre las condiciones propias del negocio

Algunas normas exigen que en el contrato, cuya copia debe ser entregada al consumidor, consten por escrito aspectos tales como: tipo de financiación, tasa de interés máxima legal vigente al momento de la celebración del contrato, valor de las cuotas, explicación de su determinación, y advertencia en caracteres destacados sobre que el límite legal del interés pactado no puede exceder el máximo legal

170 Colombia: Decreto 990 del 1.º de junio de 1998, por el cual se expide el reglamento de usuarios del servicio de telefonía móvil celular, artículo 9.º: "*Naturaleza del contrato de servicios*. Las relaciones entre los suscriptores y los operadores, se regirán por lo dispuesto en el contrato que celebren para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular. El Contrato de Servicios se regirá por lo dispuesto en este decreto, por las estipulaciones que hayan sido definidas por el operador, las normas del Código de Comercio, la concesión y demás normas que regulan el servicio. Copia del contrato de servicios debe serle entregada a los suscriptores". Francia: Código del Consumo, artículo L134-1. Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias, artículo 10.º: "[...] Un ejemplar debe ser entregado al consumidor. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquéllas deberán ser escritas en letra destacada y suscriptas por ambas partes...".

171 Alemania: § 482 BGB: "*Contratos relativos a derechos de goce a tiempo parcial de una habitación*. Obligación de entregar un prospecto informativo antes de la celebración del contrato relativo a derechos de goce a tiempo parcial de una habitación".

172 Alemania: § 305 BGB: "Las condiciones generales entran a hacer parte del contenido del contrato solo si, en ocasión de la estipulación del contrato, quien las utiliza: [...] 2- asegura a la contraparte la posibilidad de llegar al conocimiento de su contenido con modalidades aceptables, que tengan en cuenta de manera adecuada, incluso el eventual impedimento físico de la contraparte que sea reconocible por quien utiliza las condiciones generales...".

vigente<sup>173</sup>, así como aquellas relativas a la modificación de las condiciones contractuales inicialmente pactadas<sup>174</sup>. Igual sentido tienen aquellas disposiciones que obligan a que en el contrato se incluyan cláusulas relativas a la expedición de constancia escrita que otorgue certeza al consumidor sobre la garantía de restitución en condiciones adecuadas de conservación respecto del bien por él entregado: con la indicación de la naturaleza y condiciones en que es recibido el bien en relación con el cual se prestará el servicio<sup>175</sup>.

Dentro de estas disposiciones se cuentan igualmente aquellas relativas a la obligación de consignar por escrito el carácter opcional de los servicios adicionales o conexos que pueda solicitar el consumidor<sup>176</sup>.

Así mismo, en esta categoría se encuentran aquellas disposiciones que obligan a consagrar en el cuerpo del contrato los requisitos específicos de los bienes o servicios requeridos y las características técnicas y funcionales de los mismos a fin de facilitar el adecuado cumplimiento del contrato<sup>177</sup>, así como los derechos objeto del contrato con especificación de la naturaleza de las condiciones de ejercicio de tales derechos, como en el caso de los contratos de tiempo compartido<sup>178</sup>.

Igualmente se ha dispuesto para algunos contratos el deber de consagrar expresamente, so pena de nulidad del negocio, las garantías de cumplimiento que deben ser prestadas a favor del consumidor<sup>179</sup>, la información sobre las condiciones particulares del negocio relativas al período en que las piezas necesarias para el funcionamiento del bien estarán disponibles, las limitaciones de respon-

173 Colombia: Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio n.º 10 del 19 de julio de 2001, relativa a la adquisición de bienes por sistema de financiamiento, artículo 3.3: deber de que conste por escrito la información relevante para el consumidor; Italia: *Testo Unico Bancario Italiano*, artículo 117.

174 Francia: Código del Consumo, artículo L312-14-1.

175 Colombia: Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio n.º 10 del 19 de julio de 2001, artículo 4.1: "En la prestación de servicios que implique la entrega de un bien por parte del consumidor, se exige la entrega de una constancia escrita que dé fe del recibo del mismo, las condiciones de ingreso, el servicio a prestar y la plena identificación de las partes".

176 México: Ley Federal de Protección al Consumidor de México, artículo 86 bis: "En los contratos de adhesión de prestación de servicios deben incluirse por escrito o por vía electrónica los servicios adicionales, especiales, o conexos, que pueda solicitar el consumidor de forma opcional por conducto y medio del servicio básico. El proveedor solo podrá prestar un servicio adicional o conexo no previsto en el contrato original si cuenta con el consentimiento expreso del consumidor, ya sea por escrito o por vía electrónica".

177 Italia: *Legge subfornitura* de 1998, artículo 2.º.

178 Italia: Decreto Legislativo del 9 de noviembre de 1998, n.º 427, "attuazione della direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili", artículo 2.º.

179 Italia: Decreto Legislativo del 9 noviembre de 1998, n.º 427, "attuazione della direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili", artículo 7.º.

sabilidad, los plazos de entrega y condiciones particulares de venta<sup>180</sup> y la indicación expresa de las condiciones del bien objeto del negocio, especialmente cuando se trata de cosas deficientes usadas o reconstituidas<sup>181</sup>.

También en algunos casos se obliga a la inclusión expresa de la posibilidad de desistir del contrato y la manera de ejercitar el derecho-facultad de retractación<sup>182</sup>, su carácter de irrenunciable<sup>183</sup>, así como del derecho de efectuar reclamaciones<sup>184</sup>.

#### 4. Otras disposiciones legales hacen exigencias de claridad y precisión en la información de las condiciones contractuales como condición de validez

a. Es el caso de aquéllas que establecen de manera general la obligación de claridad en los contratos que los profesionales proponen a los consumidores, o a los no profesionales en general<sup>185</sup>.

b. Otro tanto se puede decir de aquellas disposiciones tendientes a hacer claridad sobre las sanciones pecuniarias derivadas del ejercicio del derecho de terminación anticipada del contrato, en cuanto deben ser expresamente enunciadas, de manera clara y comprensible, en anexo independiente y en caracteres destacados<sup>186</sup>.

180 Francia: Código del Consumo, artículo L111-2.

181 Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias, artículo 9.º: "*Cosas deficientes usadas o reconstituidas*. Cuando se ofrezca en forma pública a consumidores potenciales indeterminados cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituidas debe indicarse la circunstancia en forma precisa y notoria".

182 Francia: Código del Consumo, artículo L121-63; *Code Européen des Contrats*, artículo 9.º: "*Tratos preliminares con los consumidores fuera del establecimiento mercantil*. 1. El comerciante que propone la celebración de un contrato, a un consumidor, fuera de su establecimiento mercantil, deberá informar por escrito a este último de su derecho a desistir del contrato, del modo y en los plazos definidos en el artículo 159".

183 Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias, artículo 34: "*Revocación de aceptación*. En los casos de los artículos 32 y 33, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de cinco (5) días corridos, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que, con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último".

184 Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias, artículo 25: "*Constancia escrita, información al usuario*. Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicios de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público...".

185 Francia: Código del Consumo, artículo L133-2.

186 Colombia: Resolución 336 del 20 de diciembre de 2000 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por la cual se dictan normas sobre protección a los suscriptores y usuarios de los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones, artículo 7.5.5: "*Redacción*. Las cláusulas de período de permanencia mínima, plazo

c. Otras normas persiguen claridad en el contrato en relación con el incremento de las tarifas<sup>187</sup>, o respecto de las cláusulas contractuales relativas a las causales de suspensión del servicio<sup>188</sup>.

d. Unas más hacen relación al deber de información, en caracteres destacados, sobre las cláusulas que impliquen limitaciones a los derechos del consumidor<sup>189</sup> o sobre los riesgos del producto adquirido<sup>190</sup>.

e. Ciertas disposiciones hacen referencia a la necesidad que la información relativa al contenido de las condiciones generales sean escritas en caracteres legibles a simple vista, que dicha información sea suficiente y clara; a efecto de lo cual exigen que las cláusulas sean concretas y plenas, por lo que se establece la obligación de transcribir o resumir las disposiciones legales a las que se haga referencia, o remitir a ellas en el texto del contrato; además de la prohibición de incluir espacios en blanco<sup>191</sup>.

contractual, preaviso para la no prórroga del contrato o para su terminación unilateral, deberán redactarse de manera clara y expresa, de tal manera que resulten comprensibles para el suscriptor. El operador deberá incluir en el anexo independiente del contrato, con una letra no inferior a siete (7) milímetros, la siguiente estipulación: El presente contrato incluye cláusulas de permanencia mínima, prórroga automática y/o sanciones o multas por la terminación anticipada. Una vez hayan sido aceptadas expresamente por el suscriptor, lo vinculan de acuerdo a las condiciones previstas en el presente contrato".

- 187 Colombia: Resolución 336 del 20 de diciembre de 2000 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por la cual se dictan normas sobre protección a los suscriptores y usuarios de los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones, artículo 7.5.6: "*Divulgación de tarifas*. Sin perjuicio de lo previsto sobre el régimen de tarifas para cada servicio, los cambios de tarifas entrarán a regir una vez se den a conocer a cada suscriptor del servicio. En los contratos con cláusulas de período de permanencia mínima, el suscriptor podrá solicitar la terminación de su contrato dentro del mes siguiente al momento de conocer dichos incrementos, sin que haya lugar a multa o sanción, cuando los mismos superen los aumentos máximos establecidos en el contrato. Estos aumentos máximos deberán ser fácilmente determinables por el suscriptor al momento de celebrar el contrato".
- 188 Colombia: Decreto 990 del 1.º de junio de 1998, por el cual se expide el reglamento de usuarios del servicio de telefonía móvil celular, artículo 11: "*Suspensión del servicio*. En los contratos de servicios deben establecerse claramente las causales para la suspensión del servicio".
- 189 Brasil: Lei n.º 8.078 del 11 de septiembre de 1990, artículo 54, § 4: "As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão".
- 190 Colombia: Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio n.º 10 del 19 de julio de 2001, artículo 1.2.5.1: "*Deber de información en caracteres destacados sobre la peligrosidad de ciertos productos y sobre las condiciones técnicas de seguridad en su instalación*".
- 191 Brasil: Lei n.º 8.078 del 11 de septiembre de 1990, artículo 54, § 3: "Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor"; Italia: *Codice civile*, artículo 1469-*quater*: "*Forma e interpretazione*. Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore"; Francia: Código del Consumo, artículo L121-62: "En la oferta se reproducirán con caracteres perfectamente legibles las disposiciones de los artículos L.121-63 a L.121-68".

f. Otras disposiciones hacen énfasis en la necesidad de que las condiciones generales sean introducidas de tal manera que llamen la atención del contratante que se adhiere a las mismas. En este sentido, la sección 2.<sup>a</sup> del libro II del BGB fue introducida *ex novo* por la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 de noviembre de 2001 y entró en vigor el 1.º de enero de 2002. En esta sección se introdujeron, con sensibles reformas, las normas ya contenidas en el *ABG Gesetz* del 9 de diciembre de 1976, entre las que cabe destacar aquéllas relativas, precisamente, a la previsión de que las condiciones generales del contrato sólo entran a hacer parte del contenido del mismo si quien las utiliza llama la atención sobre ellas de manera expresa frente a la contraparte<sup>192</sup>.

g. Existen disposiciones que obligan a dejar constancia expresa en el texto del contrato sobre los medios de defensa con que cuenta el usuario y sobre las autoridades competentes para resolución de conflictos<sup>193</sup>.

##### 5. Imposición de obligaciones de información sobre el desarrollo del contrato

Algunas disposiciones establecen el deber de consignar en el contrato información escrita sobre la evolución del crédito<sup>194</sup> y el estado de las obligaciones del consumidor<sup>195</sup>.

192 Alemania: § 305 BGB: "Inclusión en el contrato de condiciones generales [...] (2) Las condiciones generales entran a hacer parte del contenido del contrato solo si, en ocasión de la estipulación del contrato, quien las utiliza: 1.- Llama la atención de la contraparte sobre ellas de manera expresa, o cuando por las modalidades peculiares con las que el contrato se celebra no sería posible efectuar un llamado expreso sino con excesiva y desproporcionada dificultad, por medio de un aviso claramente visible colocado en el lugar de estipulación del contrato...".

193 México: Ley Federal de Protección al Consumidor de México, artículo 86: "La secretaría, mediante normas oficiales mexicanas podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento. Las normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio. Los contratos de adhesión sujetos a registro deberán contener una cláusula en la que se determine que la procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos. Asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la procuraduría".

194 Colombia: Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio n.º 10 del 19 de julio de 2001, relativa al envío al domicilio del deudor de información sobre el estado del crédito, artículo 3.7.2.

195 Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias, artículo 30 bis: [art. incorporado por la Ley 24.787]: "Las constancias que las empresas prestatarias de servicios públicos, entreguen a sus usuarios para el cobro de los servicios prestados, deberán expresar si existen períodos u otras deudas pendientes, en su caso fechas, concepto e intereses si correspondiera, todo ello escrito en forma clara y con caracteres destacados. En caso que no existan deudas pendientes se expresará: 'no existen deudas pendientes'. La falta de esta manifestación hace presumir que el usuario se encuentra al día con sus pagos y que no mantiene deudas con la prestataria. En caso que existan deudas y a los efectos del pago, los conceptos reclamados deben facturarse por documento separado, con el detalle consignado en este artículo".

## CONCLUSIÓN

Una sociedad primitiva que desconoce técnicas más sofisticadas de protección jurídica y que teme que la simple ley del más fuerte se imponga, debe recurrir, sin duda, a normas rígidas que determinen la forma en la que deben cumplirse ciertos actos de relevancia social y jurídica, para que el respeto de esa forma se convierta en límite de la posible dominación o abuso por parte del más fuerte; el respeto de la forma, pues, como mecanismo de equiparación de dos desiguales y a la vez como instrumento para mantener el orden social. Eso fue lo que sucedió en la sociedad romana arcaica en donde el formalismo jurídico negocial fue el único medio posible del tráfico jurídico. Un formalismo querido, "una creación jurídica consiente y calculada, un lenguaje de signos profundo y perfectamente meditado"<sup>196</sup>. La sociedad actual, la llamada sociedad globalizada, heredera de una larga tradición de derecho y que ha llegado a los más altos grados de refinamiento en su dogmática jurídica, parece optar de igual manera por un formalismo protector, y no precisamente porque no conozca o no pueda acudir a otros mecanismos de tutela.

Esto nos indica que al parecer el formalismo jurídico no tiene correspondencia con el grado de evolución del derecho, o más bien, que ese formalismo, más allá de responder a un determinado estadio de la evolución jurídica, participa de unos elementos que trascienden la sociedad en la que se aplica. El formalismo, más que modo de hacer, es certeza, pues determina los resultados que se siguen al comportamiento desplegado; más que requisito, determina el tipo y los efectos del negocio; más que ritual o gesto, es transparencia y es publicidad; más que imposición, es libertad, pues la forma garantiza la correcta participación en el tráfico.

Así, el derecho romano tiene mucho que decir en esta materia, sobre la razón de ser de la forma y sobre las funciones que ella desempeña; fundamento del sistema o protección de una clase débil, lo cierto es que el formalismo romano cumplió un papel definitivo en la historia del derecho, y se puede repetir con GROSSO que "la experiencia romana posee tal fuerza que vuelve a ser estudiada incluso allí donde parece que el estudio debía ser abandonado", para renacer "por todas partes cuando parece que ha finalizado su tarea"<sup>197</sup>.

Quizá hay algo que agregar para completar el cuadro del llamado neoformalismo: resulta de trascendental importancia conservar una estructura interna del sistema de formalidades en la que exista un principio rector que rija la aplicación de las formas y que permita identificar una unidad de consecuencias determinada por su función, evitando una arbitraria diseminación de las mismas, así como un uso perverso y acomodado de estas en detrimento de la lealtad con-

196 VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., 706.

197 GROSSO. *La concretezza della giurisprudenza romana*, cit., 35.

tractual<sup>198</sup>; ese principio, por supuesto, es la buena fe. La protección del contratante débil se erige en un factor de cohesión que aglutina una parte importante de las formalidades imperantes en el derecho moderno; el retorno a las formas encuentra pues toda validez siempre que recordemos que son los principios y particularmente la buena fe, los que deben estar vigilantes sobre la forma.

198 A este respecto deben tenerse en cuenta los notables desarrollos de la regla que prohíbe el *venire contra factum proprium*, en virtud de la cual, entre otros efectos, se impide el hacer valer el defecto subsanable de un negocio jurídico, cuando las partes del negocio admiten su validez, o actúen de conformidad con las previsiones del contrato y, posteriormente pretendan no admitir la validez del negocio o invocar su nulidad, al igual que no le es permitido alegar la nulidad de un acto, por defecto de forma, a la parte que precisamente ha impedido que fuera observada dicha forma al perfeccionarse el contrato, manifestando lo innecesario de tal formalidad, o cuando su conducta suscita la apariencia de que de todas maneras respetaría la palabra empeñada, con independencia de la observancia de las formalidades. Ello como quiera que el comportamiento sucesivo de quien pretende desconocer el acto o invocar su nulidad, resulta contrario a la buena fe en todas aquellas hipótesis en las cuales se pretende hacer valer una nulidad en contradicción con la conducta anterior, esto es, cuando aquél que apela a la nulidad ha distraído, aun sin mala intención, al otro contratante de las exigencias legales en materia de forma, en relación con el negocio que se quiere realizar. Cfr. M. L. NEME VILLAREAL. "Venire contra factum proprium, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe", en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa en sus 40 años de Rectoría*, III, Bogotá, 2003, 9-56.