

EL VALOR JURÍDICO DEL SILENCIO EN LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO*

MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ**

Resumen: La anfibología del silencio es un tema clásico dentro de la teoría del negocio jurídico, elaborado como un supraconcepto legal o *Oberbegriff* por los Pandectistas alemanes a la vista de las fuentes romanas. Para los juristas romanos el fenómeno del silencio y de su interpretación se produce cuando el *tacens* observa una conducta inerte, inactiva, carente de movimiento, de modo que, de su actitud, no puede derivarse su voluntad en un sentido u otro pues, si al silencio acompaña un gesto que lo clarifica, estaremos ante una declaración tácita de voluntad (*facta concludentia; facta ex quibus voluntas concludi potest*).

El silencio, fuera de los casos de silencio simple o absoluto (que se produce cuando el que calla lo hace contra un expreso mandato legislativo o una orden judicial), plantea siempre un problema de interpretación jurídica y la cuestión fundamental es si el silencio, fuera de los casos regulados por la ley, la costumbre o una consolidada interpretación jurisprudencial, puede servir de asentimiento. Dicho de otro modo ¿se recogió en las fuentes jurídicas romanas una teoría general aplicable a todos los casos de silencio y, si fue así, en qué casos y con qué condiciones? La tesis negativa se apoya en un texto de Paulo, recogido directamente en el Digesto: *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare*, que significa que *quien calla, no dice nada, ni afirma ni niega*. La opinión afirmativa se basa —entre otros argumentos— en un axioma de origen canónico, contrapuesto al anterior, que ha adquirido una gran fuerza social: *quien calla, otorga*, y que deriva de la *regula iuris*, recogida por las Decretales del Papa Bonifacio VIII: *qui tacet, consentire videtur*. Lo cierto es que ambas reglas fueron acogidas por la doctrina y la práctica medieval y de ahí pasaron al Derecho común y al Derecho moderno, invocados por la doctrina de distintas épocas como un argumento más a favor de sus respectivas opiniones. Igualmente, influyeron notablemente en la interpretación de las fuentes romanas y en la posterior concepción doctrinal y jurisprudencial del silencio así como en la regulación positiva adoptada por algunos códigos modernos.

Palabras clave: Negocio jurídico, silencio, *taciturnitas*, manifestación expresa y tácita de voluntad, *qui tacet, consentire videtur*, silencio simple o absoluto, silencio cualificado o circunstanciado.

Abstract: The amphibology of the silence is a classic topic in the theory of the juridical act, elaborated as a legal supraconcept or *Oberbegriff* by the German Pandectist in view of the Roman sources. For the Roman jurists of silence phenomenon and its interpretation takes place when the

* Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2013.

Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2013.

** Profesora Titular de Derecho Romano, Universidad Autónoma de Madrid, e-mail: pilar.perez@uam.es

tacens observes an inactive conduct, lacking in movement, so that, of his attitude, his will can not be derived in one way or another, if the silence is accompanied by a gesture that clarifies, we face a tacit declaration of will (*facta concludentia; facta concludi voluntas ex quibus potest*). (*facta concludentia; facta ex-quibus voluntas concludi potest*).

The silence, out of the cases of simple or absolute silence (that takes place when about the one that he keeps silent it does it against an express legislative mandate or a judicial order), raises always a problem of juridical interpretation and the fundamental question is if the silence, out of the cases regulated by the law, the custom or a consolidated jurisprudential interpretation, can use as assent. Said differently, what was collected in the juridical Roman sources a general theory applicable to all the cases of silence and, if so, in what cases and with what conditions? The negative thesis is based on a text by Paulo, collected directly in the Digest: *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare*. It means that whoever is silent, says nothing, neither confirms nor denies. The affirmative opinion is based –between other arguments– on an axiom of canonical origin, opposed to the previous one, which has acquired a great social force: whom silence, is consent, and that derives the canonical legal rule: *qui tacet, consentire videtur*.

The truth is that both rules were received by the doctrine and the medieval practice and of there they went on to the common Law and to the modern Law, invoked by the doctrine of different epochs as one more argument in favour of his respective opinions. Equally, they influenced notably in the interpretation of the Roman sources and the later doctrinal and in subsequent doctrinal and jurisprudential conception of silence as well as the positive regulation adopted as some modern Codes.

Keywords: Juridical act, silence, *taciturnitas*, express manifestation of will, tacit manifestation of will, *qui tacet, consentire videtur*, simple or absolute silence, qualified or circumstantial silence.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS; II. LA TERMINOLOGÍA DEL SILENCIO EN LAS FUENTES ROMANAS; III. LA DECLARACIÓN TÁCITA DE VOLUNTAD Y EL SILENCIO; IV. INFLUENCIA DEL DERECHO CANÓNICO EN LA DOCTRINA DEL SILENCIO. LA REGLA *QUI TACET, CONSENTIRE VIDETUR*; V. POSICIONES DOCTRINALES ENTORNO A LA INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES ROMANAS; VI. EL VALOR ACTUAL DEL SILENCIO EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO; VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El silencio es, antes que un acto jurídico, un hecho de la experiencia común con importancia en el *proceso de la comunicación* donde la palabra y el silencio no se explican como conceptos opuestos sino necesarios, recíprocamente¹. Como conducta humana, a la

¹ Afirma FIERRO BARDAJÍ, A., [“La conducta del silencio”, *El silencio. Compilación de Carlos Castilla del Pino*, Madrid, Ed. Alianza, 1992, p. 52-53] que el silencio forma parte con la palabra de la comunicación, pues aquél que acota y puntúa el discurso y, por tanto, está trabado con el discurso mismo. Pero el silencio no es sólo un elemento interno de la palabra sino que guarda relación activa con otros fenómenos humanos: con

que el ordenamiento atribuye unos efectos jurídicos, no debe extrañarnos que algunas de las afirmaciones a las que se llega desde el campo de la lingüística y del habla tengan reflejo en el campo jurídico.

El silencio como quietud gestual, es un fenómeno que tiene un significado incierto y polivalente. Si bien toda conducta humana es ambigua, todo signo es equívoco², el silencio lo es en grado sumo por varias razones: pertenece al sistema que denominamos lenguaje verbal, es decir, al *sistema del habla*, pero es precisamente *no-habla* y –desde el campo de la lingüística– se afirma³ que rara vez, por no decir nunca, es por sí mismo imperativo, exhortativo o impulsor de la acción, recaba la concreta dirección de su sentido en otras fuentes: la palabra que le precede, el gesto o la misma acción a la que acompaña.

En el ámbito jurídico ocurre algo semejante, la actitud del *tacens* que ante un requerimiento guarda silencio, permanece inmóvil, inerte, desconcierta por lo que tiene de incertidumbre y plantea siempre un problema de *interpretación jurídica*. Pensemos, por ejemplo, en el caso en que yo le pido a un amigo que me preste un libro. Mi amigo calla, no responde. De su conducta no deriva claramente si me presta o no su libro. En este caso, será necesaria la *interpretación* de su respuesta que puede ser positiva, de asentimiento (consiente en dejarme el libro) o negativa (de disenso) pero también puede tener una serie de significados intermedios (simulación, omisión, reticencia, reserva mental, etc.).

El silencio, por sí sólo, no dice o significa nada y, a menos que esté interpretado por otros signos, no es capaz de influir en acciones o regularlas. Más, cuando al silencio le acompaña un gesto o comportamiento del que pueda derivarse la voluntad del que calla, esta situación sale fuera del supuesto que nos ocupa. Así, si en el caso anterior, a mi pregunta sobre el préstamo del libro, mi amigo calla, pero me tiende el libro, todos interpretaremos que su silencio equivale a asentimiento. En este caso, al silencio le acompaña un gesto que lo clarifica.

De lo dicho, pueden extraerse dos consideraciones previas: 1) El problema de la anfibología del silencio y de su interpretación se presenta únicamente en los casos en los que no pueda derivarse de la actitud del que calla una voluntad en un sentido u otro. Será, por tanto, necesario distinguir el *silencio* de los supuestos de *manifestación tácita de voluntad*. 2) la conducta del que calla tiene trascendencia jurídica en los casos en que exista un conflicto de intereses donde el ordenamiento se ve precisado a intervenir en aras de la

el pensamiento, con el deseo, con la práctica, con la comunicación entre las personas. Y a través de ellos el silencio llega a manifestarse como comportamiento significativo. En el mismo sentido, Cfr: MATEU SERRA, R., *El lugar del silencio en el proceso de la comunicación*, Barcelona, 2001, p. 275.

² Sobre la ambigüedad polisémica y homonímica de las palabras GARCÍA HERNANDEZ, B., *De iure uerrino: el derecho, el aderezoculinario y el augurio de los nombres*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 21 ss.

³ FIERRO BARDAJÍ, “La conducta...”, *cit.*, p. 66.

seguridad jurídica y para evitar una lesión de los intereses en juego, ya sean particulares o de interés público o general.

En este trabajo nos centramos en el estudio del silencio y su trascendencia jurídica en el ámbito del negocio como modo de manifestación de voluntad. La cuestión fundamental es si el que calla puede expresar una voluntad jurídicamente válida y vinculante y, en caso afirmativo, en qué supuestos y con qué condiciones.

Para dar respuesta a este tema, partimos del tratamiento que recibió este fenómeno en el ordenamiento jurídico romano, en el que alcanzó una extraordinaria trascendencia desde el punto de vista práctico, a juzgar por la rica y variada casuística sobre el silencio en todos los ámbitos de la vida social: Derecho de contratos, derechos reales, derecho de familia y sucesiones, derecho procesal, etc. Veremos la importante influencia del Derecho canónico sobre la legislación y la práctica medieval y sobre la posterior interpretación doctrinal de los textos jurídicos romanos y medievales y terminaremos, refiriéndonos brevemente al valor jurídico del silencio en relación con formación del contrato en nuestro Derecho. En este tema, como en muchos otros, las fuentes romanas y su interpretación científica posterior influyeron de forma decisiva en la concepción doctrinal y jurisprudencial del silencio y en la regulación positiva adoptada por algunos Códigos nacionales. Esto viene a poner de manifiesto, una vez más, que la referencia al ordenamiento jurídico romano sigue respondiendo actualmente a una imprescindible necesidad epistemológica y no a una mera digresión histórica⁴.

II. TERMINOLOGÍA DEL SILENCIO EN LAS FUENTES ROMANAS

Brevemente, me referiré a la terminología utilizada por las fuentes jurídicas romanas para hacer referencia al silencio. Sabemos que la lengua –como señala SAUSSURE⁵– es *un sistema de signos donde todas sus partes pueden y deben considerarse como un todo* y, por este motivo, puede pensarse, con razón, que referirse a los vocablos con los que se expresa un concepto es superfluo en cuanto puede llevar a generalizaciones. Sin embargo, considero que un breve *excursus* filológico nos dará idea de los múltiples casos en que el silencio encuentra trascendencia jurídica.

Los juristas romanos utilizan –para hacer referencia a este fenómeno– vocablos pertenecientes al lenguaje de uso común. En concreto, dos verbos con el significado de estar silencioso, callar o callarse: *taceo* y *sileo* (ambos pueden ser usados como transitivos o intransitivos), y dos sustantivos: *silentium* y *taciturnitas*. Ambas formas parecen coincidir en el concepto, en cuanto que son fácilmente intercambiables –como también ocurre en castellano–. Así, al lado de *nocte silente* o *silet nox*, *silet aequor* –utilizado por Virgilio–

⁴ Vid. Prólogo de A. BISCARDI en GORETTI, M.S., *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, ed. Giuffrè, p. 9.

⁵ De SAUSSURE, F., *Course de linguistique générale*, 4ª edic., París, Ed. Payot, 1949, pp. 106 y 157.

para expresar la quietud nocturna, hallamos *tacet omnis ager* para expresar la quietud de la noche frente al rumor y a las voces del día.

Según el diccionario etimológico de Ernout y Meillet⁶, en época clásica ambos términos significaban lo mismo, pero el verbo *silere* era más utilizado en la época arcaica y originariamente se refería, más que al silencio, a la tranquilidad, la quietud, la falta de movimiento y de ruido⁷. Mientras, *tacere* o *taciturnitas* se referían a una situación dinámica y se utilizaban más frecuentemente por los juristas en contraposición al *loqui*, para expresar una voluntad o intencionalidad, a veces dolosa (*reticentia*), de no hablar, de callar. Por lo tanto, en el propio lenguaje encontramos dos términos que, aún presentándose bajo una apariencia general de similitud (no-hablar), precisan dos comportamientos diferentes⁸.

Además de los términos indicados, el silencio viene expresado, con bastante frecuencia, como *non dicere*, con sus numerosas variantes de *non contradire*, *non prohibere*, *non testificare*, *non repondere*, etc., poniendo en evidencia el significado del silencio como no-habla frente a un requerimiento, pretensión o deber jurídico establecido por el ordenamiento y tanto para expresar consentimiento (así, por ejemplo, en D. 14.6.12, *Paul. l. XXX ad ed.*, y 16, *Paul. l. IV respons.*, donde el silencio del padre ante el préstamo de dinero contraído por su hijo se considera consentimiento) como renuncia (así, en D. 22.1.17.1, *Paul. lib. sing. de usur.*, lo encontramos como renuncia a los intereses en un mutuo. En el ámbito del derecho sucesorio, en D. 5.2.23, *Paul. lib. sing. de inoff. testam.*, y 32, *Paul. lib. sing. de septemuir. iudic.*, se recoge como renuncia a la *querella inofficiosi testamenti* y en D. 22.3.26, *Pap. lib. XX quaest.*, como renuncia a un fideicomiso.

En otras ocasiones, viene expresado por el término *pati*, que no indica un no hablar o un no hacer, sino tolerar una determinada situación. Y esta tolerancia se expresa a través del silencio. Los juristas hablan de *patientia* exigiendo la *scientia*, porque la demostración de aquella exige un silencio consciente⁹. En este último caso, es evidente que la conducta silenciosa se presenta ante un hecho concreto porque entre el silencio de quien tolera y el hecho tolerado debe haber un nexo bien preciso. Estas últimas expresiones (*pati*, *patientia*)

⁶ ERNOUT, A. et MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue Latine*, 4ª edic., París, 1967, pp. 625 y 673.

⁷ *Cod. Iust.* 11.59 (58).8, que significa un estado de absoluto abandono –*de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur*– y la ley a la que se hace referencia recita *omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit*.

⁸ En un texto del Código, *Cod. Iust.* 7.32.10, hallamos *silentio ac taciturnitate*. Sería un error considerar la doble forma como una repetición redundante. En opinión de GORETTI [*Il problema... cit.*, p. 63] se trata de un caso de adquisición de la propiedad, para el que el legislador quiere precisar que no basta con un comportamiento de mera inactividad, sino que también es necesario el *tacere* en oposición al *loqui*.

⁹ En general la *scientia* viene a calificar el silencio. El silencio consciente es el que hará responsable el patrono que se calló ante los *delicta serui* o el que podrá entenderse como tolerancia de una situación que produce la adquisición o renuncia a ciertos derechos.

se utilizan sobre todo en relación con los derechos reales, ya sea como un modo de constitución de estos derechos¹⁰ o como renuncia a los mismos¹¹.

III. LA DECLARACIÓN TÁCITA DE VOLUNTAD Y EL SILENCIO

El valor del silencio como declaración de voluntad es un tema clásico en la doctrina del negocio jurídico, elaborado como un supraconcepto legal o *Oberbegriff* por los Pandectistas alemanes a la vista de las fuentes romanas. En la dogmática jurídica moderna la esencia del negocio jurídico es la voluntad. Es importante destacar que el derecho no entra a regular el ámbito de la voluntad interna, el pensamiento o la mera intencionalidad hasta que ésta es exteriorizada de algún modo. Así, por ejemplo, el hecho de que alguien quiera cometer un robo o concluir un negocio jurídico (comprar o arrendar una casa, por ejemplo) es irrelevante para el ordenamiento jurídico hasta que, de algún modo, se manifiesta o se exterioriza esa voluntad interna. Esta regla general encuentra su excepción, en relación con los vicios del consentimiento, cuando una vez declarada la voluntad, puede probarse que, en la formación de la misma, intervino violencia, dolo, intimidación o error (*vis, dolus, metus, error*), lo que producirá que el negocio no produzca efectos jurídicos bien por nulidad *ipso iure* o bien por nulidad *ope exceptionis* (o anulabilidad).

Por lo tanto, para que el negocio jurídico produzca los efectos jurídicos reconocidos por el ordenamiento y queridos por las partes, será necesario que esa voluntad sea exteriorizada. Lo normal será que su manifestación se haga de forma expresa (es decir, oralmente o por escrito). Sin embargo, hay ocasiones en que el aceptante no exterioriza su voluntad de modo explícito, sino que ésta se deduce de su conducta (*facta concludentia; facta ex quibus voluntas concludi potest*). En estos casos nos hallamos ante la llamada *declaración tácita de voluntad*¹² –los romanos lo llamaron *consentire re*¹³– que es aquella que se realiza a través de gestos o comportamientos concluyentes de los que se deriva la voluntad del sujeto que los realiza.

La jurisprudencia romana ofrece múltiples ejemplos de declaración tácita de voluntad. Así, por ejemplo, ocurre en la llamada *pro herede gestio*, donde el heredero no manifiesta de forma expresa su voluntad de aceptar la herencia, pero lo hace de forma tácita al gestionar o administrar los negocios de su causante (véanse, en el mismo sentido, los artículos 999 y

¹⁰ Así, lo encontramos como modo de constitución de una servidumbre en D. 8.6.8 (*Paul. lib. XV ad Plaut.*) o de un *pignus*, en D. 20.2.5.2 (*Marc. lib. sing. ad form. hypoth.*).

¹¹ D. 10.3.28; (*Papin. lib. VII quaest.*), D. 39.3.19 (*Pomp. lib. XIV ad Quint. Muc.*) y 20 (*Pomp. lib. XXXIV ad Sab.*).

¹² La STS 28 de febrero de 1990 indica que nos encontramos ante una declaración tácita de voluntad “cuando el sujeto no manifiesta de modo directo su voluntad –generalmente mediante el lenguaje oral o escrito– sino que realiza una determinada conducta que, por presuponer necesariamente tal voluntad, es valorada por el ordenamiento jurídico como declaración.”

¹³ Vid. D. 17.2.4.pr. (*Modest. lib. III regul.*) y D. 2.14.2.pr. (*Paul. lib. III ad ed.*)

1000 del Código civil español)¹⁴. Incluso, hay supuestos en que un gesto casi imperceptible manifiesta inequívocamente la voluntad del sujeto por el contexto en el que se produce. Así, por ejemplo, un leve gesto de cabeza de los licitadores en una subasta equivale a la aceptación de la oferta¹⁵.

Estos dos últimos supuestos mencionados son, en realidad, casos de consentimiento pleno que hay que distinguir de los supuestos de silencio¹⁶ y la jurisprudencia romana distinguió netamente los casos de consentimiento pleno, válidamente manifestado, ya sea expreso o tácito —*ore vel re*—, de los supuestos de silencio. Y ello, tanto desde el punto de vista terminológico como desde el punto de vista dogmático:

- a) *Desde el punto de vista terminológico*, los juristas contraponen constantemente la *voluntas* frente al *pacti, scientia et patientia, non contradire, non nolle, non negare, non dissentire, non prohibere, non repugnare*, que no podían ser homologados al *volle* o al *consentire*.
- b) *Desde el punto de vista dogmático* se observa que, cuando el ordenamiento otorga efectos jurídicos al silencio, se adoptan una serie de garantías y cautelas, ya sea limitando aquéllos efectos en el tiempo o bien vinculándolos a instituciones muy concretas y determinadas. Esto queda más patente en relación con aquéllos casos en los que el silencio conlleva la renuncia de un derecho. Dado que la renuncia no se presume nunca, su pérdida por inactividad está expresamente regulada y limitada por la ley.

Así, por ejemplo, en el derecho real de condominio se establece la posibilidad de realizar una serie de modificaciones en la cosa común por parte de los copropietarios. En relación, con algunas de estas innovaciones, bastará con que los demás copropietarios no se opongan ejercitando el llamado *ius prohibendi*. Sin embargo, el tratamiento brindado por el ordenamiento es diferente para quien consiente expresamente que para quien calla

¹⁴ La realización de un negocio jurídico puede ser considerado un acto declarativo. Así en el Código Civil, el art. 1000 establece que la herencia se entenderá aceptada (tácitamente) por la conclusión de ciertos negocios jurídicos relativos al propio derecho hereditario.

¹⁵ Así, en relación con la puja en las ventas en pública subasta, FESTO (*s.v. manceps*) hace referencia a la mano alzada como gesto para adjudicarse la subasta. Sin embargo, debían servir otros de los que derivase de forma inequívoca la voluntad del *sector* de concurrir a la subasta, tales como alzar un dedo (*vid. Cic., In ver. II, 1.141; 3.27*) o, incluso asentir con la cabeza al precio señalado por el *praeco* (*Suet., Calig., 38.4*). *Vid. MATEO, A., Manceps, redemptor, publicanus: contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*, Santander, 1999, p. 29 y n.42.

¹⁶ Hay autores que incluyen el silencio dentro de las declaraciones tácitas de voluntad. *Vid.* Entre los romanistas, PACCHIONI, G., “Il silenzio nei la conclusioni dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, IV, 2, 1906, p. 25. Entre los civilistas, TRAVI, A., “Silenzio e formazione dei contratti”, *Giurisprudenza italiana*, I.2, 1953, p. 76; CERRILLO, F., *s. v.* Consentimiento en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix (editor), t. V, Barcelona, La Ley, 1953, pp. 83-84). Algunos hablan de silencio circunstanciado para aludir a lo que es una declaración tácita por el inicio de la ejecución del contrato, en este sentido, CARBONE, V., “Il diverso valore del silenzio tra conclusione del contratto e modifica dello stesso, comentario a Cass. 22 iuglio, 1983, n. 8191, *Il corriere giuridico*, 10, 1993, p. 1182).

pues, mientras el primero no tendrá acción ni para la demolición de la obra ni para exigir la indemnización de los daños que se produzcan, el segundo sí podrá accionar por los perjuicios sufridos.

Igualmente, el contrato de arrendamiento se entiende renovado por *relocatio tacita* –actualmente tácita reconducción– cuando pasado el plazo del arriendo, el arrendador guarda silencio permitiendo al arrendatario seguir con el uso de la cosa arrendada pero no tanto porque se entienda que hay asentimiento en el arrendador y el arrendatario sino porque, en relación con este contrato, el ordenamiento así lo establece. Además, tal y como informa Ulpiano, D.19.2.13.11 (*Ulp. L. XXXII ad ed.*), la renovación se limita a un año, también cuando el contrato inicial recogiese un plazo superior.

En estos supuestos de silencio, está claro que estamos ante situaciones reguladas por el ordenamiento. Es decir, la atribución de efectos jurídicos se realiza no porque se entienda que el silencio equivale a asentimiento, sino porque así se establece por vía de interpretación jurisprudencial.

En teoría el silencio se distingue netamente de la manifestación tácita de voluntad sin embargo, en la práctica, esta distinción no es siempre sencilla. Pensemos que es posible que la declaración se realice a través de determinados actos que, en sí mismos considerados, no expresan la voluntad del sujeto y que, por tanto, son equívocos. En estos supuestos deberá ser el intérprete del derecho, generalmente el juez, el que teniendo en cuenta *las circunstancias del caso* y los *usos sociales* (en la propia interpretación del signo), proporcione una interpretación u otra al acto. Y es que, en mi opinión, el estudio y regulación del silencio y su interpretación debe abordarse frente a cada concreto sistema legislativo porque el significado de un hecho jurídico voluntario puede variar en el tiempo, de un lugar a otro y de una sociedad a otra. Pensemos, por ejemplo, que no en todas las sociedades hacen uso de la inclinación de la cabeza como señal de afirmación. Así en la India, es un gesto muy frecuente entre la población el ladear o inclinar la cabeza hacia un lado, bien sea repetidamente hacia un lado y otro o bien sea a través de un movimiento preciso y corto hacia uno de los hombros. Este gesto es afirmativo, no negativo, como pudiera parecer a la vista de un Occidental¹⁷.

Por lo tanto, podemos concluir que para los juristas romanos, el problema de la anfibiaología del silencio y de su interpretación se produce cuando el sujeto observa una conducta inerte, inmóvil, carente de movimiento (o los gestos no son concluyentes en un sentido u otro) de forma que, de su actitud, no se deriva una voluntad u otra¹⁸. En estos casos, es necesaria una labor de interpretación para asignar al silencio un valor positivo o negativo

¹⁷ Vid. COLLETT, P., *El lenguaje sin palabras. Cómo interpretar los gestos*, Barcelona, Ed. Robinbook, 2008, p. 66.

¹⁸ El silencio comprende el silencio de las palabras y de los hechos, es decir la inacción, *vid.* VIVANTE, C., *Tratado de diritto commerciale IV. Le obbligazioni (Contratti e prescrizione)*, Milano, Ed. Bocca, 1929, p. 31.

y esta tarea se puede realizar a través de dos vías: 1) *por la ley o las fuentes asimiladas a la ley* (en Derecho romano, las leyes y plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados y la jurisprudencia) y siempre por la vía de la presunción *iuris tantum* porque, donde no hay gestos ni actitudes concluyentes, siempre existe el riesgo de equivocarse sobre las verdaderas intenciones del que guarda silencio; 2) *por interpretación jurisdiccional* cuando el ordenamiento opta por dejar la interpretación de la actitud del que calla al arbitrio del juez que deberá analizar los distintos supuestos que se le planteen caso por caso.

En cualquier caso, sea cual sea la vía elegida, el Derecho debe intervenir en aras de la seguridad jurídica y para proteger los intereses en juego de las propias partes, de terceros o para preservar el interés general. Así, por ejemplo, cuando el edicto del pretor, como norma jurídica con fuerza vinculante, establece que, si pasado el plazo, el heredero no ha manifestado su voluntad para aceptar o rechazar la herencia, se entenderá que la rechaza, se están protegiendo, no los intereses del propio heredero o de su causante, sino los intereses de los terceros: de los acreedores del difunto, de los herederos abintestato o de los legatarios que, de otro modo, habrían de esperar *sine die* una declaración de voluntad que podría no llegar nunca con la consiguiente lesión para sus legítimas expectativas y derechos.

IV. INFLUENCIA DEL DERECHO CANÓNICO SOBRE LA DOCTRINA DEL SILENCIO. LA REGLA *QUI TACET, CONSENTIRE VIDETUR*

Antes de entrar en la interpretación doctrinal de las fuentes romanas es necesario que nos detengamos en la concepción del silencio según el Derecho canónico y, ello, porque influyó notablemente en las opiniones de los intérpretes y comentaristas desde la época de los glosadores.

La cuestión fundamental que plantea aquí es si se recogió en las fuentes jurídicas romanas una teoría general aplicable a todos los casos de silencio o, dicho de otro modo, ¿Puede el silencio, por sí sólo, servir como asentimiento, como declaración de voluntad, fuera de los casos expresamente regulados por la ley?

La tesis negativa se apoya en un célebre texto de Paulo, recogido en el título XVII: *De diversis regulis iuris antiqui*, D. 50.17.142: *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare*. (El que calla ciertamente no confiesa, sin embargo, es verdad que no niega). Esto quiere decir que el comportamiento del *tacens* que ante un requerimiento calla, no dice nada, no trasmite *–primae facie–* más que la mera voluntad de callar. Esto nos lleva a considerar al silencio como un hecho incoloro del que no puede surgir declaración alguna de voluntad. De modo que *–para los juristas romanos–* cuando se produce, tendrá un valor neutral y será la ley o el intérprete del derecho quien le conceda un significado u otro.

Para los partidarios de la teoría del silencio, el principio, que aparece ahora formulado como una regla general, fue enunciado, sin embargo, para un caso concreto, el del *confessus in iure*. Efectivamente, el texto de Paulo está extraído del libro 56 de los Comentarios al

Edicto del jurista clásico, donde éste trataba de la *confessio in iure*. El pasaje se relaciona con otro fragmento, del mismo jurista, libro y obra mencionados, D.42.2.1:

*Confessus pro iudicatus est, qui quodammodo sua sententia damnatur*¹⁹

Si ponemos en relación ambos pasajes, lo que indica Paulo es que, cuando una norma jurídica o el juez imponen un deber de hablar, el *non negare* bastará para que la ley atribuya al *tacens* unos determinados efectos jurídicos negativos.

Otro sector doctrinal considera que, a pesar de que el Derecho Romano se caracteriza por ser eminentemente casuístico, eso no quiere decir que no puedan abstraerse unos principios, una teoría general, aplicable a todos los supuestos de silencio. Para estos autores, con ciertos requisitos, el silencio tiene valor de asentimiento. Esta afirmación se basa –entre otros argumentos– en un axioma contrapuesto al anterior, que ha adquirido una gran fuerza social: *quien calla, otorga*, y que deriva de la *regula iuris* canónica: *qui tacet, consentire videtur*²⁰.

El principio vino sancionado por primera vez por el Derecho canónico. El Derecho de la Iglesia le otorgó fuerza normativa al ser recogido en la Regla 43 (*Liber Sextus* 5.12.43²¹) de las Decretales, mandadas publicar por Bonifacio VIII en el año 1298. Obsérvese que, inmediatamente después, en la regla 44, se reproduce casi literalmente el texto de Paulo: *is, qui tacet, non fatetur, sed nec utique negare videtur*.²²

El principio canónico no se encuentra en las fuentes romanas, aunque no han faltado intentos de atribuirle su formulación, relacionando su origen con un texto de Ulpiano, D.19.1.13.11 (*Vlp. l. XXXII ad ed*), relativo a la *relocatio tacita* donde se indica que, si finalizado el plazo del arriendo, las partes guardaron silencio se entenderá renovado el arriendo por un año *hoc enim ipso quod tacuerunt, consentire videtur*²³.

Otros autores han señalado como origen del principio otros pasajes que se refieren a una serie de relaciones jurídico-familiares donde se declara, por vía jurisprudencial y por

¹⁹ *El confeso se tiene por juzgado, el cual en cierto modo es condenado por su propia sentencia.*

²⁰ Sobre esta regla, véase TOMÁS, G., “Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire uidetur*: Realidad jurídica versus difusión social, *RIDA*, 50, 2003, pp. 383 y ss. y la bibliografía citada por esta autora.

²¹ El Papa Bonifacio VIII mandó añadir un nuevo libro a los cinco que componían las Decretales, el *Liber Sextus*, donde mandó recoger Decretales del propio Bonifacio (251) y algunos textos de otros Pontífices anteriores (108). Al final de este libro se incluye un título XII, *De regulis iuris*, en el que, a imitación de lo que ocurría en el D. 50.17 de Justiniano, se incluyeron una serie de principios de aplicación general.

²² *Liber Sextus* 5.12.44.

²³ *Vid.* CUADRADO PÉREZ, C., “El silencio como manifestación de voluntad” en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Eugenio Llamas Pombo (Coord.), v. I, Madrid, La Ley-Actualidad, 2006, p. 365.

influencia romano-cristiana, que el silencio tendrá valor de asentimiento: Los canonistas²⁴ suelen situar el origen de la regla 43 en un texto del *Digesto*, D. 23.1.12.pr. (*Ulp. l. sing. de spons.*) relativo al comportamiento de la hija sometida a la *potestas* del *pater* en relación con los esponsales. En este pasaje se exige el consentimiento del padre y de la hija, si bien, en relación con la hija se indica que basta con que no se oponga, con que no contradiga la voluntad de su padre, para entender que consiente: *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur*.

En este texto se recoge un asentimiento puramente pasivo, negativo, donde basta con el *non contradecire*. Más, en estos supuestos, no hay una auténtica declaración de voluntad, sino una norma jurídica que otorga un determinado significado volitivo o, mejor, una serie de efectos jurídicos a una conducta que por sí misma carece de relevancia. Resulta, por lo tanto, más que evidente que la máxima de Derecho canónico es una generalización absolutamente extraña a la esencia del texto de Ulpiano o de otros pasajes semejantes, sobre los que nos detendremos en el apartado siguiente.

Para otros autores²⁵ los antecedentes de la regla *qui tacet, consentire videtur* se encuentran en la propio Derecho canónico que, en ciertas situaciones, no exigía una voluntad expresa, atribuyendo al silencio valor de asentimiento. Son supuestos concretos que se sitúan fuera del derecho de obligaciones donde el legislador canónico atribuye unos determinados efectos jurídicos al silencio en atención a un interés superior protegido, el interés de la Iglesia²⁶. Se mencionan casos relativos al derecho matrimonial canónico²⁷ y para facilitar la entrada en órdenes religiosas²⁸ o en las deliberaciones electorales canónicas²⁹.

Seguramente, estos supuestos concretos recogidos tanto por la jurisprudencia romana como por el derecho canónico al servicio de unos intereses determinados debieron influir, sin duda, en la generalización de la regla. Para MAGNI³⁰ la regla se encontraba enunciada ya en la escuela preboloñesa y en los juristas preirnerianos. Sin embargo, se considera que el autor del brocardo se considera que fue Dino da Mugello, jurista y profesor de la escuela

²⁴ Los canonistas como AYALA, F.J., “Silencio y manifestación de voluntad en derecho canónico”, *Ius canonicum*, I, 1961, p. 40, n. 9; BETTIETINI, A., “*Il silenzio amministrativo nel diritto canonico*”, Padova, Cedam, 1999, p. 47, n. 9.

²⁵ Vid. MAGNI, C., “Il silenzio nel diritto canonico”, *Rivista di diritto privato*, I, 1934, pp. 50-56.

²⁶ TOMÁS, “Fuentes... cit.”, pp. 387-389.

²⁷ Así, por ejemplo, se estableció la validez de la *desposatio*, una especie de esponsales en los que no era necesario el consentimiento expreso de los contrayentes, bastando con su silencio, Vid. TOMÁS, “Fuentes... cit.”, pp. 388-389.

²⁸ El caso del esclavo que desea recibir la ordenación sacramental. En estos casos, el derecho eclesiástico no exigía la voluntad expresa del dueño del esclavo sino que bastaba con el *non contradecire*, flexibilizándose así las formas de manumisión. Igualmente, para el caso en que una hija quiere hacer profesión de los votos religiosos, donde basta con el silencio de los padres para entender que consienten. Vid. MAGNI, “Il silenzio... cit.”, p. 58 y ss.

²⁹ Vid. MAGNI, “Il silenzio... cit.”, p. 60 y ss.

³⁰ MAGNI, “Il silenzio... cit.”, p. 83, n. 9.

de Bolonia y de Nápoles, a quien el Papa habría invitado a tomar parte en la tarea de elaboración del *Liber Sextus*³¹.

Lo cierto es que, tras la formulación del principio *qui tacet, consentire videtur*, la doctrina científica³² trató de atenuarlo indicando que la regla 43 exigía determinados requisitos de aplicación tales como que el que calla tuviera conocimiento del contenido y de los efectos del acto o negocio jurídico sobre el que guarda silencio, que el que calla hubiera podido impedir el acto y que éste fuese beneficioso para él. Faltando los requisitos señalados, se consideraba de aplicación la regla 44.

Posteriormente, los dos principios, el romano y el canónico encontraron difusión en el Medievo a través de vías diferentes:

- El principio canónico encontró una gran aceptación en la práctica, aplicado por los tribunales canónicos y civiles, y por la doctrina, representada por Bártolo y Baldo, imbuida por la teoría de la buena fe negocial en un periodo en el que los principios jurídicos se mezclaban y confundían con frecuencia con principios morales, normas religiosas y deberes sociales³³.
- Por su parte, el texto de Paulo, encontró continuidad en la propia legislación medieval al ser recogido como derecho aplicable en las *Partidas* VII.23.34: *E aum dixeron que aquel que calla non se entiende que siempre otorga lo quel dizen, maguer non responda: mas esto es verdad que non niega lo que oye.*

Ambos principios pasaron a través del Derecho canónico al Derecho común y al Derecho moderno, invocados –como veremos– por la doctrina de distintas épocas como un argumento más de sus respectivas posiciones.

V. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES ROMANAS

La doctrina se ha planteado dos cuestiones distintas: 1ª.- ¿Puede reconocerse voluntad en el que calla?; 2ª.- ¿Hay algún supuesto en las fuentes romanas, fuera de los casos expresamente recogidos por la ley, en que el silencio deba ser interpretado como asentimiento?

1ª.- En relación con la primera cuestión, Bonfante³⁴ considera que debe distinguirse la manifestación de voluntad, que es lo que la ley exige, de lo que denomina *riconoscibilità del volere*. En su opinión, la voluntad puede ser reconocible incluso a través del silencio

³¹ Vid. SAVIGNY, F. K. VON, *Storia del diritto romano nel Medioevo*, I, tr. E. Bollati, Roma, 1972, pp. 459 y ss.; TOMÁS, “Fuentes... cit.”, pp. 386 y ss.

³² Véase, AYALA, “Silencio... cit.”, pp. 41 y ss.; TOMÁS, “Fuentes... cit.”, p. 398.

³³ BONFANTE, P., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di diritto commerciale*, IV 2, 1906, p. 222.

³⁴ BONFANTE, P., “Il silenzio... cit.”, pp. 225, 228 y 230.

(por el *nec negare*) pero éste no será suficiente para la conclusión del contrato porque la *ricognoscibilità del volere* no basta para tal fin. En su opinión, la voluntad de obligarse no puede presumirse, sin embargo la ley puede conceder al silencio un significado semejante a la aceptación. De este modo, el silencio tiene eficacia no como consentimiento sino como generador de obligaciones con efectos jurídicos. En estos casos no habrá un contrato sino una *obligazione ex lege*.

Otros autores hablan de la existencia de una voluntad incompleta en aquellas figuras anómalas que recogen el asentimiento puramente pasivo, producto de la involución de ciertas situaciones que originariamente exigían un consentimiento pleno. En concreto, se refieren a una serie de relaciones familiares donde se declara por vía jurisprudencial y por influencia del derecho romano-cristiano que el silencio tendrá valor de asentimiento.

Así, por ejemplo, en D. 23.1.7.1. (*Paul. l. XXXV ad ed.*):

In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur; intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus dixit.

Originariamente, el *pater familias* debía prestar su consentimiento expreso al matrimonio de las hijas pero, después, por vía jurisprudencial se limitó al silencio. Así se recoge en el texto de Paulo que menciona la opinión de Juliano: *intelligi ... patrem consentire, nisi evidenter dissentiat*.

Algo semejante ocurre en D.23.1.12.pr. (*Vlp. l. sing. de sponsalib.*) *sed quae patris voluntati non repugnat consentire intellegitur*. En la época más antigua, para vincularse a través de una promesa de esponsales era necesario que el *pater* prestase su consentimiento y no se tenía en cuenta la voluntad de la hija. Posteriormente –tal y como recoge el pasaje de Ulpiano– se requerirá el consentimiento de la hija, considerando que asiente siempre que guarde silencio y no muestre su evidente disenso (*non contradecire*).

En estos supuestos –la doctrina– habla de una forma anómala³⁵ o atenuada³⁶ de prestar el consentimiento. Otros hablan de un asentimiento pasivo manifestado por el silencio porque –según dicen– se ha producido en un contexto que permite entender que quien observó tal conducta debía haber manifestado su rechazo si no quería quedar jurídicamente vinculado³⁷. Más, en mi opinión, tampoco en estos casos se puede hablar de consentimiento (ya sea incompleto o atenuado) porque la mujer que guarda silencio ante el consentimiento

³⁵ BONFANTE, P., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, V 1, 1907, p. 110.

³⁶ DONATUTI, G., “Il silenzio come manifestazione di volontà”, *Studi di Diritto Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1973, p. 240-241.

³⁷ SACCO, R. Y DE NOVA, G. [*Trattato di diritto civile I. Il contratto*, Torino, UTET, 1993, pp. 88 y 89] consideran que esta premisa es contradictoria y tautológica.

del padre para darla en matrimonio, realmente puede no tener voluntad alguna de casarse, puede hacerlo por miedo, dolo o simplemente por respeto, por desconocimiento, etc. y en estos casos no hay asentimiento.

Realmente, lo que aquí se produce es una valoración de la voluntad del sujeto que conlleva una contaminación entre los elementos subjetivos (la voluntad interna, lo que realmente quería, los motivos por los que no se manifestó, etc.) con los elementos objetivos (la propia conducta observada por la hija que guarda silencio). En mi opinión, en estos casos no hay una auténtica declaración de voluntad, sino una norma jurídica que otorga un determinado significado volitivo o, mejor, una serie de efectos jurídicos a una conducta que por sí misma carece de relevancia.

2ª. Para contestar a la segunda cuestión sobre si el silencio puede tener en algún caso valor de asentimiento, hemos de distinguir entre lo que –en terminología moderna– llamamos *silencio simple o absoluto* y el *silencio cualificado o circunstanciado*. El primero se produce cuando el que calla lo hace contra un expreso mandato legislativo o una orden judicial y, en este supuesto no hay un problema de interpretación pues el *tacens* sufrirá, en cada caso, las consecuencias jurídicas establecidas por el ordenamiento. Por tanto, no es que se entienda que el silencio es asentimiento, sino que la ley considera que basta el silencio para vincular unos determinados efectos jurídicos. Piénsese, por ejemplo, en el caso del vendedor que guarda silencio sobre los defectos o vicios ocultos de la cosa en venta, en contra de lo establecido en el edicto de los ediles curules, donde se les imponía el deber de declarar en voz alta y clara los vicios ocultos que presente la cosa. El que contraviene esta *obligación de hablar*, este antiguo *deber de informar* –en terminología actual–, tendrá responsabilidad. Una responsabilidad, que al tener lugar en la fase preparatoria del contrato, se denomina precontractual. En estos casos, el silencio genera obligaciones y produce efectos jurídicos porque el ordenamiento declara de forma expresa que basta el *tacere* para deducir la voluntad del sujeto.

La dificultad se produce en los llamados casos de *silencio cualificado o circunstanciado* donde no existe un deber de hablar establecido por el ordenamiento y, por tanto plantean un verdadero problema de interpretación. La cuestión está en saber si el ordenamiento romano recogió una regla general aplicable a los casos de silencio en los que, con ciertos requisitos, pudiera entenderse que el que calla, asiente.

En estos casos, los partidarios de la teoría del silencio³⁸ –influidos por los iusnaturalistas que, en palabras de Carbonnier³⁹, practicaron una especie de semilogía: *no cabe defraudar la confianza que los demás hombres han puesto en nuestras palabras y actitudes*–

³⁸ RANELLETI, O., “Il silenzio nei negozi giuridici”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 13.1, (1892), 13.1., p. 3 y ss.; PACCHIONI, “Il silenzio ... cit.”, p. 23 y ss.; PEROZZI, S., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, IV.1, 1906, pp. 509 y ss.

³⁹ CARBONNIER, *Derecho Civil*, T. II, vol. 2, *El derecho de las obligaciones y la situación contractual*, trad. J.Mª. Zorrilla Ruiz, Barcelona, Ed. Bosch, 1960, p. 179.

invocan una serie de principios jurídicos tales como la *fides*, la protección de la confianza, la propia responsabilidad del que calla y la protección del tráfico, junto con otras necesidades sociales y deberes morales para considerar que, en determinadas circunstancias, el silencio equivale a asentimiento. La incertidumbre surge cuando han de determinarse esas circunstancias que deben confluír en torno al silencio para que pueda ser considerado como manifestación de voluntad.

Para estos autores⁴⁰ el que calla, pudiendo haber hablado, crea una confianza en el tercero que es necesario proteger y por eso, aseguran que ante la interpelación de otro (una oferta contractual, por ejemplo, el silencio, con ciertos requisitos, equivale a consentimiento. Para ello, exigen que se den los siguientes elementos:

- 1º. Que el *tacens* conozca la propuesta y que afecte a sus propios intereses.
- 2º. Que exista una relación jurídica previa.
- 3º. Que el que guarda silencio tenga facilidad para responder.
- 4º. Y, como medida de la última condición, que un *bonus vir* no permanecería en silencio.

Otros autores⁴¹ opinan que, en general, el silencio de un sujeto ante un requerimiento u oferta contractual tiene valor de asentimiento. Se basa en un hipotético deber general de hablar, de contestar ante la oferta de un tercero⁴², del que no hay indicio en las fuentes y que –según el autor– hallaría su origen en el deber de solidaridad que vincula a todos los hombres a sus semejantes y que hace afirmar a Cicerón el deber de conceder a beneficio del prójimo lo que se puede conceder sin propio daño o molestia (*quae sunt iis utilia qui accipiunt danti non molesta*⁴³). Sin embargo, esta es una obligación social o ética, que como tal, puede ser discutible y cambiante y que tiene poco que ver con el elemento jurídico.

Más no parece fácil fundamentar un deber general de hablar, de responder, a quien realiza una propuesta. En estos casos, se podrá hablar –como indica BONFANTE– de una norma de educación o de cortesía o de un deber moral o ético que no deben confundirse con las normas y los deberes jurídicos de hablar, de contestar. La cuestión ética deberá ser tenida en cuenta por el juez a la hora de ofrecer una solución práctica, pero la cuestión debe ser razonada con elementos jurídicos. Nadie puede venir obligado a realizar una manifestación de voluntad. Decir lo contrario sería una injerencia en la esfera jurídica de las personas que deberían estar contestando continuamente a las distintas ofertas contractuales que reciban. En mi opinión, tiene razón BONFANTE al considerar que cuando estos deberes sociales influyen en el campo del derecho se traducen en efectos o en consecuencias legales imperativas

⁴⁰ Vid. RANELETTI, “Il silenzio... cit.,” p. 25.

⁴¹ PACCHIONI, “Il silenzio... cit.,” pp. 23 ss.; RANELLETTI, “Il silenzio... cit.,” pp. 4 ss.; PEROZZI, “Il silenzio... cit.,” pp. 509 ss.

⁴² RANELLETTI, “Il silenzio... cit.,” pp. 4 ss.; PEROZZI, “Il silenzio... cit.,” pp. 509 ss.

⁴³ Cic., *De off.* I.51-52.

y, fuera de estos casos, deberán ser los tribunales los que doten de contenido a esta actitud, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.

Las fuentes romanas no plantean el problema del silencio como una cuestión de teoría jurídica del que pueda abstraerse un principio de aplicación general sino ante una cuestión de hecho: *facti quaestio est*. De modo que el silencio servirá como declaración de voluntad, positiva o negativa, cuando así lo disponga la ley, la costumbre o una consolidada interpretación jurisprudencial. En otro caso, será el intérprete del derecho, generalmente el juez, el que le otorgará caso por caso un significado afirmativo o negativo.

VI. EL VALOR ACTUAL DEL SILENCIO EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Actualmente, una de las cuestiones que suscitan un mayor interés en relación con el *iter* formativo del contrato es la relativa al valor que puede alcanzar el silencio de quien ha recibido una oferta contractual.

En este sentido, el art. 1262 del Código Civil español exige, para la perfección del contrato, que la voluntad se manifieste por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato. Lo normal es que esta aceptación contractual se produzca a través de una declaración expresa. Sin embargo, en ocasiones, el aceptante exterioriza su voluntad a través de una conducta (*facta concludentia*). En estos casos, la doctrina y la jurisprudencia diferencian –como ya hiciera la jurisprudencia romana– el silencio de la aceptación tácita de voluntad o de la aceptación a través del comienzo de la ejecución del contrato, que son dos formas de aceptación distintas del silencio⁴⁴, pues este último supone tanto el silencio de las palabras como el de los hechos, es decir, la inacción⁴⁵.

La cuestión que se plantea la doctrina civilista en relación con este fenómeno es si resultará suficiente para la perfección del contrato una conducta carente de acción, de movimiento, por parte de la persona a quien va dirigida la propuesta.

El Código civil español no ofrece –como sí lo hace la legislación alemana⁴⁶– una regla general aplicable a los casos de silencio, limitándose a regularlo en hipótesis concretas y

⁴⁴ Véanse las diferencias entre la declaración tácita de voluntad y el silencio en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 29 de enero de 1965.

⁴⁵ Si bien, no faltan autores que incluyen el silencio dentro de las modalidades de declaración tácita de voluntad. *Id.* entre los civilistas: TRAVI, “Silenzio... cit.”, p. 76; CERRILLO, s.v. consentimiento... cit., pp. 83-84. Otros autores como CARBONE [“Il diverso valore... cit.”, p. 1182] hablan de silencio circunstanciado para referirse a lo que parece, más bien, una aceptación tácita o por el inicio de la ejecución del contrato.

⁴⁶ El § 362 del *Handelsgesetzbuch*, primer apartado, que, en general, el empresario que desempeña negocios por cuenta de otros sujetos (mediadores, comisionarios, agentes de comercio, etc.) y recibe una propuesta sobre la realización de tales negocios de alguien con quien se encuentra previamente en relaciones negociales, ha de contestar de manera inmediata, en caso contrario, su silencio será interpretado como aceptación. Igualmente, se prevé otro supuesto de silencio circunstanciado en el segundo párrafo del § 362 *HGB* de la misma norma

determinadas. Ante la imprevisión legislativa, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia opinan que el silencio por sí solo no tiene valor de asentimiento, lo que se recoge en varias sentencias del Tribunal Supremo⁴⁷ (aunque la tesis contraria, fundada en el principio canónico, *qui tacet consentire videtur*; también encuentra eco en la jurisprudencia del alto Tribunal español⁴⁸) y está en sintonía con el artículo 18 de la Convención de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre la venta internacional de mercaderías, en la que se afirma *el silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación*.

Por otra parte, si la máxima canónica fuera regla aplicable, no tendría que afirmarse que la oferta contractual se extingue cuando no haya sido aceptada o haya pasado el plazo de vigencia fijado por el proponente o el necesario según la naturaleza del negocio o los usos⁴⁹. Tampoco sería necesaria la norma del artículo 21 de la Convención de Viena, sobre la aceptación tardía pues, si el silencio tuviera valor de aceptación, al finalizar el término para la contestación de la oferta sin que el destinatario hubiese contestado, habría de considerarse que fue aceptada independientemente de la voluntad de las partes⁵⁰.

En algunos casos, el silencio se considera como aceptación. En concreto, cuando así se establezca por el legislador (arts. 1005 y 1566 CC)⁵¹ o por las partes contratantes en un acuerdo precontractual. En los casos en que sea la ley la que disponga que una determinada conducta, por ejemplo el silencio, valga como asentimiento, algunos autores⁵² afirman que nos hallamos ante una declaración de voluntad presunta⁵³. Para los casos en que sea la voluntad previa de las partes la que establezca el significado del silencio, considero que nos hallamos ante una verdadera y expresa declaración de voluntad⁵⁴.

legal que indica que el silencio del empresario ha de ser valorado como aceptación cuando recibe una propuesta para la realización de los negocios de otra persona a quien él se había ofrecido anteriormente para el ejercicio de dicha actividad”.

⁴⁷ Cfr. STS 5 de octubre de 1957 en la que se advierte “si no puede quererse lo que previamente no se ha conocido, no se quiere todo lo que se conoce, ni puede exigirse que todo lo conocido sea querido e impuesto, salvo cuando lo ordena la ley”; en la STS 18 de junio de 1948; 25 de noviembre de 1950; 9 de abril de 1959; 3 de febrero de 1962; 6 de abril de 1963; 10 de junio de 1963, 27 de enero de 1964 o 19 de diciembre de 1990.

⁴⁸ Véase la STS de 27 de abril de 1945.

⁴⁹ LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil II/1, Derecho de obligaciones*, revisado y puesto al día por F. Rivero Hernández, Madrid, Ed. Dykinson, 2003, pp. 390-391.

⁵⁰ CUADRADO PÉREZ, “El silencio... cit.”, p. 367.

⁵¹ Art. 1005 del Código civil español establece: “*Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada*” y el art. 1566 del CC español indica: “*Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1577y 1581 a menos que haya precedido requerimiento*”.

⁵² ALBALADEJO M., *El negocio jurídico*, Barcelona, Ed. Bosch, 1958, pp. 87 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T I, vol. 2, , 14ª edic., Madrid, Ed. Reus, 1984, p. 753.

⁵³ Se citan como casos de declaración de voluntad presunta, los casos recogidos en los arts. 742, 1188, 1189 y 1191 CC.

⁵⁴ ALBALADEJO, *El negocio... cit.*, p. 87 y ss.; CUADRADO PÉREZ, “El silencio... cit.”, p. 372.

La doctrina civilista se plantea la cuestión de si puede el silencio del destinatario de la oferta valer como aceptación cuando no exista una previsión legal o un acuerdo de las partes al respecto. Para cierto sector doctrinal –representado por Lacruz– el silencio ha de ser considerado como aceptación contractual cuando entre las partes existan determinadas circunstancias subjetivas (pueda hablar) y objetivas (deba hablar). Es lo que se ha denominado *silencio circunstanciado*. Sin embargo, se ha señalado que fundamentar un deber de hablar cuando no se establezca por la ley o por las propias partes en un acuerdo precontractual, no resulta sencillo y es precisamente en este punto donde se producen las mayores discusiones doctrinales.

Gran parte de la doctrina⁵⁵ y la jurisprudencia sigue una doctrina intermedia entre las dos extremas: *el que calla, ni afirma ni niega y el que calla, otorga*, matizando que para que el silencio sirva como aceptación es necesario que exista una relación contractual previa entre las partes, de modo, que en estos casos, el principio de buena fe (art. 1258 CC) impone a quien recibe la oferta el deber de hablar, de responder, aunque sea simplemente para rechazarla. En estos supuestos, si el destinatario de la oferta, no responde, se considerará concluido el contrato. Esta es la doctrina dominante en la jurisprudencia española (SSTS 24 de noviembre de 1943; 24 de enero de 1957, 14 de junio de 1963, 29 de enero de 1965, 19 de diciembre de 1990; 28 de junio de 1993, 17 de noviembre de 1995) donde la valoración del silencio como declaración de voluntad dependerá fundamentalmente de la existencia de relaciones jurídicas previas entre los contratantes, de los usos del tráfico y de los usos individuales entre las partes⁵⁶.

La jurisprudencia italiana⁵⁷ y la doctrina francesa⁵⁸, en una línea semejante, concede al silencio valor de aceptación no sólo cuando así lo determinen la ley, los usos profesionales o las propias partes, sino también cuando la oferta haya sido efectuada en interés exclusivo de su destinatario y cuando las partes se hallan en relaciones de negocios. En este último caso, los tribunales deben valorar si las relaciones comerciales entre los contratantes son suficientemente estrechas para justificar la presunción acerca del valor de la conducta inactiva, debiendo tenerse en cuenta los usos de la profesión y de las partes, así como su conducta anterior en las mismas circunstancias.

En Alemania, a diferencia de lo que ocurre en el Código civil español, se regula expresamente el silencio indicando que éste valdrá como aceptación cuando provenga de un empresario que desempeña negocios por cuenta de otros (comisionados, agentes

⁵⁵ MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1998, p. 154; CUADRADO PÉREZ, “El silencio... cit., p. 373 y ss.

⁵⁶ Díez Pícazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, v.I, 12ª edic., Madrid, Tecnos, 2012, p. 467.

⁵⁷ En Italia, *vid.* Cass. 10 aprile 1975, n. 1326, *Mass. Foro it.*, 1975; Cass. 30 ottobre, 1981, n. 5743, Cass. 14 giugno 1997, n. 5367.

⁵⁸ *Cfr.* MAZEAUD, H., *Leçons de Droit Civil*, t.II, vol. 1º, *Obligations, théorie générale*, 9ª edic., Edit. Montchrestien, París, 1998, pp. 133 y 134.

de comercio, mediadores) que reciba una propuesta de alguien con quien previamente se encontrara en relaciones negociales. En estos casos deberá contestar de manera inmediata, en caso contrario, su silencio será interpretado como aceptación. Igualmente, el silencio del empresario ha de ser valorado como aceptación cuando recibe una propuesta para la realización de los negocios de otra persona a quien él se había ofrecido anteriormente para el ejercicio de dicha actividad. La doctrina alemana ha interpretado extensivamente esta norma, de tal manera que puede afirmarse que generalmente en las relaciones comerciales el silencio vale como aceptación de una oferta cuando el proponente pueda legítimamente confiar en que el destinatario de su declaración responderá en caso de no querer aceptarla. Tal confianza surgirá, en particular cuando existan relaciones negociales previas entre las partes o bien cuando el destinatario de la oferta haya realizado anteriormente una *invitatio ad offerendum*.

Entre la doctrina española también se ha afirmado que para determinar si procede o no aplicar dicha doctrina (el deber de hablar), deberá recurrirse asimismo, a las costumbre y a los usos del concreto sector del tráfico en que se haya producido el silencio así como a los usos particulares en las relaciones entre las partes, como ya afirmara Ulpiano, en D. 21.1.31.20 al decir *quae sunt moris et consuetudinis, in bona fidei iudiciis debent venire* (lo que es de uso y costumbre debe venir comprendido en los juicios de buena fe).

Sin embargo, en Derecho español, si por costumbre se establece que hay un deber de responder estaremos hablando de un caso de *silencio simple o absoluto*, semejante a los casos de asentimiento por disposición de la ley. Y ello, porque en España se admite la costumbre *praeter legem*, como deriva de los párrafos 1º y 3º del art. 1 del C.c.; de modo que lo que establece una costumbre general (a falta de ley aplicable al caso) se equipara a disposición legal. En cuanto a los usos particulares de las partes en sus relaciones jurídicas, constituirán, sin duda, una parte especial de las circunstancias que han de ser valoradas por el juez para determinar, si en un supuesto en concreto, se puede considerar que el destinatario de la oferta tenía obligación de hablar para rechazarla.

En mi opinión, tienen razón los autores⁵⁹ que consideran que una solución generalizadora en este tema es arriesgada porque se trata de vincular contractualmente a una persona que no ha manifestado su voluntad. Si sostuviéramos que quien calla consiente estaríamos obligando a quien recibe la oferta a contestar para no quedar obligado, lo que sería una injerencia intolerable en la esfera jurídica de las personas que produciría una gran inseguridad jurídica máxime en un momento, como es el actual, donde cada vez recibimos más ofertas contractuales que se transmiten con gran rapidez a través de los modernos mecanismos de contratación electrónica. Por ello, considero que, actualmente, como ya ocurriera en derecho romano, no puede hablarse de un deber general de hablar, de modo, que fuera de

⁵⁹ MANRESA Y NAVARRO, J. M^a, "Comentario al art. 1262" en *Comentarios al Código civil español y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. VIII, vol.2, Madrid, EDERSA, 1973, pp. 368-369), DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, "El silencio en la teoría del negocio jurídico (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990), *Actualidad Civil*, 3 (1991), p. 669.

los casos señalados por la ley o por el acuerdo previo de las partes, este deber deberá venir señalado por el juzgador a través de una prudente valoración de las circunstancias del caso que justifiquen su aplicación⁶⁰.

VII. CONCLUSIONES

Primero: En este tema, se debe diferenciar, como ya hizo la jurisprudencia romana, la declaración plena de voluntad, válida y expresamente manifestada (*ore vel re*) de los supuestos de silencio. Este último únicamente se produce cuando el *tacens* observa un comportamiento inerte o inactivo de modo que no puede derivarse de su actitud una voluntad en un sentido u otro.

Segundo: En los casos en que la práctica, mucho más rica y variada, nos presente casos delicados y complejos en los que no sea fácil distinguir, desde un plano teórico, si de un gesto o una actitud (el propio silencio) puede derivarse una declaración de voluntad, deberá ser el intérprete del derecho, generalmente el juez, el que teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y los usos sociales en la propia interpretación del signo (que pueden variar en el tiempo o de una sociedad a otra) le otorgue un significado u otro.

Tercero: En Derecho Romano, el silencio se considera asentimiento en los casos establecidos por el ordenamiento (la ley, la costumbre o una consolidada interpretación jurisprudencial). No hay en las fuentes, nada que justifique un deber general de hablar, de responder, frente a quien realiza una oferta.

Cuarto. La máxima *qui tacet, consentire videtur* fue una generalización posterior, obra de los decretalistas, y no tuvo aplicación como principio general en Derecho romano.

Quinto: En cuanto al texto de Paulo, *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est non negare*, aunque se elaboró en relación con un supuesto muy concreto en el ámbito del proceso, es el que —a mi juicio— mejor recoge la doctrina mantenida por la jurisprudencia romana en relación con el silencio y su interpretación.

Sexto. El Código civil no regula el silencio de manera general. La doctrina y la jurisprudencia española tratan de dar una solución afirmando que, fuera de los casos en los que la ley o las partes (a través de acuerdo precontractual) fijen un significado u otro al silencio, será el juez el que dé una interpretación u otra al silencio teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. Entre otras, las relaciones jurídicas previas entre las partes (que —según otros autores— implica un deber de hablar en aras de la protección de la buena fe), los usos del comercio y los criterios sociales que pueden variar en el tiempo y de un lugar a otro.

⁶⁰ *Vid.* DORAL GARCÍA, J.A., y DEL ARCO, M.A., *El negocio jurídico*, Madrid, Ed. Trivium, 2003, p. 101; CUADRADO PÉREZ, “El silencio... cit.”, 2006, pp. 376 ss.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Barcelona, Ed. Bosch, 1958.
- AYALA, F. J., “Silencio y manifestación de voluntad en derecho canónico”, *Ius Canonicum* I, 1961, pp. 27-84.
- BERGER, A., s.v. *Tacere*, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, American Philological Society, 1953 [Reimpr. 1968].
- BETTIETINI, A., *Il silenzio amministrativo nel diritto canonico*, Padova, CEDAM, 1999.
- BONFANTE, P., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale* IV (1906) 2, pp. 222-230.
- “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, V (1907) 1, p. 105-125.
- Corso di Diritto Romano. Diritto di Famiglia*, Milano, Ed. Giuffrè, 1963.
- CARBONE, V., “Il diverso valore del silenzio tra conclusione del contratto e modifica dello stesso, comentario a Cas. 22 Luglio, 1993, n. 8191” en *Il corriere Giuridico* 10 (1993), pp. 1182-1185.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. I, v. 2, 14ª edic., (Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Madrid, Ed. Reus, 1984.
- CERRILLO, F., s. v. Consentimiento en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. V, F. Seix (editor), Barcelona, La Ley, 1953.
- CLEMENTE DE DIEGO, F., *El silencio en el Derecho. (Discurso leído en la RAJL en la sesión inaugural del curso 1925-1926)*, Madrid, Reus, 1925.
- COLLET, P., *El lenguaje sin palabras. Cómo interpretar los gestos*, Barcelona, Robinbook, 2008.
- CUADRADO PÉREZ, C., “El silencio como manifestación de voluntad”, en *Estudios de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, E. Llamas Pombo (coord.), Madrid, La Ley-Actualidad, 2006, pp. 361-384.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1967.
- DE SAUSSURE, F., *Cours de linguistique générale*, 4ª edic., Paris, Payot, 1949.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., “El silencio en la teoría del negocio jurídico (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990)”, *Actualidad Civil*, 3 (1991), pp. 667-679.
- DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, v.I, 12ª edic., Madrid, Tecnos, 2012.
- DONATUTI, G., “Il silenzio come manifestazione di volontà”, *Studi di diritto romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1976.
- DORAL GARCÍA, J. A. y DEL ARCO M.A., *El negocio jurídico*, Madrid, Trivium, 1982.
- ERNOUT, A. et MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*, 4ª edic., París, Klincksieck, 1967.
- FIERRO BARDAJÍ, A., “La conducta del silencio”, en *El Silencio. Compilación de Carlos Castilla del Pino*, Madrid, Ed. Alianza editorial, 1992.

- GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, II/1, Padova, Ed. Cedam, 1993.
- GÓMEZ CALERO, J., “El valor jurídico del silencio”, *Revista General del Derecho* (junio 1961), pp. 510-520.
- GORETTI, M. S., *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, Giuffrè, 1982.
- “Il problema del silenzio nella esemplificazione ciceroniana del *De officiis*: ipotesi circa la giuridicità come storia e come reale”, *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, Istituto editoriale Cisalpino-La Goliardica, 1982 75-99.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil II/1. Derecho de obligaciones*, revisado y puesto al día por F. Rivero Hernández, Madrid, Dykinson, 2003.
- LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, Ed. Tauchnitz, 1927.
- LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. I, La ley, Madrid, 2006.
- MAGNI, C., “Il silenzio nel diritto canonico”, *Rivista di Diritto privato* I (1934), pp. 50-90.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M^a. “Comentario al artículo 1262” en *Código Civil español*, 8, vol. II, Madrid, Reus, 1950.
- MATEU SERRA, R., *El lugar del silencio en el proceso de la comunicación*, Barcelona, 2001.
- MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- PACCHIONI, G., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale* IV. 2 (1906), pp. 23-30.
- PEROZZI, S., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, IV. 1(1906), pp. 509-524.
- RANELLETTI, O., “Il silenzio nei negozi giuridici”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 13 (1892) 1, pp. 3-54.
- SACCO, R. y DE NOVA, G., *Tratatto di diritto Civile*, I. *Il contratto*, Torino, UTET, 1993.
- SOLIDORO MAROUTTI, L., “La rilevanza giuridica del silenzio in Diritto Romano”, *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze* 3 (2005), pp. 21-57.
- “Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale”, *Teoria e Storia del Diritto Privato* 1 (2008), pp. 1-50.
- TOMÁS, G., “Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire videtur*. Realidad jurídica versus difusión social”, *RIDA*, 50., 2003, pp. 384-399.
- TRAVI, A., “Silenzio e formazione dei contratti” en *Giurisprudenza. Italiana* I.2 (1953) p. 73-175.
- VIVANTE, C., *Trattato de diritto commerciale IV. Le obbligazioni (Contratti e prescrizione)*, 5^a edic., Milano, Bocca, 1929.
- WATSON, A., *Roman Private Law around 200 B. C.*, University Press, Edinburgh. 1971.