

## RETORNO A ROMA EN LA ELABORACIÓN DEL FUTURO CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS

FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN \*

SUMARIO: 1. *Un apunte histórico.*—2. *Cinco presupuestos de partida.*— 3. *Bases romanas del futuro Código Europeo de Contratos.*— 4. *El nuevo Código como expresión de un sistema contractual europeo.*— 5. *La obligatio romana como superación de la confrontación dogmática moderna: A) Concepto metajurídico.*— B) Breve referencia al origen romano de *obligatio*.— C) Dos teorías antagónicas en la dogmática moderna: *Schuld* y *Haftung*. Superación desde la categoría genuina romana.— 6. *Reflexión conclusiva.*

### 1. UN APUNTE HISTÓRICO

Vivimos inmersos en un mundo de cambios trepidantes. Todo el siglo XX, que cierra este milenio y ha dado a luz a una nueva era, ha estado conmocionado por procesos de modificación tanto del comportamiento individual como de las conductas sociales que, indudablemente, han tenido su reflejo en el Derecho.

A este permanente estado de mutación ha sido especialmente sensible el mundo de las relaciones económico-comerciales. Es evidente que las formas de comercio tradicionales, vigentes secularmente en nuestras sociedades occidentales quizá hasta fines del primer tercio

---

\* Catedrático de Derecho Romano de la UNED.

de este siglo, no son hoy más que vestigios simbólicos de un pasado que, aún cercano en el tiempo, está muy lejano de la realidad actual.

Al ser el Derecho un producto histórico que necesita ir a remolque de las siempre nuevas necesidades sociales para lograr aunar su vigencia a su eficacia, han sido muchos los intentos realizados para configurar un nuevo orden jurídico sensible a las nuevas exigencias de las relaciones patrimoniales. Debido a la propia naturaleza de la actividad y el tráfico económico, y al acercamiento de pueblos y mercados a través de la aceleración en los medios de transporte, ha sido cada vez más frecuente que las relaciones comerciales y mercantiles se celebren entre sujetos —personas físicas o jurídicas— de distintos países, sometidos por razón de su nacionalidad a diversos ordenamientos jurídicos. Ello ha generado indudables problemas de competencia jurisdiccional y de aplicación de uno u otro derecho vigente. Para salvar este obstáculo, que ha supuesto un freno al desarrollo del comercio internacional, en ocasiones se ha recurrido a Cortes Arbitrales internacionales con mención expresa del derecho aplicable, en otras, las partes contratantes se han sometido voluntariamente a Laudos Arbitrales de equidad, excluyendo la aplicación de cualquier derecho vigente.

Otra solución a este problema de multivigencia legal, ha sido la tentativa de unificación de los distintos sistemas normativos nacionales. Estos intentos han sido a veces de ámbito universal y otras de ámbito particular agrupando a distintos Estados por razón de unidad de mercado. En uno y otro caso el objetivo a alcanzar fue la simplificación de las relaciones comerciales y el favorecimiento del libre intercambio.

Enmarcados en esta tendencia, especialmente perseguida en el tiempo presente, pueden referirse, entre otros, los intentos de 1935 y 1939 de lograr leyes uniformes en materia de venta internacional que se concretaron en sendos anteproyectos que no tuvieron eficacia real. En un rápido desfilar expositivo, prescindiendo de otros proyectos *non natos*, es de destacar también la Conferencia de la Haya de 1964 que dio a luz dos documentos; uno, sobre venta internacional de bienes inmuebles (ULIS); y otro, sobre la formación de los contratos de compraventa internacional (ULF). A pesar del esfuerzo realizado para su elaboración, el resultado contó solamente con la ratificación de 7 Estados, por lo que apenas tuvo aplicación en la comunidad internacional.

Pocos años más tarde, en 1968, un nuevo intento de unificación cuajó en la creación, en el seno de Naciones Unidas, de una Comisión para el estudio del Derecho que regulase el comercio internacional (UNCITRAL). Otro precedente, en este proceso unificador, ha sido la Convención de Viena, de 1980, sobre Compraventa internacional que consiguió la ratificación de 50 Estados entre los que se cuentan muchos de los más importantes en cuanto a volumen y entidad de operaciones de compraventa por ser los países en donde surgen y desde donde se controlan, muchas de las principales empresas multinacionales. No obstante, la Convención de Viena no ha logrado la eficacia que pretendía en su vigencia y aplicación, debido, quizás, a que su formulación normativa no ha sabido superar las indudables diferencias y contrastes entre los sistemas de derecho civil continental y los sistemas angloamericanos del *common law*.

Un proyecto, que ya ha dado sus frutos, se materializa en los trabajos realizados por la Comisión sobre Derecho contractual europeo presidida por el Prof. Lando de Copenhague. Inició sus estudios en 1982 sobre la base de la Convención de Viena, si bien amplió su campo de análisis logrando formular un sistema completo de principios generales del Derecho de obligaciones europeo.

Mención aparte en esta exposición somera de intentos de unificación del Derecho civil patrimonial, ha sido el Congreso celebrado en Pavía en 1990. En él se debatieron las bases de las que es necesario partir, en el proceso de elaboración de un futuro y deseable Código Europeo de Contratos. Participaron representantes de todos los países de la entonces Comunidad Económica Europea. Se puso de manifiesto, la necesidad de una normativa única para el mercado único europeo y también las dificultades de concretarla en un Código. Dos razones, sin embargo, fueron unánimemente expresadas como circunstancias favorecedoras del éxito en la tarea que se consideraba necesario acometer. En primer lugar, el principio de la autonomía de la voluntad como denominador común vigente en todos los ordenamientos nacionales. En segundo lugar, la raíz e influencia romana y romanística de los principales sistemas de derecho privado europeo.

Se descartó una hipotética unificación encomendada a la labor jurisprudencial y se insistió en la necesidad de elaborar una ley sustantiva. La experiencia vienesa, con las dificultades de lograr una redacción *ex novo*, llevaron a aceptar la propuesta del convocante y anfitrión, Pro-

fesor Gandolfi, y adoptar como base de las discusiones un Código ya vigente, a fin de agilizar la tarea. Se aceptó la iniciativa de que fuese el Libro IV del Código Italiano, como texto intermedio entre el francés y el alemán, la base de la discusión, integrándose orgánicamente en él todas las modificaciones o añadidos que resultasen oportunos.

En este rápido desfilarse cronológico, que hemos narrado a modo de breve apunte histórico, termino con un intento de unificación de contenido doctrinal carente de valor normativo. Debido a que muchas de las tentativas de unificación referidas, que habían asumido la forma de instrumentos vinculantes —tales como convenciones internacionales o proyectos legislativos supranacionales—, en muchos casos quedaron sin aplicación práctica por la escasa ratificación o su no aprobación, el Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) apostó, desde 1971, por un medio no legislativo de armonización del derecho de los contratos. Fruto de este enfoque se publica en Roma, en 1994, «Los principios sobre contratos internacionales». El Instituto, constituyó un grupo de trabajo con representantes de los principales sistemas jurídicos del mundo. Los principios publicados, reflejan conceptos mayoritariamente presentes en los sistemas vigentes. Se trató de establecer un conjunto de reglas comunes, válidas para las distintas tradiciones jurídicas o condiciones socioeconómicas de los países en que pudieran ser aplicados. Al tener el carácter de instrumento no vinculante, no necesitó aprobación de los gobiernos, por lo que su aplicación ha quedado a expensas de su capacidad de persuasión, sometiéndose las partes de común acuerdo o siendo de aplicación subsidiaria de textos internacionales. Asimismo se destacó su carácter de principios informantes, a fin de que pudieran servir de modelo de la legislación nacional e internacional.

Después de esta introducción obligada en cuanto a los precedentes históricos recientes, creo que podemos intentar abordar, a modo de reflexión personal, las bases desde las que debe partirse en la elaboración del futuro Código Europeo de Obligaciones y Contratos.

## 2. CINCO PRESUPUESTOS DE PARTIDA

A mi juicio, el derecho, como el idioma, es un fiel reflejo de la vida y la personalidad de los pueblos. Uno y otro son el cauce por donde discurren las aguas que llevan la corriente y el nervio vital de

cada comunidad. Ambos están, por tanto, incardinados en la experiencia más cotidiana de los hombres y en la realidad de su convivencia. Por eso, uno y otro son tan sensibles a los cambios sociales y deben —salvando los principios o valores metajurídicos, que son su soporte y referente moral— mutarse al compás de los mismos. Ello implica que ni el Derecho ni la lengua soportan construcciones artificiales o postizas, ya que éstas, aún las de mayor perfección técnica doctrinal, devienen en puros experimentos de laboratorio, desvinculados de la vida y por ello sin ninguna aplicación práctica o aceptación social. Así la experiencia del esperanto como un deseable idioma común que salvase las dificultades de comunicación universal se ha demostrado inservible quedando arrinconado como una lengua inútil o un idioma inerte. Sin duda la causa fue su artificiosidad, siendo hoy un puro objeto de curiosidad lingüística especulativa. ¿Cuáles deben ser las bases para que no le ocurra lo mismo a ese futuro Código europeo de contratos?

1. A mi juicio, es necesario, en primer lugar, que su elaboración sea hecha por juristas y no inspirada ni por órganos o representantes legislativos —nacionales o comunitarios— ni tampoco por hombres de negocios. En este sentido debe tratarse de un Derecho de elaboración doctrinal, de un Derecho de juristas.

2. En segundo lugar, debe ser redactado en un lenguaje lo más abierto posible, que evite la utilización de términos y conceptos restringidos a un sistema jurídico determinado, a fin de que pueda ser aplicado por jueces y Tribunales nacionales muy diversos en cuanto a su formación jurídica y preparación forense.

3. Debe evitarse, en tercer lugar, la enunciación de principios en exceso teóricos y de reglas generales. A este fin, su tenor literal debe ser eminentemente práctico y casuístico, resolventor de supuestos de hecho, sin enunciados dogmáticos.

4. En cuarto lugar, debe tener la flexibilidad suficiente para ser susceptible de diversas interpretaciones y acomodarse, en futuras adaptaciones, a las nuevas necesidades que pueden surgir en su aplicación.

5. En quinto lugar, y por último, el nuevo Código deberá intentar superar la dualidad de sistemas jurídicos de *civil law* y *common law*, buscando puntos de equilibrio en un difícil proceso de acercamiento entre los mismos. Esto, es hoy más realizable debido al pro-

yecto británico de redacción de una Ley de Contratos que codifique el Derecho vigente.

A mi juicio, para lograr alcanzar estas características o presupuestos, las luminosas construcciones jurisprudenciales del derecho privado romano y los estudios y construcciones romanistas europeos, desde los maestros glosadores hasta la Escuela histórica alemana, el Pandectismo y el Historicismo deben ser tomados como modelo y punto de partida y de encuentro. Es indudable que si puede hablarse de Bases romanísticas en las Codificaciones Civiles Europeas, también cabe defender la necesidad de unas Bases romanísticas del futuro Código Europeo de Contratos.

### 3. BASES ROMANAS DEL FUTURO CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS

Entiéndese por base aquello que sirve de fundamento o apoyo principal a algo. La base es pues algo sólido, algo sobre lo que se puede construir con seguridad, sobre lo que se puede edificar por constituir un adecuado sostén o cimiento.

La expresión bases romanísticas puede ser tomada en un doble sentido. En primer lugar, como bases extraídas del propio Derecho Romano que se manifestó en los escritos jurisprudenciales de aquellos autores que fueron considerados en la vieja Roma como maestros insuperables en el discernimiento de lo justo. De ahí su nombre de jurisprudentes, pues su ejercicio fue la jurisprudencia como aplicación de la prudencia al campo del derecho.

Pero la expresión bases romanísticas, puede también hacer referencia al proceso de supervivencia del Derecho Romano en la Europa Occidental a través de la recepción y cultivo que del mismo se desarrolló desde fines del siglo XI. De acuerdo con este sentido debemos considerar bases romanísticas el conjunto de escritos doctrinales que sobre la base del *Corpus Iuris Civilis* —fundamentalmente el Digesto justiniano— comenzaron a elaborarse en toda Europa, como consecuencia de las enseñanzas de los maestros boloñeses. Este derecho de elaboración científica se irradió a todos los centros del saber medievales, configurando el *ius commune* por parte de los glosadores y comentaristas que se constituyó pilar fun-

damental de la hoy nonosecular cultura jurídica europea. Estas mismas bases, fueron después los materiales con los que, por una parte, la Escuela Histórica alemana elaboró en el siglo XIX el Derecho de Pandectas y, por otra, los procesos codificadores nacionales redactaron los distintos Cuerpos legales de Derecho privado.

El Derecho Romano contribuyó, pues, a la elaboración de las codificaciones civiles europeas, no sólo a través de su genial creación jurisprudencial propia, sino también a través del proceso de estudio, exégesis y sistematización que constituyó su recepción en la ciencia jurídica europea.

Este influjo fue tan poderoso —y hoy lo sigue siendo a través de la cristalización del Derecho Romano en el texto de los Códigos—, que el Derecho Romano fue el Derecho culto, el Derecho civilizado, frente al derecho de los pueblos bárbaros, siendo la expresión Derecho Romano equivalente a la de Derecho Civil hasta la codificación.

Una última precisión, ahora lingüística, que es además semántica. Cuando se habla de las codificaciones civiles europeas pueden reconocerse las bases romanísticas en los códigos civiles. La preposición «en» sería indicativa del lugar en que se encuentran esas bases romanísticas que se proclaman. También se puede interpretar «en», significando «dentro de». Así quedaría indicado que las bases romanísticas se han fundido en la regulación jurídico-positiva que se contiene en las Codificaciones civiles europeas de tal forma que, a veces, ni siquiera la doctrina civilista es capaz de reconocerlas. En este sentido considera, a veces, como propio lo que ha sido por ella recibido como herencia o precipitado histórico.

Si estas bases romanísticas están «en» los ordenamientos civiles nacionales, deben ser también bases «del» futuro Código Europeo de contratos. Nótese que he cambiado la preposición. Y el cambio no es inane. Expresa una significación distinta. Ya no se trata de reconocer o constatar las bases o fundamentos romanísticos en los Cuerpos legales civilísticos, sino de proclamar que esas bases romanísticas deben pertenecer a la esencia «del» sistema contractual europeo. La preposición «de» denota posesión o pertenencia. Pero además manifiesta el origen de donde son o provienen las cosas. Sirve también para descubrir la materia de que está hecha una cosa.

#### 4. EL NUEVO CÓDIGO COMO EXPRESIÓN DE UN SISTEMA CONTRACTUAL EUROPEO

En este proceso de exposición gradual, postulamos ahora que el nuevo Código europeo de obligaciones debe ser un completo y armonioso sistema contractual. Es, pues, necesario indagar en nuestra reflexión general si es aplicable la expresión sistema contractual al mundo romano o sólo puede afirmarse en la dogmática moderna.

Por sistema debe entenderse, el conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí. Debe ser característica de todo sistema, la unificación de la materia objeto de estudio consiguiendo que las partes del todo guarden un orden de interdependencia o relación recíproca. En sentido ideal, el sistema exige un elenco de conceptos y categorías que se encuentran subordinados a principios comunes que los interrelacionan de tal forma, que ya no pueden comprenderse aisladamente sino por su conexión intelectual.

Debe diferenciarse el sistema del método, en tanto que éste es el medio instrumental encaminado al descubrimiento de la materia objeto de análisis, mientras que el sistema es el resultado obtenido en la materia analizada, como consecuencia de la aplicación a la misma del método empleado.

Sentadas estas premisas, que han pretendido ser propiamente lógicas, puede afirmarse de modo incuestionado la validez de la expresión sistema contractual para referirse al régimen jurídico de los contratos en la dogmática moderna. Ahora bien, si queremos remontarnos al origen y descubrir, por quién y desde cuándo, la dogmática civilista está estructurada en su actual sistema, es indudable que debe reconocerse que han sido sus bases romanísticas las que lo han posibilitado, por cuanto que su genuina estructuración data de los tiempos y la labor desarrollada por los autores de la Escuela Histórica alemana.

Así, el historicismo propio de la Escuela de Savigny estudió desde la lógica, las categorías jurisprudenciales romanas, construyendo con ellas un sistema jurídico dogmático. Negando el aspecto metafísico del Derecho, Savigny y sus discípulos supieron extraer, con precisión, los conceptos y contenidos que se recogían en los textos del *Corpus* justiniano, y una vez obtenidos éstos, a través de una

fase empírica y analítica, configuraron una segunda fase de comunicación intelectual entre las categorías estudiadas, logrando conformar con ellas una conjunción sistemática informada por principios comunes a los conceptos relacionados. En este sentido Windscheid señalaba, que uno de los rasgos de los pandectistas era el cuidado en «formular exactamente los conceptos y mostrar el acuerdo sistemático de los singulares principios del Derecho Romano».

Toda esta tarea de conceptualización de las instituciones jurídicas, se lleva a cabo por parte de los autores de la Escuela Histórica desde un respeto escrupuloso al conocimiento empírico extraído de los textos jurisprudenciales romanos. Es decir, su generalización no es una tarea apriorística que formula conceptos y categorías, principios y reglas, desde la abstracción o la reflexión intelectual. Por el contrario, la generalización dogmática pandectista es fruto de la abstracción casuística, pues es desde el supuesto de hecho que se contempla en los fragmentos jurisprudenciales romanos y en consideración a la concreta respuesta que el jurista formula, en aras de alcanzar la justicia en el caso, desde donde el estudioso alemán extrae el concepto y generaliza la respuesta configurando un principio aplicable a eventuales casos análogos. Como observa un importante civilista español de este siglo, Hernández Gil «no se niegan los conceptos, sino los conceptos *a priori* ... no se niega tampoco la generalización, sino aquella que no tenga por base un conocimiento empírico». En suma, se procede a la generalización no desde la especulación teórica sino desde una base claramente pragmática.

En el sistema alemán de Savigny, que es seguido por la mayor parte de la doctrina civilista actual, el Derecho de Obligaciones —en el que hay que encuadrar el sistema contractual al configurarse el contrato como la principal fuente de obligaciones—, es uno de los cuatro tratados en los que se divide la denominada Parte especial del Derecho Civil: personas, obligaciones, reales, familia y sucesiones. La única cuestión que fue —y aún sigue siendo— objeto de discusión en la estructuración del Derecho Civil, tal y como lo formularon los autores de la Escuela Histórica ha sido el orden expositivo entre el Tratado de obligaciones y el de los derechos reales. Así, mientras en el orden normativo del BGB la materia de obligaciones y contratos precede al régimen jurídico de los derechos reales, han sido muchos los tratadistas que han considerado que debe ir a continuación de aquéllos, por ser el régimen de las relaciones obligatorias mucho más

complejo que el de los derechos reales, siendo además necesario el conocimiento de éstos para la mejor comprensión de aquellas.

Si hasta aquí nos hemos referido, someramente, al sistema contractual moderno, llegados a este punto debemos retomar nuestra interrogante antes formulada y preguntarnos, ¿cabe hablar de un sistema contractual romano? Para contestar con cierta perspectiva a esta cuestión, la pregunta debe ampliar su campo de análisis y responder a una cuestión general —que sin duda condicionará a la cuestión particular—, ¿puede hablarse de «sistema jurídico romano»?

Parece claro que la expresión sistema jurídico no puede trasladarse, *mutatis mutandi*, desde la dogmática moderna con un mismo significado al Derecho Romano. Advierte García Garrido «no puede afirmarse que exista una dogmática jurídica en la jurisprudencia romana, ya que ésta nunca elaboró una ciencia ni una doctrina del derecho que no fuera encaminada directamente a la práctica». Ahora bien, puede defenderse que el Derecho Romano responde también *latu sensu* a la idea de sistema. En este sentido, afirma el mismo autor que, «la sistematización que supone la formación de categorías atendiendo a los elementos comunes era utilizada por los juriconsultos para definir reglas y principios, agrupándolos en categorías precisas y homogéneas».

En este sentido, cuando afirmamos que el Derecho Romano clásico constituye un sistema jurídico, no lo hacemos en el sentido actual de sistema axiomático y deductivo, sino en el sentido de sistema empírico e inductivo y ello porque el Derecho Romano no es un Derecho legislado, sino un derecho de elaboración científica y jurisprudencial.

Hoy los sistemas jurídicos continentales conforman un conjunto de conceptos interrelacionados, en los que los principios comunes enunciados por la ley regulan un régimen o contenido invariable para cada una de las instituciones que lo forman. Por el contrario, en los sistemas empíricos e inductivos, como el sistema romano clásico, el conjunto de instituciones se encuentra regulado por principios que no son firmes, sino que se constituyen como meras proposiciones de carácter probabilístico.

Este sistema jurídico es fruto del método casuístico —ya dijimos antes que el método se conforma como instrumento y el sistema

como resultado— en el que los casos enunciados no son abstractos —es decir de supuestos prefijados o apriorísticos— sino casos típicos, es decir, reales y singulares. Sólo de las decisiones o soluciones particulares que se ofrecen por parte de los juristas para la resolución de los casos típicos, se puede inducir la enunciación de reglas aplicables, en principio, a casos análogos. Ahora bien, estas reglas o principios comunes no son de contenido cierto o invariable, sino que responden solo al modelo de probables, siendo su grado de probabilidad el que las hace más o menos persuasivas.

Sin duda, toda respuesta jurisprudencial ofrece una solución al caso y esta solución será tenida en cuenta —en atención a su *auctoritas* intrínseca—, tanto por el pretor como por el juez en sus respectivas funciones de *iurisdictio* y de *iudicatio* a la hora de tratar el conflicto o controversia. Ahora bien, cuando una respuesta contenga una regla o principio en relación con una institución, esta regla tiene siempre un carácter provisional, en el sentido de que puede ser modificada, en aplicación a un supuesto análogo, en consideración a las circunstancias concretas del nuevo caso o supuesto de hecho al que se pretende aplicar. En este sentido, la variación de un principio en atención a las circunstancias concretas de un caso, está justificada en razón de la singularidad de éste. Este ejercicio del *ius controversum* fue tan frecuente que incluso se puede apreciar en un mismo jurista. Así enunciado un principio, es excepcionado o corregido por él mismo aplicándolo a un caso diverso.

Como observa Letizia Vacca, una formulación textual que expresa con claridad el carácter casuístico del modelo romano, de carácter empírico e inductivo, es la recogida en D.50,17,1. Este pasaje, a su juicio, es un reflejo claro del pensamiento de Labeón. Está tomado del libro XVI de los Comentarios a Plautio de Paulo y se afirma «... *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat...*». La regla, representa la formulación de una síntesis y es extraída de un conjunto de respuestas análogas, si bien la regla no es firme pues admite modificaciones.

De acuerdo con este planteamiento, el sistema jurídico romano responde —en el esquema de Pattaro— a un modelo prudencial, en el que la lógica argumentativa de las respuestas de los prudentes, llega a una solución al caso planteado no desde silogismos deductivos —como en el modelo actual— sino desde silogismos dialécticos. La respuesta del jurisconsulto es, pues, sólo una opinión probable

que gana en índice de probabilidad en proporcionalidad directa con el grado de *auctoritas* que posea el jurista que la formula.

No se elaboró en Derecho Romano una codificación que recogiese el conjunto de reglas inducidas de las respuestas dadas por los juristas en la resolución de los casos sometidos a su actividad dictaminadora. Por el contrario, fue característico del Derecho Romano el *ius controversum* que se manifestó desde los orígenes de la jurisprudencia laica. Así nos lo recuerda Pomponio en D.1,2,2,5 cuando afirma «*His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori*».

Junto a este rasgo casuístico, que caracteriza el sistema jurídico romano, es necesario también hacer referencia a la fuerte inclinación procesal que en todo momento condicionó la labor jurisprudencial. Los juristas construyen los conceptos y las instituciones en su contenido sustantivo, desde el tratamiento procesal que se recoge en el Edicto del pretor. Por ello, suele afirmarse, como lugar común, que el Derecho Romano es un sistema de acciones.

En este sentido, el estudio de las instituciones jurídicas romanas de la etapa clásica, debe hacerse no en un plano estrictamente sustantivo de análisis de sus contenidos, sino en lo que la moderna doctrina denomina aspecto o vertiente adjetiva para referirse a la realidad procesal. Como afirma A. d'Ors, «la facultad de reclamar judicialmente es el momento principal de toda relación jurídica y de ahí que el estudio de las instituciones consista en el de las acciones procesales típicas de cada relación». Es en el proceso, cuando el Derecho se hace presente en la relación jurídica al existir una contienda que es necesario resolver. Por ello, no se pueden estudiar sólo sustantivamente las relaciones jurídicas sino que su análisis debe completarse a través del estudio de sus acciones procesales.

Esta afirmación creo que puede mantenerse en su plenitud para el estudio de los contratos del Derecho Romano clásico. Los contratos son típicos, por la tipicidad de las acciones que protegen el cumplimiento de las obligaciones derivadas de cada una de las relaciones contractuales. Fruto de esta mentalidad esencialmente procesal son las rúbricas de los diversos Títulos de los diferentes libros de Digesto, relativos a las distintos tipos de contratos. Así D.16,3 *Depo-*

*siti vel contra*; D.17,1 *Mandati vel contra* —una y otra rúbrica son una contracción de *actio depositi vel contraria* y *actio mandati vel contraria*—; D.17,2 *Pro socio*; D.19,1 *De actionibus empti et venditi* y D.19,2 *Locati conducti*.

Observa A. d'Ors que la distinta denominación formal de las acciones, obedece a la diversa naturaleza de las relaciones contractuales protegidas por las mismas. En este sentido cuando la relación no es simétrica (mandato, depósito) la acción de una parte es previsible y la de la otra es eventual. En este caso se habla de acción directa para la primera y contraria para la segunda. Así la *actio mandati* o *depositi*, *directa* y *contraria*. Cuando la relación es simétrica (compraventa, arriendo) las dos acciones son previsibles y por ello tienen denominaciones distintas. Así, *actio empti*, *venditi* o *actio locati*, *conducti*. Por último, cuando la relación es tan simétrica que no cabe distinguir causas diferentes (sociedad), la acción presenta el mismo nombre. Así, *actio pro socio*.

Estos rasgos de construcción doctrinal, abierta y flexible, junto con la preocupación procesal considerando el litigio el crisol donde se conforman los conceptos sustantivos, creo que hacen del Derecho Romano, un derecho especialmente idóneo para ser norte y guía en la tarea de elaboración de un Código Europeo de Contratos.

## 5. LA OBLIGATIO ROMANA COMO SUPERACIÓN DE LA CONFRONTACIÓN DOGMÁTICA MODERNA

A fin de que esta afirmación no quede hueca como una valoración subjetiva pronunciada por un romanista, voy a intentar concretar este convencimiento aplicándolo al análisis de un concepto que es nuclear en la configuración de cualquier sistema contractual que se quiera construir. Se trata del concepto de obligación.

Con mi exposición pretendo poner de manifiesto que la dogmática moderna es absolutamente tributaria de la creación jurisprudencial romana y ello por dos razones. En primer lugar, porque el concepto surge en el ámbito de la luminosa experiencia jurídica romano-clásica. En segundo lugar, porque si bien es necesario afirmar que los rasgos y contornos que hoy presenta, han sido fruto laborioso y punto de arribo —todavía inconcluso— de un permanen-

te y complejo proceso plurisecular de evolución histórica del pensamiento jurídico europeo, es también obligado admitir que, en su esencia, este proceso de configuración no ha podido desprenderse — ni tampoco superar— el esquema romano que le dio su primigenia conformación y naturaleza.

#### A. *Concepto metajurídico*

Es necesario comenzar afirmando que el concepto de obligación es un concepto metajurídico. Lo mismo puede afirmarse respecto del concepto de contrato. Estas dos categorías matrices no sólo del derecho de obligaciones o del derecho patrimonial, sino incluso del Derecho en general, no han sido configurados por el propio Derecho, sino que, como casi todos los grandes conceptos jurídicos —así también el concepto de persona—, son categorías que el Derecho incorpora al orden normativo dotándolas de una determinada eficacia jurídica. La incorporación en el caso del concepto de persona se hace desde el orden natural. Todo hombre debe ser considerado persona, *per se* por su propia naturaleza—. Por el contrario, en los conceptos de obligación y contrato la incorporación se hace desde el orden social, por cuanto que una y otra categorías no derivan de la naturaleza misma de las cosas, sino de la conducta humana en relación con otras personas concretada en la convivencia o en el orden social.

En este sentido, la idea de obligación está vinculada al comportamiento humano asumiendo el Derecho la regulación de una parcela o manifestación de esa conducta. Por ello, junto con obligaciones jurídicas, reconocidas por el Derecho y provistas de trascendencia jurídica, existen otras que son las llamadas obligaciones sociales y las obligaciones morales.

#### B. *Breve referencia al origen romano de obligatio*

Pues bien ¿cuál es la construcción que aporta el Derecho Romano del concepto de obligación? Explica A. d'Ors, refiriéndose a los orígenes del concepto de *obligatio*, que cuando Roma hacía un tratado (*foedus*) con otro pueblo vecino, ambos quedaban vinculados por un lazo que se fundamentaba en la *fides*. En esta situación, *fides* es algo más que confianza, ya que suponía una actitud de autolimita-

ción, de *religio*. En el mismo sentido, cuando dos *paterfamilias* realizaban un acuerdo por el que se comprometían a observar una conducta, de ese acto nacía una *obligatio* y su infracción era sancionada por una *actio*. La *obligatio* es por tanto una *religio* —vínculo— protegida por el *ius* a través de una *actio*.

Algunos reconducen el origen de la obligación al cambio operado en la primitiva *sponsio* cuando ésta pasa del campo del Derecho sacro, siendo un juramento religioso, al del *ius civile* generando un vínculo laico sancionado en las XII Tablas con la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

Si nos preguntamos acerca de cuáles son las causas generadoras de ese *vinculum iuris* en la época primitiva, la respuesta se encuentra sintetizada en la tradicional bipartición expuesta siglos más tarde por Gayo, que establece que la *obligatio* o bien nace de un *contractus* —negocio pacífico y de interés para los contratantes— o de un acuerdo pacificador, entre el ofensor y el ofendido, que evita la venganza privada que derivaría de una agresión ilícita (*delictum*).

*Obligatio* deriva de *obligare* y ésta de *ob* —alrededor— y *ligare* —atar, unir—. Su sentido etimológico es pues sujeción, ligadura, vínculo. La expresión se utilizó en los primeros tiempos para referirse a la situación en la que quedaba una cosa dada en garantía. Pero pronto adquirió su significación actual. Así en las fuentes, desde la temprana etapa de la época clásica, la expresión *obligatio* se restringió, utilizándola para hacer referencia a la relación jurídica entre dos personas de las que una de ellas tenía un *creditum* frente a la otra que estaba ligada a ella con un *debitum*. En el derecho clásico, *obligatus* es quien está vinculado a otro por un deber jurídico —*oportere*— reclamable a través de una *actio*.

Esta concepción de la obligación como una relación jurídica, relación crediticia o relación obligatoria, es la que hoy asume la generalidad de la doctrina civilística que prefiere presentar la obligación no sólo en su aspecto pasivo de deuda, sino en concordancia con el aspecto activo de crédito.

Como dijimos, en Roma la idea de *obligatio* se halla estrechamente vinculada a una *actio*. Así, en D.44,7,51 Celso define la acción diciendo, «*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debentur, iudicio perse-*

*quendi*». Por esto, en sentido estricto, sólo son obligaciones, las obligaciones civiles, ya que sólo ellas están protegidas por una acción.

C. *Dos teorías antagónicas en la dogmática moderna:*

Schuld y Haftung. *Superación desde la categoría genuina romana*

En la doctrina civilista moderna existen dos concepciones antagónicas de obligación. Para la postura tradicional toda obligación implica un deber —*Schuld*—. Este factor esencial de la obligación supone una restricción de la libertad del deudor exigiéndole una determinada conducta que el acreedor puede demandarle, por lo que éste ve aumentada su esfera de poder o libertad. Frente a esta posición se erige otra concepción del vínculo obligatorio, que hace recaer el centro de gravedad de la obligación en la idea de responsabilidad —*Haftung*—, en la medida que el deber del deudor, a veces, no puede exigirse materialmente en el caso de su incumplimiento. En este sentido se piensa, que el factor esencial de la obligación es el sometimiento del patrimonio del deudor al poder de agresión del acreedor.

Una y otra concepción pueden no concebirse como antitéticas, sino que cabe encontrar en ellas un nexo que las convierta en complementarias. Quizá para superar esta contradicción, puede servir de luminaria la concepción romana clásica del concepto de *obligatio*.

La más célebre definición de obligación, que ha servido de base a las posteriores construcciones doctrinales a lo largo de las distintas etapas de la ciencia jurídica, está recogida en las fuentes romanas a través de un texto contenido en las Instituciones del Emperador Justiniano.

Inst. 3,13pr.

*Nunc transeamus ad obligationes. obligatio est iuris vinvulum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

Han surgido sobre este pasaje en la doctrina romanística numerosos problemas de interpretación, así como diferentes teorías que tratan de explicar su procedencia. No es aquí la sede ni tampoco es mi propósito abordar esta cuestión exegetica. Basta resumir que algunos han sugerido que se trataría de una definición construida en época postclásica con materiales tomados de Gayo. Sorprende que no se recoja en sus Instituciones. Parece acertado pensar que ni es de Gayo, ni tampoco puede ser

de una época anterior a él, ya que, de conocerla, la mencionaría, de acuerdo con el espíritu escolástico que informa sus *Instituta*.

Es indudable que en este concepto de obligación, está fundamentalmente presente la idea de deber. De acuerdo con esta concepción gayana se edificó la teoría tradicional. La obligación se traduce esencialmente en un deber de prestación que es un comportamiento del deudor —*alicuius solvendae rei*— que puede exigir el acreedor, *secundum nostrae civitatis iura*. El *vinculum* se califica de *iuris* precisamente por su exigibilidad. El *vinculum iuris* se concreta en un *debitum* por el cual el deudor es compelido.

Ahora bien, partiendo de que el deber es fundamental en el concepto de obligación, también la idea de responsabilidad conforma el núcleo esencial de la obligación clásica romana. Así, de acuerdo con la estructura del procedimiento formulario, la acción declarativa, que es la acción por autonomasia y que tiene por objeto la exigibilidad de la prestación del deudor, se transforma por el mecanismo de la *condemnatio pecuniaria*, y fruto de esta transformación, el derecho del acreedor a exigir del deudor el comportamiento acordado queda convertido, en virtud de la sentencia, en un derecho a recibir una indemnización por incumplimiento consistente en una suma de dinero. Aparecen así fundidos armoniosamente, en lógica secuencia procesal, ambas concepciones modernas de la obligación, la primera como deber y la segunda como responsabilidad, como consecuencia de la íntima conexión que existió en el mundo romano clásico entre los conceptos de obligación y acción.

En suma, la *obligatio* es un *vinculum iuris* que ata al deudor con el acreedor y se traduce en un *deber* exigible jurídicamente que se concreta en el cumplimiento de la prestación. Si el deudor cumple a través del pago o exacto cumplimiento de la prestación debida, la obligación habrá consistido, en su surgimiento y su cumplimiento, en un *deber*. Los romanos que expresaron gráficamente esta idea, denominaron al pago *solutio*, que proviene de *solvere* —que significa desatar—. Así el pago o *solutio* era la forma de desunir o desatar el *vinculum* o lazo que la obligación suponía.

Por el contrario, si la obligación no se satisfacía voluntariamente por el deudor, el acreedor, en virtud de la consiguiente reclamación judicial, a través del ejercicio de la respectiva acción y como consecuencia del principio de condena pecuniaria del procedimiento for-

mulario, se veía satisfecho con una ejecución sobre el patrimonio del deudor. Este principio de responsabilidad patrimonial, que hoy se encuentra consagrado en todos los Códigos Civiles, encuentra su origen en la promulgación, en el siglo IV a.C., de la *lex Poetilia Papia* que derogó el principio de responsabilidad personal por deudas.

En suma, la sentencia indemnizatoria, consecuencia y congruente con la *actio* y derivada del incumplimiento del deber en que se concretaba la *obligatio*, expresa la vertiente o el aspecto de la obligación como responsabilidad. Una y otra concepción, no son pues contrapuestas, sino perfectamente complementarias.

Junto al texto de las Instituciones de Justiniano que acabamos de referir, otro texto, en este caso recogido en Digesto, ha sido punto obligado de referencia en las definiciones legales del concepto de obligación. Está tomado del libro II de las Instituciones de Paulo y recogido en D.44,7,3pr.:

*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

El pasaje no es más que una definición descriptiva del concepto de obligación, por referencia a su contenido. Como ha puesto de relieve Talamanca, la definición de Paulo pone el acento en la individualización del deber de cooperación del deudor como rasgo esencial de identificación del vínculo obligatorio. En este sentido, puede decirse que precisa, de forma exhaustiva y concreta, aquel deber inconcreto que expresaba la definición de las *Instituta* de Justiniano cuando decía *alicuius solvendae rei*.

Estas dos definiciones, la de Paulo y la de las *Instituta*, fueron integradas por los intérpretes medievales construyendo una definición más conceptual. Podría formularse así: «La obligación es un vínculo jurídico, por el cual quedamos compelidos a dar, a hacer o prestar alguna cosa». Este enunciado doctrinal fue el nervio sobre el que se construyeron las definiciones legales de obligación.

Es indudable que los pasajes de las Instituciones de Justiniano y de las Instituciones de Paulo, expresan definiciones de obligación. No son fragmentos de carácter casuístico, sino textos en los que la

formulación contenida tiene un cierto alcance general. Esta impresión no sólo se deduce del tenor literal de los pasajes, sino de su misma ubicación en obras de eminente carácter escolástico.

Todos los Códigos Civiles europeos formulan un concepto de obligación que es tributario, no sólo en el fondo sino incluso en su tenor literal, de los dos pasajes que hemos referido. Así, el artículo 1088 del Código Civil español, que inicia el Libro IV, titulado «De las obligaciones y los contratos» afirma que «Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa». El texto del artículo, ciertamente, no define el vínculo obligatorio sino que parte de un concepto técnico y doctrinal que da por supuesto, limitándose a enunciar sus posibles contenidos. Es indudable que destaca la concepción de la obligación identificada como deber. No obstante, no es el simple hecho de dar, hacer o no hacer, lo que caracteriza a la obligación, sino el dar, hacer o no hacer, en cuanto que se configuran como deberes jurídicamente exigibles. Y este deber es exigible, por derivar de una obligación definida por los romanos como un *vinculum iuris*.

En suma, el Código Civil español incorpora a su articulado el texto recogido en las *Instituta de Paulo* y trata de enunciar el triple contenido de la obligación. Con ello no define la obligación, sino que da este concepto por supuesto. Además deja fuera del artículo 1088 el rasgo esencial de la obligación que la convierte en jurídica, que es su exigibilidad. Si así se comporta el legislador español —y lo mismo puede afirmarse de la mayoría de los Códigos civiles europeos— es porque unos y otros descansan sobre un concepto —el romano— que han recibido, y que debido a que está tan profundamente enraizado en el pensamiento jurídico europeo, no es necesario expresarlo o definirlo sino que con solo mencionarlo se da por conocido.

Esta fuerza vinculante de la obligación, que encuentra su origen en la íntima conexión que existió en el mundo romano en la etapa clásica entre obligación y acción, está tan presente en nuestro sentir jurídico que llega a formularse en el artículo 1091 del Código Civil español, con gran fuerza expresiva, al trazar un paralelismo entre las obligaciones contractuales y la ley, al decir que «aquéllas ... tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse». Al leer este precepto fundamental, que consagra legalmente la obligatoriedad de lo acordado en los contratos, no puede por menos que volverse, de nuevo, la vista al Derecho romano. En él se estableció un

concepto general de *lex*, entendiendo por tal, según A. d'Ors, «una declaración de potestad que vincula tanto al que la da, como al que la acepta». En este concepto se distinguía entre *lex publica* que definía Gayo en sus *Instituta*, diciendo «*Lex est quod populus iubet atque constituit*» por surgir de la *rogatio* del magistrado y de la aprobación de los Comicios y *lex privata* que es aquella que declara el que dispone de lo suyo en un negocio privado (*lex rei sua dicta*).

Cuando el artículo 1091 habla de la fuerza de ley para referirse a la obligatoriedad de los pactos acordados por las partes contratantes, nos acordamos de tantos pactos introducidos en las distintas relaciones contractuales romanas que adoptaban diversos nombres que hacían referencia a una determinada *lex privata*. Así —*ad exemplum*— la *lex privata* de la *nuncupatio* en la vieja *mancipatio* para establecer determinadas condiciones de la cosa transferida o la *lex commissoria* en la primitiva prenda, o la *lex venditionis* en que se concretaba el *pactum in diem addictio* o cualquier otro pacto añadido en una compraventa. De esta forma, el contratante deudor quedaba jurídicamente obligado, en el sentido de vinculado, por su declaración de voluntad.

## 6. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Hoy, en el umbral del tercer milenio, inmersos en un proceso, ya en parte recorrido, de unificación económica, social y política de la Unión Europea que está reclamando un nuevo orden jurídico unificador de los distintos sistemas legales estatales, el viejo continente no puede ser insensible a su pasado y a su historia común. Por ello, cuando las directivas comunitarias han consagrado el principio de la libre circulación de personas y mercancías en un nuevo orden socioeconómico que reclama también la unificación del sistema contractual, es necesario descubrir en el mundo romano, un tiempo y una realidad jurídica en el que las personas se movían y contrataban con plena libertad por todo el continente en su condición de ciudadanos romanos.

Y el Derecho Romano que, en célebre y acertada expresión de Goethe, se comporta como el ánade que se oculta por un instante para reaparecer con nuevos bríos, deberá ser, una vez más, el elemento natural aglutinador que supere las posibles diferencias, por ser en Roma donde hunden sus raíces, primeras y últimas, pasadas y presentes, todos los sistemas contractuales de los distintos ordenamientos jurídicos europeos.