"Obligatio" y *"Conventio"*: tradición romanística y recepción

Alejandrino Fernández Barreiro
Universidad de la Coruña

Sumario: 1. Conservadurismo e innovación en el pensamiento jurisprudencial romano. 2. El proceso histórico formativo del concepto patrimonial de obligación y su expansión al conjunto del sistema. 3. Supervivencia residual del primitivo significado de *obligatio* y abandono definitivo del mismo en la tradición jurídica romanística posterior. 4. *Conventio y causae obligationum* en la tradición jurídica republicana, 5. Conservación de los esquemas originarios en la contractualización doctrinal de las fuentes de las obligaciones. 6. Posición nuclear del elemento convencional en el moderno derecho de obligaciones. Conservación de elementos contradictorios.

1. En sus *Principios del Derecho Romano* destacaba Schulz el valor y peso de la tradición en la cultura política romana; la incidencia de ese factor explica la actitud conservadora que aparece con particular evidencia como característica de la vida jurídica y de la actitud intelectual de los juristas. Una de las consecuencias más relevantes de este conservadurismo fue el peculiar desarrollo acumulativo que presenta el proceso formativo del ordenamiento jurídico, con la consiguiente complicación y confusión en su estructura interna, debido a que normas e instituciones de muy distintos períodos históricos acabaron por superponerse y entrecruzarse.

La actitud conservadora se mantiene como una constante en toda la historia del derecho romano. Domina el pensamiento jurídico del período republicano y del Principado e igualmente el del Bajo Imperio, y resulta también predominante en el ambiente justinianeo; el *Corpus Iuris Civilis* constituye, en efec-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

to, un auténtico monumento del conservadurismo jurídico romano.

Entre las causas de naturaleza cultural que determinaron la prevalencia de la mentalidad conservadora en el pensamiento jurídico romano es preciso situar la inexistencia de corrientes de pensamiento que pudieran introducir planteamientos de crítica global sobre la organización de la sociedad y sobre el derecho. Resulta significativa la falta de reflexión de la Jurisprudencia sobre la fundamentación de la normatividad; tal análisis resulta, incluso, excluido apriorísticamente. Cuando Neracio dice (D.1.3.21 que "no se deben indagar las razones del ordenamiento jurídico, porque de otro modo se subvertirían muchas de las cosas que se tienen como ciertas", está formulando claramente una determinada mentalidad, que opera desde el respeto acrítico a una tradición que no cuestiona y en cuyo marco opera; ese mismo pensamiento aparece expresado también por Juliano (D.1.3.20) al reconocer que "no puede darse razón de todo lo que establecieron los antiguos".

Muchos son los ejemplos que podrían aducirse como manifestaciones de esta actitud intelectual de la Jurisprudencia. El propio Schulz plantea algunos de ellos: ¿por qué en la mancipación son necesarios precisamente cinco testigos?; ¿por qué la servidumbre no puede consistir en un hacer?; ¿por qué la permuta no es un contrato consensual?; ¿por qué rige la regla *semel heres semper heres*?. Los juristas no se plantean ninguna de estas cuestiones como problema; operan dentro de la estructura general de un orden jurídico cuya fundamentación no se cuestiona, lo que, sin embargo, no impide su transformación. Sin embargo, lo cierto es que ésta se produce lentamente, y trata de conducirse siempre dentro del marco que ofrece la tradición; los cambios estructurales no se producen por obra de la lógica jurisprudencial, sino merced a hechos normativos externos vinculados a la potestad política, frecuentemente motivada por la influencia de factores externos al sector profesional de los juristas.

La tradición jurídica europea, vinculada a la mentalidad cultural romanística, mantiene, de algún modo, esa herencia, y continúa un proceso creativo caracterizado en su *tempo* histórico por la necesidad de la intermediación de períodos seculares con la necesaria incidencia de factores externos. Desde un punto de vista jurídico–cultural, la formulación del derecho de obligaciones en la legislación y en la doctrina jurídica moderna constituye un todo unitario con los planteamientos originarios de la Jurisprudencia romana, pero ello también es cierto por lo que se refiere a los condicionantes conservadores que actuaron como factor retardatario de un desarrollo que, en determinados momentos, pudo haber tomado un curso histórico distinto.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

Entre las muchas cuestiones que podrían ser objeto de análisis, dos parecen especialmente relevantes; la primera se refiere a los factores que propiciaron la aparición del moderno concepto patrimonial de la relación jurídica obligatoria; la segunda, el lento proceso que condujo a situar la *conventio* en una posición nuclear como causa del vínculo obligatorio, lo que tuvo lugar sin una total ruptura con elemntos derivados de la más antigua tradición jurídica romanística.

2. El concepto de obligación como relación intersubjetiva de contenido patrimonial constituye una de las aportaciones fundamentales realizadas por la cultura jurídica romana al moderno derecho de obligaciones. Tal concepto es el resultado de un proceso histórico que se desarrolla en el ámbito del pensamiento de la Jurisprudencia romana, a partir de una serie de hechos externos que determinan una modificación estructural en el ordenamiento jurídico; la construcción del concepto patrimonial de obligación y la generalización del mismo al conjunto del sistema de obligaciones se opera con una cierta lentitud, sin que lleguen a prescindirse del todo de elementos que siguen recordando tardíamente algunos rasgos del más antiguo *ius civile*.

La protohistoria del término *obligatio* se reconduce a una concepción unitaria del mismo como forma indiferenciada de afectación de una cosa o una persona en función de garantía de una determinada prestación; las aceptaciones primitivas de *solvere* y *liberare* constituyen la contraposición del concepto de *obligatio* en sentido material.

Una serie de figuras del antiguo ordenamiento quiritario implica la idea de sujeción voluntaria de una persona a un comportamiento debido, bien en la modalidad de heterogarantía o en el de autogarantía constituida por el sujeto pasivo de la relación. En todos estos casos, *obligatus* es quien se encuentra en una situación, al menos potencial, de sometimiento a otro, y la palabra *obligatio* designa ese *status* personal. Una identidad funcional con la *obligatio personae* se produce cuando la garantía del *debitum* se establece sobre una cosa; se habla en este caso de *res obligata* y de *obligatio rei* en la *fiducia cum creditore* y en la *datio pignoris*.

La ruptura conceptual del significado unitario de *obligatio* se produce por efecto de un hecho externo, constituido por la abolición del vínculo material de sujeción de la *persona obligata* dispuesto por la *lex Poetelia Papiria de nexis*, que puede también denominarse *de pecuniis creditis*, cuya fecha más probable es la del año 326 a. C. Esta intervención legislativa estaba destinada a tener una gran significación como factor de progreso en la cultura jurídica, puesto que

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

constituyó el punto de partida para la formación del concepto de *obligatio* como *vinculum iuris* por obra de la Jurisprudencia romana, proyectando después su influencia en el pensamiento jurídico moderno y en los derechos codificados.

La relevancia otorgada en la cultura política romana a la *lex Poetelia Papiria* se refleja en las numerosas informaciones y alusiones que de ella ofrecen las fuentes, que dan cuenta también del episodio social que motivó su aprobación. La parte más significativa de la ley es la abolición del *nexum* en relación con la *pecunia credita*, estableciendo la afectación del patrimonio del deudor y no su propia persona en garantía del cumplimiento de la presentación. La transformación que ello implica en la antigua concepcción de la *obligatio personae* constituye el primer presupuesto para la reflexión dogmática tardo–republicana, a la que problamente se remonta la formulación del nuevo concepto de *obligatio*.

De todas maneras, y a pesar de su importancia, la *lex Poetelia Papiria* no fue todavía un hecho suficiente para el nacimiento del concepto patrimonial de la relación obligatoria. Para que en ella pudiera percibirse plenamente que *bona debitoris, non corpus obnoxium esse*, era preciso que desapareciera la ejecución personal por deudas, a la que no pone fin la ley; la *addictio* del deudor insolvente continuó, en efecto, en vigor, aunque parece probable que hubiese experimentado atenuaciones en su aplicación.

La cración pretoria de la ejecución sobre los bienes del deudor, el desarrollo del procedimiento formulario en el que la sentencia tiene carácter pecuniario y la introducción de la *condictio* por la ley Ebucia son hechos que deben situarse en el mismo plano que ocupa la *lex Poetelia Papiria* dentro de los presupuestos de la génesis del concepto patrimonial de obligación. La *obligatio iudicati* expresa en términos procesales esa transformación sustantiva.

La configuración técnica de la *obligatio* en el ámbito de las relaciones negociales constituidas por el conjunto normativo formado por el *ius civile* y el *ius gentium* actuó como un condicionante limitativo en la expansión del concepto para designar las relaciones jurídicas que tenían su fundamento en el *ius honorarium*. Se trataba, sin embargo, de una barrera que presentaba una naturaleza meramente estructural, que no podía mantenerse a medida que en la Jurisprudencia fue prevaleciendo la tendencia a analizar las relaciones jurídicas desde un punto de vista sustantivo; la expresión *honoraria obligatio* pone de relieve, ciertamente, la expresión terminológica operada por la Jurisprudencia, pero también la conservación de la idea de la antigua reserva nominal de *obligationes* a determinadas relaciones jurídicas que tenían su origen en el ámbito

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

del *ius civile*. Sin duda alguna, puede reconocerse en ello la incidencia del subconsciente cultural conservador de la mentalidad jurisprudencial romana.

El factor que acaba de mencionarse operó todavía de modo más determinante en la tardía conceptualización también patrimonial de la *obligatio ex delicto*, y cuando se produce no deja de presentar uncierto carácter de añadido marginal.

En efecto, la primitiva idea de la *vindicta*, proyectable sobre el autor del delito, se mantuvo durante mucho tiempo en la forma de composición legal pecuniaria, lo que hacía imposible que pudiera ser percibida como contenido patrimonial de un derecho de crédito. La *lex Poetelia Papiria* excluía de su ámbito de aplicación a quien *noxam meruisset*, y los caracteres de las acciones penales encuentran explicación fuera del concepto patrimonial de obligación; tan sólo por efecto de la fuerza conservadora de la tradición pudieron mantenerse las antiguas reglas de aquellas acciones.

La consideración de la *obligatio ex delicto* como patrimonial se encuentra muy probablemente relacionada con la extensión a las *actiones ex delicto* de la legalidad procesal aplicable a las relaciones negociales. En ello incide, en primer lugar, el derecho pretorio, al intoducir un propio sistema de accions penales formularias que amplía y en ocasiones sustituye a antiguas acciones civiles; pero, sobre todo, tras la reforma procesal de Augusto y la derogación definitiva del procedimiento de las acciones de la ley, la *obligatio iudicati* y la ejecución patrimonial se convierten en elementos comunes de régimen de las acciones personales, tengan éstas causa en un *negotium* o en un *delictum*.

Resulta, sin embargo, perceptible una cierta resistencia intelectual de la Jurisprudencia a la asimilación de la *obligatio ex delicto*, que aparece como un elemento extraño respecto a las verdaderas obligaciones patrimoniales. No son pocas las vacilaciones que se encuentran entre los juristas, incluso de épocas avanzadas; así, a la cuestión de si la víctima de un delito puede considerarse acreedora de la pena pecuniaria, Ulpiano responde en forma dubitativa (D.50.16.12: *sed et si ex delicto debeatur, mihi videtur posse creditoris loco accipit);* el mismo Ulpiano atestigua (D.46.1.8.1) que era discutido si la *obligactio ex delicto* podía ser garantizada por un fiador.

Estas y otras manifestaciones del pensamiento jurisprudencial se sitúan en relación de continuidad con la antigua tradición republicana, que no consideraba la *obligatio ex delicto* como patrimonial; así Aquillio Gallo no contempla en la estipulación novatoria general (D.45.4.18.1) más que obligaciones civiles *ex negotio*, y tampoco aparece el *delictum* entre las causas de la *obligatio* en las pri-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

meras clasificaciones de las fuentes de las obligaciones que se formulan en ese momento histórico–jurísdico.

La demostración más significativa de la tardía asimilación doctrinal de la *obligatio ex delicto* como patrimonial es proporcionada por las Instituciones de Gayo; en efecto, tras haber establecido (I.3.88) que *omnis enin obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*, expone las correspondeintes al primer *genus*, y a continuación los modos de extinción de las mismas pasando después a tratar de los delitos civiles. La explicación de esta irregularidad expositiva se encuentra en que las *obligationes ex delicto* constituyen un elemento nuevo,añadido al tradicional sistema de fuentes de las obligaciones, que sólo tomaba en consideración las de naturaleza negocial; los bizantinos corregirán posteriormente esta anomalía generalizando los modos de extinción de las obligaciones. El mismo lenguaje de las Instituciones gayanas pone de relieve un cierto tratamiento reticente de los delitos como fuente de obligaciones; en efecto, los términos *obligatio* y *obligari* aparecen tan sólo dos veces en los cuarenta y tres parágrafos dedicados a los delitos.

3. La creación jurisprudencial de concepto patrimonial de la relación obligatoria, con la consiguiente superación de la antigua *obligatio personae*, no llegó a desplazar enteramente la antigua terminología que refería también *obligare* a las cosas ni la noción de *res obligata*. En efecto, un número suficientemente significativo de textos de juristas del Principado, así como fuentes literarias y epigráficas, atestiguan el uso corriente de esas expresiones, que sobreviven todavía en el lenguaje latino tardío, que conserva también algunas equivalentes del latín arcaico.

Esa terminología pone de manifiesto la supervivencia de la antigua concepción de la *obligatio rei*, que se aplica a las diferentes formas de garantías reales, pero que aparece igualmente como *obligatio quadrupedis* en la *actio de pauperie* u como *obligatio servi noxae nomine*, y todavía en situaciones jurídicas identificables en el concepto clásico de *obligatio hereditatis*

Del análisis de las fuentes resulta identificable un *ius obligationis in rem* del que es titular el favorecido por un acto constitutivo de una *obligatio rei*; entre los actos negociales que implican un *dare* o *deducere rem in obligationem* se encuentran la *fiducia cum creditore*, la *datio* y la *conventio pignoris*, la hipoteca tácita, la *subsignatio praediorum* requerida a los beneficiarios de concesiones administrativas, las disposiciones testamentarias constitutivas de garantías reales en materia de obligaciones alimentarias; una *obligatio rei* puede nacer también de un acto ilícito generador de daños, cuando el causante de los mismos

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

es un *servus* o un animal doméstico, supuestos en los que se habla, respectivamente, de *servus noxae nomine obligatus y animal obnoxium*; una *res in causa obligationis* puede también resultar de un acto de la autoridad judicial, como sucede en los supuestos en que se decreta el embargo de bienes.

La coexistencia de dos conceptos distintos y antitéticos de *obligatio* en la época clásica del derecho romano pone de relieve la incidencia de los factores de conservacción y modernización como presentes en la actitud intelectual de los juristas. La fuerza de la tradición opera como factor de resistencia al abandono definitivo de antiguos esquemas culturales, generando una dinámica en la que los nuevos conceptos vienen a superponerse en forma agregada a los anteriores, que sólo muy lentamente resultan definitivamente abandonados. La terminología referente a la *obligatio rei* sobrevive aún en las fuentes jurídicas medievales y en las lenguas romances. Su abandono definitivo se produce por influencia de la ciencia jurídica europea, que opera con el concepto de obligación que encuentra formulado en las Instituciones justinianeas (I.3.13 pr.: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*); este concepto de *obligatio* domina toda la Jurisprudencia europea continental desde los glosadores hasta las codificaciones de la Edad Moderna, convirtiéndose en un patrimonio jurídico común.

4. La fuerza conservadora inmanente al componente cultural de la tradición jurídica resulta especialmente apreciable en el lento proceso que condujo a situar la *conventio* en una posición nuclear en el moderno sistema de fuentes de las obligaciones. Ello pudo ser posible merced a la influencia de factores y corrientes de pensamiento externos a la propia ciencia jurídica, y propició un cambio en la estructura que hasta entonces presentaban una serie de relaciones negociales, pero no llegó a eliminar del todo elementos que aparecen en contradicción con la nueva estructura del sistema de obligaciones.

En el análisis de la temática de las causas del vínculo obligatorio es preciso tener en cuenta que su interés no reside en establecer una clasificación sobre las reconocidas *a priori*; así planteada la cuestión su relevancia es tan sólo didáctica o teórico-descriptiva. El verdadero problema consiste en establecer el catálogo de hechos generadores de obligación y, desde ese punto de vista, los momentos históricamente significativos son aquéllos en que, bien por impulso de la política normativa o merced a la reflexión de la doctrina jurisprudencial se producen modificaciones en el tratamiento del régimen de las relaciones obligatorias en el plano del elemento o factor obligante.

Por lo que se refiere a la consideración de la *conventio* como *causa obli-*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

gandi es constatable que se trata de algo ajeno al antiguo *ius civile*. En efecto, en la historia del derecho romano, la primera *divisio obligatiorum* se forma en torno al régimen procesal de la *legis actio per conditionem*, y ello ocurre por necesidades derivadas de la práctica. Al no figurar en este *modus agendi* ninguna *causa nominata* expresa, se planteaba al juez la necesidad de establecer la existencia de la causa en que podía basarse la pretensión del demandante a un *dare certam rem* como contenido de la *obligatio* del demandado; en torno al análisis procesal de tales *causae obligationum* se perfila la tricotomía negocial *re, verbis, litteris,* que posteriormente será trasladada por la doctrina a otros tantos tipos de *causae obligationum.*

La relación de dependencia entre los medios procesales y la causa del vínculo obligatorio determinó una evolución en la que el reconocimiento de nuevas relaciones obligatorias se produce mediante ampliación de ese esquema, pero sin ruptura formal del mismo. La *obligatio verbis contracta* se amplía a las deudas de *incertum* y al ámbito del *ius gentium*, y el concepto de *re obligari* se extiende ilimitadamente a cualquier situación en que alguien tiene en su poder una cosa sin una *causa* que pueda justificar tal retención. El mismo derecho pretorio continuará ese desarrollo introduciendo acciones *in factum* que operan con aquel presupuesto, aunque superando el significado técnico que el término *datio* tenía en el *ius civile*.

Lo que caracteriza a esta variedad de causas, civiles y pretorias, de relaciones obligatorias es su común fundamentación en una forma, verbal o escrita, o la materialidad de una cosa ajena indebidamente retenida; ninguna consideración tiene, pues, la *conventio* como causa genética de la relación obligatoria; ciertamente, el elemento convencional se encuentra presente en la dinámica de la *obligatio re contracta*, pero a efectos distintos del nacimiento de la obligación, y lo mismo puede ocurrir en la *obligatio litteris* o *verbis contracta* en los casos en que el obligado pretende impugnarla.

La fidelidad a la tradición derivada del antiguo *ius civile* conduce a la Jurisprudencia a una interpretación ampliativa de los supuestos originarios, pero sin quiebra alguna de los mismos. Dentro de esos esquemas de indudable rigidez se da una respuesta al problema de la exigibilidad de intereses en el mutuo, incluso al tipo especial constituido por el *fenus nauticum*; la *condictio* ve ampliado cada vez más su ámbito de aplicación, pero siempre en función recuperatoria, lo que constituye una solución procesal insuficiente para muchas relaciones de base convencional, en las que el convenio, por si mismo, no obliga y, por tanto, no cabe acción por el incumplimiento.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

En realidad, el principio de la libre capacidad para crear un vínculo obligatorio en cualquier relación negocial tenía efectividad en el antiguo *ius civile*, pero a través de la forma estipulatoria, que permitía a las partes una amplia libertad en cuanto a la determinación del objeto. Cuando el desarrollo del comercio planteó el aumento de las relaciones negociales, la respuesta de la Jurisprudencia no fue la introducción del principio convencional en el núcleo del sistema de obligaciones, sino la extensión de la forma estipulatoria al ámbito del *ius gentium*.

Teniendo en cuenta estos supuestos, adquiere una especial relevancia el salto cualitativo que supuso el reconocimiento de eficacia obligatoria a algunas *conventiones* en las que el *consensus* aparece por primera vez como *causa obligandi*. Es significativo, sin embargo, el carácter limitado que presenta el número de los negocios consensuales reconocidos, y también que ello no hubiera supuesto la apertura de una vía para el desarrollo de la configuración de nuevas relaciones negociales con esa naturaleza o la transformación en tal sentido de otras ya existentes. Una fuerte resistencia jurídico–cultural parece haber operado como freno a esa expansión, incluso dentro del marco de la tipicidad negocial, que operaba como barrera para el reconocimiento de eficacia obligatoria a la *conventio* por sí misma.

5. Un momento histórico de singular relevancia para el posterior desarrollo del derecho romano de obligaciones es el que coincide políticamente con el ambiente de reformas innovadoras a comienzos del Principado. En la doctrina jurisprudencial de ese momento se produce un vivo debate científico respecto al tratamiento que habría de darse a una serie de negocios que en la práctica encontraban una amplia difusión y carecían de reconocimiento mediante acciones típicas; en muchas ocasiones, por otro lado, la práctica ofrecía modalidades negociales que presentaban elementos diferenciadores con los negocios reconocidos como típicos. Al no haberse utilizado la forma general estipulatoria ni tener reconocimento procesal el mero convenio como causa del relaciones obligatorias, era preciso acudir a criterios interpretativos de asimilación a negocios típicos, lo que no siempre resultaba posible. Entre las diferentes soluciones propuestas, no deja de llamar la atención que no llegara a formularse el principio de la eficacia general de la *conventio*, cualquiera que fuese su contenido.

En el debate sobre la permuta, la posición sabiniana (D.18.1. pr.) se basa en una interpretación funcional del elemento del precio para asimilarla al régimen de la compraventa, y para superar la solución de la *condictio* recuperatoria prospera finalmente la configuración de ese negocio com típico, sancionado

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

mediante una específica *actio intactum*, que aunque toma en consideración el incumplimiento del convenio, presupone que quien ejercita la acción haya previamente cumplido la prestación. El mismo Labeón se mueve en esa dirección, aunque trata de darl una solución general al problema de las relaciones negociales atípicas de base convencional; en efecto, partiendo del concepto estructural de *contractus*, que Servio Sulpicio (Gellio, *Noct. Att.* 4.4.1–2) había utilizado por primera vez, Labeón construye un esquema negocial lógico que aplica a las relaciones convencionales en las que puede reconocerse una estructura bilateral. Se trata, pues, de un concepto abierto, utilizable (así en D.19.5.19 pr.) para llegar a la conclusión de la exigibilidad del cumplimiento de lo convenido, pero ello sólo cuando la otra parte haya cumplido la prestación acordada.

Aunque el término *contractus* figura en un texto (D.50.16.19) en el que se mencionan los negocios consensuales típicos, lo que Labeón considera es la estructura bilateral de la relación *(ultro citroque obligatio)* y no el *consensus* como elemento esencial del *contractus*, y de ahí que aplique ese término a otras relaciones negociales atípicas, para cuya sanción procesal propone una *actio civilis incerti* con *demostratio*; se trata de una solución procesal de alcance general, que hace innecesario acudir a las acciones *in factum*, pero que funcionalmente viene a coincidir con ellas. Como resultado de todo ello, en las fuentes de esa época comienza a afirmarse un principio general a tenor del cual, si dos personas acuerdan el intercambio de recíprocas prestaciones, desde el momento en que una cumpla surge para la otra la obligación de cumplir. La *conventio* se toma, ciertamente, en consideración, pero no como causa autónoma de la relación obligatoria bilateral. Las relaciones negociales que se configuran como típicas a partir de esta corriente de pensamiento y los propios negocios contractuales innominados adoptarán, por ello, la estructura de los contratos reales y no consensuales. El simple *consensus* continúa siendo eficaz tan sólo para una categoria determinada de contratos, que no experimenta ampliación; en los demás tipos es preciso para el perfeccionamiento del negocio, desde el punto de vista del nacimiento de las obligaciones, o la forma o la previa entrega de una *res*.

Tampoco el desplazamiento pediano (D.2.14.1.3) de la esencia del *contractus* a la *conventio* supuso ninguna transformación sustantiva en el régimen de las *causae obligationum* ni alteración en la naturaleza de las reconocidas como típicas. Ciertamente, la nueva perspectiva doctrinal de Sexto Pedio (*...nullum esse contractum, nullan obligationem. quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est)* determinó una orientación conceptual distinta a la labeonia-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

na en cuanto al empleo del término *constractus*, pero nada alteró la continuidad del tratamiento de las figuras negociales reconocidas como típicas. Ni siquiera se llegó a dar el paso de identificar *contractus* y *conventio*; la causa *obligandi* sigue siendo *re, verbis, litteris, consensu*, en continuidad con la antigua tradición jurpidica republicana.

Tampoco los bizantinos alteran sustancialmente la tradición recibida; es verdad que tienden a invertir los términos, poniendo en primer plano el elemento común de la *conventio*, que puede requerir para el perfeccionamiento del negocio la forma o la dación de una *res*, pero ello no implica alteración en la relevancia de la diferenciación del elemento obligante en las diferentes relaciones contractuales.

En realidad, el conservadurismo de la cultura jurisprudencial alcanza en la doctrina jurídica bizantina su máxima expresión en cuanto al mantenimiento del marco contractual recibido, y de modo especial por lo que se refiere a la incapacidad para formular el concepto de contrato convención basado en el *consensus* como fundamento básico del sistema de fuentes de las obligaciones. El momento legislativo ofrecido por la Compilación justinianea era, desde luego, propicio para introducir cambios estructurales en el ordenamiento jurídico; además, el antiguo negocio estipulario había perdido toda su virtualidad como forma de crear un vínculo obligatorio de cualquier contenido; desaparecida la eficacia de la forma, es evidente que emergía la relevancia de la *conventio* como elemento obligante; sin embargo, en el lenguaje oficial de la Compilación la *stipulatio* continúa siendo presentada como *verborum obligatio*. El conservadurismo de la doctrina bizantina conduce incluso a la configuración en las Instituciones justinianeas de una *litterarum obligatio*, distinta, pero en relación de equivalencia, con la antigua *obligatio litteris contracta* que se suprime en los textos jurisprudenciales recogidos en el Digesto.

6. El principio general que aparece formulado en los derechos modernos codificados, a tenor del cual los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento viene a situar al elemento convencional en una posición nuclear en cuanto elemento obligante. Tal principio es, ciertamente, ajeno al derecho romano de obligaciones y ni siquiera llega a ser formulado en el derecho bizantino, a pesar del desplazamiento que en ese momento se opera hacia la *conventio*. Se trata, pues, de una modificación estructural en el sistema derivado de la tradición romanística, y como cualquier otro cambio de esa naturaleza, no pudo operarse sino merced a la incidencia de factores externos al ordenamiento jurídico recibido.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

En el propio curso de la recepción europea del derecho romano, la doctrina canonística interpretando en sentido positivo las propias fuentes romanas, afirma el deber de fidelidad a la palabra dada y la obligatoriedad de los pactos; en la misma dirección se orienta también el mercantilismo medieval contrario a la tipificación contractual romana y a sus inútiles formulismos, propugnando el principio de la eficacia vinculante del mero consentimiento. El impulso decisivo que determinó la acogida de ese principio en los ordenamientos jurídicos fue la influencia de la corriente de pensamiento de la escuela del derecho natural racionalista, cuyos planteamientos doctrinales pudieron llegar a tener repercusión en la normatividad merced a la coincidencia histórica con el movimiento codificador impulsado por el iusnaturalismo racionalista en alianza con la filosofía política de la Ilustración. La autonomía de la voluntad y la libertad contractual resultaban, además especialmente acordes con las exigencias de un medio social en el que prevalecía la exaltación de la libertad negocial.

La modificación estructural operada con la adopción del principio consensual permitió la modificación del régimen jurídico de algunas relaciones negociales que en la cultura jurídica romana se habían configurado dentro del esquema de los contratos reales, y permitió también trasladar al elemento convencional como *causa obligandi* el tratamiento de las *conventiones*. El cambio operado no llegó a producir, sin embargo, una transformación completa en la estructura interna del conjunto de las figuras y formas negociales heredadas de la tradición romanística.

Una importante excepción al principio de perfección del contrato por el mero consentimiento se encuentra en los denominados contratos formales, que precisan para su plena constitución y eficacia una forma documental; el formalismo que reviste esta modalidad negocial desplaza a un segundo plano al elemento convencional como causa obligante. Una incoherencia de mayores proporciones es la constituida por la admisión de la categoría de los contratos reales, sometida, por ello, en la doctrina moderna a una profunda revisión; en coherencia con el principio de la consensualidad, ha tenido que ser admitida la posibilidad de contratos consensuales de préstamo, en los que el prestamista queda obligado a la entrega y el prestatario legitimado a exigir el cumplimeinto de la prestación.

Estas y otras contradiciones muestran la continuidad de un fenómeno jurídico-cultural especialmente perceptible en el desarrollo del derecho privado, consistente en la lentitud en la admisión de cambios modificativos de la estructura tradicional heredada. En la historia del derecho romano puede apreciarse

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

ese fenómeno en varias ocasiones: la admisión del mero acuerdo de voluntades como elemento obligante en las relaciones negociales, el reconocimento del incumplimiento de un convenio como fundamento de la reclamación procesal, aunque sólo tras el cumplimiento de la prestación por el demandante, la asimilación de la *obligatio ex delicto* a las verdaderas obligaciones patrimoniales. Algo similar ocurre también cuando se formula el principio de que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento ; la sola formulación normativa de ese principio no llegó a tener la fuerza suficiente para producir una transformación completa de la tradición heredada, a pesar de la incidencia de factores externos de naturaleza intelectual y política, que no concurrieron en el momento histórico–político en que se gestó la Compilación justinianea.

BIBLIOGRAFÍA:

DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation ex delicto,* en *Etudes de Droit romain* (1931).

VOCI, *La dottrina romana del contratto* (1946).

FERRANDIS.*Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones (Anuario de Derecho Civil,* 1958, p. 115 ss.).

MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'Edit du prèteur* (1958).GROSSO. *Il sistema romano dei contratti* (1963).

GROSSO, *Il sistema romano dei contratti* (1963)

DE BUEN LOZANO. *La decadencia del contrato* (1963).

CANNATA, *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, en *IURA*, 21 (1970), p. 63 ss..

SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani* (1971).

TALAMANCA, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratto romani*, en *Le droit romani et sa réception en Europe* (1978), p. 195 ss..

BISCARDI, *Génesis y desarrollo del sistema contractual romano,* en *Temas de Derecho romano* (1987), p. 37 ss..

SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano,* en *IURA* 38 (1987), p. 25 ss...

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970

d'ORS, *Una explicación genética del sistema romano de obligaciones*, en *Homenaje a Vallet de Goytisolo,* 1 (1988), p. 541 ss..

SCHULZ, *Principios del Derecho Romano* (tr. cast., 1990).

BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei* (1991).

FERNÁNDEZ BARREIRO, *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en el derecho clásico (Libro Homenaje a J.L, Murga Gener*, 1995), p. 29 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0970