

Dr. Juan Manuel Blanch Nougés

Universidad San Pablo CEU

@ balnou@ceu.es

ID 0000-0002-2147-4884

■ Recibido / Received
10 de abril de 2017

■ Aceptado / Accepted
28 de mayo de 2017

■ Páginas / Pages
De la 21 a la 39

■ ISSN: 1885-365X

En torno al significado originario de los términos “compromiso” y “engagement” en el derecho y su sentido actual

The original meaning of the terms “commitment” (compromissum) and “engagement” in law and their current sense

Se pretende analizar el contexto jurídico originario de los términos compromiso y engagement para aquilatar su correcto sentido. Se advierte en los dos ámbitos más relevantes, arbitrajes compromisarios y esponsales, una vigorosa raíz ética sin la que no encuentra cabal explicación sendas instituciones jurídicas. Se trata supuestos en que lo jurídico sufre una fuerte intersección con respecto a lo moral. Se relaciona con el término engagement del argot jurídico francés con respecto al derecho de obligaciones y contratos. Exportado a la lengua inglesa se advierte el surgimiento de una nueva figura contractual: los contratos relacionales.

PALABRAS CLAVE: compromiso, arbitraje, esponsales, engagement, contrato, contrato relacional, derecho.

The aim of this paper is to analyse the original legal context of the terms ‘commitment’ and ‘engagement’ to determine their correct meaning. In arbitration and promise of marriage a vigorous ethical root can be found, necessary to explain them. Moral grounds come in particularly strongly into the legal sphere in these cases. The term ‘engagement’, belonging to the French legal jargon and regarding the law of obligations and contracts, is here connected. Exported to the English language, a new contractual figure is also subject of discussion: the relational contracts.

KEY WORDS: commitment, arbitration, promise of marriage, engagement, contract, relational contract, law.

1. Introducción

El término en cuestión se ha hecho familiar entre nosotros hasta el punto de que, en ciertos ámbitos, por ejemplo, en el del marketing de las empresas, su uso ha pasado a ser indispensable. No en vano ha significado un cambio de orientación radical por parte de estas en su aspiración al logro de más y mejores ventas de sus respectivos productos. La fidelización del cliente les ha obligado ahora a aquellas a conocerlo mejor, a saber de sus gustos y aficiones, de sus hábitos y costumbres personales. De ahí la importancia que para



ellas tiene el posible acceso a las redes sociales, donde cada uno, ante un público más o menos amplio, da indicios y deja rastros de su forma de ser y de su *modus vivendi*. También de las propias tendencias que muestra, aun inconscientemente, cuando compra a través de internet.

Aunque se suele citar como proveniente del inglés y, por tanto, como anglicismo introducido en nuestro idioma, como así es, en realidad es fruto de una previa importación a la lengua inglesa del verbo francés “engager” que, como veremos, posee en esta lengua una profunda raigambre jurídica. La traducción inmediata que puede hallarse en prácticamente todos los diccionarios extranjeros que vierten el término de otra lengua a la nuestra es la de “compromiso”. El diccionario de la Real Academia recuerda que el origen de esta voz es latino, esto es, proveniente del vocablo *compromissum*. Entre las acepciones que recoge interesa aquí, sobre todo, las de “obligación contraída”, “palabra dada”, “promesa de matrimonio” y, sobre todo, la de “convenio entre litigantes, por el cual someten su litigio a árbitros o amigables componedores”. También tienen relación las de “dificultad, embarazo, empeño” o la de “escritura o instrumento en que las partes otorgan un compromiso”, pero su valor es secundario con respecto a las anteriores en relación con el objetivo propuesto en este trabajo. Por otra parte, ninguna de las acepciones destacadas del término “compromiso” puede cabalmente entenderse sin el derecho romano que da cumplida explicación de todas a través de la voz originaria antes citada (*compromissum*), de cuya densidad de pensamiento jurídico dan aquellas aún hoy testimonio. Otras voces latinas como *fides* (lealtad a la palabra dada), *fides bona* (lealtad recíproca de los contratantes y principio de actuación judicial valorativo de la conducta de aquellos) o *pollicitatio*, esto es, policitación (promesa unilateral), tienen que ver también con el objeto de este trabajo, aunque centraremos nuestro análisis en la voz antedicha.

Se ha afirmado, con razón, que la crisis que ha padecido el mundo en la última década no ha sido, ni mucho menos, de naturaleza meramente económica. La búsqueda del lucro propio sin importar el daño que una egoísta conducta personal pudiera producir a los demás ha escandalizado a todos de tal manera, que ha provocado, incluso, un sentimiento general de indignación y, a su vez, de ansia de un modelo diferente de comportamiento fundado en principios éticos. La voz “compromiso” ocupa en este ámbito una posición central. Agentes públicos y privados dicen ahora adoptar “compromisos” varios: de lucha contra la corrupción, de garantía de la seguridad ciudadana, de prestación de servicios públicos adecuados y fiables, de calidad en los productos ofertados...

La indagación que pretendemos llevar a cabo pretende desvelar el profundo sentido y rico significado del término “compromiso” con el que el anglo-francés “engagement” guarda estrecha relación, sus implicaciones jurídicas impregnadas de fuerte contenido moral. En efecto, se trata de un concepto que pone lindes a un cierto sector del derecho caracterizado por una sorprendente intersección entre lo jurídico y lo moral. Para este cometido es imprescindible acudir al origen: el derecho romano y al ulterior desarrollo histórico de nuestro sistema jurídico (de derecho civil o romano-germánico).

2. Arbitraje compromisario:

De todas las acepciones que recoge el diccionario de la Real Academia de la voz “compromiso” es la relativa al convenio arbitral la que proporciona su matriz terminológica y, por tanto, la

que presta la más segura pista para rastrear la profundidad y riqueza semántica del término, de exquisita base jurídica, pero si cabe aún más de orden moral. El arbitraje como solución de conflictos entre partes en disputa es institución harta conocida en la antigüedad entre griegos y romanos. La figura del árbitro aparece desde muy antiguo en las fuentes asociada a la de juez pero distinta de este por las más amplias facultades discrecionales que al árbitro siempre se le han conferido. Por otro lado, el arbitraje posee una base convencional en la que se inspira a la postre el propio modo romano de resolver controversias, esto es, resultado del acuerdo entre los particulares acerca del modo y manera de dirimir sus litigios. Esta concepción del procedimiento, que llega a comunicarse con el tiempo incluso a la propia idea de jurisdicción, expresa, aparte de un sentimiento civilizado ajeno a la idea de violencia, el deseo de alcanzar la solución que satisfaga realmente a los contendientes, capaz de superar exasperantes formalismos e hipócritas etiquetas. Esto solo puede suceder si la justicia alcanza lo que, en verdad, se persigue.

De entre todas las formas de arbitraje, la que nos interesa aquí es la llamada de “arbitraje compromisario” que es en la que el derecho romano se expresa con mayor originalidad. Una simple lectura de las fuentes jurídicas al respecto permite entrever algo que quizás no se haya destacado debidamente: el profundo sentido ético de esta figura jurídica. Se podría decir, incluso, que antes que pertenecer al mundo del derecho su ámbito es propiamente el de las relaciones interpersonales, impregnadas de sentido cívico y necesitadas del recto obrar de las partes intervinientes: no solo de los contendientes sino también del árbitro.

Pero el ser humano es imperfecto. Hace promesas que a menudo incumple. Busca caminos indebidos para que se le dé la razón. Falta, de modo no infrecuente, a la palabra dada. Su comportamiento se torna, así, inseguro para los demás. Esto es lo que hizo que la figura que aquí analizamos acabara “juridificándose”, aunque nunca del todo. He aquí el propio origen del término compromiso. Para dar fuerza o valor jurídico a las promesas surgidas del mero fuero interno de las partes, los juristas romanos idearon una fórmula indirecta: la de la *mutua promissio*¹ o promesa recíproca de las partes (de ahí, “compromiso” o “promesa conjunta”) que tenía por objeto el pago de una suma de dinero en caso de que no cumplieran o no acataran la sentencia o laudo pronunciado por el árbitro. Por ejemplo, de manera típica, desoyéndolo y acudiendo a la jurisdicción para que un juez dirimiera el asunto previamente encomendado al árbitro. La parte que actuaba así se exponía a que la otra ejercitase contra ella una acción derivada de la promesa, realizada en forma de estipulación (*ex stipulatu*), para la reclamación de la pena convenida entre las partes. Propiamente, lo que se comprometía era esa suma pecuniaria (aunque la Jurisprudencia se encargó de ampliar el objeto comprometido a cualquier cosa, no solo dinero, con valor económico²). Por eso, cuando el Pretor, en segundo lugar, da carta de naturaleza a través de su edicto a los arbitrajes compromisarios, alude sucintamente, pero de modo expresivo, al requisito previo de la “suma pecuniaria comprometida”. El edicto reza así: “Compeleré a emitir sentencia a aquel que haya asumido la función de árbitro habiéndose comprometido una suma pecuniaria” (*‘Qui arbitrium*

1. La expresión es de Dirksen: DIRKSEN, Henricus Eduardus. *Manuale latinitatis fontis iuris civilis romanorum, Thesauri Latinitatis Epitome*. Berlin, 1837, p. 176.

2. V. Ulpiano 13 *ed. D.* 4.8.11.2.



*pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam*³.

El derecho, poco a poco, se fue introduciendo cada vez más en la figura del arbitraje compromisario asimilando el papel del árbitro al de un juez. En el edicto pretorio observamos cómo el magistrado sale al paso de una conducta de los designados como árbitros que debió de empezar a ser frecuente, a saber, hacer caso omiso de su deber de dar sentencia⁴. Pero lo hizo acudiendo a su propio poder magistratual para, literalmente, forzar al árbitro a expresar su resolución (se entiende, bien a través de la amenaza de una multa o del apoderamiento de la cosa en prenda perteneciente al árbitro, aunque este particular no sea aún del todo claro). El contenido de la sentencia no le atañe al Pretor (Paul 13 *ed. D.* 4.8.19 pr.⁵). Tal es la libertad de la que goza el árbitro. Por otra parte, el término *recipere* (más precisamente, *receptum*, su participio sustantivado), utilizado por el Pretor en su edicto, alude, más que a la recepción de algo, a la aceptación y asunción del encargo que, en virtud del compromiso, las partes le ofrecen. Aunque su función u *officium* no sea pública como la judicial, lleva aparejada responsabilidad desde el momento en que la asume. Pero tal asunción es libre por parte del designado como árbitro. No se obliga si no quiere. Ahora bien, si acepta el encargo es con todas las consecuencias. De nuevo se trata de un deber cívico, de orden moral, a cuyo

3. LENEL, Otto. *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. 3rd ed. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1927, pp- 130-131. Sobre el arbitraje v. últimamente: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *La deuda histórica del arbitraje moderno*. Dykinson S. L., 2017. - “Bases romanísticas del arbitraje actual. análisis de las concordancias entre el derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje”. *Revista General de Derecho Romano*, 2016, vol. 27. - “Contribución al estudio del arbitraje de derecho público en la experiencia jurídica romana”. *Revista General de Derecho Romano*, 2013, vol. 21. - “El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos”. *Anuario de Justicia Alternativa*, 2010, vol. 10, pp. 149-180. - “De los “arbitria bonae fidei” Pretorios a los “iudicia bonae fidei” civiles”. En GARÓFALO, Luigi (ed.). *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea* (*Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001*): *Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*. Padua, 2003., p. 31-58.

V. también FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro; GARCÍA CAMIÑAS, Julio. “Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2011, vol. 15, pp. 577-597 (y la bibliografía básica allí citada).

4. A partir de la Edad Media la sentencia pasará a denominarse “laudo”. V. BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel. *Locuciones latinas y razonamiento jurídico. Una revisión a la luz del derecho romano y del derecho actual. Pro iure romano et lingua latina*. Madrid: Dykinson S. L., 2017. p. 359.

5. «Pero dice Labeón que no corresponde al Pretor qué sentencia deba dar el árbitro, con tal de que este pronuncie lo que le parezca. Y por esto, si el compromiso se hizo a favor del árbitro en esta forma, para que pronuncie determinada sentencia, escribe Juliano en el libro cuarto del Digesto que es nulo el arbitraje, y que no ha de ser obligado a pronunciar sentencia». Cfr. con la legislación actual: «Artículo 7. Intervención judicial. En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga» (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).



incumplimiento debió de poner freno magistrado mediante su previsión a través del edicto.

Resulta muy esclarecedor el siguiente pasaje perteneciente al libro decimotercero de los comentarios *ad edictum* de Ulpiano (D. 4.8.3.1):

No obstante que el Pretor no obligue a nadie a aceptar la función arbitral, porque es cosa libre e independiente y puesta fuera de la obligación de su jurisdicción, sin embargo, luego que una vez hubiere alguien aceptado el arbitraje, juzga el Pretor que la cosa corresponde a su cuidado y solicitud, no tanto porque procure que los pleitos se terminen, sino porque no hayan de ser defraudados los que le eligieron, como hombre bueno, por juez árbitro entre ellos. Porque supón que después de examinada ya la causa una y dos veces, después de descubiertas las intimidades de ambas partes, y después de conocidos los secretos del negocio, el árbitro, o cediendo al favor, o corrompido con sordideces⁶, o por otra cualquier causa no quisiera pronunciar sentencia; ¿quién puede negar, que sería muy justo que el Pretor hubiera debido interponerse para que cumpliera el encargo que aceptó?⁷

Es sorprendente que la mayor parte de los textos relativos a la voz *compromissum* y las demás emparentadas (*compromittere*, *compromissarius*,...), aparte de algunas otras menciones dispersas en la compilación justiniana, en algunos textos de Cicerón y en fuentes epigráficas y papiáceas varias, se concentran en su mayor parte en el título octavo del libro cuarto del Digesto de Justiniano (sin que pueda pasarse por alto el muy relevante título 55 del libro segundo del Código Justiniano y la Novela 82, también de este mismo emperador, en su capítulo 11°).

El texto que acabamos de exponer es indicativo de lo que llevamos expuesto a propósito de la voz *compromissum* y del arbitraje compromisario. El magistrado interviene para forzar al árbitro a que dicte sentencia por una cuestión moral, que antecede al derecho y que

6. V. a este respecto C. 2.55.3. Se trata de una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano dada en respuesta a una solicitante, Petronia, en un asunto en el que la otra parte era hija suya; datable en el año 290 d. C. o en el 293: «No someténdote a la sentencia de los árbitros nombrados en el compromiso, si medió venalidad o evidente favor de los que fueron árbitros, podrás usar de la excepción de dolo malo contra tu hija que ejercite la acción de lo estipulado. Pero tampoco se te prohibirá demandar a tu hija en virtud de la cláusula de dolo que suele agregarse a la estipulación del compromiso».

7. «Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum quod studeret lites finire, verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt. Finge enim post causam iam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere: quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se debuisse, ut officium quod in se recepit implet?».

El art. 21.1 de la actual Ley de Arbitraje (en adelante, LA) declara a este respecto: «La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros».





lo determina: por un lado, las partes suministran a un árbitro datos confidenciales, tanto personales como relativos a asunto negocial. Por otro, el árbitro, que debe ser persona recta, obra de manera contraria a lo que se espera de él y, o bien se deja corromper, o bien carece de motivo justificado para actuar de ese modo. El Pretor interviene porque la inmoralidad de la conducta del árbitro produce resultado insatisfactorio desde el punto de vista de la justicia, no porque tenga algún tipo de competencia que le permita interferir en la sentencia que deba dar el árbitro. Al contrario. El árbitro goza de plena libertad para resolver el asunto del modo que le parezca. Un compromiso entre las partes dirigido a obtener del árbitro una sentencia predeterminada hace nulo el arbitraje, como hemos visto más arriba.

En el texto primero del citado título del Digesto de Justiniano, perteneciente al libro segundo de los comentarios al edicto de Paulo, se dice del compromiso que “se configura a semejanza de los juicios y tiene por objeto la resolución de los litigios”⁸. La semejanza con los juicios determina, como ya hemos dicho, una progresiva asimilación de la función arbitral a la de los jueces, culminada en época justiniana. La preocupación jurisprudencial y magistratual por el arbitraje compromisario es un inequívoco indicio, además, del frecuente uso que de él hacían los particulares⁹. La fidelidad que persigue el arbitraje compromisario no es, por tanto, muy diferente de la de los jueces desde el punto de vista de la finalidad perseguida, a saber, la terminación de pleitos. Pero la sentencia del árbitro se concibe como definitiva, por eso no es apelable. Las partes confían en el árbitro para que ponga punto final a sus diferencias, y no para que se dilaten estas en el tiempo de manera indefinida (*ne propagentur arbitria*, ex Paul 13 *ed. D.* 4.8.32.16). Esto es así presuponiendo un obrar recto por parte de todos. En efecto, el *compromissum* y el *receptum* hacen surgir una relación con fuerte sustrato moral, pero con consecuencias jurídicas (es decir, jurídica a la vez), tanto entre las partes que se comprometen como del árbitro en relación con ellas, una vez que este ha aceptado, de modo libre, el encargo y asumido la consecuente responsabilidad. Examinemos este triángulo de relaciones desde la perspectiva, a nuestro juicio poco acostumbrada por la doctrina, de la ética en la conducta de los sujetos agentes, porque sin ella no encuentra completa explicación la figura del compromiso.

2.1 COMPORTAMIENTO DEL ÁRBITRO.

Comencemos, como ya lo hemos hecho, por la figura del árbitro compromisario. Hemos dicho ya que no es ni moral ni jurídicamente aceptable que alguien que ha aceptado el encargo de arbitraje rehúse luego a dar su resolución. Lo fundamental aquí es que las partes han confiado en él y se han comprometido a no recurrir a la jurisdicción. No es relevante ni siquiera la estimación social del árbitro: puede serlo alguien no libre de nacimiento o incluso tachado de infamia (Ulpiano 13 *ed. D.* 4.8.7 pr.). Eso sí, tampoco el árbitro puede declarar

8. D. 4.8.1: «Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet».

9. Los cristianos, por cierto, siguiendo el consejo de San Pablo de no llevar los asuntos a jueces ajenos a la fe cristiana (I *Cor.* 6.1-8), se sirven del arbitraje de los obispos, la célebre *episcopalis audientia*, institución que cobra progresiva fuerza en el derecho romano imperial.

a alguien infame (Ulp. 6 *ed. D.* 3.2.13.5¹⁰). Diferente es, como hemos visto ya en los textos anteriormente citados, que la manifiesta sordidez o inmoralidad del árbitro hagan inviable que dicte sentencia¹¹. Si nos fijamos, esta inmoralidad de la que habla el texto tiene que ver con la conducta del árbitro en el ejercicio de su cargo y no con la imagen desprestigiada que él tuviera antes de ser elegido. Es la rectitud en el obrar como árbitro lo que interesa.

La materia afectada por el asunto a él encomendado no puede ser cualquiera¹². Por eso, como escribe Juliano (Paul. 13 *ed. D.* 4.8.32.6), «si por error se recurrió a un árbitro sobre algún delito que produce infamia o sobre la cosa respecto a la que se ha establecido una acción pública, por ejemplo, sobre adulterios, sicarios y otras similares, el Pretor debe prohibir que se pronuncie sentencia, así como que se dé cumplimiento a la que se ha dictado». Y en el párrafo siguiente se señala esta limitación a propósito de pleitos en torno a la condición de libre o esclavo de un sujeto: «formalizado compromiso sobre cuestión relativa a la libertad, con razón no será compelido el árbitro a pronunciar sentencia, porque el principio de favorecimiento de libertad hace que deba asignársele jueces superiores»¹³. Es decir, el árbitro no es un juez superior (*maior iudex*). Aun así, aunque se trate de pleitos en los que el interés público no se vea gravemente afectado, el campo de actuación de un árbitro es enorme. De ahí que deban asumir responsabilidad. Así, según el jurista Pedio (citado por Ulpiano en el libro 13 *ed. D.* 4.8.13.2), «se entiende que aceptó el arbitraje el que asumió las funciones de juez y promete que con su sentencia habrá de dar fin a las controversias». No es, continúa el jurista, aceptación de arbitraje el hecho de que las partes admitan que se discuta su caso con el asesoramiento o la opinión autorizada de un tercero. El verbo latino *recipere* se utiliza en una acepción técnica que produce una concreta exigencia jurídica respecto al árbitro: la de dictar sentencia que resuelva completamente el asunto, o los asuntos, a él encomendados.

El árbitro compromisario no es un mero mediador entre las partes o un amigo que puede aparecer o desaparecer a discreción. De hecho, la urgencia, relevancia y peso de los asuntos litigiosos que se le planteasen podía producir en su ánimo, después de aceptar el encargo, un imperioso deseo de desistimiento o incluso de huida. Es una reacción humana, pero intolerable. De nuevo interviene el Pretor si el árbitro se ha ocultado para no dar sentencia amenazándolo con multarle si no aparece (Paul. 13 *ed. D.* 4.8.32.12¹⁴). Diferente es que al árbitro, como a las partes, le hayan acontecido cosas que constituyan un obstáculo al perfecto cumplimiento de su función: «Si hubiese sido infamado por los litigantes, o hubiesen surgido enconadas enemistades entre él y los litigantes, o con alguno de los litigantes, o si la edad o una enfermedad que sobrevino después le dispense de su encargo; o la ocupación

10. «El árbitro por compromiso no infama, porque su sentencia no es para todas las cosas».

11. V. nta. 6 y el inicialmente citado D. 4.8.3.1.

12. V. nta. 10.

13. Cfr. art. 2.1 de la moderna LA: «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

14. «Si el árbitro hubiere intentado ocultarse, el Pretor debe buscarlo; y si en largo tiempo no hubiere parecido, se ha de pronunciar multa contra él».



de negocios propios o una marcha urgente o un cargo de la cosa pública»¹⁵. Podía suceder lo contrario también: que un árbitro fuera manifiestamente enemigo de los litigantes y, quizás por eso mismo, se empeñase en dictar sentencia¹⁶. El remedio previsto para estos casos era que el litigante desfavorecido pudiera oponer una defensa procesal, la excepción de dolo malo, a la otra parte demandante¹⁷.

El árbitro también tiene que dar su sentencia en un plazo determinado que sea razonable. Las partes pueden decidirlo en el convenio arbitral con compromiso, pero si, como hemos visto, el árbitro no estaba en condiciones de cumplir su cometido en el tiempo previsto por alguna causa justificada, podía dilatar ese plazo mediante la fijación de una nueva fecha.

Lo que no es admisible es que pretenda salir del paso de cualquier modo, esto es, sin dejar verdaderamente zanjado el asunto encomendado con sentencias del estilo de “devuelve lo que debes” o “que se esté a la división efectuada entre las partes” “recibe en la medida en que has pagado los acreedores” (ex Ulp. 13 *ed. D.* 4.8.21.3), o dejando sin enjuiciar algunos de los asuntos a él encomendados, en caso de que sean varios. O remitiendo la sentencia al arbitrio de un tercero (Ulp. 13 *ed. D.* 4.8.17.3¹⁸).

15. Ulpiano 13 *ed. D.* 4.8.15 a título ejemplificativo. Cfr. art. 19.1 de la LA: «Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. (...)».

16. Cfr. art. 17 de la LA: «11. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.

2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.

En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas».

17. Paul. 13 *ed. D.* 4.8.32.14: «Cuando uno de los árbitros hubiese aparecido siendo manifiestamente enemigo por otras causas, y reconvenido también con las pruebas para que no pronunciase sentencia, hubiese perseverado, no obstante, en pronunciarla sin apremiarle nadie, el emperador Antonino [se refiere a Antonino Caracalla] proveyó al libelo de uno que se querelló de esto, que podía usar de la excepción de dolo malo. Y él mismo, siendo consultado por un juez, ante quien se pedía la pena, respondió por rescripto que, aun cuando no puede apelarse, habrá de obstar en la petición de la pena la excepción de dolo malo. Así pues, por medio de esta excepción hay cierta especie de apelación, como quiera que sea lícito revocar la sentencia del árbitro».

18. «Por lo que pregunta Pomponio 33 *dig.*, en el caso de que el compromiso sea de que sentencie Seyo según el parecer del árbitro Ticio, ¿quién habrá de ser obligado? Creo yo que no vale un tal arbitraje en

El árbitro queda vinculado, a través de su aceptación, por los términos del compromiso arbitral emitido por las partes:

Los que desempeñan la función de árbitro deben saber que todo su desempeño debe partir del propio compromiso; pues no le será lícita cosa diferente de la que allí se expresó que pueda hacer. Por consiguiente, el árbitro no podrá resolver cualquier cosa, ni sobre cualquier cosa, sino sobre lo que será objeto de compromiso y en la medida en que haya compromiso¹⁹.

Un poco más adelante continúa Paulo (§. 21): «El árbitro no puede hacer nada que esté fuera del compromiso, y por eso es necesario que se añada en él lo pertinente a la prórroga del término del compromiso; de otro modo, cabrá desobedecer sin incurrir en la pena <estipulada> al que lo mande²⁰». Por eso, aunque su actuación no se ajuste a la de un juez en términos estrictos debe guardar ciertos principios mínimos procedimentales, como, por ejemplo, dar audiencia las dos partes²¹. De ahí la importancia de la comparecencia de estas, más si cabe que en un juicio ordinario, donde se admite su tramitación aun con la ausencia de alguna de ellas. Pero, juzgando su obrar en el más estricto terreno de la moral, el árbitro muestra indignidad si pretende de las partes que comparezcan en un lugar deshonesto (la Jurisprudencia habla de una taberna o burdel a título de ejemplo ex Ulp. 13 ed. D. 4.8.21.11²²).

el que no puede haber libertad para la sentencia del árbitro».

19. Paul. 13 ed. D. 4.8.32.15. Análogamente, hoy.

20. D. 4.8.32.21.

21. Así hoy también, como expresa el art. 24: «1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales».

22. Atención al sorprendente, e impecable, ejercicio de lógica jurídica en el supuesto que plantea el texto e nsus segunda parte:

«Pero si hubiere mandado que se presentasen en algún lugar deshonesto, por ejemplo, en una taberna o burdel, como dice Viviano, sin duda se le desobedecerá impunemente; cuya opinión aprueba también Celso en el libro segundo de sus digestos. Por lo que analiza él con sutileza si el lugar fuera tal que a él no pudiera ir decorosamente uno de los litigantes pero el otro sí pudiera, y no hubiera ido el que sin desdoro pudiera ir a él, pero hubiera ido el que había ido indecorosamente; ¿se incurrirá quizá en la pena del compromiso, o se considerará el caso como si nada se hubiera hecho? Y con razón opina que no se incurre en pena; es absurdo, en efecto, que el mandato sea válido respecto a la persona del uno y no respecto a la del otro».

En efecto, podría parecer que el que no se presenta, pudiendo hacerlo sin desdoro para él, incurre en desacato, sobre todo porque ha acudido la otra parte que resultaba perjudicada por la comparecencia en un local de mala reputación. Pero eso no tiene sentido jurídico como bien explica Celso (elogiado aquí por Ulpiano por su cabal discreción de juicio).



2.2 COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES

Examinemos ahora el comportamiento de las partes. El compromiso es el convenio arbitral establecido por ellas cuyo contenido les vincula²³, y sin el cual el árbitro tampoco puede ser obligado a pronunciar sentencia (Ulp. 13 *ed. D.* 4.8.11.1²⁴). Por eso, el detalle de sus cláusulas podía alcanzar un alto grado de complejidad y minuciosidad. De ahí que se recurriera frecuentemente a establecer el convenio por escrito, aunque de solo valor probatorio hasta su modificación en época justiniana²⁵. De ahí también la acepción que pervive hoy en nuestro idioma y recoge -como veíamos al inicio- el Diccionario de la Real Academia. Igualmente hemos dicho que el compromiso no era válido sin el recíproco juego de estipulaciones entre las partes referido a una suma de dinero (ampliable a otras cosas) que debería pagar aquella que incumpliese el compromiso asumido, por ejemplo, no acatando la sentencia del árbitro. Esta es una de las acepciones de la expresión “compromiso pleno”, es decir, válido, que la Jurisprudencia emplea a propósito de la exigencia de este requisito: el de la “cantidad de dinero comprometida” entre las partes²⁶. El compromiso no tiene por sí mismo valor de cosa juzgada, ni tiene fuerza ejecutiva²⁷. Esto último solo ocurrirá gracias a la reforma que opera Justiniano respecto de esta figura y que hace del compromiso arbitral una institución autónoma de las estipulaciones de las partes²⁸.

Las partes deben guardar respeto al árbitro. Hemos visto ya que una conducta difamatoria de las partes es causa justificada para que aquel se excuse de dar su sentencia. O también de menosprecio hacia su autoridad yendo a juicio o dirigiéndose a otro árbitro y, después de este desacato, pretendiendo volver a él (Ulp. 13 *ed. D.* 4.8.9.5 – Paul. 13 *ed. h. t.* 10 – Ulp. 13 *ed. h. t.* 11 pr.²⁹).

23. Cfr. art. 11.1 de la LA: «El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

24. «No tiene obligación de dar sentencia el árbitro si no media compromiso».

25. Es preceptivo hoy. Así, según el art. 9.3 «El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo».

26. Ulp. 13 *ed. D.* 4.8.11.2. “Pleno” también se refiere a que tiene por objeto todas las controversias entre las partes sobre las que el árbitro asume su deber de resolverlas (Ulp. 13 *ed. D.* 4.8.21.5).

27. V., por ejemplo, PS. (*Pauli Sententiae*) 5.5a.1: lit. «...Pero el juez elegido por compromiso no hace la cosa juzgada:...» (*Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit*), o sea, la sentencia de un juez compromisario carece de valor de cosa juzgada.

28. C. 2.55.4 y 5.

29. D. 4.8.9.5: *Idem et si sprete auctoritate eius ad iudicium*. D. 4.8.10: «*Vel alium arbitrum*». D. 4.8.11pr.: «*Litigatores ierint, mox ad eundem arbitrum redierint, praetorem non debere eum cogere inter eos disceptare, qui ei contumeliam hanc fecerunt, ut eum spernerent et ad alium irent*».



Decíamos antes, además, que la sentencia del árbitro no era apelable. Muy gráficamente Ulpiano en su libro 13° *ad edictum* D. 4.8.27.2 declara: «Pero debe estarse a la sentencia que el árbitro hubiera pronunciado sobre la cuestión, ya sea justa, ya injusta; y acháqueselo a sí mismo el que se comprometió. Porque también se añade en un rescripto del Divino Pío: "y debe soportar con igual ánimo la sentencia menos aceptable"» (aseveración esta que debería resonar en nuestros días de cuando en cuando y sernos más familiar). No obstante, el árbitro no tenía por qué conocer el derecho. Los resultados injustos derivados de su ignorancia son objeto de amarga crítica por parte de Justiniano, como veremos. De ahí, su interés por asimilar la función de un árbitro a la de un juez.

Por otro lado, hemos citado también antes el deber de comparecer que tienen las partes ante el árbitro³⁰. Y también hemos aludido a comportamientos dolosos dirigidos a corromper al árbitro. Por esta razón, el compromiso de las partes debe traducirse también en un comportamiento leal entre ellas. Quizás sea esta la razón por la que al compromiso se le añadía comúnmente esta cláusula, a saber, «que si en aquel negocio se hubiese hecho algo con dolo», para poder demandar al que actuó dolosamente (Ulpiano 13 *ed.* D. 4.8.31). Entre esos comportamientos se citan en este texto los siguientes: «Si alguno o con dinero o con halagos corrompió al árbitro, o al abogado de la parte contraria, o a alguno de estos a quienes había encomendado su causa..., o si con astucia engañó a su adversario». En realidad, no hacía falta la cláusula porque podía aplicarse en estos casos la acción de dolo o la excepción de dolo³¹, pero es verdad que al incluirla en el compromiso la cláusula de dolo la Jurisprudencia decía de él que se hacía pleno, esto es, perfecto³² (*hoc autem compromissum plenum est, quod et doli clausulae habet mentionem*).

En fin, resulta curioso el propio emperador Justiniano, en la constitución del año 529 (C. 2.55.4), justo al comienzo, diera fuerza a la elección de los árbitros por parte de los particulares a través del simple juramento, pero, al darse cuenta con la práctica un tiempo después de que esta vía no era la que ofrecía más garantías de la satisfacción de los justiciables sino

30. V. a este respecto el art. 31 de la LA: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros:

- a) El demandante no presente su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.
- b) El demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.
- c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan».

31. V. Ulp. 76 *ed.* D. 44.4.4.2: «Si nos hubiéramos comprometido respecto de un árbitro, y después, no habiendo yo comparecido por causa de enfermedad, se incurrió en la pena, ¿podré utilizar la excepción de dolo? Y dice Pomponio, que me aprovecha la excepción de dolo». Aquí la situación es de falta de asistencia de una de las partes (pero por causa de una enfermedad sufrida) y la pretensión de la otra parte, contraria a la lealtad debida, de reclamar a esta la pena por haber incumplido el compromiso.

32. Con el significado aquí de "completo", "acabado", es decir, omnicomprensivo de todo lo que debe preverse en él.





todo lo contrario, «a fin de que por ello no incurran los hombres en perjurio involuntario, compelidos a ser perjuros por causa de la ignorancia de los jueces,... los que eligen juez con jueces los elijan bajo la pena que entre sí condenan las partes, y tengan la necesidad o de contentarse con el fallo, o de pagar una multa, si uno u otro quisiere retractarse,...». Estas son palabras de su Novela 82 capítulo 11. No se trataba solo de que los jueces elegidos fuesen ignorantes (que lo eran en muchos casos: «jueces absolutamente ignorantes de las leyes y sin experiencia») sino, como dice de ellos: «siendo hombres que ni saben lo que es justo, ni la observancia de ello». Y, así, cuando las partes se daban cuenta de las perniciosas consecuencias de su proceder bajo juramento, pretendían un nuevo planteamiento del caso, pero al hacerlo cometían irremediablemente perjurio. Eso es justamente lo que pretendió evitar Justiniano.

Consideraciones morales y religiosas cobran fuerza en su argumentación. También de técnica jurídica: no se debe dejar un asunto litigioso en manos de ignorantes e inexpertos. La recuperación de la pena objeto de las estipulaciones compromisarias, no obstante, no se hizo con una vuelta sin más al derecho clásico. En efecto, ahora, como veíamos arriba, la parte que desea retractarse de su compromiso puede optar por pagar la suma a modo de multa (*mulcta*) para poner su asunto en manos de la jurisdicción³³.

3. Esponsales

¿Cómo pasó esta idea del compromiso en materia de arbitraje al ámbito matrimonial? A nuestro juicio, a través de los actos de promesa de matrimonio o esponsales (*sponsalia*). Dice Ulpiano (*spons.* sing. D 23.1.2) que el término esponsales procede de '*spondere*' (*a spondendo*, esto es, de prometer) «porque fue costumbre de los antiguos estipular y prometer para sí sus futuras mujeres». La más conocida definición de los esponsales se contiene al comienzo del título primero, que lleva ese nombre, del libro 33º del Digesto, y se debe al jurista Florentino: «Los esponsales son mención y promesa de futuras nupcias». Por su parte, el escritor imperial Aulo Gelio (*Noc. Att.* 4.4) describe esta costumbre antigua como vigente en el Lacio, y acude en su relato al jurista Servio Sulpicio, uno de los grandes jurisconsultos de la época republicana, concretamente a una cita extraída de una obra suya sobre las dotes (*De dotibus*). En ella, el célebre jurista plasma con detalle el juego recíproco de promesas entre los que, a partir de entonces, se denominan “esposos”: quien deseaba tomar mujer, estipulaba de aquel de quien debía recibirla que se la daría en matrimonio. Y viceversa. Añade el jurista republicano que este “contrato de estipulaciones y promesas” (*contractus stipulationum sponsionumque*) se denominaba “esponsales” (*sponsalia*)³⁴. Y de ahí, la voz de

33. Por eso, la expresión '*eludere compromissum*' (que da nuestro “eludir un compromiso”), que se hacía mediante el pago de la pena o multa para poder a continuación demandar judicialmente a la otra parte, no era necesariamente utilizada en sentido peyorativo en época justiniana (v. Paul. 13 *ed.* D. 4.8.30 *in fine* interpolado).

34. Muy llamativa es, por cierto, la utilización aquí del término *contractus*, porque es la primera vez en las

“esposa” y “esposo”, añade él. Si una de las partes cumplía su promesa podía ser demandada judicialmente³⁵. En época posterior, en el ámbito de lo que denominamos derecho clásico, muchas cosas cambiaron: las promesas de futuro matrimonio dejaron de hacerse a través de estos actos formales, pues para celebrarlos era suficiente con el nuevo consentimiento (Ulpiano *Sab.35 D. 23.1.4 pr.*³⁶). En segundo lugar, se consideró como principio general superior la libertad matrimonial (*libertas matrimonii*) de manera que el incumplimiento por una de las partes de su promesa no le debía acarrear una sanción económica. Por otra parte, dado que se exige el consentimiento de los contrayentes, pareció oportuno que también la hija de familia lo prestase, o al menos que no se opusiese a la voluntad del padre; matizado esto luego aún más añadiendo la condición de que ese disentimiento se produjese solo cuando el padre eligiese esposo indigno por sus costumbres o deshonesto (D. 23.1.11 y 12, respectivamente de Juliano y Ulpiano)³⁷. Más adelante, con el emperador Constantino, los esponsales obtienen enorme trascendencia jurídica desde el punto de vista de la responsabilidad de los esposos incumplidores de sus promesas³⁸. Penetró además con fuerza en el derecho romano una nueva institución, importada de pueblos de cultura helenística-orientalista, denominada “arras” (*arrha sponsalicia*) utilizada también con el fin de garantizar el futuro matrimonio.

Hoy en día ecos de toda esta experiencia histórica y jurídica los encontramos en las legislaciones modernas. La solución que normalmente los códigos civiles modernos otorgan a las promesas de futuro matrimonio desde el punto de vista de la responsabilidad coincide

fuentes latinas que se utiliza en el ámbito jurídico para aplicarlo a un acto obligacional.

35. «*Quid Servius Sulpicius in libro, qui est de dotibus, scripserit de iure atque more veterum sponsaliorum. 1 Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: 2 “Qui uxorem” inquit “ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum ... iri; qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur “sponsalia”. Tunc, quae promissa erat, “sponsa” appellabatur, qui sponderat ducturum, “sponsus”. Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui sponderat, ei qui stipulatus erat, condemnabat. 3 Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia data est. 4 Haec eadem Neratius scripsit in libro quem de nuptiis composuit*». Justo al final adjunta la autoridad de otro conocido jurista, de época imperial: Neracio.

36. «Basta con el nudo consentimiento para constituir los esponsales» (*Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*).

37. V. también Paul. 35 *ed. D. 23.1.7.1*: «Para los esponsales también se debe exigir el consentimiento de aquellos de quienes se precisa para las nupcias. Se entiende, no obstante, que un padre consiente con su hija si no hay evidente disentimiento, escribe Juliano». El asunto era discutido doctrinalmente, como se ve. Piénsese en la enorme diferencia entre esta cultura, base de la nuestra actual, y otras que, aún hoy, no parecen dar relevancia alguna a lo que opine o piense la mujer.

38. V. CTh. 3.5.2 (a. 319) y 6 (a. 336).



grosso modo con la enunciada por el derecho clásico romano³⁹.

Volvemos así a la pregunta inicial: la idea del compromiso es trasladada a la fase previa de la celebración del matrimonio y, como en el caso del arbitraje compromisario, también aparece configurado como un juego de promesas recíprocas. A diferencia, sin embargo, del arbitraje, en el caso del matrimonio la promesa se enraíza más fuertemente en el fuero interno de la conciencia y en la exigencia moral que impone un comportamiento debido a cada uno, que no debe quedar influido por el temor a una sanción, incompatible con el principio de libertad matrimonial.

4. ‘Engagement’ en el argot jurídico francés y su exportación a lengua inglesa

Estamos ahora en disposición de analizar el término *engagement*. En el terreno jurídico, posee una aplicación principal en la lengua francesa, y después fue importado por la inglesa. El conocido jurista francés Robert Joseph Pothier (s. XVIII), cuya doctrina fue fundamento del código francés de 1804, formulaba sucintamente la siguiente pregunta al comienzo de su fundamental obra denominada “Tratado de las Obligaciones”⁴⁰: « ¿Qué es un contrato? » A continuación, añadía una parsimoniosa respuesta: «Un *contrato* es una especie de convención». Y una convención -añadía él- «es el consentimiento de dos o más personas para formar entre ellas algún compromiso o para resolver uno existente o para modificarlo» (apuntando de seguido la fuente romana de inspiración y la autoridad de su compatriota Jean Domat)⁴¹. Así pues, según él, «la especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso es lo que se llama contrato»⁴². Pothier sigue la doctrina del jurista Ulpiano en un

39. Así el artículo 42 del CC. español: «La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento». V. también el art. 43 para el eventual resarcimiento de daños.

40. Obra de 1761. Aquí citamos una edición posterior: POTHIER, Robert Joseph. *Traité des Obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieure I*. Paris: Letellier, 1805. Muy expresivo es el título completo de la obra: «Tratado de las Obligaciones conforme a las reglas tanto del fuero de la conciencia como del fuero externo».

41. V. la expresa utilización del término *engagement* traducido como “compromiso”: «Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes) est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement ou pour en résoudre un précédent ou pour le modifier; *Duorum vel plurium, in idem placitum consensus*; L. I., §. I, ff. *de Pact.* Domat, p. 1, l. 1, t. 1». (El espaciado es nuestro).

42. L’espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu’on appelle contrat». (El espaciado es nuestro).



texto muy conocido, precisamente el citado por él, que es parte de un fragmento más extenso y decisivo en la historia de la lengua jurídica universal, en el que el término "contrato" junto con el de "pacto" se consideran especies del género "convención"⁴³. Un contrato es para Pothier no cualquier acuerdo sino «una convención por la cual las dos partes recíprocamente o solo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle una cosa, o a hacer o no hacer tal cosa»⁴⁴. Es decir, un contrato consiste en un acto jurídico productor de obligaciones entre las partes o solo a cargo de una de ellas.

En determinadas situaciones, como las surgidas en relaciones domésticas, sin embargo, no se dan las condiciones de base o, como dice el *Common Law*, de "seriedad" (*consideration*) suficiente como para hacer surgir obligaciones entre los miembros de la misma familia. Sin embargo, mención aparte merece la llamada promesa unilateral o policitación. Se trata de una promesa que aún no ha sido aceptada por la parte de la que va dirigida. En el derecho romano se admitió con ese nombre de "policitación" (*pollicitatio*) y se refería característicamente a la promesa que hacía a los munícipes un candidato a una magistratura, por antonomasia, la de duunviro -en términos modernos, alcaldías-, en unas elecciones locales, consistente, por ejemplo, en la realización a su costa de determinadas obras de interés del municipio en caso de salir finalmente elegido. La promesa se hacía, lógicamente, antes de que los munícipes le votaran.

Para Pothier, siguiendo la escuela iusnaturalistas racionalistas (particularmente a Grocio),

43. Ulp. 4 *ed.* D. 2.14.1-4: «Es natural la equidad de este edicto, porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana que cumplir los hombres lo que entre sí han pactado? 1 Pero se dice pacto de pacción; de donde también se ha acuñado el término "paz". 2 Y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida. 3 La palabra convención es genérica, y corresponde a todo aquello sobre lo que, para celebrar o transigir un negocio, consienten los que entre sí lo tratan; porque así como se dice que convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar, así también los que por diversos movimientos del ánimo consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer. Pero de tal modo es genérica la palabra convención, que, como sutilmente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aun la estipulación, que se hace de palabra, es nula, si no tuviera el consentimiento. 4 Pero la mayor parte de las convenciones reciben otro nombre, como el de compra, arrendamiento, prenda, o estipulación». («*Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt seruare? 1. Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est). 2. Et est pactio duorum pluriumue in idem placitum et consensus. 3. Conuentionis uerbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti conuenire dicuntur qui ex diuersis locis in unum locum colliguntur et ueniunt, ita et qui ex diuersis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conuentionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conuentionem, siue re siue uerbis fiat: nam et stipulatio, quae uerbis fit, nisi habeat consensus, nulla est. 4. Sed conuentionum pleraeque in aliud nomen transeunt: ueluti in emptionem, in locationem, in pignus uel in stipulationem».*

44. «...une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose» (el espaciado es nuestro).





tenía semejante supuesto una difícil justificación moral y jurídica. No cabe la existencia de una obligación por la sola voluntad de una de las partes mientras que la otra no acepte.

La vida, que va por delante del derecho, no le ha dado la razón a Pothier en los siglos venideros. Aunque la acepción de contrato comúnmente aceptada en el mundo, procedente del derecho romano, o, más exactamente, de una parte de su doctrina, es la de acuerdo de voluntades o convención, se ha abierto paso más recientemente una segunda vía; precisamente la de *engagements unilatéraux* o promesas unilaterales⁴⁵. El término ha sido adoptado, como venimos diciendo, por el inglés y ha recibido varias traducciones en ese idioma: *undertaking*, *commitment*, *liability*, *obligation*⁴⁶. Común a todas ellas es la idea de “asumir la realización de algo”, o, como veíamos a propósito del arbitraje compromisario, “la responsabilidad derivada por no llevar a cabo lo asumido”. *Undertaking*, por ejemplo, se traduce como “compromiso independiente” (*independent commitment*), acepción esta que sería un desafuero jurídico para Pothier. A menudo aparece también la traducción de *engagement* como obligación en un sintagma técnico: “obligación libremente asumida”⁴⁷.

En el ámbito del Common Law, se define el contrato como “una promesa o conjunto de promesas”. La primera de las posibilidades (una promesa) es concebida en el seno de esa tradición jurídica como “contrato unilateral”. Los códigos de última generación (así el Código Civil francés tras su reforma del año 2016 en materia de obligaciones) y los principios elaborados en el seno de la Unión Europea o por asociaciones de expertos diversas han dado reconocimiento a las promesas unilaterales como efectivas y válidas fuentes de obligaciones. Lo más sorprendente, en los últimos años, es su inclusión en la categoría de contrato⁴⁸. El derecho romano llegó como vimos a su reconocimiento por la vía de la policitación, aplicada a ciertos supuestos, no universalmente, ni asimilada a la de contrato de ningún modo⁴⁹.

Una figura aparentemente nueva surgida en el derecho norteamericano es la de los llamados “contratos relacionales”. La clave de ellos no es tanto las obligaciones que se originen entre las partes sino la relación que se establece entre ellas en un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para calificarlas de duraderas, o al menos que no aspiran a la satisfacción inmediata de las recíprocas pretensiones. La obligación tradicionalmente se

45. BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel. “Algunas reflexiones en torno al concepto romano y moderno de contrato”. *Revista General de Derecho Romano Iustel*, julio 2017, vol. 28, §. M-3692-2017, p. 3-38.

46. VV. AA. (Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française). *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. FAUVARQUE - COSSON, Bénédicte; and MAZEAUD, Denis. eds., Munich: Sellier. European law publishers, 2008, p. 11. En adelante, VV. AA. (Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française).

47. “Obligation freely assumed” (“Engagement librement assumé”).

48. Así, por ejemplo, reza el primer párrafo del art. 1124 del actual CC. francés: «La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. (El espaciado es nuestro)».

49. BLANCH NOUGUÉS, JUAN MANUEL, *eod.* pp. 16–18.

concibe en la práctica como algo similar a una cosa consumible. El acreedor no desea mantener su situación eternamente, sino que busca, en el menor tiempo posible, verse satisfecho por el deudor. En los contratos relacionales, por el contrario, según palabras del que se considera su autor, Ian R. Macneil⁵⁰, ansían «llegar a conocerse recíprocamente, a comprometerse, a colaborar», no por tanto a terminar con una incómoda relación de "crédito-deuda".

Algo recuerda esta novedad jurídica al viejo contrato de sociedad, y las características que la doctrina le asigna. Aparte de la mayor durabilidad de la relación obligacional, se asemeja mucho a la establecida entre las partes bajo el principio de la buena fe: mayor intervención judicial, equilibrio de prestaciones, más preciso y refinado mecanismo de resarcimiento de daños, etc. En definitiva, la idea de la recíproca lealtad entre las partes contratantes aplicada a un contrato duradero o de tracto sucesivo, pero que supera lo meramente jurídico para invadir un terreno más amplio, a saber, el de las relaciones humanas, supuestamente extrajurídicas, basadas en anhelos mutuos compartidos, en un deseo de profundización en la confianza depositada en el otro, más allá de los clichés legales. El símil de la relación matrimonial no parece, a nuestro juicio, muy lejano, como veíamos a propósito de los esponsales.

5. Conclusiones

A modo de conclusión de este trabajo, hemos pretendido ahondar en las raíces terminológicas de las voces "compromiso" y "*engagement*". Lo hemos hecho desde la perspectiva jurídica, pero no meramente iuspositiva, sino cultural. Además, hemos pretendido defender que el supuesto trasfondo moral de las relaciones caracterizadas por el compromiso de las partes es, en realidad, el que suministra su cabal explicación y, a nuestro juicio, debería pasar a un primer plano a ojos de un observador, incluso jurista.

El vocablo "compromiso" tiene que ver originariamente con los llamados "arbitrajes compromisarios" del derecho romano, que se manifestó particularmente original en su tratamiento y cuyo grado de perfección fue tan elevado que las legislaciones modernas, quieranlo o no reconocer, en buena medida han adoptado de él su régimen. Pero más allá de eso, hemos detectado frecuentes alusiones en la Jurisprudencia romana a la moralidad de la conducta del árbitro y de las partes que se producía en soluciones concretas que, a la postre, fueron formando la propia figura del árbitro compromisario y del compromiso como convenio arbitral.

Esto mismo se aplica a los esponsales. La similitud con el matrimonio es análoga a la de los arbitrajes compromisarios con respecto a los juicios ordinarios. No podía dejar de influir en ellos el modelo establecido. Pero en el matrimonio, a diferencia de los compromisos arbitrales, el principio de libertad matrimonial pesa de tal manera que no es concebible que las partes puedan exigirse, en su caso, sumas de dinero en concepto de pena por haber incumplido su promesa de matrimonio. Esto es así en el derecho romano, al menos en el derecho clásico y, por supuesto, en el derecho actual. Las promesas de futuro matrimonio nacen del corazón y de la mente de los esposos que desean libremente vincular sendas vidas, anticipándose al momento de la celebración, expresan un deseo de hacer surgir una

50. VV. AA. (Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française). p. 33.



obligación moral. De nuevo este aspecto, el de la moralidad, cobra protagonismo aquí.

Por su parte, *engagement* procede, en el terreno jurídico, del argot francés. Utilizado también por la lengua inglesa y, vertido a otros términos análogos, proporciona la idea de la asunción de un comportamiento debido. Es singular su empleo con respecto a las llamadas promesas unilaterales que tienden a asimilarse últimamente a los contratos. Por otro lado, la nueva figura de los contratos relacionales, en la que advertimos, sin embargo, características de las llamadas relaciones de tracto sucesivo junto con las propias del régimen de buena fe, abre, no obstante, un campo más amplio en el que, una vez más, se antepone el plano de las relaciones humanas, de la ética en los comportamientos y la sociabilidad innata del ser humano para dejar atrás estereotipos jurídicos a través de nuevos modelos con mayor capacidad de adaptarse a la vida.

Bibliografía

BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel. *Locuciones Latinas y razonamiento jurídico. Una revisión a la luz del derecho romano y del derecho actual. Pro iure romano et lingua latina*. Madrid: Dykinson S. L., 2017.

BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel. Algunas reflexiones en torno al concepto romano y moderno de contrato. *Revista General de Derecho Romano Iustel*. Julio 2017, vol. 28. DIRKSEN, Henricus Eduardus. *Manuale latininitatis fontis iuris civilis romanorum, thesauri latininitatis Epitome*. Berlin, 1837.

FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino; GARCÍA CAMIÑAS, Julio. Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2011, vol. 15, pp. 577.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *La deuda histórica del arbitraje moderno*. Dykinson S. L., 2017.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje. *Revista General de Derecho Romano*, 2016, vol. 27.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Contribución al estudio del arbitraje de derecho público en la experiencia jurídica romana. *Revista General de Derecho Romano*, 2013, vol. 21.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos. *Anuario de Justicia Alternativa*, 2010, vol. 10, pp. 149-180.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001): Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. GARÓFALO, L. ed., Padua, 2003. *De los "arbitria bonae fidei" pretorios a los "iudicia bonae fidei" civiles*, pp. 31-58.



LENEL, Otto. *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. 3rd ed. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1927.

POTHIER, Robert Joseph. *Traité des Obligations, selon les règles, tant du for de la conscience, que du for extérieure I*. Paris, 1805.

VV. AA. (Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française). *European contract law. Materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules*. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis. eds., Munich: Sellier. European law publishers, 2008.

