

Fecha de recepción: 22/02/2021	Fecha de aceptación: 22/03/2021
Palabras clave: Contrato; Pacta sunt servanda; Derecho romano; Derecho canónico; fuerza obligatoria del contrato; Covid-19.	Keywords: Contract; Pacta sunt servanda; Roman law; Canon law; Binding force of the contract; Covid-19.



COVID-19 Y DERECHO ROMANO: RAÍZ Y CONFIGURACIÓN ROMANA DEL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA

COVID-19 AND ROMAN LAW: ROOT AND ROMAN CONFIGURATION OF THE PACTA SUNT SERVANDA PRINCIPLE

Rafael Bernad

Profesor de la Universidad San Jorge (USJ)

Investigador Principal del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J

Código de Referencia S03_20D

Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

rbernad@usj.es

ORCID: 0000-0002-8764-0443

(BERNAD, Rafael. COVID-19 y Derecho romano: raíz y configuración romana del principio *pacta sunt servanda*. RIDROM [on line]. 26-2021. ISSN 1989-1970. p. 209-307. <http://www.ridrom.uclm.es>)

Resumen:

Un acontecimiento de la envergadura de la pandemia Covid-19 genera también consecuencias en el plano jurídico, como sucede en sede de cumplimiento de los contratos. Tradicionalmente, la observancia de lo pactado (*pacta sunt servanda*) ha sido un dogma en el derecho de las obligaciones y de los contratos. Aun tratándose de una regla esculpida al calor de los tintes morales del influyente Derecho canónico medieval, comprobamos su hondo enraizamiento en el Derecho romano, al igual que alguna de sus excepciones que, con el paso del tiempo, germinará en la cláusula *rebus sic stantibus*. La codificación acogerá un principio casi absoluto, pero la acuciante realidad compele a su actualización. Ambas visiones sobre los efectos del contrato, absoluta y relativa, nos remiten ineludiblemente al Derecho romano.

Abstract:

An event of the magnitude of the Covid-19 pandemic also generates consequences at the legal level, as happens at the headquarters of contract compliance. Traditionally, the observance of the agreement (*pacta sunt servanda*) has been a dogma in the law of obligations and contracts. Even being a rule sculpted in the heat of the moral dyes of the influential medieval canon law, we verify its deep roots in Roman Law, as well as some of its exceptions that will, with the passage of time, in the clause *rebus sic stantibus* germinate. The encoding will embrace an almost absolute principle, but the pressing reality compels its updating. Both views on the effects of the contract, absolute and relative, inevitably refer us to Roman law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS EN DERECHO ROMANO: *CONVENTIO*, *CONTRACTUS*, *NUDA PACTA*, *PACTUM*. III. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL PACTO: EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*. III.1. LAS REGLAS Y AFORISMOS EN EL DERECHO ROMANO; III.2. EN PARTICULAR, EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*; III.3. SOBRE LA EFICACIA DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE PACTOS. IV. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*, ATISBOS DE CONEXIÓN CON LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*. V. DERIVACIONES POSTERIORES Y PROGRESIVA DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Primera referencia cronológica: finales del año 2020, primera mitad del siglo XXI de nuestra era. Sin duda este año pasará a la historia y se identificará en los anales como aquel en el que hemos padecido una pandemia a nivel mundial (COVID-19), lo que nos ha hecho rememorar otras sufridas históricamente con graves consecuencias, aun cuando no tan extendidas geográficamente (peste negra, peste española). Y ello, a pesar de contar en la actualidad con el mayor grado de progreso científico, tecnológico y social que probablemente jamás hubiéramos podido concebir, lo que redimensiona más si cabe el suceso y le otorga características más que

peculiares, del mismo modo que presenta sorprendentes e impactantes repercusiones en todos los órdenes de la vida imaginables (sanitario, personal, familiar, sociológico, económico, laboral, cultural, religioso, deportivo, demográfico, por destacar algunos de los más relevantes y directos).

Tanto es así que podemos sostener que la pandemia COVID-19 ha originado un antes y un después en todo el orbe al tratarse de un acontecimiento sobrevenido, extraordinario y excepcional, de tal magnitud y envergadura, que su repercusión ha adquirido un tinte global, tanto en un plano espacial y cronológico, cuanto en lo que atañe a su ámbito cualitativo y conductual.

Evidentemente, ante un suceso de semejante proporción, el aspecto sanitario emerge sobremanera en la frenética y ansiosa lucha contra el virus en aras del hallazgo de un remedio que erradique o, cuando menos, minimice semejante flagelo; sin embargo, también podemos contemplar el fenómeno desde otras perspectivas claramente relacionadas con el derecho, tal como sucede, por ejemplo, con el tópico concerniente a la fuerza obligatoria de los contratos, dada su consideración como *lex privata inter partes*, ante el suceso excepcional que supone una situación sobrevenida, imprevisible y extraordinaria que amenaza la observancia y cumplimiento de lo pactado, tanto para los particulares directamente afectados en función de las relaciones contractuales efectuadas, cuanto en lo que atañe al principio de la seguridad jurídica, erigida en uno de los baluartes sobre los que se asientan los ordenamientos

jurídicos que se precian de integrar el conjunto de las sociedades dotadas de un nivel óptimo de desarrollo y civilización.

De hecho, al abordar el tema apuntado, conectamos con uno de los pilares sobre los que se ha asentado tradicionalmente y asienta el derecho de obligaciones en la actualidad y que, a la postre, mantiene la esencia del derecho romano merced al influjo de las raíces expansivas y profundas de este ordenamiento jurídico. En efecto, la fuerza obligatoria del contrato, en cuya virtud las partes contractuales y el juez han de cumplir incondicionalmente lo pactado, se asienta no solo en aspectos de índole moral, como son el respeto a la palabra dada, la observancia del principio de la buena fe y el reconocimiento del valor extrajurídico de la equidad, sino también en criterios de corte más bien económico relacionados con el cumplimiento de las transacciones efectuadas y el afianzamiento del tráfico jurídico.

Precisamente por ello y, en conexión con la teoría general del contrato, elaborada merced a la labor de los glosadores y de los posglosadores con la suma que representa el aporte efectuado por la pandectística alemana, sobre la base en ambos casos del derecho romano, nos topamos con el principio de intangibilidad del contrato, según el cual, los contratantes han de respetar absolutamente lo pactado, un principio que, no obstante su prevalencia y protagonismo, ha ido progresivamente perdiendo su carácter omnímodo y absoluto, dadas las excepciones que ha ido admitiendo (entre ellas, el mutuo disenso, la revocación, la renuncia unilateral en aquellos contratos cuya naturaleza lo permite, la resolución, la

rescisión por lesión, el cumplimiento del término final, la verificación de la condición resolutoria, la nulidad del contrato declarada judicialmente, o, incluso, la revisión o modificación de sus cláusulas).

Segunda referencia cronológica: desde el siglo VIII a.C. (23 de abril del 754 a.C.) hasta los siglos VI y VII d.C. Nos referimos a un período de tiempo en el que se enmarca el desarrollo y evolución del derecho romano, que transcurre desde los primeros tiempos del *ius civile*, una etapa culminada con la redacción por escrito del derecho consuetudinario en las famosas XII Tablas, hasta la época del emperador Justiniano, identificada por la confección de la compilación homónima, que logra recopilar el mejor derecho romano existente hasta el momento a través del *Codex*, del Digesto, las *Institutiones* y las Novelas (en la Edad Media *Corpus Iuris Civilis*), un conjunto que se reconoce como derecho justiniano y que constituye un compendio perfecto del *iter* cronológico y de la periodización del derecho romano en sus diversas etapas (*ius civile o quiritarium, ius honorarium, ius praetorium, ius gentium* y *ius novum*).

Hay que señalar que una de las características más emblemáticas del derecho romano primitivo, entre otras, es su excesivo formalismo, aún más si cabe agudizado por el simbolismo y ritualismo propio de un derecho estrechamente relacionado con la religión, aspecto que, en muchas ocasiones, constituyó una rémora para el tráfico jurídico, circunstancia que paulatinamente fue remitiendo como consecuencia de la progresiva, aunque lenta, espiritualización del derecho romano.

Prueba más que evidente de la transformación apuntada la encontramos en sede de contratación, como lo demuestra el hecho de la evolución operada en los tipos contractuales, que arranca desde los contratos formales (verbales o escritos), pasando por los reales y consensuales, hasta desembocar en los innominados. El elemento causal y subjetivo va diluyendo el formalismo propio de los contratos más primitivos (*dotis dictio, promissio iurata liberti, stipulatio, expensilatio, syngrapha, chirographa*) y con ello se potencia el protagonismo de la voluntad y el consentimiento de los contratantes en lo que a la contratación respecta.

Aun así, con independencia del período del derecho romano en que nos encontremos, el acuerdo de voluntades gozará de fuerza vinculante entre los particulares, aun cuando habrá que deslindar sobre el particular, tal como lo haremos en el siguiente epígrafe, las diversas instituciones jurídicas relacionadas con la noción relativa al acuerdo de voluntades, ya tanto por la disparidad en cuanto a su posible configuración, ya por sus potenciales efectos jurídicos.

De ahí nuestro interés por adentrarnos en uno de los principios que han acompañado tradicionalmente a los contratos, y más especialmente a su eficacia, cual es el de su fuerza obligatoria *-pacta sunt servanda-*, que como vamos a poder comprobar hunde sus raíces más profundas en el derecho romano, no obstante presentar ya algunas excepciones, tal como tendremos ocasión de comprobar. Por su través, podremos aproximarnos también al fundamento más

remoto de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuyo origen es propiamente medieval, que funge como verdadero antídoto frente al aparente y omnímodo absolutismo del principio *pacta sunt servanda*.

Tercera referencia cronológica: derivaciones posteriores y progresiva delimitación del principio *pacta sunt servanda*. A través de la obra de los glosadores y posglosadores observaremos el recorrido del principio durante la Edad Media, sin olvidar la fuerte incidencia que ejerció el derecho canónico en su configuración, sobre todo desde un plano moral con tintes edificantes y aleccionadores.

A su vez, abordaremos el aporte efectuado sobre la materia por los juristas italianos del siglo XV; el llevado a cabo por el *Usus modernus*, que sigue la línea de los glosadores y comentaristas; la contribución en tal sentido de los teólogos del siglo XVI y los representantes de la Escuela del Derecho natural, con Grocio y Pufendorf a la cabeza, así como de la Escuela Histórica del Derecho y el movimiento de la pandectística como derivación natural de esta última; para concluir con la etapa codificadora y la incrustación del principio *pacta sunt servanda*, con distintas redacciones, en los Códigos civiles de corte francés y alemán, respectivamente.

Relacionado con lo anterior y, dada su determinación en la tarea de moldeo y configuración del principio *pacta sunt servanda*, realizaremos también un breve recorrido histórico a propósito de la cláusula *rebus sic stantibus* y, más concretamente, a partir de los antecedentes ya analizados en la jurisprudencia romana, esto es, el

período que dista desde Tomás de Aquino hasta la codificación, jalonando en dicha travesía algunos hitos intermedios dignos de consideración (Alciato, la jurisprudencia de la Rota Romana, Grocio, Pufendorf, o Barbeyrac).

Así pues, podemos concluir esta introducción afirmando que, ante experiencias de la vida real que se traducen en una posible visión caleidoscópica (sanitaria, económica, social, jurídica) de un fenómeno determinado, tal como sucede, por ejemplo, en nuestros días con el azote de la pandemia COVID-19, el derecho romano vuelve a emerger en lo que al ámbito jurídico concierne, toda vez que nos permite poner sobre el tapiz un tópico de tan palpitante actualidad como la fuerza obligatoria del contrato, esto es, la observancia de lo pactado y sus posibles excepciones, lo que nos conduce a conectar con el célebre principio *pacta sunt servanda*, a los fines de encontrar un soporte que apuntale nuestra hipótesis de partida inicial sobre el particular, cual es detectar y evidenciar en el ordenamiento jurídico romano el origen más remoto del mencionado aforismo, que ahora se ha visto redimensionado y auscultado ante la vorágine del momento, sin que ello suponga renegar de la delimitación progresiva de sus linderos, fruto de su evolución posterior hasta incrustarse en nuestros días, como prueba irrefutable de la consideración del derecho como hecho social en continuo movimiento que se adapta a las nuevas necesidades y circunstancias que la sociedad reclama en cada momento.

II. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS EN DERECHO ROMANO: *CONVENTIO*, *CONTRACTUS*, *NUDA PACTA*, *PACTUM*

El término romano *conventio* aparece como el antecedente más remoto del carácter obligatorio de los pactos celebrados entre los contratantes a propósito de la *exceptio conventionis*¹, con el mismo valor de la *exceptio pacti conventi*, en el marco jurídico del edicto del pretor. Precisamente, para la jurisprudencia romana el vocablo se concibe desde diversas perspectivas: ya como el instrumento hábil para obtener la resolución de un contrato de compraventa no cumplido²; ya como un valor predominante omnipresente en el ámbito de los negocios³; bien como un elemento inherente a todo contrato y a toda obligación⁴; o bien como un elemento común a todas las obligaciones nacidas *ex contractu*, de tal suerte que unos acuerdos privados producirían acción (contratos típicos)⁵, en tanto que otros acuerdos atípicos solo generarían una excepción (*nuda pacta*)⁶.

¹ D. 2, 14, 36 (Próculo).

² D. 2, 14, 58 (Neracio).

³ D. 18, 5, 5pr (Juliano); d. 46, 3, 38pr (Africano).

⁴ D. 2, 14, 1, 3 (Ulpiano refiriendo a Sexto Pedio). Al respecto, PARICIO SERRANO, J. *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiyu7Pn6MPtAhUPEBQKHXJmCnEQFjABegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww1.unipa.it%2F~dipstdir%2Fpub%2Fannali%2F2009%2FPARICIO.pdf&usg=AOvVaw21-Is8lS2vjFQp96AtV-n1>, págs. 104-107 (consultado con fecha 10/12/2020).

⁵ D. 2, 14, 7pr-1 (Ulpiano).

⁶ D. 2, 14, 7, 4 (Ulpiano).

Mención especial al respecto merece la relación entre las voces *conventio* y *bona fides*, toda vez que esta última da cobertura judicial a los acuerdos emanados de la voluntad de las partes⁷ a partir de los criterios del equilibrio de las prestaciones, la igualdad de trato y la corrección de los abusos realizados⁸.

El verbo romano *contrahere* arrojaba el significado de realizar, perpetrar, concitar, mas no se asociaba originariamente con el acto en sí de celebrar un contrato. Es más, el término *contractus* resulta posterior en el tiempo al del propio verbo *contrahere*⁹, y su configuración podría haber sido obra de la jurisprudencia tardorrepublicana en el intento de designar concretamente la celebración de un acto jurídico, si bien el hecho incontestable de que fueran los contratos los actos jurídicos más habitualmente celebrados, explicaría tal asimilación y confusión, hasta el punto que la expresión *contractus* tendería a identificarse con la institución jurídica del contrato: “*la obligación de una y otra parte, lo que los griegos llaman synallagma, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad ...*”¹⁰, esto es, una relación bilateral e incluso plurilateral proveniente de un acuerdo, cuya juridicidad radicaba en una obligación recíproca, de

⁷ D. 50, 16, 10.

⁸ CASTRESANA HERRERO, A. *Derecho romano. El arte de lo justo y de lo bueno*. 3ª ed. Tecnos. Madrid. 2017, pág. 237.

⁹ CASTRESANA HERRERO, A. *Op. Cit.* 2017, pág. 239.

¹⁰ D. 50, 16, 19 (Ulpiano citando a Labeón).

una y otra parte (“*ultra citroque obligatio*”), a saber, el intercambio de servicios concebido en un sentido amplio¹¹.

En el mismo texto anterior de Ulpiano parafraseando a Labeón (D. 50, 16, 19) se utiliza una tríada de infinitivos (*agere, gerere, contrahere*) y, mientras que los primeros contaron con un mero valor descriptivo-clasificadorio en el derecho romano, sin embargo, el último, contuvo una gran potencialidad pues, amén de los contratos típicos allí mencionados –compraventa, arrendamiento, sociedad–, la referencia efectuada a la expresión genérica “*ultra citroque obligatio*” permitiría incorporar bajo su manto los acuerdos en los que las partes asumían obligaciones recíprocas¹², estuvieran o no comprendidas en alguna de las modalidades contractuales señaladas, de tal suerte que el incumplimiento del acuerdo facultaría al otro contratante a hacer valer en juicio su derecho mediante el genérico instrumento procesal de la *actio praescriptis verbis*.

Aun cuando los juristas romanos no nos proporcionan una definición propiamente dicha del contrato, lo cierto es que la jurisprudencia republicana atribuyó a la voz *contractus* una connotación especial, a la vez que privilegiada, toda vez que comprendería el acuerdo de voluntades reconocido por el *Ius civile*, cumplidas las formalidades requeridas por este ordenamiento, lo que le atribuiría la facultad de ejercer la correspondiente acción procesal

¹¹ GAROFALO, L. Voz “*Contrato e causa*”, en AA.VV. (Coord. Castresana, A.). *800 años de historia a través del Derecho romano*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 2019, pág. 157.

¹² GAROFALO, L. *Op. Cit.* 2019, pág. 158.

como mecanismo de protección jurídica. Sin embargo, dicha concepción hubo de matizarse desde el momento en que, por un lado, bajo la categoría de los contratos se incluirían determinados hechos lícitos que no constituían negocios jurídicos bilaterales, no obstante lo cual, constituyeran una fuente de las obligaciones; y, por otra parte, el *Ius civile* no validaba las obligaciones emanadas de todo acuerdo de voluntades que no cumpliera con las formalidades y solemnidades requeridas, lo que se traduciría en la práctica en la consecuencia de que dicho acuerdo -*conventio*, mas no *contractus*- adoleciera del respaldo jurídico de la correspondiente *actio* procesal¹³. De ahí que, posteriormente, Gayo¹⁴ centrara la noción de *contractus* en el acuerdo de las partes, lo que aportará una nueva perspectiva de la figura como fuente de las obligaciones y, en tal sentido, le permitirá al jurista clásico reconducir y articular, fruto de un proceso de maduración jurídica, la noción de *contractus* como una unidad, motivo que justificaría la inserción en la categoría del contrato de los verbos *agere* (*re, verbis et litteris*) y *gerere*.

Así pues, el *contractus* quedaba reservado en el Derecho romano clásico al negocio reconocido por el *Ius civile*, creador y fuente de obligaciones, sin que ello supusiera necesariamente partir de la existencia de un previo acuerdo de voluntades -*consensus*-.

¹³ *Institutiones Gai* 3, 91.

¹⁴ *Libri rerum quottidianarum sive aureorum*, más conocida como *Res quottidianae*, en D. 44, 7, 1.

Será en la época justinianea cuando el acuerdo de voluntades o consentimiento *-consensus-* alcanzará la cualidad de elemento esencial del contrato, lo que se traducirá en algunas consecuencias de enorme envergadura, entre ellas, que toda *conventio* de la que surgieran obligaciones sería reputada *contractus*; y que no sería tenido por *contractus* el negocio jurídico que adoleciera de un acuerdo de voluntades.

Aun así, amén del consentimiento, el *contractus* precisó de otro elemento esencial para su existencia, cual fue la causa *-causa civilis-*. Al respecto, el Derecho romano experimentó un proceso de espiritualización, toda vez que, en la época más primitiva, tanto la voluntad de las partes, como la causa contractual debieron observar distintas formalidades, lo que en muchas ocasiones constituía una rémora para el tráfico jurídico, al exigir para su efectividad, ya la pronunciación de ciertas fórmulas solemnes (contratos verbales), ya la escritura en libros (contratos literales), o bien la entrega de una cosa determinada *-datio rei-* (contratos reales). Para superar tales impedimentos, surgirán los contratos consensuales en un número limitado (*emptio-venditio, locatio – conductio, societas, mandatum*), de tal suerte que, por el mero consentimiento o acuerdo de voluntades, las partes contratantes resultaban obligadas¹⁵. Fruto de esta evolución, solamente las *conventiones* reconocidas legalmente obtendrían la consideración de *contractus*, lo que acarrearía para el resto de *conventiones* que siguieran reputándose como si fueran meros pactos

¹⁵ “*Consensu fiunt obligationes ...*”, D. 44, 7, 2.

-*nuda pacta*- que, en principio no generarían obligaciones¹⁶, un criterio que se modificaría posteriormente hasta el punto de resultar exigibles civilmente (*pacta adiecta, pacta praetoria, pacta legitima*)¹⁷.

En efecto, en Roma se reputaba *pactum* al acuerdo de voluntades desprovisto de formalismos y que, por ende, adolecía de una causa revestida de la formalidad exigida por el *Ius civile* sobre la cual sustentarse. Frente a algunas *conventiones* reconocidas por el *Ius civile*, en este caso constituyéndose como fuente de las obligaciones, los simples pactos (*nuda pacta*) representaron una modalidad de *conventiones* que, a diferencia de la *stipulatio*, ni transferían derechos, ni engendraban obligaciones, ni tampoco generaban una acción. En su virtud, el pacto carente de su respectiva *causa civilis* no era considerado un contrato, ni emanaba una *actio* procesal que lo protegiera (*ex nudo pacto nos oritur actio*), puesto que solo el *pactum* aunado a una *causa civilis*¹⁸ se transformará en *contractus*.

Aun así, la inclusión del *pactum* entre las primeras fuentes legislativas supone un motivo de discusión en torno a su contenido: en efecto, frente a una posición de corte negativo, en el sentido de que el pacto se limitaría en el ámbito procesal a la renuncia de pretensiones (sustentada a partir de los textos de la legislación

¹⁶ “*Nuda pactio obligationem non parit...*”, D. 2, 14, 7, 4.

¹⁷ BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, págs. 453-455, 484-487.

¹⁸ CHEVREAU, E. Voz “*Causa contractus*”, en AA.VV. (Coord. Castresana, A.). *800 años de historia a través del Derecho romano*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 2019, págs. 294 y ss.

decenviral), en la medida que el pacto carecería de una eficacia sustancial directa, aflora otra postura divergente que asignaría al *pactum* un efecto más amplio en la época de las XII Tablas, no tanto abdicativo, sino más bien como expresión de un verdadero acto de pacificación, con base en la obra del jurista Gayo¹⁹.

Ya en el período republicano las voces *pacisci* y *pactum* apuntan más en la línea de una actuación positiva en el sentido de acordar, establecer y convenir²⁰ que en el de renuncia a una pretensión, de tal manera que las mencionadas voces tienden a ser sinónimas de otras como *convenire*, *conventum*, *consensus*, *consentire*, *placere*, *placitum*, alejándose, por ende, del significado primigenio del texto decenviral.

El ámbito natural de los pactos en Roma radicó inicialmente en el campo procesal con la finalidad de extinguir las acciones emanadas del delito²¹, circunstancia que explicaría su estrecha conexión con la figura de la *transactio*²², aserto que se refuerza más aún si cabe en el

¹⁹ D. 2, 14, 48; D. 47, 22, 4.

²⁰ Sobre todo, a lo largo de la obra de M.T. Cicerón y T.M. Plauto, respectivamente (*De officiis* III, 24, 92 y ss.; III, 29, 107; I, 10, 33; *Pro Caecina* 18, 51; *Ad Atticum* VI, 3, 1; II, 9, 1; *In Verrem* III, 14, 36 y 37; *Pro Sextio* 25, 55; *De inventione* 22, 68; *Poenulus* 1155 y ss.).

²¹ Ley de las XII Tablas (Tabla VIII, 2).

²² D. 2, 4, 22, 1. La conexión histórica e identificación de los pactos con la *transactio* en el Derecho romano, en cuya virtud el pacto o transacción válido produce una acción, planea de forma implícita en algunas fuentes romanas (*Codex* 2, 4, 40 y 41). Al respecto, ADAME GODDARD, J. *Los pactos en las "Sentencias de Paulo"* (*Análisis del Título I del Libro Primero*). Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwikgo61oLvsAhX76eAKHXDIAMlQFjAAegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Farchivos.juridicas.unam.mx%2Fwww%2Fbjv%2Flibro>

Ius honorarium por medio del edicto del *praetor*²³, sobre todo merced al denominado *pactum de non petendo*, por el que las partes acordaban no entablar acción judicial para reclamar su derecho, hasta el punto que, de contravenir el pacto, el demandado podría interponer la *exceptio pacti conventi* para neutralizar y paralizar la acción ejercitada con tal propósito. Sin embargo, el pacto con este origen ya fue empleado en la época del derecho romano clásico con otras finalidades, puesto que, en la medida que presuponía la previa existencia de una obligación, por su través se podía, por ejemplo, pactar el plazo o el lugar de pago de la deuda, o bien fijar el propio contenido de las obligaciones.

En todo caso, dicha protección resultaba insuficiente, lo que impulsaría la necesidad de reconocer una acción en favor de quienes suscribieron el pacto, un proceso que resultó lento en el tiempo, cuya demora propiciaría la admisión de la validez de algunos pactos adjuntos inicialmente a los contratos de buena fe (*pacta adiecta*), para luego extenderse también a los contratos *stricti iuris*, situación que desembocaría en el reconocimiento de algunos pactos, llamados *pacta vestita*, frente a los pactos desnudos *-nuda pacta-*, desprovistos de cualquier tipo de *actio*²⁴. En su virtud, el Derecho romano entendió por *nuda pactio* el acuerdo informal relativo al cumplimiento de las obligaciones, o tendente a modificar alguna cláusula de un contrato preexistente, eso sí, desprovisto de *actio*, aun cuando su

[s%2F4%2F1855%2F7.pdf&usg=AOvVaw1Ac6E3zwOUvNu9nG1oFfBm](#)
(consultado con fecha 16/10/2020).

²³ D. 2, 14, 7, 7.

²⁴ “*Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”, D. 2, 14, 7, 4.

cumplimiento fuera exigible con base en la *fides*²⁵, todo ello sin perjuicio de la concesión efectuada por parte del *praetor* de una *exceptio* para el supuesto dado de que una de las partes contratantes resultara demandada en contravención de lo establecido en dicho pacto.

Precisamente y, con base en la visión aportada por el derecho pretorio al respecto, la interrelación que medió entre *pactum* y *conventio* se consuma bajo la expresión *pactum conventum*, superando por su través la noción consolidada de *pactum* como acto de paz en el marco de las XII Tablas, un resultado que se traducirá en el Derecho romano clásico en la conjunción, asimilación y práctica identidad²⁶ de las nociones *pactum* y *conventio*²⁷, merced a la labor efectuada por el pretor cuando atribuyera a los pactos un valor jurídico del que hasta entonces adolecieron, lo que se reflejará en la concesión de la pertinente *exceptio* como remedio procesal.

Incluso en la época posclásica y, a pesar de la tendencia expansiva de la voz *contractus* con la consiguiente y progresiva atenuación de las diferencias entre *pactum* y *stipulatio*, permanecerá vigente la distinción entre *nuda pactio* (carente de *actio* y, por lo tanto,

²⁵ Al respecto, DE LOS MOZOS TOUYÁ, J.J. *Aproximación a la causa del contrato en la doctrina del ius commune*. Seminarios Complutenses de Derecho Romano: Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística nº 27. 2014, págs. 127-128.

²⁶ "*Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum*" (Ulpiano, D. 50, 12, 3 pr).

²⁷ Gayo, en el siglo III d.C., lo señala cuando establece "*contrahitur hypotheca per pactum conventum*", D. 20, 1, 4. En este sentido, FUENTESECA, P. *Op. Cit.* 1978, pág. 310.

fuente de una obligación natural, aunque contentiva de una *exceptio*), y *contractus*, una expresión reservada más bien a los *pacta vestita*²⁸, esto es, aquellos acuerdos de los que emanaba una acción procesal, que contaban con su respectiva *causa civilis*, y que constituían una fuente de las obligaciones, entre los que se incluyen los *pacta praetoria*, *legitima* y *adiecta*.

Así mismo, y en la línea expansiva ya señalada del término *contractus*, el Derecho romano vulgar mitigará y debilitará progresivamente la distinción entre *pactum* y *stipulatio*, más aun cuando esta última comenzó a estar recogida por escrito en un documento²⁹.

Los compiladores justinianos³⁰ añadirán a la jurisprudencia clásica y a la legislación imperial su propia noción del *contractus*, lo que generará una nueva configuración de los pactos en el Derecho romano, sobre la base de la aproximación, rayana a la sinonimia en la práctica, entre los términos *pactum* y *conventio*, una convergencia debida fundamentalmente³¹ a varias razones, entre las que podemos señalar la desaparición del pretor como magistrado titular de la *iurisdictio*; la mayor importancia progresiva adquirida por los pactos,

²⁸ D'ORS, E. *Derecho Privado Romano*. Universidad de Navarra. Pamplona. 1981, pág. 141.

²⁹ BURILLO LOSHUERTOS, J. *Los pactos en el Derecho romano*. Anales de la Universidad de Murcia. Vol. XXII, números 3-4. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia. Murcia. 1964, pág. 168.

³⁰ BURILLO LOSHUERTOS, J. *Op. Cit.* 1964, pág. 169.

³¹ ALBURQUERQUE, J.M. *La protección jurídica de la palabra dada en el Derecho romano*. Publicaciones Universidad de Córdoba. Córdoba. 1995, págs. 136 y 137.

desde la óptica procesal y sustantiva; o la irrupción en la escena negocial de los *pacta legitima*, cuya fuerza obligatoria se equipara a la de los contratos.

Al mismo tiempo, se tiende a considerar los contratos como *pacta*, una concepción que servirá posteriormente a los glosadores medievales y a los pandectistas del siglo XIX para unificar y aglutinar el concepto de *pactum*, netamente alejado ya del originariamente romano, aun cuando manteniendo todavía la distinción romana existente entre *nuda pacta* y *pacta vestita*.

En suma, pues, la historia del término *pactum* a lo largo de la evolución del Derecho romano se caracteriza por adolecer de una noción unívoca³², o, en otras palabras, por presentar una multiplicidad en sus aplicaciones³³, lo que dificultará más si cabe la obtención de un concepto uniforme y lineal.

III. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL PACTO: EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

La obligatoriedad de los pactos en Roma muestra un paralelismo con el proceso de evolución que experimentó el propio

³² ALBURQUERQUE, J.M. *Op. Cit.* 1995, pág. 85.

³³ Al respecto, STURM, F. *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*. Convegno Contractus e Pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza Tardo-Repubblicana. Atti del convegno di diritto romano a cura di F. Milazzo. Università Degli Studi di Reggio Calabria. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro. Nápoles. 1990, págs. 168, 169.

Derecho romano, lo que se evidenciará en la eficacia misma de las distintas modalidades de pactos.

El tópico de la fuerza obligatoria del pacto entronca directamente con la gestación del principio *pacta sunt servanda*, cuyas raíces se hunden en las vísceras del ordenamiento jurídico romano, un presupuesto que nos conduce a subrayar y poner en valor debidamente la práctica de la jurisprudencia romana consistente en la elaboración y diseño de reglas *-regulae-* y aforismos, hasta el punto de constituir una parte esencial del Derecho romano, dada su propagación e inoculación en el derecho posterior que se mantiene vigente hasta nuestros días, merced a su pretendida continuidad lineal³⁴ secundada por la labor inapreciable de los glosadores y posglosadores, más tarde revivificada a través de la pandectística alemana, y refrendada de seguidas gracias al movimiento codificador.

En efecto, por su través y, a nuestro juicio, el movimiento codificador, lejos de abjurar de él y constituir, por ende, el fin y el ocaso del Derecho romano, ante la potencial instauración de un nuevo sistema de fuentes que deroga los textos romanos vigentes, representa más bien una consecuencia distinta, toda vez que las nuevas leyes imperantes, díganse los Códigos civiles, tomarán de

³⁴ Una cuestión más que debatida en nuestros días, como es la continuidad o no del Derecho romano sin interrupción hasta la actualidad, sobre la que nos hemos pronunciado abierta y afirmativamente, en BERNAD MAINAR, R. *La fructífera experiencia del ius commune ante el apasionante reto de la unificación del derecho privado europeo*. RIDROM. Número 19. Octubre, 2017, págs. 243 y ss.

aquellos textos, tanto el sistema, como la teoría jurídica de base³⁵ (y no solo en sus líneas generales, sino también, y a mayor abundamiento, en el detalle), sin con ello renegar de las modificaciones y añadidos producidos con posterioridad³⁶, de tal suerte que podamos sostener, sin tapujos ni remilgos, que el Derecho romano se erige en la osamenta inquebrantable del Derecho civil codificado de la Europa occidental³⁷.

III.1. LAS REGLAS Y AFORISMOS EN EL DERECHO ROMANO

Como sabemos, la *iurisprudentia* romana fue patrimonio en sus inicios de los pontífices y sacerdotes (jurisprudencia pontifical), quienes estuvieron encargados, entre otras funciones, de interpretar la Ley de las XII Tablas. Ya a partir del siglo II a.C., en plena etapa de la jurisprudencia republicana, emerge la figura del *iurisprudens privatus*, en una clara expresión de la tendencia laica inoculada progresivamente en la vida de Roma y, por lo tanto, también en el Derecho romano. Esta primera jurisprudencia laica cuenta con un marcado carácter aristocrático, pues se integra de miembros de la *nobilitas* romana, principalmente antiguos magistrados, que gozan en la sociedad romana de un notable prestigio personal y profesional³⁸.

³⁵ KOSCHAKER, P. *Europa und das Römische Recht*. Beck. Munich. 1966, pág. 292.

³⁶ CANNATA, C.A. *Corso di Istituzioni di diritto romano* (I). Giappichelli. Torino. 2001, pág. 11.

³⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Fundamentos de Derecho Romano*. Centro de Estudios Financieros S.L. Madrid. 2011, pág. 15.

³⁸ Su actividad se condensa en la tríada conceptual *agere* (señalamiento del procedimiento que se ha de utilizar), *cavere* (indicación de las medidas preventivas recomendables para asegurar la eficacia del negocio que se pretende

Es a partir del Principado cuando la jurisprudencia romana adquirirá su mayor apogeo³⁹. Aun cuando en la práctica los juristas siguen perteneciendo a la *nobilitas* romana, manteniendo un talante aristocrático, en esta época adquiere un cierto matiz democrático pues, en teoría, la condición de jurista se abre a la ciudadanía mediante la incorporación de discípulos a las distintas escuelas de jurisprudentes existentes⁴⁰. Los juristas conservaron la *auctoritas* de los pontífices, lo que les permitió conservar un alto prestigio moral y social, cualificación que se verá incrementada cuando algunas de sus opiniones resultan ratificadas por parte del emperador en virtud del *ius publice respondendi*, para luego ser consideradas como criterios preferentes de los jueces en el tenor de sus sentencias. Fiel al espíritu pragmático del Derecho romano, la jurisprudencia clásica se alejaría de la teoría y del formalismo para adoptar un carácter eminentemente casuístico en el que preponderaba el fondo del asunto y la indagación de la verdadera intención de las partes implicadas al tiempo de encontrar una solución de los casos planteados.

celebrar), y *respondere* (emisión de una opinión en calidad de asesoramiento ante la consulta evaucada). Entre los juristas más relevantes de la época podemos destacar a Appius Claudius Caecus, Tiberius Coruncanius, Fabius Pictor, Marcius Porcius Cato, Sextus Aelius Paetus, Catus, Junius Brutus, Manlius Manilius, Publius Mucius Scaevola, Quintus Mucius Scaevola, Aquillius Gallus, Servius Sulpicius Rufus, Q. Aelius Tubero, C. Aullius Gellius.

³⁹ Entre las etapas más importantes de la jurisprudencia clásica destaca la augustea, la antonina y la severiana. Al respecto, BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2021, págs. 92 y 93.

⁴⁰ Destaca la rivalidad que existió entre las escuelas sabiniana (Capitón, Sabino, Casio, Javoleno, Juliano) y proculeyana (Labeón, Próculo, Nerva padre e hijo, Pegaso, Celso padre e hijo, Neracio), en plena época augustea, hasta el 138 d.C.

Tras la implantación del Imperio Absoluto con el advenimiento de los emperadores Diocleciano y Constantino, el Derecho romano entra en crisis y se inicia una etapa de declive –Derecho romano vulgar-, lo que afectará también a la jurisprudencia de la época, que sucumbe presa de la burocracia y el poder omnímodo del emperador, quien eliminará el *ius publice respondendi*. De ahí que en esta etapa histórica los juristas se limiten a sistematizar y repetir el derecho anterior, sin apenas contar con actividad creadora, sino meramente repetitiva y basada en la práctica y reproducción de resúmenes.

Numerosos son los juristas romanos que elaboraron *Libri regularum*, desde Neracio y Celso hasta Pomponio, Gayo, C. Escévola, Paulo, Ulpiano, Licinio Rufino, Marciano, o Modestino, si bien el Imperio Absoluto impulsará el valor de las *leges* dictadas por el emperador y relegará la importancia de la labor de los *iurisprudentes* y, con ello, de la *iurisprudentia*. Aun así y, dado el empobrecimiento generalizado del derecho en esta época presidida por su vulgarización, las máximas legales, emanadas de las reglas jurídicas, tuvieron un protagonismo considerable en la legislación preponderante del momento, las constituciones imperiales, en las que se aspiraba más a establecer reglas con miras al futuro, que a criticar los hechos del pasado⁴¹, no tanto por medio de una labor de creación intelectual a cargo de los juristas, sino por la fuerza de su imposición,

⁴¹ *CTh.* 1, 1, 3; *Codex* 10, 32, 66.

aun cuando se siguiera reconociendo la *auctoritas* y el prestigio del jurista impulsor⁴².

La Compilación justiniana, elaborada por juristas bizantinos a instancias del emperador Justiniano, generará la sistematización racional del Derecho romano⁴³, en cuyo ensamble las definiciones asumen un protagonismo más que relevante, tal como lo atestigua el último Título (XVII) del último Libro (L) del Digesto (*De verborum significatione, De diversis regulis iuris antiqui*) que, con el fin de culminar su gran obra compiladora de jurisprudencia, llega a reunir más de doscientas reglas jurídicas.

Pues bien, aun cuando tal como hemos señalado, la jurisprudencia romana no se prodigó especialmente por suministrar definiciones jurídicas, dada la dificultad que suponía delimitar las nociones de las instituciones⁴⁴, lo cierto es que recurrió a la técnica del aforismo para sentenciar breve, clara y sencillamente una serie de

⁴² Es el caso de la *Lex Romana Burgundionum* (V.1; XV) en la que el Rey Gundebardo incorpora alguna regla del jurista Gayo (*Institutiones* 3, 225) en materia de injurias, así como del mismo Paulo (*Sententiae Pauli* 2, 31, 37) referente al hurto cometido por fugitivos, respectivamente. Al respecto, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjktZ-lsa3sAhUa6OAKHUa7CtYQFjADegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Ftextos.pucp.edu.pe%2Fpdf%2F4885.pdf&usg=AOvVaw3lWOORt5QUdcL54Z_c4NQg (consultado con fecha 11/10/2020); <http://www.ancientrome.ru/ius/library/paul/paul2.htm#31> (consultado con fecha 11/10/2020).

⁴³ En torno a la racionalidad y la lógica como características presentes e identificadoras en el ordenamiento jurídico romano, SCHULZ, F. *Principios del derecho romano*. Civitas. Madrid. 2000, págs. 54, 55.

⁴⁴ D. 50, 17, 202.

principios jurídicos, reglas o máximas orientados a proporcionar una solución apropiada ante la consulta impetrada de los casos que revestían un mayor grado de complejidad.

Así es, la jurisprudencia romana elaboró los primeros principios del derecho, mediante un método no exento de científicidad, a partir de la filosofía y de la gramática helenas, previo análisis de la casuística real sometida a consulta. Tales reglas *-regulae-* son el resultado de un proceso inductivo (que sigue el razonamiento desde lo particular a lo general) efectuado por los juristas, consistente en estudiar y escudriñar los distintos casos analizados hasta el punto de conformar, sin una finalidad preconcebida, una construcción dotada de cierta coherencia y alejada de toda improvisación o inspiración. Por su través, se extraen reglas generales *-regulae iuris-* a partir de los elementos comunes que concurren en cada uno de los casos planteados y abordados⁴⁵.

Si bien estos principios hunden sus raíces en el *ius civile*, preñados de una rigidez excesiva, el carácter pragmático del Derecho romano propiciará su necesaria adaptación y actualización en aras de un mejor desenvolvimiento, merced a los efectos evolutivos del *ius honorarium*, el *ius praetorium*, el *ius gentium* y el *ius novum*, con el aderezo que representa la presencia de valores extrajurídicos netamente arraigados en la vida romana (*aequitas, utilitas, humanitas*,

⁴⁵ En el sentido del razonamiento inductivo, Paulo precisa que la regla surge del Derecho y no viceversa, “... *non est regula ius summatur, sed ex iure quod est regula fiat*” (D. 50, 17, 1).

pietas, officium, amicitia, fides, bona fides, entre otros). Así es, con una conexión remota que hunde sus raíces en el *ius quiritarium* y otra más próxima coincidente con el ocaso de la etapa republicana romana, su elaboración material se gesta fundamentalmente en el período postclásico-bizantino⁴⁶, modulando en muchas ocasiones el rigor de los principios antiguos todavía subsistentes a través de un eficaz recurso retórico consistente en el uso de los adverbios apropiados que mitigaban la rigidez y severidad de las viejas máximas.

III.2. EN PARTICULAR, EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

Precisamente, un fragmento del jurista Javoleno en el Digesto se toma como referencia a la hora de conferir fuerza obligatoria a los contratos y así poder obtener un punto de conexión fiable con el espíritu del principio *pacta sunt servanda*, cuya configuración exacta nos conduce a la época medieval: en efecto, Javoleno señala que los contratos tienen fuerza de ley por tratarse de un acuerdo pactado⁴⁷. Justamente y, en la medida que una de las fuentes de las obligaciones romanas resulta ser el contrato⁴⁸, la voz *obligatio* (del verbo *obligare*)⁴⁹ inspira y aporta la idea de sujeción, atadura, ligamen, que por derivación lógica se traslada también al escenario de los contratantes en virtud del contrato celebrado.

⁴⁶ STEIN, P. *Regulae Iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims*. The University Press. Edinburgh. 1966, pág. 28.

⁴⁷ “*Contractus ex conventionem legem accipere dinoscontur*” (D. 19, 2, 21).

⁴⁸ *Institutiones* 3, 13, 2.

⁴⁹ *Institutiones* 3, 13, pr.; D. 44, 7, 3.

Una vinculación que mantendría el Derecho pretorio gracias al principio consagrado en el edicto del pretor (*album*), en cuya virtud el magistrado titular de la *iuris dictio* se comprometía a proteger los acuerdos celebrados sin fraude que no fueran contrarios a la ley, plebiscitos, senadoconsultos, decisiones del emperador, ni tuvieran tampoco la finalidad de eludir la aplicación de algunas de estas normas⁵⁰, un principio que, en algunas ocasiones y llevado a sus últimas consecuencias y derivaciones⁵¹, podía quedar desvirtuado fruto de la admisión posterior de una excepción al cumplimiento del pacto por el Derecho pretorio.

Sin embargo, antes de toparnos con el mencionado aserto del jurista Javoleno (D. 19, 2, 21), podemos ya encontrarnos con algunos ejemplos en el Derecho romano que demuestran la fuerza obligatoria y eficacia jurídica atribuida al pacto, tal como sucede concretamente en la ley decenviral (XII Tablas) cuando, en materia procesal, recurre a la expresión *pacere* como expresiva de la consecución de la paz tras el cese del inicio o de la continuación de un pleito⁵²:

⁵⁰ D. 2, 14, 7, 7.

⁵¹ Es el caso, por ejemplo, del *pactum de non petendo*, por el cual el acreedor prometía al deudor que no reclamaría la deuda por vía judicial. Aun careciendo de exigibilidad según el *Ius civile*, la actuación pretoria propiciaría que el demandado pudiera alegar el pacto por vía de excepción (*exceptio pacti conventi*) a los fines de paralizar y dejar sin efecto la acción interpuesta por el demandante. En torno a la mencionada *exceptio*, PELLECCHI, L. *La posizione dell' exceptio pacti nell' Editto del Pretore*. *Revue historique de droit français et étranger* n° 87. Dalloz. París. 2009, págs. 143-180.

⁵² PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*. Vol. 2. Athenaeum. Roma. 1928, págs. 367 y ss.

Así, la Tabla VIII.2 que, cuando establece “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*”, erige el pacto como antídoto frente a la rigurosa aplicación de la ley del talión, si bien la ley decenviral no especifique ni el proceder, ni las consecuencias de tal acuerdo⁵³, aun cuando en tal caso el *pactum* no hacía surgir una nueva relación obligacional, sino que eludía la aplicación de una norma concreta sobre la persona autora de una *iniuria*⁵⁴, y así evitar mediante el pacto una consecuencia aflictiva emanada directamente de la *actio iniuriarum*.

También podemos referirnos a la Tabla I, 6-7 (“*Rem ubi pacunt, orato*”; “*ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto*”) en relación con los numerales 8 y 9 de la misma Tabla, que alude al pacto entre los litigantes y quien los hubiera de juzgar (el magistrado en la fase *in iure*, o el juez en la fase *apud iudicem*). En su virtud, no se confiere eficacia directa a un pacto acordado entre los litigantes, sino que su verdadero efecto radicaba en evitar la acción procesal interpuesta en tanto en cuanto se gestaba entre las partes una transacción sobre el objeto del litigio⁵⁵.

Del mismo modo aplicaban, con los efectos señalados, los pactos celebrados en el caso *de furtum manifestum*, al evitar la

⁵³ Sobre el particular, FUENTESECA, P. *Derecho Privado Romano*. A. Gráficas. Madrid. 1978, págs. 38 y ss.; 310, 318.

⁵⁴ BURILLO LOSHUERTOS, J. *Op. Cit.* 1964, pág. 153.

⁵⁵ GIOFFREDI, C. *Rem ubi pacunt, orato XII tab. I, 6-9 (per la critica del testo decenvirale)*. *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"* n°15. 1973, págs. 271 y ss.

imposición de la pena prevista por una norma concreta y determinada –*addictio*–, toda vez que, en su virtud, se posibilitaba la transacción a fin de evitar el triunfo de la *actio furti* “... *de furto pacisci lex permittit*” (Ulpiano, D. 2, 14, 7, 14).

A su vez, en el comentario correspondiente a las XII Tablas y, concretamente en lo que a la Tabla III respecta, Aulo Gelio (en su obra *Noches Áticas*⁵⁶), reconoce la facultad existente entre el deudor condenado y el demandante triunfador en su demanda de lograr un pacto que tuviera por objeto evitar la aplicación del procedimiento ejecutivo⁵⁷.

Mención especial por su relevancia merece la aportación del derecho pretorio a la evolución del Derecho romano en general y a la configuración del principio *pacta sunt servanda* en particular, pues siguiendo a Ulpiano: “*Es natural la justicia de este Edicto, pues ¿qué cosa hay tan conforme a la lealtad humana que respetar los hombres lo que entre sí pactaron?*”⁵⁸, lo que se ratifica mediante la garantía aportada por el edicto del pretor a los pactos convenidos, al mantener su eficacia siempre que respetaran el Derecho del momento y no lo

⁵⁶ N.A. 20, 1, 46 y 47.

⁵⁷ GIOFFREDI, C. *Sull'origine della condemnatio pecuniaria e la struttura del proceso romano*. SDHI XII. 1946, págs. 136 y ss.

⁵⁸ “*Huius Edicti, aequitas naturalis est, quid enim tam congruum fidei humanae, qua mea, quae inter eos placuerunt, servare?*” (D. 2, 14, 7, 7).

defraudaran⁵⁹, una garantía reflejada en la *exceptio pacti conventi*, que tendería a neutralizar toda *actio* contraria al *pactum* celebrado⁶⁰.

En todo caso, aunque dicha promesa mantenida por el pretor en su edicto concediera fuerza al pacto, tal circunstancia no debe interpretarse como un aval absoluto del consensualismo, tal cual si se tratara de una protección omnímoda de toda *conventio*,⁶¹ más aun cuando, en puridad, más que pretender constituir relaciones jurídicas, su finalidad era más bien evitar un potencial litigio a través del instrumento procesal de la *exceptio*⁶², asumiendo el *pactum* un carácter accesorio, al quedar ligado a un contrato previo, o a una relación jurídica preexistente⁶³.

El principio aquí analizado también aparece presente en un pasaje del *Codex* de Justiniano (*Codex* 2, 3, 12), en cuya virtud “*la equidad, así del derecho, como de la cosa misma, exige, que deban guardarse los pactos más recientes. Por cuya razón, si en el convenio, que precedió, convino la parte contraria en que ella no lo utilizará, y sobre todo, si, como dices, también afirmó lo mismo en acta ante el presidente, no se te prohibirá*”

⁵⁹ LENEL, O. *Das Edictum perpetuum: Ein Versuch Zu Seiner Wiederherstellung*. Tauchnitz. Leipzig. 1927, págs. 64 y ss.

⁶⁰ LENEL, O. *Op. Cit.* 1927, pág. 501.

⁶¹ TALAMANCA, M. *La storia dell'edictum de pactis*. Labeo 6. 1960, págs. 278 y ss.

⁶² Otra de las manifestaciones posibles de la defensa del pacto podría ser a través de la *denegatio actionis*. En este sentido, D'ORS, E. *Op. Cit.* 1981, págs. 722 y ss. En torno a la figura de la *denegatio actionis*, METRO, A. *La denegatio actionis*. Giuffrè. Milano, 1972.

⁶³ DIOSDI, G. "Pacta nuda servabo?" *Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*. *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"* n°13. 1971, págs. 89 y ss.

ejercitar la acción que había habido sobre el primer convenio"⁶⁴, donde se evidencia que la expresión "*servari oportet*" equivale aquí a observar y cumplir lo pactado, del mismo modo que sucede con los pactos más recientes y solo estos con carácter excluyente, dando pie con ello, por argumento *sensu contrario*, a admitir como factible la posible revisión de los pactos que no son de fecha tan reciente, o incluso los que ya existen desde hace tiempo.

Mención especial merece el tratamiento de las nociones de pacto, convención, transacción y estipulación en la célebre obra de las Sentencias de Paulo (Título I, Libro I), puesto que, si bien quedan nítidamente diferenciadas entre sí en la época clásica, tienden a converger en su contenido en el derecho postclásico o vulgar. Ya en torno a la rúbrica del Título surge una cuestión, puesto que se discute si incluye la expresión *pactis et conventionibus*, lo que denotaría la concepción de dos figuras distintas, o bien por el contrario, la de *pactis conventis*, como si se tratase de una sola figura referida a los pactos convenidos, dada su ubicación en el Edicto del pretor, al hallarse incrustada entre la *editio actionis* y la *in ius vocatio*, lo cual no sería óbice para mantener la transformación progresiva de la *conventio* en una categoría general y, por ende, atribuir al *pactum* y a la *conventio* la consideración de dos instituciones jurídicas diferentes, sin perjuicio

⁶⁴ Codex 2, 3, 12: "*pacta novissima servari oportere, tam iuris quam ipsius rei aequitas postulat. Quapropter si conventione, quae praecessit, diversa pars usuram se non esse consensit, et maxime si, ut proponis, id etiam apud acta praesidis asseveravit, actionem, quae super prima conventione fuerit, exercere non prohiberis*" (Constitutio 3 de las calendas de marzo 230 d.C., bajo el consulado de Agrícola y de Clementino).

de que las rúbricas justinianas utilizasen una expresión unitaria (*de pactis*)⁶⁵.

Incluso se llegan a confundir los términos *transactio* y *pactum*⁶⁶, pues no debemos olvidar que la *transactio* constituyó el prototipo de los pactos suscritos en el derecho clásico, en la medida que, por su través, se resolvía un conflicto sin necesidad de entablar un pleito, de tal suerte que llegará a ser reconocida como contrato innominado en la época de Justiniano. Sin embargo, la concesión de la *actio praescriptis verbis* con la finalidad de hacer efectivo su cumplimiento, producida a finales del Principado y más concretamente en tiempos del emperador Alejandro Severo (230 d.C.)⁶⁷, resultará ser el germen decisivo y determinante para la tipificación y catalogación posterior de la *transactio* como un verdadero contrato innominado.

III.3. SOBRE LA EFICACIA DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE PACTOS

Relacionado con el principio *pacta sunt servanda* es el tema concerniente a la eficacia de las distintas modalidades de pactos en Roma, ya fueran pretorios, legítimos, constitutivos de derechos reales, o añadidos a un contrato preexistente.

Respecto a la eficacia de los pactos pretorios, esto es, los amparados por el pretor mediante una *actio in factum*, que no

⁶⁵ D. 2, 14; *Codex* 2, 3.

⁶⁶ *Sententiae Pauli* 1, 1, 1: “*De his rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet ...*”.

⁶⁷ *Codex* 2, 4, 6.

encajaron dentro de la categoría contractual de los contratos nominados ni generaban obligaciones, se incluyeron el pacto de juramento –*iusiurandum voluntarium*⁶⁸–, el *constitutum debiti*⁶⁹ *proprii* o *debiti alieni*, y las distintas modalidades de *receptum (arbitrii; nautarum, cauponum, stabulariorum; argentarii)*⁷⁰, cada una de ellas con una fisonomía propia, según consistiera, respectivamente, en adoptar un compromiso vinculante de acudir a un árbitro para dirimir una controversia; ya en asumir la responsabilidad en virtud de los efectos recibidos destinados al transporte marítimo, de los que acompañan al

⁶⁸ En su virtud, se pacta que, para dilucidar una controversia entre los autores del pacto, uno de ellos se habría de atener a lo que la contraparte jurase al respecto: si quien juraba era el acreedor sobre la existencia de la deuda, a instancia del deudor, el primero podría hacer valer el pacto mediante la *actio iurisiurandi* para hacer pagar al deudor su deuda; si por el contrario, era el deudor quien juraba, a instancia del acreedor, que no debía nada, a la acción de este último para reclamar el crédito el deudor opondría la correspondiente *exceptio iurisiurandi*. Sobre esta modalidad de pacto pretorio, AMIRANTE, L. *Dubbi e riflessioni in tema di iusiurandum in iudicio*, en Studi in onore di E. Betti, III. Milano. 1969, págs. 27 y ss.

⁶⁹ Se trata del pacto por el cual, sobre la preexistencia de una deuda, se promete pagar en una fecha determinada una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles que ya adeudaba el promitente (en su modalidad de deuda propia), o un tercero (de deuda ajena). En las fuentes romanas destaca su presencia en el Digesto (D. 13, 5; 31, 16); el *Codex* (4, 18, 2, 1); y también en *Institutiones Gai* 4, 171. Por medio del referido pacto, el acreedor, a su arbitrio, podría optar entre la *actio* amparada por el pretor emanada del pacto (*actio de pecunia constituta*), o bien la *actio* propia de la obligación preexistente (D. 13, 5, 28). Una referencia sobre el particular en FREZZA, P. *Questioni esegetiche e sistematiche in materia di constitutum debiti*, in Studi in memoria di G.B. Funaioli. Milano. 1961, págs. 699 y ss.

⁷⁰ *Sobre estas instituciones jurídicas*, FERNÁNDEZ BARREIRO, A.; GARCÍA CAMIÑAS, J. Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en Derecho romano. AFDCU n° 15. 2011, págs. 277 y ss.; SALAZAR REVUELTA, M. El *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*: motivación de la intervención pretoria en el ámbito del transporte marítimo y terrestre. *Revista General de Derecho Romano* n° 8, 2007 (RI §400371); CARVAJAL RAMÍREZ, P.I. *Receptum argentarii* (I). Nota sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano. *Ars Boni et Aequi* n° 1. 2005, págs. 127 y ss.

huésped de un establecimiento de hospedaje, o de los animales depositados en un establo o lugar específico para su cuidado; o, por fin, la responsabilidad a cargo del banquero por los efectos recibidos de su clientela en el ejercicio de su profesión.

Por lo que respecta a la eficacia de los pactos legítimos, dotados de fuerza obligatoria y amparados a través de una *actio -condictio ex lege-*, se trata de una categoría de pactos confirmados por una constitución imperial⁷¹. En verdad, estos pactos se deslindan de la noción de *contractus* por una reminiscencia de la clasificación escolástica de las obligaciones, puesto que, en la medida que las constituciones imperiales *-leges-* son equiparadas a las fuentes del *ius civile*, estos pactos, emanados de ellas, cuentan con la eficacia constitutiva de los derechos de crédito u obligaciones⁷². Veamos sus expresiones más significativas y relevantes.

Así sucede con el *pactum dotis*⁷³, que completaba la constitución de una dote con efectos obligacionales⁷⁴, y fue sancionado por una *actio -condictio ex lege-*, de tal manera que, siendo ya efectivo en la época clásica del Derecho romano, adquirirá su plenitud de efectos y tutela jurídica en la época posclásica y justiniana, dado que fue en este tiempo cuando se integraría en el elenco de los pactos legítimos.

⁷¹ D. 2, 14, 6.

⁷² En este sentido, Paulo señala (D. 13. 2. 1): “*si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est*”.

⁷³ Constitución de Teodosio II y Valentiniano en el 428 d.C. (*Codex* 5, 11, 6).

⁷⁴ MELILLO, G. “*Patti*” (storia). Enciclopedia del Diritto. XXXII. Torino. 1982, pág. 489.

De igual guisa sucedía con el *pactum donationis*, una simple promesa de efectuar una donación⁷⁵, cuyo cumplimiento resultaba exigible mediante una *actio*, tras su reconocimiento oficial por medio de una constitución imperial⁷⁶.

Otro ejemplo más de *pacta legitima* lo representó el *pactum ex compromisso*⁷⁷, relacionado colateralmente con el ya mencionado *receptum arbitrii*⁷⁸. En virtud del pacto de compromiso se acordaba que la controversia entablada entre las partes se dirimiría por uno o varios árbitros elegidos de mutuo acuerdo por las partes, de tal suerte que la decisión adoptada por el árbitro –laudo- resultaría de obligado acatamiento. Su reconocimiento por el emperador Justiniano⁷⁹ le otorgó fuerza obligatoria, amparada a través de una acción tras la suscripción del laudo por las partes, habiendo pasado diez días desde la fecha de haber sido pronunciado sin mediar previa impugnación.

Una mención particular, no exenta de cuestionamiento en cuanto a su consideración como un pacto propiamente dicho⁸⁰,

⁷⁵ Una referencia a este pacto y su recepción por los glosadores, en GUZMÁN BRITO, A.G. *La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n° XXV. Valparaíso. 2004, págs. 211 y 212.

⁷⁶ Constitución de Justiniano del 430 d.C. (*Codex* 8, 53, 35; *Codex* 5, 2, 7, 2).

⁷⁷ DAZA MARTÍNEZ, J. *Compromissum. Su naturaleza jurídica*. Anales de la Universidad de Alicante n° 5. Facultad de Derecho. 1990, págs. 89 y ss.

⁷⁸ D. 4, 8, 2, 4-5; 4, 8, 3, 1; 4, 8, 5; 4, 8, 13, 2; 4, 8, 15; *Codex* 2, 55, 4-5.

⁷⁹ Constitución del 530 d.C. (*Codex* 2, 55, 5 pr.). El mismo emperador Justiniano abolirá el compromiso jurado (*Nov.* 82, 11, 1).

⁸⁰ En este sentido, MELILLO, G. *Op. Cit.* 1982, pág. 490.

merece el tema de la eficacia de los pactos constitutivos de derechos reales, toda vez que, a partir de la época clásica, ciertos pactos o convenciones contaron en su haber con la eficacia constitutiva de los derechos reales (usufructo, servidumbre de paso, conducción de agua, no elevar la construcción más cierta altura), sobre todo en el área del derecho pretorio⁸¹, lo que se convertirá en una práctica muy habitual que adquiere carta de naturaleza a lo largo de la época posclásica respecto al modo de constitución de las servidumbres prediales y del usufructo "*pactio atque stipulatio*"⁸², esto es, mediante la realización del pacto y de la estipulación.

Precisamente y, dada su relación, también podríamos añadir en este apartado y traer a colación la denominada *conventio pignoris*, una de las modalidades de constitución del *pignus*, fruto de la voluntad privada y que, por tratarse de una institución jurídica propia del *Ius honorarium*, no requería de un acto formal *ad hoc* por reflejar inicialmente una configuración propia de los pactos⁸³, en cuya virtud y, mediante un acuerdo, se constituye un derecho real, referido en las fuentes bajo el concepto de *pactum pignoris o hypothecae*⁸⁴ y que, a diferencia del mero pacto, carece de los efectos traslativos del

⁸¹ *Institutiones Gai* 2, 31.

⁸² D. 8, 3, 33. Sobre el particular, GROSSO, G. *Riflessione sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto "pactionibus et stipulationibus" sui fondi provinciali*. Sein und Werden im Recht. Fetgabe für von Lübtow zum 70. Gerburstag. Berlin. 1970, págs. 411 y ss.

⁸³ MAYER-MALY, T. *Römisches Privatrecht*. Springer. Wien. New York. 1991, págs. 65 y ss.

⁸⁴ *Contrahitur hypotheca* (Gayo, D. 20, 1, 4); *conventio* (Papiniano, D. 20, 1, 1 pr.).

dominio, no obstante el proceso de espiritualización desarrollado a lo largo de la época posclásica y justiniana del Derecho romano.

Por su considerable repercusión en el ámbito de los negocios de buena fe, abordaremos también la eficacia de los pactos añadidos (*pacta adiecta*)⁸⁵, en la medida que, como señala el jurista Ulpiano “*pacta conventa inesse bonae fidei iudicis*”⁸⁶, es decir, los pactos convenidos están incluidos en los juicios de buena fe⁸⁷, de tal suerte que el simple pacto en estos casos, no solo engendra una *exceptio* como consecuencia, sino que, además, llega a formar parte de la acción misma hasta formar parte integrante de la misma⁸⁸. De ahí que el valor extrajurídico de la *bona fides*, informante referencial y preferencial del Derecho romano, se erige en un conducto natural por el cual adquieren virtualidad las cláusulas incluidas por los contratantes, que serán tomadas en consideración por el juez, tal como sucede en los juicios de buena fe⁸⁹, razón por la cual se puede afirmar que el efecto puro y propio del pacto se calibra en su verdadera dimensión si coincide simultáneamente con el momento de la perfección del contrato, sin perjuicio de que pueda también evidenciarse la misma conclusión en el caso de que el pacto se hubiera suscrito incluso con posterioridad a su conclusión.

⁸⁵ Expresión esta que no es propiamente romana sino medieval. En este sentido, ALBURQUERQUE, J.M. *Op. Cit.* 1995, 129 y ss.

⁸⁶ D. 2, 14, 7, 5.

⁸⁷ Como sabemos, en los juicios de buena fe había que estar a lo pactado, sin perjuicio de que el juez atendiera a todas las circunstancias que concurrieran en el caso específico, por ser exigibles estas a toda persona justa y leal. Al respecto, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fide civiles*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña nº 8. 2004, págs. 331 y ss.

⁸⁸ D. 18, 5, 3; *Codex* 2, 3, 13.

⁸⁹ D. 19, 1, 11 pr.

Así pues y, como regla general, podemos señalar que el efecto natural del pacto se contemplaba cuando tales pactos se hubieran realizado inmediatamente y constituían un beneficio para el actor, lo que resultaría implícito en el Derecho romano; sin embargo y respecto de lo acordado posteriormente, se ha cuestionado si se puede considerar su inserción en el contrato, así como su potencial beneficio para el demandante⁹⁰, al no generar una *actio* por su través, sino más bien ser procedente la aplicación de la mera *exceptio*.

Empero lo afirmado con anterioridad y relacionado con ello, un texto del jurista Papiniano a propósito de la compraventa⁹¹ distingue cuál sea el contenido del pacto incorporado a los fines de considerarse este inherente o no al contrato: así es, cuando pacto tuviera la virtualidad de restar alguna obligación accesoria a alguno de los contratantes se tendría por inherente al contrato (*pactum quod aliquid detrahit emptioni, quos minum contractum*), en tanto que cuando tuviera por objeto añadir algún contenido no se reputaría inherente al mismo (*pactum quod vero adiciunt, credimus non inesse*), sobre el entendido de que si la novedad del pacto consistiera en aumentar o disminuir el precio, al ser este un elemento esencial de la compraventa y aunque se mantuviera el resto de las circunstancias, se tendría por rescindido el primer contrato como consecuencia de la nueva compra efectuada.

⁹⁰ Se reafirma esta interpretación en el *Codex* 2, 3, 13 cuando así lo señala: “*in bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si ex continenti fiat; nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit*”.

⁹¹ D. 18, 1, 72 pr.

Y es que, como es sabido, la compraventa se erigió en el Derecho romano en el campo abonado por excelencia para la proliferación de los pactos accesorios respecto de un contrato principal⁹², circunstancia que propició el progresivo delineamiento de las obligaciones recíprocas propias del contrato, sobre todo a medida que se produjo la espiritualización del consentimiento y se redujeron las formalidades contractuales, lo que se traduciría en una agilización y flexibilización del tráfico jurídico, un fenómeno refrendado mediante la protección jurídica emanada de la correspondiente *actio*.

Todo lo referido anteriormente nos lleva a poder constatar la mitigación gradual de la línea de separación que media entre la noción de *pactum* y *contractus*, en un proceso paralelo y cónsono con el correlativo al de simplificación experimentado paulatinamente en el Derecho romano en lo que al ámbito de los pactos concierne, una tendencia ya atisbada e impulsada en la experiencia jurídica romana en plena época republicana por parte del pretor, el magistrado titular de la *iuris dictio*, quien ejercerá su función, entre otros objetivos, en aras de la consecución y alcance de una mayor funcionalidad, flexibilización y agilidad del tráfico jurídico, que se veía atenazado por el rígido y encorsetado formalismo que caracterizaba al derecho romano primitivo *-ius civile, ius quiritarium-* en la fase inicial de desarrollo del ordenamiento jurídico romana desde la perspectiva de su periodización.

⁹² Al respecto, D. 18, 3, 2; 18 1, 75; 18, 2, 4, 6; 18, 2, 7 y 8; 19, 5, 12 y 20; 27, 9, 1, 4; *Codex* 8, 34, 3, 1.

IV. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*, ATISBOS DE CONEXIÓN CON LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

No obstante la consideración del carácter vinculante del contrato, hasta el punto de contener la fuerza de una ley (*lex privata inter partes*), ya en la época romana se abordó el supuesto del cambio imprevisto de las circunstancias derivado de un hecho imprevisible para los contratantes y la consiguiente dificultad que ello implicaba en cuanto al cumplimiento de lo pactado.

En efecto, algunos escritos filosóficos de Cicerón⁹³ y, con mayor profusión, de Séneca⁹⁴ excusaban y justificaban el incumplimiento de lo pactado en caso de producirse un cambio de tal magnitud en la situación de hecho que, por su envergadura, no habría dado lugar a haberse suscrito el acuerdo. Con base en la coherencia que la prudencia y sabiduría aconsejan, así como en las relaciones de confianza sobre las que se asienta el pacto, se sostuvo como regla general en Roma que el deber de observar y cumplir lo pactado subsistía bajo la condición de que la situación de hecho original se hubiera mantenido inalterada ("*omnibus his manentibus*"). Así es, en la

⁹³ CICERÓN, M.T. *De Officiis* I, 10; III, 25, en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjHu9DF2PXsAhWHiFwKHUU7BbUQFjAFegQIC hAC&url=http%3A%2F%2Fremacle.org%2Fbloodwolf%2Fphilosophes%2FCiceron%2Fofficiis1a.htm&usg=AOvVaw2crta1EQnniiqOZIbG974j> (consultado con fecha 7/11/2020).

⁹⁴ SÉNECA, L.A. *De beneficiis* IV, 34 y 35, en http://www.bibliotecavirtualdeandalucia.es/catalogo/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=87673 (consultado con fecha 7/11/2020).

mentalidad romana el hombre sabio no cambiaba su decisión sobre lo que ha sido ya previsto, de no sobrevenir un cambio en las circunstancias que permitiera justificar una nueva consideración sobre lo ya adoptado y decidido.

Con base en estos antecedentes remotos de la República romana, más filosóficos que propiamente jurídicos, y al hilo del deber de observar lo pactado, también podemos invocar algunos textos jurídicos romanos que, sin lugar a dudas, conforman la base de la excepción al principio *pacta sunt servanda* y, por ende, apuntan en la dirección de erigirse en los verdaderos precedentes de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuya formulación y alumbramiento propiamente dichos datan de la época medieval, tal como analizaremos con posterioridad al abordar la figura.

A su vez, al hilo de lo anterior y a mayor abundamiento, otros textos jurídicos romanos recopilados en la magna obra del Digesto (*iura*) recogen las opiniones sobre el particular de algunos autores como Africano, Neracio, o Paulo, de tal suerte que han sido considerados como la base jurídica de la doctrina europea que ha admitido y consagrado la cláusula *rebus sic stantibus*, entre los cuales destacamos los siguientes:

1.- Africano (*Quaestionum, Liber 7*)⁹⁵. Con relación a la fuerza obligatoria de la promesa o estipulación realizada, el jurista señala, a

⁹⁵ D. 46, 3, 38 pr.

propósito de la *capitis deminutio* del *adiectus solutionis causa*, que la vinculación derivada de la misma procede cuando se mantiene la situación o el estado de cosas existentes al tiempo de llevar a cabo la promesa o estipulación, pero no en el caso contrario, tal cual sucede, por ejemplo, en supuestos de *capitis deminutio* por razón causas tales como la adopción, la condena al destierro, la interdicción del fuego y agua, o la adquisición de la condición de esclavo. En su virtud, toda estipulación llevaría implícita una cláusula por la que el estipulante o los estipulantes estarían obligados a cumplir su promesa si se mantuvieran las mismas circunstancias “*si in eadem causa manserit*”.

2.- Otro tanto sucede para reivindicar la presencia de una cláusula implícita en el sentido reseñado, aunque de manera más alambicada y menos contundente, a nuestro juicio, con un texto del jurista Neracio (*Membranarum*, Liber 2)⁹⁶, quien trae a colación y refiere la opinión de Servio, a propósito de la constitución de dote por razón de matrimonio en el supuesto de que uno de los novios careciera de la preceptiva edad legal para casarse: así es, en este caso cabría la repetición de la misma, de haberse producido el divorcio antes de la adquisición de la edad legal requerida para casarse, por tratarse de una modificación esencial de las circunstancias en las que se habría constituido la dote; si bien no cabría dicha repetición cuando el divorcio hubiera acaecido con posterioridad a la adquisición de la edad legal, en la medida que los interesados podrían llegar a constituir todavía dicha dote.

⁹⁶ D. 12, 4, 8.

3.- Otros textos del jurista Paulo abundan en esta misma dirección (*Responsorum*, Liber 5; *Sententiarum*, Liber 5)^{97 98}: el primero, no de manera tan clara, respecto de un supuesto concreto de resolución del contrato de arrendamiento rústico por impago del *colonus* de la *merx* durante dos años consecutivos; y el segundo, también sostenido con ciertas reservas por la disparidad de los supuestos contemplados en el mismo fragmento⁹⁹, a propósito de las relaciones contractuales que median entre publicanos y vectigalistas en torno a la repercusión de los riesgos que sufre la cosa que produce frutos periódicamente de producirse de manera sobrevenida un cambio sustancial en el valor del mercado que altere el equilibrio inicial establecido entre las partes, ante la cesión acaecida de tales frutos periódicos por medio de una compraventa.

Así, pues, y a modo de colofón sobre este punto, aun cuando la cláusula *rebus sic stantibus*, como excepción y modulación al principio *pacta sunt servanda*, no fuera prescrita ni formulada por la jurisprudencia romana, lo cierto es que, en cuanto a su formación y aplicación por parte de los glosadores, así como a su consolidación posterior, podemos señalar que los textos romanos, y más aún el del jurista Africano, se erigen en sus verdaderos acreedores preferentes, dando a entender con ello de manera evidente una vez más la sombra

⁹⁷ D, 19, 2, 54, 1.

⁹⁸ D. 39, 4, 11, 5.

⁹⁹ D. 39, 4, 11, 1-5: venta a los enemigos de la piedra necesaria para afilar el hierro; prohibición de privar de los campos públicos dados en arrendamiento perpetuo por parte del curador sin previa autorización del emperador; confiscación de la nave con carga ilícita; persecución de mercancías ilícitas y posibilidad del dueño de comprar la mercancía decomisada.

alargada que proyecta el derecho romano, más allá de su época cronológica, en lo que se conoce como la segunda vida del ordenamiento jurídico de los romanos¹⁰⁰ siguiendo un recorrido jalonado por distintos hitos históricos dignos de mención: la labor de los glosadores y posglosadores; la irrupción de los movimientos del humanismo y del racionalismo iusnaturalista; la incidencia de la escuela histórica del derecho y su derivación en la pandectística alemana; y el dogmatismo jurídico, como preámbulo de la codificación¹⁰¹. Un recorrido, pues, de largo aliento que permite enmarcar y justificar el proceso de configuración de las instituciones jurídicas de nuestros días, inoculadas honda y profundamente en el seno de los códigos y de las leyes adscritos a los distintos ordenamientos jurídicos integrantes de la extensa familia romanística del derecho en la que se encuadra buena parte de los países europeos y latinoamericanos¹⁰².

¹⁰⁰ BONFANTE, P. *Diritto Romano*. Fratelli Cammelli. Florencia. 1900, pág. 3.

¹⁰¹ Se habla, incluso, de los distintos reencuentros habidos entre el Derecho romano y la historia del derecho: el primero coetáneo con la época romana; el segundo, el que coincide con su renacimiento en las universidades italianas a partir del siglo XI; el tercero a cargo de la Pandectística como preámbulo del período codificador; y, por último, un cuarto reencuentro, en nuestros días, ante el sugestivo reto de la unificación del derecho privado europeo. En este sentido, TORRENT RUIZ, A. *La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo*, en *Studia et documenta historiae et iuris (SDHI)* n° 81. 2015, pág. 478.

¹⁰² En torno a la familia romanística del derecho, ZWEIGERT, K; KÖTZ, H. *Introducción al Derecho comparado*. Oxford. University Press. México. 2002, págs. 113 y ss.

V. DERIVACIONES POSTERIORES Y PROGRESIVA DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

La gran repercusión ejercida por la Compilación de Justiniano propiciará que el recurso a las compilaciones de reglas, tomando como referencia el Título XVII del Libro L del Digesto, se proyecte posteriormente en la Edad Media a las compilaciones canónicas¹⁰³ y a otras leyes, tal como sucede, por ejemplo, con una obra tan importante como lo fueron en su momento las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio¹⁰⁴.

Al socaire y como complemento de los libros de reglas insertos en las compilaciones medievales, se comenzó también a publicar en plena época medieval y, con un fin predominantemente pedagógico del derecho ante el escaso nivel jurídico del momento, las primeras expresiones de brocardos (*Brocarda. Brocardica, Generalia*)¹⁰⁵, de tal manera que llegaron a recopilarse en repertorios¹⁰⁶, si bien

¹⁰³ Decretales de Gregorio IX (año 1234): Libro V, Título XLI; *Liber Sextus* de Bonifacio VIII (año 1298): Libro V, Título XIII.

¹⁰⁴ Las Siete Partidas (VII, XXXIV), en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiD9fej6vXsAhXxc98KHUh0BcgQFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.boe.es%2Fbiblioteca_juridica%2Fpublicacion.php%3Fid%3DPUB-LH-2011-60%26tipo%3DL%26modo%3D2&usg=AOvVaw2nYlXFhw8X-VZjoe8w2puV (consultado con fecha 9/11(2020)).

¹⁰⁵ Sobre el origen etimológico del vocablo, DOMINGO, R. (Coord.). *Op. Cit.* 2006, págs. 24 y 25.

¹⁰⁶ Entre ellos destaca el de Pilio de Módena (*Libellus disputatoribus*, año 1195); Azo (*Brocarda*, primeros años del siglo XIII); y Dámaso (*Brocardia* o *Generalia*).

aparecieran diseminadas y deslavazadas entre las fuentes romanas y medievales.

Con posterioridad, en época renacentista, la gran divulgación y reconocimiento que adquirieron los adagios y aforismos (*Adagia*)¹⁰⁷ elaborados por el célebre humanista holandés Erasmo de Rotterdam permitieron catapultar el protagonismo e influencia del género correspondiente a las reglas jurídicas.

También el movimiento del racionalismo, que presidiría los siglos XVII y XVIII, enarbolaría el interés y la utilidad de las reglas jurídicas en su intento de construir un sistema de normas según el modelo matemático (*more mathematico*), equidistante del hasta entonces imperante patrón romano-canónico, lo que se traduciría en una abundante producción científica sobre el particular¹⁰⁸. De igual manera, en los siglos XVII y XVIII, autores de talla considerable pertenecientes, tanto al *usus modernus pandectarum* (Brunnemann)¹⁰⁹, como al iusnaturalismo (Pufendorf, Leibniz) y al iusromanticismo

¹⁰⁷ COLÓN DOMÈNECH, G. *Los Adagia de Erasmo en español (Lorenzo Palmireno, 1560) y en portugués (Jerónimo Cardoso, 1570)*. Revista de Filología Española (RFE), LXXXIV, 2004, págs. 5-27.

¹⁰⁸ *Regularum utriusque iuris cum ampliacionibus ac limitationibus* (De Dueñas, P. Salamanca, 1554); *Tractatus de Iustitia universali, sive de fontibus Iuris. In uno titulo, per aphorismos* (Bacon, F. Londres, 1623); *Novus in titulum Pandectarum diversis regulis iuris antiqui Commentarius* (Godefroy, J. Ginebra, 1653); *Institutes of the Laws of England*, también *Reports* (Coke, E.); *On the Grounds and Maxims of the Laws of this Kingdom* (Noy, W., 1641).

¹⁰⁹ BERNAD MAINAR, R. *La pandectística alemana, columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno*. RIDROM n° 17, octubre 2016, págs. 2-17, en http://www.ridrom.uclm.es/documentos17/bernad17_pub.pdf (consultado con fecha 12/11/2020).

(Goethe¹¹⁰, Hegel), recurrirán a la técnica del aforismo con un gran éxito y amplia difusión.

Los principios generales del derecho, presentes y vigentes en la mayoría de los Códigos civiles de los distintos ordenamientos jurídicos tras la codificación (artículo 1, 4 del Código civil español), reproducen en muchas ocasiones reglas jurídicas, con una función integradora más que relevante, hasta el punto de haberse llevado a cabo su recopilación en repertorios creados al efecto ya desde el siglo XIX hasta la actualidad¹¹¹.

Si a ello sumamos la cada vez mayor importancia del derecho comparado en nuestros días, merced a la internacionalización y globalización de las relaciones jurídicas ante los procesos de unificación jurídica y judicial, así como al surgimiento con grandes bríos de nuevas vetas en el ámbito del derecho (aspectos tales como la información veraz, la biodiversidad, la genética, los sectores vulnerables, la digitalización), podemos colegir y subrayar sobremanera el papel que las reglas jurídicas están cobrando actualmente como instrumento de primera mano en la creación de los

¹¹⁰ *Maximen und Reflexionen* (1833), en https://books.google.es/books?id=XRAxBwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0 (consultado con fecha 12/11/2020).

¹¹¹ *Law Dictionary* (Bouvier, J., 1856); *A Selection of Legal Maxims* (Broom, H., 8ª ed. 1882); *Principles and Maxims of Jurisprudence* (Phillimore, J.G., 1856); *Latin Maxims and Phrases* (Lord Trayner, 2ª ed. 1876); *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos* (Mans Puigarnau, J.M., 1947); *Adages du droit français* (Roland, H. 4ª ed. 1999); *Legal Maxims* (Basit, M.A., 2003).

nuevos juristas que deberán gestionar los procesos de unificación jurídica y su consiguiente puesta en práctica como reto inmediato¹¹².

Precisamente, tras atravesar colateralmente la referencia a los aforismos y conectando con el itinerario de la noción de pacto posterior a la época romana, hemos de subrayar que la incuestionable base romanista del *Liber Iudiciorum*, obra cimera por antonomasia de la legislación visigoda, ocasionará una más que evidente correspondencia con el Derecho romano en lo que a la fuerza y obligatoriedad de los pactos atañe¹¹³.

Sin embargo, la Alta Edad Media representará una cierta desviación con relación a lo establecido hasta el momento sobre la materia por parte de la experiencia jurídica romana: en efecto, el Derecho germánico supone un retroceso en cuanto a la espiritualización del derecho, sobre todo en sede contractual, con una marcada tendencia en este ámbito a la formalización escrita, la intensificación de su función económica, y la tipificación de los negocios jurídicos¹¹⁴.

Sin embargo, el Derecho canónico, dado el aditamento de corte ético que incorpora al Derecho de la época¹¹⁵, observará una mayor conexión y continuidad con la tradición jurídica romanista, lo que se

¹¹² BERNAD MAINAR, R. *El protagonismo de la doctrina y de la ciencia jurídica en la unificación del derecho europeo de contratos*. RIDROM nº 20. 2018, págs. 154 y ss.

¹¹³ *Liber Iudiciorum* II, 5, 3 y 7 (Fuero Juzgo 2, 5, 3 y 7).

¹¹⁴ MELILLO, G. *Op. Cit.* 1982, pág. 493 y ss.

¹¹⁵ MELILLO, G. *Op. Cit.* 1982, pág. 493.

evidenciará muy marcadamente con la preservación de la asimilación de las nociones de *pactum* y *contractus*, junto a la vigencia del principio *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*. No hemos de omitir en esta línea de pensamiento el influjo de la vertiente canónica¹¹⁶ en cuanto a la observancia de lo pactado y la imbricación manifiesta que se va tejiendo en torno al cumplimiento de lo pactado como premisa necesaria en el objetivo del mantenimiento de la paz, entroncando aquí, a nuestro juicio, con una noción anticipada del valor de la seguridad jurídica, sobre el entendido de la consideración del contrato como si de una ley para los contratantes se tratara, en una clara y sublime visión del Derecho frente a la idea del caos.

Por ello, resultará ser el Derecho canónico medieval el ordenamiento jurídico que acuñará, delinearé y denominará finalmente el principio en cuya virtud los pactos han de cumplirse, toda vez que el factor impulsor del Derecho canónico en su anhelo de proyección en la esfera del derecho privado radica en su cruzada contra el pecado¹¹⁷, lo que, relacionado con el tema que nos ocupa, se traduce en la consideración de que el quebranto de lo pactado ha de ser reputada una conducta reprobable, reprochable, pecaminosa y rayana al espíritu del perjurio¹¹⁸. Y es que el mayor influjo del principio de la buena fe (*bona fides*) en la conciencia social de la época

¹¹⁶ Libros de las Decretales de Gregorio IX 1, 35, 1, en <http://hdl.handle.net/10486/1359> (consultado con fecha 14/11/2020).

¹¹⁷ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Historia del Derecho Privado en Alemania y en Europa*. Lex Nova. Valladolid. 1998, pág. 53.

¹¹⁸ SOLIDORO MARUOTTI, L. *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell'Imperio romano d'Occidente alla formazione del ius commune*. Giappichelli Editore. Torino. 2001, págs. 54, 172.

lo introdujeron los canonistas a través de la doctrina del contrato, tal como lo demuestra el hecho de que se impondrá la costumbre medieval de apuntalar la eficacia de los contratos mediante la inserción de una promesa jurada¹¹⁹, que aparejaba una vinculación ante Dios, lo que derivaría en el hecho de que incluso un pacto informal adquiriría validez de ser apuntalado por medio de un juramento accesorio¹²⁰, lo que vendría reforzado por el criterio dominante de la época en cuya virtud el cumplimiento de lo prometido constituía un deber jurídico, cuya inobservancia resultaba asimilable al pecado consistente en faltar a la verdad o engañar, una conducta en todo caso considerada execrable según los parámetros de conducta reputados como recomendables y modélicos en la época.

Tanto glosadores como posglosadores retomarán en su particular contribución al renacimiento del Derecho romano, a partir de la sistematización elaborada por Justiniano en su magna obra compiladora, el enlace existente entre los vocablos *pacta* y *contractus*: así es, mientras que los primeros, con Azo a la cabeza, incidieron especialmente en la noción *vestimenta pactorum*, los segundos, más bien, establecieron la trabazón necesaria entre *pacta* y *obligatio naturalis*. Con todo, si bien en la Edad Media se delimitará el contrato –especie– como una modalidad dentro del género representado por la convención –categoría general–, no se logrará superar el carácter accesorio atribuido a los pactos, subestimando por consiguiente las

¹¹⁹ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* 2001, págs. 54 y 55.

¹²⁰ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 53.

acciones que de ellos emanaban y, por ende, su respectiva eficacia, al tratarse en este caso de meras obligaciones naturales.

Aun así, los glosadores establecieron una marcada distinción entre *nuda pacta* y *pacta vestita*, de tal manera que los contratos romanos se incluirían en la segunda de estas categorías¹²¹. Azo¹²², en tal sentido, incluyó bajo el paraguas de los *pacta vestita* los contratos romanos típicos (verbales, literales, reales y consensuales), los *pacta adiecta* y los contratos innominados del Derecho romano posclásico¹²³. En efecto, aun cuando los *pacta vestita* constituyeron la regla general y generaban acciones, relegando con ello a los *nuda pacta* a un papel secundario en lo que a su eficacia se refiere, lo cierto es que paulatinamente algunos de estos últimos contaron con una *actio* propia para exigir su cumplimiento (*pacta praetoria* y *legitima*)¹²⁴, tendencia que se generalizará en virtud del *vestimentum legis auxilio*¹²⁵ y permitirá explicar la razón por la cual en el *Corpus Iuris Civilis* se otorgará una *actio* al *pactum*, a diferencia de lo que sucedía como regla general durante la época romana. En suma, pues, si bien a finales de la Edad Media aparentemente seguía vigente la regla romana por la cual los *nuda pacta* originaban obligaciones naturales, en la práctica toda convención contaba con fuerza vinculante¹²⁶.

¹²¹ CHEVREAU, E. Voz *Causa contractus*, en AA.VV. (Coord. Castresana, A.). *Op. Cit.* 2019, pág. 296.

¹²² *Summa Codicis* II, 3, 15.

¹²³ D. 19, 5, 5.

¹²⁴ Azo, *Summa Codicis* II, 3, 14.

¹²⁵ Glosa Legitima a D. 2, 14, 6: “*sed quando ex nudo pacto datur actio, potest dici vestitum legis auxilio*”.

¹²⁶ DILCHER, G. *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*. Romanistische Abteilung (SZRom) 77. 1960, pág. 302.

Precisamente y, en esta tendencia apuntada, los juristas italianos del siglo XV invocarán la figura del *pactum germinatum* como base de la *actio* nacida del *nudum pactum*, en el marco de un proceso que alberga, bajo una noción expansiva del *pactum*, al conjunto de los contratos obligatorios.

Todo ello deriva también del trato desfavorable que los glosadores dispensaron a la *stipulatio*, el contrato formal verbal por excelencia en Roma, de tal suerte que la figura llega a convertirse en la época medieval en una suerte de arcano de la práctica notarial¹²⁷, hasta transformarse en un sustitutivo de la *stipulatio* romana, alejado del derecho vivo, una circunstancia que de algún modo propiciará la extensión del ámbito de aplicación y eficacia del *pactum* informal, tal cual había sucedido ya en el Derecho canónico merced al influjo recíproco existente en esta época entre este y el derecho secular¹²⁸, de tal manera que el principio en cuya virtud del pacto desnudo nace una obligación (*ex nudo pacto actio oritur*) se convierte ahora en el criterio predominante de la doctrina canonística del siglo XIV, a diferencia de lo que había sucedido con anterioridad, tal como hemos señalado.

Una referencia obligada resulta la obra emblemática de la época medieval *Las Siete Partidas* que, preñada abundantemente de Derecho romano y de Derecho canónico, reproduce a la literalidad o

¹²⁷ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 86 y 87.

¹²⁸ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 50-54; SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* 2001, pág. 55.

con mínimas variaciones pactos reconocidos por el Derecho romano. Más aún, en su seno aparece consagrado el verdadero espíritu del principio *pacta sunt servanda*, en la medida que se expresa el respeto a lo pactado entre los hombres, siempre que no resulte contrario a la ley y a las buenas costumbres¹²⁹, así como también se da carta de naturaleza a algunas modalidades de pactos (*pactum commissorium*¹³⁰, *addictio in diem*¹³¹, *de retroemendo*¹³²), al igual que a otros incorporados como adjuntos, ya tenidos por válidos, ya por ineficaces, en el ámbito del terreno abonado que propician al efecto los contratos de compraventa¹³³ y de sociedad (denominado contrato de compañía en las Partidas)¹³⁴.

¹²⁹ Partida V, Título V, ley XXXVIII.

¹³⁰ Partida V, Título V, ley XXXVIII.

¹³¹ Partida V, Título V, ley XL.

¹³² Partida V, Título V, ley XLII.

¹³³ Inversión de la carga del riesgo (Partida V, Título V, ley XXXIX); ineficacia del pacto que prohíbe vender la cosa comprada por el comprador y sus herederos a determinadas personas señaladas en él (Partida V, Título V, ley XLIII); imposibilidad para el siervo vendido que fuera autor de un delito o falta de adquirir la libertad, salvo excepciones (Partida V, Título V, ley XLVI); prohibición de entrada al siervo vendido en una villa desde cierta fecha (Partida V, Título V, ley XLVII); respeto a lo pactado por el comprador en nombre de otro con dinero propio por parte de la persona en cuyo nombre se efectuó la compra (Partida V, Título V, ley XLVIII).

¹³⁴ Distribución de pérdidas y ganancias entre los socios (Partida V, Título X, ley 4); ineficacia de los pactos contrarios a la buena fe, mediante engaño o inicuos (Partida V, Título X, ley 5); transformación de los bienes aportados por cada socio en bienes de la sociedad (Partida V, Título X, ley 6); respeto a lo pactado al crearse la sociedad en torno al reparto de ganancias (Partida V, Título X, ley 7); conversión en bienes de la sociedad de los bienes heredados por un socio de una persona determinada (Partida V, Título X, ley 9); continuación de la sociedad a pesar del fallecimiento de un socio (Partida V, Título X, ley 10); posible renuncia anticipada de la condición de socio (Partida V, Título X, ley 14).

En la famosa disputa dialéctica entablada entre el *mos italicus* y el *mos gallicus*, que se suscita en Europa durante el siglo XVI en torno a la enseñanza y aprendizaje del derecho, debemos hacer referencia a uno de los precursores más relevantes del primero de los dos modelos señalados –*mos italicus*–, concretamente a Petrus de Bellapertica, un jurista francés que vive en la segunda mitad del siglo XII e inicios del siglo XIII y a quien se debe fundamentalmente el apogeo de la ciencia jurídica francesa de la época, equiparable a la italiana, al calor de la Universidad de Orléans. Y es que, en una de sus obras principales, *Lectura institutionum*, consagra y revive nítidamente el principio *pacta sunt servanda*¹³⁵, habiendo sido rescatado del *Ius commune* y puesto en vigor en la práctica.

Un espíritu que llegó a ser recogido también por parte de los teólogos humanistas del siglo XVI, puesto que el humanismo representa el renacer del concepto de libertad en el ser humano, ahora imbricado con la naturaleza y la historia, entre cuyas manifestaciones destaca la libertad contractual, una expresión de las múltiples aristas que presenta el valor de la libertad¹³⁶, considerado inherente al ser humano en todo tiempo y lugar, esto es, de carácter atemporal y ubicuo. De ahí que el principio *ex nudo pacto actio oritur* pueda ser

¹³⁵ “*Facit lex quae dicit quod pacta sunt servanda ...*” (Libro III § *In his autem que scripta* n° 4, pág. 295); “*Naturalis ratio dictat pacta servari ...*” (Libro I § *Ius naturale* n° 4, pág. 67), en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k31366k/f305.item> (consultado con fecha 17/11/2020).

¹³⁶ WELZEL, H. *Die Naturrechtslehre S. Pufendorfs*. De Gruyter. Berlín. 1958, pág. 49.

reputado bajo esta concepción una norma general propia del derecho secular a finales del siglo XVI y a lo largo del siglo XVII.

Precisamente los juristas del *usus modernus*¹³⁷, al igual que sucedió en su día con los glosadores y posglosadores, empoderaron la figura del *pactum* al erigirlo en eje principal del derecho de las obligaciones, si bien dieron por superadas algunas de las asociaciones tradicionales propias del Derecho romano (*pacta/contractus*¹³⁸; *nuda pacta/pacta legitima/pacta adiecta*), al resultar opuestas al Derecho germánico consuetudinario. En tal sentido, comienza a calar en esta época (finales del siglo XVI e inicios del XVII) la idea de que se puede interponer una acción para hacer valer los contratos obligatorios informales, con una consecuencia de gran calado derivada de ello, cual es la atribución de una acción a todo contrato, tal como se venía sosteniendo en el Derecho canónico y que en esta etapa histórica abandera el nuevo Derecho consuetudinario alemán sobre la base de la equidad natural y del propio Derecho natural¹³⁹. El consentimiento deviene, pues, en el aspecto vertebral del contrato y, según la doctrina del *usus modernus*, debe incluir las siguientes características: “*obligatorius, mutuus, verus, perfectus et expresse declaratus*”¹⁴⁰.

¹³⁷ En torno al *usus modernus*, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 222 y ss.

¹³⁸ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* 2001, pág. 172.

¹³⁹ Así, CARPZOV, B. y SCHILTER, J. Al respecto y, respectivamente sobre estos autores, WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Segunda edición. Göttingen. 1967, págs. 127 y ss.; LUIG, K. *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*. Ius commune 1. 1967, págs. 79 y ss.

¹⁴⁰ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 203.

Por su parte, la Escuela del Derecho natural -iusnaturalismo- recogerá con posterioridad el testigo del principio *pacta sunt servanda*¹⁴¹, que se proyectará en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales. En efecto, en el elenco constitutivo del derecho universal e inmutable pregonado por la mencionada Escuela, que se basa en la razón natural y constituye fuente de todas las leyes positivas, emerge con fuerza y protagonismo el valor de la libertad en todas sus múltiples manifestaciones (individual, contractual, testamentaria, o de cualquier otro ámbito).

Así es y, en lo que a los contratos respecta, principios de validez universal preponderan sobremanera: el respeto a la ley y a las buenas costumbres constituyen un freno en la eficacia de los negocios jurídicos¹⁴²; se reconoce abiertamente la libertad de tipos contractuales, incluidos los contratos obligatorios¹⁴³; el consensualismo es objeto de reconocimiento generalizado¹⁴⁴.

Dentro de la Escuela del Derecho Natural será Pufendorf¹⁴⁵ quien construye la base institucional de la nueva doctrina apuntada, tras un proceso de relativización y secularización del propio Derecho

¹⁴¹ En este sentido podemos traer a colación, por ejemplo, el siguiente fragmento de Samuel Pufendorf, a propósito del mencionado axioma: "*Si quae autem inter homines ineunter pacta, illa sancte observanda esse, sociabilis natura hominis requirit*" (*De iure naturae et gentium* 3, 4, 2).

¹⁴² WOLFF, C. *Ius Naturae* IV, III, §711.

¹⁴³ ALR (I 5); ABGB (II 2 17).

¹⁴⁴ MAYER-MALY, T. *Vertrag und Einigung*. FS Nipperdey I. 1965, págs. 509 y ss.

¹⁴⁵ Siguen la línea apuntada por Pufendorf en la creación de los fundamentos espirituales que habrían de inspirar las futuras reformas del derecho privado autores como Leibniz, Thomasius, Wolff, Nettelblatt, Darjes.

natural, que tiene como objetivo la creación de un sistema; en tal sentido dicho autor pergeña, siguiendo en ello al referente del movimiento hugo Grocio, un derecho de corte social (*De Iure Naturae et Gentium*, 1672), en la medida que la comunidad representa el eje de su configuración, precisada del componente social y del instinto de supervivencia en su anhelo de cimentar el Derecho. A tal fin, Pufendorf se alejará del Derecho romano y del *ius commune* para abordar la relación jurídica obligatoria, no tanto desde la óptica de sus fuentes, sino más bien desde sus funciones y efectos; abandonará por completo el binomio *pacta/contractus*, así como el de *obligatio naturalis/civilis*. Sin embargo, lo antedicho no fue óbice para que algunos de los discípulos isunaturalistas posteriores retomaran categorías propias del *ius commune*, tal como sucedió con los cuasicontratos (según C. Wolff)¹⁴⁶, o la toma de consideración de la distinción planteada entre contratos unilaterales y bilaterales (en la opinión de G. Darjes)¹⁴⁷.

Como ya sabemos, la Escuela Histórica del Derecho representó la expresión jurídica del movimiento del historicismo, con la atribución de un papel relevante y determinante a la historia, que gesta el Derecho como fruto de su evolución, a través del lema encarnado en la expresión espíritu del pueblo –*Volkgeist*–, y asume un tinte conservador en lo político, filosófico y jurídico, con un claro

¹⁴⁶ *Institutiones* §§ 686 y ss. Sobre Chr. Wolff, WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 318 y ss.

¹⁴⁷ *Institutiones* § 477. Sobre G. Darjes, Sobre Chr. Wolff, WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 321 y ss.

rechazo al fenómeno codificador¹⁴⁸. Sin embargo, por influencia del positivismo, una rama de la Escuela Histórica desembocará en la doctrina alemana de la pandectística¹⁴⁹, en cuyo haber ha de contarse la construcción de la teoría del negocio jurídico¹⁵⁰, elaborada a partir de la declaración de voluntad destinada a la consecución de un fin lícito jurídicamente relevante: bajo esta amplia carpa entra en juego la figura del contrato, aunque no lo sea de manera exclusiva, pues, por su través, también se incluyen otros actos jurídicos en los que la voluntad del declarante tiene su importancia (tal como sucede, por ejemplo, con el testamento, o en el caso de los actos abdicativos que implican la renuncia de derechos).

Al tiempo de la codificación y, al margen de los primeros intentos surgidos al calor de las monarquías ilustradas (Baviera, Prusia y Austria), son tres los códigos referentes que nos sirven de ejemplo en lo que a la eficacia jurídica de los pactos y contratos respecta: el *Code français*, el *Codice civile* y el BGB alemán. En todos ellos se recoge y reproduce sin reservas hasta el extremo de su expresa consagración el principio *pacta sunt servanda*, según el cual el contrato tiene la fuerza de la ley entre los contratantes (artículos 1134 y 1135 del *Code civil*; artículos 1322 y 1372 del *Codice civile*; y, en Alemania, en la Sección 3ª del Libro I del BGB, §§ 241 y 242)¹⁵¹.

¹⁴⁸ BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del derecho*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2012, págs. 195, 196.

¹⁴⁹ BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2012, págs. 197, 198.

¹⁵⁰ Doctrina que se plasma magistralmente en el Código civil alemán BGB en su Sección 3ª del Libro I (§§ 104 y ss.)

¹⁵¹ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* 2001, pág. 172.

A estos símbolos codicísticos europeos, esgrimidos como caldo de cultivo propicio del principio aquí estudiado, podemos añadir también su presencia en otros Códigos civiles, como el suizo (artículos 7 y 23); el español (artículos 1255, 1256, 1258 y 1278); el portugués (artículos 405 y 406); el chileno -Andrés Bello- (artículos 1545 y 1546); el nuevo Código civil y comercial de la Nación argentino (artículo 959); el brasileño (§§ 421 y 422); el colombiano (artículos 1602 y 1603); o, incluso, el mexicano (artículo 1706).

Tras un recorrido por todos ellos podemos constatar, una vez más, que el Derecho romano simboliza uno de los ejes fundamentales de la ciencia jurídica europea y se erige en el punto de encuentro genuino del Derecho europeo¹⁵², y no solo tanto desde un punto de vista meramente histórico retrospectivo, sino también desde una perspectiva que se proyecta hacia el futuro, al ser capaz de contar con el potencial integrador suficiente como para hacer frente de manera satisfactoria al reto pendiente que constituye la unificación del Derecho privado europeo.

Evidentemente y, relacionado con el tópico de la evolución posterior del principio *pacta sunt servanda* hasta nuestros días, en la medida que ha contribuido a su progresivo moldeo y configuración, retomaremos lo atinente a la evolución de la cláusula *rebus sic stantibus* desde la Edad Media en adelante, puesto que, de su eficacia y aplicación, depende en gran medida el delineamiento y rediseño

¹⁵² KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho Romano*. Munich. 1947 (trad. española 1955), págs. 493 y ss

del contenido de la institución jurídica del contrato a través de la delimitación de uno de sus efectos principales y emblemáticos por antonomasia, cual es el de su fuerza obligatoria, con el valor de una ley entre los contratantes, fiel expresión del principio *pacta sunt servanda*.

El primero de los grandes glosadores, Azo, ya avizora una cierta relatividad de las reglas sobre el *debitum*, cuando señala que “constituyen objeto de la deuda la misma medida o el mismo valor que se constituyó en el momento de la celebración del contrato”¹⁵³, dando a entender con ello que en la valoración del *quantum* de la deuda habrá que retrotraerse al tiempo de la conclusión del contrato, a menos que se produjera una modificación posterior de las circunstancias en que el contrato se celebró.

En efecto, ya el fragmento señalado del jurista romano Africano sirvió a los glosadores para formular e impulsar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Tal es el caso, por ejemplo, de la Glosa de Bernardo de Parma¹⁵⁴ en cuanto al juramento, puesto que, en su virtud, resultaba justificada la ruptura del juramento de matrimonio proferido al concurrir de forma sobrevenida una serie de

¹⁵³ AZO. *Brocardica* (Rúb. 12, fol. 136), en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiO0NOZx9rtAhVfBWMBHaETD48QFjAAegQIAHAC&url=https%3A%2F%2Fbooks.google.com.co%2Fbooks%3Fid%3DHzI8AAAcAAJ%26printsec%3Dfrontcover%26hl%3Des&usg=AOvVaw2OOIJJpzJhns3_I8pl4V-A (consultado con fecha 19/12/2020).

¹⁵⁴ *Liber extra (De iureiurando)* II, XXIV, XXV, en http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost13/GregoriusIX/gre_2t24.html (consultado con fecha 19/12/2020).

circunstancias que, para el momento, constituían una alteración sustancial del acto jurídico celebrado “*pro fornicatione, quam postea mulier perpetraret*”, “*mulier fieret, non solum leprosa, sed etiam paralytica, velo culos vel nasum amitteret, vel quidquam ei turpius eveniret*”, entre las cuales se incluía expresamente haber perpetrado fornicación, contraído la lepra, resultar paralítica, ciega, sorda, o padecer cualquier otra enfermedad. Lo mismo podemos decir del célebre Accursio, pues en su Glosa del Digesto referida a la *condictio causa data causa non secuta*¹⁵⁵ admite la repetición de lo dado en dote en razón del matrimonio no celebrado a causa de la edad de uno de los contrayentes, en el caso de sobrevenir mientras tanto alguna causal motivadora de divorcio¹⁵⁶.

A pesar de una primera reticencia por parte de los posglosadores al reconocimiento tácito de la cláusula, seguida luego de una aplicación excepcional y restrictiva en algún caso concreto, pronto se consagrará como principio general la cláusula “*rebus sic stantibus*” con un carácter extensivo¹⁵⁷, lo que se traduce en que los

¹⁵⁵ D. 12, 4, 8.

¹⁵⁶ ACCURSIUS. *Digestum vetus* (Libros 1-24) en <http://bidicam.castillalamancha.es/bibdigital/bidicam/es/consulta/registro.cmd?id=60169>, pág. 626 (consultado con fecha 19/12/2020).

¹⁵⁷ BARTOLO DE SASSOFERRATO. *Opera omnia*, en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi41Ma2jNrtAhU8EWMBHVbZBtIQFjARegQIFBAC&url=https%3A%2F%2Fbooks.google.com.ar%2Fbooks%3Fid%3DC4psla74iMcC%26printsec%3Dfrontcover&usg=AOvVaw0tjd9OkYOXmdpObVqpAXi->, pág. 40 (consultado con fecha 19/12/2020); BALDO UBALDI. *In decretalium volumen commentaria*, en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj4ulizkNrtAhW4BGMBHVXeDJ0QFjACegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fbooks.google.com%2Fbooks%3Fid%3D->

actos y disposiciones realizados tienen un carácter perpetuo, “*siempre que se mantenga el mismo estado de cosas (rebus sic se habentibus)*”¹⁵⁸, hasta el punto de legitimar la resolución del contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes cuando, debido a un cambio imprevisto que hubiera motivado la obligación, se agravara la posición jurídica de uno de los contratantes, tal como sucedía en sede de arrendamiento por impago de la *merces* durante dos años consecutivos¹⁵⁹, una respuesta jurídica que permitiría extraer la confirmación de la existencia tácita de dicha cláusula.

Será la Escolástica, a partir de los textos clásicos de Cicerón y Séneca, la que consagrará, junto a la fuerza obligatoria de la promesa efectuada en el ámbito del Derecho canónico y, por derivación, en el Derecho común, la posible liberación del deudor en el cumplimiento de las obligaciones en caso de acaecer un cambio sustancial e imprevisto en las circunstancias de hecho concurrentes al tiempo de

js_AQAAMAAJ%26printsec%3Dfrontcover&usg=AOvVaw3S8AJwgt2iX8NdU0j0pQeC , pág. 256 (consultado con fecha 19/12/2020); GIASSON DEL MAYNO. *Commentaria in II partem Digestum vetus*, citado por Terraza Martorel, J. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*. Barcelona. Bosch, 1951, pág. 74.

¹⁵⁸ A Tiraquello corresponde tal fórmula: “*Et hoc quidem perpetuum est in omnibus actionibus et dispositionibus, ut scilicet semper intelligantur rebus sic stantibus*” (Y esto, de hecho, es perpetuo en todas las medidas y disposiciones, siempre y cuando las cosas se mantengan tal como están), en OSTI, G. *La così della clausola ‘rebus sic stantibus’ nel suo sviluppo storico*, Rivista di diritto civile. 1912, pág. 21. También en <https://books.google.es/books?id=OOM2SSMJyCkC&pg=PA780&lpg=PA780&dq=tiraquello+comment+si+unquam&source=bl&ots=pAhTXwvQyZ&sig=ACfU3U2hC5B4GP8OTBZSkKGAjTdvoztnpQ&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwjjh4ihqNztAhUO3xoKHRXzATwQ6AEwEHoECCEQAg#v=onepage&q=rebus%20sic%20stantibus&f=false>, pág. 538 (consultado con fecha 20/12/2020).

¹⁵⁹ D. 19, 2, 54, 1 (Paulo).

su nacimiento, tal como si todo contrato llevara aparejado e inmerso una suerte de cláusula tácita en tal sentido¹⁶⁰.

Tomás de Aquino retoma el planteamiento de Séneca y, a propósito de la mendacidad, justifica el incumplimiento de lo prometido con base en dos razones: el objeto ilícito de la promesa; y un de cambio de las circunstancias personales o del negocio en cuestión “*si sint mutatae conditiones personarum et negotiorum*”¹⁶¹.

En lo que a las fuentes de Derecho canónico en su relación con la cláusula tratada, podemos traer a colación la obra emblemática del Decreto de Graciano¹⁶², que reproduce la posición de Cicerón ya señalada (concretamente, en la Glosa del Decreto realizada por Bartolomé de Brescia); el *Liber Sextus*, que parafrasea el pensamiento de Séneca¹⁶³; así como también la Glosa de Juan de Andrés, según la cual no se presume un cambio de voluntad mientras no varíen las circunstancias¹⁶⁴.

¹⁶⁰ ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town-München. 1992, págs. 579 y ss.

¹⁶¹ STO. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae* II, 2, qu 110, a. 3, en <https://hfg.com.ar/sumat/c/c110.html#a3> (consultado con fecha 20/12/2020).

¹⁶² Causa XXII, Pars Secunda, Quaestio II, C. XIV (*pro temporali vita alicuius perfectus mentiri non debet*), en https://geschichte.digitale-sammlungen.de/decretum-gratiani/kapitel/dc_chapter_2_2630 (consultado con fecha 21/12/2020).

¹⁶³ “*Quod semel placuit amplius displicere non potest*” (*Regulae iuris*, nº 22, *Liber Sextus*, Bonifacio VIII), en https://es.qaz.wiki/wiki/Regul%C3%A6_Juris (consultado con fecha 27/12/2020).

¹⁶⁴ “*Fallit interdum haec regula ex causa superveniente vel de novo ad notitiam perveniente*” (*Regulae iuris* XXII, *Liber Sextus*), en <https://books.google.es/books?id=Y4DQG5xgs2UC&pg=PA805&lpg=PA805&dq=fallit+interdum+haec+regula+ex+causa&source=bl&ots=ssYTZ39dF5&sig=ACfU3U1s17hR1qzW->

Sin embargo, fue necesario delimitar el alcance de la cláusula en cuestión, ante el riesgo de una aplicación desmedida, toda vez que, de serlo así, podría desvirtuar la presunción imperante según la cual la voluntad debería persistir en aquello que fue, “*siempre que no hubieran cambiado las circunstancias que habrían hecho variar la decisión de la voluntad*”. Precisamente y, para evitar que la excepción lograra neutralizar en gran parte la regla general, recurre Alciato al deslinde de los actos jurídicos a tal efecto¹⁶⁵, de tal manera que le asigna a la excepción una mayor aplicación en el caso de los actos jurídicos unilaterales, en tanto que la sujeta a mayor restricción, por no ser absoluta, en el caso de los actos jurídicos bilaterales, en los que debería primar la voluntad de las partes como principio general, modulable en función de la naturaleza del contrato¹⁶⁶ y, por supuesto, para el caso de sobrevenir circunstancias imprevistas que las partes no pudieron tener en cuenta ni considerar en aquel momento.

Tras el referente sobre la materia que representa el jurista Alciato en su época (primera mitad del siglo XVI), se planteó la

[3CGhOjiN44x2Z7OwA&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwjXi9r75-7tAhWQFvQKHQWuAw0Q6AEwAAnoECAMQA](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiBjtuV8O7tAhUNmxQKHYmxCqcQFjACegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fbooks.google.com%2Fbooks%3Fid%3DfOU9AAAAcAAJ%26printsec%3Dfrontcover%26source%3Dgbs_atb&usg=AOvVaw1w5eliQ50U26h0rm944FYW)g (consultado con fecha 27/12/2020).

¹⁶⁵ ALCIATO, A. *De praesumptionibus Tractatus aurei*, en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiBjtuV8O7tAhUNmxQKHYmxCqcQFjACegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fbooks.google.com%2Fbooks%3Fid%3DfOU9AAAAcAAJ%26printsec%3Dfrontcover%26source%3Dgbs_atb&usg=AOvVaw1w5eliQ50U26h0rm944FYW, pág. 180 (consultado con fecha 27/12/2020).

¹⁶⁶ D. 19, 1, 54, 1 (fragmento mencionado por Alciato a propósito de la resolución anticipada del arrendamiento por incumplimiento reiterado de la pensión a cargo del arrendatario).

dicotomía entre restringir el ámbito de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (al respecto, Mascardo y Mantica)¹⁶⁷, o bien instar a su inserción por los contratantes en el caso de no haber sido incluida expresamente en el contrato (en este sentido, Menochio)¹⁶⁸, un planteamiento que ya acogería la jurisprudencia de la Rota Romana¹⁶⁹, dando cobertura con ello a la situación de posible incumplimiento del contrato en el caso de sobrevenir una justa causa que así lo justificara.

En todo caso, la progresiva consolidación de la distinción entre contratos de tracto único y sucesivo, ya apuntada en su momento por Bártolo¹⁷⁰ bajo otra denominación, impulsaría la evolución de la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus*: en virtud de tal clasificación se tornaba relevante en los contratos de tracto sucesivo el momento en que se había producido la lesión, ya fuera el de su perfección, o con posterioridad a él-, a los fines de poder justificar la rescisión del contrato como consecuencia de una alteración sustancial

¹⁶⁷ MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M.L. *Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión*. *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité* n° 61. 2014, pág. 342.

¹⁶⁸ *De praesumptionibus coniecturis signis et Indiciis*, Volumen 2, lib. VI, 35, 1, en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiz6ffRz_PtAhUIQkEAHTD7Bj0QFjABegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fbooks.google.com%2Fbooks%3Fid%3DUVhAAAAAcAAJ%26printsec%3Dfrontcover&usg=AOvVaw32UO1l-7HZ9VQNz3lw-632 (consultado con fecha 29/12/2020).

¹⁶⁹ MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M.L. *Op. Cit.* 2014, pág. 343.

¹⁷⁰ *Commentaria ex D. 39, 4, 11, 5*: “*Qui máximos fructus ex redemptione vectigalim consequuntur, si postea tanto locari non possunt, ipsi ea prioribus pensionibus suscipere compelluntur*”.

del equilibrio inicial existente *-laesio superveniens*¹⁷¹ entre las prestaciones de los contratantes, un argumento que, de alguna manera y, a pesar de los visos de conexión, relegaría y diluiría la relación de su planteamiento con el fundamento y aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

No sería este el criterio sostenido al respecto por los representantes de la Escuela del Derecho Natural, pues estos desvincularon la cuestión de la lesión enorme sobrevenida (*laesio enormis superveniens*): efectivamente, Hugo Grocio¹⁷², fiel a la tendencia iusnaturalista consistente en invocar valores universales por su validez en todo tiempo y lugar recurre, eso sí, con cierta cautela y sin desmedido abuso, al principio de la equidad para defender la presencia de la cláusula en ciernes como un elemento natural en todo contrato, toda vez que no cabría admitir en modo alguno el compromiso a tolerar daños mayores y desproporcionados, más aun en el caso de concurrir circunstancias sobrevenidas imprevistas.

En el seno de la misma Escuela de Derecho Natural las opiniones sobre la cláusula *rebus sic stantibus* fue diversa, pero con un cierto grado de escepticismo concurrente en cuanto a su admisibilidad: concretamente Coccejus¹⁷³ se opuso a la invocación de

¹⁷¹ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* 2001, págs. 181-182.

¹⁷² *De iure belli ac pacis*. Libro II, Capít. XVI (The Interpretation of Treaties). Batoche Books. Kitchener, Ontario. 2001, págs. 140 y ss., en <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/grotius/Law2.pdf> (consultado con fecha 30/12/2020).

¹⁷³ *Exercitationum curiosarum libri duo*. Vol. II. Lemgoviae. 1722, págs. 286-313.

la cláusula con carácter general, por no entenderla como propia del derecho natural y resultar relevante, por ende, solamente en el caso de producirse una modificación sustancial en el negocio celebrado, abogando mejor por la modificación del pacto antes que su ruptura; Pufendorf¹⁷⁴ alude a la cláusula sin mencionarla por su nombre y la tipificó como odiosa, en la medida que permitía anular la promesa efectuada; Barbeyrac, en sus *Notas* a la famosa obra de S. Pufendorf (Lib. V, Cap. 12, 20)¹⁷⁵, cuestionó abiertamente su aplicación con base en el principio de seguridad jurídica, ante la contingencia que representa la volubilidad de las cosas y el mismo pensamiento humano. Otro reputado iusnaturalista, como es Spinoza¹⁷⁶, se hizo eco de ella, si bien circunscrita al ámbito internacional de las relaciones contractuales suscritas entre los Estados, atribuyéndole un cariz más o menos ilusorio en cuanto a su efectividad y aplicación.

Los autores alemanes de los siglos XVIII y XIX siguieron abordando la cláusula *rebus sic stantibus* desde distintas perspectivas y con diversas opiniones: por un lado, se convierte en una parte integrante del ideario correspondiente al *usus modernus*; por otro, resulta más que cuestionada desde la Pandectística, que le achaca entre sus males la incompatibilidad con el Derecho romano y la contravención de los principios de la libertad contractual y la certeza

¹⁷⁴ *De iure naturae et gentium* V, 12, 20, págs. 556 y 557, en http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Patri-sigloxvii-f_a_142/Documento2.pdf (consultado con fecha 31/12/2020).

¹⁷⁵ BARBEYRAC, J. *Of the Law of Nature and Nations*, 4th ed. London, 1729.

¹⁷⁶ GREWE, W.G. *The Epochs of International Law*. De Gruyter. Belín-Nueva York. 2000, pág. 351.

del derecho, amén del cuestionamiento que podía representar para los postulados del liberalismo económico imperantes en la época¹⁷⁷.

Desde otra óptica y, en calidad de exponente de la tratadística perteneciente al *usus modernus*, destaca la figura de Augustin von Leyser, quien, sin menoscabar el respeto por lo pactado consagrado en el *Corpus iuris civilis*, modula el mencionado principio en función de las circunstancias del momento ("*omne pactum rebus sic stantibus intelligendum est*")¹⁷⁸.

Sin embargo, otros autores, tomando como punto de partida una expresión ya empleada por Grocio "la única razón que mueve a la voluntad" -*ratio quae sola plene et efficaciter movit voluntate*-, la denominan y catalogan como *causa finalis* del negocio jurídico, bien desde la perspectiva del contratante único para restar obligatoriedad al acuerdo que adolece de un defecto originario de la voluntad¹⁷⁹, bien para excluirla en los negocios bilaterales ante el carácter complejo de las voluntades concurrentes¹⁸⁰, dando a entender en ambos casos que la voluntad negocial podría estar condicionada por circunstancias extrañas que hubieran podido ser contempladas y previstas por los contratantes, emergiendo aquí la noción de base del negocio o base negocial, una expresión de clara ascendencia en la doctrina alemana

¹⁷⁷ ZIMMERMANN, R. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010, pág. 105.

¹⁷⁸ WESENBERG, W.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 188.

¹⁷⁹ KOPP, C.P. *Dissertatio inaug. De clausula rebus sic stantibus secundum jus cum naturale tum civil.* Marburgo, 1750.

¹⁸⁰ EBERHARD, J.H. *Von der Clausel "rebus sic stantibus"*. Frankfurt und Leipzig, 1769.

a propósito de la denominada teoría de la presuposición o del presupuesto (Windscheid, Örtmann, Larenz)¹⁸¹.

Siguiendo el recorrido histórico del Derecho procede abordar ahora el tiempo de la codificación, cuyo resultado en relación a la cláusula *rebus sic stantibus* resulta muy dispar en los distintos Códigos, tal como podemos comprobar a continuación:

Los Códigos de las monarquías absolutas ilustradas, puesto que la tienen en cuenta con cierta prevención¹⁸²: así, si comenzamos por el de Baviera¹⁸³ observamos que admite la cláusula con carácter general para el supuesto de producirse un cambio imprevisible de la cosa que constituyera el objeto de la obligación; por su lado, el de Prusia (ALR)¹⁸⁴, si bien parte como regla general de que no cabe incumplir el contrato ante el cambio de las circunstancias, sin embargo contempla la resolución del contrato todavía pendiente de ejecución cuando el cambio resulta imprevisible y de tal magnitud que conlleva la imposibilidad de conseguir la finalidad establecida

¹⁸¹ WINDSCHEID, B. *Lehrbuch des Pandektenrecht* I § 97. Neudruck Aalen, 1963; ÖRTMANN, P. *Recht der Schuldverhältnisse*. Vol. I y II. §§ 28, 140, 145, 270; 527, 576, 593, 752, 782. 5ª ed. Goldbach, 1998; LARENZ, K. *Base del negocio y cumplimiento de los contratos* (trad. Fernández Rodríguez, C.). Comares. Granada, 2002.

¹⁸² ZIMMERMANN, R. *Op. Cit.* 2010, pág. 105.

¹⁸³ *Codex Maximilianeus bavaricus civilis* (1756): Theil IV, Capitulus V, § 12, en [https://gdz.sub.uni-goettingen.de/id/PPN620322853?tify={%22pages%22:\[424\],%22view%22:%22info%22}](https://gdz.sub.uni-goettingen.de/id/PPN620322853?tify={%22pages%22:[424],%22view%22:%22info%22}) (consultado con fecha 2/01/2021).

¹⁸⁴ Erster Theil, Fünfter Titel, §§ 377 y 378, en <http://ra.smixx.de/media/files/PrALR-I-5.pdf> (consultado con fecha 02/01/2021).

por los contratantes; por fin, el Código de Austria (ABGB)¹⁸⁵, aun cuando asume la observancia de lo pactado en la medida que los motivos o fines del acuerdo no incidían en la validez de los contratos onerosos, salvo que se hubieran elevado expresamente a la cualidad de condición del contrato, no obstante, se aligeraba el criterio de la obligatoriedad de lo pactado cuando las circunstancias hubieran cambiado mientras tanto hasta el grado de frustrar el propósito expresado en el contrato, o, de no haberlo sido, se pudiera inferir de las circunstancias.

Otro bloque codificador lo integran los tres grandes Códigos civiles europeos, que han servido de referente en gran parte de la familia romanística del derecho: el Código revolucionario, por ser fruto de una revolución (*Code civil*, 1804)¹⁸⁶; el Código doctrinario por excelencia, fruto de la ingeniería doctrinal (BGB alemán, 1900); y, por fin, el que aúna e integra con gran acierto los dos anteriores (*Codice civile*, 1942).

En efecto, ni el *Code civil français*¹⁸⁷ ni los tratados que lo desarrollaron¹⁸⁸ contemplarían la cláusula aquí tratada, puesto que se

¹⁸⁵ ABGB, §§ 901 y 936, en <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/anno-plus?aid=jgs&datum=10120003&seite=00000275> (consultado con fecha 02/01/2021).

¹⁸⁶ No se ha de desdeñar la influencia de la legislación laboral y la facultad de resolución del contrato laboral en la consiguiente delimitación de la cláusula *rebus sic stantibus*, tal como subrayan WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 311.

¹⁸⁷ Los artículos 1134 y 1135 del *Code* consagran la fuerza obligatoria del contrato, en una clara expresión del principio *pacta sunt servanda*.

¹⁸⁸ Entre ellos y, dada su relevancia e influencia, J. Domat; R.-J. Pothier.

adoptó en este punto el criterio mantenido por el Derecho romano, que se mostró fiel a ultranza con el principio *pacta sunt servanda*, de tal modo que la cláusula *rebus sic stantibus* se tendría por extraña y, por ende, no fue mínimamente contemplada, una circunstancia que no sería óbice para el Consejo de Estado¹⁸⁹ a la hora de invocar la teoría de la imprevisibilidad y sostener la aplicación de la cláusula en algún caso concreto, una postura que serviría de precedente y acicate para que, con motivo de las situaciones derivadas de la primera y segunda guerra mundial, el legislador¹⁹⁰ decidiera admitir la resolución contractual en el caso de excesiva onerosidad o perjuicio grave de alguna de las partes contratantes.

Sin embargo, la reforma operada recientemente en el Código civil francés en materia de contratos¹⁹¹ incluye oportunamente el artículo 1195, en el que acoge expresa y decididamente la cláusula *rebus sic stantibus* cuando se cumplan una serie de requisitos bien delimitados: un **cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de celebrar el contrato; la ejecución del contrato excesivamente onerosa para una de las partes; y el hecho de no haber aceptado la asunción del riesgo ante la excesiva onerosidad sobrevenida**. De producirse tal situación, el legislador contempla las siguientes consecuencias jurídicas:

¹⁸⁹ Caso relacionado con el suministro de gas a la ciudad de Burdeos, ante la imposibilidad por la Compañía que lo suministraba en virtud de un contrato de concesión de mantener sus tarifas tras el estallido de la primera guerra mundial.

¹⁹⁰ Loi Faillot, 21 janvier 1918; loi 24 avril 1949.

¹⁹¹ Orden nº 133, de 10 de febrero de 2016 (entra en vigor el 1 de octubre de 2016), por la que se reforma el derecho de los contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones.

1) Si es posible el acuerdo entre las partes, procede la conservación del contrato, esto es, que las partes renegocien las cláusulas del contrato para reequilibrar la excesiva onerosidad imprevista acaecida.

2) Si la renegociación del contrato es rechazada por una de las partes o fracasa, las partes pueden: a) extinguir de común acuerdo el contrato (mutuo disenso); o b) acudir al Juez de manera amistosa para que adapte el contrato a las nuevas circunstancias.

3) Si las partes no llegan a un acuerdo en un plazo razonable, cualquiera de las partes puede pedir al Juez que revise el contrato o que lo extinga, y será la autoridad judicial quien fijará las condiciones y la entrada en vigor de esas modificaciones.

En cuanto al BGB, si bien no introduce de manera expresa y general¹⁹² una referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*, sobre todo por la reticencia mostrada al respecto por el movimiento de la Pandectística, permite en sede de contratos bilaterales que uno de los contratantes pueda refutar el cumplimiento de su prestación cuando en las condiciones patrimoniales de la contraparte hubieran sobrevenido circunstancias que pusieran en peligro el cumplimiento de la contraprestación (§ 321); del mismo modo y, en sede de promesa de mutuo, se faculta al promitente revocar su promesa en el supuesto

¹⁹² ZIMMERMANN, R. *Op. Cit.* 2010, pág. 105.

de que las condiciones patrimoniales del mutuario se hubieran empeorado de tal manera que existiera riesgo de producirse la restitución de la suma recibida (§ 610). La ausencia de una norma *ad hoc* en el BGB permitió la interpretación doctrinal y jurisprudencial sobre el particular, con argumentos más que variados para invocar su posible aplicación o bien la obtención de un resultado equivalente: ya la excesiva onerosidad¹⁹³, ya la equidad¹⁹⁴, ora la imposibilidad económica de la prestación¹⁹⁵, ora el equilibrio en la equivalencia de las prestaciones¹⁹⁶, o finalmente, el recurso a la teoría de la base del contrato con la variante que se asienta en la circunstancia de haberse producido una minoración del hecho que resultó constitutivo de la base del negocio (ver en este sentido el nuevo § 313 del BGB tras su reforma del año 2002 que asume este criterio), haciéndose con ello eco de la tesis formulada en su día por Eberhard¹⁹⁷.

En cuanto al *Code civile* italiano, su versión de 1865 no contemplo la referida cláusula, si bien la jurisprudencia permitió la resolución de los contratos de tracto sucesivo en el caso de un cambio

¹⁹³ ANDRÉS SANTOS, F.J. *La cláusula rebus sic stantibus en el derecho privado europeo: un apunte histórico-dogmático*. Seminarios Complutenses de Derecho Romano nº 17. Madrid. 2005, pág. 165.

¹⁹⁴ VOLKMAR, M. *La revisión de los contratos por el juez en Alemania*, en *Travaux de la semaine internationale de droit*. Paris. 1937, págs. 15 y ss.

¹⁹⁵ Tomando como base la exclusión del deber de prestación contemplada en el § 275 del BGB cuando la prestación sea imposible para el deudor u otra persona, o exija un gasto que resulte desproporcionado respecto al interés que sobre el cumplimiento de la prestación pueda tener el acreedor.

¹⁹⁶ ÖRTMANN, P. *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*. Keip Reprint, Goldbach 1995 (Nachdr. d. Ausg. Leipzig 1921).

¹⁹⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. *La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el § 313 BGB*. RCDI nº 681. 2004, págs. 283 y ss.

imprevisible en la situación de hecho que lo originó¹⁹⁸, del mismo modo que el legislador¹⁹⁹ recurrió con motivo de las consecuencias de la primera guerra mundial al efecto liberatorio de las obligaciones cuando la prestación resultara excesivamente onerosa tras el estallido de la contienda, mediante el auxilio al concepto de fuerza mayor recogido en el artículo 1226 del *Codice civile* a los efectos de encubrir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Un criterio que, tras la guerra mundial, no fue mantenido por la doctrina ni por la jurisprudencia²⁰⁰, aun cuando el legislador interviniera en algún caso para permitir a la Administración resolver, revisar o reducir el precio pactado en algunos contratos de arrendamiento de servicios²⁰¹.

Sin embargo, tanto el Proyecto franco-italiano de obligaciones (1927), como el primer proyecto del nuevo Código de 1942 se pronunciaron abiertamente a favor de la cláusula, en este último como principio general para el caso más habitual de excesiva onerosidad sobrevenida en la prestación (artículos 1467 y 1468 del proyecto). En la versión actual del *Codice civile* la invocación de la

¹⁹⁸ OSTI, G. *Appunti per una teoría della sopravvenienza*. Rivista de Diritto Civile. 1913, págs. 471 y ss., 647 y ss.

¹⁹⁹ D.Lt. 27/05/1915, n. 739: "A tutti gli effetti dell'art. 1226 C.Civ., la guerra è considerata como caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purchè l'obbligazione sia stata assunta prima della data di mobilitazione generale".

²⁰⁰ GIOVENE, A. *L'impossibilità della prestazione e la "soppravvenienza"*. (La dottrina della clausola "rebus sic stantibus"). Cedam. Padova. 1941, pág. 32; BRACCIANTI, C. *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*. 2.^a ed. revisada. Milán. 1947, nota 7, págs. 11-12.; ANDREOLI, G. *Revisione critica della dottrina sulla sopravvenienza contrattuale*. Rivista del Diritto Commerciale. Pádua. 1938, I, págs. 366 y ss.

²⁰¹ D.Lt. 6/02/1919; R.D. 8/02/1923, frente al criterio manifiestamente en contra del D-L. 20/06/1915.

excesiva onerosidad para justificar, respectivamente, la revisión del precio o la suspensión de la ejecución del contrato se concreta en supuestos como, por ejemplo, el contrato de arrendamiento (artículo 1664 del *Codice civile*), o el empeoramiento de las condiciones patrimoniales de uno de los contratantes con potencial perjuicio a la contraparte que carece de las garantías adecuadas, cual sucede en este último caso con la promesa de préstamo cuando el prestamista advirtiera la notable dificultad de obtener la restitución de lo prestado fruto del detrimento patrimonial sobrevenido sufrido por el prestatario (artículos 1461 y 1822 del *Codice civile*). A mayor abundamiento, los artículos 1467 y 1468 de la versión actual del *Codice civile* de 1942 regulan expresamente la cuestión de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación debida por causas extraordinarias y, a tal efecto, los mencionados preceptos deslindan varias situaciones posibles: si el contrato es bilateral recíproco, se faculta a resolver el contrato de cumplimiento diferido; en el supuesto de que se trate de un contrato unilateral, se puede optar entre solicitar una reducción en la prestación, o bien, una modificación de su cumplimiento acorde con el principio de la equidad. En todo caso, no será de aplicación lo anterior en el supuesto de un contrato aleatorio (artículo 1469 del *Codice civile*).

Otros Códigos civiles europeos se ocupan de la materia con soluciones bien dispares: así, el suizo²⁰², con base en el principio del

²⁰² *El artículo 21 del Libro V del Código civil suizo incorpora la teoría de la imprevisión al indicar que “en caso de desproporción evidente entre la*

equilibrio contractual originario, inicial o congénito²⁰³, faculta a rescindir el contrato en caso de desproporción evidente de las prestaciones; por su parte, el griego²⁰⁴ y el portugués²⁰⁵ confieren al juez amplias facultades, tanto para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, cuanto para ponerle fin; e, incluso, el holandés (tras la reforma de 1992) contempla la situación analizada en la rúbrica de las circunstancias imprevistas atendiendo para resolverla a las nociones de razonabilidad y equidad²⁰⁶.

prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede, en el plazo de un año (desde la conclusión del contrato), declarar que ella rescinde el contrato y repetir aquello que ha pagado, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su penuria, de su ligereza o de su inexperiencia".

²⁰³ En este sentido, LÓPEZ DÍAZ, P.V. *El principio de equilibrio contractual en el Código civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional*. Revista chilena de derecho privado n° 25. 2015, nota n° 66, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200004> (consultado con fecha 6/01/2021)

²⁰⁴ El artículo 388 del Código Civil griego de 1946 señala que, en caso de un cambio imprevisto de las circunstancias bajo las cuales se celebró un contrato sinalagmático (debido a que por el contrato la obligación del deudor resulta desmesuradamente onerosa), el tribunal podrá, ya sea ajustar el contrato o decretar su extinción. Al respecto, ZEPOS, P.J. *Los antecedentes históricos y comparativos del Código Civil Griego*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista de la Facultad de Derecho n° 21. 1962, pág. 159

²⁰⁵ El artículo 437 del Código civil portugués de 1967 señala que, de producirse una alteración anormal en las circunstancias que fundaron la decisión de contratar, de tal suerte que las obligaciones contraídas comprometan gravemente la buena fe y no estén cubiertas por los riesgos propios del contrato, la parte perjudicada podrá resolver el contrato o modificarlo conforme a la equidad.

²⁰⁶ Artículo 6:258. *Circunstancias imprevistas*.

1. *Ante un derecho de acción (reclamo legal) de una de las partes de un acuerdo, el tribunal puede cambiar los efectos legales de ese acuerdo o puede disolver este acuerdo en su totalidad o en parte si existen circunstancias imprevistas de tal naturaleza que la parte opuesta, de acuerdo con los estándares de razonabilidad y equidad, no puede esperar una continuación sin cambios del acuerdo. El tribunal puede modificar o disolver el acuerdo con efecto retroactivo.*

Una referencia especial y sin ánimo exhaustivo al caso de España donde, ante el silencio del Código civil sobre la materia, ha sido la jurisprudencia la que tradicionalmente y, asignándole a la cláusula un carácter cautelar, restrictivo y residual, ha marcado la pauta sobre el particular, exigiendo para proceder a la revisión del contrato suscrito la concurrencia de los siguientes requisitos²⁰⁷: una alteración extraordinaria de las circunstancias como consecuencia de hechos sobrevenidos e imprevisibles; la generación por tal alteración de una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo de las prestaciones convenidas; y la inexistencia de cualquier otro medio jurídico para remediar el desequilibrio producido. A su vez, con base en el juego del principio *pacta sunt servanda*, aderezado con el del principio *favor negotii*, la jurisprudencia se pronuncia más abiertamente por la prelación de la revisión del contrato antes que por su resolución, rescisión o extinción.

En todo caso, podemos detectar sobre la materia una evolución más que interesante por parte de la doctrina y de la jurisprudencia²⁰⁸,

2. El tribunal no modificará ni disolverá el acuerdo en la medida en que las circunstancias imprevistas, en vista de la naturaleza del acuerdo o de la opinión común, deban quedar por cuenta de la parte que recurra a estas circunstancias.

3. A los efectos de este artículo, una persona a quien se le ha transferido un derecho u obligación del acuerdo se equipara con una parte original de ese acuerdo.

Información obtenida en <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm> (consultado con fecha 5/01/2021).

²⁰⁷ En efecto, el Tribunal Supremo (14/12/1940, 17/05/1941, 17/05/1957, 6/06/1959) se ha mostrado renuente a aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. Al respecto, CABRERA PADRÓN, C. *El arrendamiento de los locales de negocio en la crisis del coronavirus: La cláusula rebus sic stantibus un invitado que ha llegado para quedarse*. Aranzadi digital num.1/2020. Estudios y comentarios, 2020.

²⁰⁸ ORDUÑA MORENO, F. J. *La moderna configuración de la cláusula 'rebus sic stantibus'. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, en ORDUÑA

con nuevas perspectivas y orientaciones tendentes a superar la posición tradicional jurisprudencial, más aun a raíz de las consecuencias ocasionadas y derivadas de la pandemia Covid-19, como prueba manifiesta del carácter evolutivo del Derecho: en efecto, se constata una concepción de la cláusula *rebus sic stantibus* como instrumento y mecanismo relacionado más con la órbita de la revisión del contrato y, por ende, una clara expresión del principio *favor negotii*, que al ámbito de la imposibilidad sobrevenida y del incumplimiento resolutorio, y esta línea es la adoptada por el Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación²⁰⁹, en una propuesta ambiciosa que trasciende de la

MORENO, F. J.; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus» (Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura)*. Cizur Menor (Navarra). Civitas Thomson Reuters. 2013, págs. 257-258.

Desde la jurisprudencia, SSTS 333/2014, 30 de junio; 591/2014, 15 de octubre; 64/2015, 24 de febrero. Más recientemente: a) en cuanto a lo que se ha de considerar alteración extraordinaria de las circunstancias, SSTS 5/2019, 5 de enero, 455/2019, 18 de julio, 214/2019, 5 de abril; b) en cuanto a lo que se ha de entender por alteración sobrevenida e imprevisible, SSTS 333/2014, 30 de junio, 214/2019, 5 de abril; c) respecto a lo que ha de reputarse desequilibrio excesivamente oneroso, SSTS 5 y 19/2019, 9 y 15 de enero, 333/2014, 30 de junio, 591/2014, 15 de octubre, 64/2015, 24 de febrero.

²⁰⁹ El artículo 1213 del citado Anteproyecto reza de la siguiente guisa: “*si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato*”.

aplicación de la cláusula más allá de la mera revisión del contrato²¹⁰, para erigirse en un instrumento último con carácter resolutorio frente a la alteración sustancial de la relación contractual.

Por lo que se refiere al ámbito latinoamericano, podemos destacar lo que sigue a continuación tras un recorrido por algunos países y sus Códigos respectivos:

El Código civil chileno sostiene el principio *pacta sunt servanda* (artículos 1545 y 1546), si bien recientemente y, a raíz de la crisis suscitada por la pandemia del Covid-19, se ha presentado un proyecto de ley de reforma del Código en esta materia²¹¹, que pretende incorporar un nuevo artículo 1546 con el fin de dar acogida a la teoría de la imprevisión, en una clara réplica de la reforma protagonizada por el artículo 1195 del Código civil francés, en cuya virtud se establece que, de mediar un cambio fundamental de las circunstancias imprevisibles al tiempo de la suscripción del contrato, de tal suerte que su cumplimiento se convierte en excesivamente oneroso para una de las partes sin haberse aceptado tal riesgo, ésta podrá solicitar a su contraparte la renegociación del contrato.

²¹⁰ LÓPEZ MOLINA, M. *Lidiando con lo imprevisible. Consecuencias jurídicas, contractuales, de acontecimientos inesperados y posibles soluciones legales*. La Ley, N° 9630, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2020.

²¹¹ Proyecto de ley para dar reconocimiento positivo a la imprevisión en el Código Civil, presentado el 5 de mayo de 2020 (Boletín 13474-07), en https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13474-07 (consultado con fecha 6/01/2021).

Otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos han ido progresivamente incorporando ya la figura en sus textos legales: así, por ejemplo, el caso de Colombia en su Código de Comercio (artículo 868)²¹², Perú (artículos 1440 y siguientes del Código Civil)²¹³ en sede de excesiva onerosidad de la prestación, Argentina (artículos 1090 y 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación)²¹⁴, Paraguay (artículo

²¹² Artículo 868. Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias.

Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea. (Concordancias con el Código Civil: artículos 1447, 1498, 1616, 2060).

²¹³ Artículo 1440.- *En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.*

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

²¹⁴ Artículo 1090. Frustración de la finalidad. *La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.*

Artículo 1091. Imprevisión. *Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.*

672 del Código Civil)²¹⁵, Brasil (artículos 478-480 del Código Civil)²¹⁶, o también en México (artículos 1796, 1796 bis y ter del Código Civil para el Distrito Federal, aun cuando el Código Civil mexicano de 1928 no la incluya)²¹⁷.

²¹⁵ Artículo 672. *En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento. La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.*

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo.

²¹⁶ Artigo 478. *Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.*

Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Artigo 479. *A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.*

Artigo 480. *Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.*

²¹⁷ El artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal de México no recogía expresamente la cláusula *rebus sic stantibus*. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo mexicano de octubre de 1980 interpretó dicho precepto considerando que, de existir “*circunstancias imprevistas que alteren fundamentalmente las circunstancias económicas de un determinado grupo social, los términos contractuales pueden modificarse mediante disposiciones generales*”. Con la reforma del Código en 2015 se modificó el artículo 1796 y se incluyeron los artículos 1796 bis y ter, dando cabida finalmente a la cláusula *rebus sic stantibus* en su normativa.

Artículo 1796. *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.*

Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá

En la familia del *Common law*, la cláusula *rebus sic stantibus* halla su equivalente en la conocida teoría *frustration of contract*²¹⁸, mecanismo en virtud del cual el deudor puede quedar liberado de su obligación en el supuesto de producirse una alteración sustancial de las circunstancias, un amplio paraguas en el que se incluyen los

intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.

Artículo 1796 Bis. En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho de pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada.

La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato.

En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes.

Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos a que se refiere el artículo anterior, la parte demandada podrá escoger entre:

I) La modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato según lo determine el juez,

II) La resolución del contrato en los términos del siguiente artículo.

Artículo 1796 Ter. Los efectos de la modificación equitativa o la rescisión del contrato no aplicarán a las prestaciones realizadas antes de que surgiera el acontecimiento extraordinario e imprevisible sino que estas modificaciones aplicarán a las prestaciones por cubrir con posterioridad a éste. Por ello tampoco procederá la rescisión si el perjudicado estuviese en mora o hubiere obrado dolosamente.

²¹⁸ El origen de la mencionada doctrina de la frustración del contrato se remonta a dos decisiones judiciales del siglo XIX (Taylor vs. Caldwell, 1863; Geipel vs. Smith, 1872): la primera, con fuerza expansiva a otra serie de supuestos, libera de responsabilidad al deudor cuando se destruye accidentalmente el objeto requerido para la ejecución del contrato con antelación al plazo fijado; la segunda contempla supuestos de incumplimiento de contrato en el ámbito marítimo. Al respecto, The English Report (1387-1865) 122, pág. 309, en https://www.translex.org/302915/_/taylor-v-caldwell-122-er-309/ (consultado con fecha 2/02/2021); Law Reports 7 Queen's Bench (1865-1875), págs. 404-414, en https://www.iclr.co.uk/document/1871000410/casereport_66458/html?query=&filter=browse%3A%2222%2F7%22&fullSearchFields=&page=1&sort=relevance&pageSize=10 (consultado con fecha 2/02/2021).

La doctrina de ambas decisiones se fusionará por parte de los tribunales ingleses a partir de la Primera Guerra Mundial y ello generará la doctrina de la frustración del contrato.

casos²¹⁹ de imposibilidad fáctica o jurídica, frustración del propósito e, incluso, cuando el cambio de circunstancias producido retrase la ejecución o altere su naturaleza de tal guisa que el cumplimiento de la obligación resulte a partir del cambio totalmente diferente a lo previsto por los contratantes al tiempo de la perfección del contrato.

Por fin, desde una visión actual y con miras al futuro inmediato que representa el Derecho europeo de contratos, observamos y ratificamos la tendencia señalada, como lo atestiguan los siguientes ejemplos:

Ya el Proyecto Pavía²²⁰ lo abordaba y contemplaba en su artículo 97 una expresión del principio *favor negotii*, puesto que, en su virtud, el deudor moroso o el que había cumplido en parte su obligación, podía pedir la renegociación del contrato cuando el incumplimiento es debido a que, por acontecimientos tan extraordinarios como imprevisibles, la prestación ha devenido excesivamente onerosa, en tanto que la imposibilidad sobrevenida, debida a motivos no imputables al deudor, es causa de exención del cumplimiento de la obligación. Eso sí, en el supuesto en que el contrato contuviera una garantía explícita o implícita de que el cumplimiento fuera siempre exigible, el deudor resulta obligado a indemnizar el daño sufrido al haber contado explícita o implícitamente con la obligación del cumplimiento de la prestación.

²¹⁹ ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Introducción al Derecho comparado*. Oxford University Press. México. 2002, págs. 559 y ss.

²²⁰ VATTIER FUENZALIDA, C. *El Derecho europeo de los contratos y el Anteproyecto de Pavía*. Anuario de Derecho Civil. LXI. 2008, fasc. IV, págs. 1841 y ss.

Los Principios de Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law*, PECL)²²¹ mantienen dicho espíritu en aras de la renegociación de los términos contractuales ante el supuesto de cambio de las circunstancias del contrato y de su excesiva onerosidad o, en su defecto, brinda la opción de poder resolver el contrato, siempre con el cumplimiento de una serie de requisitos: modificación de las circunstancias posteriormente a la celebración del contrato; imprevisibilidad de la modificación; y que el riesgo no haya de ser soportado por ninguna de las partes. La misma solución es la adoptada en el Proyecto del Marco Común de Referencia (DCFR)²²².

²²¹ Artículo 6:111. Al respecto, DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A. M. *Los principios del Derecho europeo de contratos*. Civitas. Madrid. 2002, págs. 291 y ss.

²²² III. – 1:110: *Variation or termination by court on a change of circumstances*.

(1) *An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.*

(2) *If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:*

(a) *vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or*

(b) *terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.*

(3) *Paragraph (2) applies only if:*

(a) *the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred;*

(b) *the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;*

(c) *the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and*

(d) *the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.*

Información obtenida en el siguiente enlace: http://www.storme.be/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf (consultado con fecha 7/01/2021).

Las mismas soluciones son tomadas en cuenta, de alguna forma, en las reglas sobre excesiva onerosidad asumidas en ciertos instrumentos de *soft law* propios del Derecho de los contratos, tales como, por ejemplo, los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (PCCI)²²³ de 2010, o los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos de 2014 y 2015 (PLDC)²²⁴.

²²³ Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)).

Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Artículo 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)).

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Información obtenida en el siguiente enlace:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjNHi38vuAhWiqHEKHbySCuAQFjACegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.unidroit.org%2Fspanish%2Fprinciples%2Fcontracts%2Fprinciple%2Fblackletter2010-spanish.pdf&usq=AOvVaw2i_SQliN1TvNsxyzbl_Nb7 (consultado con fecha 2/02/2021).

²²⁴ El artículo 84 de los PLDC (Cambio de circunstancias) prescribe lo siguiente:

(1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo

CONCLUSIÓN

Ante experiencias impactantes de la vida real que proyectan una visión múltiple de un fenómeno determinado, cual si se tratara de un caleidoscopio, tal como sucede con el azote de la pandemia COVID-19, el Derecho romano vuelve a emerger en lo que al ámbito jurídico se refiere, toda vez que nos permite poner sobre el tapiz un tópico de tan palpitante actualidad como es la fuerza obligatoria del contrato, es decir, la observancia de lo pactado y sus posibles excepciones, lo que nos conduce inexorablemente a conectar con el principio *pacta sunt servanda*.

De su estudio y análisis, podemos detectar que el ordenamiento jurídico romano se erige, una vez más, en el origen más remoto del mencionado aforismo, ahora redimensionado y auscultado ante la vorágine del momento.

acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, ésta puede solicitar a la otra la renegociación del contrato.

(2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada.

(3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes.

Al respecto, DE LA MAZA GUZMÁN, I.; PIZARRO WILSON, C.; VIDAL OLIVARES, A. *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Colección Derecho Privado. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2017, en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjC683f4svuAhUnWhUIHRGWBBBoQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fboe.es%2Fbiblioteca_juridica%2Ffabricar_pdf.php%3Fid%3DPUB-PR-2017-44&usg=AOvVaw3enA2ClkpmPOdlOj09Nczi (consultado con fecha 2/02/2021).

En verdad, aun cuando el nacimiento y consagración del principio *pacta sunt servanda* se ubica en la Edad Media fruto de la influencia del Derecho canónico, sus raíces más profundas se extienden e irradian hacia el ordenamiento jurídico romano, circunstancia que evidencia cómo el Derecho romano irrumpe como elemento esencial del Derecho actual, lo que cobra más valor si cabe, a nuestro juicio, desde la perspectiva de la construcción de una ciencia jurídica europea que constituya la argamasa necesaria en el reto que representa la convergencia del Derecho europeo ante sus anhelos de unificación.

A su vez, el estudio de la gestación del principio *pacta sunt servanda* y sus raíces romanas nos conduce a poner en valor debidamente la práctica de la jurisprudencia romana consistente en la elaboración y diseño de reglas *-regulae-* y aforismos.

Si bien un fragmento del jurista Javoleno en el Digesto se toma como referencia para conferir fuerza obligatoria y entroncar con ello con el espíritu del principio *pacta sunt servanda*, lo cierto es que ya con anterioridad la ley de las XII Tablas nos brinda algún punto de conexión con la mencionada regla.

En todo caso, ya en la época romana se abordó el supuesto del cambio imprevisto de las circunstancias derivado de un hecho imprevisible para los contratantes y la consiguiente dificultad que ello implicaba en cuanto al cumplimiento de lo pactado. Efectivamente, aun cuando la cláusula *rebus sic stantibus*, concebida

como excepción y modulación del principio *pacta sunt servanda*, no fue prescrita ni formulada por la jurisprudencia romana, sin embargo, los glosadores y posglosadores, así como juristas posteriores, se sirvieron de los textos romanos para su confección y aplicación.

Tras el movimiento codificador, podemos comprobar que el principio *pacta sunt servanda* se erige en una de las bases de la teoría general del contrato, así como una de las señas de identidad del contrato como institución, al adquirir la cualidad de ley entre las partes, fruto de su fuerza obligatoria.

Evidentemente, en la delimitación del mencionado aforismo se ha de contar con la evolución y progresiva implantación legislativa, doctrinal y jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*, en la medida que contribuye a modular y reconfigurar la propia institución jurídica del contrato.

Precisamente, la coexistencia en nuestros días de la máxima *pacta sunt servanda*, todavía reputada una regla general, con la cláusula *rebus sic stantibus*, como excepción de aquella, refrenda una práctica constante propia del Derecho romano que se eleva a la categoría de uno de sus caracteres identificadores: por un lado, la conservación de los principios tradicionales, en prueba de respeto a las reglas y al Derecho de los ancestros (Derecho conservador y tradicional); por otro, la necesidad de la adaptación del Derecho a las nuevas circunstancias y situaciones, de tal modo que las excepciones a las reglas generales se hacen, progresiva y paulatinamente, cada vez

más frecuentes hasta adquirir visos de normalidad. La periodización del Derecho romano así lo acredita, sobre todo en las épocas preclásica (*ius honorarium*) y clásica (*iurisprudentia*), de la misma manera que se produce la actualización del Derecho en nuestros días.

El Derecho se asemeja a un ser vivo en constante evolución. El Derecho romano, por su parte, si bien no constituye un ordenamiento jurídico vigente actualmente, lo cierto es que sigue dando pruebas de su carácter vivo y enérgico, tras haberse inoculado y seguir estando presente todavía en un número considerable de ordenamientos jurídicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAME GODDARD, J. *Los pactos en las "Sentencias de Paulo" (Análisis del título 1 del Libro primero*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiKlpeb8evsAhUQ6RoKHUK7AOMQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Farchivos.juridicas.unam.mx%2Fwww%2Fbjv%2Flibros%2F4%2F1855%2F7.pdf&usg=AOvVaw1Ac6E3zwOUvNu9nG1oFfBm> (consultado con fecha 16/10/2020).

ALBIÑANA CILVETI, I. *La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus y su aplicación a las operaciones inmobiliarias*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 49. 2018, págs. 115-140.

ALBURQUERQUE, J.M. *La protección jurídica de la palabra dada en el Derecho romano*. Publicaciones Universidad de Córdoba. Córdoba, 1995.

ÁLVAREZ, S. *Pandemia, fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus a luz de la Jurisprudencia*. Diario La Ley, N° 9619, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2020.

AMIRANTE, L. *Dubbi e riflessioni in tema di iusiurandum in iudicio*, en Studi in onore di E. Betti, III. Milano. 1969, págs. 27 y ss.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. *La cláusula rebus sic stantibus*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

ANDREOLI, M. *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*. Rivista del diritto commerciale. Padova. 1938, I, págs. 366 y ss.

ANDRÉS SANTOS, F.J. *La cláusula rebus sic stantibus en el derecho privado europeo: un apunte histórico-dogmático*. Seminarios complutenses de derecho romano n° 17. Madrid. 2005, págs. 157 y ss. AA.VV. (Coord. Castresana, A.). *800 años de historia a través del Derecho romano*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2019.

BARBEYRAC, J. *Of the Law of Nature and Nations*, 4th ed. London, 1729.

BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2013.

- *Manual de historia del derecho*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2012.

- *La fructífera experiencia del ius commune ante el apasionante reto de la unificación del derecho privado europeo*. RIDROM. Número 19. Octubre, 2017, pp. 243 y ss.

BLANCO GONZÁLEZ, G. y DURÁN VARGAS, M.S. *Las relaciones contractuales en los tiempos del «COVID-19». Incidencia de la cláusula rebus sic stantibus en los contratos tras el impacto de la pandemia y el Real*

Decreto 463/2020 de 14 de marzo. Actualidad Civil, N° 4, Wolters Kluwer, 2020.

BONFANTE, P. *Diritto Romano*. Fratelli Cammelli. Florencia, 1900.

BRACCIANTI, C. *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*. 2.^a ed. revisada. Milán, 1947.

BURILLO LOSHUERTOS, J. *Los pactos en el Derecho romano*. Anales de la Universidad de Murcia. Vol. XXII, números 3-4. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia. Murcia. 1964, págs. 151 y ss.

CABRERA PADRÓN, C. *El arrendamiento de los locales de negocio en la crisis del coronavirus: "La cláusula rebus sic stantibus un invitado que ha llegado para quedarse"*. Aranzadi digital num.1/2020 Parte Estudios y Comentarios, 2020.

CANNATA, C.A. *Corso di Istituzioni di diritto romano (I)*. Giappichelli. Torino, 2001.

CARVAJAL RAMÍREZ, P.I. *Receptum argentarii (I). Nota sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano*. Ars Boni et Aequi n° 1. 2005, págs. 127 y ss.

CASTRESANA HERRERO, A. *Derecho romano. El arte de lo justo y de lo bueno*. 3.^a Ed. Tecnos. Madrid, 2017.^{oo}

COLÓN DOMÈNECH, G. *Los Adagia de Erasmo en español (Lorenzo Palmireno, 1560) y en portugués (Jerónimo Cardoso, 1570)*. Revista de Filología Española (RFE), LXXXIV, 2004, págs. 5-27.

DAZA MARTÍNEZ, J. *Compromissum. Su naturaleza jurídica*. Anales de la Universidad de Alicante n° 5. Facultad de Derecho. 1990, págs. 89 y ss.

DELOITTE. *El impacto económico del COVID-19: Los efectos económicos del COVID-19 y los posibles escenarios globales en función de su desarrollo*.

Deloitte (online), 2020, disponible en <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/about-deloitte/articles/impacto-economico-del-covid19.html> (consultado con fecha 21/12/2020).

DE LOS MOZOS TOUYÁ, J.J. *Aproximación a la causa del contrato en la doctrina del ius commune*. Seminarios complutenses de derecho romano: revista complutense de derecho romano y tradición romanística n° 27. 2014, págs. 123 y ss.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A. *Medidas de emergencia y contratos internacionales*. Blogger (online), 2020, disponible en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/04/medidas-de-emergencia-y-contratos.html> (consultado con fecha 16/12/2020).

DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A. M. *Los principios del Derecho europeo de contratos*. Civitas. Madrid, 2002.

DILCHER, G. *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*. Romanistische Abteilung (SZRom) 77. 1960, págs. 270 y ss.

DIOSDI, G. "*Pacta nuda servabo?*" *Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*. *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"* n°13. 1971, págs. 89 y ss.

DOMINGO, R. (Coord.). *Principios de derecho global. 1000 Reglas y Aforismos jurídicos comentados*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2006.

EBERHARD, J.H. *Von der Clausel "rebus sic stantibus"*. Frankfurt und Leipzig, 1769.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A.; GARCÍA CAMIÑAS, J. *Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en Derecho romano*. AFDCU n° 15. 2011, págs. 277 y ss.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A. *Fundamentos de Derecho Romano*. Centro de Estudios Financieros S.L. Madrid, 2011.

- *De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fide civiles.*
Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña nº 8.
2004, págs. 331 y ss.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus. Génesis y evolución de un principio jurídico.* Persona y Derecho nº 74. 2016/1, págs. 291 y ss.

FREZZA, P. *Questioni esegetiche e sistematiche in materia di constitutum debiti*, in Studi in memoria di G.B. Funaioli. Milano. 1961, págs. 699 y ss.

FUENTES-LOJO RÍUS, A. *Alteración de circunstancias e incumplimiento de obligaciones contractuales. Algunos conceptos clave.* Diario La Ley, Nº 9658, Sección Tribunal, Wolters Kluwer, 2020.

GARCÍA CARACUEL, M. *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales.* Dykinson. Madrid, 2014.

GIOFFREDI, C. *Sull'origine della condemnatio pecuniaria e la struttura del proceso romano.* SDHI XII. 1946, págs. 136 y ss.

- *Rem ubi pacunt, orato XII tab. I, 6-9 (per la critica del testo decenvirale).* Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja" nº15. 1973, págs. 271 y ss.

GIOVENE, A. *L'impossibilità della prestazione e la "sopravvenienza". (La dottrina della clausola "rebus sic stantibus").* Cedam. Padova, 1941.

GREWE, W.G. *The Epochs of International Law.* De Gruyter. Belín-Nueva York, 2000.

GROSSO, G. *Riflessione sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto "pactionibus et stipilationibus" sui fondi provinciali.* Sein und Werden im

Recht. Fetgabe für von Lübtow zum 70. Geburtstag. Berlin. 1970, págs. 411 y ss.

GUZMÁN BRITO, A.G. *La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n° XXV. Valparaíso. 2004, págs. 199 y ss.

KOPP, C.P. *Dissertatio inaug. De clausula rebus sic stantibus secundum jus cum naturale tum civil*. Marburgo, 1750.

KOSCHAKER, P. *Europa und das Römische Recht*. Beck. Munich, 1966.

LARENZ, K. *Base del negocio y cumplimiento de los contratos* (trad. Fernández Rodríguez, C.). Comares. Granada, 2002.

LENEL, O. *Das Edictum perpetuum: Ein Versuch Zu Seiner Wiederherstellung*. Tauchnitz. Leipzig. 1927, págs. 64 y ss.

LÓPEZ DÍAZ, P.V. *El principio de equilibrio contractual en el Código civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional*. Revista chilena de derecho privado n° 25. 2015, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200004> (consultado con fecha 6/01/2021).

LÓPEZ MOLINA, M. *Lidiando con lo imprevisible. Consecuencias jurídicas, contractuales, de acontecimientos inesperados y posibles soluciones legales*. Diario La Ley, N° 9630, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2020.

LUIG, K. *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*. Ius commune 1. 1967, págs. 79 y ss.

MAGRO SERVET, V. *La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas “rebus sic stantibus” en los contratos*. El Derecho, Lefebvre

(online), 2020, disponible en <https://elderecho.com/la-crisis-del-coronavirus-la-aplicacion-las-clausulas-rebus-sic-stantibus-los-contratos> (consultado con fecha 14/12/2020).

MANZANO DURÁN, M. *La cláusula rebus sic stantibus ha venido para quedarse*. Bufete Barrilero y Asociados Newsletter (online), 2020, disponible en <https://www.barrilero.com/la-clausula-rebus-sic-stantibus-ha-venido-para-quedarse/> (consultado con fecha 15/12/2020).

MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M.L. *Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión*. *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité* n° 61. 2014, págs. 329 y ss.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. *La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el § 313 BGB*. RCDI n° 681. 2004, págs. 283 y ss.

MAYER-MALY, T. *Römisches Privatrecht*. Springer. Wien. New York, 1991.

- *Vertrag und Einigung*. FS Nipperdey I. 1965, págs. 509 y ss.

MELILLO, G. "*Patti*" (storia). *Enciclopedia del Diritto*. XXXII. Torino. 1982, págs. 479 y ss.

MESA MOLINA, J.M. *Las cláusulas MAC o "material adverse change"*. Mariscal&Abogados, 2020, disponible en <https://www.mariscal-abogados.es/las-clausulas-mac-o-material-adverse-change/> (consultado con fecha 17 de diciembre de 2020).

METRO, A. *La denegatio actionis*. Giuffrè. Milano, 1972.

MOCHOLÍ, E. *Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19*.

Actualidad Civil, N° 5, Sección Derecho de los contratos / A fondo, Wolters Kluwer, 2020.

MOLL DE ALBA LACUVE, C. *El moderno derecho civil francés como modelo para la regulación de la cláusula rebus en España*. Diario La Ley, N° 9634, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2020a.

- *¿Es la cláusula «rebus sic stantibus» la solución a todos los problemas jurídicos del Covid-19?* Diario La Ley, N° 9668, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2020b.

ORDUÑA MORENO, F. J. *La cláusula "rebus sic stantibus" y la crisis derivada del coronavirus*. Aranzadi digital num.1/2020 parte Estudios y comentarios, 2020a.

ORDUÑA MORENO, F. J.; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus» (Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura)*. Cizur Menor (Navarra). Civitas Thomson Reuters, 2013.

ÖRTMANN, P.; *Recht der Schuldverhältnisse*. Vol. I y II. 5ª ed. Goldbach, 1998.

- *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*. Keip Reprint, Goldbach 1995 (Nachdr. d. Ausg. Leipzig 1921).

OSTI, G. *Appunti per una teoría della sopravvenienza*. Rivista de Diritto Civile. 1913, págs. 471 y ss., 647 y ss.

PARICIO, J. *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiyu7Pn6MPtAhUPEBQKHjCnEQFjABegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww1.unipa.it%2F~dipstdir%2Fpub%2Fannali%2F2009%2FPARICIO.pdf&usg=AOvVaw21-Is8IS2vjFQp96AtV-n1> (consultado con fecha 10/12/2020).

PELLECCHI, L. *La posizione dell' exceptio pacti nell'Editto del Pretore*. *Revue historique de droit français et étranger* n° 87. Dalloz. París. 2009, págs. 143-180.

PÉREZ MARCOS, E. *Métodos alternativos de resolución de conflictos en tiempos de COVID-19: la gran oportunidad de la mediación*. Lefebvre, *Revista de Derecho de Familia*, N° 89, 2020.

PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano* Vol. 2. Athenaeum. Roma. 1928, págs. 367 y ss.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *Cláusula rebus de necesidad y Cláusula rebus de estabilización: un análisis en el ejemplo de los locales de arrendamiento de local de negocio y de industria*. *Diario La Ley*, N° 9668, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2020.

RODRÍGUEZ WEIL, E. *El rebus sic stantibus en la contratación internacional*. *Rev. Bol. Der.* (online), N° 16, pp. 42-63, 2013, en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572013000200003&lng=es&nrm=iso (consultado con fecha 18/12/2020).

SALAZAR REVUELTA, M. *El receptum nautarum, cauponum et stabulariorum: motivación de la intervención pretoria en el ámbito del transporte marítimo y terrestre*. *Revista General de Derecho Romano* n° 8, 2007 (RI §400371).

SCHULZ, F. *Principios del derecho romano*. Civitas. Madrid, 2000.

SERRANO DE NICOLÁS, A. *Fuerza mayor y clausula rebus sic stantibus entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad por el confinamiento derivado del Covid-19*. *Diario La Ley*, N° 9625, Sección Tribunal. Wolters Kluwer, 2020.

SOLIDORO MARUOTTI, L. *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell'Imperio romano d'Occidente alla formazione del ius commune*. Giappichelli Editore. Torino, 2001.

- *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello "ius commune" alle codificazioni moderne.* Giappichelli Editore. Torino, 2011.
- STEIN, P. *Regulae Iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims.* The University Press. Edinburgh, 1966.
- STURM, F. *Il pactum e le sue molteplici applicazioni.* Convegno Contractus e Pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza Tardo-Repubblicana. Atti del convegno di diritto romano a cura di F. Milazzo. Università Degli Studi di Reggio Calabria. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro. Napoli. 1990, págs. 151 y ss.
- TALAMANCA, M. *La storia dell'edictum de pactis.* Labeo nº 6. 1960, págs. 278 y ss.
- TERRAZA MARTOREL, J. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula rebus sic stantibus.* Barcelona. Bosch, 1951.
- TORRENT RUIZ, A. *La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo,* en *Studia et documenta historiae et iuris (SDHI)* nº 81. 2015, págs. 469-514.
- TORRES LÓPEZ, A. *Primeros Autos de Medidas cautelares en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus en los arrendamientos de local de negocio.* Editorial Jurídica Sepín (online), 2020, disponible en <<https://blog.sepin.es/2020/10/autos-medidas-cautelares-rebus-sic-stantibus.-locales-negocio/>>. (consultado con fecha 3/12/2020).
- VATTIER FUENZALIDA, C. *El Derecho europeo de los contratos y el Anteproyecto de Pavía.* Anuario de Derecho Civil. LXI. 2008, fasc. IV, pág. 1857. 1841 y ss.

VOLKMAR, M. *La revisión de los contratos por el juez en Alemania*, en *Travaux de la semaine internationale de droit*. Paris. 1937, págs. 15 y ss.

WELZEL, H. *Die Naturrechtslehre S. Pufendorfs*. De Gruyter. Berlín. 1958, págs. 31 y ss.

WESENBERG, G.; WESENER, G. *Historia del Derecho Privado en Alemania y en Europa*. Lex Nova. Valladolid, 1998.

WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Segunda edición. Göttingen. 1967, págs. 127 y ss.

WINDSCHEID, B. *Lehrbuch des Pandektenrecht I § 97*. Neudruck Aalen, 1963.

ZEPOS, P.J. *Los antecedentes históricos y comparativos del Código Civil Griego*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista de la Facultad de Derecho nº 21. 1962, págs. 150 y ss.

ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town-München, 1992.

- *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010.

ZWEIGERT, K; KÖTZ, H. *Introducción al Derecho comparado*. Oxford. University Press. México, 2002.