

LO QUE QUEDA DEL PRINCIPIO CLÁSICO *PACTA SUNT SERVANDA*

M. Isabel Garrido Gómez ^(*)

1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

1.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

Etimológicamente, el término “obligación” viene de la palabra latina *obligatio* y ésta, a su vez, lo hace de *obligare* (*ob*, “a causa de”, y *ligare*, “ligar” o “atar”). Significa, por tanto, “ligadura”, “sujeción física”, “lazo de unión”, “vínculo por causa de algo”. La voz enunciada es uno de los vocablos que forman el *substratum* del orden jurídico y, en general, de todas las ciencias sociales, por lo que se hace precisa la delimitación de la obligación jurídico-privada que es la que verdaderamente nos interesa, de las demás acepciones. Sin duda, desde el punto de vista doctrinal, el concepto de “obligación” en el Derecho romano ha servido de modelo para su elaboración a los autores modernos, siendo ineludible el tratamiento de las dos definiciones de *obligatio* legadas por las fuentes romanas.

La primera, “la obligación es un vínculo de Derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad”, aparece en las Instituciones de Justiniano y hay una gran disputa en torno a su atribución, ya que unos lo hacen a Florentino, los más, y otros a Justiniano. La expresión *solvendae rei* hay que entenderla con la amplitud de cualquier prestación. Las

^(*) Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá. Directora de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo de España. E-mail: misabel.garrido@uah.es

palabras *cura nostrae civitatis* aluden al *ius civile* o al *ius populi romani*, en contraposición al *ius gentium*¹. El segundo concepto que se incluye en el Digesto se debe a Paulo. Se trata de una formulación de las características que diferencian las obligaciones del derecho real, describiendo con más precisión que la anterior, el contenido y el objeto del vínculo obligatorio: “la sustancia de las obligaciones no consiste en que se haga nuestra alguna cosa corpórea o una servidumbre, sino en que se constriñe a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos alguna cosa”².

Con estas definiciones que suprimen la última parte inserta en las Instituciones al recoger las aportaciones de los juristas del Derecho intermedio, y se cuidan de perfilar los términos con la eliminación de la alusión al Derecho civil de los romanos y con la mejor formación del contenido de la prestación, se formó una definición más racional que el tiempo ha ido conservando y aceptando: “la obligación es un vínculo de Derecho por el que somos constreñidos con la necesidad de dar, hacer o prestar alguna cosa”.

1.2. CONCEPTO MODERNO

Las corrientes doctrinales modernas acogen el pensamiento romano, lo cual no quiere decir que no se pretenda introducir ninguna innovación con el fin de otorgar a la figura una elaboración lo más perfecta posible. Tales cambios han sido tres. El primero, sustituye la palabra “vínculo” por la de “relación” –ofrecida por Savigny- en casi todos los casos, de manera que la obligación es

Este artículo ha sido realizado dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”. CSD2008-00007, y del Proyecto “Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX” (DER-2008-03941/JURI) del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica.

¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, t. 3, (“Derecho de obligaciones”), Reus, Madrid, 2008, que traduce “ob” por “alrededor”, y al cual seguimos en el estudio del concepto de “obligación”. En especial, ver también: Instituciones, 3, 13, pr.; CARBONNIER, J., *Flexible Droit. Pour une sociologie du Droit sans rigueur*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1998, p. 289 (hay trad. castellana de L. Díez-Picazo *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1974); GAUDEMET, J., “Naissance d’une notion juridique. Les débuts de ‘l’obligation’ dans le Droit de la Rome antique”, *Archives de Philosophie du Droit*, 44, 2000, pp. 19 y ss.

² Digesto, 44, 7, 3. ALBERTARIO, E., “Le definizioni dell’obbligazione romane”, en *Studi di diritto romano*, III, 1936, pp. 1 y ss.; RAMPELBERG, R.M., “L’obligation romaine: Perspective sur une évolution”, *Archives de Philosophie du Droit*, 44, 2000, pp. 51 y ss. Y HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, trad. de G. Hernández, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 83 y ss.

una relación jurídica (obligatoria), cauce para que las personas realicen actividades de cooperación social y, peculiarmente, para que les sea posible intercambiar bienes y servicios. Sin embargo, no todas las posturas son desenvueltas de forma uniforme. Destaca una postura amplia, comprensiva de la relación jurídica total, defendida por Albaladejo, Díez-Picazo, Gullón, Díaz Pairó, Giorgianni y Ruggiero, entre otros. Otras posiciones son las centradas en el lado positivo de la relación obligatoria, en la necesidad en que se constituye el deudor como consecuencia de ella, este grupo lo representan, por ejemplo, Sánchez Román, Colin y Capitant, y von Thur. Y la que posee un sentido que se refiere a su naturaleza activa, dentro de una visión parcial, caso de Clemente de Diego o de Enneccerus³.

El segundo aspecto recae en otorgar mayor importancia al elemento objetivo o patrimonial de la relación obligatoria, en lugar de al subjetivo o personal originario de las Instituciones justinianas. Se presenta el derecho del acreedor más como una facultad de exigir del deudor una actividad, como un poder de adentrarse en el patrimonio del deudor para obtener su satisfacción si es que la otra parte incumple, este es el ideario de Brinz, Demogue o Polacco ... Mas, algunos autores, supuesto de Arias Ramos y Ruggiero, no quieren desprenderse del criterio clásico y adoptan una postura mixta. La obligación se compone, según ellos, de un elemento personalista y de otro objetivo.

La tercera reflexión resalta la índole jurídico-privada de la obligación propiamente dicha, debido a que no toda prestación integra el objeto de la relación obligatoria. Se han de excluir los deberes desprendidos de un orden general de relaciones de Derecho preestablecidas, línea en la que se pronuncian Dernburg, Díaz Pairó y Sánchez Román, quien apunta como notas de las relaciones más eventuales y transitorias, denominadas voluntarias o contractuales, y con más exactitud patrimoniales: representar un interés privado, constituir vínculos de naturaleza transitoria, y poder hacerse efectivos

³ ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. II (“Derecho de obligaciones”), vol. 1 (“La obligación y el contrato en general”), Bosch, Barcelona, 1980, p. 15; COING, H., *Derecho privado europeo*, vol 1 (“Derecho común más antiguo (1500-1800)”), trad. de A. Pérez Martín, Fundación Cultural de Notariado, Madrid, 1996, pp. 497 y ss.; GIORGIANNI, M., *La obligación (la parte general de las obligaciones)*, trad. de E. Verdura y Tuells, Bosch, Barcelona, 1958, p. 135; RUGGIERO, C. de, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, trad. de R. Serrano Suñer y J. Santacruz, Reus, Madrid, 1929, p. 7.

en caso de incumplimiento por un equivalente económico obtenido del patrimonio del deudor⁴.

En conclusión, si recogemos todas las aportaciones innovadoras de las Escuelas modernas a la teoría de la obligación, de acuerdo con una posición intermedia entre el objetivismo y el subjetivismo, desembocamos en el concepto de “la relación jurídica que permite a una persona, denominada acreedor, el exigir a otra, llamada deudor, para satisfacer un interés privado digno de protección, determinada prestación garantizada con todo el activo patrimonial del obligado en caso de incumplimiento”.

2. CONSIDERACIÓN CLÁSICA DEL PRINCIPIO PACTA SUN SERVANDA

Como una derivación necesaria del concepto aportado de obligación, se consideraba tradicionalmente que el principio *pacta sunt servanda* requiriese a cada uno de los sujetos intervinientes una necesaria fidelidad a sus promesas, consecuencia de la exigencia de una actitud honrada, leal, limpia, recta, justa, sincera e íntegra, apoyada en la confianza del cumplimiento para dar y recibir cada parte lo que le corresponde. La actitud exigida era individual de calidad personal, valorada como capacidad de libertad y de responsabilidad frente a la contraparte en el seno de la convivencia colectiva debidamente organizada, estimada como comportamiento debido frente a las responsabilidades provenientes de las obligaciones nacidas del pacto concertado⁵.

A su vez, se ha venido haciendo perceptible que la idea de que los pactos deben ser respetados se aplicaba por el reconocimiento de la autonomía de la voluntad con ciertos límites, conceptuada como libertad del hombre para crear relaciones jurídicas y regular su contenido. En síntesis, lo que se ponía en práctica era la idea de que la relación de hombre a hombre con fines de satisfacer necesidades y conveniencias tiene fuerza vinculante⁶. Además, el contrato creaba

⁴ TETTENBORN, A.M., *An Introduction to the Law of Obligations*, Butterworths, Londres, 1984, pp. 1 y ss. Y, en general, COING, H., “Il concetto dell’obbligazione e la disfunzione tra debito e responsabilità”, *Nuova Rivista di diritto commerciale, Diritto dell’economia, diritto sociale*, IV, 1.951, pp. 22 y ss.; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. 1 (“Teoría general de la obligación”), Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, pp. 26 y 27.

⁵ PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l’exécution du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1989.

⁶ ÁLVAREZ ROBLES, A., “La seguridad en los negocios jurídicos”, en *Estudios jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona*, Barcelona, 1979; BREDEMEIER, H.C., “Il diritto

entre las partes un vínculo obligacional de ineludible cumplimiento con fuerza de ley, y conforme al axioma *pacta sunt servanda* integrador de la consecución de la seguridad en el tráfico jurídico.

3. LA SUPERVIVENCIA DEL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

Pero, en estos momentos, el cambio se materializa en que el principio *pacta sunt servanda* evidencia la autonomía del poder económico, no la de los individuos, como ocurría antes⁷. Este principio, que en circunstancias normales tiene plena justificación, quiebra con la llegada de la globalización al conducir a consecuencias excesivamente gravosas para algunos de los sujetos. Razón por la que la doctrina, la jurisprudencia y la política legislativa han intentado buscar la solución apropiada, dando un fundamento jurídico a las facultades de revisión o resolución del contrato tan difíciles de coordinar con la regla primeramente expuesta⁸.

Intentar mostrar la debilidad del *pacta sunt servanda* es algo que no cuesta gran esfuerzo porque las excepciones son muy numerosas. Pero, entre las que se han puesto en práctica más habitualmente, destacan aquellas que pretenden justificar la modificación del contrato en la cláusula sobreentendida *rebus sic stantibus*, en la teoría de la presuposición, en la de la desaparición de la base del negocio, en el principio de lesión o, con el empleo de una fórmula más general, en el riesgo imprevisible.

La teoría de la cláusula implícita *rebus sic stantibus* tiene antecedentes de algunos textos del Derecho romano, procediendo en realidad de la doctrina y con mayor fuerza de la práctica forense medieval. Con un planteamiento justificativo, su naturaleza es presuntamente subjetiva, como si se enraizara en la voluntad de los contratantes y fuera sobreentendida la cláusula *rebus sic stantibus (negotia) intelliguntur* en los contratos a largo plazo o de tracto sucesivo. Por lo que, cuando sobreviene un cambio importante en el estado de hecho que existe o que es contemplado por las partes, la

come meccanismo d'integrazione sociale", en GIASANTI, A. y POCAR, V. (eds), *La teoria funzionale del Diritto*, Unicopoli, Milán, 1983, pp. 121 y ss.

⁷ HERNÁNDEZ GIL, A., "Derecho de obligaciones", t. 3 de sus *Obras Completas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, pp. 29 y ss.; y la tesis de G. RIPERT expuesta en *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1925.

⁸ OSSORIO MORALES, J., "Notas para una teoría general del contrato", *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 1965, p. 1.071.

parte obligada podrá resolver el contrato que se le haga excesivamente oneroso⁹.

En relación a la teoría del riesgo imprevisible, diversos juristas franceses fundamentan la causa de revisión y resolución contractual con un sentido muy genérico, que fluctúa entre darle una justificación objetiva o subjetiva -sus partidarios se apoyan en los más variados fundamentos, desde el presuntamente subjetivo de la cláusula *rebus sic stantibus* hasta los objetivos de la equivalencia de las prestaciones, o la doctrina ética del Derecho-. Tener presentes estos extremos es relevante para entender que la perspectiva con la que nos movemos es la de la imprevisibilidad de los acontecimientos y circunstancias que determinan la necesidad de revisar o resolver un contrato, en los casos en que acontecimientos posteriores que escapen de toda previsión en el momento de la conclusión contractual hagan su ejecución extremadamente onerosa o desfavorable para alguna de las partes¹⁰.

Por otro lado, la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación ha sido elaborada en Italia y recogida en los artículos 1.467-1.469 de su Código civil. Es una modalidad de la imposibilidad sobrevenida en su raigambre objetiva de la causa que imposibilita de modo parcial el cumplimiento debido del deudor, porque agrava desmesuradamente la deuda inicial. No es que no se pueda cumplir la prestación debida, sino que para cumplirla se tiene que sufrir un importante perjuicio económico¹¹.

Y, por último, la teoría de la base del negocio ha sido desenvuelta, ante todo, en Alemania, teniendo un doble carácter objetivo (el juego de la causa) y subjetivo (el juego de la interpretación de la voluntad de las partes). La fundamentación de la revisión o resolución contractual se presenta sobre la cuestión de la

⁹ Según la enumeración y exposición que realiza CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, t. 3 ("Derecho de obligaciones"), cit., pp. 731 y ss. Ver también la sistematización citada por BADENES GASSET, R., *El riesgo imprevisible*, Bosch, Barcelona, 1946, pp. 65 y ss., entre otras, o la que lleva a cabo el Profesor Roca Sastre. Dicha corriente fue resucitada por la Escuela de Derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII (especialmente por GROCIO y PUFFENDORF), influyendo en la codificación prusiana. Pero a finales del siglo XIX quedó olvidada, hasta que las circunstancias inflacionistas de la época subsiguiente a la I Guerra Mundial obligaron a resucitarla.

¹⁰ HAURIOU, M., "La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales", *Revista de Derecho Privado*, enero de 1926, p. 1. Y, en Alemania, cfr. KÖBLER, R., *Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Mohr, Tübinga, 1991.

¹¹ BOSELLI, A., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Editrice Torinese, Turín, 1952; OSILIA, E., *Eccessiva onerosità ed impossibilità sopravvenuta della prestazione*, Génova, 1950.

incidencia de las circunstancias sobrevenidas, en caso de que se dañe o desaparezca la base del negocio. Pero ¿qué se entiende por base del negocio? La respuesta no es simple, ya que la voz comprende un conjunto de ideas y de hechos constitutivos de las representaciones de los interesados en el tiempo de la conclusión del contrato, y necesarios para que despliegue su eficacia en correlación con la intención de las partes¹².

Tras lo expuesto, es manifiesto que la posibilidad de fallar la modificación o la resolución del contrato se ha abierto de manera que hoy parece algo normal y cuesta muy poco su aplicación cuando, desde el momento de la constitución de la relación obligatoria hasta el de su cumplimiento, se producen acontecimientos que repercuten en la obligación y, consiguientemente, en su cumplimiento. En definitiva, antes se erigía en un principio excepcional y era utilizado con cautela para que, de manera restrictiva, pudiera afectar al postulado *pacta sunt servanda* y al de seguridad según el empleo por los sujetos de la autonomía privada, precisándose como requisitos: a) Que entre las circunstancias en el momento del cumplimiento del contrato y las del acto de la celebración se haya producido una alteración extraordinaria; b) que consecuencia de dicha alteración resulte una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas; c) que ello se haya producido sobreviniendo circunstancias realmente imprevisibles; y d) que se carezca de otro medio para subsanar el referido desequilibrio patrimonial¹³. Requisitos que hoy día se han flexibilizado considerablemente haciendo que la aplicación de estas cláusulas se vea como algo que está dentro de la vida cotidiana y que se entiende positivamente.

El cambio radica, por tanto, en que en la actualidad el principio *rebus sic stantibus* actúa con un carácter de mayor generalidad, sin

¹² Según Larenz, la base objetiva del negocio desaparece en dos casos: cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones se rompe de manera tal que ya no puede hablarse de contraprestación (destrucción de la relación de equivalencia). Y desde que la finalidad común y objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, sin importar que la prestación sea todavía posible (frustración del fin). La base subjetiva del negocio desaparece si las circunstancias positivamente esperadas por las partes no llegan a existir, o se extinguen si lo esperado era su persistencia (LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. de C. Fernández Rodríguez, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pp. 37 y ss.) RODIÈRE, R., *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, A. Pedone, París, 1986).

¹³ La Sentencia de 25 de marzo de 1913 del Tribunal Supremo español presenta un atisbo de resolución del contrato por alteración de las circunstancias básicas del negocio. Sin embargo, las más importantes al respecto son las de 11 de diciembre de 1940 y 17 de mayo de 1941, que sin negar la posibilidad de la misma tampoco se decidieron a aceptarla. Posteriormente, las Sentencias de 17 de mayo de 1957; 6 de junio de 1959; 31 de marzo de 1960 y 23 de febrero de 1993 dictaminaron la excepcionalidad de la cláusula *rebus sic stantibus*.

quedar reducido a una pura excepción en la que los fundamentos eran los de equidad y buena fe, con sus derivaciones pertinentes para humanizar la rigidez de las normas jurídicas cuando originaban situaciones injustas para una de las partes, a la luz, a veces, del concepto de causa contractual que lleva “un elemento referido a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones” y, en todo caso, como medio de restablecer su equilibrio desde el punto de vista subjetivo según fueran valoradas por los sujetos¹⁴.

¹⁴ ANDRONESCO, *L'inegalité des prestations dans le contrat*, París, 1922; PINO, A., *La excesiva onerosidad de la prestación*, Bosch, Barcelona, 1959.