

# Tópica, máximas y principios jurídicos. La cláusula *rebus sic stantibus* y el COVID-19<sup>1</sup>

Luis Mariano Robles Velasco

---

1. Universidad de Granada.



## Tópica

Cuando hablamos de *Tópica Jurídica*, siguiendo a García Amado<sup>2</sup>, se pueden entender tres tipos diferentes bajo los que acoger la idea de Derecho, según entiende la doctrina más relevante, como es el caso de Viehweg<sup>3</sup>.

El primer tipo, la *Tópica Jurídica* haría referencia al Derecho entendido como fenómeno histórico en un momento determinado, y ello a pesar de que el propio derecho está en permanente evolución, como se puede constatar fácilmente debido a la permanente mutación de la ley y sobre todo de la jurisprudencia interpretativa.

Según esto se podría interpretar el momento histórico como una especie de foto fija de una etapa histórica determinada, sin perder de vista que en la vida no estamos ante una foto, sino ante una película que se compone de sucesivos fotogramas que van superponiéndose. Desde este punto de vista, la dogmática - la *Tópica Jurídica* - solo interpreta un momento de la secuencia.

El segundo sentido de la *Tópica Jurídica*, llamémosle de *consenso doctrinal*, pondera los distintos modos de interpretación de las normas jurídicas teniendo en cuenta el criterio de la mayoría de la doctrina para ver su sentido y validez.

Y el último, el tercero de *argumentación jurídica procesal*, trata de adecuar la eficacia y aplicación de las normas jurídicas desde un punto de vista de la aplicabilidad general procesal, mediante una interpretación comprensiva, argumentativa y de claridad lingüística.

Estas visiones e interpretaciones se pueden encontrar en la obra de Viehweg<sup>4</sup>, y de otros autores, como Schmidt-Salzer<sup>5</sup>, según García Amado, por ello parece oportuno que nos detengamos en su consideración.

### La tópica jurídica en su visión dinámica e histórica

Desde este punto de vista, ya Bäumlín<sup>6</sup>, entendía el derecho como producto histórico que solo se podía comprender si lo analizamos dentro del propio contexto que lo vio nacer. Por eso, el derecho se considera un conjunto de respuestas contingentes, que en realidad no obedecen a un plan sistemático, sino a realizaciones parciales en permanente desarrollo. No es una realización general y abstracta, sino actuaciones concretas fruto de un proceso de concreción. De ahí su nota esencial de “estar orientado a una constante realización” (*Rechtsverwirklichung*). Dicho de otro modo, el derecho está en constante formación, y eso ocurre a todos los niveles de la actividad jurídica, o como decía López Calera, “el Derecho se considera en realidad parte de la vida social y no mera expresión

---

2. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Universidad de Oviedo, Civitas Serv. De publicaciones, Madrid 1988, 388 pp. Vid. *Tópica jurídica y conceptos de Derecho*, p. 264.

3. VIEHWEG Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Ed. Taurus. Madrid 1964, 144 pp.

4. VIEHWEG T., *Tópica y jurisprudencia*, op. Cit, pp. 144.

5. SCHMIDT-SALZER, J., *Zur Technik der topischen Rechtsbildung*, cit. Por GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, op. Cit, p. 265.

6. BÄUMLIN, R., *Staat, Recht und Geschichte*, Zürich, EVZ, 1961, en especial las páginas 18, 27, 33.

lógica o ética de un principio universal”<sup>7</sup>. Es la misma idea de Esser.

Esser<sup>8</sup> contemplaba al derecho como algo vivo, móvil, en permanente evolución, y no como un producto elaborado y acabado, de ahí que la propia jurisprudencia que es la está más en contacto con la realidad social es la que actualiza y vivifica el derecho.

De esta manera, el auténtico derecho vive y se concreta en la intervención e interpretación del juez y no necesariamente en el ordenamiento jurídico normativo<sup>9</sup>. Esto le lleva a concluir que, frente a la exaltación de la codificación y su defensa del predominio estricto de la ley sobre la interpretación judicial creativa de derecho, defiende que ante la idea de un Derecho codificado y en permanente crisis –porque a veces no contempla todos los casos de la práctica diaria–, se hace necesario, según Esser, la necesidad de revisar la doctrina estática de las fuentes y de su sustitución por una más fluida “*doctrina pluralista de las fuentes del Derecho*”<sup>10</sup>.

Es posible que la visión de Esser, donde el fundamento de las normas legales sea únicamente un juicio de valor y que tales normas son dotadas de sentido por la interpretación de los tribunales que sean estos los que deben de poner de acuerdo su finalidad con la realidad social que es la meta final, lo que sin duda estaría en consonancia con el sentido del propio Código Civil español, que en tanto se refiere a la misión de la jurisprudencia (“*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los Principios generales del Derecho...*”<sup>11</sup>), como al tratar de la aplicación de las normas jurídicas (“*...que se interpretaran según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”<sup>12</sup>). Por más, que algunas voces autorizadas adviertan del peligro que eso sea la entrada al libre albedrío judicial y a la vulneración del principio de seguridad jurídica<sup>13</sup>.

7. De ahí que el Derecho se considera en realidad parte de la vida social y no mera expresión lógica o ética de un principio universal». LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1985, pág. 183.

8. ESSER, J., *Grundsatz und Norm*, p. 256. Para ESSER la pugna entre el sistema jurídico y la realidad social da lugar a una constante necesidad de adaptación entre la dogmática y la respuesta a los problemas reales, (vid., *ibid.*, págs. 308-309, ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, págs. 17-19, y ESSER, J., *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, p. 7.

9. ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, op. Cit., p. 17.

10. La crisis de las fuentes del derecho (sobre todo después de las guerras mundiales) no previstas por los legisladores de la codificación hace que sean los jueces los encargados de revisar la doctrina estática de las fuentes y de su sustitución por una doctrina pluralista de las fuentes del Derecho. El Derecho codificado sería una mera ilusión si no existiera una jurisprudencia que argumenta «*au del á du code mais par le code*». ESSER, J., *Grundsatz und Norm*, p. 291 y ss

11. Artículo 1. 6. “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”.

12. Artículo 3. 1. “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”.

13. ESSER, J., «*Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*», en *Festschrift für Fritz volt Hippel zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1967 (págs. 95-130), págs. 115-116.

### *La tónica jurídica como interpretación del derecho basada en la idea de consenso doctrinal*

Es la tesis de Lüderssen, que según García Amado<sup>14</sup>, busca en la idea del consenso doctrinal una visión de la *Tónica jurídica* en el significado de una interpretación jurídica, como teoría de la validez consensual del Derecho. Para Lüderssen, el derecho es la *teoría consensual de la verdad*. Desde este punto de vista, la tónica jurídica es la que le da validez al Derecho a partir de los acuerdos sobre aquellos *topoi* –o lugares comunes– jurídicamente relevantes que al ser aceptados hacen vinculantes dichas proposiciones. Esto plantearía un problema a continuación, pues habría que determinar bajo qué condiciones<sup>15</sup> son posibles el entendimiento y el acuerdo para la validez de una proposición jurídica determinada sea asentada y consolidada tópicamente, lo que hace necesario la búsqueda de un modelo para articular esta validez consensual del Derecho.

Esto hace según Lüderssen<sup>16</sup> es que la tónica deja grandes lagunas en esta caracterización y deja, por tanto, sin una adecuada ponderación su teoría de la validez jurídica.

### *La tónica jurídica como sentido de interpretación y argumentación jurídica procesal*

En la obra de Ballweg<sup>17</sup> se aprecia una visión claramente procesal. Piensa que los códigos no son sino un catálogo de textos que conforman el marco legal en el cual se desenvuelve el razonamiento jurisprudencial. Dentro de ese mismo se incluirían los antecedentes jurídicos, la *opinio iuris* de los jurisprudentes o juristas, incluso la costumbre o tradición jurídica. En esta misma idea, aunque más radical, se manifiesta Rodigen<sup>18</sup> que ataca a la línea de flotación de la doctrina jurídica tradicional que atiende más a la construcción de conceptos racionales que a la acción pragmática y la práctica procesal.

Lo que se pretende es resolver los problemas cercanos del individuo, no mediante la sujeción encorsetada de normas fijas<sup>19</sup>, sino mediante *una idea fluida del Derecho*, una

14. LÜDERSSEN, K., *Juristische Topik und konsensorientierte Rechtslehre*, págs. 552-564 cit. por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tónica jurídica*, Op. Cit., p. 268.

15. Entre los aspectos que debe tener en cuenta una teoría consensual de la validez se pueden encontrar algunos como el nivel de la «interacción entre personas», el papel de la comunicación verbal y no verbal, grado de participación de los ciudadanos, condiciones de partida o situación de los diversos partícipes en el proceso, entre otras muchas. Esto hace, según LÜDERSSEN, en lo que al resultado del acuerdo alcanzado se refiere, hay que distinguir entre las metas, la intensidad del acuerdo y las valoraciones presentes en el discurso. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tónica jurídica*, Op. Cit., p. 268.

16. LÜDERSSEN, K., *Juristische Topik und konsensorientierte Rechtslehre*, cit., págs. 552-564.

17. BALLWEG, O., *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, cit., págs. 20-22. Cit. por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tónica jurídica*, Op. Cit., p. 268.

18. Los juristas parecen más preocupados de elaborar un sistema abstracto de conceptos sin contradicciones que buscar la coherencia pragmática adecuada a las circunstancias del caso. RODINGEN, H., *Von der Rationalität der Topik*, cit., pág. 185. Cit. por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tónica jurídica*, Op. Cit., p. 270.

19. *La ley no debe imponerse imperativamente a las partes, sino ponerse «a su disposición, siéndoles posible hacer valer otros puntos de vista distintos de los legales o elegir otro procedimiento diferente del judicial... La ley sería «un catálogo*

tópica que tienda a la resolución mediante una serie de sugerencias o indicaciones que ayuden a resolver los conflictos.

## La tónica jurídica en Aristóteles y en Cicerón

Para Aristóteles<sup>20</sup>, los tópicos (*topoi*)<sup>21</sup> son simplemente lugares comunes, proposiciones obvias, convicciones comunes o generales de puro sentido común que se utilizan en la argumentación. Son simplemente recursos para armarse de argumentos en un razonamiento para tratar de resultar convincente<sup>22</sup>.

Ejemplos tenemos numerosos, como "Los amigos de nuestros amigos son nuestros amigos", o "los enemigos de nuestros enemigos son nuestros amigos; los amigos de nuestros enemigos son también nuestros enemigos...".

Como vemos, la serie de razonamientos tópicos puede ser de lo más variado, pero no siempre adecuado para resolver complejas cuestiones jurídicas.

Pueden encontrarse en la más pura tradición jurídica algunos ejemplos de reglas o lugares comunes (*topoi*) de interpretación a las que se puede acudir a la hora de interpretar el derecho, ejemplos tenemos como *pacta sunt servanda, rebus sic stantibus, iudex iudicet secundum allegata et probata...* como criterios a los que acudir para aclarar un razonamiento dialéctico.

Distingue Aristóteles<sup>23</sup> entre el razonamiento *dialéctico erístico*, que es un razonamiento que se desarrolla dentro de lo probable, y el razonamiento *pseudoerístico*, que aparenta ser verdadero pero que es falso o falaz<sup>24</sup>. De ahí que el razonamiento *dialéctico* parte de ciertas premisas que son aceptadas por la mayoría o al menos por personas de reconocida autoridad. Mientras que, el razonamiento *pseudoerístico* parte de premisas que son aparentemente correctas, pero que no lo son en realidad.

También Cicerón se ocupó de la *tópica* desde un punto de vista instrumental, muy adecuado a su pragmatismo jurídico y búsqueda de la efectividad e inmediatez práctica<sup>25</sup>. Por ello, deja un tanto al margen la dimensión especulativa característica de la tónica Aristotélica.

abierto de tópicos». RODINGEN, H., «Das Rechtsverfahren: Lern- oder Unterwerfungs-prozess?», en BIERBRAUER y otros, *Zugang zum Recht*, Bielefeld, Giese-king, 1978 (págs. 23-83), pág. 75.

20. ARISTÓTELES, *Retórica* (c. 23 libr. II). Vid. SALGUERO, *Argumentación Jurídica por analogía*, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2002, 275 p.

21. Aristóteles considera que los tópicos (*topoi*) que son lugares comunes a partir de los cuales se desarrollan los razonamientos dialécticos dentro de la estructura deductiva del entimema que se caracteriza porque falta alguna de las premisas y acudimos a esos tópicos para cubrir esa laguna. De este modo, se puede llegar a conclusiones convincentes, y por eso, la tónica es para Aristóteles un instrumento de la dialéctica o del arte de la disputa. GARCÍA AMADO, J.A., *Teorías de la tónica jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 64.

22. Sobre este punto, *vid.* MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A., *Curso de Teoría del Derecho y metodología jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 299.

23. ARISTÓTELES (*Tópicos. I 100a-100b*).

24. SALGUERO, *Argumentación Jurídica por analogía, op. Cit.*, Aristóteles (*Tópicos. I 100a-100b*).

25. GARCÍA AMADO, J.A., *Teorías de la tónica jurídica, op. Cit.*, pp. 65-74.

Cicerón busca, ante todo, en la utilización de los tópicos, la persuasión retórica. Los tópicos en Cicerón son *loci*, esto es lugares comunes base de la argumentación a partir de los cuales defendía, resolvía o desarrollaba sus argumentos. Este recurso a los tópicos va a ser la base del *casus* y del razonamiento del *Ius Civile* y trasladado posteriormente al Digesto. Y de ahí, a los *glosadores y comentaristas medievales* los cuales adoptaron el método dialéctico y el recurso a los tópicos como uno de sus signos de identidad<sup>26</sup>.

## Renacimiento, Racionalidad e Iusnaturalismo y la tónica jurídica

Con el Renacimiento y el auge de las ciencias naturales la *tónica* es desplazada ante el espíritu de la búsqueda de un derecho más racional y adecuado a la realidad social, poco conciliable con opiniones jurídicas interpretativas de unos tiempos ya muy diferentes.

El racionalismo de los siglos XVII y XVIII, basado en el predominio de la *razón deductiva* y la evidencia demostrable en los *axiomas jurídicos* o principios de evidencia racional va a desembocar en el *iluminismo* (el llamado *siglo de las luces*) y el *Iusnaturalismo racionalista*, fundamento de la doctrina jurídica y de los ordenamientos jurídicos donde lo predominante es el *derecho positivo*, fundamento –como todos sabemos– de la etapa de la *codificación* del siglo XIX<sup>27</sup>. Poco o casi nada le quedaba por hacer a la metodología de la *tónica*, donde las opiniones jurídicas se sustituían por el razonamiento inflexible de la norma.

## La interpretación tónica de la jurisprudencia

Estamos asistiendo a una época en donde la complejidad de la práctica jurídica supera en mucho a los viejos procedimientos de la utilización de la tónica jurídica, y no porque el Derecho haya dejado de ser un sistema jurídico –lo es ahora y con mayor complejidad que en épocas anteriores–, sino porque la sistemática jurídica siempre se queda por detrás de los nuevos *topoi*, o *lugares comunes* que constantemente van surgiendo al calor de las nuevas situaciones sociales o del remozamiento –y cuando no demolición– de los antiguos paradigmas jurídicos.

---

26. En la Edad Media, la tónica junto con la retórica y la gramática formaban parte de los planes de estudio (*Trivium*). La tónica formaba parte de los primeros estudios de los juristas, legistas y canonistas medievales y constituía el eje central de la metodología del *mos italicus* en el que se busca la solución (*solutio*) a las cuestiones planteadas, mediante la discusión pública o controversia de los problemas. El método escolástico de las *quaestiones disputatae* practicados por los teólogos, filósofos y juristas se basaban –siguiendo el método silogístico aristotélico– en la tónica y en las formas del razonamiento problemático en el modo de plantear y resolver los problemas o cuestiones. SORIANO, R., *Compendio de Teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 288–290.

27. Los ordenamientos jurídicos son una construcción sistemática, a modo matemático o geométrico, cuyas normas eran una derivación de los principios racionales de Derecho natural, universales e inmutables. Es clarificador que el mayor jurista racionalista del siglo XVIII, C. WOLFF, fuera profesor en Halle de Derecho natural y Matemáticas. SORIANO, R., *Compendio de Teoría general del derecho...Op. Cit.*, pp. 289–290.

Pero, seamos sinceros, ni la utilización de esos lugares comunes o elementos tópicos van a desaparecer de nuestro horizonte en la evolución del Derecho, ni los juristas pueden renunciar a su vocación de seguir elaborando una nueva perspectiva de la realidad o seguir elaborando ciencia del Derecho y de construir nuevos materiales normativos y una nueva sistemática jurídica en consonancia con la realidad social.

Tras la situación de crisis en la metodología jurídica, sobre todo a partir de la II Guerra Mundial y superados los años 50 del pasado siglo, surgieron una serie de corrientes científicas *optimistas* en el plano político, jurídico y social, como fueron el *eurocomunismo*, *la construcción europea* y *el Mercado Común*, *la reunificación alemana*, la expansión e integración de numerosos países en *Unión europea* o *Mercosur*, que expanden el ámbito jurídico con nuevas propuestas y nuevas soluciones, que tienen su reflejo en la teoría de la argumentación y búsqueda de nuevos paradigmas en la metodología jurídica.

¿Significa ello que ha cambiado el paradigma de la utilización de la metodología jurídica?

La verdad es que la metodología jurídica tiene su propia racionalidad, como ya pusieran de relieve Perelman y Viehweg<sup>28</sup>, que buscan una vía media entre racionalismo metodológico y el optimismo jurídico científicista. Lo que importa no es tanto la racionalidad del argumento, sino el modo de descubrir la pluralidad de argumentos utilizables para obtener la legitimación social de los mismos. La *tópica* busca la solución a los problemas concretos, donde lo que importa es la opción acertada y la toma de decisión más allá de la idea basada en la necesidad lógica, sino en la *realidad social*.

Viehweg considera que el razonamiento jurídico es un buen ejemplo de razonamiento tópico porque gira en torno a la necesidad de buscar la solución justa al caso concreto.

Según Viehweg, el trabajo del jurista se encuentra permanentemente ante una *aporía*<sup>29</sup> fundamental y ésta consiste en tener que saber qué es lo justo aquí y ahora, teniendo en cuenta que no hay un camino seguro y cierto acerca de qué es lo justo. Para lograr este objetivo hace falta la *tópica* que consiste en la técnica del razonamiento de problemas. Es la disciplina que proporciona los argumentos de que echa mano el jurista para justificar la decisión tomada en cada caso.

El razonamiento tópico fomenta la creatividad en el arte de la argumentación partiendo de los "*topoi*" o lugares comunes a que se acude en el discurso jurídico. Estos tópicos son de diverso tipo: principios del derecho, brocados, lugares comunes, evidencias sociales compartidas, precedentes, postulados de justicia (*la buena fe*, *el interés común*, *la protección de la confianza*, *la seguridad jurídica*...). El problema reside en

28. En este contexto, uno de los autores más influyentes y que redescubrió la *tópica* jurídica fue THEODOR VIEHWEG con su obra *Tópica y jurisprudencia* (1953). Este autor pugnaba contra el sistema dogmático-deductivo de la lógica formal por entender que ese no es el método adecuado para interpretar y aplicar el derecho. El hecho de que no exista una única solución sino varias alternativas posibles entre las que hay que elegir justifica esta crítica. Propone que la *tópica* es una técnica de razonamiento y del discurso argumentativo apropiada para la aplicación del derecho. Considera que los *topoi* son puntos de vista que orientan hacia una solución. No son soluciones, sino los instrumentos para llegar a ellas y las pautas que se ofrecen al intérprete para la búsqueda de la solución. En este reside el carácter heurístico que se predica de la *tópica* jurídica.

29. Diccionario RAE; (Del gr. *ἀπορία*, dificultad de pasar, Enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional).

que no es fácil concretar esos tópicos debido a su elevada dosis de indeterminación. El propio Tribunal Supremo utiliza varias denominaciones para referirse a los principios. Así, unas veces los denomina “reglas”, otras “máximas”, “ideas jurídicas”, “cláusulas”. “adagios”, “brocardos”, “principio contenido en el brocardo...”, “aforismos”, “principios de derecho” o “apoteagma jurídico”<sup>30</sup>.

Vamos a intentar distinguir entre Principios Jurídicos, Máximas Jurídicas y otros tópicos, brocardos o aforismos jurídicos de diversa índole<sup>31</sup>.

## Principios y máximas jurídicas

Los *Principios Jurídicos* son todos aquellos que aparecen expresamente recogidos en la ley. Por ello, se aplican de forma indirecta, por su carácter informador del ordenamiento jurídico, como criterios interpretativos o cumpliendo una función complementaria en general.

En cambio, las *Máximas Jurídicas*, son aquellas en las que no hay una mención expresa a ninguna norma positiva y aunque parecen, *a priori*, que son similares a los *Principios Generales del Derecho*, en realidad son tópicos en los que solo la utilización jurisprudencial reiterada los ha incluido como tales.

### *Los principios generales del Derecho. El principio prior in tempore potior in iure y otros principios*

En este apartado mencionaremos, por tanto, a aquellos principios que han sido recogidos en distintas sentencias y que llevan a cabo una aplicación indirecta de los Principios generales del derecho, en cuanto que existe una norma positiva (o consuetudinaria) aplicable al caso. En este apartado se pueden incluir entre otros, principios como los siguientes:

#### "Prior in tempore potior in iure"

El *Principio de Prioridad* parte de la necesidad de ordenar la concurrencia de los acreedores hipotecarios estableciendo una prelación entre los créditos, lo que se resuelve por orden de fechas o antigüedad formulado en la regla *prior tempore potior iure [primero en el tiempo, mejor derecho]*. Recogido por el jurista romano Gayo, en D.20.4.11.pr, según el cual, *potior es in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam* (es preferido en la hipoteca quien primero prestó el dinero y recibió la hipoteca).

El hecho que la constitución de una hipoteca sobre una cosa no implique la entrega en posesión de dicha cosa al acreedor, hace posible la constitución de dos o más hipo-

30. “Los principios generales del derecho en la argumentación jurídica”, en AGUILO-REGLA, J., *Lógica, Argumentación e interpretación*, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005, pp. 107 a 119.

31. SALGUERO, *Argumentación Jurídica por analogía*, cap. Distinción entre tópicos y principios, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2002, 275 pp.

tecas sobre ella, lo que constituye una ventaja para el deudor y al propio tiempo, con carácter general una disminución de las expectativas de los sucesivos acreedores hipotecarios para lograr la satisfacción de su crédito<sup>32</sup>.

Este principio fue posteriormente incorporado en una constitución del siglo III y recopilado en el Código de Justiniano<sup>33</sup>, de tal manera que el dicho *prior in tempore potior in iure* (el primero en el tiempo es el primero en el derecho) adquirió, desde entonces, la consideración de máxima clásica<sup>34</sup>.

El principio de prioridad temporal formulado en la regla *prior tempore potior iure*, va a sufrir numerosas excepciones que a grandes rasgos podemos fundar bien en el pacto, bien en el privilegio:

a) Por ofrecer el pago<sup>35</sup>, por parte de uno de los acreedores hipotecarios, cuando hay concurrencia de varias hipotecas sobre una misma cosa, con la consiguiente subrogación en el lugar del acreedor satisfecho, lo que se denomina *Ius Offerendi*<sup>36</sup>.

Esto permite la *permuta, posposición o reserva de rango*, a diferencia del derecho germánico con la hipoteca de propietario<sup>37</sup>.

b) Por la existencia de *hipotecas privilegiadas*. La calificación de hipotecas privilegiadas se debe al hecho de que, con independencia de la fecha de su constitución, se trata de hipotecas que garantizan créditos a otros anteriores en el tiempo.

Este principio fue recogido en el artículo 17 de la ley Hipotecaria<sup>38</sup>, convirtiéndose en

32. FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel (1ª ed.), Madrid 2008, pp. 368 y ss. Es el cap. XVIII, p. 372 a 375.

33. C. 8.18.4: «*Si recibiste en prenda el fundo con anterioridad a que quedase afectado a favor de la República, en atención a que eres anterior en el tiempo, también eres preferido en el derecho*».

34. Esto implica que si fuera ejecutado el *ius vendendi*, por el primer acreedor hipotecario, por resultar impagado en su crédito, los restantes acreedores hipotecarios sólo podrían ejercitar su derecho sobre la cantidad, en su caso, sobrante, según el orden de antigüedad de sus hipotecas.

35. ROBLES VELASCO, LUIS M., «*La Segunda Hipoteca En El Derecho Romano*» en la *Revista Critica de Derecho inmobiliario (RCDI) Del Colegio Nacional De Registradores De La Propiedad*, Madrid núm. 668, de Noviembre-Diciembre 2.001, pp. 2.345-2.369.

36. así en C.J. 8.13: «*Si el acreedor (hipotecario) posterior está dispuesto a pagar al acreedor (hipotecario) anterior lo que se le debe, hay que ver si le compete la acción hipotecaria en el caso de que el acreedor anterior se niegue a aceptar la cantidad, y ciertamente esta acción resulta inútil para el acreedor anterior si depende de él que no se le pague la cantidad debida*».

37. Con ello se establecen unas diferencias con el derecho germánico, donde la hipoteca es un derecho donde la pluralidad hipotecaria se basa en un sistema de compartimientos estancos en la que cada una ocupa un lugar asignado, y es posible la llamada «*hipoteca de propietario*». Sobre la hipoteca de propietario o *Eigentümerhypothek*, recogida en el art. 1163 del BGB alemán donde se expone que «*si el crédito en cuya garantía está constituida la hipoteca no llega a nacer, la hipoteca corresponde al propietario y si se extingue dicho crédito, también el propietario adquiere la hipoteca*». Es aquella que queda a disposición del propietario de la cosa hipotecada después de extinguido el crédito o de haber pagado al acreedor. Vid. CHICO Y OTRIZ, J.M., *Estudios sobre derecho hipotecario*, II, Madrid 1989, p. 1457.

38. Artículo 17 Ley Hipotecaria TR/ D 8 febrero de 1946: «*Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.*

*Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la*

el lema del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. La jurisprudencia se ha ocupado de este principio en numerosas sentencias<sup>39</sup>.

### El Principio Pacta Sunt Servanda

Los contratos son obligatorios. Las obligaciones nacidas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben de cumplirse en todos sus términos (*pacta sunt servanda*), no solo está contemplado en el Código civil español<sup>40</sup>, sino recogido y desarrollado por la jurisprudencia<sup>41</sup>. Una de sus excepciones como veremos podría ser la cláusula *Rebus sic stantibus*<sup>42</sup>. El principio general del Derecho “*pacta sunt servanda*” se deriva del precepto “*suum quique tribuere*” o es inherente al mismo<sup>43</sup>.

### Principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos

Tiene numerosas aplicaciones, tanto en materia de Adquisición<sup>44</sup>, de compra y venta<sup>45</sup>; Depósito<sup>46</sup>; Mandato<sup>47</sup>; Matrimonio<sup>48</sup>; Obligaciones<sup>49</sup>; Cuasicontratos, como en el pago de lo indebido, Posesión<sup>50</sup>; Prescripción<sup>51</sup>, Trasmisión de créditos<sup>52</sup>, así como en la jurisprudencia<sup>53</sup>.

Otros principios que se pueden mencionar son:

---

*clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento*”.

Esto implica el “cierre del registro” ya que el principio de prioridad confiere preferencia al título primeramente inscrito o ingresado en el registro sobre los posteriores, lo que exige que los documentos se despachen por el orden cronológico de su presentación.

39. Entre otras, en STS de 10 de abril de 1991 (Fundamento de derecho séptimo); STS 415/1997, de 19 de mayo (Fundamento de Derecho cuarto); SAP de Valencia 465/1999, de 25 de mayo (Fundamento de Derecho tercero); SAP de Pontevedra 154/2000, de 11 de mayo (Fundamento de Derecho segundo).

40. Art. 1.091 CC

41. Vid sobre Principio “*pacta sunt servanda*”: STS de 22 de abril de 1983; STS de 27 de enero de 1992; STS 270/1995, de 24 de marzo

42. DE LAS CASAS LEÓN, M<sup>a</sup> ETELVINA, ¿La Cláusula “*Rebus Sic Stantibus*” como excepción al Principio “*Pacta Sunt Servanda*”, *Revista General de Derecho Romano* 33 (2019).

43. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R. (1970) Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho interno e internacional. En *Revista de Derecho notarial*, 1970. p. 103. Cit. DE LAS CASAS LEÓN, M<sup>a</sup> E., ¿La Cláusula “*Rebus Sic Stantibus*” como excepción al Principio “*Pacta Sunt Servanda*”, *Revista General de Derecho Romano* 33 (2019).

44. Art. 361, 365, 375, 382, 383 del Código Civil español

45. Art. 1473 del Código Civil español.

46. Art. 1778 del Código Civil español.

47. art. 1.738 del Código Civil español.

48. Art. 78 y 79 del Código Civil español.

49. Art. 1107 del Código Civil español.

50. Art. 433 a 436, 442, 451, 452, 454, 457, art. 464 del Código Civil español.

51. Art. 1940, 1950, 1951, 1955, 1957, y 1959 del Código Civil español.

52. Art. 1529 y 1530 del Código Civil español.

53. Repertorio T. STS 10/1995, de 17 de febrero.

- *Principio “par conditio creditorum”*<sup>54</sup>.
- *“Res perit emptori”*<sup>55</sup>.
- *“Salve et repete”*<sup>56</sup>.
- *“Nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet”*<sup>57</sup>.
- *“Superficies solo cedit”*<sup>58</sup>.
- *“Alterum non laedere”*<sup>59</sup>.
- *“In claris non fit interpretatio”*<sup>60</sup>.

### El principio "lura novit curia"

En realidad, este principio fue desconocido en el Derecho Romano, en el cual las partes debían citar al juez el *ius o legem* o las normas en las que basaban su derecho, aunque atemperada por el aforismo latino *da mihi factum, dabo tibi ius*<sup>61</sup>.

### Las Máximas Jurídicas

*Las Máximas Jurídicas* son aquellas en las que no hay una mención expresa a ninguna norma positiva y parecen aparentemente, *a priori*, que son similares a los *Principios Generales del Derecho* o tópicos utilizados por la jurisprudencia que es quien decide su inclusión por la vía de la interpretación. Son, por así decirlo, *Principios Extra Sistemáticos*.

*La distinción* es sumamente compleja y poco pacífica, ya que lo que para unos son principios otros no lo consideran así<sup>62</sup>.

Algunos ejemplos de *Máximas Jurídicas* que pueden citarse:

*“Faltando la causa no puede darse el efecto, o que faltando el antecedente no puede*

54. Sobre *“Par conditio creditorum”*: STS de 26 de diciembre de 1991; STS de 17 de abril de 1990 (Fundamento de Derecho segundo); SAP de Vizcaya 332/2001, de 28 de marzo (Fundamento jurídico segundo); SAP de Baleares 492/2000, de 19 de julio (Fundamento jurídico tercero) y STS de 26 de diciembre de 1991.

55. STS de 28 de diciembre de 1989.

56. STS de 13 de junio de 1991.

57. STS de 7 de diciembre de 1988.

58. Que se utiliza como criterio interpretativo: STS de 16 de julio de 1984 (Considerando Segundo).

59. Famosísimo texto recogido por ULPiano en D.1.1.10.1, *Tria Iuris Praecepta Haec Sunt: Honestae Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*, y del que se hacen eco en Sentencias de la AP de Madrid, de 20 de marzo de 200139; STS de 16 de mayo de 198840; STS de 2 de diciembre de 199141; STS de 21 de mayo de 1992; STS 385/1996, de 20 de mayo; STS 1181/1997, de 29 de diciembre. *La máxima “Alterum non laedere”* como vemos, si tiene reflejo en los textos clásicos, aunque no su reflejo legal lo que no impide, sin embargo, si en sentencias del TS: STS 1095/1994, de 5 de diciembre (Fundamento de Derecho cuarto).

60. Artículo 3.1 del Código Civil español y STS de 8 de marzo de 1989.

61. LÓPEZ DE HARO, C., *Diccionario de reglas, aforismos y principios de derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1982, pp. 264 ss.

62. LÓPEZ DE HARO, C., *Diccionario de reglas, aforismos y principios de derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1982, pp. 264 ss.

*darse el subsiguiente*"<sup>63</sup>.

*"Qui iure suo utitur neminem laedit"*<sup>64</sup>.

*"Res inter alios acta nobis, nec nocet, nec prodest"*<sup>65</sup>.

*"Seguridad en el tráfico jurídico"*<sup>66</sup>. Aunque a veces se alega como Principio.

*"Ubi lex non distinguit, nec distinguere debemus nos"*, que actúa como criterio interpretativo.<sup>67</sup>

*"Ibi emolumentum ubi onus probandi"*<sup>68</sup>.

*"In illiquidis non fit mora"*<sup>69</sup>.

*"Inclusio unius, exclusio alterius"*, que funciona como criterio interpretativo<sup>70</sup>.

*"Iusta allegata et probata"*<sup>71</sup>.

## Tópicos o reglas jurídicas que son elevadas a la consideración de principios. La cláusula *rebus sic stantibus* y el COVID-19

Son otros *tópicos, brocados o aforismos jurídicos* de diversa índole que, debido a una amplia utilización de ellos, llegan a ser considerados como principios o máximas jurídicas aun cuando en sus orígenes no lo fueran<sup>72</sup>.

### La cláusula *rebus sic stantibus* y sus pretendidos orígenes en Derecho Romano

La cláusula "*rebus sic stantibus*" permite dejar sin efecto un contrato cuando sobre-

63. STS de 4 de marzo de 1980 (Considerando primero); STS de 2 de febrero de 1984 (Considerando tercero); STS de 15 de abril de 1991 (Fundamento de Derecho cuarto); STS de 24 de octubre de 1991. (Fundamento de Derecho primero); STS de 31 de enero de 1992 (Fundamento de Derecho primero); STS 9/1995, de 28 de enero (Fundamentos de Derecho sexto y séptimo).

64. STS de 22 de junio de 1989. STS 727/1993, de 8 de julio.

65. STS de 21 de enero de 1992 (Fundamento de Derecho cuarto); STS 578/1994, de 15 de junio (Fundamento de Derecho sexto); STS 639/1994, de 20 de junio (Fundamento de Derecho tercero); STS 95/1995, de 10 de febrero (Fundamento de Derecho quinto); STS de 11 de abril de 1995 (Fundamento de Derecho tercero).

66. STS de 20 de noviembre de 1990 (Fundamento de Derecho segundo).

67. STS de 2 de abril de 1990 (Fundamento de Derecho cuarto); STS 119/1994, de 31 de diciembre (Fundamento de Derecho cuarto); SAP de Cádiz de 20 de febrero de 1998 (Fundamento de Derecho único).

68. STS de 25 de octubre de 1989 (Fundamento de Derecho tercero).

69. STS 495/1998, de 21 de mayo (Fundamento de Derecho octavo).

70. STS 141/1993, de 16 de febrero (Fundamento de Derecho tercero); STS 280/1994, de 28 de marzo (Fundamento de Derecho segundo); STS 732/ 1994, de 21 de julio (Fundamento de Derecho séptimo).

71. STS 1281/1994, de 31 de diciembre (Fundamento de Derecho quinto).

72. Puede encontrarse una gran variedad y cantidad de ellos en numerosas páginas de la web y búsquedas en GOOGLE. Basta escribir "aforismos jurídicos", "aforismos jurídicos latinos", "expresiones y aforismo jurídicos en latín", buscar en Wikipedia. Podemos encontrar aforismo ordenados alfabéticamente y con la traducción al español. Se puede mirar en la página: [www.abog.net](http://www.abog.net) ([www.abogados.org.es](http://www.abogados.org.es)). Entre muchos, se puede hacer referencia a LÓPEZ DE HARO, C., *Diccionario de reglas, aforismos y principios de derecho*, Op. Cit. Pp. 264 ss.

vienen causas extraordinarias que desvirtúen su causa<sup>73</sup>. Esto es especialmente relevante cuando sobrevienen causas tan extraordinarias como las derivadas de la pandemia provocada por el COVID-19<sup>74</sup>.

La Cláusula *Rebus sic Stantibus* aparece como una excepción al Principio “*pacta sunt servanda*”. Está claro que el principio “*pacta sunt servanda*” implica por sí mismo la asunción de riesgos. Las partes pueden asumir las consecuencias de determinados riesgos previsibles en el contrato o de determinados acontecimientos en el discurrir ordinario de la vida. Así mismo, pueden excluir en base a la libertad contractual la aplicación de algunos de los efectos del contrato o dejar al margen algunas de las situaciones ordinarias o previsibles a corto plazo, el *periculum*.

Por ello, el ordenamiento jurídico contempla supuestos como la *vis maior*, o causa de fuerza mayor, la imposibilidad sobrevenida en un contrato, dentro del incumplimiento de las obligaciones, etc. Si estas circunstancias ya están contempladas, no supone un atentado directo contra el principio “*pacta sunt servanda*” y el cumplimiento de las obligaciones.

Por otra parte, las partes, partiendo de la buena fe y de la seguridad jurídica del tráfico jurídico, no tienen modo de tener en cuenta algo que es impensable en el momento de llevar a cabo el contrato, y ello, porque el principio “*pacta sunt servanda*” implica una seguridad absoluta para ellos, por lo que en circunstancias normales no procede la alteración del mismo. Por la misma razón, circunstancias imprevisibles en el momento de la celebración del contrato, pueden hacer que este se vuelva excesivamente oneroso para una de las partes, de modo que las condiciones en las que los interesados acordaron en su momento cambien sustancialmente, lo que conocemos como “*alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*”. Tal y como señalan Amunátegui, Martínez Velencoso y otros<sup>75</sup>.

El Derecho Romano, en realidad, no conoció la cláusula “*rebus sic stantibus*” como tal. Tal vez por el formalismo obligacional que solo a través de la *bona fides* y el *Ius honorarium* permitieron adaptarlo a las nuevas necesidades de una sociedad cambiante, como destaca Fernández de Buján<sup>76</sup>.

---

73. La cláusula *rebus sic stantibus* permite la revisión de las obligaciones y contratos cuando, por circunstancias sobrevenidas, se ha roto el equilibrio económico del contrato y a una de las partes le resulta imposible o muy gravoso su cumplimiento. Son especialmente interesantes las STS de 30 de junio de 2014, rec. 2250/2012, en contra de la doctrina anterior, entiende que se debe abandonar la tendencia anterior fuertemente restrictiva y dotar a la figura de “*una configuración plenamente normalizada*” en línea –se dice– con las STS de 17 de enero de 2013, rec. 1579/2010 y STS de 18 de enero de 2013, rec. 1318/2011.

74. En una reciente sentencia emitida el pasado 6 de marzo de 2020 (STS 153/2020 Rec. 2400/2017), nuestro Tribunal Supremo, sin conocer la vigencia que adquiriría esta institución proveniente del Derecho Romano tras la incertidumbre mercantil generada por el Covid-19, emitió un fallo que servirá de aclaración en cuanto a la praxis de juzgados a la hora de dirimir controversias contractuales.

75. AMUNÁTEGUI, C. *La cláusula rebus sic stantibus*. Ed. Tirant lo Blanch. Madrid (2003). pp.178; CASTIÑEIRA JEREZ, J. *Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014*. En *InDret* 4/2014 (2014). pp. 8. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. *La alteración de las circunstancias contractuales: Un análisis jurisprudencial*. Ed. civitas. Madrid. (2003).

76. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, nos encontramos con la “*bona fides, más objetiva y objetivable que la fides, en cuanto se*

Hay notables intentos doctrinales, como Francisco Andrés de Santos<sup>77</sup> que han pretendido incluir dicho tratamiento en las fuentes, aunque Zimmermann era contrario a ello<sup>78</sup>.

Tímidos intentos de dar entrada a esta construcción doctrinal se han tratado de considerar como antecedentes en Cicerón y en Séneca. Así Cicerón en *De Officiis*<sup>79</sup>, afirma que “*si yo te reclamara después de haber caído en demencia, la devolución de la espada que te dejé en depósito cuando estaba cuerdo, lo justo es no devolverla*”<sup>80</sup>. En realidad, esto es un cambio de capacidad personal, porque... ¿Cómo le vas a dar una espada a un furioso?

Por otro lado, Séneca en *Beneficiis*<sup>81</sup> manifiesta que “*yo no habré traicionado a mi palabra ni habré faltado a la “fides” siempre que las cosas permanezcan igual que cuando hice mi promesa. Un solo punto cambiado me deja libre de deliberar de nuevo y de no cumplir mi palabra. Para mantener mi palabra, todo tiene que permanecer como en el momento de realizar la promesa*”.

Para Köbler<sup>82</sup>, mientras Cicerón está haciendo referencia a un cambio objetivo de capacidad (caer en demencia), Séneca se refiere más a un cambio en sentido subjetivo (la *voluntas*, el *animus* de permanecer como en el momento de formular la promesa estipulatoria).

De las Casas León<sup>83</sup> analiza dos fragmentos del Digesto y considera que, al contrario que Zimmermann, que son un primer paso en la construcción la cláusula “*rebus sic stantibus*”, aunque advierte que en realidad solo es un planteamiento inicial del tema en las fuentes romanas.

No se habla propiamente de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, pero sí que contiene unas consecuencias parecidas a la cláusula actual, concretamente, nos referimos a D. 46,

---

enmarcaría en el cumplimiento de los usos del tráfico, el respeto de la ética comercial, la bilateralidad y la reciprocidad en la conducta respecto a la persona con la que se establece la relación jurídica y, si bien no habría llegado a ser por sí sola fuente del vínculo obligatorio, sí sería un punto de referencia y un elemento relevante en determinadas actuaciones, entre otras aquellas de naturaleza contractual.”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos. *Revista General de Derecho Romano*. IUSTEL. Nº 15 (2010).

77. ANDRÉS DE SANTOS, F.J. (2005). *La cláusula rebus sic stantibus* en el derecho privado. Seminarios Complutenses de Derecho Romano. XVII. Fundación Seminario de Derecho “Ursicino Álvarez”. pp. 161

78. ZIMMERMANN sostiene que en el Derecho romano no se encuentra ninguna institución jurídica que abordara la cuestión de forma general, pues en él un contrato acordado era vinculante sin reservas. ZIMMERMANN, R. (2000) *Estudios de Derecho privado europeo*. Civitas. Madrid. p. 140.

79. CICERÓN *De Officiis*. 3,94-95.

80. El texto de Cicerón en el que se propone el ejemplo de la espada que no debe ser restituida al depositante furioso, fue retomado por Agustín de Hipona, de donde pasó al Decreto de Graciano de 1142 44, y después a las *Decretales de Gregorio IX o Liber Extra* de 1234 (X, 2.24.25). DE LAS CASAS LEÓN, M<sup>a</sup> E., ¿La Cláusula “*Rebus Sic Stantibus*”...Op. Cit., p. 14.

81. SÉNECA *Beneficiis*. 4,35.37.

82. KÖBLER, R. (1991) Die “*clausula rebus sic stantibus*” als allgemeiner Rechtsgrundsatz. J.C.B, Mohr (Paul Siebeck). Tübingen. pp. 25 -24: “*Während nach Cicero vor dem Lösen von einem Versprechen differenzierte Überlegungen anzustellen sind, ob Nutzlosigkeit eingetreten ist oder die Erfüllung mehr Schaden als Nutzen bringen würde (...) gibt Seneca dem Versprechenden das Recht, frei zu überlegen, ob er noch erfüllen alle*

83. DE LAS CASAS LEÓN, M<sup>a</sup> ETELVINA, ¿La Cláusula “*Rebus Sic Stantibus*” como excepción al Principio “*Pacta Sunt Servanda?*”, Op. Cit., pp. 10 y ss.

3,38 y D. 45, 1,98 (textos de Africano y Marcelo respectivamente).

El texto de Africano D. 46, 3,38:

*AFRICANUS libro VII. Quaetionum.—Quum quis sibi, aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, quum atipulatio interponeretur. Ceterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum; tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat*<sup>84</sup>.

Donde una estipulación o pacto previo con intención de pagar a Ticio, pero solamente se le podrá pagar si permaneciera en el mismo estado que cuando se hizo dicha estipulación. Puesto que, si se diera el caso que posteriormente hubiera sido adoptado, o caído en destierro, o sufriera interdicción por el agua y el fuego, o caído en esclavitud, no procedería el pago ya que este solo se considera que procede si permanece en el mismo estado o causa (*si in eadem causa maneat*).

Porque veamos, si cambian las circunstancias acordadas de una estipulación por causas ajenas a la voluntad y que no pudieron ser tenidas en cuenta por los contratantes, como es la adopción, destierro, *interdictum aquae et ignis* o pasar a situación de esclavitud de Ticio.

Pensemos, ¿Cómo va a pagar Ticio si cae en esclavitud o es desterrado? Lo lógico es pensar que, si cambian las circunstancias personales, ese contrato debe de ser resuelto porque se ha alterado notablemente el consentimiento y la capacidad inicial. No obstante, indica Martínez de Moretín<sup>85</sup> se debería considerar *tácitamente* incluida la cláusula en la expresión “*si in eadem causa maneat*” (“*si permanece en la misma situación*”) lo que, según este autor, vendría a implicar un primer paso en la construcción de esta figura realizada por la Jurisprudencia del Principado.

Pero tengo mis dudas, yo lo consideraría más como un cambio de las circunstancias personales de los sujetos y no como una verdadera cláusula “*rebus sic stantibus*” *tácitamente* entendida por circunstancias extraordinarias absolutamente imprevisibles.

¿Realmente era tan raro caer en esclavitud, destierro, etc. en la época de Africano?

Veamos el texto de MARCELO D. 45, 1,98:

*MARCELLUS libro XX. Digestorum. – Existimo posee id, quod meum est, sub conditione stipulari, item viam stipulari ad fundum posse, quam quam interim fundus non sit meus; aut si hoc verum non est, et alienum fundum sub conditione stipulatus fuero, isque ex lucrativa causa meus esse coeperit, confestim perimeretur stipulatio; et si fundi dominus sub conditione viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato evanescit stipulatio;*

84. AFRICANO, *Cuestiones, libro VII.* – Cuando alguno hubiere estipulado que se le dé a él o a Ticio, dice que es más cierto que se ha de decir, que se le paga bien a Ticio, solamente si permaneciera en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación. Más si se hubiere dado en adopción, o hubiere sido desterrado, o se le hubiere puesto interdicción en el agua y el fuego, o se hubiera hecho esclavo, se ha de decir que no se le paga bien; porque se considera que *tácitamente* es inherente a la estipulación esta convención, si permaneciera en el mismo estado. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tomo 3º Digesto. Ed. Lex Nova, Barcelona 1897.

85. MARTÍNEZ DE MORETÍN, Mª 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.* 1948 (2014). pp. 337.

*et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constituerunt, resoluti putant, quum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere*<sup>86</sup>.

En realidad, en este fragmento de lo que trata es de una estipulación pactada sobre un fundo con la intención de constituir una servidumbre de paso a favor de dicho fundo, aun cuando éste en realidad no fuera propio, sino para el hipotético caso que dicho fundo fuera adquirido como propio. Lo que plantea es si dichas estipulaciones continuarían o si caso que el propietario del fundo lo enajenare quedaría sin efecto lo estipulado. Y en tal supuesto, parece dar a entender el jurista Marciano que se optaría por considerar la resolución del pacto si ocurre un hecho –como es la enajenación por el propietario del fundo– por el cual tal pacto no puede hacerse efectivo.

En realidad, es un caso más de prestación imposible<sup>87</sup> por incumplimiento de la condición<sup>88</sup>, pero no por circunstancias sobrevenidas de carácter extraordinario. Esto es, lo que Celso señalaba como “*impossibilium obligatio nulla est*” pero nada que ver con una tácita cláusula “*rebus sic stantibus*”<sup>89</sup>.

### La cláusula *rebus sic stantibus*, el COVID-19 y las recientes sentencias del tribunal supremo español

El Tribunal Supremo español ha ido elaborando una nueva doctrina sobre todo tras la *crisis económica de 2008*, cuyos efectos devastadores sobre la economía mundial fueron devastadores, pero que ahora tras la *crisis del coronavirus* pueden ser anecdóticos dada la gravedad cuyos efectos padecemos.

Así, frente a un criterio restrictivo en su aplicación de la jurisprudencia anterior, a partir de entonces como ocurrió con la Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de

86. MARCELO; *Digesto, libro XX. - Estimo que puedo estipular bajo condición lo que es mío, y que también puedo estipular servidumbre de vía para un fundo, aunque entretanto el fundo no sea mío; o si esto no es verdad y yo hubiere estipulado bajo condición sobre un fundo ajeno, y éste hubiere comenzado a ser mío por causa lucrativa, se extinguiría inmediatamente la estipulación; y si el dueño del fundo hubiere estipulado bajo condición la servidumbre de vía, la estipulación se extingue inmediatamente que el fundo fue enajenado; y principalmente, según el parecer de los que opinan que se invalida también lo que con arreglo a derecho establecieron, cuando llegó a un caso en el que no habría podido subsistir.* GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tomo 3º *Digesto*. Ed. Lex Nova, Barcelona 1897.

87. En Argentina vid. REZZÓNICO, L.M., *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*. Ed. Perroti. Buenos Aires (1954).; MOLINA, J.C. *Abuso del derecho, lesión e imprevisión*. Ed. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. Buenos Aires (1969).; LEÓN, P. *La presuposición en los contratos*. En *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba. (1935) pp. 223; MORELLO, A.M. *Indemnización del daño contractual*. Ed. Abeledo Perrot. La Plata (1974), pp. 215 ss.; RISOLIA, M.A. *Soberanía y crisis del contrato*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (1946), pp. 150. Cit. DE LAS CASAS LEÓN, Mª ETELVINA, ¿La Cláusula “*Rebus Sic Stantibus*” como excepción... *Op. Cit.*, p. 26, not. 80.

88. WACKE, A., *Ex post facto convalescere* en Derecho romano y Derecho alemán moderno. En *Anuario de Derecho Civil*. Vol 53. Nº 4 (2000). pp. 1383 y ss.

89. WACKE, A., *Ex post facto convalescere* en Derecho romano, *Op. Cit.*, pp. 1383. Vid. DE LAS CASAS LEÓN, Mª ETELVINA, ¿La Cláusula “*Rebus Sic Stantibus*” como excepción... *Op. Cit.*, p. 11, not. 33.

junio de 2014<sup>90</sup> se hace referencia a una *onerosidad cualitativa excesiva*, no cuantitativa.

La nueva doctrina creada por las últimas sentencias del Tribunal Supremo<sup>91</sup>, reconocen que una situación económica extraordinaria como la que se ha producido a causa del *coronavirus* -y lo que se nos viene encima-, con una recesión económica que probablemente se va a producir a causa de la pérdida de millones de puestos de trabajo en el panorama mundial, puede ser considerada como un cambio imprevisible y extraordinario capaz de alterar las bases del contrato. El término y requisito jurisprudencial “*imprevisible*” sí que se ha de aplicar con toda propiedad a la crisis provocada por la alarma mundial debida a la infección del COVID-19.

### La sentencia de 6 de marzo de 2020 del tribunal supremo español y la cláusula *rebus sic stantibus*

La nueva sentencia del 6 de marzo de 2020<sup>92</sup>, sobre la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>93</sup>, donde aclara que su aplicabilidad lo es sobre los contratos de larga duración y no sobre los de corta duración. Y esto es así porque como dice textualmente:

*“El cambio de estas características, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de rebus sic stantibus, lo que es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato”...*

Y es que, parece claro que, si han de acontecer circunstancias extraordinarias que alteren la capacidad de una de las partes para cumplir la obligación contractual, estas sólo afectarán al contrato cuando sea prolongado en el tiempo, es decir, cuando el contrato sea de larga duración.

90. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2014, a consecuencia de la crisis económica sufrida por España durante el año 2008, se refiere a los efectos de la misma sobre los contratos en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* del siguiente modo:

*“... La actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido...”. “... Conviene señalar que la aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (‘pacta sunt servanda’), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos...”*

91. Es una sentencia que contradice la moderna línea jurisprudencial de la propia Sala de lo Civil, acuñada por tres sentencias que son, actualmente referencia, y que supusieron la modernización de la cláusula “*rebus sic stantibus*”: la 2823/2014 de 30 de junio, la 5090/2014 de 15 de octubre y la 1698/2015 de 24 de febrero –de las cuales fue ponente el actual catedrático de derecho civil de la Universitat de Valencia y entonces magistrado del Supremo, Francisco Javier Orduña Moreno.

92. Se puede consultar la plataforma *Global Economist & Jurist* <https://global.economistjurist.es/BDI/jurisprudencia/jurisprudencia/emergentejurisprudencia.php?id=2762558>. Y en: <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/el-ts-mantiene-su-linea-jurisprudencial-sobre-clausula-rebus-sic-stantibus-y-aclara-sera-aplicable-en-contratos-de-larga-duracion-y-no-aplicable-en-contratos-de-corta-duracion/#>

93. STS 153/2020 de 6 de marzo 2020, cuyo magistrado ponente ha sido Ignacio Sancho Gargallo, ahonda en la línea jurisprudencial ya creada desde 2008. STS 153/2020 Rec. 2400/2017.

Esta es una primera resolución de las muchas que probablemente vendrán sobre este tema, ante la difícil situación que la pandemia, aunque sin embargo, el Tribunal Supremo, de manera histórica ha vendido aplicando restrictivamente la cláusula *rebus sic stantibus*, pero es que los tiempos que vivimos son excepcionales y extraordinarios por lo que tendremos que esperar para ver en qué sentido se pronuncia los distintos tribunales de todos los países<sup>94</sup>.

---

94. En este tema, a modo de ejemplo podemos citar el Auto del Juzgado de Primera Instancia No. 81 de Madrid, 447/2020 de 25 Sep. 2020, Proc. 473/2020, el primero en reconocer la paralización del sector servicios en general por la declaración del estado de alarma, el cual ha sido particularmente más adverso para el sector de la hostelería y restauración y, en particular, para las discotecas y salas de baile. En él, se establecen las medidas cautelares solicitadas por los arrendatarios de un local destinado a sala de fiestas, suspendiendo el pago de la renta mientras no se permita la reapertura del local (no así el pago de las cantidades complementarias del contrato) y fijando la renta, una vez que se permita la reapertura, en el 50 % de la renta pactada.

Por otro lado, la Generalitat de Cataluña aprueba el Decreto ley 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica, con el que la Generalitat pretende rebajar hasta un 50 % el alquiler de los establecimientos y locales comerciales que tienen prohibido desarrollar su actividad por las restricciones aprobadas para contener la pandemia del coronavirus.

