

A propósito de los pactos en Derecho Romano

JOSÉ MARÍA BLANCH NOUGUÉS
Universidad Autónoma de Madrid

1- El Derecho civil comprende en sus normas y principios la regulación de las instituciones básicas de la vida social de los pueblos; de ahí su mayor fijeza y perdurabilidad respecto de otras disciplinas jurídicas más atentas a los cambios accidentales en la vida social y en la política cotidiana. Instituciones como la familia, la propiedad o las bases del régimen jurídico contractual aparecen tan intrínsecamente unidas a la naturaleza de las cosas que determinan que el derecho que las regula se vaya formando históricamente y en sucesivos estratos a lo largo del devenir de los pueblos. En este sentido la doctrina civilista ha de tener, como complemento necesario al mundo conceptual en el que se articulan los códigos, una gran sensibilidad histórica respecto de las cuestiones de orígenes que en ordenamientos como el nuestro se remontan directamente al Derecho Romano.

El artículo 1258 del C.C. señala que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Vemos que, por lo tanto, consagra el principio de la autonomía de la voluntad dentro de los límites de la ley y de la buena fe y prote-

ge como contrato todo acuerdo lícito entre particulares.

Pues bien, haciendo un breve *exkurs* sobre la materia, vemos que en el Derecho Romano la Jurisprudencia clásica¹ configura los contratos no como se entiende hoy en día, es decir, como categoría general basada en el principio liberal de la autonomía de la voluntad —para ello habrá que esperar al universo de conceptos y derechos que nacen tras la Revolución francesa— sino como un «catálogo» de actos jurídicos lícitos cuyo núcleo está en el acuerdo de voluntades entre partes, tipificados como tales por su especial trascendencia en el tráfico jurídico y a los que el ordenamiento jurídico —en virtud de la opinión de los juristas— otorga aptitud para ser fuente de obligaciones exigibles por acciones judiciales del *ius civile* romano. Más tarde, en el siglo VI, Justiniano representa el eslabón intermedio entre nuestros sistemas contractuales contenidos en los códigos y el que fue ideado por la jurisprudencia clásica. En efecto, los juristas justinianos crean por primera vez una categoría general de los contratos: los contratos *innominados*, que comprende aquellos acuerdos de voluntades que generan prestaciones recíprocas entre las partes contratantes pero que no fueron tipificados como contratos en el Derecho clásico.

¹ Por Jurisprudencia romana se entiende, *mutatis mutandis*, la doctrina científica de aquel tiempo que, dado su indiscutido prestigio social, en un pueblo como el romano de profundas convicciones jurídicas, y dado su ascendiente moral, fue capaz de ir desarrollando magistralmente el Derecho romano a lo largo de su historia a tenor de los cambios que se iban produciendo en la comunidad política y social romana.

² Contributo critico alla teoria generale dei *pacta* secondo il diritto romano, Studi Senesi, 6, 1890, p. 85 ss; *Pacta conventa*, Studi Senesi, 30, 1915, p. 203 ss. (cit. ALBURQUERQUE).

³ Siglo V a.C.

⁴ *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*. Festo, s.v. 496,16; Gell. 20,1,14.

El A. (p. 24) recoge en este sentido la opinión de TALAMANCA («La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone», Convegno «Contractus e Pactum», Copanello, 1988, p. 37) que señala que según la opinión dominante -con la cual no ve motivo de discordancia- el *pactum* podía funcionar como modo de extinción de la responsabilidad penal privada. Este punto es importante y, sin embargo, tratándose de cuestiones de orígenes, debemos movernos con suma cautela: a mi entender, nos aproximamos a la idea de un acuerdo de sustitución de la responsabilidad personal ejercitable a través de la Ley del Talió, de la *addictio*, o, en todo caso, aún por obligaciones civiles, a través del procedimiento de la *manus iniectio*. El acuerdo no sería pues un subrogado de la venganza (como ocurre con la pena pecuniaria) sino que tendría, por contra, un efecto extintivo, disolutivo, del efecto práctico (la ejecución personal) de un vínculo obligatorio.

⁵ C. FERRINI. Sulla teoria generale dei *pacta*. Filangieri, 17, feb. 1892, Milano (cit. ALBURQUERQUE).

⁶ G. MELILLO. «Patti» (Storia), Enciclopedia Giuffrè, p. 479 ss.

Ahora bien, la cuestión se plantea en relación con todos aquellos posibles acuerdos entre partes que no fueron tipificados como contratos por la Jurisprudencia en el Derecho republicano y clásico romano. Dichos acuerdos recibieron la denominación de pactos, y si son lícitos y conformes a la buena fe, van a gozar desde muy pronto de una limitada protección por parte del Derecho Romano.

Y así llegamos a lo que constituye el contenido básico de este artículo que es el comentario de la monografía de J.M. ALBURQUERQUE «La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano» (Universidad de Córdoba, 1995). Tras su atenta lectura he creído conveniente escribir estas líneas pensando que dicho libro, fruto de una larga investigación romanística, no sólo constituye un ejemplo de un magnífico trabajo bien escrito y documentado en nuestra disciplina, lo que, aún siendo así, quizá no impida que, como tantos otras investigaciones romanísticas, su difusión quede limitada a los cultivadores del Derecho Romano, sino sobre todo, porque el libro de ALBURQUERQUE ofrece claves y luces a la doctrina jurídica española en general y a la civilística en particular sobre cómo principios jurídicos romanos no sólo han determinado el contenido del C.C. sino que siguen aplicándose directamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a tenor del sistema de fuentes establecido en el artículo 1 del C.C.

Así, la monografía de J.M. ALBURQUERQUE desarrolla a lo largo del libro, como «leit motiv» del mismo, el principio de la protección jurídica que el Derecho Romano otorga a la palabra dada, con arreglo a la lealtad y buena fe, en acuerdos o convenciones entre partes. Esta idea central recibe tratamiento jurídico en el Derecho Romano desde las XII Tablas hasta Justiniano, y luego, a lo largo de la tradición romanística europea hasta nuestros actuales códigos civiles con lo que el A. logra poner de relieve el valor axiológico del Derecho privado romano como fundamento y punto de referencia de los

ordenamientos vigentes. El libro sigue también las huellas del principio jurídico romano en los códigos civiles de las más importantes naciones europeas realizando así una labor de comparatística horizontal entre los mismos.

J.M. ALBURQUERQUE analiza en profundidad y con vocación de exhaustividad la compleja problemática que presentan los *pacta* en el Derecho Romano. Se apoya en todo momento en un cuidadoso tratamiento de las fuentes jurídicas y literarias disponibles acompañado también de amplias y rigurosas citas bibliográficas. Por lo tanto, el A. resulta más que legitimado para formular prudentes y convincentes conclusiones. Entremos, pues, en el contenido del libro:

2- En el capítulo primero del libro se analizan las raíces del término *pax* (p. 16-17) derivado de las voces indogermánicas *pak* o *pag* que vendría a significar el cese de un estado de hostilidad, es decir, la convención por la que se acuerda la no beligerancia. Según la doctrina que se inicia con MANENTI², el término *pactum* aparece en la legislación de las XII Tablas³ en un sentido «técnico», restringido, como acuerdo entre las partes que pone fin a un litigio mediante una composición amistosa. Se trata, por tanto, de la renuncia del actor al ejercicio procesal o extraprosesal de un derecho, y así sucede en Tab. 8.2 (p. 18)⁴. Ahora bien, como no podía ser de otro modo tratándose de cuestiones de Derecho Romano, la cuestión no es pacífica: frente a la doctrina calificada como mayoritaria (en la que el A. cita expresamente a STURM, A. D'ORS, BURILLO y se encuentra el propio A. en sus conclusiones), FERRINI⁵ negó que *pactum* tuviese en las XII Tablas ese sentido limitado de renuncia a hacer valer un derecho, sino que, más bien, tendría el sentido genérico de «acordarse, *convenire*» (ALBURQUERQUE, p. 25) y, en esta línea, MELILLO⁶ vio en el significado del término *pactum* en la legislación decemviral un sentido positivo (constitutivo) y no meramente renunciativo del derecho a exigir una condena o ejecución del reo (p. 28).

El A. entiende, de todos modos, que el **actum** aparece en las XII Tablas como un «acto de paz», es decir, como un lazo o tratado de paz (p. 31-32) dirigido a poner fin a una situación previa de conflicto, si bien sigue a De VISSCHER⁷ en el sentido de que, originariamente, **actum** comprendería también un contenido positivo y no sólo la negación de un conflicto entre partes, pero no en un ámbito propiamente jurídico sino en un orden moral y social vinculado a las ideas de **amicitia** y **fides**, con lo cual estaríamos en el ámbito de la **religio** y no en la esfera propia del **ius civile**. Así, cita a FUENTESECA (p. 29)⁸ que afirma que las partes se obligaban entre sí por el **actum** pero que dicho vínculo no era jurídico sino ético y recíproco, con base en la **fides**.

3- En el capítulo segundo se aborda la protección jurídica que otorga el pretor⁹ en su edicto, bajo la rúbrica de **actis**, a los **acta conventa**. Ulpiano (Digesto 2,14,7,7; 4 ad ed.) recoge el edicto de **actis**, seguramente en su formulación del siglo II o III d.C., en el que el pretor con la expresión «**acta conventa servabo**» promete que otorgará protección jurídica a los pactos en los que no intervenga dolo ni fraude ni sean contrarios a Derecho.

La expresión «**acta conventa**» ha dado lugar a diversas interpretaciones¹⁰ y la cuestión se vincula en la doctrina a la naturaleza y función que los pactos van a adquirir en época tardo-republicana y clásica; así dicha expresión, independientemente de que represente un pleonismo o un binomio de expresiones equivalentes, pone de relieve la conexión o analogía entre **actum** y **conventio** (p. 42). En este sentido, STURM¹¹ entiende que en el período republicano los términos **pacisci** y **actum** pierden -aunque no del todo, como veremos siguiendo también a STURM - el significado técnico restrictivo que tuvieron en las XII Tablas y aparecen como sinónimos de **convenire**, **conventum**, **consentire**, **consensus**, **placere** o **placitum** (p. 32-33), tal y como resulta de numerosas fuentes literarias - PLAUTO, CICERON- y jurídicas.

Ahora bien, la referida promesa de protección del pretor (**acta conventa servabo**) se traduce luego en realidad sólo en el otorgamiento de una mera **exceptio pacti conventi** que, además, figura en un lugar diferente del Edicto Perpetuo (título XLIV, de **exceptio-nibus** bajo la rúbrica «**si quis vadimonium non obtemperavit**»), y que, como toda **exceptio**, se limita a neutralizar negativamente la acción ejercitada por un demandante ignorando el **actum** correspondiente. La doctrina ha constatado la desproporción existente entre la solemne declaración del edicto y la protección que realmente ofrece el pretor (p. 39); por ello, ante esta evidente desproporción, A. D'ORS opina (p. 58) que el pretor también anunciaba en el edicto la **denegatio actionis** como medio de protección del pacto además de la **exceptio pacti**.

¿Cuál sería entonces el alcance real de la protección originariamente otorgada por el pretor a los **acta conventa**?¹² La respuesta nos lleva a considerar la significación que tendrían los pactos en el período tardo-republicano y clásico. A este respecto, MAGDELAIN¹³ formuló una tesis calificada de consensualista, según la cual, y con base fundamentalmente en textos de CICERON y de SENECA el retórico¹⁴, el pretor anticiparía un primer reconocimiento general de la eficacia jurídica de toda convención basada en la **fides** negocial. MAGDELAIN se apoya en las conclusiones de LENEL (E.P., 20) sobre la inexistencia de cláusulas en el Edicto Perpetuo que introdujesen sólo una **exceptio** como medio de defensa procesal; y así sostiene que en el edicto de **actis** tenían cabida como medios de defensa de los pactos, desde sus orígenes y durante la primera etapa del Principado, no solamente la **exceptio pacti conventi**, sino todas las fórmulas de los **iudicia bonae fidei** contractuales las cuales están todas reagrupadas, a excepción de la **actio commodati**, en la rúbrica de **bonae fidei iudicia** del Edicto Perpetuo¹⁵. Estas últimas serían luego recibidas en el **ius civile** en la época del Principado¹⁶ integrándose como contra-

⁷ F. DE VISSCHER, «Pactes et religio». Etudes de Droit Romain Public et Privé, Milano, 1966, p. 407 ss. (cit. ALBURQUERQUE).

⁸ P. FUENTESECA, «Visión procesal de la historia del contrato en Derecho Romano clásico», Estudios de Derecho Romano en honor de A. D'Ors, I, Pamplona, 1987, p. 489.

⁹ Como sabemos era el magistrado que ostentaba en la Roma republicana y clásica la función jurisdiccional que publicaba sus disposiciones por medio de edictos. Dichos edictos forman a lo largo del tiempo el **ius honorarium** que fue definitivamente codificado y cristalizado en el siglo II d.C. por Salvo Juliano con el nombre del **Edictum Perpetuum** en virtud del mandato del emperador Adriano. El **ius honorarium** completa y corrige al **ius civile**.

¹⁰ Así, nota 88 del libro.

¹¹ F. STURM, «Il **actum** e le sue molteplici applicazioni». Convegno «**Actum e contractus**», Copanello, 1988, p. 155 ss.

¹² Se debe presumir que el primitivo edicto del pretor dataría de mediados o finales de la República.

¹³ Le consensualisme dans l'Edit du pretreur romain. Paris, 1958.

¹⁴ CICERON: De invent., 2,22,68; 2,23,65-68; 2,53,160-161; Part. orat., 37,129-130; De off. 1,10,31-32; 3,24,92; 25,94. SENECA (retórico): Contr. 9,3. Ad Herenn., 2,13,19-20.

¹⁵ Al original edicto general de **actis** el pretor añadió luego los cuatro edictos relativos al **constitutum** y los tres relativos a los **recepta**.

¹⁶ MAGDELAIN sitúa este hecho en algún momento de los siglos I y II d.C. (ALBURQUERQUE, p. 52).

¹⁷ En Derecho Romano los contratos de buena fe, dotados de acciones del mismo carácter, constituyen una especie dentro del género de los contratos. Las partes se obligan en dichos contratos no sólo a lo que resulta del contenido típico del mismo sino a todas las obligaciones accesorias que resulten de pactos añadidos a aquél y, en general, a todas las obligaciones que puedan resultar de la cláusula de la buena fe entre partes contratantes. A partir del Derecho clásico tardío la responsabilidad derivada de los contratos de buena fe se agrava al *id quod interest*, es decir, al lucro cesante.

¹⁸ Convenir en virtud de la buena fe.

¹⁹ Advierte que al valorar el edicto del pretor se debe huir de toda obsesión contractualista. S.D.H.I., 30, 1959, p. 469.

²⁰ Rechaza rotundamente, y con él, prácticamente toda la doctrina romanística que la fórmula *oportere ex fide bona* tenga origen pretorio. S.D.H.I., 20, 1954, p. 373 ss.

²¹ Alude a los pobres resultados que ofrece la investigación filológica y lingüística realizada por MAGDELAIN y concluye que no se puede admitir que la promesa edictal significase el pleno reconocimiento del consensualismo. B.I.R.D., 63, 1960, p. 306 ss.

²² Que destaca que la tesis de MAGDELAIN se apoya fundamentalmente en textos literarios y no jurídicos. Concretamente CICERON (*de officiis* 1, 10, 31-32) hace una referencia a la observancia de lo prometido pero -TALAMANCA- en sede moral y no propiamente jurídica. Labeo, 6, 1960, p. 278 ss.

²³ Crítica la tesis consensualista por su debilidad desde el estudio de las fuentes jurídicas y literarias en general. Por el contrario, de las mismas resulta que el *pactum* no hace más que delimitar las posibilidades de ejercicio de las acciones judiciales en general; otras veces, el posible efecto positivo del *pactum* que-

da expresamente excluido, como ocurre en el pacto de intereses, cuyo efecto sigue siendo el *exceptio*. A.H.D.E., 29, 1959, p. 727 ss.

²⁴ Resulta especialmente original la posición de este autor (p. 65 ss.) que atiende a la expresión *nudum pactum* para concebir los pactos en el Derecho Romano en un sentido limitado, como acuerdo accesorio a un contrato que se hacía *ex intervallo* del mismo, y, de esta forma se vería razonable que los efectos del *nudum pactum* fuesen sólo negativos dados sólo por la protección jurídica limitada a una *exceptio*; porque, de lo contrario -DIOSDE- ¿contra qué cosa y contra quien habría necesidad de dar una *exceptio*? *Contratti atipici nella prassi giudiziaria*. Iugudományi, 26, 1971, p. 89 ss.

²⁵ Propone como vía de solución la necesidad de huir de abstracciones consensualistas y centramos en un contexto histórico en el que la intervención del magistrado se dirige, tanto en el ámbito de la legislación decemviral (*orare*: como actividad oral del magistrado que sanciona el *pacere* de las partes; Tab. 1,6-7) como en el edicto del pretor (*servare*), a tutelar la autonomía privada en el marco del interés público considerándose arbitrario entender que dicha intervención se dilata en el edicto hasta comprender todo pacto posible con función transactiva, modificativa o constitutiva. G.G. ARCHI. *Ait Praetor: «Pacta conventa servabo»*. Studio sulla genesi e sulla funzione della clausola nell'*edictum perpetuum*. De *Iustitia et Iure*. Fest. Von Lubtow, Berlin, 1981, p. 373 ss.

²⁶ Afirma que *pactum* asume el significado de acuerdo constitutivo de obligaciones en una época entre la introducción del edicto *de pactis* y la etapa ciceroniana en virtud de varios textos de CICERON y SENECA (retórico) y de varias fuentes jurídicas. R. SANTORO. Il contratto nel pensiero di Labeone. Ann. Palermo, 37, 1983, p. 168 ss.

²⁷ Se cuestiona si es legítimo preguntarse si la tardía formación del esquema del *contractus* no induce a creer que las precedentes funciones del mismo tipo eran materializadas por figuras diversas, en primer lugar realizadas y garantizadas en la esfera pretoria. En todo caso, según

tos de buena fe¹⁷ con el correspondiente tecnicismo «oportere *ex fide bona*»¹⁸; y, entonces, los *pacta* que no fuesen añadidos a los contratos de buena fe tendrían ya una protección más limitada consistente sólo en una *exceptio* dirigida a paralizar la eficacia de una acción judicial. A partir de ahí, la formulación de la *iuris regula* según la cual *ex pacto actio non nascitur* (p. 52).

El A. recoge a continuación las opiniones críticas a la tesis de MAGDELAIN que se han formulado desde diferentes ángulos por autores como BRASIELLO¹⁹, PUGLIESE²⁰, AMIRANTE²¹, TALAMANCA²², A. D'ORS²³, DIOSDE²⁴ y ARCHI²⁵. Por el contrario, SANTORO²⁶ y MELILLO²⁷ se muestran próximos a la tesis consensualista de los pactos. Y aún más, la concepción que, sin llegar al extremo de Magdelain, ve en el edicto original del pretor una tutela genérica de todo *pactum conventum*, es aceptada de modo general por autores como KASER, GUARINO o FUENTESECA²⁸.

De entre la doctrina que rechaza la tesis consensualista de MAGDELAIN nos llama especialmente la atención el razonamiento lógico aportado por A. D'ORS²⁹ (p. 58): el edicto del pretor no incluía, sin más, a los contratos de buena fe ya que, de lo contrario, no tendría razón de ser la reserva que hace el edicto en virtud de la cual sólo se dará protección a los pactos que no contengan dolo, fraude ni sean contrarios a Derecho dado que «tal reserva tenía más sentido si se trataba de pactos propiamente dichos, es decir, *renunciaciones (totales o parciales) de acción*». También AMIRANTE y TALAMANCA (p. 58-59)³⁰ señalan, respectivamente, que originariamente el edicto del pretor no protegía toda convención, sino sólo algunas figuras consensuales o aquellas convenciones que entran en determinados esquemas típicos, para la tutela de las cuales, el pretor propone la singular fórmula.

J.M. ALBURQUERQUE no acepta la tesis consensualista de MAGDELAIN porque, entre otras cosas, dicha tesis no está suficientemente avalada por las

fuentes. Por el contrario, resulta de las mismas una multiplicidad de significados de la expresión **pactum** en la época tardo-clásica³¹, y, dentro de aquéllos significados se ponen de manifiesto, siguiendo a STURM³², supervivencias del sentido originario restringido, pacificador, que tenían **pactum** y **pacisci** en la legislación decemviral como «sempre strumenti di prevenzione e appiamento dei conflitti». Por otro lado, DE VISSCHER (ALBURQUERQUE, p. 74-75 y 84) recuerda con WEISS que la expresión **pactum** es anterior al sistema contractual romano (p. 74) y defiende la existencia de una línea de continuidad en el fundamento de la protección jurídica de los pactos, ya sea en las XII Tablas ya en el edicto del pretor, que no es otro que la **fides** y la **religio**, la cual **prohíbe** los actos contrarios a dicha **fides** comprometida por un **pactum**; y es la **religio**, constituida por preceptos negativos, la que ofrece una protección limitada a los mismos a través de la **exceptio pacti conventi**.

Las observaciones de J.M. ALBURQUERQUE son en definitiva muy clarificadoras: si se rechaza la concepción consensualista de MAGDELAIN ha de entenderse entonces, como vimos con DIOSDI, que la protección limitada (negativa) del **nudum pactum** que ofrece el edicto presupone la existencia de un contrato anterior vinculante entre partes que genera una **obligatio** exigible judicialmente y que queda sin efecto por una composición amistosa. Tampoco puede probarse que la redacción originaria del edicto fuese sustancialmente distinta de la referida por Ulpiano.

4- En el capítulo tercero el A. realiza un estudio sistemático sobre los **pacta praetoria** y los **pacta legitima**. Estamos en realidad ante tipos convencionales que se separan del conjunto de los pactos y que van a gozar de una protección jurídica especial por razón de la gran relevancia social alcanzada por los mismos. Debemos aclarar en esta sede que los llamados **pacta praetoria** comprenden una serie de pactos que por su mayor importancia en la vida social fue-

ron objeto de una protección especial del pretor caracterizada por la concesión de un **actio in factum** por la que las partes pueden hacer valer lo acordado³³; por otro lado, los **pacta legitima** son pactos o convenciones dotados por el derecho imperial postclásico de acciones para exigir judicialmente su cumplimiento³⁴.

El A. destaca con A. D'ORS (p. 91)³⁵ que en el **constitutum debiti** -también, por ejemplo, en los **recepta**- estamos ante pactos que agravan la responsabilidad del deudor con lo que se apartan completamente del sentido y espíritu de la protección pretoria general de los **nuda pacta** que se concreta únicamente en la **exceptio pacti conventi** a favor de quien la haga valer. Por contra, los **pacta praetoria** o los **pacta legitima**, al contar con una acción judicial por la que cualquiera de las partes puede exigir de la otra el cumplimiento de lo pactado, se aproximan a la naturaleza y función de los contratos y se alejan definitivamente de los **nuda pacta**.

5- El capítulo cuarto (p. 101 ss.) versa en primer término sobre los denominados con terminología medieval, **pacta adiecta**, que son acuerdos o cláusulas que se incluyen o añaden a los contratos. Estamos, por tanto, ante una aplicación importante del principio de protección jurídica de la palabra dada que se manifiesta en el propio ámbito de los contratos en Derecho Romano³⁶.

Los **pacta adiecta** despliegan diferente eficacia jurídica en el Derecho Romano según que el contrato al que se adhieran sea de derecho estricto o de buena fe, o que los pactos sean añadidos **in continenti** o **ex intervallo**, o según que dichos pactos sean conformes o no a la naturaleza del contrato, es decir, a la función económico-social del mismo. En este sentido, el A. recoge y critica a la luz de las fuentes los complejos cuadros (diagramas) de carácter escolástico, elaborados a finales del XIX y principios del XX por PATURINI, ROTONDI y HUVELIN, relativos a los efectos jurídicos que en su caso se deri-

este autor, el **edictum de pactis** debe ser estudiado y considerado dentro de la historia del consensualismo romano constitutivo de relaciones obligatorias. *Forme e teorie contrattuali nell'età del Principato*, Napoli, 1979, p. 44 ss.

²⁹ Nota 156. Por último, el Convegno «Contractus e Pactum» (Copanello, 1988) que el A. resume en p. 76 ss., supuso un enorme esfuerzo de esclarecimiento de cuestiones como el significado originario del edicto del pretor (SERRAO); el posible carácter meramente programático de la declaración **pacta conventa servabo** (BRETONNE citando expresamente a SELB) o bien como «statuzione» del control de orden público respecto de la libertad negocial; o la distinción a finales de la República entre **pactum in personam** y **pactum in rem** (ANKUM). Y sobre el significado de los **pacta conventa** en el edicto del pretor, MELILLO, LA PENNA y QUADRATO defienden que **pactum** tenía un sentido amplio de todo acuerdo entre partes, mientras que STURM, aún aceptando esta concepción en la época tardo-republicana, entiende que también se aprecia aquella función originaria pacificadora que tuvieron los pactos examinando las cláusulas del edicto del pretor.

³⁰ op. cit., p. 722 ss.

³¹ AMIRANTE, op. cit., p. 305; TALAMANCA, op. cit., p. 291.

³² En la nota 176 el A. recoge una exhaustiva relación de las mismas.

³³ El **pactum** e le sue multiple applicazioni, op. cit., p. 179-180.

³⁴ Los más importantes son el **constitutum debiti**, el **receptum argentarii**, el **receptum nautarum**, el **cauponum stabulariorum** y el **receptum arbitrii**.

³⁵ Como son el **compromissum**, el **pactum dotis**, el **pactum donationis**.

³⁵ Derecho Privado Romano, Pamplona, 1981, p. 459.

³⁶ El A. expresa con A. CASTRESANA (Fides, bona fides: Un concepto para la creación del Derecho, Madrid, 1991, p. 97 ss.) la que es idea central no sólo en el desarrollo de este capítulo sino de toda la filosofía del libro (p. 115): la lealtad a la palabra dada, el «fit quod dicitur» ciceroniano, crea en el mundo jurídico romano nuevas figuras o transforma aquellas que resultan histórica y socialmente inadecuadas.

³⁷ Se trata de un fragmento que podríamos calificar como clave en esta materia ya que establece el citado principio así como la distinción entre *pacta in continenti* y *pacta ex intervallo*. El A. recoge el estudio que del texto hacen autores como VIARD, GROSSO, BIONDI y SIBER, del que parece deducirse el carácter más o menos interpolado del texto; no obstante, J.M. ALBURQUERQUE señala después de examinar aquellas opiniones que «observamos que ninguno invalida la afirmación del principio *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*» (p. 118).

³⁸ Resulta de particular interés la cita que hace el A. de FUENTESECA (Visión procesal de la historia del contrato, op. cit.) que, siguiendo las investigaciones de KNIEP sobre *praescriptio* y *pactum*, señala que «desde la época de Labón, los *pacta adiecta* insertos en los *negotia bonae fidei* suscitaron el problema de que su sanción fuese posible o no mediante el *actio* propia del *contractus*, al cual el pacto había sido añadido. Y es entonces cuando surgió la solución de una *praescriptis verbis agere*, incluyendo el *pactum* en la *praescriptio* en función de *demonstratio*, puesto que exista un *negotium* de buena fe que carezca de *actio* propia y de *nomen contractus*» (p. 103).

³⁹ Claridad y utilidad del estudio del Derecho Romano. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1989, p. 66 ss.

⁴⁰ Horizonte actual del Derecho romano, Madrid, 1944, p. 121.

van de los pactos añadidos en cada uno de aquellos supuestos, y concluye que, en cualquier caso, todo pacto *pro re* realizado con arreglo a la buena fe y no contrario a Derecho obtiene para sí, como mínimo, la defensa procesal de la *exceptio pacti conventi* que resulta del edicto del pretor. Además, si el contrato al que se adhiere el pacto es de buena fe, la *exceptio* se entiende inherente en el «*quidquid dare facere oportet ex fide bona*» del mismo por el principio «*bonae fidei iudicio exceptionis pacti insunt*» que aparece afirmado por Juliano en Digesto 18,5,3 (Paul. 33 ed.) y que se recoge también en Digesto 2,14,7,5-6 (Ulp. 4 ed.).

Por otro lado, y en virtud del principio «*pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*» recogido en Digesto 2,14,7,5³⁷ y en Código de Justiniano 2,3,13, los *pacta in continenti* añadidos a los contratos de buena fe se hacen valer con la propia acción del contrato³⁸; por el contrario, los pactos *ex intervallo* no pueden generar acción sino sólo la excepción de pacto (p. 117 ss.).

6- A continuación, el A. entra en su exposición en lo que se ha llamado la segunda vida del Derecho Romano después de la desaparición del Imperio Romano occidental y muestra en líneas generales la recepción del principio de la protección jurídica de los pactos tanto en el Derecho Bizantino como en la Europa medieval, con particular atención al régimen jurídico romanístico de las Partidas del rey Alfonso X «el Sabio» (s. XIII), las cuales acogen fielmente las enseñanzas de los glosadores boloneses, estudiosos infatigables del Digesto; de esta manera se contienen en las Partidas numerosos ejemplos de pactos añadidos a contratos consensuales siendo rechazados aquéllos que se consideran contrarios a la ley y la buena fe (p. 141 ss.). Buena prueba de ello es Partidas 5,5,38 que recoge expresamente el principio romano *pacta sunt servanda* y que recuerda significativamente la letra del artículo 1258 de nuestro código civil español: «Postura o pleyto que pone entre si el vededor co

aquel que compra la cosa del, (solo que non sea contra las leyes deste nuestro libro, nin contra buenas costumbres) deue ser guardada».

7- El capítulo quinto y último (p. 159 ss.) pone de relieve el valor actual del Derecho Romano y la evidente importancia de su estudio en las Facultades de Derecho. El A. comienza expresando que «el Derecho Romano supone el eje unificador europeo, el sistema de Derecho privado que más ha contribuido a la construcción jurídica de Europa y del mundo, y el intermediario de los grandes sistemas europeos de Derecho privado extendidos por todo el orbe»; y añade con A. FERNANDEZ DE BUJÁN³⁹, que «el Derecho Romano puede cumplir un papel esencial en la construcción del futuro Derecho Comunitario Europeo, dado que ha sido el Derecho común de Europa durante muchos siglos». Podemos citar también, en este sentido a ÁLVAREZ SUÁREZ⁴⁰ que nos decía que «podemos concluir, sin partidismo de especialista, que en el presente aún debemos atribuir al Derecho Romano las tres funciones que han justificado hasta ahora su estudio, y que lo justifican en el futuro en todos los países, según el grado y el sentido de su evolución histórica y según los principios inspiradores de su actual régimen político. Las tres funciones son: como factor determinante de la evolución jurídica de los pueblos; como elemento integrador de gran parte del Derecho vigente en las distintas naciones; como base indispensable para la formación profesional del jurista».

En este marco, y como buena prueba de lo afirmado, J. M. ALBURQUERQUE expone la recepción comparada del principio romano «*pacta sunt servanda*» en los códigos civiles español, italiano, francés y alemán, lo que se manifiesta en primer término en el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, naturalmente dentro de los límites de la ley, buenas costumbres y buena fe (artículos 1255 y 1258 del código civil español, artículos 1134 y 1135 del código civil fran-

cés; artículo 1322 del código civil italiano; artículos 134, 138, 157 y 242 del código civil alemán [BGB] que a mi juicio se formuló por los codificadores respectivos no sólo desde el presupuesto de la economía de mercado consagrada en los textos constitucionales o desde los postulados de la pandectística decimonónica sino, sobre todo, porque constituye un principio que se entronca de un modo natural en la tradición jurídica europea (véase más arriba Partidas, 5,5,38) que hunde sus raíces en la protección jurídica otorgada por el Derecho Romano a la palabra dada por las partes en el marco de un acuerdo lícito y conforme a la buena fe.

El A. recoge también una amplia muestra de la protección expresa que los códigos civiles señalados conceden a diversos pactos añadidos a los contratos más importantes y comunes en la vida social como son los de compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato que, como sabemos, se incluían en las Instituciones de Gayo como contratos consensuales. Así, por ejemplo, en p. 207 y ss. se hace un examen comparado de los pactos añadidos respecto de la responsabilidad del vendedor por evicción y vicios ocultos de la cosa vendida en los códigos civiles francés, italiano y alemán.

Por último, es de destacar la relación de sentencias recientes del Tribunal Su-

premo y de otros tribunales españoles, así como de resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, que muestran en los Fundamentos de Derecho o Considerandos respectivos la recepción del referido principio romano **pacta sunt servanda** en la jurisprudencia española (p. 166 ss.)⁴¹. Y es más, el A. subraya con REINOSO que una buena parte de los principios generales que integran e informan el Sistema Jurídico español⁴², aplicados por los tribunales españoles, proceden del Derecho Romano: así también el principio **pacta sunt servanda**, siguiendo con ello una tradición jurídica que arranca de la fórmula **pacta conventa servavo** del pretor romano.

En definitiva, concluyo estas reflexiones resultantes de la detenida lectura del libro de J.M. ALBURQUERQUE, manifestando que dicha obra constituye un indudable esfuerzo de renovación metodológica en el campo de la investigación romanística y un estudio exhaustivo de la materia adquirido en años de investigación que pone de manifiesto el reconocimiento y protección jurídica que el Derecho Romano otorgó desde muy pronto al principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, el cual se mantiene como una constante en la tradición jurídica romanística europea hasta nuestros días.

⁴¹ Así en la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1990 se dice que «...Reconocido expresamente en la sentencia recurrida la realidad del contrato recogido en el documento aportado con el escrito de vínculo genérico entre los contratantes, de índole atípica, conforme a las modernas orientaciones determinante de un contrato de tal índole y naturaleza, por el que el transmitente de una finca conviene recibir, a cambio de quien proyecta construir en el terreno que ocupa un precio, consistente parte en metálico y otra parte en un piso a elegir entre los que se construyan y cuyo vínculo jurídico, en contra de lo apreciado por la Sala sentencionadora de instancia, en manera alguna cabe considerar como inexistente, sino realmente existente, en cuanto tiene adaptación al principio **pacta sunt servanda** y expresamente reconoce el artículo 1255 C.C., y en cuanto ciertamente se da la concurrencia del consentimiento, objeto cierto y causa, requeridos por el art. 1261 C.C.»

⁴² F. REINOSO. «Los Principios Generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». Madrid, 1987.