

Oportere ex fide bona.

Una construcción decisiva de la jurisprudencia romana

JAVIER HUMBERTO FACCO*

SUMARIO: 1. Planteamiento del tema. 2. Noticia etimológica: valor semántico del término *oportere*. 3. Importancia de la interpretación jurisprudencial: rol-guía de los juristas romanos en la elaboración del *oportere ex fide bona*. 4. Estructura de la fórmula en las acciones derivadas de las obligaciones *ex consensu*. 5. Eficacia de la tutela jurídica fundada en el *oportere ex fide bona*: ductilidad, apertura, unicidad. 6. Reglas derivadas del *oportere ex fide bona* consolidadas en la jurisprudencia clásica. 7. Límites del *officium iudicis* determinados por el *oportere ex fide bona* (exégesis de D. 16,3,24). 8. Recapitulación de las sucesivas funciones del *oportere ex fide bona* en los negocios del comercio internacional (*ius gentium*).

RESUMEN: Verificada la secularización de la antigua *fides*, asistimos al surgimiento de una construcción cuya valencia técnica parece concretarse en el específico ámbito del proceso. La *fides* resulta adjetivada con el calificativo de *bona*. A partir de entonces el sintagma *bona fides* significará una característica procesal, una cualidad de ciertas acciones que en la *intentio* de su fórmula se estructuraban en base al *oportere ex fide bona*. El núcleo de estas acciones estaba representado por los contratos sinalagmáticos, cuya fuerza obligatoria se fundaba en el consentimiento y pertenecían a la órbita del comercio internacional (*ius gentium*). Con todo, al margen de su aplicación pretoriana, la cláusula

* Docente de la cátedra de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Doctor de la Universidad de Roma "Tor Vergata" en Sistema Jurídico Romanista, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración. Contacto: [javierfacco@yahoo.com.ar].

quidquid dare facere oportet ex fide bona fue una elaboración eminentemente jurisprudencial, producto del ingenio de los juristas romanos. Fueron ellos quienes idearon buena parte de las soluciones sobre cuestiones ligadas a la eficacia de los contratos consensuales que todavía hoy se consideran emanaciones de la buena fe-lealtad. Recuperar la trascendencia del rol de los juristas en la tarea de hacer que el derecho sea adherente a la realidad constituye la principal invitación que nace de este escrito.

Oportere ex fide bona. A decisive construction of roman jurisprudence

ABSTRACT: Once secularization of ancient *fides* was accomplished, we can see the emergence of a construction, the technical equivalence of which seems to materialise in the particular field of judicial process. *Fides* is labelled with the qualifier *bona*. Since then the term *bona fides* was to become a procedural feature, a quality of certain actions in which the *intention* of the formula was structured based on *oportere ex fide bona*. The core of these actions was represented by synallagmatic contracts, the binding force of which was founded on the consent and belonged to the sphere of international trade (*ius gentium*). But still, beyond its praetorian implementation, the clausula *quidquid dare facere oportet ex fide bona* was mainly a jurisprudential development, outcome of Roman jurists' genius. They created a significant number of solutions for issues related to the effectiveness of consensual contracts, which even now are still regarded as derived from good faith and fair dealing. The main purpose of this paper is to regain the relevance of the roll the jurists must play to make Law to fit social reality.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

A menudo encontramos entre los textos doctrinarios, legales y judiciales invocaciones a la buena fe para fundar soluciones a ciertos problemas de derecho contractual. Algunas veces se trata de remisiones al vacío, pues no se precisa el contenido concreto de este deber de obrar de buena fe. Por ello, es oportuno interrogarse: ¿qué significa que un comportamiento ha de ser "conforme a la buena fe"? ¿Qué es "lo que conviene a la buena fe"? En otras palabras: ¿cuáles son las consecuencias jurídicas que se desprenden del imperativo de ajustar nuestro accionar a la buena fe?

En perspectiva histórica, la respuesta a estas preguntas exige que nos retraigamos al contexto originario en que tuvo lugar la aparición de la cláusula del *oportere ex fide bona* en los negocios de derecho privado. Es probable que la consulta a las fuentes romanistas, sobre las que se edifica en gran medida nuestro derecho actual, sirva para echar algunas luces sobre el asunto.

En este sentido, en primer término intentaremos esclarecer el significado común del término *oportere* y el contenido técnico asignado por los juristas romanos a la cláusula *oportere ex fide bona*. Luego explicitaremos la estructura de las fórmulas (de acciones) que, bajo la vigencia del proceso formulario, contenían el *oportere ex fide bona*. Para concluir, señalaremos las virtudes que se derivan de esta construcción,

con una reseña final de las funciones que la misma ejerció en el ámbito negocial del *ius gentium*.

2. NOTICIA ETIMOLÓGICA: VALOR SEMÁNTICO DEL TÉRMINO *OPORTERE*

Los estudios etimológicos arrojan que, desde un punto de vista semántico general, el vocablo latino *oportere* equivale a "convenir o ser necesario"¹. Se sigue de ello que la voz *oportere* puede paragonarse en lengua española con el verbo "deber". Y, al igual que este, no tiene un significado fijo e inmutable, sino que es susceptible de acepciones diversas según las exigencias de la frase en la que viene utilizado². Así, en algunas fórmulas el término es empleado en uno de sus sentidos comunes, mientras que en otras asume una connotación propiamente técnica³.

El significado más restringido (técnico-jurídico) sería una derivación del sentido corriente. En defensa de esta interpretación se ha argumentado que el hecho de que en los textos jurídicos sea más antiguo el valor fuerte de "obligación estricta" (sinónimo de *opus* o *necesse est*) que el débil de "deber moral" (= "conviene o está bien"; o simplemente "debe", con valor potencial), no prueba nada⁴. Desde ya, no

¹ La palabra *oportet* se explica perfectamente a partir de un *ob-portat*: *oportet* < *portare*, "lo que conduce a un fin, lo que conviene (*con-fert*), lo conveniente", como el producto de un doble influjo analógico: el de *decet* que convirtió el *oportat* en *oportet* (con el perf. en *-ui* también como *deciuit*) y el de *opus est* que redujo a sencilla la "pp". La influencia es, por lo demás, bien natural; pues corresponde a los dos valores fundamentales de *oportet*: el primero de "deber moral", sinónimo del griego $\square\square\square$, que aparece ya frecuentemente en PLAUTO y que se perpetuó en toda la literatura (así CICERÓN contrapone a veces el *oportet* "conviene" al *necesse est*: *Verrinae* II,4,39: *tanquam ita fieri non solum oporteret, sed etiam necesse esset*; y al *opus est*: *ad Atticum* XIII,25,1: *hoc fieri oportet et opus est*), y el de "necesidad u obligación", de uso sobre todo jurídico (cfr. las expresiones *dare facere praestare oportere*; *dari, fieri oportere*, etc. Para todo cfr. A. PARIENTE, "Aperio, Operio' y 'Oportet, Opportvvnvs'", en *Emérita: Revista de Lingüística y Filología Clásica*, Madrid, 1943, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Filología "Antonio de Nebrija", vol. 11, pp. 414 s.

² G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milán, Giuffrè, 1939, p. 204. El autor propone la traducción del latín *oportere* al término singular *dovere* (en italiano) por razones de comodidad de lenguaje. Pensamos que sería más exacto hablar pluralmente de "plexo de deberes", toda vez que el *oportere* no se circunscribe a un único y particular deber sino que trasunta, al menos potencialmente, una cohorte de prestaciones. En idéntica línea cfr. M. TALAMANCA, "La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento", en AA.VV., bajo el cuidado de L. GAROFALO, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica contemporanea. Studi in onore di A. Burdese*, IV, Padua, Cedam, 2003, quien habla del *oportere* como "il complesso dei doveri dei soggetti del rapporto" (p. 185).

³ En este sentido se advierte la presencia del *oportere* en la *actio publiciana*, en la *rei vindicatio* ejercida por el *bonorum possessor*, en los juicios divisorios y en la *actio furti nec manifesti*, en cuyas fórmulas el término presenta un significado técnico preciso, mientras que en las fórmulas *in personam* fundadas en el *ius civile* no tiene tal significado. En esta sede nos limitamos a señalar la oposición semántica, sin pretensión alguna de desentrañar acabadamente la cuestión, pues —como advierte la doctrina romanista más autorizada— nos encontramos frente a un "enigma indisoluble". Cfr. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., pp. 200 ss.

⁴ En contra se pronuncia con sólidos argumentos J. PAOLI, "Oportere' dans les textes juridiques", en *Revue des études latines*, XV, París, Les Belles Lettres, 1937, pp. 326 ss.

es lógico pensar que una palabra como *oportere* tuviese un origen exclusivamente técnico, ya que antes de esos textos jurídicos se advierte en algunos escritores (*v.gr.*, el comediógrafo PLAUTO, 254-184 a.C.) ampliamente desarrollado el sentido débil y lato, que luego se generalizará en la literatura posterior. El argumento es sobremanera convincente puesto que la idea del derecho como norma imperativa y coactiva (es decir, como una especie de camisa de fuerza impuesta a la sociedad por el legislador) no resulta demasiado afín con la concepción jurídica romana de los primeros tiempos. En Roma es sabido que el derecho en sus momentos inaugurales fue eminentemente consuetudinario y, por tanto, la ley no venía a ser más que la sanción de la costumbre. Así, entendido en estos términos el concepto de ley, se compadece mejor con la idea de "lo honesto" (*quod decet*: lo que está de acuerdo con la costumbre) que con la idea de la "obligatoriedad imperiosa" (*quod opus est*)⁵.

Ahora bien, acerca del significado técnico preciso del *oportere*, a la luz de las fuentes jurídicas, la doctrina romanista no es pacífica⁶. Una primera posición considera que el *oportere* se concreta en un *obbligatio di prestare* para representar la condición jurídica del deudor romano; y, así, en el *oportere* la esencia del vínculo obligatorio encuentra su sintética expresión (PUGLIESE)⁷. Otra parte de la doctrina ha definido al *oportere* como una "necesidad jurídica teórica" (HÄGERSTRÖM), en el sentido del carácter necesario de la prestación como medio para la liberación del vínculo. La prestación sería, por lo tanto, facultativa para el deudor que de tal modo podría desentenderse de la obligación, representando para el mismo simplemente una carga (imperativo de propio interés). Y según una tercera opinión, el *oportere* constituye una fusión de deber y responsabilidad en una unidad superior, que puede ser calificada como una "responsabilidad en abstracto por un determinado evento" (SEGRÈ)⁸.

3. IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: ROL-GUÍA DE LOS JURISTAS ROMANOS EN LA ELABORACIÓN DEL *OPORTERE EX FIDE BONA*

El *oportere ex fide bona* es un constructo de la jurisprudencia romana que se remontaría al siglo III a.C.⁹. Su aparición habría sido coetánea a la afirmación del uso de las

⁵ Cfr. PARIENTE, "'Aperio, Operio' y 'Oportet, Opportvns'", cit., pp. 414 ss.

⁶ Para una revisión de las múltiples acepciones que derivan del uso que el término ha recibido en las fuentes literarias y jurídicas cfr. A. FORCELLINI, voz "'Oportere'", en *Lexicon Totius Latinitatis*, 2.^a reimpr. facsímil de la 4.^a ed. (1864-1926), Bolonia, Arnaldo Forni Editore, 1965, t. III, p. 499 ss.

⁷ En general, sobre el uso del vocablo *praestare* en las fuentes romanistas cfr. R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1965, *passim*.

⁸ Un desarrollo exhaustivo de las diversas posturas ensayadas respecto al significado del *oportere* excede ampliamente los confines del presente trabajo, por cuyo motivo remitimos para un examen más aplomado a PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., p. 199 ss.

⁹ Sobre el punto se ha observado que es indiscutible que los juristas clásicos ya tenían bien individualizados desde fines de la República la categoría de los *iudicia bonae fidei*, como

formulae, probablemente antes de la *lex Aebutia* (hacia fines del siglo II a.C.), producida ya desde el siglo III a.C. El empleo de las *formulae* en dicha época se daba, por un lado, en los procesos en los cuales era parte un extranjero (no legitimado como tal a promover las *legis actiones*), *i.e.*, en la jurisdicción del *praetor peregrinus*, y, por otro lado, en los procesos entre ciudadanos romanos que hacían valer relaciones jurídicas nuevas no susceptibles de ser encuadradas en el esquema de una *legis actio*. En esta última categoría quedaban comprendidas aquellas relaciones jurídicas reguladas por el criterio normativo de la buena fe, cuya aplicación era requerida por el magistrado a un juez-árbitro¹⁰. Aunque no se pueda saber cuál o cuáles juristas hayan sido puntualmente los autores de esta construcción teórica, lo cierto es que la misma ha llegado a nosotros a través de las fórmulas de las acciones para los contratos consensuales incluidas en el Edicto del Pretor¹¹.

En esencia, el *oportere ex fide bona* consistía en el efecto jurídico reconocido a los acuerdos (*conventiones, pacta conventa*) que en el tráfico comercial venían tipificados con base en determinadas causas económico-sociales (convenciones del *ius gentium* tuteladas por el pretor, *i.e.*, *emptio, venditio, locatio conductio, mandatum, societas*). Y ha resultado el fruto de la transposición del *solemne verbum* (que indicaba la obligación contraída entre ciudadanos romanos en la tradición de las *legis actiones*) en el cuadro de nuevas contrataciones comerciales, respecto de las cuales este esquema jurídico fue considerado por los juristas romanos de entonces sustancialmente cónsono¹².

aquellas acciones civiles con *intentio incerta* y consecuentemente dotadas de *demonstratio*, en las cuales el *oportere* del demandado venía cualificado por la particular cláusula *ex fide bona*. Cfr. M. TALAMANCA, voz "Processo civile (dir. romano)", en *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milán, Giuffrè, 1987, p. 64.

¹⁰ Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4.^a ed., Turín, Utet, 2003, p. 89.

¹¹ R. CARDILLI, "Considerazioni 'storico-dogmatiche' sul legame tra contratto e obbligazione", en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2 (estratto), Nápoles, Jovene, 2006, p. 19. Otros autores, en cambio, estiman que la introducción de la cláusula *ex fide bona* en los edictos de los magistrados haya precedido al uso de la locución *bona fides* en la opinión de los juristas (V. ARANGIO RUIZ, "Le formule con 'demonstratio' e la loro origine", en *Rariora*, Camerino, Università degli Studi di Camerino, 1970, pp. 25 ss.; L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milán, Giuffrè, 1961, p. 183). En este último sentido igualmente se pronuncia W. DĄJCZAK, "La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano", en AA.VV., bajo la coordinación de L. GAROFALO, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, 1, Padua, Cedam, 2003, pp. 412 s., quien precisa que la presencia de la locución *bona fides* en el texto del edicto ha determinado y delineado el campo objetivo de su uso en la práctica contractual de los juristas.

¹² En este sentido, la *bona fides* habría servido para extender la tutela jurídica tradicionalmente fundada en derecho quirritario a las nuevas figuras. Al respecto con acierto se ha sostenido: "al pari dell'atto del *ius civile*, poteva creare il *dare oportere*, ed è perciò che essa figura nelle azioni poste a tutela dei nuovi negozi giuridici, i quali con l'*oportere* si pongono sullo stesso piano di quelli tutelati dalle azioni succedute alle *legis actiones*. È dunque un elemento immanente nelle istituzioni romane che viene posto in luce particolare per taluni rapporti in cui ora i Romani sono soggetti: tali l'*emptio-venditio*, la *locatio-conductio*, la *negotiorum gestio*, il *mandatum*, il *depositum*, la *fiducia* che già forse alla *bona fides* si appoggiava

Ha sido puesto de relieve que solo una jurisprudencia de altísimo nivel podía, en relación con estos acuerdos que se tipificaban en *emptiones, venditiones, locationes conductiones, mandata, societates*, madurar una tutela típica en términos de fórmulas de acciones *in ius conceptae* (abandonando o quizá jamás intentando la vía de la *formula in factum*)¹³. Así es que, sobre todo en el ámbito del *ius gentium*, se realiza una elección "orientada" por la jurisprudencia y "sancionada" por el pretor (es decir, la primera hacía las veces de timón que guiaba la actividad creativa de este último) en el sentido de reconocerle juridicidad a dichos acuerdos sobre la base del mero consenso. Esa tutela jurídica será llevada a cabo en el marco del proceso *per formulas*, que era un proceso "universal", propio y característico del *ius gentium*, abierto y disponible a todos los hombres (fueran o no ciudadanos romanos), en particular desde su consolidación definitiva como forma ordinaria de proceso con la sanción de la mencionada *lex Aebutia* y de las dos *leges Iuliae* (del año 17 a.C. aprox.)¹⁴.

4. ESTRUCTURA DE LA FÓRMULA EN LAS ACCIONES DERIVADAS DE LAS OBLIGACIONES EX CONSENSU

Corresponde ahora analizar sumariamente la estructura de la fórmula en las acciones derivadas de las obligaciones contraídas *ex consensu*, en cuya matriz tuvo origen el *oportere ex fide bona*. Desglosemos a continuación cada una de las partes constitutivas de la fórmula.

La *condemnatio* no estaba precedida solamente por la *intentio*, sino por una pareja de cláusulas formada por la *demonstratio* seguida de la *intentio*. Esto comportaba una división de la relación jurídica invocada por el actor en dos secciones: por una parte se indicaba la fuente de dicha relación, y, por otra, las obligaciones que de la misma se derivaban¹⁵.

En efecto, la *demonstratio* era la parte de la fórmula en la cual constaba la razón fundante de la acción, es decir en la que se indicaban las diversas causas fácticas que daban origen a la relación (*v.gr.*, por cuanto he vendido (*actio ex vendito*), por cuanto he comprado (*actio ex empto*), por cuanto he locado (*actio ex locatio*), etc.)¹⁶.

nelle *legis actiones*, la tutela, la *societas*": C. GIOFFREDI, 'Ius', 'lex', 'praetor'. *Forme storiche e valori dommatici*, Roma, Apollinaris, 1948, p. 111.

¹³ R. CARDILLI, 'Bona fides' tra storia e sistema, Turín, Giappichelli, 2004, p. 42, nt. 75 *in fine*; ID., *Considerazioni 'storico-dogmatiche'*, cit., p. 20. En igual sentido se ha argumentado que la palabra *oportet* indica la existencia de un deber que remonta su origen a un sistema de valores anteriores a la concesión de la acción de parte del pretor. Por tanto, no puede tratarse de una acción de creación pretoriana (P.D. SENN, "Buona fede nel diritto romano", en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, Turín, Utet, 1988, p. 132).

¹⁴ De las dos *leges Iuliae* solo una se refería seguramente a los juicios privados (*lex Iulia iudiciorum privatorum*); la otra tal vez concernía a los juicios públicos (*lex Iuliae iudiciorum publicorum*), siendo, por tanto, ajena a nuestra materia (BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 89).

¹⁵ SENN, *Buona fede nel diritto romano*, cit., p. 131.

¹⁶ La fuente era enunciada en la *demonstratio* como objeto de juicio. Así, por ejemplo, en el caso de la *actio empti*: *Quod as as no no hominem Stichum vendidit, qua de re agitur* (SENN, *Buona fede*

Ergo, la *demonstratio* era necesariamente variable: cada tipología negocial tenía su propia *demonstratio*¹⁷.

En la *intentio* de la fórmula se contiene lo que hoy denominaríamos la "pretensión", mediante la cual el actor afirmaba su propio derecho. A diferencia de lo que sucedía con la *demonstratio* que era variable, para la *intentio* en esta clase de acciones había un modelo único con el siguiente lema: *quidquid dare, facere, oportere ex fide bona*¹⁸ (dar o hacer todo aquello que (en virtud de la relación jurídica causal mencionada en la *demonstratio*) convenga a la buena fe). Las relaciones jurídicas contractuales nacidas *ex consensu* presentaban siempre la misma *intentio*; de ahí que esta era uniforme para todos los tipos de acciones que tendían a brindar amparo a dichos negocios.

5. EFICACIA DE LA TUTELA JURÍDICA FUNDADA EN EL OPORTERE EX FIDE BONA: DUCTILIDAD, APERTURA, UNICIDAD

A nuestro juicio el aspecto más interesante de la elaboración del *oportere ex fide bona* de los juristas romanos finca en que, mostrándose sensibles a una realidad compleja, propusieron una tutela jurídica lo suficientemente dúctil para amoldarse a los distintos tipos de negocios comprendidos¹⁹.

nel diritto romano, cit., p. 131). En este sentido ARANGIO RUIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, cit., pp. 26 s., enseña que las fórmulas con *demonstratio* tenían una construcción análoga: designación de la materia de la controversia con el indicativo regido por la partícula *quod*; determinación del criterio según el cual se debía estimar la condena (*v.gr.*, *quidquid ob eam rem dare facere (praestare) oportet ex fide bona; quantum pecuniam vobis bonum aequum videbitur ob eam rem... condemnari*; y otras similares); la orden de condenar; y finalmente, la cláusula absolutoria, conforme al esquema de las otras fórmulas (*si non paret, absolvito*).

¹⁷ A este propósito puntualiza C. BEDUSCHI, "I profili giuridici della 'fides'", en AA.VV., al cuidado de L. PEPPE, 'Fides', 'fiducia', 'fidelitas'. *Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padua, Cedam, 2008, p. 36: "Nel caso dei *iudicia bonae fidei*, i parametri erano rappresentati dai contenuti d'esperienza che, in relazione alle circostanze in gioco, di volta in volta potevano venire in considerazione, avuto riguardo alla specifica finalità che caratterizzava il rapporto o lo specifico segmento di rapporto che veniva in considerazione: *actio empti-actio venditi*, oppure *actio mandati-actio mandati contraria*".

¹⁸ La exuberancia del *oportere* recurrente en la *intentio* de las fórmulas *in personam* se ha puesto de manifiesto diciendo que no significa propiamente *obbligo di prestare* (como la tradición pandectista creía hallar en la compilación justiniana), sino más bien una carga, una *necessitas solvendi* de carácter hipotético, una coacción psicológica, que desciende de la perspectiva de una sanción por el incumplimiento. La diferencia del lenguaje denota aquí una profunda diferencia de concepción, si bien atenuada por el paso del tiempo. Allí donde los modernos, al decir que alguien está obligado, entendemos una específica cooperación que ha de efectuarse, los romanos dicen del deudor que está *obligatus* sin más, o que está *obligatus* respecto del acreedor. Ahora, esta palabra no expresa la idea de que se pueda conseguir una prestación del deudor, sino la idea que el mismo se encuentra en la condición de "ser garante" al acreedor por la verificación de un hecho esperado por este último, y en la necesidad de responder ante la desilusión de la expectativa cuando le sea imputable. Cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padua, Cedam, 1962, vol. II, p. 10.

¹⁹ Las acciones de buena fe tenían la ventaja de poder referirse a un objeto incierto (*incertum*), lo cual era imposible en las *legis actiones*. Esto permitía no solamente tomar en consideración

En efecto, los términos *quidquid dare facere oportet ex fide bona* presentes en la *intentio* de la fórmula de las acciones de buena fe implicaban que esta última tenía un carácter casuístico y una dimensión relativa. Su significado y alcance solo podía identificarse recurriendo a un paradigma construido objetivamente²⁰. Así, la referencia a la *bona fides* en la *intentio* de la fórmula permitía captar jurídicamente el carácter bilateral de cualquier relación obligatoria, teniendo en consideración la interdependencia de las obligaciones a cargo de las partes, y es en este contexto que la buena fe ha moldeado la reglamentación básica de los contratos consensuales²¹.

Además, el *oportere ex fide bona* representaba un esquema "abierto", ya que si bien fue pensado en principio para los contratos consensuales protegidos con fórmulas edictales típicas (*emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum*, *societas*), por ser esta una categoría con predisposición a la atipicidad (en la interpretación del pensamiento de LABEÓN con el que comulgamos²²), podía ser utilizado en todas aquellas situaciones de la vida de relación en las que la presencia de la *sinalagmaticidad* reclamaba especialmente la actuación de la buena fe como criterio normativo (contratos innominados).

Al mismo tiempo, dicha tutela se encontraba construida sobre la base de un solo e idéntico efecto jurídico: precisamente el fundado en la cláusula del *oportere ex fide bona*. En síntesis, no obstante la natural "variabilidad" de la *demonstratio*, los juristas romanos lograron diseñar un modelo (el *oportere ex fide bona*) que ofrecía "unicidad" de efecto y, consecuentemente, igualdad de tutela en el plano jurídico frente a la diversidad de posibles situaciones fácticas²³.

- obligaciones cuyo objeto eran sumas de dinero o cosas determinadas, sino en general cualquier obligación de dar, de hacer o no hacer (SENN, *Buona fede nel diritto romano*, cit., p. 131).
- ²⁰ Al respecto sostiene M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano, Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 116, que "en el ámbito procesal no era suficiente referirse a la simple *fides*, en cuanto esta era entendida ya como una cualidad moral del individuo y, por ende, diversa de una persona a otra. Trascendiendo la *fides* al plano judicial debía abstraerse de la capacidad de una persona en particular, debía tipificarse a fin de lograr la objetividad necesaria en el plano de la valoración judicial". En igual sentido cfr. L. AMIRANTE, "L'origine dei contratti di buona fede", en AA.VV., *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, I, Milán, Cisalpino-La Goliardica, 1988, p. 86.
- ²¹ SENN, *Buona fede nel diritto romano*, cit., p. 132.
- ²² Aludimos a las ideas expresadas por LABEÓN en el pasaje del Digesto donde nos brinda una definición del contrato reducida a *synallagma*: D. 50,16,19.
- ²³ Cfr. CARDILLI, *Considerazioni 'storico-dogmatiche'*, cit., p. 20, quien señala en este sentido que "la pretesa si considera omogenea (sempre *quidquid dare facere oportet ex fide bona*) sebbene connessa ai diversi tipi negoziali attraverso la *demonstratio*". ID., *Bona fides tra storia e sistema*, cit., p. 49: "È significativo che la inclusione sostanzialmente operi su un modello unitario di pretesa al di là del tipo negoziale (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*), ma si connetta imprescindibilmente ad una tipizzazione operata sulla *causa obligandi*, in termini di *formulae* con *demonstratio*".

Un análisis atento de la fórmula de esta clase de acciones permite concluir que en rigor la buena fe no era "fuente" de obligaciones, sino un "conjunto de reglas jurídicas concernientes al régimen de las obligaciones". Desde luego, la obligación derivaba del hecho descrito en la *demonstratio*, pero su contenido era regulado por la buena fe presente en la *intentio*²⁴. Así se comprende el verdadero alcance de las facultades conferidas al juez en estos procesos a la hora de establecer aquello que el demandado debía al actor²⁵.

Estas son a nuestro criterio las virtudes de la construcción que permiten apreciar cabalmente la exacta medida de su importancia. Por ello es que se trata de un momento estelar en la historia de la obligación, así como en su época lo fue la construcción de un *oportere ex sponsione* por la jurisprudencia pontifical. En efecto, el hecho de reputar idónea la elaboración del *oportere* vinculado a la *fides bona* para las relaciones entre los hombres sin delimitación de *civitas*, significó aplicar a escala universal un mismo arquetipo jurídico, que de tal modo se caracterizaba por asegurar paridad de tratamiento jurídico a quienquiera que eventualmente se encontrare involucrado en la relación²⁶.

Veamos a continuación cuáles eran las reglas que emanaban del *oportere ex fide bona*.

²⁴ Cfr. sobre el punto B. SCHMIDLIN, "La fonction de la 'demonstratio' dans les actions de bonne foi", en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 716-719, para quien la *demonstratio* parecía estar reservada a los actos jurídicos aptos para crear inmediatamente un efecto jurídico (principalmente al contrato, el testamento, la *communio*), y tal efecto no resultaba de una intervención exterior (*v.gr.*, la ley o la protección edictal) sino que se encontraba ínsito en el mismo *oportere*, que bastaba invocarlo como *res de qua agitur* para que el juez pudiera verificar la existencia de su causa generadora. En pocas palabras, como primer paso el juez debía comprobar dicha *res de qua agitur*, de la cual dependía la subsiguiente determinación del *quidquid dare facere oportet*.

²⁵ SENN, *Buona fede nel diritto romano*, cit., p. 132: "Tale debito deve essere determinato applicando le regole che derivano dalla buona fede in relazione al caso particolare. Così, il contenuto e gli effetti del contratto stesso non dipendono soltanto dalla dichiarazione delle parti, ma anche della natura dell'affare nel suo insieme". Sobre el punto, ARANGIO RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, cit., p. 100, expresa: "non vi era bisogno di fondare il giudizio sul mero *imperium* del magistrato. I rapporti che per questa via venivano ad essere parzialmente tutelati avevano la loro radice negli usi nazionali e internazionali e nel sentimento giuridico popolare, e a queste fonti il pretore poteva direttamente riatteggiare la valutazione da affidarsi al giudice. Perciò il programma non doveva contenere un rinvio ai soli presupposti di fatto, ma poteva richiamare una norma obbiettiva da porre a fondamento del giudizio, cioè la *fides bona* o il *bonum et aequum*".

²⁶ CARDILLI, *Considerazioni 'storico-dogmatiche'*, cit., p. 20. Se ha destacado la "uniformidad" de la fórmula *ex fide bona* que permite conferirle unidad a la categoría de los juicios de buena fe (nótese que los mismos aisladamente considerados eran heterogéneos entre sí). En igual sentido, se enuncian los caracteres que presenta la *bona fides*: "unitarietà, rispetto alla molteplicità di rifrazioni della *fides* anche morale; giuridicità; processualità, costituiscono il punto di partenza per la comprensione più esatta e completa dell'essenza e della funzione della *fides bona* stessa" (LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, cit., p. 179).

6. REGLAS DERIVADAS DEL OPORTERE EX FIDE BONA CONSOLIDADAS EN LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA

La mayor flexibilidad o discrecionalidad (en modo alguno absoluta, sino más bien limitada) de la que gozaba el *iudex* en los juicios de buena fe²⁷ tenía como uno de sus corolarios que para juzgar el pleito debía atender siempre a la situación instaurada en oportunidad de dictarse la sentencia, y no –como ocurría en las *actiones stricti iuris*– al momento de la *litiscontestatio*²⁸. En virtud de ello, el demandado podía siempre satisfacer la pretensión del actor *post litem contestatam* (i.e., en la instancia *apud iudicem*) a fin de salir absuelto (*omnia bonae fidei iudicia sunt absolutoria*)²⁹.

Además, se derivaban otras consecuencias importantes, las cuales presuponían la posibilidad de que el juez tomase en consideración instancias de parte (*v.gr.*, *exceptio doli*, *exceptio metus*, *exceptio pacti*, demanda reconventional del demandado) y que implicaban el empleo de especiales mecanismos procesales fundados básicamente en el poder reconocido al juez de imponer cargas a una parte, en particular al actor³⁰.

Repasemos algunas de estas reglas:

A) Al *iudex* le era posible analizar la conducta de las partes en el negocio, teniendo en consideración las costumbres y las prácticas que resultaban normales y comunes en el lugar donde el mismo se había llevado a cabo³¹.

²⁷ Ha sido notado que en algunos casos no se trataba de consecuencias que podían verificarse solamente en los *iudicia bonae fidei*. En efecto, cabe tener presente la amplitud de los poderes del juez privado en las *actiones arbitrariae*, que ciertamente no estaban comprendidas en la categoría de los *iudicia stricti iuris* (TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, cit., p. 190, nt. 544).

²⁸ D. 13,6,3,2 ULPIANUS libro XXVIII ad Edictum. *In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur* (En esta acción, como en los demás juicios de buena fe, se jurará igualmente para el litigio, y se atiende al tiempo de juzgarse la cosa, para cuanto valga la cosa, aunque en las de estricto derecho se mire al tiempo de la contestación de la demanda). Aclara A. DI PIETRO, "El régimen de los contratos en el derecho romano, Perspectivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificación legislativa latinoamericana", en *Roma e America. Diritto romano comune*, 7, Módena, Mucchi, 1999, p. 73, que el fragmento en cuestión se refiere a la *actio commodati* reputada por JUSTINIANO como *actio bonae fidei* (J. 4,6,28), por cuyo motivo se puede sospechar una interpolación.

²⁹ A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1991, p. 511; M. TALAMANCA, voz "Processo civile (dir. romano)", cit., p. 68. Sobre el punto precisa SENN, *Buona fede nel diritto romano*, cit., p. 132: "non è sufficiente tener conto solo del contratto in se stesso. Infatti, i doveri del convenuto al momento della sentenza dipendono anche dal comportamento delle parti successivo alla conclusione del contratto e durante il processo, poiché qui la fonte ha generato obbligazioni reciproche e interdependenti. Così, per esempio, il ritardo dell'acquirente nel pagamento del prezzo assume un significato completamente diverso se il venditore ha adempiuto puntualmente la sua obbligazione di consegnare l'oggetto venduto o se al contrario egli è in ritardo".

³⁰ C. A. CANNATA, *Bona fides e strutture processuali*, en AA.VV., bajo la coordinación de GAROFALO, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., p. 260.

³¹ D. 21,1,31,20 ULPIANUS libro I ad Edictum Aedilium curullium. *Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat, ea enim, quae sunt moris*

B) En tales *iudicia bonae fidei* el *iudex* podía considerar todas las circunstancias y actuaciones asumidas por las partes, tales como, *v.gr.*, la aparición de un comportamiento doloso o la presencia de coacción (*vis*), u otras situaciones similares concernientes al negocio, que pudieran dar lugar a excepciones reconocidas en favor del demandado con fundamento en la buena fe, sin necesidad de que se hubiera estipulado previamente entre las partes una cláusula *doli* o una *cautio* de dolo³².

En efecto, el *oportere ex fide bona* acarreaba una serie de consecuencias en orden a la relación entre *iudicia bonae fidei* y la proposición de algunas defensas que —a grandes rasgos— en los otros procesos debían hacerse valer mediante la inserción de una *exceptio*. Esto era válido sobre todo para la *exceptio doli (generalis o specialis)*³³,

et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire (Como es frecuente la estipulación del duplo, se determinó por ello que también pudiera ejercitarse la acción de compra, si el vendedor del esclavo no diera caución del duplo, porque lo que es de uso y costumbre debe venir comprendido en los juicios de buena fe).

³² D. 4,3,7,3 ULPIANUS libro XI ad Edictum. Non solum autem, si alia actio non sit, sed et si dubitetur, an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem, et affert talem speciem: Qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit, vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitum vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit, ait Labeo, sive cavet de dolo, sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam, si cavet, dubium est, an competat ex stipulatu actio. Sed est verius, siquidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio, si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto; in ex stipulatu de dolo actio necessaria est (Mas opina Labeón, que ha de darse la acción de dolo, no sólo si no hubiera otra acción, sino también si se dudara si la hay; y pone este ejemplo: Uno que me debía un esclavo o por venta o por estipulación, le dio un veneno y lo entregó así, o me debía un fundo, y mientras lo entregaba, le impuso una servidumbre, o derribó los edificios, cortó o extirpó los árboles; dice Labeón, que tanto si dio caución de dolo, como si no, ha de darse contra él la acción de dolo, porque, si dio caución, es dudoso que competa acción por lo estipulado. Pero es más verdadero, que si realmente se dio caución de dolo, cesa la acción de dolo, porque hay la acción por lo estipulado; si no se dio caución, cesa ciertamente en la acción de compra la acción de dolo, porque hay la de compra; en la de lo estipulado es necesaria la acción de dolo).

³³ En orden a la doble función de la *exceptio doli* evidenciada ya al nivel de su propia formulación en el edicto del pretor tal como ha llegado a nosotros gracias al testimonio de GAI. 4,119 (*si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*), en el sentido de tomar en consideración no sólo el dolo cometido por el actor con anterioridad a la proposición de la acción y, en particular, en el momento de la conclusión del negocio (*dolus praeteritus* o *specialis*), sino también aquel cometido en oportunidad del ejercicio mismo de la acción (*dolus praesens* o *generalis*). Cfr. TALAMANCA, voz "Processo civile (dir. romano)", cit., p. 65, nt. 463. En relación con esta última hipótesis, A. PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei 'Principles of European Contract Law' della Commissione Lando. Materiali e commento*, al cuidado de G. LUCHETTI y A. PETRUCCI, Bolonia, Pàtron, 2006, p. 41, ejemplifica con el caso de quien reclamase judicialmente la restitución de una suma de dinero que nunca fue pagada (*qui forte pecuniam petit quam non numeravit*; GAI. 4,119), y trae a colación el fragmento conservado en D. 44,4,1,1 PAULUS libro LXXI ad Edictum: *Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit* (Mas el Pretor propuso esta excepción, para que a nadie la aproveche contra la natural equidad su propio dolo con ocasión del derecho civil), en el cual se indica la *ratio* que inspiró la creación de tal excepción residente en la exigencia de evitar que alguien mediante el ejercicio doloso de un derecho propio que le haya sido reconocido

la *exceptio metus* y la *exceptio pacti*³⁴. En efecto, en los contratos de estricto derecho las conductas de las partes contrarias a los deberes de lealtad y corrección eran ponderadas y sancionadas en términos de *dolus malus*³⁵.

El hecho de que no fuera necesario que el demandado adujera excepción alguna se fundaba en la misma estructura de la fórmula, la cual no contemplaba que fuera menester la expresa intercalación de excepciones. Por consiguiente, las mismas se reputaban inherentes en este tipo de juicios de buena fe y podían ser tomadas en consideración de oficio por el *iudex* en su sentencia, siendo que a él le correspondía juzgar el asunto *ex bono et ex aequo* (de conformidad a lo bueno y a lo justo)³⁶.

por el derecho civil pueda conseguir una ventaja contrariando la equidad natural. A este respecto es pertinente recordar otro texto de PAULO que los compiladores justinianos reproducen en las *diversae regulae iuris antiqui* (D. 50,17,173,3), y consta en D. 44,4,8 pr. *PAULUS libro VI ad Pautiu: Dolo facit, qui petit quod redditurus est* (Obra con dolo el que pide lo que ha de devolver), según el cual se configura como doloso el comportamiento de quien hace valer en juicio el derecho a obtener alguna cosa que debe inmediatamente restituir.

³⁴ Sobre el punto cfr. la opinión crítica de G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*. *Patti e contratti*, Turín, Tipografia Collegio Artigianelli, 1928, pp. 3-42.

³⁵ En este sentido, recordándose las palabras de la excepción predispuesta en el Edicto del Pretor y dirigida a reprimir no solo el dolo negocial del actor, es decir cometido por él al momento de la conclusión del negocio (*dolus praeteritus* o *specialis: si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit*), sino también aquel que se configuraba en la instancia de entablarse la acción en justicia (dolo presente o general).

³⁶ D. 18,5,3 *PAULUS libro XXXIII ad Edictum: Emptio et venditio, sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta. Ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit, ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt, an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum. Et puto, liberato reo et fideiussorem liberari, item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoverti oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit* (La compra y venta, así como se verifica por el consentimiento, así se disuelve por contrario consentimiento, antes que el negocio se haya consumado. Y por esto se preguntó, si el comprador hubiere recibido fiador, o el vendedor hubiere estipulado, si se disolverá la obligación por la nuda voluntad. Escribió Juliano, que ciertamente no puede ejercitarse la acción de compra, porque las excepciones del pacto se hallan comprendidas en el juicio de buena fe; pero se ha de ver, si tendrá el fiador la excepción útil. Y opino, que hecho libre el deudor, también el fiador se hace libre; que asimismo debe ser repelido con excepción el vendedor que reclama en virtud de lo estipulado; y que el mismo derecho hay, si el comprador hubiere comprendido también la cosa en la estipulación); D. 30,84,5 *IULIANUS libro XXXIII. Digestorum: Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit, et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est, et continet in se doli mali exceptionem. Quodsi pretio soluto ex testamento agere instituerit, hominem consequi debebit, actione ex empto pretium reciperebit, quemadmodum recuperaret, si homo evictus fuisset. Quodsi iudicio ex empto actum fuerit, et tunc actor compererit, legatum sibi hominem esse, et agat ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit, et hominem actoris fecerit* (El que compró del heredero un esclavo que le había sido legado en testamento, ignorando que le hubiera sido legado, si, habiendo tenido conocimiento del legado, ejercitare la acción del testamento, y recibiere el esclavo, debe ser absuelto de la acción de venta, porque este juicio es de buena fe, y contiene en sí la excepción de dolo malo. Pero si pagado el precio hubiere determinado ejercitar la acción del testamento, deberá obtener el esclavo, y por la acción de compra recuperará el precio, así como lo recuperaría si se hubiese hecho evicción del esclavo. Pero si se hubiere ejercitado la acción de compra, y entonces hubiere sabido el actor que

C) Si el demandado tenía algo que reclamarle al actor, a propósito de una obligación nacida del mismo título (*ex eadem causa*)³⁷, el *iudex* podía ordenar la compensación (*compensatio*), condenando –si tal era el caso– solamente por el resto, puesto que ello pertenecía a su *officium*³⁸. En este sentido, señala GAYO en sus *Institutas* (4,61) que en estos juicios "... aparece permitido al *iudex* la libre potestad de estimar el monto de lo que se debe restituir conforme al *bonum* y al *aequum*. En esto está comprendido que, tomada en cuenta la prestación que debiera el actor al contrario por la misma causa, se condene al demandado sólo por el resto" (... *libera potestas permitti videtur iudici ex bono ex aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur ut habita ratione eius, quid inuicem ex eadem causa praestare oportere, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare*)³⁹. Tal como indica GAYO, el *arbitrium* que detentaba el *iudex* le permitía apreciar si era o no procedente dicha *compensatio*⁴⁰.

se le había legado el esclavo, y ejercitara la acción del testamento, no deberá ser absuelto el heredero de otra suerte, sino si hubiere restituido el precio, y hubiere hecho del actor el esclavo).

³⁷ Cabe destacar a este respecto que, cuando la compensación pudo hacerse valer mediante la oposición de la *exceptio doli generalis* (a partir del *rescriptum divi Marci*), en los *iudicia bonae fidei* fue permitido tener directamente en cuenta inclusive los créditos *ex alia causa* en virtud de la denominada inherencia de la *exceptio doli* en tales *iudicia* (TALAMANCA, voz *Processo civile (diritto romano)*, cit., p. 65, nt. 462).

³⁸ Cfr. *ibíd.*, p. 65: "il convenuto poteva opporre in compensazione i crediti vantati verso l'attore e nascenti dallo stesso titolo in base al quale era stata esercitata l'actio". Sin embargo, este autor considera que en la especie el demandado podía solamente obtener la absolución de la demanda. Añade que ha sido abandonada en doctrina la opinión defendida por algunos autores (J. PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio*, I, Heidelberg, C. Winter, 1913, pp. 54 ss.; B. BIONDI, "Iudicia bonae fidei", en *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo*, vol. VII, Palermo, Stab. tip. ind. diretto dal Cav. G. Castiglia, 1920, pp. 61 ss.), según la cual en los *iudicia* en cuestión la *intentio incerta* habría tenido el siguiente tenor: *quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*, que permitía la condena de una y otra parte en función de cómo resultase el saldo activo entre las pretensiones de ambos contendientes. Agrega finalmente que la posibilidad de condenar a cualquiera de las partes en causa se daba solamente en los *iudicia divisoria* (p. 65, nt. 461).

³⁹ Prácticamente la misma formulación se registra en J. 4,6,39.

⁴⁰ GAI. 4,63. *Liberum est tamen iudici nullam omnino inuicem compensationis rationem habere, nec enim aperte formulae uerbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conueniens uidetur, ideo officio eius contineri creditur.* (Pero el juez tiene libertad para no tener en cuenta tal compensación, puesto que los términos de la fórmula no le preceptúan abiertamente esto, sino que, como parece conveniente en un juicio de buena fe, se deja a la discrecionalidad del juez); J. 4,6,30. *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid inuicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat. sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. sed nostra constitutio eas compensationes quae iure aperto nituntur latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur* (En las acciones de buena fe el juez tiene libertad para determinar, con arreglo a la equidad, lo que se debe entregar al demandante y también para tomar en cuenta las deudas recíprocas de ambos litigantes y, una vez hecha la debida compensación, condenar al demandado únicamente en lo que exceda su deuda. En cambio, tratándose de acciones de Derecho estricto, se introdujo la

Se trata de una aplicación en sede judicial del principio de buena fe vinculada a la ejecución de las obligaciones de las partes; mas no significa que en las relaciones contractuales fundadas en la *fides bona* y en las correspondientes acciones el juez estuviere obligado a pronunciar la compensación entre las recíprocas pretensiones de las partes surgidas *ex eadem causa*, pues era un resorte exclusivo de aquel⁴¹.

D) La particular actitud que asumía el *iudex* en relación con el comportamiento doloso de la contraparte no se limitaba al simple aspecto defensivo: el contratante perjudicado podía hacer valer por vía de acción su interés positivo en la ejecución de los pactos agregados al negocio. Así, el *iudex* tenía en cuenta los pactos convenidos (*pacta conventa*) entre las partes y que funcionaban como *leges privatae* (leyes privadas) que debían cumplir. En consecuencia, los pactos añadidos (*pacta adiecta*) por las partes al contrato principal eran considerados por el juez como formando parte del contenido propio de la obligación; y no solo los pactos inicialmente convenidos (*in continenti*) que modificaban (parcialmente y en modo compatible con el tipo) el contenido legal de las obligaciones contractuales, sino también aquellos posteriores (*ex intervallo*) que venían a disminuir la obligación o suponían incluso una renuncia a una excepción⁴². Así es que estos pactos podían ser exigidos por la acción derivada del contrato sin necesidad de pedir la inclusión de una *exceptio*, toda vez que *in bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt* (en los juicios de buena fe son inherentes las excepciones derivadas de los pactos).

E) También por aplicación de la *bona fides*, la responsabilidad de las partes era examinada con mayor flexibilidad que en los juicios provenientes de *actiones stricti iuris*, adquiriendo a este propósito entidad la noción de culpa contractual⁴³. El juez

compensación por un rescripto del emperador Marco Aurelio, siempre que se pusiera de relieve la existencia de la deuda del demandante por medio de una excepción de dolo. Sin embargo, una constitución nuestra ha facilitado más las compensaciones, cuando se trata de casos cuyos fundamentos jurídicos aparecen claros; de suerte que el objeto de las acciones, ya sean reales, ya sean personales o de la clase que sean, queda rebajado por imperativo del Derecho [*ipso iure*], exceptuándose únicamente la acción de depósito, pues hemos juzgado que sería una conducta en extremo desleal, la del depositario que opusiese cualquier tipo de compensación, y con este pretexto frustrase en el depositante la esperanza de recobrar la cosa).

⁴¹ PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo*, cit., p. 40, habla de una facultad ínsita en el *officium* del juez que "pur non essendo prevista espressamente dalle parole della formula, appare conforme ad un rapporto processuale (e prima ancora contrattuale) fondato sulla buona fede (*nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur...*)".

⁴² D. 18,1,72 pr. PAPIANUS libro X. *Quaestionum: Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse.* (Los pactos convenidos que, hechos después, quitan alguna cosa a la compra, se considera que se contienen en el contrato, pero los que le añaden, creemos que no se comprenden). Sobre este punto cfr. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 510; TALAMANCA, voz "Processo civile (dir. romano)", cit., p. 65.

⁴³ En las relaciones comprendidas en los *bona fidei iudicia* cada una de las partes intervinientes en el negocio debe comportarse con total lealtad la una respecto a la otra, en forma recíproca. A fin de tratar este deber recíproco, la doctrina clásica se ocupó muy especialmente

al apreciar el *interesse* del demandante en el momento de emitir sentencia, podía tener en cuenta no solo la pérdida patrimonial (daño emergente) sufrida por culpa del demandado, sino también los incrementos que habría podido obtener si el demandado hubiese cumplido en tiempo oportuno (lucro cesante)⁴⁴.

F) En los *iudicia bonae fidei* el *iudex* asimismo podía reconocer en la determinación del *id quod interest* una serie de prestaciones accesorias en favor del actor, entre las cuales aquella de mayor relevancia estaba representada por la posibilidad de condenar al demandado al pago de intereses moratorios o compensatorios⁴⁵. Por lo tanto, en el momento de la sentencia debía tomarse en cuenta el valor de los

de estudiar el concepto de la culpa. Esto era importante, ya que las relaciones obligacionales eran muy variadas, con matices específicos que había que tomar en consideración. El derecho posclásico generalizó el concepto de culpa y para los autores bizantinos (y también para los compiladores justinianos) se opera una categorización entre diversas clases de culpa, que son aplicadas en cada uno de los casos concretos. Cfr. A. DI PIETRO, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Buenos Aires, Abaco, 1998, pp. 180 s.

⁴⁴ D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 513. Con relación al *lucrum cessans* los textos admiten su resarcimiento en aquellos supuestos en los que se verificaba un nexo directo de causa-efecto entre el incumplimiento de la obligación y el daño. Así, por ejemplo, en D. 19,2,33 AFRICANUS libro VIII. *Quaestionum: Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nibilo minus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo frui non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis* (Si hubiera sido confiscado el fundo que me hubieras dado en arrendamiento, estás obligado por la acción de conducción a que me sea lícito disfrutarlo, aunque en tí no consista que no me cumplas esto. A la manera que, dice, si hubieses dado en arrendamiento la edificación de una casa, y se hubiese hundido el solar, estarás, sin embargo, obligado; porque también si me hubieras vendido un fundo, y antes que se me entregase libre hubiere sido confiscado, te obligarías por la acción de compra. Lo cual será verdad solamente para que restituyas el precio, no también para que me cumplas esto, si me importara más, que aquel se me entregara libre. Así, pues, opino, que se ha de observar lo mismo también respecto a la conducción, para que me restituyas el alquiler que yo hubiere pagado, por supuesto, de aquel tiempo en que yo no hubiere disfrutado; y no serás obligado a responder de más por la acción de conducción. Porque también si a tu colono se le prohíbe disfrutar el fundo por tí, o por uno a quien tu puedas impedirle que lo haga, le responderás de tanto cuanto a él le hubiere importado disfrutarlo, en lo que se comprenderá también su lucro; pero si se le impidiere por uno a quien tu no pudieras prohibírselo por su mayor fuerza o poder, no estarás obligado a nada más que a condonarle la pensión, o a devolvérsela).

⁴⁵ En este sentido TALAMANCA, voz "Processo civile (diritto romano)", cit., p. 65, nt. 460, destaca la relevancia que asume esta característica, ejemplificando con la contraposición entre el denominado depósito irregular (cuya acción era de buena fe), y el mutuo que venía –en cambio– tutelado mediante la *actio certae creditae pecuniae*, con la cual se podía requerir solamente la restitución de la suma efectivamente dada en préstamo.

frutos naturales de las cosas debidas, o los intereses moratorios si se trataba de una suma de dinero; condenando su restitución o pago, respectivamente, al deudor desde el momento en que había incurrido en mora, sin necesidad de interpelación alguna, pues por la aplicación del principio de la *bona fides* se lo consideraba ya en culpa⁴⁶. Se trata de una facultad que tenía el juez, a la hora de cuantificar la condena, de determinar conforme a la equidad prestaciones accesorias, como el pago de los intereses del dinero, de gastos o frutos (*totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur*), sin que fuera necesario un acuerdo expreso de las partes al respecto.

Sobre la fijación de intereses –por ministerio del juez en caso de mora– en los contratos donde naturalmente procede, puede verse plasmada la regla, con sus alcances y limitaciones, en los textos recogidos en D. 19,2,54 pr.⁴⁷ y D. 16,3,24⁴⁸.

⁴⁶ Es esta otra diferencia con las *actiones stricti iuris*, como ocurría con la *conditio* en el caso de los negocios creditorios. En estos últimos casos (así, en el mutuo o en la *stipulatio*), la mora del deudor en nada aumenta la deuda que se reclama, es decir, no corresponde el agregado de intereses. Esto se explica por cuanto tanto la *intentio* como la *condemnatio* son *certainae*, de tal modo que el juez no puede ni disminuir el monto ni aumentarlo con los intereses por causa de mora (cfr. GAI. 4,52). En cambio, como lo dice Marciano (D. 22,1,32,2): *In bonae fidei contractibus ex morae usurae debentur* (En los contratos de buena fe son debidos los intereses por la mora). Igual situación se daba para los frutos, ya que en las *actiones stricti iuris*, en principio los frutos no son debidos, pero se aplicó el principio de que, si se aceptó el juicio, por equidad los frutos debían ser restituidos con la cosa demandada a partir de la traba del litigio (*litis contestatio*), cfr. D. 22,1,41,8, igualmente D. 12,1,31 pr. En cambio, si se trata de un *iudicium bonae fidei*, el demandado deberá también restituir los frutos percibidos desde que incurrió en incumplimiento (D. 22,1,38,8). Cfr. A. DI PIETRO, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Buenos Aires, Abaco, 1998, pp. 183 s.

⁴⁷ D. 19,2,54 pr. PAULUS libro V. *Responsorum: Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionem nomine teneatur nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvent, sortis solummodo damnum agnoscere oportere? Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras, usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiantur quam ex officio iudicis applicentur, tamen, quum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset, in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubet? Vel ita: "indemnem me praestabis?"* (Pregunto, ¿el fiador de un arrendamiento se obligará también a los intereses por razón de las pensiones no pagadas, sin que le favorezcan las Constituciones, en que se dispone que los que pagan por otros alguna cantidad deben responder únicamente de la pérdida del capital? Paulo respondió, que si el fiador se obligó también a todas las obligaciones del arrendamiento, debe asimismo, a la manera que el colono, pagar los intereses de las pensiones satisfechas tardíamente por morosidad del colono; porque en los juicios de buena fe, aunque los intereses no procedan tanto de la obligación, como que se apliquen por ministerio del juez, sin embargo, cuando el fiador se prestó para todas las obligaciones, parece justo que el mismo responda también del gravamen de los intereses, como si hubiese sido fiador en esta forma: «¿prometes que vaya sobre tu fianza otro tanto de la suma en que él debiere ser condenado conforme a la buena fe?» O así: "¿responderás de que yo quede indemne?").

⁴⁸ D. 16,3,24 PAPIANUS libro IX. *Quaestionum: Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi annuerante servo Stichio actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio, quae quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo. Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi, depositi actionem locum habere, quid est enim aliud commendare,*

7. LÍMITES DEL OFFICIUM IUDICIS DETERMINADOS POR EL OPORTERE EX FIDE BONA (EXÉGESIS DE D. 16,3,24)

En este último testimonio citado (D. 16,3,24) la situación fáctica descrita es la siguiente: Sempronio entrega por intermedio de su administrador (el esclavo Estico) una suma de dinero a Ticio para que este asuma su cuidado y custodia. Se plantea, entonces, la cuestión a ser dilucidada en sede judicial que convoca especialmente la atención del jurista, acerca de la procedencia *ante moram* de intereses (sobre la suma de dinero depositada) que Sempronio pretende de Ticio, cuando dicha prestación no había sido pactada por las partes al celebrarse el contrato⁴⁹.

PAPINIANO al dar su parecer niega que proceda una deuda por intereses pecuniarios en cabeza del depositario en una hipótesis semejante de depósito irregular (dinerario)⁵⁰. La solución establece que, si bien en los juicios de buena fe se reco-

quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora numerorum eadem redderentur, nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione, si depositi actio non teneat, quum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio, sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit; si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur (Ticio saluda a Sempronio. Te hago saber por esta carta escrita de mi mano, para que lo tengas entendido, que están en mi poder las cien monedas que en este día me has encomendado por entrega hecha por el esclavo Stico, administrador; las cuales te entregaré al momento, cuando quieras, y donde quieras. Pregúntase por causa del incremento de los intereses. Respondí, que tiene lugar la acción de depósito; porque qué otra cosa es encomendar, que depositar? Lo que es verdad de este modo, si se hizo esto, para que se devolviesen las mismas monedas; porque si se convino que se diese en pago otra tanta cantidad, el negocio excede de los conocidísimos términos del depósito. En cuyo caso, si no hubiera la acción de depósito, porque se convino que se devolviera otra tanta cantidad, no las mismas monedas, no se ha de decir fácilmente que se tenga cuenta de los intereses. Y se halla ciertamente establecido, que en los juicios de buena fe, por lo que atañe a los intereses, pueda tanto el oficio del árbitro, como en la estipulación; pero es contra la buena fe y la naturaleza del depósito reclamar intereses, antes de incurrir en mora, de aquel que hizo beneficio en recibir el dinero; más si desde un principio se convino sobre la prestación de intereses, se observará la ley del contrato).

⁴⁹ Distinto del supuesto en el que los contratantes al momento de la conclusión del contrato de depósito pactan a cargo del depositario "una obligación de *usuras praestare* aun *ante moram*, forzando así válidamente la *lex contractus*" (R. CARDILLI, "El problema de la resistencia del tipo contractual en el derecho romano: entre 'natura contractus' y 'forma iuris'", trad. de M. GRASSO, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 26, Módena, Mucchi, 2008, p. 208).

⁵⁰ La solución del jurista se encontraba enmarcada en un escenario en el que la presión de los banqueros para la defensa de sus intereses era muy fuerte y ello correlativamente era desfavorable para los depositantes. Aún así, la argumentación ensayada por Papiniano para negar la procedencia de los intereses se funda en una *ratio* estrictamente jurídica (CARDILLI, '*Bona fides*' tra storia e sistema, cit., pp. 53 s.), dejando de lado las sospechas acerca de una interpolación justiniana del texto deslizadas por un autorizado sector de la doctrina romanista (cfr., entre otros, G. ROTONDI, "Natura contractus", en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano 'Vittorio Scialoja'*, 24, Milán, Giuffrè, 1911, pp. 96-100; F. BONIFACIO, "Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano", en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano 'Vittorio Scialoja'*, 49-50, Milán, Giuffrè, 1947, p. 143). En todo caso, para disipar las dudas sobre supuestas

noce la presencia de una pauta asentada en la jurisprudencia con arreglo a la cual, por cuanto refiere a los intereses pecuniarios, el *officium* del juez tiene la misma fuerza fundante de la *stipulatio* (*in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio*)⁵¹, sería –a criterio del jurista– contrario a la buena fe y a la naturaleza del contrato de depósito pretender el pago de tales intereses antes de la mora de quien, asumiendo la custodia del dinero, ha satisfecho una prestación en favor de la contraparte⁵².

En el caso se evidencia una dialéctica entre el ejercicio del poder concedido al juez en los *iudicia bonae fidei* y la necesidad de que tal poder no sea arbitrario. Queda claro, entonces, que el poder del juez en esta clase de juicios no era absoluto sino que –por el contrario– se trataba de un “poder-deber” sujeto a los límites propios de una valoración inspirada en la buena fe que tuviera debida cuenta del concreto

intervenciones justinianeas, nos parece atinada la observación de CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., p. 205 s. en relación con el doble enfoque de la cuestión que le atribuye a Papiniano, a saber: “por un lado, desde la *actio depositi* y, por el otro, desde el contrato de depósito, los cuales en cuanto a su contenido no parecen presentar ámbitos exactamente coincidentes”, de lo cual deduce que “en el supuesto de que se pacte al momento de la conclusión del depósito la restitución del *tantundem* implica una superación –utilizando una imagen espacial– de los notorios ‘límites’ del contrato de depósito, no excluye –para el autor del inciso– que a este depósito concretamente modelado por las partes en la manera descrita, se le reconozca luego tutela con la *actio depositi*”. A raíz de esta contradicción entre superación del tipo (*egreditur ea res depositi notissimos terminos*) y –no obstante ello– la atracción de la *fattispecie* en el ámbito de tutela de la acción típica (*actio depositi*), el citado autor recuerda otra opinión (G. SEGRÉ, “Sul deposito irregolare in diritto romano”, en *Bullettino dell’Istituto di diritto romano ‘Vittorio Scialoja’*, 19, Milán, Giuffrè, 1907, p. 229; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milán, Giuffrè, 1946, p. 74), conforme a la cual, más que de una interpolación justiniana, se trataría de “una probable inserción de una nota de Paulo o de Ulpiano en el texto de Papiniano” (p. 206, nt. 141).

⁵¹ El parangón trazado por Papiniano entre *officium iudicis* (en los *iudicia bonae fidei*) y *stipulatio* en relación a las *usuras praestare*, a juicio de TALAMANCA, *La ‘bona fides’ nei giuristi romani*, cit., p. 196, trae: “ancora alla fine dell’epoca classica, il ricordo di quella che era stata la funzione precipua della *bona fides* stessa ai suoi primordi, di imporre cioè il rispetto dell’accordo, funzionando così quale succedaneo dell’*interrogatio* e della *responsio* nella *stipulatio*”. Y a este propósito añade justamente CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., p. 207, nt. 144, que tal paralelismo “podría pretender evocar en el plano de la fuente de la obligación accesoria, una idéntica fuerza creativa (tanto puede hacer el *officium iudicis* en materia como la *stipulatio usurarum*), que sin embargo en el caso de la *stipulatio* reposa sobre la voluntad de las partes volcada en los *verba stipulationis*, mientras que en el caso del *officium iudicis* se remite a la valoración discrecional del juez del *iudicium bonae fidei*”.

⁵² Según CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., p. 207, cuando Papiniano habla de *natura depositi* alude a “la construcción típica del depósito que queda totalmente focalizada sobre la custodia de la *res depositada*”, y en este sentido la regla en materia de *usuras praestare* (perfectamente lógica en el depósito regular) se proyecta inclusive en el depósito irregular que, aunque implicaba la transferencia de la propiedad de la suma de dinero depositada y aseguraba al depositario la ventaja de hacer uso de la misma, no podía modificar aquella construcción típica. En cambio, LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, cit., p. 76, para conferirle sentido a la frase *qui beneficium in suscipienda pecunia dedit* (de aquel que hizo beneficio en recibir el dinero) en el contexto del pasaje analizado, entiende necesario conjeturar que Papiniano estuviera pensando en un depósito regular.

plexo de intereses en juego⁵³. El depositario que custodia la suma de dinero gratuitamente asegura una utilidad al depositante, inclusive cuando se trata del depósito irregular en el cual no está obligado a restituir el *idem* sino el *tantundem* y goza por tanto implícitamente de la facultad de usar el dinero. Por ello, de imponérsele a aquel una deuda por los intereses pecuniarios sobre la suma depositada antes de que se encuentre en situación de mora por la restitución del *tantundem* (si bien abstractamente posible en base a las reglas que fundan el *iudicium depositi* de buena fe), significaría para PAPINIANO desarticular las posiciones de igualdad en la distribución de las utilidades según el principio de buena fe y el tipo contractual seleccionado (*contra bonam fidem et depositi naturam*)⁵⁴.

Sin embargo, se impone distinguir la hipótesis examinada en el fragmento (en donde la estructura del depósito opone su resistencia al dilatado *officium iudicis* inmanente en los *iudicia bonae fidei*), del caso en que la prestación de intereses *ante moram* sobre las sumas de dinero depositadas haya sido expresamente convenida por las partes, incluyendo al celebrarse el negocio un pacto *in continenti* en este sentido. Aquí, a diferencia del caso precedente –tal como concluye PAPINIANO su dictamen–, “se observará la *lex contractus*”, pues en este evento la estructura típica del contrato de depósito “... cede ante la fuerza modificativa de los *pacta in continenti* a contratos tutelados con *iudicia bonae fidei*, llevando de este modo al contenido del contrato aun lo que se presente como no coherente con su naturaleza típica”⁵⁵.

Insistimos en destacar el valor de la *iurisprudentia*, cuya labor incesante ha hecho las veces de “guía” en la concreción judicial de la buena fe como fuente de integración del contenido del contrato. Como muestra palmaria de esta tarea jurisprudencial orientadora es emblemático el texto de PAPINIANO contenido en

⁵³ En este sentido asegura CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., p. 207: «Tal poder judicial de integración del contenido del *oportere ex fide bona* [...] se coloca dentro de un sistema de límites caracterizados por la correcta interpretación de la buena fe. En el ámbito del contenido de la acción, la buena fe constituye ciertamente un poder semejante, pero al mismo tiempo impone que tal poder se mida con la estructura típica del contrato. Esta última refleja, en efecto, precisas distribuciones de utilidades y cargas, que señalan también para el juez un límite insuperable respecto al reconocimiento de una prestación de intereses *ante moram* en cabeza del depositario».

⁵⁴ CARDILLI, *'Bona fides' tra storia e sistema*, cit., p. 54. Sobre el punto cabe destacar que TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, cit., p. 197, pone el énfasis en la diferenciación entre la *bona fides* y la *depositi natura*, aunque luego ambos esquemas convergen –según el autor– en el sentido de excluir la posibilidad de exigir las *usurae temporis ante moram* en el depósito irregular.

⁵⁵ Tal como enseña CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., p. 208, “el tipo reacciona de manera diversa” en una y otra hipótesis. Por una parte, el esquema típico del depósito “resiste” “frente al poder ínsito al *officium iudicis* de los *iudicia bonae fidei*», y, por la otra, “cede” “frente al poder creativo de la autonomía privada para concretar pactos *in continenti* que enriquezcan la configuración normal del contenido de las obligaciones nacidas del contrato”.

D. 16,3,24 que acabamos de examinar, en el que queda plasmada la tensión entre *officium iudicis*, *bona fides* y *natura depositi* (estructura del contrato de depósito)⁵⁶.

8. RECAPITULACIÓN DE LAS SUCESIVAS FUNCIONES DEL *OPORTERE EX FIDE BONA* EN LOS NEGOCIOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL (*IUS GENTIUM*)

Aclarado el significado estructural del *oportere*, y en particular de la cláusula *ex fide bona*, conocidas sus virtudes y consecuencias en el plano de la tutela jurídica otorgada a los contratantes, pasemos ahora a recapitular –desde un punto de vista diacrónico– las funciones que dicha cláusula fue desempeñando. En un primer momento, el *oportere ex fide bona* justificó la protección jurídica de los contratos no formales (consensuales) del tráfico internacional, y en una instancia ulterior sirvió de parámetro para la determinación de la extensión de las obligaciones emanadas de dichos contratos⁵⁷.

En época histórica el significado fundamental de la *fides* (aunque no haya sido el único) se manifestó en el mantenimiento de la palabra dada (*fit quod dicitur; ditorum conventorumque constantia et veritas; bona fides exigit, ut quod convenit fiat*⁵⁸). En

⁵⁶ CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., p. 205, quien incluyendo los otros términos que ingresan en dicha tensión según el testimonio de Papiniano, afirma cómo el mismo: "pone en evidencia una interesante relación dialéctica entre *natura depositi*, *bona fides*, *officium iudicis*, prestación accesoria de *usurae* a cargo del depositario, *pactum in continenti* y *lex contractus*".

⁵⁷ Esta cuestión aún hoy mantiene dividida a la doctrina romanista que se esfuerza por determinar si la *bona fides* es o no fuente del *oportere*. A partir de las investigaciones de Krueger sobre los *bonae fidei iudicia* (*Die fides bona als Quelle der Klagbarkeit*, 1890) se fue afirmando la tesis dominante que se inclinó por dar una respuesta positiva al interrogante (PRINGSHEIM, BESELER, KLUNKEL, KASER) sosteniendo que el *oportere* deriva de la *fides bona* que a tal efecto se erige como fuente jurídica. Dicha tesis ha sido refutada por algunos autores (VOCI, LOMBARDI, CARCATERRA) sometiendo los fragmentos colacionados a una rigurosa crítica exegética. En primer lugar, se traza un paralelismo con la fórmula más antigua de la *fiducia* que reza *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*, de acuerdo al testimonio que nos legara CÍCERÓN en *De Officiis* 3,17,70. En este módulo el *ut inter bonos* no es fuente del *oportere* y, por lo tanto, en la versión equivalente de la fórmula conforme a la cual corresponde *dare, facere oportet ex fide bona*, tampoco lo sería. Así, la *bona fides* tiene el valor de parámetro y de modelo tendiente a advertir al destinatario de la fórmula (el *iudex*) que debe inspirarse en ella, tanto para individualizar la extensión de la conducta debida (*agier*) y las consecuencias que derivan, como para valorar la condena pecuniaria. Además –se argumenta en refuerzo de esta última tesis– los juristas cuando en sus textos comentan la cláusula *ex fide bona* la entienden ya no en el sentido genitivo de 'derivación' (es decir como fuente jurídica) sino en el sentido de 'conformidad' a un criterio (*ex = secundum*); y esto significa que indica el modo del cumplimiento de los deberes y no su fuente. En conclusión, para los corifeos de esta tesis, la *bona fides* es un "criterio impuesto" (por una norma, o bien por un órgano que tiene poder de crear el *ius*) y no una norma que se impone a sí misma. Para todo cfr. A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, Nápoles, Jovene, 1964, pp. 36 ss.

⁵⁸ CÍCERÓN, *De officiis* 1,7,23. Cfr., además, CÍCERÓN, *De Re Publica* 4,7,21: *Fides enim nomen ipsum mihi videtur habere, cum fit quod dicitur* (La palabra *fides*, me parece que se le hace honor a tal nombre cuando se cumple lo que se promete). Una formulación análoga reporta D.

esta primaria función que compelmía al cumplimiento de las promesas, la *fides* ha llevado al reconocimiento de una base jurídica que consecuentemente habilitará la posibilidad de intentar la acción en ciertos contratos desconocidos por el antiguo *ius civile* (derecho quirritario).

La necesidad del reconocimiento jurídico de tales negocios no formales (contratos consensuales, *v.gr.*, la compraventa y la locación) surge en el comercio internacional de los romanos con los extranjeros, respecto de los cuales no se aplicaba el derecho civil romano⁵⁹. Tales negocios han obtenido sanción jurídica de frente al tribunal del pretor peregrino (creado en el año 242 a.C. para *ius dicere inter cives Romanos et peregrinos*⁶⁰), y con el correr del tiempo ingresaron en el *ius civile* (ahora entendido en un sentido más amplio) como negocios *iuris gentium*. Así, la *bona fides* pasó a constituir un medio técnico que servía a los pretores y a los juristas romanos para conferir una base jurídica y una forma de tutela a tales negocios, que carecían de fundamento en las leyes romanas y de los cuales, por consiguiente, no podía derivar un puro *oportere*⁶¹.

Empero, en relación con el contenido –es decir, con la interpretación de la extensión de los deberes de las partes–, inclusive en estas relaciones contractuales basadas en el *oportere ex fide bona*, el juez estaba ligado al tenor del contrato. En otros términos, la cláusula *ex fide bona* sirvió, en un principio, para resolver la cuestión si de un contrato cualquiera pudiese nacer un deber jurídico (*rectius*: una acción para hacerlo valer en justicia), pero su extensión continuaba delineándose de conformidad con los términos del acuerdo, al igual que en los contratos civiles *stricti iuris*⁶².

2,14,1 pr. ULPIANUS libro IV ad Edictum: Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt servare? (Es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?).

⁵⁹ Un agudo análisis de las modificaciones en la estructura socio-económica de Roma que comenzaron a operarse desde del siglo III a.C. en la perspectiva del derecho privado romano, puede verse en NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit., pp. 92 ss.

⁶⁰ D. 1,2,2,28 POMPONIIUS liber singulari Enchiridii: Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat (Después, transcurridos algunos años no bastando aquel Pretor, porque también gran número de extranjeros acudía a la ciudad, se creó otro Pretor, que se llamó Peregrino, en razón a que ordinariamente profería sentencias entre extranjeros).

⁶¹ M. HORVAT, "Osservazioni sulla 'bona fides' nel diritto romano obbligatorio", en AA.VV. *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, I, Nápoles, Jovene, 1953, p. 425.

⁶² En este sentido es elocuente el fragmento contenido en D. 19,2,21 IAVOLENUS libro XI. Epistularum: Cum venderem fundum, convenit, ut donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces acceta fieri debeat? Respondit: buona fides exigit, ut quod convenit fiat, sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset (Al vender yo un fundo se convino, que hasta que se pagase todo el precio, el comprador tendría en arrendamiento el fundo por cierta pensión; pagando el precio ¿deberá darse por recibida la pensión? Respondió, que la buena fe exige, que se haga lo que se convino; pero éste no paga al vendedor más que en proporción del tiempo que no se hubiese pagado

Seguidamente, cuando ya no hubo más dudas de que tales relaciones gozaban de tutela pretoria (por haberse consolidado su recepción edictal mediante sendas fórmulas: *actio in ius concepta*), el *oportere ex fide bona* pasó a desempeñar una nueva función: no solo fue idóneo para indicar la fuente o fundamento de la conducta debida, sino sobre todo para discernir la cuestión de su contenido o extensión, *i.e.*, su reglamentación⁶³.

el precio). El caso que plantea Javoleno es el de una compraventa con pacto de arrendamiento, y se pregunta si es posible para el comprador la cancelación anticipada de la renta convenida en caso de que haya pagado antes del plazo señalado el precio venal del fundo que fuera dado en arriendo. El jurista refiere una posible solución inspirada en la buena fe por cuanto *bona fides exigit ut quod convenit fiat* (la buena fe exige que se haga aquello que se convino). Cabe destacar que la segunda parte del texto que reza «*sed non amplius praestat is venditori quam pro portione eius temporis quo pecunia numerata non esset*» (pero el comprador no paga al vendedor sino en proporción al tiempo que no se hubiese pagado el precio) ha sido reputada por la doctrina claramente interpolada, ya que los tiempos verbales parecen no estar en consonancia (*venderem* en la primera parte del texto y el impersonal *venditori* en la segunda). Además se ha sostenido que tampoco resulta congruente con la pregunta formulada ni con la buena fe exigida para la resolución del problema planteado en la primera parte, afirmar que el arrendador-conductor está obligado únicamente en relación con el periodo de tiempo durante el cual el precio de venta permanece impago. Conforme a la buena fe dos serían las soluciones posibles: la continuación del pago del canon locativo convenido durante el plazo fijado, o bien la finalización del arrendamiento con la consiguiente cancelación del precio pactado por el alquiler. La segunda solución –que se muestra más acorde con la opinión de Javoleno– es la que fue adoptada por los compiladores justinianos al interpolar la afirmación aclaratoria *sed non amplius*. Así, considerando que el arrendamiento fue pactado para proporcionar al vendedor una mayor seguridad en el cobro íntegro del precio aplazado, nada más conforme con la buena fe que entender que el pago del mismo pone fin al arrendamiento. Se hace preciso, así, cancelar el pago de cualquier renta, ya que no hay razón alguna que justifique un mayor lucro para el vendedor. Javoleno, pues, habría sostenido la cancelación del arriendo con el pago del precio, siendo la acción de conducción la adecuada para que el comprador pudiese obtener tal efecto, pues, una vez que se han extinguido las obligaciones propias de la compraventa, no procedería el ejercicio de la *actio empti*. En pocas palabras, el sentido de la decisión del jurista es el siguiente: la *bona fides* requiere que aquello que ha sido convenido sea exactamente (literalmente) ejecutado, pero la misma *bona fides* exige que no pueda reclamarse todavía el alquiler por aquel periodo de tiempo en el que la relación de locación ya se había extinguido. Se encuentra aquí una alusión a la primaria función de la *fides* en el sentido de riguroso mantenimiento de la palabra, similar al lema ciceroniano *fit quod dicitur, fit quod dictum est*, el cual si bien ya estaba sustancialmente superado por el significado clásico con el suplemento *sed non amplius* (HORVAT, *Osservazioni sulla 'bona fides' nel diritto romano obbligatorio*, cit., p. 433). En igual sentido PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei 'Principles of European Contract Law' della Commissione Lando. Materiali e commento*, al cuidado de G. LUCHETTI y A. PETRUCCI, cit., p. 42, enseña que en la especie: “Il richiamo a tale principio (buona fede), dunque, lungi dal rappresentare un criterio di modifica della volontà contrattuale espressa dalle parti, serve invece a darne una corretta attuazione al momento in cui il contratto viene eseguito”. Cfr. además en idéntica línea interpretativa E. STOLFI, *'Bonae fidei interpretatio'. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoles, Jovene, 2004, pp. 99 ss.

⁶³ HORVAT, *Osservazioni sulla 'bona fides' nel diritto romano obbligatorio*, cit., p. 426; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. de G. NOCERA, Florencia, Sansoni, 1968, p. 156 (título original: *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1953²), quien

En otras palabras, la novedad que asume la *bona fides* consiste en que —operando ya de manera estable en negocios informales donde por ende no alcanzaba la fuerza vinculante de la forma para conferirles adecuada tutela jurídica— se tiende a enfatizar una función distinta: la inserción en la relación de algunos deberes que resultaban exigibles aunque no estuvieren explicitados en los *verba* empleados por los contratantes⁶⁴.

La expresión *bona fides* implicará así no sólo el mantenimiento de la palabra dada (como podía resultar de la *fides* en su acepción primordial), sino que asume un grado de mayor complejidad, mutando profundamente su significado sustancial en el sentido de reclamar de parte de los contratantes la observancia de un comportamiento inspirado en un patrón de lealtad.

Como consecuencia de ello, la evocación de la *fides bona* importará exigir de los contratantes no simplemente la ejecución literal de las promesas, sino conducirlas a su cumplimiento sin dolo, o sea en un modo coherente con los criterios de lealtad y honestidad. La represión del *dolus malus* (en su significado primario de engaño y de insidia⁶⁵) fue el punto de partida, pero la evolución no se detuvo

ejemplificando con la *actio* derivada de la *emptio* instruye: "La formula dava istruzioni al giudice di decidere quello che secondo la buona fede (non ex iure Quiritium) era dovuto dal venditore al compratore, *quidquid... dare facere oportet ex fide bona*. L'azione fu dapprima considerata come un'*actio in factum concepta* [...]. Soltanto più tardi, quando le *actiones* vennero ad essere classificate, l'*actio empti* fu concepita come *in ius concepta*, mentre le parole *ex fide bona* venivano prese come determinanti non la questione della azionabilità, ma la misura in cui poteva essere dovuta la prestazione".

⁶⁴ R. FIORI, "Fides e bona fides", Gerarchia sociale e categorie giuridiche", en AA.VV., bajo el cuidado de R. FIORI, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, Nápoles, Jovene, 2008, p. 258: "Infatti il convenuto, allorché nella formula accetta di pagare una somma corrispondente a tutto ciò che in virtù del rapporto si debba pagare *ex fide bona* (*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*), legittima il giudice a quantificare una somma diversa da quella che quest'ultimo avrebbe individuato sulla base del semplice *oportere*, direttamente discendente dal contenuto espresso del negozio". Para el autor esta función ya había sido anticipada por la *fides*, aunque se acentúa en época clásica a partir de la configuración del *oportere ex fide bona*.

⁶⁵ Una precisa definición de *dolus malus* se encuentra contenida en un texto de Ulpiano que este jurista atribuye a Labeón y juzga acertada, en cuya virtud se lo caracterizaba como "astucia, falacia, o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro" (D. 4,3,1,2: *Dolum malum servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deseriant et tumentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adbibitam. Labeonis definitio vera est* (Servio definió así ciertamente el dolo malo: cierta maquinación para engañar a otro, cuando se simula una cosa, y se hace otra. Pero Labeón dice, que también sin simulación puede obrarse de modo que se engañe a alguien, y que también sin dolo malo puede hacerse una cosa, y simularse otra, como hacen los que con disimulación de esta naturaleza cuidan y defienden o sus propios intentos, o los ajenos. Y por esto lo definió él así: dolo malo es toda astucia, falacia, o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro. La definición de Labeón es verdadera)).

allí. Ergo, a los contratantes se les exigía inclusive un comportamiento honesto positivo, y por añadidura el concepto de *dolus malus* se ensanchó notablemente⁶⁶.

Así fue que, además del vicio de dolo, por autoridad de la *fides bona* se llega también a la consideración de la relevancia de la violencia (*vis ac metus*) para enervar la eficacia de un acto, hasta el reconocimiento de los *pacta adiecta*, de los usos del tráfico, de la adjudicación de los intereses y frutos, y de la compensación entre prestaciones *ex eadem causa*. La *bona fides* influye inclusive en el desarrollo de la responsabilidad contractual en la valoración del *id quod interest*⁶⁷.

De todo lo expuesto, si se observa el arquetipo de la obligación de buena fe en el sistema jurídico fundado en el derecho romano proporcionado por el *oportere ex fide bona* presente en las *conventiones iuris gentium que transeunt in proprium nomen contractus* (ULPIANO, libro IV *ad edictum*. D. 2,14,7,1), puede concluirse que la *bona fides* —en una primera instancia— ha servido de fundamento (fuente) del carácter vinculante de aquellos acuerdos no formales (consensuales) basados en causas tipificadas en las costumbres comerciales entre romanos y extranjeros. Y, solo en un momento ulterior, por autoridad de la *bona fides* se consintió enriquecer el contenido de las obligaciones típicas nacidas del contrato, con deberes añadidos o mediante la adecuación de los deberes convencionalmente asumidos por las

⁶⁶ El significado de la *bona fides* como antitético del *dolus malus* es recogido por M.A. HENRY CAMPBELL BLACK, *A Dictionary of Law (Containing definitions of the terms and phrases of american and english jurisprudence, ancient and modern)*, St. Paul, Minn., West Publishing, 1891, p. 144: "Bona fides. Good faith; integrity of dealing; honesty; sincerity; the opposite of *mala fides* and of *dolus malus*". Por lo demás, tal contraposición entre *dolus malus* y *bona fides* viene ya referida en las fuentes jurídicas, y en este sentido es paradigmático el fragmento del libro VI. *Epistolarum* correspondiente a Próculo que reporta D. 18,1,68 pr.: *Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa* (Si cuando vendieses un fundo hubieses dicho en un pacto, que lo que hubieses cobrado del arrendatario a título de arrendamiento habrá de corresponder al comprador, opino que en la cobranza debes responder no sólo de la buena fe, sino también de la diligencia, esto es, no solamente de que estés exento de dolo, sino también de culpa). La antítesis entre *bona fides* y *fraus*, a su turno, se explicita en el texto de Gayo conservado en D. 3,3,34: *Si quis in rem suam procuratorio nomine agit, veluti emptor hereditatis: an debeat invicem venditorem defendere? et placet, si bona fide et non in fraudem eorum qui invicem agere vellent gestum sit negotium, non oportere eum invicem defendere* (Si alguno ejercita una acción como procurador en causa propia, por ejemplo, el comprador de la herencia, ¿deberá acaso defender a su vez al vendedor? Y está resuelto, que si el negocio se hizo de buena fe y no en fraude de aquellos que recíprocamente quisieran demandar, no debe hacer en reciprocidad la defensa).

⁶⁷ HORVAT, *Osservazioni sulla 'bona fides' nel diritto romano obbligatorio*, cit., p. 426, quien añade: "Con lo sviluppo di una tale nuova funzione, la quale a causa della tecnica del processo formulare era affidata al iudex e perciò sempre più allargava il suo officium, questo regime colla clausola *oportere ex fide bona* era stato esteso anche ad alcuni rapporti obbligatori i quali non avevano più nulla a che fare con la primitiva funzione della *fides bona* nel senso del dovere dell'adempimento e della concessione della protezione giuridica (*tutela, negotiorum gestio, depositum, commodatum, pignus*)".

partes a un modelo comportamental caracterizado por la honestidad y corrección (*bonus vir*)⁶⁸. El cambio de esta función de la cláusula formular del *oportere ex fide bona* se observa de manera estable ya a partir de QUINTO MUCIO ESCÉVOLA (siglo I a.C.)⁶⁹, y terminará siendo una característica de continuidad del principio hasta los actuales derechos codificados⁷⁰.

⁶⁸ CARDILLI, 'Bona fides' tra storia e sistema, cit., p. 101.

⁶⁹ Cfr. los testimonios de CICERÓN, *ad Atticum* 6,1,15, y *de Officiis* 3,17,70.

⁷⁰ Cfr. CARDILLI, 'Bona fides' tra storia e sistema, cit., p. 101; HORVAT, *Osservazioni sulla 'bona fides' nel diritto romano obbligatorio*, cit., p. 427. Este último advierte que la compraventa consensual, como categoría *iudiciorum bonae fidei*, era ya conocida por PLAUTO y CATÓN. Pero, la misma viene por ellos interpretada todavía de manera rigurosa en el sentido de "deber de cumplimentar la promesa". El desarrollo de la función más reciente, entendida como represión del dolo y de la deshonestidad, se evidencia en los escritos de CICERÓN; en particular en el catálogo de los *iudicia bonae fidei* presente en *De off.* 3,17,70 donde releva la opinión de QUINTO MUCIO. Aquí, en ningún momento CICERÓN dice que los *iudicia, in quibus additur ex fide bona* hayan sido en aquel tiempo una novedad apenas introducida y ni siquiera afirma que la novedad la introdujese QUINTO MUCIO. El elemento nuevo consiste en la original interpretación de la cláusula *oportere ex fide bona* que, según la enseñanza de QUINTO MUCIO, radica en la principal función de la misma orientada precisamente a la represión del dolo y de la deshonestidad en el comportamiento negocial.