

LA BUENA FE EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO. ESPECIAL REFERENCIA AL PROBLEMA DE LA BILATERALIDAD EN LOS CONTRATOS CONSENSUALES¹

María Victoria Sansón Rodríguez

Catedrática de Derecho romano de la Universidad de La Laguna

RESUMEN

El autor trata de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones en los contratos consensuales en Derecho románico clásico. Esta contribución contiene especialmente un análisis de la relación entre buena fe y bilateralidad del contrato de compraventa en Labeón D.19,1,50 (*bona fides non patitur...*), del concepto restrictivo de *contractus* de Labeón (Ulp. D.50,16,19) y otras cuestiones específicas: *ius retentionis* no es una expresión de la bilateralidad sino del enriquecimiento injustificado y el problema de la incompatibilidad entre la regla de la bilateralidad en Labeo D.19,1,50 y la regla del *periculum emptoris*.

PALABRAS CLAVE: Derecho romano clásico, buena fe, *iudicia bonae fidei*, contratos consensuales, bilateralidad, concepto de *contractus* de Labeón.

ABSTRACT

The author deals with the good faith in the accomplishment of the obligations in consensual contracts in classical Roman Law. This contribution specially contents an analysis of the relation between good faith and bilaterality on the sale contract in Labeo D.19,1,50 (*bona fides non patitur...*), the Labeo's restrictive concept of *contractus* (Ulp. D.50,16,19) and others specific questions: *ius retentionis* it is not an expression of bilaterality besides unjustified enrichment and the problem of conciliation between the rule of bilaterality in Labeo D.19,1,50 and the rule of *periculum emptoris*.

KEY WORDS: Classical roman law, good faith, *Iudicia bonae fidei*, consensual contracts, bilaterality, Labeo's concept of *contractus*.

Es para mí un honor participar en este número de la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna en memoria de nuestro querido profesor Antonio Pérez Voituriez. De él aprendimos muchas cosas, jurídica y humanamente, en especial la independencia y la honestidad profesionales, pero también el amor y la dedicación por entero a su Facultad y a la Universidad, de los que él fue un



claro ejemplo en todas las fases de la evolución de esta institución que le tocó vivir. Tuvo como cualidades innatas la sencillez y la humildad características de los grandes hombres.

1. INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. LA DISTINCIÓN ENTRE BUENA FE OBJETIVA Y BUENA FE SUBJETIVA

Los artículos 7.1 y 1258 del vigente código civil español² hacen referencia a la llamada buena fe objetiva en la jurisprudencia y en la doctrina modernas, en alusión a la exigencia de un modelo de conducta, un comportamiento honrado, leal y justo en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones (el artículo 1258 del cc. hace referencia específica al cumplimiento de las obligaciones contractuales), frente a la denominada buena fe subjetiva, que alude a una situación psicológica, una creencia, exigida en ocasiones para lograr unos determinados efectos jurídicos, como la adquisición de frutos por el poseedor de buena fe (artículo 451 cc.), o la adquisición de la propiedad por el poseedor usucapiente (artículo 1940 cc.), (también para el mantenimiento de los efectos ya producidos por el matrimonio que luego se declara nulo del artículo 79 del cc., o para la validez del matrimonio afectado por la incompetencia o la falta de nombramiento legítimo del juez o funcionario que lo autorice del artículo 53 del cc.)... Esta buena fe subjetiva es una creencia errónea sobre la inexistencia de un defecto jurídico, que en realidad sí existe, y su concepto ya viene definido por el legislador, por ejemplo la buena fe del poseedor se define en los artículos 433 y 1950 del cc. (también el artículo 34 de la Ley Hipotecaria), y el juez se encuentra con valoraciones ya realizadas por el legislador. En cambio, el concepto de buena fe objetiva, recogido como norma jurídica en el artículo 7.1 es una cláusula general, es un concepto indeterminado de una gran generalidad, que necesita ser concretado en el caso concreto por el juez; pero esa indeterminación interesa al legislador para facilitar la constante adaptación a la realidad y a la conciencia social. Por otro lado, mientras que la buena fe subjetiva

¹ Esta aportación, con la que me sumo al homenaje de la Facultad de Derecho al profesor Antonio Pérez Voituriez, es un extracto de parte de un trabajo más amplio presentado en junio de 2001 en el *convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* en la Università degli Studi di Padova.

² El artículo 7.1 del cc. español, tras la reforma de 1974, recogió el principio general de buena fe convirtiéndolo en norma positiva de aplicación inmediata. Con anterioridad ya se encontraba recogido en el artículo 1258 del cc. español en relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el vigente cc. italiano la exigencia de la buena fe objetiva en el cumplimiento de los contratos se recoge en el artículo 1375 cc., además en el artículo 1175 cc. se recoge una cláusula general que exige como regla de conducta la corrección en el comportamiento, que, como regla objetiva general, afecta también a las obligaciones extracontractuales. En el BGB el § 242 contiene el principio general de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones.

entra en juego cuando se viola, sin conciencia de ello, una norma o se lesiona un derecho ajeno, la buena fe objetiva entra en juego y se exige, en cambio, sin que se haya violado ninguna norma ni se lesione ningún derecho, esto es, sin que exista un defecto jurídico. Ambas nociones se distinguen así pues netamente y no deben ser reducidas a una unidad, pues esa reducción a una unidad conlleva consecuencias perturbadoras para la comprensión de su concepto y su funcionamiento en las distintas instituciones jurídicas³.

También en el Derecho romano clásico se aprecia esta distinción entre ambos conceptos, la buena fe subjetiva del poseedor usucapiente, adquirente a *non domino*, se recogería por ejemplo en el pasaje de las Instituciones de Gayo 2,43 (*Item usucapio nobis competit... cum crederemus eum qui traderet dominum esse*)⁴. Esta noción subjetiva de la buena fe como creencia poco tiene que ver con la buena fe que fundamenta la bilateralidad de las obligaciones de las partes en la compraventa, que se recoge en Labeón D.19,1,50: *Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere dedisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret...* En este texto la buena fe no es una creencia, ni la relación adolece de ningún defecto jurídico al que se refiera la buena fe. En el texto lo único que se nos dice es que la buena fe no permite la falta de efecto bilateral en la extinción de las obligaciones de las partes en la compraventa, cuando el comprador deja de deber el precio en virtud del beneficio de una ley. En tal caso, si aun no se ha empezado a cumplir la obligación de entregar del vendedor, la buena fe no permite que se obligue al vendedor a entregar y a perder la cosa. En el texto de Labeón encontramos una noción objetiva de la buena fe.

La distinción entre los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva se puede apreciar, así pues, en el Derecho romano clásico, si bien no es realizada

³ MIQUEL, J.M.: voz «Buena fe», en *Enciclopedia jurídica*, Civitas, I, Madrid, 1995, p. 834; un ejemplo lo suministra la errónea interpretación de la alusión a la buena fe del artículo 1473 cc., sobre la doble venta, como haciendo referencia a la buena fe subjetiva y por tanto a la compra de cosa ajena, cuando este artículo sólo se puede entender correctamente si se considera que en él se alude a la buena fe objetiva y, en consecuencia, a una enajenación de cosa propia, a una enajenación en la que el vendedor no adolece del poder de disposición. Esa confusión se produce con mayor facilidad en los ordenamientos jurídicos del círculo francés, como el Derecho francés, el Derecho italiano y el Derecho español, porque en ellos existe una unidad terminológica para designar ambos tipos de buena fe, aunque la distinción se recoja en estos ordenamientos, mientras que en los ordenamientos jurídicos del círculo alemán existe una diversidad terminológica que evita la confusión (*guter Glaube*: buena fe subjetiva y *Treu und Glauben*: buena fe objetiva). En el Derecho italiano a pesar de estas dificultades, al igual que en el cc. español se puede encontrar esta distinción, así el artículo 1.147 del cc. italiano, relativo a la posesión de buena fe, y el artículo 1776 del cc.italiano, referente a la del heredero del depositario, hacen referencia a la buena fe subjetiva.

⁴ Sobre la formación en época clásica de un nuevo concepto de buena fe en sentido subjetivo (*bona fides*) en relación con la adquisición de la posesión, concepto del que no nos ocupamos aquí, v. LOMBARDI, L.: *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, HAUSMANINGER, H.: *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1964, CASTRESANA, A.: *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Madrid, 1991.



directamente por los juristas. La buena fe objetiva surge originariamente en Roma en conexión con las relaciones protegidas con acciones de buena fe y, dentro de ellas, una parte muy importante estuvo constituida por las acciones que surgían de los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato). Pero el contexto en el que se inserta en el Derecho romano la exigencia de buena fe es diverso del actual, pues también es diverso del actual el sistema procesal y el Derecho de contratos romano. Por ello, es conveniente analizar más detenidamente el origen y evolución del principio de buena fe, la buena fe objetiva, así como los límites de esta evolución en el Derecho romano clásico.

2. LA BUENA FE OBJETIVA EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

2.1. La buena fe objetiva surge originariamente en Roma, como veíamos, en conexión con las relaciones protegidas con *bonae fidei iudicia*⁵ y, dentro de ellas, una parte muy importante estuvo constituida por los contratos consensuales. Pero la realidad contractual romana difiere de la actual. Hoy se ha llegado a un concepto único de contrato, inspirado en las características propias de estos contratos (consensuales), pero la particularidad romana consiste en haber distinguido entre tipos de contratos según que la acción que los protegiera fuera una acción de buena fe, que, al permitir al juez tener en cuenta todas las circunstancias del caso y lo que las partes podían exigirse según las reglas de la buena fe, concedía un amplio margen al arbitrio judicial, o fuera una acción de derecho estricto, en las que el juez no disponía de esta discrecionalidad.

⁵ Es dudoso si el origen de los *iudicia bonae fidei* es civil o pretorio, pues no se basan en una cláusula edictal y su fórmula alude a un «oportere» *ex fide bona*, pero para la opinión mayoritaria su origen sería pretorio, pues los pretores habrían abierto la puerta del proceso a relaciones que eran ya reconocidas por normas morales y sociales asentadas inspiradas en la *bona fides* y que habían sido recibidas en el mundo jurídico a través de la costumbre. También es dudoso, admitido su origen pretorio, si su introducción se debe al pretor urbano o al pretor peregrino, aunque la opinión más común se inclina a entender que su origen está en el *ius gentium*, pues el pretor peregrino insertaría en el *ius gentium* normas parajurídicas, que regulaban las relaciones entre romanos y peregrinos, y que habían surgido por la costumbre en el comercio internacional, *de facto* y también como consecuencia de decisiones arbitrales (véase PUGLIESE, G., «Recensión a MAGDELEIN, A.: *Les actions civiles*, París, 1954, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)* xx, 1954, p. 373 y ss., especialmente pp. 380-383. La naturaleza *iuris gentium* de los 'contratos consensuales' es afirmada, siguiendo a los juristas de la época severiana, más recientemente por MELILLO, G.: *Contrahere, pacisci, transigere*, Nápoles, 1994, p. 138 y nota 316. TALAMANCA, M.: «La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone», en *Contractus e pactum, Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina*, a cura di F. Milazzo, Napoli 1990, p. 44 y nota 34, considerando correcta la conexión que se ha hecho entre los contratos consensuales y la jurisdicción del pretor peregrino, entiende, sin embargo, que la misma debe ser convenientemente articulada dependiendo del tipo de contrato consensual. Así, la conexión es más compleja en el arrendamiento y el mandato, y por ejemplo respecto de este último observa que la gratuidad del mandato lo sitúa mejor en el ámbito de las relaciones entre *cives*, que en el del tráfico internacional.

2.2. Ahora bien, en el Derecho romano clásico las exigencias de la buena fe no quedaron limitadas a los *bonae fidei iudicia* y se trasladaron también a las relaciones protegidas por acciones de derecho estricto. El medio que se empleó para dar cauce a la necesidad de acercar las acciones *stricti iuris* a las acciones de buena fe fue la *exceptio doli*, que ampliaba las facultades de apreciación del juez. Este acercamiento fue acompañado de una objetivación del concepto de dolo en la *exceptio doli*, pues ahora se entendía que en ella el dolo era el comportamiento contrario a la buena fe, no necesariamente malicioso e intencionado⁶. Por ello, otra porción de las relaciones que en el Derecho romano clásico exigían un comportamiento conforme a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones se corresponde con los supuestos de aplicación de la *exceptio doli*, como defensa del demandado frente a acciones *stricti iuris* del demandante. Pero los casos de aplicación de la *exceptio doli* iban más allá del círculo de las relaciones contractuales, esto es similar a lo que puede distinguir hoy la función del artículo 1.258 cc. inserto en la materia de los contratos y el principio general de buena fe en el ejercicio de los derechos recogido en el artículo 7.1 cc., que tiene un ámbito de aplicación más extenso. Como regla aquí se engloban casos en los que también hay un negocio jurídico previo, ya sea un contrato ya sea un testamento, que hace surgir una relación jurídica obligatoria entre dos partes, que impone a éstas deberes de lealtad y honradez en el cumplimiento de las obligaciones y en el ejercicio de los derechos, esto es, impone a éstas un comportamiento conforme a la buena fe.

2.3. De estos supuestos en que directamente, o por extensión a través de la *exceptio doli*, el juez gozaba de discrecionalidad para juzgar la relación con arreglo a la buena fe y a la equidad, hay que distinguir, en el Derecho romano, aquellos comportamientos contrarios a la equidad o al ejercicio civilizado (*civiliter*)⁷ del propio derecho, en el ejercicio de derechos absolutos, como el derecho de propiedad, o de potestades, como la *dominica potestas*, que estaban caracterizados negativamente por la ausencia de una relación obligatoria previa entre las partes (en posición de igualdad), que dieron lugar a reacciones prohibitorias y al resarcimiento de daños, y que se hacían valer a través de medios procesales diversos (*actio negatoria*, *actio legis Aquiliae*, *actio doli*, *actio aquae pluviae arcendae utilis*...). Sin que, desde el punto de vista de la terminología empleada, estos comportamientos contrarios a la equidad

⁶ Sobre la *exceptio doli*, véase WACKE, A.: «La ‘*exceptio doli*’ en el Derecho romano clásico y la ‘*Verwirkung*’ en el Derecho alemán moderno», en *Estudios de Derecho romano y moderno*, FSUA, Madrid, 1996, p. 297 y ss. y «Sul concetto di ‘*dolus*’ nell’*actio de dolo*’, *ibidem*, pp. 294-296 y KASER, M.: *Das römische Privatrecht*, Tomo I, (en adelante *RP*; I), Beck, München 1971, p. 488. Para el Derecho alemán moderno v. WIEACKER, F.: *El principio general de buena fe*, Madrid 1977, prólogo de Díez Picazo, Luis.

⁷ En relación con este tipo de comportamientos contrarios al *civiliter agere* que dieron lugar en el Derecho romano clásico a reacciones prohibitorias y resarcitorias, véase PALMA, A.: *Iura vicinitatis*, Torino, 1988, 167.



fueran calificados como comportamientos contrarios a la *fides bona*, y sin que pueda establecerse una relación de asimilación entre figuras contractuales diversas (como ocurrió entre los contratos de buena fe y los de derecho estricto)⁸.

Conforme a esta triple distinción se pueden ordenar el origen, la evolución y los límites de esta evolución de la objetiva *bona fides* romana. Pero ahora, por razones de brevedad, nos centraremos sólo en la buena fe objetiva en los *bonae fidei iudicia*, esto es, en el contexto originario en el que surge esta noción.

3. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN LOS *BONAE FIDEI IUDICIA*

Las acciones que contenían la cláusula *ex fide bona* son llamadas en las Instituciones de Gayo 4,62 *iudicia bonae fidei*, que se contraponían a las que los que en la última etapa del Derecho romano llegaron a llamarse *iudicia stricta*⁹. Aparecen ya en Cicerón incluidos dentro de los *arbitria bonae fidei* los derivados de la tutela, de la *fiducia* entre ciudadanos y de la sociedad, el mandato, la compraventa y el arrendamiento (*Cic.De off.* 3,17,70). En la enumeración de Gayo 4,62 de los *iudicia bonae fidei*, además de las acciones que protegen los contratos consensuales, de la *actio fiduciae* y de la *actio tutelae*, se encuentran las acciones derivadas de la gestión de negocios ajenos¹⁰, la del depósito, que no es anterior probablemente a Juliano¹¹, y la *actio rei uxoriae* (la cláusula *ex fide bona* no aparece en la *actio rei uxoriae*, ni en la acción de gestión de negocios ajenos que cita Gayo, pero se acercaban a ella al

⁸ En el cc. español se recoge en un apartado diferente, el del artículo 7.2 del cc., pero a continuación del principio general de buena fe en el ejercicio de los derechos del artículo 7.1 del cc., la prohibición del abuso de derecho o del ejercicio antisocial del mismo.

⁹ La expresión comprensiva *stricti iuris* para las acciones que se oponían a las de buena fe, según KASER, M.: *RPr*, 1, p. 485 y nota 8, con referencia a P. Voci, y A. D'Ors, no es terminología clásica, sólo aparece en época posclásica.

¹⁰ Ya conocida como tal por Cic. *Top.* 17,16 (v. KASER, M.: *RPr* 1, *cit.*, p. 486 nota 18).

¹¹ V. WUBBE, E.: «I contratti reali alla fine della Repubblica», en *Contractus e pactum*, *cit.*, p. 117, en época de Gayo las *formulae in ius concepta* eran recientes. V. también sobre el problema de encuadrar el *depositum*, el *commodatum* y el *pignus* en la clasificación gayana de las *obligationes re* (Gayo 3,90-91) y del más problemático supuesto de la *fiducia*, y si respecto a esta última existió o no una evolución hacia una figura en que la *datio rei* no implicaba transmisión del dominio que la hiciera equiparable al comodato, al depósito y a la prenda, lo cual es ciertamente muy dudoso, v. MELILLO, G.: *Contrahere*, *cit.*, pp. 122 y 188. Por último, la enumeración de Gayo 4,62 obliga a excluir en época clásica como *iudicia bonae fidei* a las acciones derivadas del comodato y la prenda, aunque esta exclusión resulta muy dudosa al menos respecto a las acciones que surgen del comodato, quizá también para las derivadas del *pignus*, pues en el Digesto aparecen equiparadas a las acciones de buena fe, lo mismo podrá decirse de las tres acciones divisorias, aunque, como ocurrió en la *actio rei uxoriae*, no contuvieran la cláusula *ex fide bona* (v. KASER, M.: *RPr*, 1, *cit.*, 486, D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1981, 345, e IGLESIAS, J.: *Derecho romano*, Barcelona, 1993, 345).

contener la orden de juzgar *quod melius aequius erit* propia de las *actiones in bonum et aequum conceptae*), después de Gayo el elenco se sigue expandiendo¹².

Los *iudicia bonae fidei* contenían una cláusula «*quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*» (Gayo 4,47), que permitía al juez en el procedimiento formulario sentar la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones de las partes y sus efectos conforme al patrón de la buena fe, un patrón objetivo, esto es, conforme con lo que es exigible entre lo que la sociedad considera personas justas y leales¹³, patrón que sólo es entendible por el rechazo de conductas a él contrapuestas, y que obliga al juez a eliminar la exigibilidad del cumplimiento de obligaciones obtenidas a través de conductas engañosas, deshonestas y desleales sin necesidad de recurrir a la inserción en la fórmula de una *exceptio doli* en favor del demandado. También la buena fe permite al juez exigir su cumplimiento en caso de que la otra parte dolosamente haya propiciado la imposibilidad de exigirlo (por ejemplo obteniendo dolosamente del demandante un pacto de no pedir).

Dependiendo así pues del tipo de acción que surgiese del contrato, era o no necesaria la inserción de una *exceptio doli* por parte del demandado o de una réplica de dolo a favor del demandante (por ejemplo, frente a una *exceptio pacti conventi* del demandado, que ejercita en virtud de un pacto de no pedir obtenido dolosamente de la contraparte). Esta inserción era necesaria en los llamados *iudicia stricta*, no en los *iudicia bonae fidei*.

3.1. FUNCIONES

Si nos detenemos a observar las funciones de la buena fe en el Derecho clásico, la buena fe cumple en casos de oscuridad de lo actuado una función interpretativa del contrato, de su objeto y sus efectos, pues hay que atender a las circunstancias del caso y a lo que, según estas circunstancias, la buena fe exige de las partes. En este tipo de contratos de buena fe hay que estar a lo convenido por las partes (Javol. D.19,2,21 *bona fides exigit ut id quod convenit fial*) y según Ulp. D. 50,17,34 al *id quod actum*, no a lo dicho sino a lo actuado, si lo actuado es oscuro

¹² V. KASER, M.: *RPr*, I, cit., p. 486

¹³ Sobre la discusión de si la *fides bona* se utilizó en un sentido técnico jurídico v. CARCATERRA, A.: «Ancora sulla *fides* e sui *bonae fidei iudicia*», en *SDHI*, xxxiii, 1967, p. 65 y ss.; parece verosímil la utilización del término *fides* en sentido técnico jurídico en época clásica, como respeto a lo convenido entre las partes (*conventum*, ya en Cicerón, *De off.* 1,7,23) y de *bonum* en el sentido de adecuación de estos acuerdos de las partes a finalidad económico-social de estas relaciones jurídicas protegidas por acciones de buena fe (*summa vis* de los *arbitria* de buena fe en Cic. *De off.* 3,17,68), pero ello no excluye la idea de W. Kunkel y M. Kaser de una recepción en el mundo jurídico de deberes morales y sociales (así también PUGLIESE, G.: «Recensión a A. Magdelein» cit., en *SDHI* xx, 1954, p. 381; de la tesis de Carcatterra duda KASER, M.: *RPr* I, cit., p. 486 nota 13).



para interpretarlo deberá acudir a las circunstancias del caso (buena fe), a las costumbres de la región y, en su defecto, cuando éstas son variadas, la suma debida debe reducirse al mínimo *-id quod minimum est*. Pero además la buena fe cumplió la función de integrar el contenido del contrato en el caso concreto: hay obligaciones no previstas por las partes pero que son exigibles al venir determinadas directamente por la buena fe (es el caso de las prestaciones accesorias de las partes, como intereses del dinero, gastos, etc.), en cambio hay obligaciones previstas por las partes pero que no son exigibles en virtud de la buena fe. Se puede decir que más bien en general la función de la buena fe es la de imponer límites a la libertad de apreciación del juez en estos *iudicia bonae fidei*.

3.2. REGLAS

El criterio de la buena fe necesitaba ser concretado en cada caso, y por ello la jurisprudencia clásica fue elaborando reglas que sirvieran para orientar al juez en su aplicación. Una parte importante de esas reglas imponían límites a la exigibilidad de las obligaciones y por tanto ahí la buena fe era entendida como límite al cumplimiento de las obligaciones. Pero la función de la buena fe no terminaba ahí, pues también sirvió para fijar obligaciones accesorias sobre las que no había acuerdo expreso de las partes.

El papel de la *bona fides* en los *iudicia bonae fidei* ha planteado a la doctrina romanística numerosos problemas. Dejando de lado ahora el problema genérico de si la *bona fides* fue el fundamento de las obligaciones en estos *iudicia* o sólo un criterio para medir la responsabilidad de las partes¹⁴, nos fijaremos ahora sólo en los

¹⁴ V. KASER, M.: *RPr 1*, cit. p. 486 y «Recensión a A. Carcaterra, Intorno ai *bonae fidei* iudicia, Napoli 1964», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung (ZSS)* 82 (1965), p. 416 y ss. La *fides* es un concepto que en el derecho clásico se diferencia de la *aequitas* y de la conciencia social, la *aequitas* puede servir de fundamento de creación de los *bonae fidei iudicia* en el momento de su nacimiento. Es dudoso si la *fides* sirvió de fundamento de las obligaciones en estos *iudicia* en un primer momento o si éstas desde el comienzo ya tenían como fundamento el *ius*, la *actio*, y aunque esto último ha sido defendido por CARCATERRA, A., («Ancora sulla *FIDES*...», cit.) a la vista de los textos clásicos considerados genuinos, cabe la duda de si es correcto negar que en un primer momento la *fides* fuera el fundamento de la obligación, pues la relación del origen de los contratos consensuales con el tráfico negocial con peregrinos (v. PUGLIESE, G.: «Recensión», cit., en *SDHI* 1954, p. 373 y ss., 381), o por lo menos con seguridad de algunos de ellos (v. TALAMANCA, M.: «La tipicità», cit., nota 14), hace dudosa en términos generales la tesis de Carcaterra. Aunque la cuestión es dudosa, la opinión más extendida es que al menos los contratos consensuales tuvieron su origen en el *ius gentium* donde la *fides* era el fundamento de las obligaciones, los *iudicia bonae fidei* que de ellos derivan se originan en la *iurisdictio* del pretor peregrino y de ahí serán absorbidos por el *ius civile*; se piensa que, una vez que estos *iudicia bonae fidei* se integran en el *ius civile*, la *fides*, la lealtad a la palabra dada y el respeto a los fines del negocio o buena fe, deja de ser el fundamento de las obligaciones, éstas pasan a basarse en el *ius*, y la buena fe pasará entonces a ser el criterio que sirve al juez para enjuiciar la relación. Sin embargo, quizá el problema resida en la identificación entre la obligación y la acción para exigirla; la

contratos consensuales, como parte muy importante de relaciones protegidas por este tipo de *iudicia*. Y, dentro de ellos, especialmente del problema de la bilateralidad funcional, la reciprocidad o interdependencia de las obligaciones de las partes, que es característica de estos contratos.

3.2.1. Buena fe fundamento de la bilateralidad

Una de las manifestaciones más importantes de la buena fe en el Derecho romano clásico es la de la reciprocidad de las obligaciones de las partes que intervienen en un contrato protegido por una acción de buena fe.

3.2.1.1. La relación entre bilateralidad y buena fe es clara en Labeón. En D.19,1,50, Labeón parece identificar bilateralidad con buena fe en el contrato de compraventa: en este texto dice Labeón que si el comprador deja de deber el precio en virtud del beneficio de una ley, antes de que le sea entregada la cosa, la buena fe no permite que se obligue al vendedor a entregarla y a perder su cosa.

Labeón (*l. iv poster. a Iav. epit*) D.19,1,50:

Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere dedisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. Possessionem autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem <...emptor exceptionem rei venditae et traditae obiciat (a)ut perinde habetur ac si...> petitor (pecuniae) ei neque vendidisset neque tradidisset.

El texto presenta imperfecciones en el estado en que se transmite en la Florentina, y sobre ello se ha tratado ya en otros lugares, a los que me remito, lo mismo que para el tenor del texto recogido en esta sede¹⁵.

Si el comprador en virtud de un beneficio de la ley deja de deber el precio antes de que le sea entregada la cosa, la buena fe no permite, dice el texto, que se obligue al vendedor a entregar la cosa. Cuando el comprador en virtud del beneficio

acción, si es civil, tiene su fundamento en el *ius*, pero ello no impide que la obligación (que da lugar al ejercicio de la acción) tenga su fundamento en la *fides*, o mejor, en la ruptura de la *fides*; así, en los negocios que sólo pueden tener su origen en el tráfico entre ciudadanos romanos, como la *fiducia cum creditore*, la *actio* surgía del *pactum fiduciae* (ésta es considerada por Gayo 4,62 como *iudicium bonae fidei* aunque la acción no contenía la típica cláusula *quidquid...oportet ex fide bona*, v. KASER, M.: *RP* I, 462) y ahí la *fides*, la ruptura de esta *fides*, parece fundamentar la *actio fiduciae*.

¹⁵ MIQUEL, J.: «Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten», en ZSS 80 (1963), pp. 248-251, v. también cita en SANSÓN, M.V.: *La transmisión de la propiedad*, Madrid, 1998, p. 157 y nota 13. V. por último M. TALAMANCA, «Lex ed interpretatio» in lab. 4 post. a Iav. epit. D.19,1,50», en *Nozione for nazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicata al prof. Filippo Gallo*, II, Jovene, Napoli, 1997, p. 353 y ss.



de la ley ya no tiene que pagar el precio, no puede exigir al vendedor que cumpla con su obligación de entregar la cosa, las obligaciones son recíprocas por efecto de la buena fe, y si por ley no se puede exigir al comprador su obligación de pagar el precio, la buena fe no permite que se pueda exigir tampoco al vendedor el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa.

La buena fe afecta sólo a la relación jurídica obligatoria. Pero la buena fe no afecta, en cambio, a la transmisión de la propiedad (relación jurídica real): si el vendedor ya había entregado el fundo, pasa la propiedad (pretoria) al comprador y el vendedor de una *res mancipi tradita* no podrá ejercitar con éxito la *rei vindicatio*, pues el comprador puede rechazar ésta con la *exceptio rei venditae et traditae*. Tampoco el vendedor podrá exigir mediante la *actio venditi* el pago del precio pues esto lo impide el beneficio otorgado por la ley al comprador.

Este texto nos revela, por tanto, que esta exigencia de bilateralidad basada en buena fe, sólo afecta a la relación obligatoria y sólo se da cuando la obligación de entregar del vendedor aún no se ha cumplido.

Pero Labeón atribuye la bilateralidad, según Ulp. D.50,16,19¹⁶, sólo al *contractus* (o *contractum*), y, al ejemplificar, en este texto dentro de esta categoría sólo se incluye a los contratos bilaterales perfectos: la compraventa, el arrendamiento y la sociedad. Para Labeón la categoría de *contractus* era pues una categoría restringida. Sin embargo, ésta puede ser una opinión aislada de Labeón, pues Gayo 3,137¹⁷, al hablar de obligaciones recíprocas incluye con seguridad también al mandato.

¹⁶ Este pasaje está en el centro de las controversias recientes sobre el concepto de contrato en Labeón y la evolución del mismo hasta la época severiana. Para una visión crítica de las teorías más recientes, como la sugerente teoría de SANTORO, R.: «Il contratto nel pensiero di Labeone», en *Annali Università di Palermo (AUPA)*, 1983, p. 5 y ss, en la que el autor adelanta a Labeón la concepción del *contractus* como genérica *conventio* tutelada por *actiones civiles in factum* que contenían una *praescriptio*, y de GALLO, F.: *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, 1, Torino, 1992, que considera el pasaje actual fruto de la alteración compilatoria y procede a su reconstrucción, cuyas tesis no parecen, sin embargo, suficientemente demostradas, y en general sobre el estado de la cuestión en la doctrina, v. MELILLO, G.: *Contrahere*, cit., p. 20 y ss., 160 ss., que adopta frente a la tesis de R. Santoro la postura más prudente de entender que el *contractus* de Labeón no es la genérica *conventio* o acuerdo, sino un concepto restringido, limitado al contrato que genera obligaciones recíprocas o bilaterales *consensu contractae*, y que al ejemplificar (*veluti*) Labeón sólo incluye en la categoría *contractus* a la compraventa, al arrendamiento y a la sociedad, dejando fuera del término *contractus* a los *pacta*, *recepta* y *transacciones* y a buena parte de los tradicionales negocios civilísticos, también al mandato debido a las incertezas que todavía existían para su sistematización.

¹⁷ Así TALAMANCA, M.: «La tipicità», cit., p. 107, da una explicación para nosotros del todo congruente, para el autor esta visión mediadora que se trasluce en Gayo, pero ya anterior a él, favorecerá en el s. I d. C. el que se afirme una rigurosa tipicidad contractual dentro del *ius civile*, tipicidad que todavía es dúctil en Labeón, pues si con él comienza a afirmarse la tipicidad (los contratos bilaterales perfectos son figuras típicas de contratos consensuales tutelados por *bonae fidei iudicia*), las figuras que no entran en esta tutela de las figuras típicas serán también tuteladas por una acción

Gayo 3,137 refiere directamente la determinación de las obligaciones de las partes en los contratos consensuales a la causa de las obligaciones de las partes y a la equidad (*ex bono et aequo*): *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet...*¹⁸, y se recoge asimismo en D.44,7,2,3. De este pasaje se deduce, además, que lo bueno y equitativo en los contratos consensuales era una exigencia bilateral o recíproca, y desde este punto de vista el *bonum et aequum* aparece equiparado a la buena fe. Pero del amplio tenor del mismo, y de su conexión con Gayo 3,135, se deduce que englobaría también a contratos consensuales de bilateralidad imperfecta como el mandato, contrato gratuito¹⁹. El concepto de *bonum et aequum* que encontramos en este pasaje de Gayo es un concepto más amplio que el que Labeón atribuye a la *bona fides* (pues Labeón, por un lado —Ulp. D.50,16,19—, limita la reciprocidad a la bilateralidad perfecta que se da en los contratos consensuales onerosos —cuyo origen se atribuye comúnmente al *ius gentium*— de compraventa, arrendamiento y sociedad y, por otro lado, parece identificar esta bilateralidad perfecta con la buena fe, como ocurre en D.19,1,50²⁰), aunque luego los *iudicia* que recogen uno u otro concepto debido a su cercanía se lleguen a equiparar en época clásica²¹.

Se ha observado que Gayo adopta una actitud mediadora²², que será la que prevalecerá, entre la postura restrictiva de Labeón y la amplitud del planteamiento de Quinto Mucio (D.50,17,73,4)²³ que daría gran relevancia a la autonomía de la voluntad y al convenio o acuerdo de las partes. Si esto es así, la opinión restrictiva de Labeón sobre la bilateralidad quedaría aislada.

civilis in factum (*civilis incerti* que no es cosa distinta de la que luego, en época de Ulpiano, aparece bajo la denominación *actio praescriptis verbis*, v. textos citados por TALAMANCA, M.: «La tipicità», *cit.*, p. 97 y ss.), que tiene como características ser una acción civil y estar basada también en la buena fe, de aquí surgirán tendencias distintas, mientras que para Celso y Juliano, exponentes del mayor rigor de la tipicidad, se trata de tutelarlos con una *actio in factum* «honoraria», basada en un decreto del pretor, para Aristón y Mauriciano (Ulp. D.2,14,7,2) se trata en cambio de una acción civil, pero no basada en la buena fe como en Labeón, sino en la *datio* o entrega de la cosa.

¹⁸ «Asimismo, en estos contratos cada parte se obliga respecto a la otra por lo que cada una debe a la otra según lo que sea bueno y justo».

¹⁹ PUGLIESE, G.: *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990, p. 556, habla respecto de este pasaje de Gayo de «reciprocità (non necessariamente corrispettività) delle obbligazioni». No parece según el autor que ésta fuera la opinión de todos los juristas, pues Labeón D.50,16,19 excluye al mandato, e incluye dentro de los que él designa *contractus* (*synallagma*), que son los que generan obligaciones recíprocas (*ultra citroque obligari*), sólo a la compraventa, al arrendamiento y a la sociedad.

²⁰ Queda la duda de si la expresión *bona fides* era aplicada originariamente a la bilateralidad perfecta o si sería una opinión particular de Labeón en relación con su idea de *contractus* como acuerdo que genera obligaciones recíprocas en bilateralidad perfecta, reflejada en D.50,16,19.

²¹ KASER, M.: *RPr 1*, *cit.*, 496

²² V. TALAMANCA, M.: «La tipicità», *cit.*, p. 107, v. *supra* nota 17.

²³ MUCIO, Q.: D.50,17,73,4, aunque no parece conocer aún el término *contractus* aparece ya el *legem dicere*, expresión seguramente de la autonomía de la voluntad de los particulares, junto a la *stipulatio* y al *pactum*.

3.2.1.2. Esta concepción restrictiva del *contractus*, propia de Labeón, hace que la bilateralidad aparezca en época clásica como un concepto en formación²⁴, que se va ampliando o extendiendo en época clásica (a pesar de que ya pudieran existir tendencias anteriores a Labeón inclinadas a un concepto amplio o genérico de *contractus* como acuerdo de voluntades o convenio).

Esta extensión aparece, por un lado, en Gayo, en el ya mencionado texto de sus Instituciones 3,137, en él la bilateralidad alcanza también a un contrato (consensual) bilateral imperfecto y gratuito, el mandato. Aunque ahí el fundamento de la bilateralidad es el *bonum et aequum*, que aparece por ello equiparado a la *bona fides*.

Por otro lado, ya algo antes que en época de Gayo observamos en Juliano D.18,5,5 pr., y luego confirmada a finales de la época clásica también por Paulo D.46,4,23, una extensión de la bilateralidad, en la compraventa y el arrendamiento, al supuesto en que una de las partes hacía *acceptilatio*²⁵ de la obligación de la otra parte y no se habían empezado a cumplir las obligaciones. En tal caso Juliano decide que también se extingue la obligación de la otra parte, porque debe atenderse al «convenio» y no al acto formal de *acceptilatio* (D.18,5,5 pr.: *Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quiquam peteret...*). En cambio, según nos dice Paulo D.46,4,23, Labeón no admitía todavía la bilateralidad (al atender más al acto formal que a lo convenido). En estos textos, la bilateralidad no viene expresamente identificada o fundada en la buena fe, pero parece lícito pensar que a partir de Juliano hay una tendencia a tener en cuenta el convenio y no el acto formal que implica la *acceptilatio*, y que la bilateralidad de la extinción de las obligaciones de las partes parece provenir de la naturaleza onerosa del contrato anterior (compraventa), de su finalidad económico-social y del equilibrio de las prestaciones que se deben las partes. ¿Es esto expresión del criterio de buena fe o, más exactamente, de lo bueno y equitativo? El texto no menciona la buena fe expresamente, pero ésta parece inherente al *iudicium bonae fidei* que surge de la compraventa consensual y al convenio, pues en el texto de Juliano se alude a la relevancia del convenio, y ahí la bilateralidad parece provenir de la toma en consideración del equilibrio de las prestaciones que se deben las partes en el contrato anterior de compraventa y del carácter oneroso de ésta. Esto parece expresión del empleo del criterio de la buena fe o del *bonum et aequum*.

²⁴ Sobre el problema de la aparición paulatina en el derecho clásico de la bilateralidad funcional, v. JÖRS, P.; KUNKEL, W.: *Derecho privado romano*, 2ª ed. Trad. PRIETO CASTRO, L.: Barcelona - Madrid 1965, p. 300 y nota 5.

²⁵ La *acceptilatio* implica aquí una estipulación novatoria. Aunque la *acceptilatio* (*imaginaria solutio*) es un modo formal de extinguir obligaciones nacidas de contratos *verbis o litteris*, se admitió para la extinción de las obligaciones nacidas de otros contratos si la deuda se cambiaba en estipulación (Gayo 3,170), viceversa Juliano D.18,5,5 pr. en el caso propuesto en el pasaje entiende que la *acceptilatio* de deudas que nacen de la compraventa (consensual) valga como *conventio*.

La causa de la extinción de la obligación: la *acceptilatio* es diferente de la causa indicada por Labeón en D.19,1,50: el beneficio de la ley, una causa externa al contrato e independiente de él y de la voluntad de las partes. Labeón todavía no admite en el primer caso la bilateralidad, parece atender sólo al acto formal de carácter unilateral; en el segundo sí la admite. La regla de la bilateralidad se extiende con Juliano también al primer supuesto a base de tomar en cuenta no el acto formal sino el convenio que puede extraerse del acto formal, atendida la relación previa que unía a las partes, su finalidad económica y su carácter oneroso.

En cualquier caso, la identificación que hace Labeón en D.19,1,50 entre buena fe y bilateralidad no siempre aparece, como veremos a continuación, en las soluciones de los juristas clásicos, por ello, MEYLAN estimó que pudieron existir y ser empleados diversos criterios para fundamentar la bilateralidad funcional, pero esta opinión debe ser revisada.

3.2.1.3. La identificación que hace Labeón en D.19,1,50 de la buena fe con la bilateralidad plantea, así pues, otro problema: el de si además de la buena fe la bilateralidad pudo tener otros fundamentos, pues la buena fe no siempre aparece en las fuentes como fundamento de la bilateralidad. Así, la buena fe no aparece en las fuentes como fundamento del derecho de retención (*ius retentionis*) por incumplimiento de la otra parte en el contrato de compraventa. De los supuestos que hemos visto en donde la bilateralidad se impone cuando se ha extinguido la obligación de una de las partes, hay que distinguir aquellos casos en donde existiendo la obligación y siendo el cumplimiento posible todavía, una de las partes no cumple. En estos casos las obligaciones subsisten, la acción va dirigida a exigir su cumplimiento, y los juristas se pronuncian por el derecho de retención por incumplimiento de la otra parte de su obligación (Ulp. D.19,1,13,8, Marcel.-Ulpiano D.21,1,31,8 y Ulp.-Jul. D.47,2,14,1).

Pero las decisiones de Juliano, Marcelo y Ulpiano, que sientan el derecho de retención en la compraventa, no hacen referencia expresa a la buena fe como fundamento del mismo, pues en ellas el derecho de retención se basa en su asimilación a la prenda. En los contratos de compraventa y arrendamiento la reclamación de una parte dependía de la reclamación de la otra parte; en virtud de esta bilateralidad el demandado podía retener su prestación hasta tanto no le fuera ofrecida la contraprestación (es la *exceptio non adimpleti contractus* del Derecho común), y en estos *bonae fidei iudicia* no era necesaria ninguna *exceptio* para hacer valer este derecho de retención. Así Ulp. D.19,1,13,8²⁶, Marcel.-Ulpiano D.21,1,31,8 y Ulp.-Jul. D.47,2,14,1 reconocen la facultad de retener «a modo de prenda» hasta que el precio sea ofrecido por el comprador. Se ha dicho que la bilateralidad en estos casos no se basa en la buena fe propia de estos *iudicia*, pues el derecho de retención mencionado no se identifica por los juristas con la buena fe en estos textos, ya que en ellos se dice que se

²⁶ Ulp. D.19,1,13,8: *Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.*



puede retener la cosa como si fuera una prenda; MEYLAN entendió por ello que, además de la buena fe, la bilateralidad funcional pudo tener otras expresiones, y ésta podría ser otra de las expresiones posibles de la misma²⁷. Sin embargo, resulta extraño que los juristas decidieran esto para la compraventa consensual; sería extraño que decidieran aquí que el vendedor, que por el hecho del contrato de venta no pierde su propiedad sobre la cosa y sigue siendo propietario, pudiera a la vez retener la posesión de la cosa en concepto de derecho de prenda²⁸. Esta construcción no se aviene bien, así pues, con la compraventa consensual —integrada relativamente pronto en el *ius civile*—; en ésta sería más lógico que el derecho de retención del vendedor se basara en la buena fe propia del contrato de compraventa consensual, protegido por un *iudicium bonae fidei*, y resulta extraño que en ella el principio de buena fe no hubiera irrumpido ya en la época de Juliano en la fundamentación del derecho de retención.

La explicación de este interrogante podría ser histórica, estar vinculada a la concepción de la bilateralidad en instituciones del *ius civile* precedentes en tiempo histórico a la compraventa consensual como creía MEYLAN. Pero la explicación puede ser otra, pues hay que tener en cuenta que el *ius retentionis* se da también en otro tipo de contratos bilaterales imperfectos, reales o consensuales, e incluso fundamenta la *exceptio doli* frente a acciones de derecho estricto, y ello obliga a tener en cuenta un enfoque más amplio del problema, pues en alguno de estos casos, como el del derecho de retención del poseedor de buena fe (*exceptio doli*) frente a la *rei vindicatio* del propietario por las *impensas*, no puede haber conexión entre la *retentio* y la bilateralidad, pues no existe contrato previo entre las partes en litigio que imponga bilateralidad, y el *ius retentionis* se basa aquí en la protección del poseedor de buena fe frente a un enriquecimiento injustificado del demandante, en definitiva, en razones de equidad que se aplican a situaciones protegidas por el ordenamiento jurídico. «El *ius retentionis* no es pues necesariamente expresión de la bilateralidad», sino del rechazo de un enriquecimiento injustificado de una de las partes en el litigio a costa de otra (demandada) que merece protección. (Cuestión independiente de ésta es que el rechazo de un tal enriquecimiento sí pueda ser expresión, en los *iudicia bonae fidei*, del principio *bonae fidei hoc congruit ne de alienum lucrum sentiat*

²⁷ MEYLAN, P.: «La loi 23 Dig. 46,4 et la notion de bilatéralité», en *Studi Riccobono*, IV, Palermo, 1936, rist. 1974, Scientia Verlag Aalen, p. 281 y ss..

²⁸ La retención de la cosa vendida a modo de prenda parecería aludir mejor a la *mancipatio* que, como forma de negocio real abstracto, transmitía la propiedad de las *res mancipi* sin necesidad de efectiva entrega, una vez superada la norma de las XII Tablas que hacía depender esa transmisión del pago del precio. Una vez que se admitió que la propiedad se transmitiera por mancipación sin efectivo pago del precio, pudo admitirse que el vendedor que realizaba *mancipatio* retuviera la posesión a modo de prenda hasta tanto el comprador le pagara el precio. Otra posibilidad es que esta asimilación a la prenda, que vemos en las decisiones mencionadas, guarde relación, al menos en un estadio originario, con la *fiducia* y el *pactum fiduciae*, si éste fuera realmente el antecesor en el *ius civile* de los *iudicia bonae fidei* (pues en la *fiducia* al menos en derecho antiguo se transmite la propiedad de una cosa por *mancipatio* al acreedor con fines de garantía a la que se añade un pacto de retransmisión, encomendado a la *fides*, condicionado al pago de la deuda).

cuando el enriquecimiento beneficiaba al demandado y del principio *in bonae fidei iudicia exceptio doli inest* cuando aquél beneficiaba al demandante, y que pudiera además justificar en los *iudicia stricta* la concesión de la *exceptio doli*.

Según lo dicho, el derecho de retención del vendedor no sería una prueba, no podría serlo, de que pudo haber otras manifestaciones, otros fundamentos, de la bilateralidad en los contratos consensuales además de la buena fe, porque el derecho de retención no responde a la exigencia de bilateralidad, sino al rechazo del enriquecimiento injustificado.

Pero hay otro problema que sí puede tener relación con otra concepción de la bilateralidad en la etapa más antigua del Derecho romano.

3.2.1.4. Este otro problema, que plantea el texto de Labeón D.19,1,50, es el de conciliar la regla de la bilateralidad, cuando la obligación del comprador de pagar el precio se extingue por el beneficio de la ley, con la regla del *periculum est emptoris*.

Para el comprador el beneficio de la ley implica lo mismo que para el vendedor la pérdida de la cosa por *vis maior* después de perfeccionada la venta, pero antes de la entrega: la liberación de su obligación, esto es, su extinción. La liberación del vendedor en el caso de pérdida de la cosa por *vis maior* viene determinada por la regla de atribución del riesgo: *periculum est emptoris*, que atribuye éste al comprador. Pero las soluciones son distintas desde el punto de vista de la bilateralidad (funcional). Mientras que en el primer caso, que hemos visto en el texto de Labeón, pudo operar la buena fe para imponer la bilateralidad en la extinción de las obligaciones recíprocas, en el segundo caso no, por la regla del *periculum emptoris*. La pérdida de la cosa por *vis maior* libera al vendedor por aplicación de la regla *periculum est emptoris*, pero la buena fe no pudo imponer aquí efectos bilaterales. Hay una diversidad de soluciones (bilateralidad cuando la obligación del comprador de pagar el precio se extingue por beneficio de la ley, ausencia de bilateralidad cuando la cosa vendida antes de ser entregada se pierde por *vis maior*).

De esta diversidad surge el problema de conciliar la regla de la bilateralidad, basada para Labeón en la buena fe, y la regla del *periculum emptoris*. Es posible que una explicación histórica de los orígenes de la compraventa pueda arrojar luz sobre el problema y explicar la compatibilidad originaria entre la bilateralidad y la regla del *periculum*. Es posible conjeturar una bilateralidad funcional diferente en un negocio formal, la *mancipatio*, precedente a la compraventa consensual que la hiciera compatible con la regla del *periculum emptoris*. Pero hoy se han abandonado estos intentos de explicación histórica, intentar explicar esta diversidad de soluciones desde el punto de vista exclusivo de la buena fe y de la diversidad de intereses de las partes en la compraventa consensual no parece aclarar mucho las cosas. Así, por ejemplo, para R. CARDILLI²⁹ las posiciones del comprador y del vendedor son diver-

²⁹ CARDILLI, R.: *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995 y bibliografía *cit.* en notas 48 y 49.



sas y no intercambiables a los efectos de la bilateralidad, en cuanto reflejan dos diversos intereses que la buena fe impone diferenciar. Sin embargo, a pesar de esta diversidad de intereses del comprador y vendedor, a la vista de otras fuentes cabe la duda de si en el caso concreto la buena fe, u otro fundamento, pudo determinar la bilateralidad funcional también cuando la obligación del vendedor se hacía imposible³⁰ por un supuesto de *vis maior* o si se prefiere de *casus*³¹, por ser relevante el tipo de causa de imposibilidad de cumplimiento de la obligación en las diversas hipótesis (beneficio de la ley, confiscación de la cosa vendida —Afr. D.19,2,33—, destrucción o pérdida de la cosa vendida por fuerza mayor...)³². Creo que con razón M.

³⁰ El texto de Labeón nos obliga a distinguir dentro de la bilateralidad funcional, entre dos situaciones diversas: cuando el cumplimiento por parte de ambas partes es aún posible y cuando el cumplimiento por parte de al menos una de las partes es ya imposible por causa sobrevenida, en este último caso habría que distinguir a su vez si esa imposibilidad provoca la extinción de la obligación o no (usando una terminología moderna, pues los juristas republicanos hablarían más bien de si la obligación no se perpetúa o si se perpetúa). Sólo si la prestación era imposible se planteaba el problema de la responsabilidad, adoptando el juez los criterios del tipo contractual para su determinación, si en cambio la prestación es posible la acción tiene por finalidad forzar al deudor al cumplimiento: CANNATA, C.: Augusto, «Perpetuatio obligationis», en *Seminarios complutenses de Derecho romano*, IV, FSUA, Madrid, 1992, *passim*, especialmente pp. 55-56.

³¹ V. CARDILLI, R.: *L'obbligazione*, cit., 474, sobre el planteamiento de Juliano en las diversas hipótesis.

³² En este caso de extinción de la obligación por *vis maior* la exclusión de la bilateralidad no es tan clara, de hecho las fuentes recogen supuestos que han sido vistos como casos en que no se aplica la regla *periculum emptoris*. El caso del texto de Afr. D.19,2,33 —en cuyo supuesto de hecho los fundos vendidos han sido confiscados antes de ser entregados al comprador y el vendedor deberá restituir el precio *ex empto* al comprador (y no indemnizarle por el *id quod interest*)—, ha sido entendido como un caso en el que, como excepción, se invierte la regla del *periculum emptoris*, trasladándose el riesgo al vendedor después de perfeccionada la venta pero antes de la entrega; cuando en un caso de *vis maior* el riesgo debería corresponder al comprador, aquí se atribuye el riesgo al vendedor, que deberá restituir el precio que recibió; si esto era así, tanto más habría que concluir que si el comprador no había pagado el precio, éste no se le podría exigir. Sin embargo, para armonizarlo con la regla del *periculum est emptoris* se ha propuesto interpretarlo (v. ZIMMERMANN, R.: *The law of obligations*, Oxford, 1996 (reimpr.1999), p. 288 y ss. y bibl. allí cit.) en el sentido de que en el caso la venta no estaría perfeccionada aún, por no contar el vendedor todavía en el momento de la confiscación con la vacua posesión de la cosa. Esta explicación es lógica y concuerda con la conexión que realizan los juristas entre responsabilidad por evicción del vendedor y obligación de pago del precio por el comprador, el deber de restitución del precio *ex empto* al comprador también se da cuando el vendedor responde por la evicción (Jul. D.30,84,5, Paul D.21,2,11); si el vendedor debe responder por evicción, el comprador no ha de pagar el precio porque éste le tiene que ser devuelto (reclamarlo no es conforme con la buena fe: *dolo facit qui petit quod redditurus est*); viceversa, si el vendedor no tiene que responder por la evicción, el comprador está obligado a pagar el precio (Paul D.21,2,11). En el caso del texto de Africano, si los fundos fueron confiscados antes de perfeccionarse la venta, el vendedor deberá responder por la evicción y el comprador no está obligado a pagar el precio, o si ha pagado éste le deberá ser restituido. No entra en juego la regla del *periculum emptoris*, que sólo jugaría si la confiscación se produce después de perfeccionada la venta. En todo caso, a pesar de la coherencia del razonamiento, puede haber duda de si, en determinados casos concretos como el del caso planteado en el texto de Africano, en el que la cosa vendida era confiscada antes de ser entregada, la

Talamanca observa en su última aportación sobre D.19,1,50 (en «Lex ed interpretatio» cit.) que la causa de la imposibilidad de la prestación en D.19,1,50 (la *lex*) es distinta de la causa de la imposibilidad que determina la aplicación de la regla *periculum emptoris*, y ello permitió que Labeón en la 1ª hipótesis de D.19,1,50 diera entrada a la disciplina general de la buena fe.

Haciendo resumen de lo examinado hasta aquí podemos llegar a las siguientes conclusiones:

La relación entre bilateralidad y buena fe es clara en Labeón. En D.19,1,50, Labeón parece identificar bilateralidad con buena fe en el contrato de compraventa. Pero Labeón atribuye la bilateralidad, según Ulp. D.50,16,19, sólo al *contractus* y, al ejemplificar, dentro de esta categoría sólo se incluye a los contratos bilaterales perfectos: la compraventa, el arrendamiento y la sociedad. Para Labeón este concepto (el del *contractus*) era pues una categoría restringida. Sin embargo, ésta puede ser una opinión aislada de Labeón, pues Gayo 3,137, al hablar de obligaciones recíprocas incluye con seguridad también al mandato. Se ha observado que Gayo adopta una actitud mediadora, que será la que prevalecerá, entre la postura restrictiva de Labeón y la amplitud del planteamiento de Quinto Mucio que daría gran relevancia a la autonomía de la voluntad y al convenio o acuerdo de las partes. Si esto es así, la opinión restrictiva de Labeón sobre la bilateralidad quedaría aislada.

Esta concepción restrictiva del *contractus* propia de Labeón hace que la bilateralidad aparezca en época clásica como un concepto que se va formando, ampliando o extendiendo en época clásica (a pesar de que pudieran existir tendencias, ya en época anterior a Labeón, inclinadas a un concepto amplio o genérico de *contractus* como acuerdo de voluntades o convenio).

Esta extensión aparece, por un lado, en Gayo, en el ya mencionado texto de sus Instituciones 3,137; en él la bilateralidad alcanza también a un contrato (consensual) bilateral imperfecto y gratuito, como es el mandato. Aunque ahí el fundamento de la bilateralidad es el *bonum et aequum*, que aparece por ello equiparado a la *bona fides*.

Por otro lado, ya algo antes que Gayo, observamos en Juliano D.18,5,5 pr. y a finales de la época clásica también en Paulo D.46,4,23, una extensión de la bilateralidad en la compraventa y el arrendamiento al supuesto en que una de las partes hacía *acceptilatio* de la obligación de la otra parte y no se habían empezado a cumplir las obligaciones. En tal caso Juliano decide que también se extingue la obligación de la otra parte, porque debe atenderse al «convenio» y no al acto formal de *acceptilatio*. En cambio, según Paulo, Labeón no admitía todavía la bilateralidad (al atender más al acto formal que a lo convenido). Estos textos no hacen referencia expresa a la buena fe como fundamento de la bilateralidad, pero ésta parece ser

buena fe u otro criterio llegó también a fundamentar la bilateraridad funcional, al hacerse imposible el cumplimiento de la obligación del vendedor por un supuesto equiparable a la *vis maior*, por atenderse al hecho de que la causa de la imposibilidad en este supuesto es algo diferente del de pérdida de la cosa por fuerza mayor, pues aquí lo que prima es su carácter extraordinario y fortuito, más que el rasgo de fuerza irresistible propia de los casos de fuerza mayor.



inherente al contrato consensual de compraventa, pues en el texto de Juliano se alude a la relevancia del «convenio», y ahí la bilateralidad parece provenir de la toma en consideración del equilibrio de las prestaciones que se deben las partes en el contrato anterior de compraventa, del carácter oneroso de ésta y de su finalidad económico-social. Esto parece expresión del criterio de la buena fe o del *bonum et aequum*.

La identificación que hace Labeón en D.19,1,50 de la buena fe con la bilateralidad plantea otro problema: el de si, además de la buena fe, la bilateralidad pudo tener otros fundamentos, otras manifestaciones, esto es, si la buena fe fue siempre el fundamento de la bilateralidad, pues la buena fe no siempre aparece en las fuentes como fundamento de la bilateralidad. La buena fe no aparece, por ejemplo, en las soluciones de Juliano, Marcelo y Ulpiano relativas al *ius retentionis* de la cosa vendida, que tiene el vendedor en la compraventa hasta que el comprador no le ofrezca el pago del precio, sino que en ellos el derecho de retención del vendedor es una retención «a modo de prenda» (Ulp. D.19,1,13,8; Ulp.-Marc. D.21,1,31,8 y Ulp.-Jul. D.47,2,14,1). La bilateralidad de prestaciones de comprador y vendedor no se identifica aquí con la buena fe, no parece basarse en ella.

La explicación a esto podría ser histórica, por ejemplo por las características propias del contrato formal de *mancipatio* precedente a la compraventa consensual, pero la explicación en este caso también puede ser otra. La explicación puede ser que el *ius retentionis* no es expresión de la bilateralidad. El derecho de retención se daba también fuera de la compraventa y el arrendamiento se daba en contratos no consensuales e incluso justificó la *exceptio doli* frente a acciones de derecho estricto (por ejemplo a favor del poseedor de buena fe frente a la *rei vindicatio* por el pago de las impensas), y por tanto el *ius retinendi* no es expresión de la bilateralidad, sino del rechazo de un enriquecimiento injustificado de una de las partes en el litigio a costa de otra (la demandada) que merece protección.

Según esto, el derecho de retención del vendedor no sería una prueba de que pudo haber otras manifestaciones, otros fundamentos, de la bilateralidad en los contratos consensuales además de la buena fe. Pero hay otro problema, que sí puede tener relación con otra concepción de la bilateralidad en la etapa más antigua del Derecho romano.

Este otro problema, que plantea el texto de Labeón D.19,1,50, es el de conciliar la regla de la bilateralidad de la extinción de obligaciones en la compraventa, basada en la buena fe, cuando la obligación del comprador se extingue a causa del beneficio de la ley, con la regla del *periculum est emptoris*. Intentar explicar la diversidad de soluciones (bilateralidad cuando la obligación del comprador de pagar el precio se extingue por beneficio de la ley, ausencia de bilateralidad cuando la cosa vendida antes de ser entregada se pierde por *vis maior*) desde el punto de vista exclusivo de la buena fe, y de la diversidad de intereses de las partes en la compraventa, no da un resultado satisfactorio. Quizá una explicación histórica de los orígenes de la compraventa pueda arrojar luz sobre el problema y explicar la compatibilidad originaria entre la regla de la bilateralidad y la regla del *periculum est emptoris*. Pero ésta no se ha dado y por ello hoy se tiende a explicar la diversidad de soluciones por la disparidad de causas de la imposibilidad de prestación.

El criterio de la buena fe daba amplia discrecionalidad al juez en época clásica para determinar el contenido de la relación obligatoria en los *iudicia bonae fidei*. En esta tarea el juez no se apoyaba en ninguna norma jurídica, sino en el consejo de los juristas, que fueron creando reglas con la finalidad de orientar al juez en esta labor³³. Como reglas fundamentales que han podido ser individualizados de las fuentes por la doctrina³⁴, que orientaban al juez para dar una sentencia ajustada a la equidad, imponiendo eventualmente límites al cumplimiento de las obligaciones, se encuentran, además de la regla de la bilateralidad o reciprocidad que hemos visto, las siguientes:

3.2.2. «*in bonae fidei iudiciis exceptio doli inest*». Este principio significa que la excepción de dolo ya está comprendida en los *iudicia bonae fidei* y que, por tanto, no es necesario que el demandado pida su inserción en la fórmula. La buena fe es el concepto opuesto al de *dolus malus*³⁵ que fundamenta la *exceptio doli* y que en los *iudicia bonae fidei* el juez ha de apreciar de oficio, como límite impuesto por la buena fe al cumplimiento de las obligaciones. En virtud de este principio no se puede exigir al comprador su obligación de pagar el precio en virtud del contrato de compraventa, si ha adquirido la propiedad de la cosa por otra causa distinta de ese contrato de compraventa.

El principio se recoge en:

Juliano D.30,84,5: *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...*

En este texto se pone de manifiesto que la buena fe hace que no se pueda exigir por la acción de venta al comprador de un esclavo el precio, puesto que cuando ya había sido nombrado legatario del mismo ignorándolo lo compró al heredero, luego al enterarse del legado pidió su cumplimiento y recibió el esclavo. Si luego es demandado *ex vendito*, el comprador deberá ser absuelto por tratarse de una acción de buena fe que incluye la excepción de dolo. (El texto sigue planteando

³³ KASER, M.: *RPr I*, cit. 488.

³⁴ V. por ejemplo DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, I.: «*Quid veniat in bonae fidei iudicium en droit classique romain*», en *Studi Riccobono*, II, p. 147 y ss.

³⁵ «*Fides bona contraria est fraudi et dolo*» dice Paulo en D.17,2,3,3; en este pasaje Paulo considera nulo el contrato de sociedad realizado con fraude y dolo. En este principio prevaleció el sentido objetivo de la noción de *dolus*. Porque, por un lado, *fraus* (desde el concepto objetivo originario de daño) llega a ser identificado con conducta fraudulenta, con conducta que intencionadamente lleva a engaño a la otra parte causándole un perjuicio, *fraus* se identifica pues con engaño, pero, por otro lado, el concepto de *dolus* adquiere ya un sentido objetivo, como lo que es contrario a la equidad natural (concepto de dolo que para Paulo D.44,4,1,1 es el fundamento de la *exceptio doli*). La buena fe es contraria pues a lo que es engaño y a lo que es inicuo. Los juristas vieron en la buena fe lo que es contrario a la conducta fraudulenta y a la equidad natural.



situaciones: Si el precio hubiera sido pagado deberá el vendedor restituir el precio por la acción de compra —*ex empto pretium reciperavit, quemadmodum reciperaret, si homo evictus fuisse*, igual que lo recuperaría si hubiera sido objeto de evicción— y el adquirente obtendría el esclavo ejercitando la acción de cumplimiento del legado —*actio ex testamento*.)

También se justifica la no exigibilidad de la obligación del (comprador) demandado en Pomp.-Celso D.21,2,29 pr.: *Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem*, pues según Celso (contra Nerva) no conviene a la «buena fe» que se exija al comprador el precio, y por tanto deberá ser absuelto, si éste compró del vendedor una cosa ajena y luego la volvió a comprar de su verdadero dueño, pues si ahora tiene la pacífica posesión, la tiene en virtud de otra causa (una nueva compra).

3.2.3. *Bonae fidei hoc congruit, ne de alienum lucrum sentiat*. Una de las partes no debe extraer un enriquecimiento injustificado de los bienes de otro que se encuentran en su poder, se trataría de un comportamiento inicuo, contrario a la equidad y a la buena fe (Ulp. D.17,1,10,3, Pomp. D.23,3,6,2).

En el contrato de mandato, como se desprende de Ulp. D.17,1,10,3, este principio daría lugar a considerar que, por la acción de mandato, el mandante puede exigir al mandatario el pago de todos los rendimientos del dinero que recibió el procurador para darlo en préstamo a interés (se hubieran mandado expresamente o no), porque *bonae fidei hoc congruit, ne de alienum lucrum sentiat*. En la acción de restitución de dote este principio se enuncia expresamente en Pomp. D.23,3,6,2 y puede beneficiar a ambas partes, al que da la dote o al que la recibe, siempre que haya sido engañado.

Los casos de enriquecimiento injustificado en los que el enriquecimiento beneficia al demandante, se englobarían en la regla anterior «*in bonae fidei iudiciis exceptio doli inest*».

3.2.4. El dolo y la coacción del deudor, lo mismo que el del acreedor, debían ser tenidos en cuenta por el juez. El dolo *in contrahendo*, esto es, en la conclusión del contrato daba lugar en los *bonae fidei iudicia* a una obligación de indemnizar exigible por la misma acción del contrato, sin que se hiciera necesaria la concesión de la *actio doli* (Ulp. D.19,1,1,1 y D.19,1,13,14)³⁶.

3.2.5. *Bonae fidei iudicia exceptiones pacti insunt* (Paul. D.18,5,3). Según este principio el juez ha de tener en cuenta los pactos añadidos por las partes al contrato principal (*pacta adiecta*) en los *bonae fidei iudicia* en virtud de su *officium iudicis*, los cuales podían ser exigidos por la acción contractual (sin necesidad de

³⁶ KASER, M.: *RPPr I*, p. 486 y ss.

pedir la inclusión de una *exceptio*) si habían sido concluidos a la vez que el contrato principal (*in continenti*, Ulp. D.2,14,7,5, Pap. D.18,1,72 pr. y también *ex intervallo* si los pactos eran hechos en interés del demandado)³⁷. También debía tener en cuenta los pactos de remisión o de aplazamiento de la deuda. Así, por ejemplo, un pacto de resolución de la compraventa impide que se pueda ejercitar la acción de compra. Esto es así siempre que no se trate de un pacto arbitrario contrario a las leyes, o de un pacto obtenido con dolo (aquí entendido normalmente como intención maliciosa de engañar), o en general que, sin su voluntad, prive a una de las partes de las ventajas del contrato principal, esto es, le cause un perjuicio injusto (cfr. Pomp. D.19,1,6,1, Nerat.D.19,5,6; Ulp. D.2,14,7,9-10; Paul. D.18,5,7,1)³⁸.

3.2.6. Por último, el juez está autorizado a determinar prestaciones accesorias de las partes, como el pago de los intereses del dinero, de gastos, frutos, etc., conforme a la equidad a la hora de fijar la condena (*totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur*), sin que fuera necesario un acuerdo expreso de las partes al respecto. Esto se recoge, por ejemplo, en relación con los gastos e intereses del dinero en Ulp. D.17,1,12,9 *in fine* a propósito de la acción de mandato (contrato cuya gratuidad beneficia al mandante)³⁹.

³⁷ La violación de pactos accesorios por el deudor podía dar lugar a indemnización (v. KASER, M.: *RPr 1, cit.*).

³⁸ Si el pacto añadido al contrato es arbitrario (por no fijar el pacto un precio cierto, sino sólo la obligación de reparar otra casa), el contrato principal, por ejemplo de compraventa, será nulo, y habrá otro contrato diferente (Pomp. D.19,1,6,1; Nerat. D.19,5,6). El pacto de remisión de deuda obtenido dolosamente o contrario a derecho es nulo. En D.2,14,7,9 se nos refiere que el pretor en su Edicto dice que no mantendrá un pacto hecho «con dolo malo», en este texto dolo parece ser entendido como intención del sujeto de engañar. Si hay lesión para una de las partes el pacto es nulo según D.18,5,7,1 *in fine*, en él se nos dice que, aunque en principio sea válida la compra (hecha con la autorización del tutor), no conviene a la buena fe que se mantenga la validez de un pacto que es capcioso para otro (el pacto de deshacer una compra hecho sin autorización del tutor), máxime si se vio engañado con un error justificado. En estos casos, tanto en las acciones de buena fe como en la de derecho estricto, puede verse también una infracción de la prohibición del *venire contra factum proprium*.

³⁹ Según este texto (Ulp. D.17,1,12,9), el mandatario puede exigir los gastos y los intereses producidos por la ejecución del mandato incluso antes de la mora del mandante, y éstos ha de determinarlos el juez conforme a la «equidad» (*ex aequo et bono*). A propósito de la acción de depósito nos dice Papiniano, D.16,3,24, que el juez está autorizado a condenar por los intereses devengados después de que el depositario incurre en mora, pero aquí el que demanda es el deponente a quien beneficia la gratuidad del contrato: *...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...* La costumbre de la región, según Pap. D.22,1,1 pr., era tomada en cuenta por el juez en los juicios de buena fe para determinar la cuantía de los intereses, siempre que no fuera contraria a la ley. El juez también podía por analogía obligar al demandado a pagar los frutos, accesorios y partos (la referencia genérica para los juicios de buena fe se recoge en Ulp. D.22,1,34, para la acción de depósito en concreto se contiene en D.16,3,1,24, y para la acción de mandato en D.17,1,59,1).

