

CONTRATOS Y RELACIONES CONTRACTUALES DE BUENA FE

§ 157. BONA FIDES

I. RECAPITULACIÓN. Acerca del concepto de *contractus* ya se ha dicho lo necesario en otro lugar. Tan sólo cabe recordar que aquí se acoge la idea que Labeón había propuesto acerca de él, y expresado como *ultra citroque obligatio*, es decir, como una relación obligacionalmente bilateral, lo que debemos entender más a propósito de las acciones que de las obligaciones mismas, en este sentido: dada una cierta relación, cualquiera de ambos sujetos intervinientes está legitimado para demandar al otro, merced a una acción con nombre propio (*ex empto-ex vendito* en la relación de compraventa y *ex locato-ex conducto* en la de arrendamiento), o con un solo nombre (*pro socio*), o con el mismo nombre pero en diversas funciones (*actio fiduciae*, *actio depositi*, *actio mandati*, *actio negotiorum gestorum*, *actio tutelae*, todas en función directa y en función contraria). No es decisivo que en algunas relaciones siempre haya reciprocidad de obligaciones (compraventa, arrendamiento, sociedad, que ahora llamamos "contratos sinalagmáticos perfectos") y que en otras sólo la haya eventualmente (fiducia, depósito, mandato, gestión, tutela), porque ello es algo que sólo se viene a saber con posterioridad, según que la demanda tenga o no éxito; mientras que en una relación derivada de estipulación o dación, de antemano se conoce que una reciprocidad obligacional no puede haber, por lo cual no existe una acción en sentido contrario.

Algunas de estas relaciones actual o potencialmente bilaterales nacen de un negocio de base convencional (fiducia, compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato, depósito), mientras que otras no ofrecen un tal negocio entre las partes involucradas (gestión, tutela), de donde que Gayo las incluyera entre las *variae causarum figurae* y Justiniano entre las *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur*. Para los juristas lo decisivo era que hubiera acciones mutuas con que

obligar a la contraparte. Con todo, cada grupo de obligaciones no negociales tiene su *causa* (fuente): la actuación espontánea de un *gestor* y la actuación de un *tutor*. Que, atendido nuestro sistema terminológico (influido por Gayo-Justiniano), resulte excesivo decir que una y otra son un "contrato" se comprende; pero si la palabra *contractum* se entiende como "lo contraído" (bilateralmente), entonces esta calificación no es abusiva. Con todo, preferiremos hablar aquí de relaciones contractuales.

La consideración conjunta de estas fuentes no se funda en la apariencia formal de la bilateralidad, aunque ello sólo ya sea bastante para separarlas de las figuras que generan obligación unilateral en virtud de una dación o entrega. Esta consideración unitaria se basa, además, en que este grupo de fuentes ofrece un régimen jurídico común, por sobre las naturales diferencias que derivan de la tipicidad de cada una en particular. Dicho régimen está determinado por el sometimiento de las obligaciones derivadas al principio de la buena fe o equivalentes.

II. BONA FIDES. La *intentio* (en general toda la fórmula) de las acciones derivadas del depósito (*in ius*), la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el mandato, la gestión y la tutela⁵⁵⁹ tiene una estructura semejante: está referida al *quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere ex bona fide*. Si bien el carácter *incertum* de una *intentio* así es común a las mencionadas acciones y a algunas estrictas (*incerti ex stipulatu* e *incerti ex testamento*), la presencia de la cláusula *ex bona fide* es, no obstante, privativa de las primeramente mencionadas. En la *actio fiduciae* y en la *actio rei uxoriae* esta cláusula es reemplazada por otras de valor semejante empero (*ut inter bonos bene agier* [arc. por *agi*] *oportet* en la primera, y *quod eius melius aequius erit* en la última).

La función de esta cláusula es fijar un criterio abstracto con que regular el comportamiento de los recíprocamente deudores, en orden a todo cuanto deben dar y hacer.

En las ya antes mencionadas acciones estrictas de *incertum* con *intentio* al *quidquid... dare facere oportet* pero sin la cláusula *ex bona fide*, la obligación del deudor es más amplia que la de aquel sujeto a una acción de *certum* con *intentio* al *dare oportere*: aquí el deudor puede limitarse a hacer propietario (*dare*) al acreedor y a nada más; en aquéllas, además de dar, si procede, tiene que hacer todo lo necesario para satisfacerlo, lo cual puede implicar comportamientos complementarios; cuando una fórmula lleva la cláusula de buena fe, el comportamiento es más exigente: no sólo tiene que hacer todo lo necesario para satisfacer al acreedor, sino que debe hacerlo según las exigencias de la buena fe.

⁵⁵⁹ Cic., *De offic.* 3.17.70; *De nat. deorum* 3.30.74; *Top.* 17.66, en todo caso con omisión del depósito que en época de este autor aun no era negocio de buena fe, pero que sí menciona, en cambio, Gai. 4.62.

Esta función de la cláusula se despliega en relación con el deudor, en cuanto él debe comportarse (*facere*) según las exigencias de la *bona fides*; pero también en relación con el juez, en tanto él juzga el pasado comportamiento del deudor en conformidad con las mismas exigencias. De acuerdo con ello, le está permitida una amplia y discrecional libertad de valoración y apreciación de los comportamientos del deudor frente a su acreedor (o sea, de ambas partes de la relación), tanto en la fase de conclusión del negocio como durante su desarrollo y su cumplimiento, de modo de juzgar si ha hecho todo lo que debía hacer.

La jurisprudencia, sin embargo, paulatinamente fue tipificando aplicaciones concretas de la *bona fides*, con lo cual creó un régimen jurídico permanente, aplicable a todas estas relaciones, sin perjuicio de la libertad del juez para apreciar en concreto la causa.

Entre las dichas aplicaciones más importantes se encuentran las siguientes: (i) puesto que en la relación sus partes pueden tener obligaciones recíprocas, sería contrario a la buena fe que una parte acreedora y al mismo tiempo deudora de la otra pretendiera el cobro íntegro de lo que le es debido sin estar dispuesta ella misma al pago íntegro de lo que debe; en consecuencia, se permite al juez operar una compensación de deudas que conduce a la condena por la diferencia (*compensatio ex fide bona*); esta operación es imposible en las obligaciones sancionadas por la *condictio* y en las demás, desde que no hay reciprocidad que la permita; (ii) las *exceptiones* que puedan hacerse valer entre sí las partes no requieren su mención expresa en la fórmula, al revés de lo que ocurre cuando la fórmula pertenece a una acción que no es de buena fe⁵⁶⁰; (iii) los pactos celebrados por las partes de la relación, conjuntamente con la conclusión del negocio básico (*pacta in continenti*), se incorporan en éste y son tenidos en cuenta por el juez, no sólo como excepciones, sino también en sentido positivo, para determinar el contenido concreto de las obligaciones; debido a esto tales pactos vienen a gozar de la protección de la acción que sanciona dicho negocio. Los pactos celebrados después de concluido el negocio (*pacta ex intervallo*) sólo son tenidos en cuenta en la medida en que disminuyan o aminoren las obligaciones o las extingan, no en cuanto las aumenten⁵⁶¹.

A estos pactos, sean *in continenti*, sean *ex intervallo*, que se agregan a un negocio principal, se los llama "*pacta adiecta*" en una tradición que remonta a la edad media. En cuanto los primeros gozan de la protección de la acción que sanciona el negocio

⁵⁶⁰ D. 2.14.7.6: "en los juicios de buena fe se comprenden las excepciones hechas después que son del mismo contrato" (*bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu insunt*). Cfr. D. 18.5.3: "en los juicios de buena fe se comprende la excepción del pacto" (*bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*).

⁵⁶¹ D. 2.14.7.5; 18.1.72 pr.

principal, la misma tradición los denomina "*pacta vestita*" (vestidos con la acción), en oposición a los "*pacta nuda*" (desprovistos de acción y que sólo dan excepción). Con todo, debe advertirse que la distinción "*nudum-vestitum*" es más amplia, pues la agregación de un pacto a un negocio principal es sólo una de las formas de otorgarle "*vestimentum*".

En cambio, los pactos de cualquier clase agregados a una estipulación o una *datio* sólo pueden fundar excepciones.

Además: (iv) se considera como directamente contrario a la *bona fides* (sin necesidad de excepción) todo comportamiento precontractual y contractual de las partes cumplido desde luego con *dolus*, pero también con *culpa*, por lo cual aquella que así obre incumple sus obligaciones y puede ser condenada en el interior de la misma acción que sanciona la relación de que se trate. Cuando ésta no es de buena fe, en cambio, la *culpa* no se toma en cuenta, y los comportamientos dolosos deben ser perseguidos aparte con la *actio de dolo* o denunciados en el mismo juicio mediante la *exceptio doli* expresamente interpuesta. El mismo régimen que el dolo sigue (v) la coacción (*vis metusve*) que una de las partes haya ejercido en contra de la otra. Por otro lado: (vi) el cumplimiento de la obligación demandada, después de haber recaído la *litis contestatio*, la extingue, de modo que el deudor deba ser absuelto. En esto estaban de acuerdo sabinianos y proculianos, por ser plenamente congruente con la buena fe; pero los primeros, en realidad, consideraban que el mismo efecto debía producir el cumplimiento *post litem contestatam* en acciones que no fueran de buena fe, mientras que los segundos le negaban valor extintivo fuera de tales acciones y exigían la condena del deudor. Como terminó por prevalecer el parecer sabiniano (*omnia iudicia sunt absolutoria*), esta regla dejó de ser exclusiva de los juicios de buena fe⁵⁶².

Todavía: (vii) tratándose de uno de éstos, el juez está autorizado para estimar no sólo la prestación incumplida de modo de condenar a pagar su valor objetivo al deudor (*quanti ea res est o erit*), como en los juicios que no son de buena fe, sino también para estimar los perjuicios directamente sobrevenientes al acreedor como consecuencia del incumplimiento doloso del deudor, aunque no hayan sido previstos por éste; y los perjuicios previsibles sobrevenidos al mismo, como efecto del comportamiento culposo de la contraparte, aunque no sean directos. Esto significa que en los juicios de buena fe tiene lugar lo que hoy llamamos "indemnización de perjuicios" en sentido amplio.

Un "perjuicio" en sentido restringido significa la no adquisición o no goce del contenido de la íntegra prestación que debió cumplirse y no se cumplió; y la conde-

⁵⁶² Gai. 4.114.

na al valor estimado de esa prestación ya es una indemnización, porque la suma de dinero sustituye a la prestación. En este sentido estricto todas las acciones obligacionales no penales son indemnizatorias. Pero cuando decimos que en las acciones de buena fe hay lugar a la indemnización del perjuicio, tomamos esta expresión en un sentido más amplio: en ellas se estima, por cierto, el valor de la prestación original, de modo que se comprende la indemnización en sentido estricto; se estima además todo cuanto debió hacer el deudor para satisfacer al acreedor y no hizo, y finalmente se estiman los daños que sin consistir en el incumplimiento de la prestación misma le sobrevinieron a causa del incumplimiento. Esta comprende, pues, lo que, con terminología medieval llamamos "daño emergente" (la efectiva pérdida patrimonial) y "lucro cesante" (los incrementos dejados de ganar por el incumplimiento).

En este sentido, una indemnización de perjuicios no cabe en las acciones que no son de buena fe.

También ésta permite (viii) imponer el pago de una indemnización de perjuicios causados al acreedor por la *mora* del deudor en cumplir sus obligaciones, que normalmente se expresa en intereses (*usurae*) que llamamos "moratorios"; en fin, (ix) la buena fe permite que se condene al deudor a indemnizar el valor de los frutos de la cosa debida, percibidos por el deudor desde su mora culpable.

En el derecho romano, pues, la buena fe cumple un doble papel: por un lado, sirve a los juristas como fuente de regímenes jurídicos, como los vistos; por otro, sirve al juez para apreciar en el caso concreto el comportamiento de las partes.

Esta mayor flexibilidad que ofrecen los juicios de buena fe, los opone claramente a las demás acciones, de donde que Justiniano haya formalizado esta diferencia, ya clásica, mediante la contraposición *bonae fidei iudicia-stricti iuris iudicia*⁵⁶³. Este último tipo está especialmente representado por la *condictio* y la *actio ex testamento*.

§ 158. FIDUCIA

I. CONCEPTO. 1. La *fiducia* es un contrato formal y real al mismo tiempo, que consiste en la transferencia que el dueño de una *res Mancipi*, al que llamamos fiduciante, hace a un fiduciario, mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, contrayendo éste la obligación de comportarse de determinada manera con la cosa y frecuentemente de restituir el dominio de ella al fiduciante (o a un tercero) en un momento posterior predeterminado, mediante una *remancipatio* o *in iure cessio*.

Aunque es conocida por Gayo (2.60; 3.201; 4.62; 4.182), no la menciona entre las *obligationes quae ex contractu nascuntur*.

El carácter formal del negocio deriva de operarse mediante *mancipatio* o *in iure cessio*; y su naturaleza real, de estribar en una transfe-

⁵⁶³ Inst. 4.6.30.

rencia, es decir, en una *datio*. El fiduciario, pues, adquiere el dominio civil del bien y entonces, por ejemplo, puede reivindicarlo⁵⁶⁴, y si la cosa le es hurtada, dispone de la *actio furti* y de la *condictio furtiva*⁵⁶⁵.

La *mancipatio* o *in iure cessio* operan la transferencia del dominio, pero no, por cierto, la de la posesión. Es más, en algunos casos (cuando se trata de *fiducia cum creditore*) la cosa suele quedar en manos del fiduciante como precarista o arrendatario (D. 13.7.22.3; 13.7.37; 43.26.11; 44.7.16 ipp.).

Aquellos negocios formales de adquisición del dominio se tipifican como *fiducia* merced a la introducción de la cláusula *fidei fiduciae causa* en las respectivas fórmulas que el adquirente debía recitar para cumplirlos⁵⁶⁶.

En esta cláusula la *fides* alude a la "fe" que ofrece el fiduciario; y la *fiducia*, a la "confianza" que pone el fiduciante.

2. En virtud de dicha cláusula, la adquisición del dominio producida por el respectivo acto es funcional: el fiduciario contrae la obligación de cumplir algo con la cosa; en la mayoría de los casos ello envuelve su restitución al fiduciante (eventualmente a un tercero). La época de esta restitución y la finalidad a que el fiduciante debe destinar la cosa entretanto vienen determinadas por un pacto separado que acuerdan las partes en el momento de la celebración del negocio, que llamamos "pacto de fiducia" (*pactum fiduciae*). Aparte lo dicho para la época de restitución, este pacto, pues, determina la función con que se transfiere la cosa. Ella puede consistir en: (i) garantizar una obligación propia del fiduciante o de un tercero en favor del fiduciario, que es el acreedor; Gayo dice entonces, sin pretensión técnica, que la *fiducia* es *cum creditore*; (ii) usar la cosa en determinadas condiciones, de modo que la función es ahora el comodato; o bien custodiarla, y es el depósito; o, en fin, realizar algún acto jurídico con ella, y se trata del mandato. En estos tres casos Gayo dice que la *fiducia* es *cum amico*⁵⁶⁷.

Por ejemplo: manumitir a un esclavo, emancipar a un hijo o liberar de la *manus* a la mujer. La *fiducia* también puede servir para ejecutar una *donatio mortis causa* (D. 24.1.11.8; 39.6.42 pr. itpp.). Hay, pues, una analogía funcional con el *dare ob rem*; y quizá en una época más remota el juicio procedente haya sido la *actio legis per conditionem* (y con anterioridad la *actio legis per iudicis arbitrive postulationem*) para recuperar la cosa después de haberse incumplido el fin previsto, hasta que apareció la *actio fiduciae*. Como el dominio del fiduciario es funcional, el fiduciante conserva algunas

⁵⁶⁴ IV. 94 = D. 24.3.49.1.

⁵⁶⁵ D. 13.7.22 pr.

⁵⁶⁶ Form. Bét. lin. 3-4.

⁵⁶⁷ Cai. 2.60.