

Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual en el derecho romano*

Estudio en perspectivas de solución de las problemáticas de derecho moderno

INDIRA DÍAZ LINDAO**

Sumario: Premisas. 1. Eficacia de las cláusulas modificativas de la responsabilidad en derecho romano. 1. La resistencia inicial de la estructura típica del contrato: a) El pronunciamiento de ALFENO VARO frente a la pretendida exclusión de responsabilidad del colono por los actos de sus esclavos. D. 19.2.30.4. b) El pronunciamiento de LABEÓN frente a una cláusula de exoneración de la responsabilidad del *horrearius*. D. 19.2.60.6. c) El pronunciamiento de Labeón frente al aumento convencional de la responsabilidad del vendedor de trigo *in herbis*. D. 18.1.78.3. 2. Consolidación del principio de eficacia

* Este trabajo corresponde con algunos ajustes, a la primera parte de la tesis desarrollada en Italia, en el marco de un Máster destinado a la armonización e integración del derecho de los contratos y de las obligaciones en América Latina, de la *Università degli studi di Roma Tor Vergata*. Durante la misma, tuve la oportunidad de contar con la valiosa dirección del profesor RICCARDO CARDILLI, a quien reitero mis más profundos agradecimientos por sus aportes y continuas orientaciones, las cuales fueron determinantes para la obtención de los resultados plasmados en este artículo y en la segunda parte del mismo, el cual aborda la misma temática en el derecho moderno y que será publicado en un próximo número de esta Revista.

** Docente Investigadora de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la misma Universidad y Máster en Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración de la *Università degli studi di Roma Tor Vergata*. Correo electrónico: [indira.diaz@uexternado.edu.co]
Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2011.

de las cláusulas modificativas de la responsabilidad: a) *Ius controversum* sobre la eficacia de las cláusulas que aumentan el régimen de responsabilidad. Su contrariedad a la estructura típica del contrato (*iuris forma*). b) (sigue) Decantación de la eficacia de los pactos que aumenta el régimen de responsabilidad. Su no contrariedad a la *iuris forma*. c) Extensión de la eficacia de los pactos modificativos de la responsabilidad a aquellos que la disminuyen: (i) Eficacia de las cláusulas que disminuyen las causas de la responsabilidad. (ii) Eficacia de las cláusulas que disminuyen la garantía de un determinado negocio (especialmente la garantía por evicción). II. Límites previstos a las cláusulas modificativas de la responsabilidad ante la consolidación del principio de su eficacia. 1. *Pactum ne dolus praestetur*: a) Dolo, concepto. b) Fundamentos del *pactum ne dolus praestetur*. c) Extensión de la invalidez del *pactum ne dolus praestetur* a la culpa lata. 2. *Bona fides* (especialmente en protección del sinalagma contractual). 3. *Ius publicum* y *boni mores*. Conclusiones.

Resumen

Los límites de las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual han constituido una temática de tradicional importancia y debate en el derecho civil. En los países de tradición romanista, su marco originario se encuentra en la prohibición del pacto de no prestar el dolo futuro como regla sentada por el derecho romano. Sin embargo, esta herencia no refleja íntegramente las soluciones aportadas por los juristas romanos, para quienes la resistencia de la estructura típica de cada contrato se presentó como límite primigenio y cuyo proceso de flexibilización a través de los siglos, fue abriendo paso a los límites del dolo, la buena fe, las buenas costumbres y el derecho público. En las siguientes líneas nos detenemos en el análisis de esta evolución, buscando en una perspectiva de sistemas jurídicos, identificar nuevas y adecuadas claves de lectura de las recientes problemáticas que se plantean en esta materia en derecho moderno y que como veremos en una segunda parte de este trabajo, resultan íntimamente ligadas con la modificación de los contenidos típicos de los contratos.

Palabras clave: Cláusulas modificativas de la responsabilidad, derecho romano, incumplimiento contractual, riesgo, *periculum*, tipicidad contractual, *pactum ne dolus praestetur*, dolo, culpa grave, buena fe, *bona fides*, buenas costumbres, *boni mores*, derecho público, *ius publicum*.

CONTRACT LIABILITY CLAUSES IN ROMAN LAW

Abstract

The boundaries of *limitation of liability and indemnity clauses* constitute an important long-lasting debate in private law. In Civil Law countries they find their origin in the banning of the agreement to waive liability for future willful misconduct as provided in roman law. However, this legacy does not reflect integrally the solutions given by roman jurists, for whom the unbending standardized structure of the contract was regarded as the seminal threshold and which flexibilization among the centuries led to the limitations of willful misconduct, good faith, good uses and public law. In the following lines we analyze this evolution by using a legal systems perspective in order to identify new and

apposite interpretations to the current issues on this matter in modern law and, as we will verify in the second part of this paper, are strongly related to the modification of standardized contracts' content.

Keywords: Limitation of liability clauses, indemnity clauses, roman law, risk, *periculum*, standardized contract, *pactum ne dolus praestetur*, willful misconduct, gross negligence, good faith, *bona fides*, good uses, *boni mores*, public law, *ius publicum*.

PREMISAS

En el curso diario de la adquisición de bienes y servicios, no resulta ajeno al común de las personas encontrarse con cláusulas como:

La de un afiche a la entrada a un parqueadero en el que se indica que el propietario no responderá por daños y robos del vehículo o de los objetos que se encuentren al interior del mismo.

La del recibo de una empresa de mensajería que establece que el retardo en la entrega de la mercancía sólo dará lugar a la indemnización de lo que se pagó por el servicio.

La de un contrato de compra venta sobre planos de una vivienda, en la que se establece que el retardo en la fecha de entrega de la misma, no causará indemnización alguna a favor del comprador.

La de una empresa de transporte de personas que advierte a sus clientes potenciales que la empresa queda liberada de toda responsabilidad por los daños y/o robos de los equipajes que lleven los pasajeros o, la que establece un monto máximo a reconocer a título de indemnización en caso de pérdida.

La de un contrato de internet en el que se establece que el proveedor del servicio no responderá por las interrupciones inesperadas del servicio o, lo que sería lo mismo, la que establece que el riesgo por dicha suspensión del servicio lo asume el usuario.

Los citados ejemplos podrían agruparse dentro de la categoría general de cláusulas¹ modificativas de la responsabilidad contractual², en la cual se pueden identificar variadas tipologías y formas, que dependen de las necesidades e inventiva de los contratantes, pero que de manera general tienden a aumentar y, en la mayoría de casos, excluir o limitar el derecho, el monto o la modalidad de la reparación

¹ Término que asumiremos en el presente trabajo de manera amplia, en el sentido de disposiciones contractuales, sin detenernos en su efectiva celebración por la voluntad efectiva de una o de ambas partes.

² Seguimos en este sentido el esquema expositivo del tema planteado por L. MUÑIZ ARQUELLES, *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual*. Bogotá, 2006, 5, aunque con distintos ejemplos.

en caso de incumplimiento o de ejecución tardía o defectuosa de una obligación y frente a las cuales es frecuente preguntarse ¿estas disposiciones son admisibles jurídicamente? ¿hasta qué punto? ¿cuáles son los límites o controles que se pueden alegar frente a las mismas?

Las citadas preguntas constituyen un tema de tradicional importancia en el derecho civil de los contratos, que cobra mayor relevancia en aquellos que, como los de adhesión y de consumo, son elaborados por una de las partes que establece todas las condiciones del negocio, quedando la otra simplemente limitada a aceptarlo y a asumir todas las consecuencias que le puedan resultar desventajosas.

Lo anterior, ha llevado incluso a algunos ordenamientos a establecer en estos contratos y respecto de estas cláusulas, normas especiales y más rigurosas que tienden a limitar o simplemente prohibir algunas de las tipologías de las cláusulas modificativas de la responsabilidad, partiendo generalmente de su calificación como abusivas. Ello, no obstante se les reconozca al mismo tiempo ventajas en el tráfico jurídico en general, especialmente, la viabilización de la repartición de los riesgos de una actividad comercial, así como el cálculo y contratación de sumas elevadas que pueden acarrear eventuales demandas de responsabilidad civil que se generen en el ejercicio de una actividad económica, permitiendo así la expansión en la prestación de bienes y servicios a favor de la economía en general, pero especialmente de los empresarios, aunque los consumidores pueden resultar beneficiados por una consecuente reducción de costos; posición esta última que resulta aún muy discutible.

Ahora bien, conscientes de que en materia de cláusulas modificativas de la responsabilidad las problemáticas fundamentales y la incidencia práctica se plantean en los peligros que éstas implican para los intereses y derechos de las partes en contra de las cuales se establecen, nos hemos propuesto acometer la identificación de los límites a los cuales dichas cláusulas se encuentran sometidas y que pueden ser alegadas en un determinado momento por quienes están sometidos a las consecuencias adversas de las mismas.

Para el efecto, seguiremos una metodología histórica dogmática, en la que partiremos del tratamiento de la materia en el derecho romano, punto sobre el cual nos detendremos en esta primera parte del trabajo, para luego pasar en una posterior, a su estudio en el derecho moderno en países europeos y latinoamericanos pertenecientes al sistema jurídico romano.

Esto, para buscar, por una parte, la identificación de las soluciones a las que estos ordenamientos han recurrido jurisprudencial o legislativamente para dar respuestas a las problemáticas planteadas, permitiendo en una perspectiva de sistema comparar y aprovechar experiencias de países que comparten una misma tradición jurídica, para valerse de los pasos que han dado algunos países, por aquellos que aún se encuentran en una etapa de decantación y revisión jurisprudencial y legislativa de la materia, como resulta ser el caso colombiano; y por otra, para tratar de aprovechar las bases de esa misma tradición jurídica, expresada en los principios,

normas e instituciones sentados por los juristas romanos, a través de la identificación de fundamentos o soluciones que puedan ser aplicadas a las problemáticas que hoy se plantean en la materia objeto de nuestro estudio o, que permitan dar una relectura a las que ya se vienen aplicando. Para el efecto, nuestro análisis partirá de las siguientes premisas:

1. Que la materia sobre la cual recaen las cláusulas de nuestro objeto de estudio, a saberse, la responsabilidad, se identifica en derecho romano con el instituto del *praestare*, instituto que se proyecta en la tradición civilista en el instituto de la "responsabilidad contractual", no obstante las diferencias existentes entre ellas³, especialmente, la mayor amplitud de la noción de la *praestare* frente al de responsabilidad en el derecho moderno, esta última concebida como el deber de indemnizar el daño causado en virtud del incumplimiento de una obligación y delimitada por la culpa como criterio de imputación, que se distingue tajantemente del riesgo contractual.

Por el contrario, siguiendo con la construcción doctrinaria realizada por GROSSO⁴, el *praestare* en el sentido de "garantizar", encuentra sentido en el derecho romano, como objeto de la obligación al lado del *dare* y al *facere*, así como en el perfil de resarcimiento consiguiente al incumplimiento del primero, concibiéndolo en todo caso como una condición del deudor (condición de garantía) diversa y precedente a aquella estrictamente procesal expresada en el *actione teneri*⁵.

En este último sentido, el *praestare* adquirió la siguiente diversidad semántica: *dolum praestare*, *custodiam praestare*, *casum praestare*, *culpam praestare*, *diligentiam praestare*, *periculum praestare*, dando cuenta de la existencia en derecho romano, de modelos de responsabilidad no sólo basados en la culpa, sino de aquellos en que se prescinde de ella, como es el caso del *custodiam praestare*⁶. En otras palabras, el *praestare* en el sentido de la responsabilidad moderna, no sólo estaba determinado por el dolo, la culpa y la diligencia, sino además por la custodia, o en general, por ciertos riesgos (*periculum*) por los que debía responder el deudor en razón de la actividad que debía

³ Para ver ampliamente remitimos al estudio de R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare", e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. a.C.-II sec. d.C.), Milano, 1995, 1-59, en las que el autor realiza un recorrido de las diferentes posiciones sobre el "praestare" en la tradición romanista, en relación con su proyección en la responsabilidad del derecho moderno, esta última en la que se le niega al verbo *praestare* su significado específico de objeto del "oportere", posición esta que es rebatida por el autor en su estudio.

⁴ G. GROSSO, *Obbligazioni*, Torino, 1966, 33.

⁵ La *actione teneri*, hace referencia a la fórmula que expresa, a través de la sujeción a la acción, la idea romana de responsabilidad. R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 15.

⁶ El *custodiam praestare*, fue concebido para algunos deudores como el comodatario, el lavadero, o los remendadores, e implicaba responder objetivamente por algunos eventos particulares como el hurto, la fuga de animales o la responsabilidad por los actos de terceros.

desarrollar, por la posición contractual que asumía, o por la iniciativa que había tenido para la realización del negocio⁷.

Estas últimas acepciones del *praestare*, son explicados por una parte de la doctrina romanista estableciendo una diferencia neta entre responsabilidad y riesgo en sentido técnico⁸, curso que fue iniciado por BETTI y seguido por CANNATA⁹ aunque con marcadas diferencias y críticas¹⁰, así como rebatida y señalada como extraña a las fuentes romanas por CARDILLI. Este último autor, reivindica como verdaderos criterios de responsabilidad los mencionados modelos que prescinden del criterio de la culpa y apartándolos del problema del riesgo contractual, por lo menos, en algunas etapas del derecho romano¹¹.

Frente a todo lo expuesto y como premisa del desarrollo del presente trabajo, debemos advertir que haremos abstracción de las citadas diferencias entre el *praestare* y la responsabilidad moderna, así como de las discusiones existentes entre los estudiosos del derecho romano en cuanto a la distinción del *praestare* en el sentido

⁷ R. CARDILLI, *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*, en *Rivista di Diritto Civile*, 3, Padova, 1998, 315 ss., especialmente 346 ss. Igualmente el mismo autor en *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 512.

⁸ Buscando superar la distinción interpolacionista entre responsabilidad objetiva, como propia del derecho clásico y la subjetiva como del derecho justiniano.

⁹ Este último partiendo de un concepto unitario del *praestare* concebido como prestación accesoria de "aseguración" de la obligación principal, que se reduce fundamentalmente a asegurar el riesgo del dolo, de la culpa, de la negligencia, de la custodia, así como del *periculum* concebido en sentido técnico. C.A. CANNATA, *Sul Problema della responsabilità nel diritto privato romano*, en *Revista IURA*, XLIII, Napoli, 1992, cuyo análisis es reproducido con algunas precisiones en ID, *Sul Problema della responsabilità nel diritto privato romano, Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996.

¹⁰ Esta diferencia entre responsabilidad y riesgo *periculum* "técnico" es analizada por BETTI planteando una diferencia neta entre los dos institutos a partir de subordinación de los problemas de repartición del riesgo (riesgo en sentido técnico) respecto a las cuestiones concernientes a la imputabilidad por incumplimiento, así: I. Problema de la responsabilidad (= imputabilidad). (i) Responsabilidad típica de la relación en estudio; (ii) Extensión por medio de pactos de la responsabilidad, mediante asunciones convencionales de la garantía relativa al verificarse ciertos riesgos; (iii) Extensión automática de tal responsabilidad operada por la mora del deudor. II. Problema del riesgo (en sentido técnico); iv) Tolerancia o repartición del riesgo contractual. E. BETTI, «*Periculum*» *Problema del rischio contrattuale*, en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. I, Milano, 1956, 134. Por su parte C.A. CANNATA, luego de un minucioso estudio de los casos referido por las fuentes, objeta este esquema de subordinación de los problemas del riesgo frente al de la imputabilidad, concluyendo que las reglas concurren sin una subordinación de la una sobre la otra, ya que el deber de resarcimiento del daño de una parte en relación con la otra, debe ser ubicado tanto como problema de riesgo como problema de responsabilidad, ya que si el riesgo se refiere a una prestación debida por la parte a la cual se le atribuye éste, ya sea de manera convencional o legal, se trata de una extensión de la responsabilidad, es decir, de su *praestare*. Por su parte, si la atribución legal o convencional del riesgo se hace a la persona que no tenía a cargo la prestación debida, la misma implicará una limitación de responsabilidad de esta última, de donde la mayor o menor precisión para ubicar la problemática corresponderá de la estructura correcta del caso. C.A. CANNATA, *Sul Problema della responsabilità*, en *Revista IURA*, cit., 60 ss., especialmente 74.

¹¹ R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 43 ss.

de responsabilidad y el *praestare* en sentido de riesgo, asumiendo entonces como cláusulas modificativas de la responsabilidad en derecho romano, todas aquellas que modifican por la voluntad de las partes, el *praestare* en todas las acepciones mencionadas (*dolum, custodiam, casum, culpam, diligentiam praestare, periculum praestare*) y que incluye entonces la modificación de todas las causas de responsabilidad¹².

2. En segundo lugar, teniendo en cuenta que en derecho romano el instituto de las cláusulas modificativas del *praestare* no parten de un sistema del contrato basado en la autonomía privada, sino en un sistema de tipicidad contractual, cuya mayor o menor rigidez incide en el grado de limitación a las cláusulas modificativas del *praestare* previsto para cada negocio, nuestro análisis se realizará metodológicamente teniendo en cuenta la citada evolución del sistema de tipicidad contractual romano.

I. EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD EN DERECHO ROMANO

1. La resistencia inicial de la estructura típica del contrato

El derecho romano clásico no conoció un sistema del contrato¹³, sino un sistema de tipicidad de las figuras contractuales reconocidas por el ordenamiento, a las cuales debían atenerse los particulares en sus negocios a efectos de obtener tutela jurídica. Así, la tipicidad significa identificación de elementos estructurales que son propios de determinados negocios y no de otros¹⁴. Con base en la identificación

¹² Aunque la podamos ubicar dentro de la categoría general de las cláusulas modificativas de la responsabilidad, no trataremos en este trabajo la figura de la cláusula penal y los límites previstos para la misma, teniendo en cuenta el estudio independiente que en derecho moderno se le da generalmente a este tipo de cláusulas, partiendo del hecho de su entidad y funcionalidad específica, a saberse, la previsión anticipada de perjuicios que deberán ser cancelados en caso de incumplimiento con independencia de la efectiva causación del daño. Específicamente en derecho romano, esta cláusula se identifica con la *stipulatio poena* contiene la promesa de realizar una determinada prestación, generalmente la entrega de una suma de dinero, en el caso en que se verifique el incumplimiento de una obligación, de la cual dicha estipulación es accesoria. Sobre los límites impuestos a las cláusulas penales excesivas contenidas en la *stipulatio poenae*, ver M. NEME, *La buena fe en el derecho romano*, Bogotá, 2010, 349 ss.

¹³ Sistema que no se logra imponer en el derecho romano, a pesar del momento significativo alcanzado con el intento de Labeón de elaborar una categoría general de *contractus*, con la consecuencia de la libre determinación de su contenido, la cual se conserva en D.50.16.19.

¹⁴ La tipicidad negocial en derecho romano, se presenta más que por sus elementos esenciales como sucede en la tradición civilista de derecho moderno, por la naturaleza especial de las obligaciones o sea, de los comportamientos a los cuales se está vinculado. R. FIORI, *El problema del objeto del contrato en la tradición civil*, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 2009, 205 ss., específicamente 212.

de tales elementos, los negocios vienen reconocidos en el derecho romano como fuente de obligaciones protegidos jurídicamente¹⁵.

Este sistema de tipicidad negocial caracterizó fundamentalmente el derecho romano preclásico y clásico¹⁶ con dos referentes: uno de carácter formal y otro de carácter sustancial. El primero reflejado en negocios formales solemnes (forma), ejemplo de los cuales la *stipulatio* y el segundo, en finalidades económico-sociales (causa) típicamente determinadas¹⁷, como las reconocidas en los contratos consensuales entre ellos, la compraventa y el arrendamiento.

En este sistema se distingue además entre tipicidad negocial, dado el reconocimiento de un número limitado de negocios y tipicidad de contenido, por el reconocimiento a cada negocio de una determinada configuración o estructura cuya modificación o ampliación resultaba en principio imposible a cuenta de una disposición individual de las partes¹⁸.

¹⁵ C.A. MASCHI, *La Categoria dei contratti reali*, Milano, 1973, 47.

¹⁶ El sistema de tipicidad se mantiene en derecho justinianeo pero con menor rigidez, dadas las aperturas significativas al principio que comienzan a generarse ya desde los siglos II y III a.C. Desde el punto de vista de la tipicidad formal, dicha apertura se presenta con la utilización de la *stipulatio*, típico negocio abstracto caracterizado por la forma, como figura negocial que permitía abrazar los más variados contenidos u operaciones económicas siempre y cuando se observara la forma solemne prevista para su celebración. Desde el punto de vista de la tipicidad causal, se presenta por un lado, la tutela de convenciones mediante las cuales dos personas se ponían de acuerdo sobre una prestación y una contraprestación (cada una con relación a la otra), de tal manera que cuando una de ellas ejecutaba la propia, surgía para la contraparte la obligación de cumplir con su prestación (D. 14.7.2; D.19.5.5. pr.). Se trata entonces de convenciones tuteladas por el ordenamiento en contraposición de aquellas a las que el ordenamiento daba un nombre propio (contratos nominados), las cuales son catalogadas por los comentaristas bizantinos como "contratos innominados" y clasificados en las siguientes cuatro especies, que confirman el principio de tipicidad de causas: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Otra apertura a la llamada tipicidad causal, se presenta con la operatividad de los *pacta adiecta*, cláusulas convencionales a través de las cuales se modelan los efectos de los contratos reconocidos por el ordenamiento. M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto Romano. Estratto dal Digesto, IV edizione*. TORINO, 33. Sobre el particular, ver igualmente G. GROSSO, *Il Sistema Romano dei Contratti*, TORINO, 1963.

¹⁷ Dichas referencias fueron apareciendo en el sistema de contratos romano, en este mismo orden. Inicialmente, predominó la tipicidad formal de las obligaciones *verbis, literis contractae* y el mutuo, figuras típicas que rigieron fundamentalmente hasta los siglos II y III a.C. y que con motivo de la expansión económica de Roma en estos siglos, se extendieron a la tipicidad causal de las obligaciones *consensu contractae*, como la compraventa, la sociedad, el mandato y la locación y *re contractae*, a saberse, el depósito, el comodato y la compraventa. Para ver la evolución sobre el punto M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra "conventio" e "stipulatio" fino a Labeone*, en AA.VV., *Contractus et pactum, Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (ATTI COPANELLO, 1988), Napoli, 1992, 35 ss.

¹⁸ Se trata de dos principios que terminan por integrarse uno en el otro, ya que la tipicidad del contenido resulta derogable aunque sea en medida limitada a través de disposiciones de las partes (pactos) y porque relaciones típicas como la *stipulatio* no conocen tipicidad de contenido, constituyendo modelos contractuales con contenido variable. C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 58.

Dicha estructura típica es concebida por los romanos atendiendo a la realidad existente, antes que partiendo de una norma o regla, la cual vendría a tener sólo valor recognitivo y no creativo.

En su fase clásica más evolucionada, la ciencia jurídica romana reconoce esta estructura típica como la *natura* de cada contrato¹⁹, que indica entonces aquella estructura jurídica de un instituto que lo constituye e individualiza distinguiéndolo de otros y que representa entonces su tipicidad²⁰, como el conjunto de elementos que resultan configurados objetivamente de manera espontánea y natural, por necesidad material o lógica, atendiendo la realidad existente y no como más adelante lo conciben los bizantinos, como el conjunto de reglas jurídicas impuestas por el derecho positivo para un determinado instituto²¹.

De ahí que este instituto, no coincida con los "elementos naturales" propios de la doctrina de derecho común que establece la tripartición entre elementos esenciales, naturales y accidentales del negocio y la cual es elaborada a partir de la interpretación de las fuentes romanas²², pero que corresponde sobre todo, a la visión teorizante aristotélica, hecha propia de la filosofía medieval²³. En derecho romano por el contrario, lo natural no se opone a lo esencial, ya que en lo que corresponde al punto de partida, lo esencial concurre a formar la estructura típica

¹⁹ De la cual se desprende posteriormente la doctrina bizantina de la *natura contractus*. C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 65.

²⁰ C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 64-65. Esquemas típicos son aquellos que reproducen las estructuras normales de la actividad fundamental, así como son históricamente determinadas en la realidad social: después existen tipos de este género que pueden ser modificados (por las partes); existen también esquemas nuevos los cuales serían de dos tipos: unos corresponden a esquemas típicos históricamente afirmados en la realidad social, pero no recepcionados por el ordenamiento; otros serían esquemas individuales fruto de la creación del singular y no de una actuación social. Estos últimos frente a los cuales el ordenamiento se reserva solamente una valoración de los intereses que las partes persiguen a través de aquella estructura. G. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 223 ss.

²¹ «Infatti natura, naturaliter, ecc. Possono bene indicare, anche per i classici, la struttura di un istituto, non un quanto la si considere come creazione del diritto positivo, bensì in quanto essa risulta così configurata obbiettivamente, per necessità materiale o logica. Qui, secondo l'antitesi tra ciò che è impostazione arbitraria della legge e ciò che è la costituzione del rapporto quale risulta ineluttabilmente dal complesso degli elementi, non già come per i bizantini, il complesso delle regole che il legislatore gli ha imposto, e il cui carattere davvero non naturale appare anche più patente quando se ne riconosce la libera alterabilità ad arbitrio delle parti». G. ROTONDI, *Natura Contractus*, en *BIDR*, Roma, 1911, 51. Siguiendo a este autor, R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 318.

²² Especialmente a partir de la interpretación realizada por BALDO DE UBALDI, a las manifestaciones de PAPINIANO en D. 18.1.76. y la reinterpretación que del mismo realiza ULPIANO en D. 2.14.7.5. Para un análisis profundo de la real significación de estos textos en la jurisprudencia clásica, nos permitimos remitir a R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, en *Revista Roma e America, Diritto Comune*, 26, Roma, 2008, cit., p. 162 ss.; R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 315 ss., quien amplía su análisis en *ID. El problema del objeto del contrato en la tradición civilística*, p. 202 ss.

²³ R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 319. R. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 67.

de la relación²⁴, la cual resulta configurada de manera espontánea y natural en el tiempo, por necesidad material o lógica y no por una regla o norma, la cual simplemente la reconoce.

De conformidad con lo expuesto, la estructura típica de un contrato, es decir su *natura*, comprende tanto las obligaciones o los comportamientos a los cuales se está típicamente obligado en virtud del mismo y en la que se encuentra contenido entonces el "*praestare*" en su perfil de condición (causa) del resarcimiento²⁵ y cuya posibilidad de modificación a través de un pacto previsto por las partes, no parece haber encontrado mayor admisibilidad en un período caracterizado por una rigidez del sistema de tipicidad contractual romano. Lo anterior, tal como se desprende de los siguientes testimonios:

a) El pronunciamiento de ALFENO VARO frente a la pretendida exclusión de responsabilidad del colono por los actos de sus esclavos. D. 19.2.30.4.

A finales de la edad republicana, el jurista ALFENO VARO se pronuncia frente a una cláusula que prevé una exoneración de responsabilidad según nos lo reporta el siguiente fragmento:

D. 19.2.30.4: ALFENO, libro III del Digesto compendiado por PAULO. *Un colono había recibido la casa de campo con esta condición, que la devolviera sin deterioro, salvo el caso de fuerza, y el de vejez, un esclavo del colono encendió la casa no por caso fortuito, respondió, que no se consideraba exceptuado este caso de fuerza, y que no se pactó eso, que si algún doméstico la hubiese incendiado no sería aquél responsable de ello, sino que ambos quisieron exceptuar la fuerza extraña.*

En el supuesto fáctico, un colono toma en arrendamiento una hacienda agrícola y en la celebración del negocio, se incluye una disposición contractual que prevé por una parte, la obligación de restitución del bien arrendado por parte del colono y por otra, se reitera la fuerza y la vejez como límites de esa obligación de restitución, tal como se venía arraigando en la praxis negocial²⁶, pero al parecer, con la potencialidad de ampliar los alcances de estas causas de exoneración de responsabilidad.

En efecto, la fuerza (*vis*), entendida como aquella externa que no se puede resistir, constituía para la época el riesgo intrínseco a cargo del arrendador. Sin embargo, en dicha fuerza no se entendían incluidos los eventos internos al colono, como por

²⁴ G. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., 184, especialmente nt. 3.

²⁵ Diversa y precedente a aquella estrictamente procesal expresada en el *actione teneri*. Se trata de un enfoque de G. GROSSO traído por R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., p. 15, haciendo referencia a las diferentes posiciones sobre el *praestare* en la tradición romanista y su proyección en la responsabilidad del derecho moderno.

²⁶ Para el caso de la vejez, por los cantonianos y para el caso de la *vis*, por SERVIO SÚLPICIO RUFÓ, en D. 19.2.15.2., pero que en el caso de este último, distinguía entre la *vis* no resistible a cargo del *locatore* y la *vitia quae ex ipsa re oriuntur* a cargo del colono. R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., p. 182.

ejemplo, la fuerza generada por uno de sus esclavos. Esto, precisamente en consideración a la relación existente entre ellos, la cual hace imposible considerar al colono como extraño al evento dañoso del esclavo, el cual se constituye por el contrario, en una causa de su responsabilidad por la no entrega de la villa arrendada²⁷.

Ahora bien, estos hechos dañosos de los esclavos, son los que parecen haberse pretendido adicionar como causa exonerante en la disposición contractual analizada por el jurista ALFENO²⁸, quien le resta a la misma cualquier incidencia frente a la regla típica de la *vis*, que de acuerdo con la regla serviana recordada en D. 19.2.15.2., se encontraba ya limitada a los hechos externos e irresistibles²⁹.

Aunque la solución del jurista es justificada con una presunta voluntad común de las partes, como destaca CARDILLI, la misma no pretende resaltar la prevalencia de dicha voluntad, sino simplemente utilizarla como recurso para ratificar la inmutabilidad de la regla típica de la *vis*, ante el pacto que intenta modificar sus contornos³⁰.

Por lo demás, debemos anotar que este texto anticipa el régimen de la responsabilidad por los hechos de los dependientes³¹, tema sobre lo cual no nos

²⁷ L. CAPOGROSSI, *Remissio Mercedis*, Napoli, 2005, 31; R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 88, especialmente nt. 85, 86-87.

²⁸ En efecto, al parecer con la inclusión del término *vis*, la *lex contractus* extiende más allá de la *vis maior* las causas exoneradoras de la obligación del colono. Posición contraria es la manifestada por L. CAPOGROSSI, *Remissio Mercedis*, cit., 32, quien considera que la cláusula no añade o amplía nada al concepto de *vis*, y lo que hace es simplemente reiterarla como causa exonerante ante el lento e incierto reconocimiento que de la misma se venía realizando, lo que justificaba la persistencia de la cláusula y cuya praxis, según el autor, es la que permite que la regla se sienta en el tiempo. Posición esta que ya fue rebatida por R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo*, cit., 182, nt. 68.

²⁹ La acentuación del requisito de irresistibilidad es resaltado por ALFENO, al indicar que el incendio es atribuido al colono por tratarse de *non fortuito casu*, lo que hace presumir que si el incendio hubiese sido causado siempre por el siervo, pero accidentalmente, el caso hubiese podido ser incluido dentro de la *vis* prevista en el pacto, independientemente de la consideración de si la conducta del siervo había sido dolosa o culposa, lo cual queda sólo como un problema de trasfondo en el pasaje. En este sentido R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 87, especialmente nt. 82-83, en las que el autor se aparta de la posición doctrinaria que sostiene que en el fragmento el jurista no es llamado a verificar una culpa o no del colono por el acto voluntario o culposo de sus dependientes y que por ende, considera interpolado el texto en la expresión "*non fortuito casu*". Asumiendo esta misma posición encontramos a B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziale e tutela del fenómeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, MILANO, 2002, cit., p. 375, quien adicionalmente hipotetiza un ejemplo en el que el colono pudiera haber incendiado la casa, pero por un *fortuito casu*: un evento en el que el siervo teniendo en la mano la antorcha, hubiese sido tomado por sorpresa por un viento de intempestiva fuerza, llevándolo a tierra, haciéndole caer la antorcha sobre la paja y produciendo el fuego.

³⁰ R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., 182, especialmente nt. 68.

³¹ "Si en efecto, en el caso analizado es pacífica la atribución al colono, en vía noxal, de una responsabilidad aquiliana por el daño cometido por su esclavo, esto, sin embargo, como ya observa FRIER, frecuentemente no es suficiente para mantener indemne al arrendador". B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, cit., p. 374.

detendremos más allá de lo anteriormente expresado, por desbordar esto nuestro objeto de estudio.

b) *El pronunciamiento de LABEÓN frente a una cláusula de exoneración de la responsabilidad del horrearius. D. 19.2.60.6.*

El *receptum horreariorum* constituía un negocio en virtud del cual el *horrearius*, arrendaba a terceros espacios para el depósito de mercancías, otorgando a su vez un servicio de custodia sobre las mismas. En este negocio, el *horrearius* establecía previamente las condiciones generales de arriendo o subarriendo —*leges horrearum*— en las que se incluían las reglas sobre su responsabilidad como aquella referida en el fragmento transcrito, en donde se hace alusión a una cláusula de exoneración de responsabilidad en la que el *horrearius* manifiesta la voluntad de no recibir a su riesgo objetos de valor:

D. 19.2.60.6. LABEÓN. Obras póstumas compendiadas por JAVOLENO, libro V. *El arrendador de un almacén tuvo el propósito de no recibir a su riesgo oro, plata, ni perlas; sabiendo después que se almacenaban estas cosas, lo consintió, por esto dije que habrá de quedarte obligado, lo mismo que si renunció a su propósito, y así parece.*

De acuerdo con la doctrina mayoritaria³², ya desde tiempo de Labeón sobre el *horrearius* recaía una responsabilidad objetiva por custodia (custodia en sentido técnico)³³, la cual constituía un criterio de imputación de la responsabilidad que implicaba responder por el robo de la cosa, excepto por casos de fuerza mayor, como sería el evento de la rapiña³⁴. Se trata de una responsabilidad que estaba de-

³² En este sentido: A. PETRUCCI, *Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros*, en *Revista Roma e America. Diritto Romano Comune*, 13, Roma, 2002, 248, especialmente nt. 43; C.A. CANNATA, *Su alcuni problema relativi alla locatio horrei*, en *Studia Documen. Hist. Iuris (SDHI)*, 30, 1964, 244 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 372 ss.; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958-159 ss., el cual considera la responsabilidad por custodia prevista en D. 16.2.60.6. como un "naturale negotii", contraria a los eventos precedentemente analizados, en los cuales dicha responsabilidad sólo se asume en virtud de un pacto expreso.

³³ La custodia en su acepción de vigilancia (la que distingue de la custodia técnica en el sentido de garantía de conservación), constituye la prestación que se asume en el negocio de *locatio operis facendi* que celebra el empresario del almacén (*horrearius*) con sus clientes. E. BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. II, parte I, Padova, 1962, 371. Un típico caso en el cual se asume la custodia en su acepción de vigilancia, sin que se asuma la custodia técnica (por el robo de la cosa), sería el del depósito, cuya responsabilidad se limita al dolo; *praestare custodiam* significa ser gravado con el "riesgo" de la custodia, es decir, ser responsable por los eventos que la custodia está destinada a evitar. C.A. CANNATA, *Sul problema della Responsabilità*, cit., 72.

³⁴ La responsabilidad por custodia "*custodiam praestare*" reconocida para algunos deudores (como el comodatorio, el lavandero, entre otros) significaba responder por ciertos eventos particulares en que surgía la imposibilidad de la prestación, de manera independiente al comportamiento observado por el deudor. En la edad republicana se respondía por cus-

terminada por la obligación principal del negocio, el cual no se reducía a colocar a disposición de la otra persona el espacio que requería para depositar un bien, sino que se extiende sobre todo, a custodiar la cosa depositada por el tercero con el fin de evitar su robo³⁵.

Siguiendo esta posición y apartándonos de aquella que sostiene que la responsabilidad del *horrearius* era subjetiva (responsabilidad por culpa) y que por ende la custodia técnica debía ser asumida por un pacto³⁶, la cláusula a la que hace referencia el fragmento transcrito podría ser entendida: (i) como una cláusula que exonera al "empresario" de la responsabilidad típica que le correspondería por la celebración del negocio (responsabilidad por custodia técnica); o, (ii) como una cláusula dirigida a determinar el objeto sobre el cual se desea contratar, excluyendo la existencia de la voluntad negocial en un caso específico, a saberse, cuando se trate del depósito de bienes de gran valor.

En todo caso, se trata en derecho romano de una cláusula de exclusión del *praestare* del *horrearius*. Frente a la misma, la solución dada por Labeón parte de la consideración de que si el *horrearius* pese a la cláusula recibe los objetos frente a los cuales había excluido la asunción del riesgo, habría celebrado el negocio y en consecuencia, estaría sometido a todas las obligaciones y responsabilidades que del mismo se derivan, justamente el *praestare custodiam*.

todia en el caso de hurto de la cosa y fuga de los esclavos que debían ser custodiados y a éstos se suman en el siglo II d.C., los eventos de daños causados a la cosa por un tercero. Se concibe entonces la responsabilidad por custodia como una vigilancia activa de la cosa, la cual tiene como límite la fuerza mayor, de tal manera que se responde por hurto y no por la rapiña. Se trata claramente de una responsabilidad que surgió en época clásica como responsabilidad sin culpa (responsabilidad objetiva); que en época epiclásica fue reconducida a una responsabilidad por culpa levísima (como violación de un deber de diligencia exactísima), tal manera como fue recibida por la compilación justiniana, haciéndole perder su carácter autónomo como criterio de imputación (aunque sin consecuencias prácticas porque seguía siendo una responsabilidad cuyo único límite era la fuerza mayor). Ya en época posterior (epiclásica) se concibe como responsabilidad por culpa (omisiva) levísima, perdiendo así su carácter inicial de atribución objetiva de ciertos riesgos. C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità*, cit., 72; C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano medioevale e moderno*, en *Digesto de la disciplina privatistica*, vol. 17, Torino, 1998, 72; E. CORTÉS, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, 2001, 85.

³⁵ R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit. 374 ss. En el mismo sentido, E. BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 369-370, quien distingue entre la custodia en su acepción de vigilancia y la custodia técnica en el sentido de garantía de conservación, señalando cómo la primera constituye la prestación principal que se asume en el negocio de *locatio operis facendi* que concluye el empresario del almacén (*horrearius*) con sus clientes.

³⁶ Así: R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, p. 125 ss., según citación realizada por A. PETRUCCI, *Sobre los orígenes de la protección*, cit., 248, nt. 43; igualmente E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 371, nt. 78, cambiando la posición inicialmente asumida en la obra citada en la nota anterior. En nuestro parecer, en esta última obra el autor incurre en una inconsistencia al considerar como derivada de un pacto la responsabilidad por custodia técnica del *horrearius*, con base en D. 16.2.60.6., bajo el argumento de que el fragmento testimonia la existencia de un pacto implícito, cuando precisamente la naturaleza de pacto estaría dada por la asunción expresa de esta responsabilidad.

El jurista privilegia entonces indirectamente y por vía de la presunta voluntad en contrario del *horrearius* (la cual se hace derivar de la efectiva recepción de los bienes)³⁷ la actividad típica de custodia y vigilancia sobre la cosa³⁸ y el régimen de responsabilidad que se deriva de la misma (custodia técnica), frente a la cláusula que pretendía modificar sus contornos, haciendo prevalecer en consecuencia la estructura típica del contrato.

Se parte, entonces, de una concepción en la que mediando la voluntad negocial (sea ésta tácita o expresa), los contratantes quedan automáticamente sometidos a la estructura típica del negocio, asumiendo como consecuencia las obligaciones y responsabilidad que se derivan del mismo, independientemente de la previsión de una cláusula que pretende modificar el régimen de responsabilidad o la esencia misma de la obligación que se asume en estos contratos.

c) *El pronunciamiento de LABEÓN frente al aumento convencional de la responsabilidad del vendedor de trigo in herbis. D. 18.1.78.3.*

D. 18.1.78.3. LABEÓN, obras póstumas compendiadas por JAVOLENO, libro IV. *Al vender el trigo que estaba en la planta, dijiste que si algo hubiera sucedido por fuerza o temporal, tú lo pagarás, las nieves estropearon el trigo, si fueren demasiadas y contra lo ordinario de la estación, podrá ejercitarse contra tí la acción de compra.*

Como se desprende de este fragmento, de acuerdo con la regla *periculum emptoris*, cuando sobrevénía una fuerza o temporal que generaba una diferencia entre el trigo efectivamente recolectado por el comprador y aquel que se encontraba en la planta al momento de la venta, dicho *periculum* era asumido por el comprador³⁹ y en consecuencia no existía responsabilidad del vendedor por estos hechos.

En el supuesto fáctico puesto a consideración de LABEÓN, las partes habían ampliado convencionalmente el *praestare* del vendedor extendiéndolo a los eventos de pérdida del trigo por fuerza o temporal, modificando en consecuencia a favor del comprador la regla *periculum emptoris*. Por su parte, efectivamente había sucedido una fuerza (nieve) que había estropeado el trigo.

³⁷ En efecto, la solución dada por el jurista ha sido interpretada, bajo la idea de que la misma se funda en un acuerdo tácito que las partes manifiestan a través de comportamientos concluyentes, dirigido a sustituir en el particular, o en los particulares contratos, una cláusula diversa de aquella indicada en las condiciones generales. A. PETRUCCI, *Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros*, cit., 250. El autor pone de presente dicha interpretación, inclinándose en todo caso por aquella que considera que el razonamiento del jurista es producto de la aplicación del principio *venire contra factum proprium nemini licet* (no resulta lícito actuar en contravención a los propios hechos), el cual a su vez deriva del principio de la buena fe objetiva.

³⁸ R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 374, especialmente nt. 145.

³⁹ R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 332.

Puesto a consideración del jurista el valor de la disposición convencional frente a los hechos efectivamente acaecidos, éste no obstante dar valor a la modificación (aumento) de la responsabilidad del vendedor, lo hace de manera limitada llevando el significado de *vis* al que venía siéndole reconocido típicamente, es decir, el de eventos naturales *contra consuetudinem*⁴⁰.

Así las cosas, a pesar de la cláusula prevista en el momento de celebración del contrato, la respuesta del jurista mantiene inmodificable la regla típica de no responsabilidad del vendedor frente a los casos fortuitos, por lo menos en relación con aquellos ordinarios (es decir, aquellos que siendo externos al control del vendedor no pueden considerarse *vis* por cuanto no constituyen eventos *contra consuetudinem*) manteniendo frente a éstos, la regla típica del *periculum emptoris*.

Como se puede observar de los anteriores testimonios, los juristas tardorepublicanos y de inicios del principado, perciben la estructura típica prevista para un determinado negocio, entre ellas las reglas típicas de responsabilidad, (que en los casos analizados se concretan en: (i) la responsabilidad del colono por el acto de su esclavo, el cual constituye un *periculum* que se encuentra a su cargo; (ii) la responsabilidad por "custodia" del *horrearius* y, (iii) la irresponsabilidad del vendedor del trigo *in herbis* por la pérdida del trigo causado por caso fortuito en virtud de la regla *periculum emptoris*), como un límite en sí mismo frente a los pactos que pretenden modificar sus contornos, los cuales son prácticamente desatendidos o cuando más, interpretados de manera restrictiva.

De esta manera, tal como lo plantea CARDILLI, dichos juristas "parecen decididamente inclinados a privilegiar los valores que el tipo sintetiza a través de las reglas en él sedimentadas, más que a dar tutela incondicionada a los pactos concluidos al momento de la celebración del contrato"⁴¹ y que intenta derogar el régimen de responsabilidad previsto para cada uno de ellos.

Al respecto, es importante observar cómo las posiciones analizadas de los *prudentes* se presentan por una parte, en una etapa en la que existe una mayor rigidez del sistema de tipicidad contractual que caracteriza al derecho romano y el cual influye notablemente en el grado de modificación del contenido contractual y, por otra, en un momento donde se destacan modelos de responsabilidad no vinculados a la culpa, en relación con deudores que disponen de un complejo unitario de hombres y/o medios predisuestos a la actividad a la que se empeñan en virtud del contrato, y en las que se responde entonces por ciertos riesgos vinculados a las mismas⁴²: como es el caso de la responsabilidad por los comportamientos de terceros vinculados a la actividad del deudor (D. 19.2.30.4) o de la responsabilidad por custodia del *horrearius*, (D. 19.2.60.6.). Adicionalmente, se trata de una etapa en

⁴⁰ R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 332.

⁴¹ R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., 183.

⁴² Sobre esta particularidad de la edad preclásica, ver R. CARDILLI, *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale*, cit., 315 ss., especialmente 324 y 328.

la que comienza apenas a madurarse la regla *casus a nullo praestantur*, posteriormente decantada como lo testimonia D. 50.17.23.

2. Consolidación del principio de eficacia de las cláusulas modificativas de la responsabilidad

a) *Ius controversum sobre la eficacia de las cláusulas que aumentan el régimen de responsabilidad. Su contrariedad a la estructura típica del contrato (iuris forma)*

Como emerge de las fuentes, la validez del aumento del régimen de responsabilidad previsto para cada negocio fue sujeta a un *ius controversum* en un período que va aproximadamente desde Aristón y Celso padre y encuentra un punto culmine en Pomponio. Período dentro del cual evolucionaba y adquiriría un reconocimiento generalizado la regla de "*casus a nullo praestantur*"⁴³, planteándose la problemática de su derogabilidad por parte de la autonomía privada⁴⁴.

Como concluye CARDILLI, ya en época de Juliano el sistema clásico del *praestare* resulta completo en sus líneas fundamentales: *dolus, culpa, custodia*. Por su parte, los llamados "*casi fortuiti*" reagrupan en un solo concepto todas las hipótesis que la jurisprudencia tenía en diversos siglos, como acontecimientos por los cuales los distintos contrayentes no debían estar vinculados (*atare praes*) en las típicas relaciones obligatorias, salvo la expresa voluntad de las partes manifestada en un pacto adherido al contrato.

En el debate al cual hemos hecho referencia interviene Sesto Pomponio, en el caso específico del depósito, tal como nos lo recuerda ULPIANO en el siguiente pasaje:

D. 2.14.7.15, ULPIANO; Comentarios al Edicto, libro IV. *Pero también si pactare alguno, para no ejercitar la acción de depósito, es válido el pacto según Pomponio. Igualmente, si alguno hubiere pactado responder de todo peligro por causa de un depósito, dice Pomponio que vale el pacto, y que no ha de dejarse de observar como si hubiere sido hecho contra la forma del derecho.*

En la segunda parte del fragmento, no sólo encontramos la posición asumida por Pomponio frente el *ius controversum* sobre la validez de los pactos mediante los cuales se aumenta convencionalmente el régimen de responsabilidad típica previsto para cada negocio, sino que además, encontramos la razón de ser de la controversia⁴⁵, lo que nos genera el interés de detenernos en el análisis del mismo.

⁴³ R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 479-480.

⁴⁴ R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 478-479.

⁴⁵ C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 317. En cuanto a la relevancia del pasaje por el contexto en el que viene incluido *-de pactis-* también se pronuncia a p. 39, adicionando la importancia de la contra argumentación que plantea Pomponio.

Se trata de un fragmento en el que se hace referencia con el tiempo verbal "pasciscatur", a un pacto concluido "in continenti"⁴⁶, es decir, a un pacto acordado al momento de celebración del contrato, a través del cual se extiende la responsabilidad típica del depositario al *omne periculum* (fuerza mayor⁴⁷), cuando típicamente ésta estaba limitada al dolo⁴⁸.

Lo que aparece como dato cierto en el pasaje de ULPIANO, es que el debate en el cual intervino Pomponio giraba alrededor de si la extensión convencional de la responsabilidad a la fuerza mayor era o no contraria a la *iuris forma*, término este que podría evocar, o (i) el contenido típico del derecho en accesión objetiva, esto es, como una o determinadas prescripciones o disposiciones, o (ii) la fisonomía típica del contrato de depósito⁴⁹.

(i) La primera acepción es acogida por TAFARO⁵⁰, en el sentido de que *forma iuris* expresa un programa de comportamiento que en el caso específico, correspondía a la fórmula procesal de la *actio depositi*, la cual contemplaba sólo la responsabilidad por la cosa no restituida en caso de dolo, o porque no se había observado un comportamiento correspondiente a la buena fe, excluyéndola entonces la responsabilidad por la fuerza mayor⁵¹. Esta visión acentúa una fractura entre el perfil sustancial y procesal no propia de la fuentes romanas⁵², llevando a una *ratio*

⁴⁶ G. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., p. 181; en el mismo sentido, R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., 188; MASCHI, *La Categoria dei contratti reali*, cit., 319.

⁴⁷ Definición dada por A. BURDESE, *Manuale de Diritto Privato Romano*, TORINO, 1993, 461, en materia de asunción del *periculum* en la compraventa.

⁴⁸ Al efecto, la responsabilidad del depositario por incumplimiento de su obligación contractual es sancionada en edad decenviral por una acción penal *in duplum*, más tarde, por una pretoria *in simplum*, se trata esta última de la acción de depósito, una acción *in factum* dirigida a la restitución de la cosa dada en depósito y de lo que ésta hubiese producido; en ésta se sanciona exclusivamente la responsabilidad por dolo, comportando la infamia del condenado. En edad clásica a la acción *in factum* se sumó la acción de depósito civil y de buena fe, que mantenía la responsabilidad del depositario limitada al dolo y excepcionalmente la extendía a la culpa, cuando el depositario se hubiera ofrecido voluntariamente a recibir la cosa en depósito o se estableciera entre las partes una contraprestación no a título de retribución. A. BURDESE, *Manuale de Diritto Privato Romano*, cit., 433 ss.

⁴⁹ Según la clasificación realizada por R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., 189 ss.

⁵⁰ S. TAFARO, *Debito e responsabilità. Profilo romanistici*, Bari, 2000, 66, acogiendo el análisis realizado al efecto por SCHMIDLIN; en este mismo sentido lo entiende F. ARCARIA, *Sul potere normativo del prefetto del pretorio*, en *Studia et Documenta Historiae et iuris*, 63, Roma, 1997, 301-341, específicamente nt. 61, quien en un análisis de la acepción jurídica de "forma" en el derecho romano, señala cómo a partir de la segunda mitad del siglo II d.C. el término viene a designar regla del derecho, es decir, la respuesta al problema jurídico considerado, encontrando claros ejemplos de la misma entre otras, en D. 2.14.7.15; 2.14.42; 4.4.22; 30.114.7; 46.1.49.2. (la cursiva es nuestra).

⁵¹ S. TAFARO, *Debito e responsabilità*, cit., p. 96 ss., quien descarta que la discusión de los opositores de Pomponio recaiga sobre la esencia del contrato de depósito, considerando que la eventual asunción del *omne periculum* habría reforzado la finalidad del contrato de depósito, entendido éste como la custodia y la restitución de la cosa.

⁵² E. STOLFI, *Studi sui "Libri ad edictum" di Pomponio*. Collana della Rivista di diritto privato, vol. II,

netamente procesal el origen del fundamento de la validez de la modificación de la responsabilidad típica prevista para un contrato, lo que a nuestro modo de ver resulta incomprensible.

(ii) La segunda acepción, esto es, la que entiende *forma iuris* como la fisonomía típica del contrato de depósito, es planteada por CARDILLI⁵³ dada la evidente colocación temporal *in continente* del pacto en estudio, con la cual se pesa la fuerza modificativa del *pactum* respecto a la regla típica del contrato de depósito tutelado con *iudicium bona fidei*. En este sentido, la utilización del término *forma iuris* utilizado por POMPONIO en D. 2.14.7.15., entra en contraste con la terminología utilizada por CELSO en D. 17.1.48.2., en la que el jurista resta validez a un negocio por considerarlo *extra formam mandati*, término con el que parece aludirse a aspectos de contenido preceptivos, individualizables en un cierto momento histórico, "en el contenido típico del proceso de juridización del contrato, sin entender la existencia de tales contenidos en un sentido de derivación naturalística ni (menos aún) organicista"⁵⁴.

Adherimos a esta última posición, teniendo en cuenta que ya para la época de Pomponio los pactos *ex continente* concluidos al momento de la celebración del contrato, eran considerados parte del contrato y por ende, su estudio se ubica en la prospectiva de su validez frente a los mismos, pesando así tal como lo plantea CARDILLI, la fuerza modificativa de estos pactos respecto a la fisonomía típica de un negocio (*iuris forma*).

Que los contradictores de Pomponio consideraran contrario a la *iuris forma*, entendida ésta como fisonomía o estructura típica del contrato, el pacto mediante el cual el depositario asumía la responsabilidad por *omne periculum*, resultaba entendible teniendo en cuenta los criterios de responsabilidad consolidados en el curso de los siglos para el contrato de depósito (en este caso el dolo), así como para los demás negocios frente a los cuales se debatió la materia (igualmente el dolo para el mandatario y la custodia para el arrendatario⁵⁵) y frente a los cuales, el pacto de responder incluso por caso fortuito podría resultar una deformación inadmisibles de estos negocios.

Dicha posición resultaría aún más entendible en el caso del depósito y del mandato, teniendo en cuenta que se trataba de negocios en los que el deudor

2001, 147-148, nt. 47.

⁵³ R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., 189, quien considera necesario excluir la primera acepción presente en las fuentes, considerando que la misma sería incomprensible con la realidad compleja descrita; la misma posición es acogida por MASCHI, cit., p. 321; E. STOLFI, *Studi sui "Libri ad edictum" di Pomponio*, cit., 145-146 y MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 319 ss.

⁵⁴ R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., 188.

⁵⁵ A. BURDESSE, *Manuale di diritto*, cit., p. 466.

prestaba un servicio gratuito al acreedor, lo que justificaba que su responsabilidad se limitara al dolo.

b) (sigue) Decantación de la eficacia de los pactos que aumenta el régimen de responsabilidad. Su no contrariedad a la iuris forma

En el curso del *ius contrauersum* que venimos analizando y antes del pronunciamiento de Pomponio, encontramos las siguientes posiciones a favor del pacto mediante el cual se aumenta la responsabilidad del deudor a la fuerza mayor (*omne periculum*):

Para los casos del depósito y del mandato, se pronuncian ARISTÓN y CELSO Padre⁵⁶, los cuales son citados por NERACIO PRISCO así:

D. 17.1.39. NERACIO, pergaminos, libro VII. Así a ARISTÓN, como a CELSO, el padre, le pareció bien que pueda depositarse una cosa, y aceptarse un mandato, con esta condición, que la cosa esté a riesgo del que aceptó el depósito o el mandato, lo que a mí también me parece verdad.

En el mismo sentido interviene JULIANO reafirmando la plena validez del pacto mediante el cual se aumenta la responsabilidad hasta la fuerza mayor en materia de arrendamiento:

D. 19.2.9.2. ULPIANO, Comentarios al Edicto libro XXXII. Dice JULIANO en el libro décimo quinto del Digesto, que si alguno hubiere dado en arrendamiento un fundo, con la condición de que, aunque hubiese sucedido alguna cosa por fuerza mayor, se le respondería de ella, se ha de estar a lo pactado

Adicionalmente, en época severiana parece ya superada la controversia sobre la contrariedad a la *iuris forma* de las cláusulas mediante las cuales se aumenta el *quantum* típico de responsabilidad y por ende, la decantación del principio de eficacia de este tipo de cláusulas. En efecto, ULPIANO no sólo acoge la posición de POMPONIO en D. 2.14.7.5., sino que la admite de manera reiterada, tal como se verifica en los fragmentos D. 13.6.5.2⁵⁷; D. 16.3.1.35⁵⁸ y D. 16.3.1.35⁵⁹, todos tomados del comentario ulpiano *ad edictum* y en los cuales contra la responsabilidad decantada

⁵⁶ C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 321 ss.

⁵⁷ D. 13.6.5.2. Comentarios al Edicto libro 28: (...) *Y a la verdad en los contratos a veces respondemos sólo de dolo, y a veces también de la culpa, del dolo en el depósito, porque como no se trata de utilidad alguna de aquel en quien se deposita, con razón se responde solamente del dolo, sino medio acaso también retribución, -porque entonces, como también se haya establecido, se presta también la culpa -, o si desde un principio se convino esto, que preste así la culpa, como el riesgo, aquel en quien se deposita (...).*

⁵⁸ D. 16.3.1.6: *Si se convino que en el depósito se presta también la culpa, es válido el pacto, porque los contratos reciben su ley de la convención.*

⁵⁹ D. 16.3.1.35. ULPIANO, Comentarios al Edicto libro 30. *Sucede con frecuencia, que la cosa o la cantidad depositada lo sea a riesgo de aquel en cuyo poder se deposita, por ejemplo, si esto se convino expresamente, pero también si alguno se ofrece para el depósito, escribe el mismo JULIANO, que se obligó al riesgo del depósito, pero de modo que responda no solamente de dolo, sino también de la culpa y de la custodia, mas no de los casos fortuitos.*

prevista para cada negocio, se reconoce la extensión hasta el *periculum*, del *praestare* propio de cada deudor.

Finalmente, ULPIANO predica dicha regla de manera general para todo tipo de negocios o por lo menos, para aquellos que dan lugar a juicios de buena fe, posición a su vez acogida y consolidada en el sistema de la grande compilación como se desprende de D. 50.17.23.

Ahora bien, que ARISTÓN, CELSO Padre, JULIANO, NERACIO PRISCO y POMPONIO (este último reiterado por ULPIANO en su obra de comentarios *ad Edictum*), reconocieran la eficacia de los pactos mediante los cuales se aumentaba la responsabilidad del deudor hasta el caso fortuito expresa:

(i) Por una parte, la tutela en expansión de la injerencia de los pactos *in continenti* en los *iudicia bonae fidei*⁶⁰ y con ellos, la tutelabilidad de la modificación del contenido típico contractual a manos de la voluntad de las partes.

Se trata de una apertura a la operatividad de la autonomía de los contrayentes en la determinación del contenido y los efectos del negocio, a través de cláusulas accesorias previstas por las partes. Sin embargo, dicha operatividad no resultaba automática, de ahí que los romanos hicieran una distinción fundamental entre pactos celebrados *ex continente*, es decir, al momento de celebración del contrato, de los pactos *ex intervallo*, es decir, aquellos concluidos en un momento posterior⁶¹. Estos últimos eran considerados distintos y autónomos del contrato y en consecuencia, adquirieron en derecho clásico y justiniano eficacia sólo en cuanto *pro reo*, ya que sus efectos quedaban limitados a la posibilidad de paralizar la acción que fuera ejercida en contra de lo pactado, a través de la oposición de la respectiva excepción⁶².

Diversamente sucedía en derecho clásico y en derecho justiniano con los pactos *ex continente*, los cuales adherían a los contratos y contribuían a modelar su contenido, ya que se entendían incluidos en el "*oportere ex fide bona*" y por ende, generaban eficacia ya fuesen *pro reo* (aquellos dirigidas a aliviar la posición debitoria del obligado) o *pro actor* (dirigidas a agravarla)⁶³.

De esta manera, el principio dispositivo de la injerencia de los pactos *in continente* en los juicios de buena fe, constituyen una válvula de escape a la rigidez del sistema de tipicidad contractual romano en relación con el contenido contractual⁶⁴,

⁶⁰ R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., 190.

⁶¹ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 179.

⁶² M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel Diritto Romano*, cit., 33-34; G. GROSSO, *Il Sistema Romano*, cit., 183-184.

⁶³ G. GROSSO, *Il Sistema Romano*, cit., p. 180-181; M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, MILANO, 1990, 60-607.

⁶⁴ A pesar que el derecho romano conservó siempre el principio de tipicidad de los contratos y no logró afirmar la libertad contractual sobre la base del concepto general del contrato como acuerdo entre las partes, la *stipulatio*, los contratos innominados y los *pacta*

abriendo paso entre otros, a la admisibilidad de las modificaciones convencionales al régimen de responsabilidad previsto para cada negocio.

La rigidez del sistema de tipicidad contractual y sus efectos en el contenido del contrato, se desprende claramente del *ius controversum* analizado en líneas anteriores, en el que algunos juristas se oponían a la admisibilidad de estos pactos por afectar la estructura típica del contrato y en la que prevalece la posición contraria manifestada entre otros por Pomponio en las que se admiten ciertas modificaciones a la estructura típica de estos contratos, específicamente en materia de régimen de responsabilidad.

(ii) Por otra parte, el reconocimiento de los pactos mediante los cuales se aumentaba la responsabilidad del deudor hasta el caso fortuito, expresa la consideración tácita de los juristas que intervienen en el debate, de que la estructura típica de un contrato contiene esferas inderogables y otras derogables, estas últimas que pueden ser modificadas sin destruir la estructura misma del contrato y en la cual se entiende comprendidas en principio el régimen de responsabilidad previsto para cada negocio, según las respuestas dadas por los juristas.

Al respecto se debe tener en cuenta que además del momento en el cual se formaban (*ex continente* o *ex intervallo*), la eficacia de los pactos en derecho romano estaba igualmente limitada por esferas inderogables de la estructura típica de cada contrato, las cuales resultaban determinadas en un momento del proceso de jurisdicción de la misma.

Así las cosas, a pesar de la estructura típica de cada negocio -su *natura* o *forma iuris*- podía ajustarse a las necesidades de las partes, no permitía ser totalmente alterada⁶⁵, es decir, permanecían en ellas esferas inderogables que teniendo como referente obvio el principio de tipicidad del sistema contractual romano, parecían determinarse de manera general con base en la función económica social de cada

adiecta se presentaron como válvulas de escape de la autonomía privada en la definición del contenido contractual. M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto*, cit., 34.

⁶⁵ G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 51. Debemos aclarar que estas manifestaciones hechas por el autor respecto a la *natura contractus*, parten de la base de que este sintagma nace con los bizantinos y que por ende, su ubicación a voces de los juristas clásicos corresponde a la labor de interpolacionista de los compiladores. Por el contrario, en el presente trabajo, siguiendo la posición de C.A. MASCHI, *La Categoria dei contratti reali*, cit., 65. y R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., p. 174, especialmente nt. 44, partimos del carácter clásico del instituto de la *natura* de cada negocio, independientemente de que hayan sido los bizantinos los que dedujeron de ella la doctrina general de la *natura contractus*, dogma que se resume de la siguiente manera de acuerdo con las conclusiones del mismo ROTONDI: «Ogni contratto, ha dalla legge un contenuto tipico, che forma la sua natura normale, ma la legge stessa ammette che questa natura si allarghi, si restringa, si trasformi, prendendo norma dalla volontà delle parti, e lo ammette con larghezza tale da giustificare espressioni generali sul tipo di quelle ricordate, che cioè i patti sogliono mutare la natura contractus, che la natura contractus discende dal patto» G. ROTONDI, *Natura Contractus*, cit., 114; G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, cit., 23 ss.

contrato, esto es, de aquellos elementos en consideración a los cuales el ordenamiento había dado reconocimiento a cada negocio (tipicidad causal)⁶⁶.

En efecto, en el caso expuesto en D. 19.2.9.2., con el aumento de la responsabilidad del arrendatario al *omne periculum* no se afecta la esencia de las obligaciones del arrendatario consistentes en la devolución del bien arrendado⁶⁷ ya que la finalidad de este negocio está dirigido a permitir el uso de un bien por parte de un tercero, previo el pago de una contraprestación y posterior devolución a su propietario; igualmente sucede en el caso expuesto en D. 2.14.7.15⁶⁸, teniendo en cuenta que el contrato de depósito, en cuanto negocio dirigido a la custodia y la restitución de la cosa, no entraría a desnaturalizarse por la asunción del *omne periculum* por parte del deudor, ya que por el contrario, esta disposición reforzaría la finalidad de la devolución del bien depositado.

Por el contrario y aunque esta afirmación se infiera de manera implícita, en el caso analizado en D. 19.2.60.6⁶⁹ (ver *supra* 1.b.), la estructura típica del contrato se resiste ante la cláusula insertada por el *horrearius* en el sentido de su exoneración de responsabilidad por las cosas depositadas, cuando éstas consistan en oro o plata. En la resolución del caso, el jurista tiende a proteger indirectamente y por vía de la presunta voluntad contraria del *horrearius* (la cual se hace derivar de la efectiva recepción de los bienes⁷⁰), la función económica-social típica de estos contratos, a saberse la actividad típica de custodia y vigilancia sobre la cosa⁷¹, la cual determina el régimen de responsabilidad que se deriva de la misma, a saberse, la responsabilidad por custodia.

⁶⁶ "E soltanto nel caso dei cosiddetti *pacta in continentibus* che la clausola accessoria su cui le parti si accordino al di fuori del contenuto tipico del contratto potrà esser tutelata in via d'azione, quando dal contratto nasca un *iudicium bonae fidei* ed il contenuto della clausola stessa sia compatibile con le funzioni socioeconomica tipica della figura contrattuale di cui si tratta (el subrayado es nuestro). M. TALAMANCA, *Contratto e patto*, cit., 35. Los *pacta ex continentibus*, esto es, aquellos celebrados en el acto de la conclusión del contrato, eran inherentes a estos, naturalmente en el límite señalado por las características generales del contrato (de aquellos en consideración a los cuales el derecho había dado tutela al contrato, con base en los cuales se reconocía la existencia de aquel tipo de contrato. G. GROSSO, *Il Sistema Romano*, cit., 179.

⁶⁷ R. CARDILLI, *L'obbligazione de praestare*, cit., 479.

⁶⁸ C.A MASCHI, *La Categoria dei contratti reali*, cit., 324.

⁶⁹ [D. 19.2.60.6. Labeón. Obras póstumas compendiadas por Javoleno, libro v. El arrendador de un almacén tuvo el propósito de no recibir a su riesgo oro, plata, ni perlas, sabiendo después que se almacenaban estas cosas, lo consintió, por esto dije que habrá de quedarle obligado, lo mismo que si renunció a su propósito; y así parece].

⁷⁰ En efecto, la solución dada por el jurista ha sido interpretada bajo la idea de que la misma se funda en un acuerdo tácito que las partes manifiestan a través de comportamientos concluyentes, dirigido a sustituir en el particular, o en los particulares contratos una cláusula diversa de aquella indicada en las condiciones generales. A. PETRUCCI, *Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros*, cit., 250. El autor pone de presente dicha interpretación, inclinándose en todo caso por aquella que considera que el razonamiento del jurista es producto de la aplicación del principio *venire contra factum proprium nemini licet* (no resulta lícito actuar en contravención a los propios hechos), el cual a su vez deriva del principio de la buena fe objetiva.

⁷¹ R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 374, especialmente nt. 145.

c) *Extensión de la eficacia de los pactos modificativos de la responsabilidad a aquellos que la disminuyen*

Precedido por una etapa en la que como ya tuvimos oportunidad de observar, los juristas parecían simplemente restarle eficacia a las modificaciones de los regímenes de responsabilidad, haciendo prevalecer la estructura típica del contrato (D. 19.2.30.4. y D. 19.2.60.6.)⁷², aparece ya desde finales del s. I. y comienzos del s. II d.C., la problemática de la eficacia de las cláusulas que disminuían el régimen de responsabilidad previsto para cada negocio, por oposición a la admisibilidad de las cláusulas que la aumentaban.

Esto, en un momento en el que el sistema clásico del *praestare* resulta completo en sus líneas fundamentales: *dolus, culpa, custodia praestare* y "*casus a nullo praestantur*"⁷³. En este sentido, las cláusulas que exoneran o disminuyen el régimen de responsabilidad previsto para un determinado negocio la podríamos agrupar en: (i) cláusulas que disminuyen los citados criterios de responsabilidad, por ejemplo de la custodia a la culpa, o de la culpa al dolo o en general, las causas de responsabilidad en derecho romano y (ii) las que restringen el objeto sobre el cual recae la responsabilidad, como es el caso de la obligación de garantía a las que está sometido el vendedor.

(i) *Eficacia de las cláusulas que disminuyen las causas de la responsabilidad*. La eficacia de las cláusulas que modificaban los criterios de imputación de responsabilidad que se venían decantando en derecho romano, a saberse, dolo, culpa (entre esta la diligencia) y custodia, parecen operar ya desde comienzos del s. II d.C., situación esta que se desprende por converso del testimonio de D. 50.17.23., cuando remite exclusivamente al dolo como límite de dichas cláusulas.

En efecto, ya para la época de los severos la eficacia de las cláusulas modificativas de la responsabilidad adquiere con ULPIANO la entidad de regla general predicada para todos los contratos de buena fe, posición que fue acogida y consolidada posteriormente en el sistema de la grande compilación con el expreso límite del dolo. Todo esto, tal como lo testimonia:

D. 50.17.23. ULPIANO, Comentarios a SABINO, libro XXIX. *Ciertos contratos admiten solamente dolo malo, y otros, dolo y culpa, solamente dolo, el depósito y el precario, dolo culpa, el mandato, el comodato, la venta, el recibimiento en prenda, la locación y también la dación de dote y de tutela, y la gestión de negocios, en estos ciertamente se responde también de la diligencia. La sociedad, y la comunión de bienes, admiten así el dolo como la culpa, pero esto es así, si no se convino expresamente alguna cosa, o más o menos, en cada contrato, porque se observara lo que se convino al principio; pues dio la ley del contrato,*

⁷² Finales de la República y comienzos del Principado.

⁷³ Este momento es ubicado por R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 479-480, con Juliano.

excepto, lo que opina CELSO que no es válido, si se hubiere convenido que no se responda del dolo, porque esto es contrario al juicio de buena fe; y así lo observamos. Mas de los accidentes de los animales, y de las muertes, que sobrevienen sin culpa, de las fugas de los esclavos, que no suelen estar custodiados, de las rapiñas, tumultos, incendios, avenidas de agua, y acometida de ladrones no se responde por nadie.

El fragmento transcrito refleja la regla general que sobre los criterios de responsabilidad⁷⁴ se había ya consolidado en época de ULPiano: *dolum*⁷⁵, *culpam*⁷⁶, *diligentiam* (como criterio autónomo a la culpa⁷⁷) *praestare-casus a nullo praestantur*, la cual fue posteriormente acogida en el derecho justiniano⁷⁸.

⁷⁴ Responsabilidad entendida como la relación jurídica obligatoria que se forma entre el deudor y el acreedor cuando el cumplimiento del acreedor no sea posible por la imposibilidad sobrevinida de la prestación C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano medioevale e moderno*, cit., 68.

⁷⁵ Sobre el dolo, ver infra (cap. II. 1. a).

⁷⁶ La culpa implica la causación del evento que convierte en imposible la prestación por negligencia (positiva o negativa) e impericia. Se trata entonces de un juicio de reproche de la conducta del deudor, que a diferencia del dolo (en el cual éste viene determinado por la voluntad del sujeto) se valora el comportamiento en sí mismo con base en un modelo que se toma como base. Ahora bien, de los tipos de culpa antes enunciados la *culpa negligencia* constituye la forma más general de la culpa, la cual permite valorar el comportamiento de los deudores en general, con prescindencia de un carácter técnico especial (en el cual entra en juego la culpa impericia): encuentra su forma básica y originaria en la imprudencia, consistente en no abstenerse de alguna cosa que la prudencia exige que no se haga (culpa omisiva) y a la que los romanos se referían como *culpam praestare*, traducido como deber de diligencia negativo, constituyéndose en la forma más restringida de culpa. A ésta se suma una culpa por violación de un deber de diligencia positivo, necesario para evitar el daño de la contraparte y el cual era expresado por los romanos como "*praestare diligentiam*", que se presenta entonces como una expresión positiva de la culpa-negligencia y que era valorado bajo el modelo del hombre *frugi e diligens* o del *prudens et diligens pater familias*. C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano medioevale e moderno*, cit., 72. E. CORTÉS, *La culpa*, cit., 78 ss. Finalmente, la *culpa impericia* tiene un ámbito limitado ya que se circunscribe a las obligaciones que son asumidas por el deudor en calidad de experto (*artifex*), como es el caso del lavandero, el sastre y el médico entre otros, razón por la cual, deberán responder por la inobservancia de las reglas técnicas que la actividad exige, independientemente de la dificultad de las mismas, lo cual comporta un cierto riesgo que viene a configurarse como riesgos de empresa. C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano medioevale e moderno*, cit., 72, quien resalta particularmente los casos de las obligaciones de "*locatio operis*" remitiendo a D.19.2.62. y D.45.1.137.3. También, M. TALAMANCA, *Elementi di Diritto Privato Romano*, Milán, 2001, 343.

⁷⁷ Ver nota anterior.

⁷⁸ Aunque expresamente no se encuentre señalado en el texto, por lo menos para la época de Ulpiano a estos criterios de responsabilidad, se le sumaba la custodia como un criterio objetivo de imputación de responsabilidad. No obstante su extraña omisión en el fragmento, la custodia constituía también un criterio de responsabilidad el cual es de carácter objetivo y que tuvo marcada incidencia en época clásica. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., 48. Dicha omisión es atribuida por R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 175, al paso frecuente de Ulpiano entre diligencia y custodia, explicable en la perspectiva del jurista que entiende el *custodiam praestare* como un *praestare* al cual el hombre *diligens* no puede escapar, razón por la cual en D. 50.17.23., estaría referida en el término *diligentia*.

En él se mencionan entonces por una parte, criterios positivos de responsabilidad basados en el binomio dolo-culpa, los cuales son aplicados a cada contrato de acuerdo con el criterio de utilidad de los contratantes y por otra parte, diferentes eventos que son agrupados en la categoría de *casus* como criterio negativo que excluye la responsabilidad⁷⁹.

La anterior comprende entonces la regla general que en materia causas de responsabilidad (causas o criterios del "*praestare*") consolidó el derecho romano clásico y cuya correcta lectura debe hacerse teniendo en cuenta que los criterios señalados en la misma tuvieron alcances distintos tanto en época clásica como justiniana, ya que en todas las etapas del derecho romano fueron objeto de una vasta y no lineal evolución de significados⁸⁰. De otro lado, debe tenerse en cuenta que la regla no resulta ser absoluta, de tal manera que no excluye la existencia de modelos alternativos de responsabilidad conocidos por el derecho romano y que prescinden del principio de la culpa, tal como ya lo hemos analizado⁸¹. En estos últimos, el deudor debe responder por un determinado riesgo "*periculum*" como es el caso de la *custodiam praestare*⁸² (reconocido para algunos deudores como el comodatario, el lavandero o

⁷⁹ El *casus*, tiene su acepción prevalente en los eventos de fuerza mayor concebida ésta como fuerza irresistible y externa (como los terremotos y el naufragio, entre otras), pero no limitada a ella y por el contrario, extendida a todos los eventos que constituirían infortunios no debidos a culpa del deudor y que permiten excluir su responsabilidad, como por ejemplo la fuga de siervos que no era usual vigilar y la muerte del esclavo sobrevinida sin culpa. La relación entre el concepto de *vis maior* y *casus*, encuentra al parecer su definitiva fijación con SALVIO GIULIANO, quien frente a la rigidez del término *vis*, prefiere usar el plural *casi fortuiti*, para señalar todas las hipótesis en las cuales se excluye el *praestare* del deudor. R. CARDILLI, *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*, cit., 315 ss.

⁸⁰ Para una revisión de la materia nos permitimos remitir a los estudios más recientes y autorizados sobre el particular: R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 1 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema della Responsabilità*, cit., 1 ss.; se destaca en la doctrina latinoamericana, E. CORTÉS, *La culpa*, cit., 63 ss.

⁸¹ Al respecto, ver lo señalado en el acápite de la premisa.

⁸² Al efecto tenemos la responsabilidad por *custodia*, el cual desempeñó un papel fundamental en época clásica y en virtud del cual, la doctrina de principios del novecientos llegó a pensar que en esta época había existido un régimen de responsabilidad puramente objetiva. M. TALAMANCA, *Elementi di Diritto Privato Romano*, cit., 343. La responsabilidad por custodia "*custodiam praestare*" reconocidos para algunos deudores (como el comodatorio y el lavandero, entre otros) significaba responder por ciertos eventos particulares en que surgía la imposibilidad de la prestación, de manera independiente al comportamiento por él observado. En edad republicana se respondía por custodia en el caso de hurto de la cosa y fuga de los esclavos que debían ser custodiados y a éstos se suman en el siglo II d.C., los eventos de daños causados a la cosa por un tercero. Se concibe entonces la responsabilidad por custodia como una vigilancia activa de la cosa, la cual tiene como límite la fuerza mayor, de tal manera que se responde por hurto y no por la rapiña. Se trata claramente de una responsabilidad que surgió en época clásica como responsabilidad sin culpa (responsabilidad objetiva) y que en época de la compilación justiniana fue reconducida a una responsabilidad por culpa (*diligentia in custodiendo*) haciéndole perder su carácter autónomo como criterio de imputación (aunque sin consecuencias prácticas porque seguía siendo una responsabilidad cuyo único límite era la fuerza mayor). C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano medioevale e moderno*, cit., 72 ss.

los remendadores y el cual implicaba responder objetivamente por algunos eventos particulares, como el hurto) o la responsabilidad por el acto de terceros (caso de la responsabilidad por el acto del esclavo -D. 19.2.30.4-)⁸³.

Precisado lo anterior, lo que nos interesa señalar es que de acuerdo con D.50.17.23, al parecer ya desde CELSO y con seguridad en época de los severos, salvo el límite del *pactum de dolo non praestando* las citadas causas de responsabilidad podían ser disminuidas por la voluntad de las partes, por ejemplo, reduciendo la responsabilidad de la custodia a la culpa, de un grado de culpa a uno menor o, de la culpa al dolo.

Adicionalmente y de acuerdo con lo señalado por doctrina⁸⁴, se trata de una regla que se extiende de manera general a toda las causas de responsabilidad, en las que queda entonces incluido el riesgo (*periculum*), (i) visto éste propiamente como instituto de la responsabilidad, pero además, (ii) en aquellos eventos de riesgo en sentido técnico, entendido éste como eventos dañosos puestos a cargo de una de las partes y que ésta no está en capacidad de controlar⁸⁵.

Ejemplo del primero lo trae ULPIANO en materia de *locatio conductio operis facendi*, así:

D. 9.2.27.29. ULPIANO. "Si distes a torneare una copa, y ciertamente la rompió por impericia, será responsable del daño injuria; pero si no la rompió por impericia, sino que tenía defectos de hendiduras, puede excusarsele; y por esto suelen convenir muchas veces los artifices, cuando se dan semejantes materiales, que no hacen el trabajo a su riesgo; cuyo pacto hace desaparecer la acción de arrendamiento, y la ley Aquilia".

En la *locatio conductio operis facendi*, el éxito de la actividad se carga al deudor, haciéndole asumir el peligro (*periculum*) que se pudiera presentar en desarrollo de las operaciones propias de su negocio, como la destrucción o deterioro de la cosa, aunque éstas no fueran imputables a su conducta como resulta en los eventos de defectos de hendiduras. En este orden, para exonerarse de responsabilidad por este tipo de eventos, los artifices debían acudir a una cláusula de exoneración de responsabilidad⁸⁶ cuya eficacia es reconocida por ULPIANO en el fragmento arriba transcrito.

Este último, hace referencia a la distribución de ciertos riesgos entre las partes, incluyendo el riesgo de la fuerza mayor, ya no estrictamente como un criterio de responsabilidad, sino de un riesgo que debía asumir el deudor en virtud de un criterio típico de la relación obligatoria y que en derecho romano se aplicaba fun-

⁸³ Al respecto ver más ampliamente R. CARDILLI, *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale*, cit., 315 ss., especialmente 324 y 328.

⁸⁴ C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale*, cit., 80.

⁸⁵ Ver nota número 9.

⁸⁶ C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., 65, nt. 156. El autor señala expresamente este fragmento, como un ejemplo de la utilización del término "*periculum*", con expresa alusión al instituto de la responsabilidad. Específicamente parece considerar que se trata de la exoneración de la responsabilidad por un riesgo que lleva aparejado la responsabilidad por culpa del deudor.

damentalmente para los casos de la pérdida de la cosa vendida antes de su entrega; de la falta de producción del fundo rústico dado en arrendamiento (*locatio fundi*) y de la falta de prestación de un trabajo subordinado (*locatio operarum*)⁸⁷.

(ii) *Eficacia de las cláusulas que disminuyen la garantía de un determinado negocio (especialmente la garantía por evicción)*. Nos referimos de manera específica a las cláusulas que disminuyen una obligación sobre la cual recae la responsabilidad del deudor, específicamente la garantía por evicción⁸⁸. En derecho romano esta garantía operaba sólo en los eventos en los que las partes así lo pactaban a través de una *ex stipulatio*. Posteriormente, la cláusula se convirtió en un efecto natural de este tipo contractual, el cual podía ser modificado mediante *pactum adiectum*, aumentando o disminuyendo la obligación que resultaba de la evicción⁸⁹.

Al igual que las cláusulas que disminuyen o excluyen los criterios o causas de la responsabilidad, ya hacia el s. II d.C., por lo menos para época de JULIANO se admitía la eficacia de las cláusulas que disminuían la garantía por evicción del vendedor. Lo anterior, se desprende *contrario sensu* de lo dispuesto en D.19.1.11.18., a partir de los límites a los cuales eran sometidas dichas modificaciones convencionales, a saberse, el dolo y la sinalagmaticidad del negocio. Puntos estos sobre los que regresaremos más adelante.

Como corolario de todo lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que a diferencia de lo que ocurría en época tardo republicana y de inicios del principado en las que en un contexto de mayor rigidez del principio de tipicidad contractual se hacía prevalecer sobre todo la estructura típica de cada tipo negocial (ver *supra* análisis de D. 19.2.60.6 y D. 19.2.30.4), ya para época de Ulpiano, parecía admitirse por regla general el aumento o la disminución del régimen de responsabilidad prevista

⁸⁷ El riesgo se plantea entonces como un mecanismo distinto y alternativo de la imputación de la responsabilidad, que entra en juego cuando la entidad económica en cuestión (cosa vendida, producción, trabajo) llegue a faltar por una fuerza mayor y por ende no sea imputable al deudor. Las consecuencias de colocar la problemática en un tema de repartición del riesgo y no de imputación de responsabilidad conlleva a consecuencias distintas, es decir, ya no la obligación de resarcir los daños generados por la ausencia de cumplimiento de la prestación incumplimiento, sino el de asumir la pérdida de la entidad económica correspondiente (de la cosa en la compraventa, del bien no producido en el fundo o del valor del trabajo no realizado). C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale*, cit., 79. Quien por ejemplo para el caso de la compraventa, indica cómo en ésta el no cumplimiento de la obligación por la pérdida de la cosa se atribuye al comprador, por una razón eminentemente económica: que partiendo de la idea general de que los daños casuales restan a cargo del sujeto en cuyo patrimonio se produjeron, y la idea general de que la pérdida de una cosa corresponde al propietario.

⁸⁸ A. BURDESE, *Manuale di diritto*, cit., 457.

⁸⁹ *La nascita di doveri integrativi rispetto a quelli tipizzati per un certo contratto in un determinato momento storico può, in una fase successiva, costruire la trama di una inclusione di essi nei doveri tipici, ma ciò non deve appunto far dimenticare che un tale momento creativo vi è stato nella storia dell'istituto. Un esempio che mi sembra significativo è la garanzia per evizione, che passa da "onere" del compratore a concludere col venditore la stipulazione di garanzia ad obbligo per il venditore a prestare la garanzia nelle dovute forme o a indennizzare il compratore "del pregiudizio patito per non essere stata quella prestata".* R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, Milán, 1954, 103.

para cada negocio, planteándose como contrapeso de la misma principalmente el límite del dolo, tal como lo entramos a analizar a continuación.

II. LÍMITES PREVISTOS A LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD ANTE LA CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE SU EFICACIA

1. *Pactum ne dolus praestetur*

a) *Dolo, concepto*

En términos generales, dolo habría significado ya desde época clásica toda malicia por nociva o inocua que fuese, con un sentido amplio y del cual viene a distinguirse el dolo bueno del dolo malo, este último, entendido como la malicia que causa daño y que por lo tanto le interesa al derecho⁹⁰.

En materia de negocios jurídicos, en época clásica encontramos la definición del término dada por Labeón y asumida por ULPIANO en D. 4.3.1.2, como toda astucia, falacia, o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro.

El dolo adquiere entonces dos acepciones en materia contractual, la primera, como de vicio del consentimiento (antes de la celebración del contrato) y la segunda, como criterio de imputación de responsabilidad, esta última, la que nos interesa en esta sede y que se concreta en la voluntaria y maliciosa falta de cumplimiento de la prestación⁹¹, la cual es entendida ya por los juristas clásicos, no sólo como la voluntaria comisión de actos positivos dirigidos al incumplimiento, sino también de omisiones voluntarias que conducen a éste y de omisión voluntaria de actos dirigidos a eliminar las consecuencias de un incumplimiento de por sí involuntario⁹².

Se trata entonces de un criterio eminentemente subjetivo que no comporta ningún riesgo para el deudor, porque dependen exclusivamente de su voluntad⁹³ y que se encuentra en derecho romano en la base de la regulación de la responsabilidad contractual en una serie de relaciones obligatorias.

b) *Fundamentos del pactum ne dolus praestetur*

Como hemos tenido oportunidad de observar, D. 50.17.23., reproduce un pasaje incluido por ULPIANO en su obra de Comentarios *Ad Sabinum*, en donde luego de decantar la regla de la eficacia de la modificabilidad mediante pacto de los criterios típicos de responsabilidad prevista para los diferentes tipos contractuales, o por lo menos aquellos que dan lugar a juicios de buena fe, reporta como límite general para

⁹⁰ G.I. LUZZATO. *Dolo. Diritto Romano*, en *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milán, 712.

⁹¹ G.I. LUZZATO. *Dolo. Diritto Romano*, cit., 712 ss.

⁹² A. BURDESE, *Manual di diritto*, cit., 602. Reportando para el efecto D. 16.3.1.47.

⁹³ C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano medioevale e moderno*, cit., 72.

todos ellos la prohibición del pacto de no *praestare* dolo. Es decir, la prohibición de la renuncia a responder por dolo de manera anticipada⁹⁴. Lo anterior, atribuyendo esta regla al jurista CELSO e indicando que para él el fundamento de dicha invalidez era la no conformidad del pacto con los juicios de buena fe⁹⁵.

La romanística de principios del novecientos, la cual partía de la base de la interpolación sustancial del texto citado, dudaba de que CELSO o ULPIANO hubiesen recurrido a la *bona fides* o a la *bonae fidei iudicia* para justificar la invalidez del pacto de no prestar el dolo, considerando de mayor probabilidad, que el texto original hiciera referencia a los *boni mores*⁹⁶.

Contrario sensu, la romanística moderna especialmente TAFARO, quien ha realizado un minucioso estudio sobre la materia, partiendo de la afirmación de que la regla Celsina surgió inicialmente en relación con el depósito y en un escenario de contrapesos entre la potestad dispositiva de los *pacta adiecta* a los contratos de buena fe y la potestad de intervenir con límites a los mismos, llega a la conclusión de que CELSO interviene en esta balanza favoreciendo los límites a la facultad dispositiva de los partes, a través de la afirmación de la invalidez del pacto de no prestar el dolo, con fundamento en su contrariedad con la *bonae fidei iudicia*, tal como lo testimonia D. 50.17.23⁹⁷.

En este contexto, la referencia al *iudicium di bona fides* como fundamento de la invalidez del pacto de no prestar el dolo realizada por CELSO⁹⁸, hace un llamado indirecto de la *bona fides*, la que en su amplia capacidad normativa adquirida como fundamento del *oportere*, exige por una parte el respeto a los pactos adheridos al

⁹⁴ La regla de que la responsabilidad dolosa del deudor no pudiera ser excluida anticipadamente, no obstaba para que se pudiera renunciar a ella *a posteriori*, por ejemplo de manera tácita, no ejerciendo la acción respectiva, o expresamente a través de un pacto o una estipulación en este sentido.

⁹⁵ [D. 50.17.23. ULPIANO, *Comentarios a SABINO, libro XXIX*. Ciertos contratos admiten sólo dolo malo, y otros, dolo y culpa; solamente dolo, el depósito y el precario; dolo culpa, el mandato, el comodato, la venta, el recibimiento en prenda, la locación y también la dación de dote y de tutela, y la gestión de negocios; en éstos ciertamente se responde también de la diligencia. La sociedad y la comunión de bienes, admiten así el dolo como la culpa, pero esto es así, si no se convino expresamente alguna cosa, o más o menos, en cada contrato, porque se observara lo que se convino al principio; pues dio la ley del contrato, excepto, lo que opina CELSO que no es válido, si se hubiere convenido que no se responda del dolo, porque esto es contrario al juicio de buena fe, y así lo observamos. Mas de los accidentes de los animales, y de las muertes, que sobrevienen sin culpa, de las fugas de los esclavos, que no suelen estar custodiados, de las rapiñas, tumultos, incendios, avenidas de agua, y acometida de ladrones, no se responde por nadie] (el subrayado es nuestro).

⁹⁶ G. SEGRÉ. *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, en, *Studi giuridici in onore di CARLO FADDA pel XXV anno del suo insegnamento*: AA.VV. LUIGI PIERRO, vol. 6, Napoli, 1906, 349 ss.

⁹⁷ S. TAFARO, *Débito y Responsabilidad*, cit., 69 ss., seguido por R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 422.

⁹⁸ Aunque no existen elementos para determinar la paternidad celsina de la invalidez del pacto de no prestar el dolo, a lo sumo este testimonio permite establecer que ya para el jurista estaba sentada la regla de la invalidez del pacto. S. TAFARO, *Débito y responsabilidad*, cit., 99-100.

contrato⁹⁹ y por otra, valorar el contenido de la obligación y el comportamiento del deudor de conformidad con la misma, para excluir entonces cualquier comportamiento doloso de su parte¹⁰⁰.

El llamado a la *bona fides* realizado por CELSO como fundamento de la invalidez del pacto de no prestar el dolo, es retomado por ULPIANO así:

D. 16.3.1.7 Ulp. 1. 30 ad ed. (...) *Si se hubiera convenido que no se ha de prestar el dolo, no lo aprobarás, porque esta convención es contra la buena fé y las buenas costumbres, y por esto no se ha de observar.*

Con el llamado directo a la *bona fides*, ULPIANO desvincula del plano procesal la fuerza limitativa de la buena fe como fundamento del pacto de no prestar el dolo (como parece hacerlo Celso con la remisión a los *iudicium bona fides*), reportando entonces la buena fe, como un principio general del ordenamiento que limita la capacidad dispositiva de las partes que modifican el régimen de responsabilidad previsto para los diferentes tipos contractuales¹⁰¹.

Al lado de la *bona fides*¹⁰², ULPIANO adiciona otra motivación para la invalidez del pacto de no prestar el dolo, a saberse, las *boni mores*, haciendo un reenvío a principios más generales del ordenamiento, lo que nos permite inferir que efectivamente las

⁹⁹ Así lo señala ULPIANO en D.19.1.11.1: "Y ante todo se ha de saber, que se comprende en este juicio solamente lo que se convino que se entregue, que siendo juicio de buena fe, nada es más conforme a la buena fe que el que se cumpla lo que se convino entre los contrayentes, pero si nada se convino entre los contratantes, se harán las prestaciones que naturalmente se contienen en la naturaleza de este contrato". Sobre el cual R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo*, cit. p. 191, señala cómo la primera afirmación establece la prevalencia de lo que las partes han convenido al momento de la celebración del contrato, por la naturaleza *bonae fidei* de la *actio empti*, la que habría determinado, conforme al principio de buena fe, respetar lo que las partes hubieran celebrado.

¹⁰⁰ R. CARDILLI, *L'obbligazione di prestare*, cit., 374 y 479.

¹⁰¹ Al efecto es importante tener presente la discusión que se presenta en relación con el orden de precedencia de los textos del libro 33 a SABINO y del libro 35 *ad edictum*, que como nos lo refiere TAFARO, según la suposición DELL'HONORE el libro a SABINO sería posterior a aquel del Edicto, posición contraria a la sostenida por CASAVOLA, *Actio petitio parsecutio*, 1965, pp. 12 ss. Siguiendo la precedencia DELL'HONORE, resultaría que ULPIANO hubiese primero llegado a la reconducción del fundamento de la invalidez del pacto de no responder por el dolo a la *bona fides* y a las *boni mores* y luego, hubiese en todo seguido en los comentarios *ad Edictum*, reconduciendo la regla a los juicios de buena fe con referencia a CELSO, lo que para TAFARO no resulta inaceptable, teniendo en cuenta que la misma podría entenderse en el hecho de que ULPIANO la citara como perteneciente a la historia de la regla, a los motivos que dieron lugar a ella y además con la conciencia de que ya para la época la citación de *iudicium* no debía ser entendido para su época con todas las implicaciones técnicas que tenían en el momento en que fue creada la regla. S. TAFARO, cit., 103 nt. 18 y 104,

¹⁰² El llamado de la buena fe como límite a las cláusulas sobre la responsabilidad, es igualmente retomado por Ulpiano en relación con el *pactum de non praestanda evicione*, de acuerdo con lo reportado por D. 19.1.11.18, en el que retomando el argumento contra buena fe de Juliano, el jurista señala la ineficacia del pacto mediante el cual se excluye la garantía por evicción del vendedor, cuando éste a conciencia vende una cosa ajena, porque entonces éste queda obligado por la acción de compra porque obró con dolo.

boni mores eran fundamento del pacto de no prestar el dolo, tal como lo consideró parte de la romanística de principios de novecientos, sin que esto excluya el hecho de que con la misma concurren el principio de la buena fe como límite a ejercicio de la potestad dispositiva.

Ahora bien, esta *reducción* del fundamento de la invalidez del pacto de no responder por dolo a la *bona fides* y su colocación al lado de otro principio general del ordenamiento como las *boni mores*¹⁰³, dan cuenta de que ambos principios constituían límites autónomos de los pactos modificativos del régimen de responsabilidad, los cuales a su vez se convirtieron de manera conjunta en fundamento del pacto de no prestar el dolo como un límite específico en la materia.

Pacto que, por su parte, va adquiriendo autonomía propia como límite a las cláusulas modificativas de la responsabilidad, tal como lo testimonia su circulación de manera independiente a los fundamentos que lo soportan, tal como se puede verificar en D. 13.6.17 que reza: "El pacto de que no se preste el dolo no es válido en el comodato".

c) Extensión de la invalidez del *pactum ne dolus praestetur a la culpa lata*

La *culpa lata* es definida en la compilación justiniana como "(...) *la demasiada negligencia, esto es, no entender lo que todos entienden*"¹⁰⁴, siendo ésta individualizada como un grado de culpa que era siempre referida a efectos de su equiparación al dolo y en contraposición implícita a la *culpa levis*¹⁰⁵.

La figura es creada originariamente por la jurisprudencia clásica romana¹⁰⁶, como remedio a la problemática que representaba la valoración judicial del dolo como criterio de imputación de responsabilidad, justamente, a las dificultades de indagar y determinar la voluntad del sujeto, las cuales generaban situaciones ambiguas frente a ciertas conductas que el deudor quería hacer ver como culposas cuando la gravedad de las mismas hacía pensar que pudieran ser dolosas¹⁰⁷.

¹⁰³ G. GROSSO, *Obligazioni*, cit., 70.

¹⁰⁴ D. 50.16.213.2 ÚLPIANO, *Libro I, Regularum* y D. 50.16.223, PAULO, *libro II, Sententiarum*.

¹⁰⁵ A. BURDESE, *Manuale di diritto*, cit., 603; M. TALAMANCA. *La culpa civile (storia)* en *Enciclopedia del diritto*, t. VII. MILANO, 1960, 517 ss., especialmente 520. Respecto a los grados de culpa indica este último autor: «*I gradi di culpa ricordati dalle fonti sono tre: due riguardanti la responsabilità contrattuale, la culpa lata e la levis, uno riguardante la responsabilità extracontrattuale, la culpa levissima. (...) nel sistema della compilazione giustiniana, si debbono riportare alla culpa levis, senza dubbio tutti i passi che parlano semplicemente di culpa*».

¹⁰⁶ Para V. ARANGIO, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, Napoli, 1958, 258, se trata de un figura que nace con posterioridad a época clásica y antes de la compilación justiniana. Ahora bien, siguiendo a R. CARDILLI, *L'obbligazione di "preestare"*, cit., p. 434 ss., quien superando las posiciones interpolacionistas de D. 16.3.32. considera clásica la referencia (celsina) a la *culpa lata*, tendríamos que partir del origen clásico de la figura. En el mismo sentido parece expresarse P. VOICI, "diligentia", "custodia", "culpa", *I dati fondamentali*, en *SDHI*, LVI, 1990, 53 ss.

¹⁰⁷ P. VOICI, *Diligentia, custodia*, cit., 50. Igualmente, V. ARANGIO, *Responsabilità contrattuale in*

Lo anterior conllevó a la identificación de una casuística de comportamientos que se consideraban dolosos, ejemplo de lo cual es claro exponente la *culpa lata*, *culpa latior* o culpa grave¹⁰⁸, la cual se predicó inicialmente en relación con los contratos donde la responsabilidad del deudor estaba limitada al dolo (como en el depósito)¹⁰⁹, con un efecto agravante de la misma¹¹⁰. En relación con la equiparación de la culpa lata al dolo resulta relevante el siguiente fragmento:

[Dig. 16.3.32 pr. Celsus 11 dig. *Lo que decía NERVA que es dolo una culpa más lata, y no parecía bien a Próculo, a mi me parece muy verdadero. Porque también si alguno no es diligente de la manera que requiere la naturaleza de los hombres, sin embargo, si a su modo no pone cuidado en el depósito, no carece de fraude, porque con buena fe no pondrá en aquellos menor diligencia que en sus propias cosas.*]

Se trata de un texto cuyo original se refería al depósito, aunque en la complicación fuese tratado en materia de tutela¹¹¹ y en el que se plantean las reservas de Próculo en relación con el parecer de NERVA, quien afirmaba que la *culpa latior* era dolo. En el debate, intervino CELSO avalando la posición de NERVA distinguiendo para el efecto dos modelos de diligencia: una, la de la naturaleza de los hombres y dos, aquella que usualmente aplicamos los hombres en nuestras propias cosas (*culpa lata*)¹¹².

Considerando esta última como un indicio de fraude, bajo el entendido de que si el depositario cuida las cosas del depositante con una diligencia menor a la aplicada para el cuidado de las cosas propias, se trata de una prueba tangible de su mala fe que atenta contra la *fides* sobre la cual está basado el negocio, situación que justifica extender a este tipo de conductas las consecuencias de la actuación dolosa del depositario.

La posición celsina muestra una concepción del dolo no sujeta a relativizarse, así como tampoco a ser atraída al concepto de la culpa¹¹³. Por el contrario, el testimonio muestra un reforzamiento de la tipicidad del dolo como conducta voluntariamente dirigida al incumplimiento, donde la *culpa lata* no se atrae a esta noción, sino que se coloca a su lado como un comportamiento igualmente contrario a la *fidem* y en consecuencia, equiparable al incumplimiento doloso del depositario¹¹⁴.

Diritto Romano, cit., 258.

¹⁰⁸ C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale*, cit., 72; P. VOCI, *Diligentia, custodia*, cit., 50.

¹⁰⁹ C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale*, cit., 72; «*Si fanno le prime esperienze nell'ambito dei rapporti di buona fede, perché qui si incontrano i contratti a responsabilità ristretta, (...) Ma è da ricordare, anche che la stessa estensione si ha in figure che, per non avere riconoscimento civile, consentono responsabilità limitata al dolo, questo vale per il mensor (...)*». P. VOCI, *Diligentia, custodia*, cit., 49, nt. 39.

¹¹⁰ P. VOCI, *Diligentia, custodia*, cit., 49.

¹¹¹ P. VOCI, *Diligentia, custodia*, cit., 49; R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 53.

¹¹² R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 434 ss.

¹¹³ R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 434 ss.

¹¹⁴ R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare"*, cit., 441, nt. 25.

Hasta lo aquí expuesto, se resalta por una parte cómo la equiparación del dolo a la *culpa lata* opera en época clásica limitada a los casos en los cuales es expresamente invocada por motivos relacionados con la naturaleza del negocio (en este caso del depósito) y por otra, cómo en el ámbito de la equiparación se hacía de la *culpa in concreto* (*diligentia quam suis*) una especie de *culpa lata*¹¹⁵.

Ahora bien, la generalización de la equiparación de la culpa grave al dolo es operada en la compilación justiniana, la cual introduce un texto de evidente alcance general: "(...) *magna culpa dolus est*"¹¹⁶.

A este punto se plantea el interrogante de si la citada generalización implica de plano la extensión de las consecuencias jurídicas del dolo a la *culpa lata*, particularmente y para lo que nos interesa, de la invalidez del pacto de no prestar el dolo.

Al respecto las fuentes no dicen nada explícito, pero tal como lo manifiesta DE MEDIO, la respuesta de la romanística en tal sentido es positiva, entendida ésta como una consecuencia natural de la generalización de la equiparación de las dos figuras en época justiniana¹¹⁷ y además, teniendo en cuenta que si la invalidez del pacto de no prestar el dolo era fundamentado por Ulpiano en virtud de su contrariedad con las "*boni mores*" y la *culpa lata* venía igualmente expresada por los justinianos como moralmente reprochable¹¹⁸, era perfectamente dable concluir la invalidez del pacto de no prestar la *culpa lata* con base en los mismos argumentos que fundamentaban la invalidez del pacto de no prestar el dolo.

2. *Bona fides* (especialmente en protección del sinalagma contractual)

Con una primigenia significación de *fides* como un recurso ético-moral de lealtad a la palabra dada¹¹⁹ y a través de su constitución como fundamento de la eficacia de

¹¹⁵ En este sentido, P. VOCI, *Diligentia, custodia*, cit., 53 ss. Quien hace un análisis de las diferentes hipótesis de *culpa lata* referidas en las fuentes, identificando entre ellas, la *culpa in concreto*, de acuerdo con lo expuesto en D. 16.3.32., texto que resulta fundamental en doctrina posterior, a efectos de la reconstrucción de la teoría de la *culpa in concreto* (*diligentia quam suis*), como se puede observar en los estudios más modernos sobre el tema, como G. SANTUCCI, *Diligentia quam suis e valutazione della responsabilità per colpa "con minor rigore" nel codice civile Italiano*, en *Modelli teorici e metodologici nella storia de diritto privato*, 2, Napoli, 2006, 356 ss. Por su parte, la romanística de mediados del siglo XX, especialmente consideró con base en el mismo paso D. 16.3.32. que a pesar de la diferencia temporal en que surgieron las dos figuras y la divergencia de finalidades perseguidas por las mismas, a saberse, la "*culpa lata*" la agravación de la responsabilidad del deudor que respondía por dolo y "*diligentia quam suis*" la atenuación de la responsabilidad de aquel que respondía por culpa; se trataba de dos figuras que respondían al mismo contenido. V. ARANGIO, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, cit., 257-261.

¹¹⁶ D. 50.16.226.

¹¹⁷ A. DE MEDIO, *Magna culpa dolus est*, en *Studi Giuridici in onore di CARLO FADDA*. Pel XXV Anno del suo insegnamento, vol. II, Napoli, 1906, 223 ss. C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 72.

¹¹⁸ [D. 17. 1. 29: ... *videtetur dolo versari, dissoluta enim negligentia prope dolum est...*].

¹¹⁹ CICERO, *De Officiis* 1.7.23. [El fundamento de la justicia es la fidelidad, es decir, la sinceridad de las

los negocios del *ius gentium* que se realizaban entre romanos y peregrinos, o entre éstos entre sí¹²⁰, la *bona fides* presenta un proceso de decantación como principio, el cual se desarrolló de manera especial a través de los contratos de *ius gentium*¹²¹, pero no limitados a éstos¹²².

En este sentido, la protección de los citados contratos con base en la *bona fides* se encausó por vía procesal, a través de las acciones *bonae fidei*¹²³, que daban lugar a los *iudicia bonae fidei* en el proceso formulario. Con la fórmula "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*", contenida en estos juicios se hace un llamado a la *bona fides* como norma que determinaba y regulaba las relaciones contractuales, siendo la medida con la que el juez debía valorar la relación obligatoria¹²⁴.

La buena fe se convierte así en un principio rector en materia contractual, que rige antes de la celebración del contrato, en su interpretación y en su ejecución, concurriendo con la voluntad de las partes a determinar el contenido de la prestación, ya sea integrando o limitando lo que la misma voluntad haya querido, determinando por tanto los límites exactos de la prestación a la cual el deudor se ha obligado por su voluntad¹²⁵.

La observancia del principio resulta imperativa y por tanto de carácter inderogable, restando valor a toda disposición que pretenda excluirla o limitarla, como en efecto lo afirmaron los romanos con la declaración de invalidez del pacto de no prestar el dolo, cuyo fundamento, como ya hemos analizado ampliamente, tuvo como base la buena fe y las buenas costumbres. Pero adicionalmente, la buena fe

promesas y de los convenios y su pura observancia. Por lo cual me siento inclinado a creer con los estoicos, que tanta diligencia ponen en la derivación de las palabras, que fides se deriva de fit "se cumple se hace"].

¹²⁰ Hacia el s. III a.C., con la expansión de Roma en el mediterráneo se modifica fuertemente la estructura de las relaciones económicas, con el consecuente incremento del tráfico mercantil internacional con otros pueblos, lo que genera la necesidad de tutela de estos negocios, los cuales no se encontraban protegidos por el *ius civile*. Al efecto, los peregrinos no estaban legitimados para recurrir a las *legis actiones*, de tal manera que estaban protegidos limitadamente, por una parte, a través de la *lex foedere*, esto para quienes estaban vinculados por un determinado tratado que establecía los términos de protección y por otra, en virtud de la autorización a contratar de los que algunos gozaban en virtud de relaciones de *amicitia* o de *hospitium*.

¹²¹ Demarcados éstos por los contratos consensuales que fundaban su validez en el mero acuerdo de voluntades como la compraventa, sociedad, mandato y locación.

¹²² Especialmente en los negocios de tutela y fiducia, en los cuales la *bona fides* encuentra explicación como principio, a pesar de tratarse de negocios de derecho estricto. F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, en AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. En *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, Milán, 2003, 137.

¹²³ Lo que por otra parte se refleja en la caracterización de estos contratos los cuales entrarán a ser clasificados según el carácter de la acción a través de los cuales son tutelados, en contraposición a los contratos que daban lugar a acciones de estricto derecho. G. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., p. 235.

¹²⁴ G. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., 236.

¹²⁵ S. SCHIPANI, *Principios generales del derecho para un Código Tipo de los Contratos en América Latina*, Boletín N° 4, Asociación Venezolana para el Estudio y Difusión del Derecho Romano, Mérida, 1997-1998, 43.

se presenta de manera directa como límite a las cláusulas que modifican la responsabilidad, específicamente, para aquella que modifica en materia de compra venta la garantía por evicción, tanto parcial cuando la misma se limitaba a la evicción de terceros, como total cuando se indica que no se respondería por nada de sobrevenir la evicción. Así lo reporta el siguiente fragmento:

D. 19.1.11.18. ULPIANO 32 al edicto. *Más el que vendió que fuera lícito tener, veamos de que deba ser responsable, y opino que hay mucha diferencia entre que prometa esto, que por él y por las personas que por el procedan no se hará que no sea lícito tener, o que por nadie. Pues que si por él, no se considera que responde por esto, de que otro no reivindique, por lo que, si la cosa hubiere sido reivindicada, si se interpuso estipulación, no se obligará por lo estipulado, y si no se interpuso estipulación, no se obligará por la compra. Pero escribe Juliano a libro décimo quinto del Digesto, que aunque claramente dijese el vendedor, que por él y su heredero no se hará que no sea lícito tener, puede defenderse que ciertamente no se obliga él por la acción de compra a lo que le importa al comprador, sino que se obliga a devolver el precio. Dice en el mismo punto que aunque claramente se comprenda en la venta, se ha de decir lo mismo, que reivindicada la cosa, ciertamente se debe el precio, y no se debe la utilidad. Porque el contrato de buena fe no permite esta convención, para que el comprador perdiera la cosa y el vendedor retuviese el precio, (...).*

Como lo testimonia este fragmento, fundándose en la buena fe del contrato, Juliano declara que las partes no pueden convencionalmente excluir la garantía por evicción en cuanto a la restitución del precio, limitándola así la citada exoneración al *id quod interest*, preservando en consecuencia la estructura sinalagmática del negocio de frente al pacto concluido entre las partes¹²⁶.

Se muestra así a la buena fe, como un límite infranqueable por parte de la autonomía contractual, en aras de la preservación del equilibrio de la ecuación económica del contrato, la cual no puede ser desconocida por las partes, a pesar de existir una venta de cosa ajena sin la intervención de la mala fe.

Justamente, fruto de un proceso creativo de la historia de este negocio¹²⁷, la garantía por evicción hacía parte de la estructura típica de la compraventa y a pesar que en el fragmento se admite su modificación a manos de la voluntad de las partes,

¹²⁶ «É stato giustamente sottolineato in dottrina come la regola, che sembra espresamente connessa alla fides bona, faccia risaltare, anche contro le diverse volontà delle parti, l'oggettiva struttura della fattispecie, struttura che esprime il nesso sinallagmatico tra dazione della cosa e pagamento del prezzo come elemento inderogabile, diversamente invece, dalla derogabilità della responsabilità per evizione del venditore all'*id quod interest*». R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 104. Por su parte, M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, en AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese), IV, Milán, 2003, 241. «La regula, si la possiamo chiamare così *bonae fidei contractus hac (noc) patitur conventione, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret sembrerebbe, in tal modo, assumere una portata relativa e non assoluta, la quale viene fra l'altro ancorata non alla volontà delle parti, ma all'oggettiva struttura della fattispecie: se, infatti, in caso di evizione il compratore ha sempre -nonostante la pattuizione che l'esclude- la possibilità de agire per la restituzione del prezzo contro il venditore in buona fede, nell'emptio spei la volontà delle parti può attribuire al venditore il prezzo, nonostante che il compratore nulla riceva, perché -come dice Pomp. 49 ad Sab. D.18.1.8.1.- quasi alea emitir».*

¹²⁷ R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 104.

éste encuentra una esfera infranqueable en la objetiva sinalagmaticidad del contrato expresada en la dación de la cosa y el pago del precio y en virtud de la cual, resulta inderogable la obligación de devolver el precio en caso de evicción.

3. *Ius publicum* y *boni mores*

Siendo las cláusulas restrictivas de responsabilidad manifestaciones de una libre determinación de las partes en materia de contenido contractual, las cuales son reconducidas a través de los pactos adicionados a los contratos, las mismas están sometidas a los límites generales de dichos pactos, a saberse, la no violación de las buenas costumbres y la inmutabilidad del derecho público y cuyo desconocimiento genera la ilicitud de dichos pactos, sin que ambos conceptos se identifiquen. Justamente hay una esfera amplia de actos contrarios a la *boni mores* que no son vetados por el derecho, por cuanto éste no hace siempre íntegro los preceptos del primero.

La noción de *ius publicum* resulta ser en derecho romano compleja pero unitaria; bien se refiere a la concepción y la transformación político constitucional y económico social del Estado, donde público es entonces el derecho que por derivar del pueblo atañe a la *res publica*; pero además, *ius publicum* aparece en las fuentes como referido al derecho que concierne a las magistraturas y a los oficios públicos en general y en consecuencia, al derecho que corresponde propiamente al *status*. De otro lado *ius publicum* hace referencia al derecho que concierne a instituciones de interés público como la tutela, la dote, el derecho que regula la usucapión, la capacidad para testar, entre otros; todos ellos, donde los intereses tutelados atañen también la *res romana*, ya no en su estructura político-constitucional, sino a su condición económico social, especialmente referida a la familia en su esencia y función.

Finalmente, se hace igualmente referencia a *ius publicum*, tratándose de las fuentes del derecho que regulan las anteriores materias y en consecuencia, a la autoridad que determina ese derecho¹²⁸. Es generalmente a esta última acepción que en la fuente de los juristas clásicos, especialmente aquellos de época severiana como ULPIANO y PAPIANO, se hace referencia al *ius publicum* como inderogable por parte de la autonomía privada¹²⁹.

Por su parte, la *boni mores* remitía a la conciencia ética social predominante¹³⁰ y eran delimitadas en sentido negativo, es decir, a través del elenco de actos que le fueran contrarios¹³¹. Una constitución del 213 sanciona expresamente la ineficacia absoluta de los pactos contrarios a las leyes, constituciones y a las *boni mores*, así:

¹²⁸ G. NOCERA, *Ius publicum*, Roma, 1946, 159 ss.

¹²⁹ G. NOCERA, *Ius publicum*, Roma, 1946, 209 ss.

¹³⁰ G. GROSSO, *Las obligaciones, contenido, requisitos de la prestación*. Traducción F. HINESTROSA, Bogotá, 1981, 103 ss.

¹³¹ G. GROSSO, *Las obligaciones*, cit., 103. «Concepto elástico este de las *boni mores*, que ciertamente no puede corresponder a los criterios de la moral más rigurosa, pero sí al sentido moral que está en la base de la conciencia social. En realidad se trata siempre de una

C.I.2.3.6. *Es regla de derecho indiscutible, que los pactos que fueren contrarios a la leyes, las constituciones y a las buenas costumbre, no tienen ningún vigor.*

La inderogabilidad de las normas de derecho público a través de convenciones de las partes, se evidencia claramente por su parte, en una afirmación general de Papiniano que recoge una regla ya de tiempo indiscutible: "Los pactos no pueden modificar el derecho público (D. 2.14.38)¹³². La misma es reiterada por ULPIANO así: "Las convenciones privadas no derogan el derecho público (D. 50.17.45.1)¹³³.

Sobre la aplicación práctica de este límite, resulta ilustrativo para nuestro trabajo aunque no corresponda estrictamente al campo contractual, la remisión al *ius publicum* que reporta D. 26.7.5.7.

D. 26.7.5.7. ULPIANO 35 al edicum. *JULIANO propone este caso en el libro vigésimo primero de su Digesto: uno al morir había dado tutores a sus hijos, y había añadido, y quiero que ellos estén exentos de dar cuentas. Y dice JULIANO, que, si no hubieren observado buena fe en su administración, deben ser condenados los tutores, aunque se haya expresado en el testamento, que estén exentos de rendir cuentas. Y no deberán por esta razón obtener cosa alguna por causa de fideicomiso, como dice JULIANO, y es verdadera esta opinión, porque nadie puede dispensar con semejantes disposiciones el derecho público, ni cambiar la forma de antiguo establecido, pero el perjuicio que alguno hubiera experimentado por causa de la tutela, se le puede legar y dejar a él por fideicomiso.*

Como lo testimonia el fragmento, frente a una disposición testamentaria que exonera a los tutores de rendir cuenta de su gestión, JULIANO considera que éstos debían ser en todo caso condenados cuando no hubiesen observado buena fe en su administración.

Se trata de un pasaje que trae el jurista ULPIANO confirmando la decisión de JULIANO, pero adicionándole a la misma dos motivaciones: la contrariedad de la cláusula al *ius publicum* y a la *formam antiquitus constitutam*. Con la primera, el jurista hace un llamado a la esfera del *ius publicum* de las reglas que imponen al tutor la obligación de rendir cuentas y por ende, de responder por los daños causados al pupilo en su gestión¹³⁴, aludiendo entonces al interés público ya sea de las normas

valoración a los fines del ordenamiento jurídico (valoración que ésta extrae de la conciencia social) que rige aún para la determinación de los límites de este concepto que el derecho extrae de la moral, con relación al requisito de la licitud de que acá nos ocupamos. Concepto que, por lo demás, como fue observado, resulta determinado negativamente en consideración de lo que va contra las *boni mores*». G. GROSSO, *Las obligaciones*, cit., 103.

¹³² [*Ius Publicum privatorum pactis mutari non potest*].

¹³³ [*Privatorum conventio iure publico non derogat*]. Sobre este límite indica ROTONDI: «È specialmente in materia di patti dotali che i giureconsulti classici hanno più frequente occasione di escludere la validità di patti che contraddicono al regime inderogabile dell'istituto: si nega la possibilità di limitare la responsabilità al marito al dolo (D. 23.4.6.); o di accordargli per la restituzione termini più lunghi di quelli legali (D. 23.4.18)». G. ROTONDI, *Natura Contractus*, cit., 71.

¹³⁴ La cual no necesariamente debía referirse a una responsabilidad por dolo, extendiéndose

de protección de los intereses del pupilo (conservación de su patrimonio) o de las buenas costumbres, este último, si el fragmento se observa en términos de responsabilidad por dolo¹³⁵.

Por su parte, el llamado a la *formam antiquitus constitutam* traslada el problema a otra perspectiva, a saberse, la estructura típica del instituto de la tutela consolidado en el tiempo y el cual no puede ser desconocida libremente por la voluntad de las partes¹³⁶. Posición esta, que se conecta con la referencia a la *iuris forma* realizada por Pomponio y retomada por ULPIANO en el fragmento contenido D. 2.14.7.15.

CONCLUSIONES

La categoría general de cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual se identifica en derecho romano, con la figura de la modificación convencional del *praestare*, entendido éste en su perfil de resarcimiento consiguiente al incumplimiento de las obligaciones contractuales, el cual es concebido como una condición del deudor (condición de garantía), diversa y precedente a aquella estrictamente procesal expresada en la acción procesal.

Quedan entonces incluidas en esta categoría, las disposiciones contractuales que recaen sobre todas las causas de la responsabilidad concebidas en derecho romano, entre ellas, los criterios subjetivos de imputación como la culpa, el dolo y los grados de diligencia, así como el riesgo (*periculum*), visto éste propiamente como instituto de la responsabilidad, así como el riesgo en sentido técnico, entendido como eventos dañosos puestos a cargo de una de las partes y que ésta no está en grado de controlar.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en derecho romano se destacan modelos de responsabilidad no sólo vinculados a la culpa, sino además a la custodia o en general, a ciertos riesgos (*periculum*) por los que debía responder el deudor en razón a la actividad que debía desarrollar, por la posición contractual que asumía, o por la iniciativa que había tenido para la realización del negocio.

Ahora bien, la eficacia de este tipo de cláusulas estuvo sujeta a una evolución que fue de la mano de la del principio de tipicidad contractual romano, el cual pasó de una mayor rigidez en época tardo-republicana e inicios del principado, para ser flexibilizada posteriormente de la mano de la decantación de la regla de injerencia

incluso a la negligencia. R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, 211, quien pone en duda que el fragmento se enfoque en términos de responsabilidad por dolo, en virtud de la remisión a la buena fe. G. NOCERA, *Ius publicum*, Roma, 1946, 214 ss.

¹³⁵ G. NOCERA, *Ius publicum*, Roma, 1946, 187 ss.

¹³⁶ R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., 211. En nuestra opinión, esta posición coincide con G. NOCERA, *Ius publicum*, Roma, 1946, quien indica: *Mi sembra poco probabile che ius publicum sia stato usato con particolare riferimento alla decenvirale actio rationibus distrabendis, la quale, notoriamente, costituisce solo un punto de partenza della regolamentazione della responsabilità del tutore.*

de los pactos accesorios celebrados por las partes, en los juicios de buena fe *-pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis-*.

En efecto, durante el período de mayor rigidez del sistema de tipicidad contractual romano, la estructura típica de cada contrato, entendida ésta como aquella fijada en la experiencia jurídica en un cierto momento histórico y la cual se expresa en las fuentes con diferentes términos como *natura, forma e ius*¹³⁷, se presenta en línea de resistencia frente a las disposiciones contractuales dirigidas a modificar el régimen de responsabilidad previsto para un determinado negocio, negando así relevancia a modificaciones que afectan los valores que entraña cada tipo contractual, como por ejemplo, la responsabilidad del colono por el acto de su esclavo, el cual constituye un *periculum* que se encuentra a su cargo (D. 19.2.30.4); el deber de custodia del *horrearius* sobre los bienes depositados y la consecuente responsabilidad que se deriva de la misma (D. 19.2.60.6.) o, la irresponsabilidad del vendedor del trigo *in herbis* por la pérdida del trigo causado por caso fortuito en virtud de la regla *periculum emptoris* (D. 18.1.78.3).

Posteriormente, la misma estructura típica contractual, reacciona frente a las cláusulas modificativas del régimen de responsabilidad sedimentado en el tiempo para cada negocio, pero con una cierta plasticidad, afirmada esta última a partir de un *ius controversum* surgido entre los jurisperitos del principado, en un contexto en el que se decantaba la injerencia de las disposiciones de la partes en la estructura de cada contrato a través de pactos celebrados *ex continente*, los cuales adherían a los mismos y contribuían a modelar su contenido, ya que se entendían incluidos en el "*oportere ex fide bona*" y por ende, generaban eficacia, ya fuesen dirigidas a aliviar la posición debitoria del obligado o dirigidas a agravarla.

En este orden, la citada plasticidad se ve reflejada en el reconocimiento de los pactos mediante los cuales se modifica el régimen de responsabilidad previsto para cada negocio, bajo el entendido de que las mismas no afectaran esferas inderogables del tipo contractual, es decir, aquellas que componen el núcleo más profundo de la estructura típica del negocio -de su *natura o de su forma iuris-*; esferas que teniendo como referente obvio el principio de tipicidad del sistema contractual romano, parecían determinarse de manera general con base en la función económica social de cada contrato y la cual, no se entiende desconocida por ejemplo, con el aumento de la responsabilidad del arrendatario a la fuerza mayor según lo señala D. 19.2.9.2, o con el aumento del dolo a la fuerza mayor del depositario reportado en D. 2.14.7.15.

En este contexto y avanzada la edad clásica, en derecho romano queda decantada la regla sobre la eficacia de las cláusulas modificativas que aumentan (D. 17.1.39; D. 13.6.5.2; D. 16.3.1.35) o disminuyen (D. 9.27.29) el régimen de res-

¹³⁷ Al respecto nos remitimos a un completo y reciente estudio sobre el tema y a las conclusiones allegadas en la misma: R. CARDILLI, *El problema de la resistencia del tipo contractual*, cit., 196 ss.

ponsabilidad previsto para cada negocio, lo que se presenta en un momento en el sistema clásico del *praestare*, reflejado posteriormente en nuestra tradición civilista, resulta completo en sus líneas fundamentales: *dolus, culpa, custodia praestare* y "*casus a nullo praestantur*".

En efecto, ya para la época de los severos la eficacia de las cláusulas modificativas de la responsabilidad adquiere con ULPIANO la entidad de regla general predicada para todos los contratos de buena fe, posición que fue acogida y consolidada posteriormente en el sistema de la grande compilación en el texto recogido en D. 50.17.23., planteándose entonces como límite general a la misma la prohibición del pacto de no prestar el dolo; límite que tuvo como fundamento la contrariedad de este tipo de pactos a la buena fe y a las buenas costumbres.

Estas últimas además, en su calidad de principios superiores del ordenamiento y aplicables al campo contractual, no sólo se erigieron en fundamento del citado límite de la prohibición de condonar el dolo futuro, sino que además se constituyeron al lado del *ius publicum*, en límites autónomos a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en derecho romano, en tanto límites generales de la autonomía contractual de las partes (D. 19.1.11.18; C.1.2.3.6; D. 2.14.38; D. 50.17.45.1 y D. 26.7.5.7).

Vemos entonces cómo, ante una apertura del principio de tipicidad contractual, el derecho romano reorienta los límites de las cláusulas modificativas de la responsabilidad, de la esfera de la prevalencia de las estructuras típicas contractuales, al de la prescripción de conductas ilícitas o que adolecen de los deberes de corrección y lealtad, sin que esto haya significado un distanciamiento total de la estructura típica del contrato como límite a las cláusulas modificativas de la responsabilidad, tal como lo testimonia la referencia que a la misma siguen realizando los jurista de finales de época clásica, tal como se ve en D. 19.1.11.18., en protección del *sinalagma* contractual y en D. 26.7.5.7., en protección de la esencia del instituto de la tutela en pro del buen manejo de los recursos administrador por el tutor.

Sin embargo, fue la segunda esfera la recepcionada y adaptada en la tradición jurídica de los países pertenecientes al Sistema Jurídico Romano, en los que como veremos en la segunda parte de este trabajo, el límite a las cláusulas modificativas de la responsabilidad parte de la prohibición del pacto de no prestar el dolo, así como la no contrariedad estas cláusulas a la buena fe y el orden público general.

Límites estos que como tendremos oportunidad de analizar, han resultado insuficientes frente a los nuevos desafíos planteados en derecho moderno, en el que nos atrevemos a afirmar, es encesario un proceso inverso al sufrido en derecho romano, es decir, se trata de una problemática que se traslada desde la perspectiva de la ejecución del contrato a la de su formación¹³⁸. Es decir, ya no sólo interesa la

¹³⁸ Respecto al derecho moderno, seguimos en este sentido la formulación apenas planteada aunque con un enfoque crítico, por: T. GENICON, *El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: Inventario y perspectivas*. En *Revista Chilena de Derecho Privado* [en línea], n.º 13, San-

forma particular del incumplimiento, en la que por esencia se buscaba limitar un comportamiento reprochable del deudor, sino que además, se busca proteger la configuración misma del contrato, ante cláusulas que bajo el principio de autonomía contractual tienden a desfigurar el contenido típico de determinados contratos.

Piénsese, por ejemplo, en una cláusula como la reseñada en nuestra premisa, en la que en un contrato de parqueo se indica que el propietario no responderá por daños y robos del vehículo o de los objetos que se encuentren al interior del mismo. ¿Se trata esta de una cláusula que modifica el régimen de responsabilidad previsto para el contrato de depósito, o simplemente se tratará de una cláusula que delimita el objeto del negocio mismo? Y, en este sentido, ¿será suficiente la aplicación de los límites clásicos de derecho moderno remitidos al dolo, la buena fe y el orden público en general para dar solución a estas problemáticas? ¿o deberá entrar en juego el análisis de la protección de la configuración típica del contrato, con las obligaciones y los riesgos que de él derivan para cada una de las partes?

Efectivamente consideramos positiva la respuesta a esta última pregunta y en este contexto, visualizamos la necesidad o utilidad de la experiencia del derecho romano como clave de lectura de estas nuevas problemáticas, especialmente, en lo que se refiere a la resistencia de la estructura típica del contrato, frente a las disposiciones ocasionales de las partes que pretenden modificar su contorno, con una evidente desnaturalización de la misma, posición que ya se comienza a avizorar en ordenamientos jurídicos como el francés y el alemán, quienes comienzan a alegar el objeto esencial del negocio y/o su naturaleza, como límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad. Planteamientos estos, que nos permitimos dejar enunciados, con ánimo de ser trabajados en la segunda parte de este trabajo.