
La cláusula ‘*ex fide bona*’ y su influencia en el ‘*quantum respondeatur*’ como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano. Los ejemplos de D. 19.1.13 pr. y D. 19.2.33^{*}

» LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA^{*}

RESUMEN: Este artículo se refiere a la relación existente entre la cláusula *ex fide bona* y la cuantía de la condena en derecho romano. Mediante la exégesis de dos pasajes del Digesto se pone en evidencia que, gracias a la elasticidad de la cláusula *ex fide bona*, los juristas romanos utilizaron el *quantum respondeatur* como un mecanismo para restablecer el equilibrio patrimonial, excluyendo de la *summa condemnationis* cantidades que en principio habrían debido incluirse. En consecuencia, en Roma la buena fe no era solo un mecanismo de integración del contrato mediante la ampliación de las obligaciones contraídas por las partes, sino también un mecanismo de atenuación de dichas obligaciones, cuando su exigencia en términos literales resultaba contraria al equilibrio propio de los contratos de buena fe.

PALABRAS CLAVE: buena fe, sinalagma contractual, *quantum respondeatur*.

^{*} Este trabajo forma parte del Proyecto Anillo de Investigación Asociativa en Ciencias Sociales, “Estudios Histórico-Dogmáticos de Derecho Patrimonial Privado: Una mirada a los artículos de los libros II y IV del Código Civil de Chile”. soc 1111, de Conicyt.

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2014. Fecha de aceptación: 16 de marzo de 2015.

Para citar el artículo: L. C. SAN MARTÍN NEIRA. “La cláusula *ex fide bona* y su influencia en el *quantum respondeatur* como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano. Los ejemplos de D. 19.1.13 pr. y D. 19.2.33”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 47-77. DOI: 10.18601/01234366.128.03

^{**} Doctora en “Sistema Jurídico Romanista” por la Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’. Profesora de la Universidad Alberto Hurtado, Chile. Contacto: lisanmar@uahurtado.cl

The ‘ex fide bona’ clause and its influence on the ‘quantum respondeatur’ as a mechanism to recover the equity balance in Roman law. The examples of D. 19.1.13 pr. and D. 19.2.33

ABSTRACT: This article refers the relationship between the *ex bona fide* clause and the amount of the condemnation in Roman law. Through the analysis of two passages of the Justinian Digest, it reveals that, thanks to the elasticity of the clause *ex fide bona*, Roman jurists used *quantum respondeatur* as a mechanism to restore the equity balance, excluding some amounts that, at first, would have been included into the *Summa condemnationis*. Thus in Rome the good faith was not only a mechanism of integration of the contract through the extension of their obligations, but also a mechanism for attenuation of these obligations, when its demand in literal terms was contrary to the equity balance in good faith's contracts.

KEYWORDS: Good faith, equity balance, *quantum respondeatur*.

SUMARIO: I. Premisa: La estructura de la fórmula y su relación con la cuantía de la condena. II. El *id quod interest* y la cláusula ‘*ex fide bona*’: noción de *bona fides* en el ámbito contractual. III. El sinalagma en los contratos que dan origen a juicios de buena fe. IV. La limitación de la responsabilidad del vendedor *ignorans*: la decisión de JULIANO en D. 19.1.13 pr. V. La ‘*summa condemnationis*’ como instrumento para restablecer el *synallagma* contractual en D. 19.2.33. Observaciones finales.

I. Premisa: La estructura de la fórmula y su relación con la cuantía de la condena

En derecho romano la disciplina del proceso, en particular la noción de acción, asumió una importancia crucial para el entendimiento del sistema jurídico romano: como dice BIONDI, en Roma, la *actio* no es solo un genérico medio de protección del derecho, sino más bien el fulcro de todo el ordenamiento jurídico, no en el sentido universal de que no hay derecho sin acción, sino más bien en el sentido de que el derecho se afirma, se desarrolla, se concibe, siempre en función de la *actio*. El derecho es la sombra, el reflejo de la *actio*. Y en ello está precisamente toda la originalidad del derecho romano¹. En otras palabras, en derecho

1 BIONDO BIONDI. *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, en *Conferenze per il XIV centenario delle pandette*, Vita e Pensiero, Milano, 1931, p. 141 (trad. libre). Esto no quiere decir que hoy en día la relación entre derecho subjetivo y acción tenga menos relevancia, sino solo que ella ha cambiado de matices. Para una visión general del asunto en la tradición romanista, véase RICCARDO ORESTANO. *L'azione in generale (storia del problema)*, en *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 785 ss.

romano existía un profundo ligamen entre el derecho procesal y el derecho sustantivo, especialmente durante la vigencia del proceso por fórmulas², en que cada *obligatio* tenía su *actio* correlativa, a la cual correspondía una determinada fórmula, elemento fundamental del proceso. La fórmula tenía una estructura más o menos fija, compuesta ordinariamente de cuatro partes: la *demonstratio*, la *intentio*, la *adiudicatio* y la *condemnatio*³; y, como puede verse en las Instituciones de GAYO⁴, cada una de ellas cumplía un rol diferente, encaminado a dirigir la actividad judicial. Para los efectos de este trabajo presentan especial importancia la *intentio* y la *condemnatio*.

La *intentio*, que en el lenguaje moderno puede identificarse con la pretensión, describía la hipótesis presentada por el actor⁵. La *intentio* podía ser *in ius concepta* o bien *in factum concepta*⁶. A su vez, la *intentio in ius concepta* podía ser *certa*

2 El origen del proceso por fórmulas ha sido discutido en doctrina; dado que no es esta la sede para afrontar el problema, se acogerá la tesis mayoritariamente aceptada. En virtud de esta, el proceso por fórmulas habría surgido en el periodo preclásico, probablemente en el siglo III a.C., y coexistido por largo tiempo con los procedimientos de las *legis actiones*. Se habría originado en el tribunal del pretor peregrino para dirimir las controversias entre *cives* y *peregrinos*, o entre *peregrinos* que se encontraban al interior de la ciudad de Roma, y desde ahí habría sido tomado por el pretor urbano a fin de resolver las controversias entre ciudadanos (véase GIOVANNI PUGLIESE. *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, Giuffrè, Milano 1963, vol. I, p. 48; PAOLO FREZZA. *Fides bona*, en *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 177 ss.). La sanción oficial al procedimiento se produjo con la *lex Aebutia de formulis*, que la doctrina ubica más o menos a mediados del II siglo a.C. Esta, en todo caso, no abolió el procedimiento por *legis actiones*, sino que se limitó a establecer que los ciudadanos que eligieran el procedimiento por fórmulas no podían luego ejercitar una *legis actio* relativa a la misma cuestión (PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., p. 56). Por tanto, las *legis actiones* siguieron utilizándose, pero cada vez menos, hasta que, en el año 17 a.C., fue decretada su abolición con la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, que, sin embargo, dejó a salvo el procedimiento por *sacramentum* reservado al juicio de los *centum viri* y la *legis actio damni infecti* (ver GAI. 4.31). Para una profundización sobre este tema pueden además verse: LUDOVICO KELLER. *Il processo civile romano e le azioni*, trad. de la 3.^a ed. de F. Filomusi Guelfi, Jovene, Napoli, 1872; BETTI, Emilio. *La creazione del diritto nella iurisdiczione del pretore romano*, en *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, Cedam, Padova, 1927; GIUSEPPE IGNAZIO LUZZATTO. *Procedura civile romana*, III, *La genesi del processo formulare*, Dott. Cesare Suffi, Bologna, 1948; por último, con abundante bibliografía, MARIO TALAMANCA. *Processo civile (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987.

3 GAI. 4.39. Con todo, la doctrina ha puesto en evidencia que la estructura presentada por Gayo se refiere a una composición típica de la fórmula, pero no es del todo exhaustiva, pues existían fórmulas compuestas de más partes, por ejemplo, aquella de las *actiones arbitrariae* en que se concedía al juez el *iussum restituendo* (véase TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 35); o bien, en las que no concurrían todas ellas. Así, L. KELLER. *Il processo civile romano*, cit., p. 132.

4 GAI. 4.4.39-44.

5 GAI. 4.41. Para una crítica a la definición contenida en este pasaje véase ALEJANDRO GUZMÁN BRITO. *Derecho privado romano*, Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. I, p. 135.

6 TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 36; A. GUZMÁN BRITO. *Derecho privado romano*, cit., t. I, p. 137. En este punto una opinión contraria sostiene PEROZZI, quien, basándose en lo que sostiene GAYO en GAI. 4.46, afirma que las acciones *in factum conceptae* eran una vasta categoría de acciones, todas pretorias, carentes de *intentio*, en las cuales la *demonstratio*, que contiene la hipótesis de un hecho acaecido, era seguida inmediatamente de la orden al juez de absolver o condenar. Véase SILVIO PEROZZI. *Istituzioni di diritto romano*, Athenaeum, Roma, 1928², vol. II, p. 89.

o *incerta*⁷. “En la *intentio certa* se indicaba con precisión el objeto de la acción: una cosa determinada, una cierta cantidad de cosas pertenecientes a un género, una cierta suma de dinero”⁸; la *intentio incerta* hacía una referencia imprecisa al objeto de la acción, de manera que no era posible determinar *a priori* su cuantía, sino que se solicitaba ‘todo aquello que el demandado deba dar o hacer’ (*quiquid dare facere oportet*), fórmula que, si se trataba de un *iudicium bona fidei*⁹, era integrada con la expresión ‘*ex fide bona*’ (de acuerdo a los principios de la buena fe)¹⁰ y, en tal caso, las facultades del juez se veían ampliadas¹¹, pues podía valorar el comportamiento exigido a ambas partes de acuerdo a la naturaleza de la relación existente entre ellos¹², e incluso juzgar la subsistencia del vínculo obligatorio¹³.

La *condemnatio* era aquella parte de la fórmula que facultaba al juez para absolver o condenar¹⁴; al igual que la *intentio*, podía ser *certa*¹⁵ o *incerta*¹⁶, según si

-
- 7 TALAMANCA, *Processo civile*, cit. p. 36, n. 257.
- 8 Cfr. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, cit., t. I, p. 138; ANTONIO GUARINO, *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 2001¹², pp. 183 ss.
- 9 GAI. 4.62, “*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*” (“Estos son los juicios de buena fe: compraventa, arrendamiento, gestión de negocios, mandato, depósito, fiducia, sociedad, tutela, dote”).
- 10 GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 183 ss.
- 11 Cfr. GAI. 4.63.
- 12 Cfr. MARTIN JOSEF SCHERMAIER. *Bona fides in roman contract law*, en REINHARD ZIMMERMANN y SIMON WHITTAKER. *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 66 ss.; SEBASTIANO TAFARO. *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale in onore di Alberto Burdese*, Cedam, Padova, 2003, vol. III, p. 570; ROBERTO FIORI. *La definizione della ‘locatio conductio’*, Jovene, Napoli, 1999, p. 128 ss.; ID. *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Jovene, Napoli, 2008, p. 259.
- 13 WOJCIECH DAJCZAK. *L’uso della locuzione ‘bona fides’ nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali*, en *RIDA*, 3.^a serie, t. 45, 1997, p. 71 ss.; RICCARDO CARDILLI. *‘Bona fides’ tra storia e sistema*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 55 ss.; SCHERMAIER, *Bona fides in roman contract law*, cit., p. 87, n. 152.
- 14 GAI. 4.43. Véase GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, cit., t.I, p. 141.
- 15 La *condemnatio* era cierta y, por tanto, el juez no debía efectuar ningún tipo de estimación cuando tenía el mismo contenido de la *intentio*, es decir, se limitaba a repetir lo que se decía en la *intentio*, por ejemplo, 10 mil sestercios. Este era el caso de la *condictio, actio ex stipulatu* o *actio ex testamento*, siempre que lo adeudado fuera una suma de dinero. Véase GAI. 4.49. TALAMANCA, *Processo civile*, cit. p. 36, n. 37; ANTONIO MARCHI. *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, en *BIDR*, 1904, p. 213; GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, cit., t. I, p. 143; MANTOVANI, Dario. *Le formule del processo privato romano*, Cedam, Padova, 1999², pp. 48 y 198; PASQUALE VOGLI. *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1938, p. 12 ss.; MAX KASER. *Derecho privado romano*, trad. de J. Santa Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, 1968, p. 158; HANS ANKUM. *Problemi concernenti l’evizione del compratore nel diritto romano classico*, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso internazionale Pisa-Viareggio-Luca*, 1990, Giuffrè, Milano, 1991, t. II, p. 615.
- 16 La *condemnatio* era incierta cuando le faltaba la correspondencia con la *intentio*, ordenando al juez determinar la cuantía de la condena, según las reglas correspondientes a la fórmula de que se tratase. En este caso, las opciones de que el juez disponía eran: en *quanta ea rest est (erit, fuit)*

el juez debía condenar a una suma establecida de antemano o bien debía calcular la *summa condemnationis*¹⁷. Para realizar este cálculo, el juez debía atenerse al criterio correspondiente a la fórmula utilizada por el actor¹⁸. De esta manera, una de las características más importantes del procedimiento formulario consistía en que la *summa condemnationis* era una consecuencia de la estructura de la fórmula utilizada por el actor¹⁹. Dependiendo de la acción ejercida, el actor podía obtener: (i) la suma nominal obligada; (ii) la *aestimatio* de la cosa litigiosa; (iii) el *id quod interest actoris*; o (iv) la suma que el juez considerara apropiada de acuerdo al *bonum et equum*²⁰.

II. El 'id quod interest' y la cláusula 'ex fide bona': noción de 'bona fides' en el ámbito contractual

El hecho de que la fórmula permitiera al actor obtener el *id quod eius interest* (todo lo que a él le interese) implicaba que el juez debía sopesar todas las consecuencias patrimoniales del incumplimiento, considerando la importancia de la prestación para el acreedor²¹. Utilizando terminología moderna, podría decirse

(*quid Nm Nm dare facere oportet* –eventualmente *ex fide bona*–) *eius condemnato, quantum (iudici) aequum videbitur, id quod Ai Ai interest (interfuit)*. Véase VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., p. 8; GUARINO, *Diritto romano privato*, cit., pp. 204 ss.

- 17 TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 36, n. 37; MARCHI, *Il risarcimento del danno morale*, cit., p. 213.
- 18 GUARINO, *Diritto romano privato*, cit., pp. 204 ss.
- 19 El primer autor que estableció la conexión entre resarcimiento y estructura de la fórmula fue SIBER, quien propuso que el esquema de la fórmula habría permitido obtener o el valor objetivo de la cosa o el resarcimiento del daño subjetivo, según preveía el pago del *quanti ea res est* o bien *quid... dare, facere, oportet*. Esta concepción ha sido superada, aunque el punto de partida es todavía válido. Cfr. PASQUALE VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., p. 1. Cfr. también: CONTARDO FERRINI, *Danni (azione di)*, en *Enciclopedia giuridica italiana*, Società Editrice Libreria, Milano, 1909, vol. IV; MARCHI, *Il risarcimento del danno morale*, cit., p. 212; KASER, *Derecho privado romano*, cit., p. 163; PASQUALE VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 83; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, 1990, Milano, p. 657 ss.; GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, cit., t. I, p. 162; HEINRICH HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium: Studien zum Römischen Schadensersatzrecht*, C.H. BECK, München, 1969; GIUSEPPE PROVERA, *recensión del libro de HEINRICH HONSELL, "Quod interest in bonae-fidei-iudicium"*, en *SDHI*, 37, 1971, pp. 454 ss.; GUARINO, *Diritto romano privato*, cit., p. 204 ss.; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1990, reimpr. de la 1.^a ed., vol. II, p. 227; FERMÍN CAMACHO DE LOS RÍOS, *Límites en la reparación del daño*, en MURILLO, ALFONSO (coord.), *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno. IV Congreso internacional y VII Congreso iberoamericano de derecho romano*, Universidad de Burgos, Burgos, 2001, p. 119.
- 20 Para profundizar en el ligamen entre la fórmula y la cuantía de la condena, véase LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 41 ss.
- 21 CONTARDO FERRINI, *Manuale di pandette*, Società Editrice Libreria, Milano, 1908³, p. 583 ss.; VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., p. 61 ss.; SEBASTIANO TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Jovene, Napoli, 1980, p. 8 ss.; PROVERA, *recensión a HEINRICH HONSELL*, cit., p. 465. La posición contraria es sostenida por MEDICUS, quien sostiene que el *id quod interest* habría sido calculado siempre sobre la base de parámetros objetivos, como

que atribuir al acreedor el *id quod interest* equivalía al ‘resarcimiento integral del daño’²². En efecto, en virtud de este criterio se establecía la *summa condemnationis* sobre la base de las condiciones particulares del acreedor, teniendo en cuenta, además del *damnum*, el *lucrum*²³, pues el acreedor debía quedar completamente indemne frente al incumplimiento del deudor²⁴. En definitiva, la condena en *id quod interest* puede definirse como “la institución que busca el restablecimiento de aquella situación que se habría tenido si no se hubiese producido la circunstancia que obliga al resarcimiento”²⁵; por tanto, no miraba a la *res* que se debía prestar, sino al sujeto, al cual la *res* debía prestarse²⁶.

Por otro lado, las fórmulas que otorgaban el *id quod interest* eran de dos tipos, según que el ‘*dare, facere, oportere*’ del condenado fuera *ex fide bona* o bien no. Cabe destacar que esta circunstancia no influía en la forma de determinar la condena, pues en ambos casos se atribuía al actor el *id quod eius interest*²⁷. Desde este punto de vista, “de un régimen específico para los juicios de buena fe no se puede, normalmente, hablar, porque para arribar al *id quod interest* como principio de general aplicación, bastó que cayeran los ligámenes impuestos por la *intentio certa*”²⁸. Sin embargo, la inclusión en la fórmula de la cláusula *ex fide bona* tenía sí repercusiones importantes²⁹. De ahí que sean necesarias algunas consideraciones sobre el concepto y alcance de la ‘*bona fides*’.

La *fides* se define en la antigüedad como ser de palabra, tener palabra: *fit quod dicitur* (fiel a lo que se dice). Aunque el contenido del vocablo esté con ello lejos de ser agotado³⁰, el significado esencial, sin embargo, está recogido. En efecto,

el precio de la cosa, sin considerar la situación particular del sujeto. Así, en el caso de la *actio empti*, sostiene que el punto de partida habría sido siempre el precio, y que solo en ciertos casos podían entrar a considerarse otros elementos, como los gastos que el comprador hubiera efectuado sobre la cosa. DIETER MEDICUS. *Id quod interest*, Böhlau-Verlag, Köln-Graz, 1962, p. 82 ss.

22 Cfr. PROVERA, recensión a HEINRICH HONSELL, cit., p. 464.

23 S. TAFARO. *La interpretatio ai verba*, cit., p. 13, n. 3; SEBASTIANO TAFARO. *Id quod interest*, recensión a HEINRICH HONSELL, en *INDEX*, 2, 1971, p. 359 ss.

24 En este sentido HONSELL: cfr. PROVERA, recensión a HEINRICH HONSELL, cit., p. 454 ss.

25 Cfr. VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., pp. 96 ss. (trad. libre).

26 FERRINI, *Manuale di pandette*, cit., pp. 583 ss.; TAFARO, *La interpretatio dei verba*, cit., p. 13, n. 3.

27 ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., pp. 9-11 ss.; KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 162; GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, cit., t. 1 p. 137. Cfr. D. 45.1.113.1; D. 45.1.114.

28 Cfr. VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., p. 62 (trad. libre). En el mismo sentido: FERRINI, *Manuale di pandette*, cit., pp. 583 ss.

29 Sobre las consecuencias derivadas de esta inclusión véase, recientemente, JAVIER HUMBERTO FACCO. *Oportere ex fide bona. Una construcción decisiva de la jurisprudencia romana*, en *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), n.º 24, 2013, pp. 17-41.

30 “*Il termine fides possiede nella antica prassi socio-giuridica di Roma significati diversi e tra loro eterogenei: giuristi e filologi distinguono una fides-virtù (fedeltà, verità: Schulz); una fides-buona reputazione (Heinze); una fides intesa come oggettiva attendibilità di una persona o di una dichiarazione (Fraenkel); una fides-garanzia; una fides-protezione, accordata da un soggetto più forte a uno più debole*”. Cfr. MATTEO DE BERNARDI. *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra ‘dolus’ e ‘bona fides’*

fides (fidelidad) es la sujeción a la palabra dada, sentirse ligado a la propia declaración³¹; en tal sentido se pronuncia CICERÓN³² en *De officiis* I.7.23: “*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas...*”³³. Sin embargo, el contexto en que opera la *fides* definida por CICERÓN implica una posición igualitaria, ella gobernaba el cumplimiento de los acuerdos contraídos entre ciudadanos romanos de un cierto rango social, es decir, la clase dirigente³⁴. Ello implicaba que en dichos acuerdos iban incluidos “todos los deberes codificados por los *mores*, incluso si no habían sido expresados mediante los *verba* de los contratantes”³⁵. Ahora bien, mientras que las relaciones comerciales de la Roma antigua estuvieron limitadas al círculo de la sociedad romana, donde la *fides* (credibilidad-fidelidad-capacidad crediticia) de cada sujeto era conocida, clara y definida, cada uno empeñaba su *fides* real³⁶; pero, una vez que el tráfico jurídico se intensifica, la *fides*, como respeto a la palabra dada, se hace insuficiente, pues no todas las personas presentan el mismo grado de confiabilidad³⁷: la *fides* de un griego no es la misma de un fenicio, y así sucesivamente³⁸. En consecuencia, a fin de precisarla y hacerla comprensible a todos, a *fides* se antepone el calificativo

*nel linguaggio dei giuristi, en Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto romano, Milano 7-9 aprile 1987, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1988, vol. II, p. 133. Para un análisis profundo sobre las múltiples funciones semánticas de la palabra 'fides' ver: LUIGI LOMBARDI. Dalla 'fides' alla 'bona fides', Giuffrè, Milano, 1961, pp. 20 ss.; PIERRE DANIEL SENN. Buona fede nel diritto romano, en Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 130 ss. Para una concepción de la *fides* como un atributo propio de la *nobilitas*, véase CARDILLI, *Bona fides*, cit., p. 47; en el mismo sentido, FIORI, *Fides e bona fides*, cit., p. 237 ss.*

- 31 FRITZ SCHULZ. *Principios del derecho romano*, trad. de M. Abellán Velasco, Civitas, Madrid, 2000, p. 243. Cfr. también: KASER, *Derecho privado romano*, cit. p. 154; HORVAT, Marijan. *Osservazioni sulla 'bona fides' nel diritto romano obbligatorio*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, Jovene, Napoli, 1955, t. II, p. 425; FREZZA, *Fides bona*, cit., p. 4 ss.; GIUSEPPE GROSSO. *Buona fede (premesse romanistiche)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 661; CASTRESANA, Amelia. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 14.
- 32 GROSSO, *Buona fede*, cit., p. 661.
- 33 “El fundamento de la justicia es la fidelidad, es decir, la sinceridad de las promesas y de los convenios y su observancia”. Cfr. MARCO TULIO CICERÓN. *Sobre los deberes*, trad. de J. Guillén Cabañero, Altaya, Barcelona, 1994, p. 15.
- 34 “*In una società classista come la romana, l'affidabilità di un soggetto si lega alle sue condizioni economiche e sociali: l'onestas non è, se non secondariamente, l'onestà come qualità morale, bensì il comportamento conforme all'honor, ossia al rango del soggetto – un rango che naturalmente impone doveri etico-giuridici*”: FIORI, *Fides e bona fides*, cit., pp. 242 ss.
- 35 Cfr. *ibíd.*, pp. 237 ss. (trad. libre).
- 36 *Ibíd.*, pp. 249-250.
- 37 La confiabilidad del ciudadano romano estaba dada por su posición social (capacidad crediticia), y también por su trayectoria; por tanto, cuando dos personas de diversa ciudadanía contrataban, cada una desconocía el grado de confiabilidad de la otra. Véase FIORI, *Fides e bona fides*, cit., pp. 237 ss. En el sentido de que la traducción más correcta de '*fides*' sería 'confianza', tanto aquella generada (confiabilidad) como aquella depositada, véase JOSÉ LUIS GIL Y GIL. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, CARL, Sevilla, 2003, p. 26 ss.
- 38 LUIGI AMIRANTE. *L'origine dei contratti di buona fede*, en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto romano*, cit., p. 86.

*bona*³⁹, “adjetivo que introdujo alguna precisión en el sentido y, sobre todo, en las funcionalidades jurídicas del término *fides*”⁴⁰. Nace entonces la noción de ‘*bona fides*’, concepto jurídico⁴¹, no solamente ético, creación de la experiencia jurídica, cuyas características más relevantes son su naturaleza unitaria (en relación a la pluralidad semántica de la *fides*), jurídica y procesal⁴².

En virtud de la ‘*bona fides*’ se produce una extensión de la *fides* tradicional que regía entre la clase pudiente de la sociedad romana; en buenas cuentas, se hizo exigible a todos los contratantes, ciudadanos y peregrinos⁴³, la *fides* del ‘*bonus vir*’⁴⁴, es decir, la forma en que el ‘probo y correcto ciudadano romano’ cumplía sus compromisos⁴⁵. Se forma así el paradigma, ‘el *bonus vir*’⁴⁶, con el cual debían ser comparadas las actitudes de los contratantes, a fin de juzgar si habían o no cumplido cabalmente sus compromisos. Esto significaba que cada uno de los contratantes debía tener un comportamiento leal y honesto, que no bastaba la ejecución literal de lo pactado, sino que era necesario adoptar en el cumplimiento de los propios compromisos una actitud que correspondiera a las costumbres de la gente de bien, a los usos del comercio, en fin, pensar no solo en sí mismo, sino también en el bienestar del otro contratante⁴⁷.

Así delineada, la *bona fides* contiene una idea ético-jurídica⁴⁸, que no puede ser plasmada en una definición conceptual: “cualquier tentativa por racionalizar

39 “The adjective *bonus* is to be understood as determining the contents of a binding promise”: SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., p. 82.

40 Cfr. CASTRESANA, *Fides, bona fides*, cit., p. 60.

41 SENN, *Buona fede*, cit., p. 131.

42 LOMBARDI, *Dalla ‘fides’ alla ‘bona fides’*, cit., p. 179; DE BERNARDI, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale*, cit., pp. 134-135. CASTRESANA, *Fides, bona fides*, cit., pp. 56 ss.; MARÍA VICTORIA SANSÓN RODRÍGUEZ, *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del derecho privado romano, en Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, Cedam, Padova, 2003, vol. III, p. 300 ss.

43 SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., p. 77.

44 LOMBARDI, *Dalla ‘fides’ alla ‘bona fides’*, cit., p. 183, GIL Y GIL, *Principio de la buena fe*, cit., p. 31.

45 CARDILLI, R. *Bonae fides*, cit., p. 41. En este sentido dice VOCI que *diligentia, fides, bonus vir*, son todos conceptos de la moral aristocrática. Un mundo de ideas ligadas entre ellas: instancias válidas para los *virii boni*, que querían elevar a su altura a los hombres comunes. VOCI, Pasquale. ‘*Diligentia*’, ‘*custodia*’, ‘*culpa*’, en *SDHI*, 46, 1990, p. 36.

46 FIORI, *Fides e bona fides*, cit., p. 259.

47 LOMBARDI, *Dalla ‘fides’ alla ‘bona fides’*, cit., p. 23 ss.; CARDILLI, *Bonae fides*, cit., p. 42; SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., p. 82.

48 Existe una fuerte discusión en doctrina entre aquellos autores que proponen que la *bona fides* equivale a un concepto puramente ético, que existía como *fides* en la sociedad romana y que habría pasado intacto al campo jurídico. Por el contrario, otros afirman que en realidad se trata de un concepto netamente jurídico, que no tiene correspondencia en la ‘conciencia social’. Esta discusión se originó con la disputa sostenida en Alemania entre BRUNS y WÄCHTER, resumida loablemente por BONFANTE, quien se pronuncia a favor del concepto ético de buena fe (P. BONFANTE, *Essenza della ‘bona fides’ e suo rapporto colla teoria dell’errore*, en *BIDR* 1893, consultado en *Scritti giuridici vari*, II, Utet, Torino, 1926, pp. 708 ss.). Se trata de una discusión histórica

a priori estos conceptos-valores banalizaría la esencia de los mismos⁴⁹, pues, por su carácter maleable, ella se construía permanentemente, como lo demuestra el hecho de que las reglas que de ella emanaban se amoldaban a la realidad del caso, mutando de contenido, si era necesario⁵⁰. El problema que surge entonces es: ¿quién y cómo se determina en el caso concreto cuál es la *fides* del *vir bonus*? De manera formal este rol estuvo siempre entregado al juez, pero la guía era la *iurisprudencia*⁵¹, y esta procedía conforme a parámetros objetivos; especialmente, tenía en consideración el tipo contractual, sobre cuya base se podían equilibrar los diversos intereses involucrados en el contrato⁵², es decir, tenía en cuenta el contenido del contrato, el propósito práctico perseguido por las partes con la celebración del mismo⁵³, y la práctica habitual de los negocios⁵⁴.

que es traída a colación por gran parte de la doctrina moderna; en efecto, se encuentra también reproducida en ALBERTO MONTEL. *Buona fede*, en *Novissimo digesto italiano*, vol. II, 1957, p. 602, y retomada y ampliamente analizada tanto en CORRADINI, Domenico. *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 109 ss., como en LINA BIGLIAZZI-GERI. *Buona fede nel diritto civile*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 157-158. En todo caso, a partir de la obra de CARCATERRA publicada en 1956, *La buona fede nel diritto romano*, ampliada con la publicación, en 1964, de *In torno ai bonae fidei iudicia*, la mayoría de la doctrina actual acepta que el concepto '*bona fides*' es una creación jurídica, que no corresponde exactamente a *fides*. Cfr. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, cit., pp. 20 ss.; ANTONIO CARCATERRA. *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Jovene, Napoli, 1964; SENN, *Buona fede*, cit., p. 131; CASTRESANA, *Fides, bona fides*, cit.; MARIO TALAMANCA. *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Cedam, Padova, 2003, vol. IV. Una variante de esta doctrina sostiene que la *fides* existía en la sociedad romana como un concepto ético con consecuencias jurídicas, ya que determinaba el comportamiento que debía tener el ciudadano romano en todos los aspectos de su vida, incluso en el cumplimiento de sus obligaciones. Pero la *bona fides* no fue una simple recepción de la *fides* arcaica en el campo de los contratos, sino que ella constituye una especificación de la *fides* operante, casi exclusivamente, en el campo contractual y, por tanto, se trata de un concepto ético-jurídico que, por una parte, hace eco de la antigua *fides* y, por la otra, le da un contenido ficticio, desvinculado de la realidad, a fin de imponer normas de conducta a todos los contratantes. Véase FIORI, *Fides e bona fides*, cit., p. 237 ss.

49 Cfr. CARDILLI, *Bonae fides*, cit., p. 42 (trad. libre).

50 Cfr. DAJZAK, *L'uso della locuzione 'bona fides'*, cit., pp. 71 ss.; SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., p. 70.

51 CARDILLI, *Bonae fides*, cit., p. 48; FIORI, *Fides e bona fides*, cit., p. 259.

52 Véase SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., p. 66 ss.; TAFARO, *Buona fede ed equilibrio*, cit., p. 570; FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., pp. 128 ss.; FIORI, *Fides e bona fides*, cit., p. 259.

53 CASTRESANA, *Fides, bona fides*, cit., p. 66. Cfr. también: FREZZA, *Fides bona*, cit., p. 10; REINHARD ZIMMERMANN; *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Juta & Co. - Kluwer, South Africa - Deventer, Boston, 1992, p. 806 ss.; SANSÓN RODRÍGUEZ, *La buena fe en el ejercicio de los derechos*, cit., p. 298, n. 10; LOURDES SALOMÓN SANCHO. *EL concepto de buena fe en las instituciones de Gayo. En concreto Gai 2,51*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Cedam, Padova, 2003, vol. III, p. 280; CARDILLI, *Bonae fides, tra storia e sistema*, cit., p. 41. HORVAT, *Osservazioni sulla 'bona fides'*, cit., p. 433; CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., p. 157.

54 TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., p. 45; CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., p. 157.

III. El sinalagma en los contratos que dan origen a juicios de buena fe

Según se dijo, la *'fides bona'* tenía entre sus características el ser una herramienta procesal, naturaleza que se manifestó en la creación de los *'bonae fidei iudicia'*⁵⁵, que la doctrina ubica aproximadamente en el siglo III a.C.⁵⁶. En estos juicios, la doble función del juez: precisión de los hechos y determinación de la cuantía de la condena, quedaba encerrada en la expresión *'oportere ex fide bona'*, en cuya virtud el juez debía, primero, establecer qué cosa el demandado estaba obligado a dar o hacer y no dio o hizo (ni siquiera, en caso de presentarse la posibilidad, durante el curso del proceso), y, luego, establecer la cuantía de la condena por incumplimiento⁵⁷. La primera función corresponde a la delimitación del contenido del contrato y las obligaciones de las partes; la segunda, corresponde a la delimitación del *quantum respondeatur*, es decir, a la suma de dinero a que era condenado el demandado⁵⁸. Este trabajo versa sobre esta segunda función, o sea, la buena fe como delimitadora de la cuantía de la condena y, especialmente, como mecanismo para tutelar el equilibrio contractual. En efecto, para restablecer el equilibrio contractual perdido a causa de la inejecución o ejecución imperfecta de una de las prestaciones, los juristas analizaban si debía o no reconocerse acción en favor del contratante que había visto mermado su interés en el contrato (*actione teneri*); empero, dado que la simple concesión de la acción podía desembocar en situaciones de inequidad, los juristas romanos extendieron su análisis a la medida en que la pretensión del actor era susceptible de tutela, modelando así el *quantum respondeatur*.

-
- 55 Aún hoy subsiste una ardua discusión, que escapa a este trabajo, respecto a cuáles son exactamente las figuras encuadrables en la expresión 'acciones (contratos) de buena fe', problema que tiene origen en los diversos listados que contienen las instituciones de GAYO (GAI. 4.62) y de JUSTINIANO (I. 4.6.28), agravado por la existencia de otros listados provenientes de diversas fuentes, entre otros, el contenido en CIC. *De off.* 3.17.70. Sobre esta cuestión, cfr. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 64. PIETRO DE FRANCISCI. *Iudicia bonae fidei editti e formulae in factum*, Fratelli Bocca, Torino, 1907, pp. 7-8; GIUSEPPE GROSSO. *Ricerche intorno all'elenco dei 'bonae fidei iudicia'*, en *RISG*, 5, 1928, p. 27 ss.; P. SENN. *Buona fede*, cit., p. 133; JAVIER PARICIO SERRANO. *Génesis y naturaleza de los juicios de buena fe*, en *De la justicia y del derecho: Escritos misceláneos romanísticos*, El Faro, Madrid, 2002, pp. 277 ss.; JAVIER PARICIO SERRANO. *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato*, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, Cisalpino - Goliardica, Milano, 1982-1987, vol. IV p. 355 ss.
- 56 HORVAT, *Osservazioni sulla 'bona fides'*, cit., p. 424; CARLO AUGUSTO CANNATA. *Sulla divisio obligationum nel diritto repubblicano e classico*, en *IURA*, 21, 1970, p. 63.
- 57 ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 228; ALEJANDRO GUZMÁN BRITO. *La buena fe en el Código civil de Chile*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Cedam, Padova, 2003, vol. II, p. 301.
- 58 De opinión contraria es LOMBARDI quien, criticando a ARANGIO-RUIZ, sostiene que la buena fe no interviene ni en el *an* del caso, ni en la determinación del *quantum*, sino en la fase intermedia, dirigida a establecer el contenido (*quidquid*) de la prestación: sobre este contenido se modelará luego el *quantum*. Cfr. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, cit., p. 203.

Para llevar a cabo la segunda parte del razonamiento, los juristas romanos disponían de un importante parangón: el carácter sinalagmático de los contratos de buena fe. En efecto, todos los contratos que daban origen a un juicio de buena fe tenían como característica la bilateralidad, generaban obligaciones recíprocas que guardaban equilibrio e interdependencia entre sí⁵⁹. En este sentido se ha dicho que “la buena fe es esencialmente un ‘criterio de reciprocidad’, que debe ser observado entre las partes, en el que se explica la solidaridad que las liga asumiendo caracteres diversos según la naturaleza de la relación: limitada en aquellas relaciones de intercambio al comportamiento necesario a la realización del mismo o de verdadera comunidad en las relaciones asociativas, en las que se potencia un deber de fidelidad intuido de forma espléndida por los romanos en las relaciones de confianza personal como la sociedad, la tutela, el mandato y la fiducia”⁶⁰. En consecuencia, en los llamados contratos de buena fe había un ligamen indisoluble entre las prestaciones de las partes, conexión que implicaba un constante equilibrio que se enunciaba con la expresión *ultra citroque obligatio*, y que más tarde fue sintetizada con el término griego *synallagma*: así lo dice ULPIANO citando a LABEÓN en D. 50.16.19. Por lo demás, el sinalagma tenía una doble faz: sinalagma genético y sinalagma funcional, según si el nexo de interdependencia entre las dos obligaciones operaba en el momento del nacimiento de las mismas o si regulaba, además, la ulterior vida de la relación obligatoria⁶¹. Esto explica que la buena fe poseyera una dirección bilateral, en el sentido de que podía ampliar las obligaciones asumidas mediante el contrato, pero también podía limitar dichas obligaciones cuando su tenor literal contrastaba precisamente con el principio de buena fe⁶².

59 Ciertamente la reciprocidad de las obligaciones no se aprecia en todos los contratos de la misma manera, pues algunos tenían una bilateralidad imperfecta o atenuada, como es el caso del mandato y de la sociedad. En este sentido la doctrina ha destacado que “*il valore e significato sostanziale della reciprocità delle obbligazioni nella individuazione del contratto, ha una intensità maggiore o minore nei diversi contratti; più determinato, nel concetto di scambio, nella compravendita e nella locazione conduzione, in cui più strettamente può dirsi che una obbligazione trova la sua giustificazione nell'altra, un po' più elastico nella società, molto più tenue nel mandato*”: GIUSEPPE GROSSO. *Il sistema romano dei contratti*, Giappichelli, Torino, 1963³, pp. 222-223. Cfr. también MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*, Universidad Externado de Colombia/Centro di Studi Latinoamericani Università “Tor Vergata” - CNR, Bogotá-Roma, 2010, p. 225.

60 Cfr. NEME VILLARREAL, ob. cit., pp. 208-207.

61 MARIO TALAMANCA. *Vendita (dir. rom.)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, p. 373; ARANGIO-RUIZ. *La compravendita*, cit., p. 218. Algunos autores dividen el *synallagma* funcional en: funcional y condicional; en virtud de este último, la extinción de una de las obligaciones por causas no satisfactorias provocaría también la extinción de la otra. Cfr. TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 373; MARGHERITA SCOGNAMILIO. *Note su synallagma condizionale e ‘periculum rei venditae’ nel diritto romano*, en *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Cedam, Padova, 2007, p. 173, n. 1. Dado que tanto el *synallagma* funcional como el condicional, en el sentido recién expuesto, se refieren al funcionamiento del contrato, parece preferible mantener la distinción entre *synallagma* genético y funcional.

62 NEME VILLARREAL, ob. cit., p. 209.

En síntesis, el carácter sinalagmático de los contratos implicaba que al momento de establecer la responsabilidad del deudor debían tenerse en cuenta: (i) el contenido de su obligación, que estaba determinado por la causa sinalagmática del contrato específico, y (ii) las circunstancias que habían determinado la falta de cumplimiento. En el ámbito de estas circunstancias se consideraba la distinción entre actitud dolosa o simplemente culpable del deudor, al momento de la celebración del contrato o de su ejecución, y si la imposibilidad de la prestación había dependido o no de la conducta ‘culpable’ del deudor. En relación a esta segunda cuestión, el problema consistía en determinar en qué casos la conservación del sinalagma contractual exigía que el deudor quedara igualmente ‘obligado’ y, por consiguiente, respondiera del detrimento patrimonial sufrido por el acreedor insatisfecho, a pesar de que la imposibilidad de la prestación no le resultaba imputable. Una vez resuelta esta cuestión, era necesario establecer los parámetros con que debían evaluarse dicho detrimento y la consiguiente indemnización⁶³. En lo que sigue se analizarán dos pasajes: D. 19.1.13 pr. y D. 19.2.33, que resuelven problemas de este tipo y ponen de manifiesto el razonamiento de los juristas romanos en torno a ellos.

IV. La limitación de la responsabilidad del vendedor ‘ignorans’: la decisión de JULIANO en D. 19.1.13 pr.

Como se dijo, la cláusula *ex fide bona* podía dar lugar a la protección del equilibrio contractual determinado por el sinalagma. Una demostración de esta afirmación se encuentra en D. 19.1.13 pr. (*Ulp. 32 ad ed.*):

*Julianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum*⁶⁴.

63 LETIZIA VACCA. *Ancora sull'estensione del ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, en *IURA*, 45, 1994, pp. 40-41.

64 “Establece JULIANO diferencia en el libro décimo quinto en la condena por la acción de compra entre el que a sabiendas, o con ignorancia vendió alguna cosa; porque dice, el que vendió ganado enfermo, o un madero defectuoso, si verdaderamente lo hizo con ignorancia, ha de ser responsable por la acción de compra solo de cuanto por menos lo hubiese yo de haber comprado, si yo hubiese sabido que estaba así. Pero si sabiendo se calló, y engañó al comprador, habrá de responderle de todos los perjuicios que el comprador hubiere experimentado por aquella compra. Así pues, si la casa se desplomó por vicio del madero, se habrá de pagar la estimación de la casa, y si perecieron otros ganados por el contagio del ganado enfermo, se habrá de pagar lo que importó que se hubiese vendido sano”. Cabe hacer presente que

Según su rúbrica, este pasaje proviene de los *Comentarios al Edicto* de ULPIANO, pero (dejando de lado aquella que lo considera absolutamente interpolado⁶⁵) la doctrina está de acuerdo en que la solución propuesta es atribuible a JULIANO⁶⁶, como el mismo ULPIANO declara en el pasaje. Para los efectos de este trabajo, la verdadera 'paternidad' de la solución tiene importancia porque la figura de JULIANO es recurrente en este argumento, toda vez que él hizo un amplio uso del *quantum respondeatur* como herramienta para tutelar el equilibrio patrimonial, no solo en juicios de buena fe⁶⁷.

Un análisis más profundo del pasaje permite concluir que trata de la compraventa de una *res vitiosa* (ganado enfermo, madero defectuoso), respecto de la cual JULIANO (ULPIANO) distingue si el vendedor estaba o no en conocimiento de la verdadera calidad de la cosa. Si tenía conocimiento, debía pagar al comprador el *id quod interest* (interés en haber recibido la cosa exenta de vicio), en caso contrario, respondía solo de la cantidad que el comprador hubiese pagado de menos si hubiera sabido del defecto –reducción de precio. A fin de entender la solución, los puntos a dilucidar son dos: a) ¿es posible identificar el conocimiento-desconocimiento con la *mala-bona fides* del vendedor?; b) si así fuere, ¿qué incidencia tiene la mala fe en la responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida o, más bien, debe entenderse que ella incide en el *quantum indemnizatorio*?

En cuanto a la primera cuestión, la venta consciente de ganado enfermo o de una viga defectuosa, sin duda, supone la ruptura de la *fides*, ya que presenta una disconformidad con la conducta requerida de las partes en la celebración del contrato⁶⁸. En consecuencia, *contrario sensu*, el vendedor que ignoraba o desco-

este pasaje es expresamente citado por POTHIER cuando exime al vendedor de buena fe del resarcimiento de los daños imprevisibles, adosándose los, en cambio, al deudor de mala fe (cfr. ROBERT JOSEPH POTHIER. *Tratado de las obligaciones*, trad. de G. Cabanellas de Torres, Heliasta, Buenos Aires, 2007², p. 89). Probablemente, esto ha dado origen a un notable interés doctrinario en su reconstrucción, lo que redundará en una exuberante bibliografía al respecto. Por todos, cfr. ROSSETTI, Giulietta. *Interdipendenza delle obbligazioni e 'risoluzione'*, en *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Cedam, Padova, 2007, vol. II, pp. 5 ss.

65 Al respecto cfr. ARANGIO-RUIZ, quien lo presenta como uno de los textos en que los compiladores mayormente intervinieron: ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 241.

66 ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni*, cit., p. 46 ss.

67 Cfr. LILIAN SAN MARTÍN NEIRA. *La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas*, *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), 27, 2014.

68 Podría decirse que esta disconformidad constituye un caso de *dolus malus* (en este sentido ANA ALEMÁN MONTERREAL. *La incidencia de la bona fides en el quantum indemnizatorio: a propósito de la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Cedam, Padova, 2003, vol. I, p. 141 ss.). Empero, también es dable suponer que no solo la intención de dañar al contratante constituía una conducta contraria a la *bona fides*, sino que también las conductas culposas o negligentes estaban reñidas con la buena fe objetiva, ya que esta suponía la corrección y diligencia del *bonus vir*. En este sentido, cfr. DE BERNARDI, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra 'dolus' e 'bona fides'*, cit., p.

nocía los defectos de la cosa vendida era un vendedor de buena fe. Se constata así la correlación entre el desconocimiento o conocimiento y la buena o mala fe del vendedor en el fragmento de ULPIANO⁶⁹.

Una vez afirmada la identidad entre ‘conocimiento’ y ‘mala fe’, cabe determinar su incidencia sobre la responsabilidad del vendedor o, por el contrario, sobre el *quantum* indemnizatorio. Para dar acabada respuesta a esta pregunta, debe considerarse que, de acuerdo con la doctrina ampliamente mayoritaria, en derecho clásico el régimen relativo a los vicios de las cosas vendidas y a la falta de la calidad prometida era el resultado del concurso entre las acciones del derecho civil y las edilicias, y funcionaba de la siguiente manera⁷⁰: el vendedor quedaba obligado con la *actio empti* siempre que actuaba con dolo⁷¹, que se traducía en el conocimiento que él tuviera de los defectos⁷², y respondía con responsabilidad objetiva de las propias declaraciones sobre las calidades de la cosa⁷³ (D. 19.1.13.3^[74]). En particular, el vendedor de esclavos, animales de tiro y ovejas, incluso de buena fe, estaba, además, obligado por las acciones edilicias⁷⁵. La *actio empti*, por su carácter civil, podía promoverse solo ante la jurisprudencia pretoria y era contractual y perpetua, mientras que las acciones

.....

- 129 ss. Por lo demás, que no solo en caso de ‘dolo’ respondía el vendedor queda de manifiesto en el mismo fragmento, D. 19.1.13.3: aquí se sanciona la conducta temeraria del vendedor que asevera las calidades del esclavo vendido sin tener conocimiento de cómo era en realidad; en este sentido, Jhering no duda en calificar de ‘culpa’ esta actitud del vendedor: RUDOLF VON JHERING, *Della culpa in contrabendo*, trad. de F. Procchi, Jovene, Napoli, 2005, p. 73 ss.
- 69 ALEMÁN MONTERREAL, *La incidencia de la bona fides en el quantum indemnizatorio*, cit., p. 145.
- 70 Para esta síntesis, con abundante bibliografía, véase ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni*, cit., pp. 16 ss.
- 71 KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 194; ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., pp. 305 ss.
- 72 A esta conclusión se llegó mediante el conocido caso relatado por CICERÓN en *De off.* 3.66, en que se resuelve que el vendedor debía advertir al comprador de todos los defectos de que estuviera en conocimiento, porque esto exige la buena fe. Véase TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., p. 137; SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., p. 66 ss.
- 73 JHERING, *De la culpa in contrabendo*, cit., p. 39, n. 21: este autor habla de ‘responsabilidad absoluta’; KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 194; CARLO AUGUSTO CANNATA, *L’inadempimento delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2008, p. 23.
- 74 En virtud de este pasaje, en caso de venta de un esclavo ladrón, el vendedor queda obligado con la *actio empti* a prestar todo el interés –que comprende también los daños que el esclavo ocasione después cometiendo otros hurtos– si hubiere sabido y no hubiere advertido al comprador, o bien si, ignorándolo, hubiese declarado que el esclavo era honesto; porque, una vez descubierta la realidad, tal declaración se revela temeraria; en cambio, si el vendedor que, concluyendo el contrato, no hubiese hecho alguna declaración específica sobre ese propósito, ignoraba tal calidad moral del esclavo que vendía, no quedaba obligado por nada. Cfr. CANNATA, *L’inadempimento*, cit., p. 23. Por otro lado, cabe recordar que este es uno de los pasajes sobre los cuales JHERING funda la teoría de la *culpa in contrabendo* que, como se sabe, es responsabilidad objetiva: cfr. JHERING, *De la culpa in contrabendo*, cit., p. 73 ss.
- 75 GIAMBATTISTA IMPALLOMENI, *Aedictum aedilium curulum*, en *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Cedam, Padova, 1996, p. 76.

edilicias se promovían ante la justicia edilicia y eran extracontractuales y temporales⁷⁶.

Ahora bien, volviendo a la pregunta, ¿qué incidencia tiene la buena fe en la solución del caso? De lo recientemente dicho se desprende que en la época de JULIANO el vendedor de buena fe de una cosa viciosa (excepto aquellas del Edicto edilicio) no debía responder ante el comprador, lo cual, traducido a los términos de la época, significaba que el comprador carecía de acción para dirigirse contra el vendedor, y en consecuencia no podía obtener ninguna suma, ni a título de reembolso ni de resarcimiento. Evidentemente, al jurista esto le pareció inicuo, por lo que puso en juego otro aspecto de la compraventa: la cláusula *ex fide bona*⁷⁷, en cuya virtud es posible considerar que, “aun cuando el incumplimiento no se condiga con los tradicionales criterios de responsabilidad subjetiva (el vendedor es de hecho ‘ignorans’), la causa sinalagmática típica del contrato no se había realizado *a latere emptoris* –en otras palabras, se produce una lesión ‘objetiva’ del *synallagma* contractual– en cuanto el comprador no ha conseguido el *habere licere* de la *res*, a causa de la presencia de un vicio, que hace la cosa inidónea para el uso o, en todo caso, disminuye apreciablemente su valor”⁷⁸. Como corolario, JULIANO establece que ambos vendedores (conocedor y no conocedor de los vicios) debían ‘responder’, concediendo la *actio empti* también contra el vendedor ignorante del vicio. El problema de esta concesión era que *la actio empti*, dada la forma de su *condemnatio*, conllevaba una condena en ‘*id quod interest*’: así lo dice expresamente ULPIANO en D. 19.1.1 pr.; por tanto, su concesión implicaba la indemnización de todos los perjuicios sufridos por el comprador⁷⁹, lo que podía resultar extremadamente gravoso para el vendedor. Pero, una vez más, surge la cláusula *ex fide bona*, que permitía adecuar la condena a los supuestos fácticos del caso. Así, JULIANO, haciendo uso del carácter flexible de dicha cláusula, concede la *actio empti* en ambos casos, pero conecta diferentes consecuencias a la actitud del vendedor según su mala o buena fe. En el caso del vendedor *sciens* (mala fe) concedió la *actio empti* con función de resarcimiento del daño, otorgando el *id quod*

76 En derecho justinianeo se produjeron reformas importantes en esta materia. Se hizo general el principio de que el vendedor *ipso iure* garantiza por los vicios ocultos de la cosa, cualquiera sea el objeto del contrato, previendo las acciones dirigidas a la resolución o a la repetición de parte del precio, aun en caso de retención no fraudulenta del vendedor y, en la hipótesis de dolo, el resarcimiento del daño. Se produce así la completa fusión de las acciones edilicias con las civiles; en consecuencia, las primeras asumieron el carácter contractual de las segundas. FRITZ SCHULZ. *Derecho romano clásico*, trad. de J. Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 514; ALDO PEZZANA. *Azioni di garanzia per vizi della cosa in diritto bizantino*, en *Synteleia. Studi in memoria di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Jovene, Napoli, 1964, p. 649 ss.; IMPALLOMENEI, *Aedictum aedilium curulum*, cit., p. 76-77; ALEMÁN MONTERREAL, *La incidencia de la bona fides en el quantum indemnizatorio*, cit., pp. 146-147.

77 En este sentido SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., p. 86.

78 Cfr. ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni*, cit., p. 22 (trad. libre).

79 Ver ARANGIO-RUIZ, *La compraventa*, cit., p. 227; KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 194.

interest; en el caso del vendedor ignorante del vicio concedió la *actio empti* solo para la diferencia entre el precio pagado y aquel que el comprador habría pagado si hubiera conocido el vicio, con una función análoga a la *actio quanti minoris*⁸⁰.

En conclusión, en este caso la buena fe no incide solo en la responsabilidad del vendedor, sino también, y fundamentalmente, en el *quantum respondeatur*⁸¹, y sirve de calibrador entre la magnitud de la responsabilidad y la *summa condemnationis*. Para JULIANO, tanto el vendedor consciente como el inconsciente del vicio quedan obligados con la *actio empti* (son ‘responsables’), pero dado que esta acción conllevaba el resarcimiento de todo el daño, que podía exceder ampliamente el precio pagado por el comprador, el jurista efectúa una distinción en virtud de la cual limita la responsabilidad del vendedor de buena fe⁸², excluyendo de plano las hipótesis en que el comprador hubiera podido solicitar el resarcimiento de los daños relevantes (*interesse*), derivados, por ejemplo, del contagio de toda la manada, o bien del derrumbe del edificio construido con las vigas podridas⁸³.

V. La ‘*summa condemnationis*’ como instrumento para restablecer el ‘*synallagma*’ contractual en D. 19.2.33

La idea de JULIANO de establecer la *summa condemnationis* de acuerdo con la buena o mala fe del deudor fue seguida también por su discípulo AFRICANO⁸⁴, en D. 19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*):

80 L. VACCA, *Ancora sull'estensione*, cit., p. 61- 62; ALEMÁN MONTERREAL, *La incidencia de la bona fides en el quantum indemnizatorio*, cit., p. 147; ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni*, cit., p. 46 ss.

81 Véanse PEZZANA, *Azioni di garanzia*, cit., p. 650; ID. *Sull'actio empti come garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone*, en *BIDR*, 62, 1959, 185 ss.; ALEMÁN MONTERREAL, *La incidencia de la bona fides en el quantum indemnizatorio*, cit., p. 141 ss.

82 Téngase en cuenta que este es el mismo impulso que lleva a los juristas franceses, como POTHIER y DOMAT, a delinear los límites del resarcimiento. En efecto, ellos no pretenden punir, sino exonerar al deudor de una parte de la responsabilidad contractual. Cfr. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 87, donde expresamente se lee: “es necesario, sin embargo, no someter al deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento, y menos todavía a todas las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer, si el deudor hubiese satisfecho su obligación. En este punto es necesario distinguir diferentes casos y diferentes especies de daños y perjuicios; y aun es necesario, según los diferentes casos que pueden presentarse, poner cierta moderación en la fijación y estima de aquellos que son debidos”.

83 Cfr. VACCA, *Ancora sull'estensione*, cit., p. 62, n. 15. En este mismo sentido interpreta TAFARO D. 39.2.18.5, donde se cita la opinión de JULIANO tendiente a limitar la *summa condemnationis*, pero esta vez en un caso de estipulación. Dice TAFARO: “*sembra proprio che i giuristi del Principato abbiano saputo superare il significato letterale della stipulazione, andando oltre il suo tenore attraverso il ricorso all'iqi [id quod interest], quando si trattò di attenuare la posizione debitoria; non altrettanto fecero quando quel procedimento avrebbe comportato un aggravamento della posizione debitoria*”: SEBASTIANO TAFARO, *Debito e responsabilità, profili romanistici*, Cacucci, Bari, 2000, p. 32.

84 AFRICANO fue contemporáneo de JULIANO (siglo II d.C.) y hay pleno acuerdo en que fue discípulo de este. En razón de ello, existe una fuerte conexión entre las *Quaestiones* de AFRICANO y la obra de JULIANO, tanto así que se estima demostrable que, en algunos casos, donde aparece simplemente

*Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo frui non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debes*⁸⁵.

En primer lugar, este pasaje se refiere a una expropiación por causa de utilidad pública de un fundo que estaba vinculado a un tercero a causa de un contrato de buena fe, en concreto, presenta dos hipótesis: en la primera el fundo había sido dado en arrendamiento, en la segunda había sido vendido, pero todavía no se había efectuado la entrega. En ambos casos, la solución del jurista es conceder al tercero acción del contrato en contra del dueño del fundo, de manera que este debe 'responder', pero no queda obligado al *id quod actoris interest*, sino a la restitución de lo recibido como contraprestación por el fundo, aclarando, en el caso del arrendatario, que la restitución se limita al periodo en que no pudo gozar de la cosa. En esta sede, el análisis se limitará a la hipótesis de compraventa.

Este pasaje ha sido tradicionalmente analizado en dos sedes: al tratar de la expropiación por causa de utilidad pública y en materia de *periculum rei*⁸⁶.

el *ait respondit* y expresiones similares, debe entenderse: "JULIANO responde o dice". Cfr. FRITZ SCHULZ. *Storia della giurisprudenza romana*, trad. G. Nocera, Sansoni, Firenze, 1968, p. 144 ss.; RICCARDO ORESTANO. *Africano Sesto Cecilio*, en *Novissimo digesto italiano*, vol. I (1), Utet, Torino, 1957, p. 392.

85 "Si hubiera sido confiscado <expropiado> el fundo que me hubieras dado en arrendamiento, estás obligado por la acción de conducción a que me sea lícito disfrutarlo, aunque en ti no consista que no me cumplas esto. A la manera que, dice, si hubieses dado en arrendamiento la edificación de una casa, y se hubiese hundido el solar, estarás sin embargo obligado; porque también si me hubieras vendido un fundo, y antes que se me entregase libre hubiere sido confiscado <expropiado>, te obligarías por la acción de compra. Lo cual será verdad solamente para que me restituyas el precio, no también para que me cumplas esto, si me importara más, que aquel se me entregara libre. Así, pues, opino, que se ha de observar lo mismo también respecto a la conducción, para que me restituyas el alquiler que yo hubiere pagado, por supuesto, de aquel tiempo en que yo no hubiere disfrutado; y no serás obligado a responder de más por la acción de conducción. Porque también si a tu colono se le prohíbe disfrutar el fundo por ti, o por uno a quien tú puedas impedirle que lo haga, le responderás de tanto cuanto a él le hubiere importado disfrutarlo, en lo que se comprenderá también su lucro; pero si se le impidiere por uno a quien tú no pudieras prohibírselo por su mayor fuerza o poder, no estarás obligado a nada más que a condonarle la pensión, o a devolvérsela".

86 La discusión en torno a la relación existente entre la institución del *periculum rei* y D. 19.2.33

En ese orden de cosas se discute, primero, si la palabra ‘*publicatio*’ hace referencia a una expropiación o más bien a una confiscación⁸⁷; una tercera opción sostiene que se trataría de ‘imposibilidad jurídica de disponer, como consecuencia de un pronunciamiento judicial’, sin hacerla coincidir con ninguna figura típica⁸⁸, y, por último, hay quien propone que se trata de una venta voluntaria pero causada por una presión política ejercida sobre el propietario⁸⁹. Al respecto parecen ser suficientes las argumentaciones de DE ROBERTIS⁹⁰ en el sentido de que se trataría precisamente de un caso de expropiación; al efecto sostiene este

-
- data de antiguo. Por ejemplo, un pequeño resumen de la misma puede observarse ya en la obra de Pothier: cfr. POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de los contratos*, t. 1, *Tratado de contrato de venta*, trad. bajo la dirección de M. Dupin, Atalaya, Buenos Aires, 1954, p. 159.
- 87 En este sentido se pronuncia Voci, quien sostiene que en este caso la expresión *publicatio* está dada en el sentido de confiscación como pena por un delito. Afirma que se trataría de un típico ejemplo de *casus mixto*, que no es propiamente *casus fortuitus* porque ha sido el deudor quien se puso en la condición de sufrirlo y, en consecuencia, debe responder por incumplimiento, en una situación similar a la que provoca la evicción de la cosa vendida; pero, aclara, el acto ilícito del vendedor no podía ponerse en relación directa con el incumplimiento contractual; si bien tampoco podía considerarse que la regla del *periculum emptoris* tuviera un valor suficiente para atribuir al vendedor una ventaja por su ilícito: de ahí la solución intermedia, que eliminaba los efectos de la venta. Cfr. VOCI, ‘*Diligentia*’, ‘*custodia*’, ‘*culpa*’, cit., p. 131. En este mismo sentido véase NICOLA PALAZZOLO. *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, en *BIDR*, 68, 1965, p. 294 ss. Que se trataba de ‘confiscación’ es sostenido también por HONSELL, quien afirma que esa es precisamente la razón por la cual JULIANO concedía el resarcimiento íntegro, mientras que AFRICANO habría procedido a limitar la *summa condemnationis* a la *remissio mercedis*. Véase TAFARO, recensión a HEINRICH HONSELL, cit., p. 368 ss.; G. PROVERA. Recensión a Heinrich HONSELL, cit., p. 461.
- 88 MARIO TALAMANCA. *Considerazioni sul ‘periculum rei venditae’*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VII, 1995, p. 270. En otra publicación este autor sostiene que de las fuentes emana la existencia de un “procedimiento que permitía a los órganos del Estado apropiarse, en determinadas situaciones, de bienes de propiedad privada, privando al titular de la respectiva disponibilidad, y que era prevista, en la mayoría de los casos, una indemnización a favor del sujeto, por llamarlo así, expropiado”. Cfr. ID. *Publicazioni pervenute alla direzione*, en *BIDR*, 96-97, 1993-1994, p. 822 (trad. libre).
- 89 HANS ANKUM. *Afr. Dig. 19,2,33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, en *ZSS* 97 (1980), p. 179. Véase la opinión de este autor en PATRICIO LAZO. ‘*Publicatio*’ y ‘*periculum rei venditae*’. *Contribución a la exégesis de D. 19.2.33*, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 29, 2007, pp. 245-268.
- 90 FRANCESCO MARIA DE ROBERTIS. *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, Istituto di Diritto Romano, Bari, 1936, pp. 158 ss. En el sentido de que se trata de una expropiación, véanse también: EMILIO BETTI. ‘*Periculum*’ e problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano, en *Studi in onore di Pietro De Francisci*, Giuffrè, Milano, 1956, vol. 1, p. 173; PROVERA, recensión a HEINRICH HONSELL, cit., pp. 460 ss.; CLAUDE ALZON. *Les risques dans la ‘locatio-conductio’*, en *LABEO*, 12, 1966, p. 313; MARTIN PENNITZ. *Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*; en sentido crítico, véase la recensión de TALAMANCA en *Publicazioni pervenute alla direzione*, en *BIDR*, 96-97, 1993-1994, pp. 823-824; CARLO AUGUSTO CANNATA. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Torre, Catania, 1996, p. 90 ss.; TAFARO, recensión a HEINRICH HONSELL, cit., p. 369. En particular este último, criticando a Honsell, señala: “*va innanzitutto osservato che è erroneo riferire il brano alla confisca: la dottrina che più direttamente si è interessata al problema ha sufficientemente chiarito che in esso si esaminava un caso di espropriazione*”.

autor que el deber del vendedor de restituir el precio es incompatible con la confiscación de bienes, ya que en ella el fisco estaba obligado a mantener las obligaciones contraídas por el confiscado y a reconocer los contratos de venta o arrendamiento, limitándose la confiscación al patrimonio actual del condenado: en la especie, al precio o canon versado por el comprador o arrendatario⁹¹. Por lo demás, el mismo pasaje excluye cualquier idea de culpa o de delito en la base de la *publicatio*, considerándola una fuerza mayor o caso fortuito parangonable al hundimiento del suelo⁹². Por último, el hecho de que el jurista se preocupara de establecer que la *summa condemnationis* no incluía el resarcimiento del daño sufrido por el arrendatario o comprador, implica que se trataba de una situación de *bona fides* por parte del deudor⁹³, pues en caso contrario no se explica esta consideración⁹⁴.

Aceptado que se trataba de una expropiación por causa de utilidad pública, aflora el segundo problema: el *periculum rei* y la aparente contradicción entre la solución propuesta por el jurista y el principio *periculum est emptoris*, expresamente consagrado en el *Corpus Iuris*: I. 3.23.3, D. 18.6.8 pr. En efecto, en virtud del principio *periculum est emptoris*, el riesgo de la cosa pasaba al comprador con el perfeccionamiento de la compraventa, aunque ella quedara en poder del vendedor⁹⁵. En consecuencia, el comprador asumía la imposibilidad sobreviniente de la obligación de entregar por causa no imputable al vendedor, quedando obligado al pago del precio, o no pudiendo exigir la restitución de lo ya pagado, a

91 En efecto, el mismo Voci, quien sostiene que en el pasaje en cuestión *publicatio* equivale a confiscación, da cuenta de un caso de *perduellio* (el caso de Graco), afirmando: “*Il giurista <Escévola> riteneva legittimo il senatoconsulto che aveva fatto di Caio Gracco un nemico dello stato: per effetto di quella pronuncia, era legittima la publicatio <confiscación> dei beni del ribelle [...]. I bona publicata furono sottoposti al procedimento usuale della bonorum sectio, <en consecuencia>: l’acquirente, o gli acquirenti, erano tenuti al pagamento dei debiti”*: Voci, ‘*Diligentia*’, ‘*custodia*’, ‘*culpa*’, cit., p. 128. Es decir, los créditos que terceros tuvieran contra el reo debían ser respetados; la pregunta que nos queda es: ¿cómo se explicaría para este autor que en el caso de D. 19.2.33 (si se tratara de confiscación) ello no haya sucedido? Lamentablemente, él no nos da la respuesta.

92 En efecto, el jurista parangona la *publicatio* en sede de arrendamiento de cosa al caso en que *solum corruisset* del arrendamiento de obra para la construcción de un edificio. En este último caso es dable suponer que la acción se concedería para la restitución del precio pagado por el comitente toda vez que la obra no se llevará a cabo. En este sentido sostiene THOMAS que debe suponerse que el comitente había pagado todo el precio, y la acción se concede sea para obtener la restitución plena, cuando todavía no se había iniciado la obra, o bien la porción correspondiente a aquella parte de la obra que todavía no se había realizado: cfr. J.A.C. THOMAS. *Reflections on Building Contracts*, en RIDA, 3.^a serie, 18, 1971, pp. 680-681.

93 En este sentido se pronuncia también TALAMANCA, quien sostiene que “del conjunto del pasaje no resulta que el propietario del fundo tuviese culpa alguna”: TALAMANCA, *Considerazioni sul ‘periculum rei venditae’*, cit., p. 270 (trad. libre).

94 Esta es una contradicción que había sido ya notada por la doctrina: véase DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., p. 158 ss.

95 Este es, por lo demás, el principio que aún consagran algunos códigos civiles, entre ellos el Código de Bello (C.C. chileno, art. 1827).

pesar de que no recibía la cosa⁹⁶. Cabe entonces preguntarse: ¿cómo se explica que en el pasaje el vendedor resulte obligado a restituir el precio, en circunstancias en que la obligación de entregar la cosa se había extinguido por causa a él no imputable? Para dar respuesta a esta pregunta se han intentado, principalmente, dos vías⁹⁷.

La primera corriente doctrinaria sostiene que se trataría de un caso en que el vendedor todavía no gozaba de la *vacua possessione*, en consecuencia, la venta no era perfecta y, dado que el peligro pasaba al comprador desde el perfeccionamiento del contrato, el principio *periculum est emptoris* no estaba todavía en vigor. En conclusión, la pérdida de la cosa debía ser soportada por el vendedor, en virtud del *casus sentit dominus*⁹⁸. Pero, como dice TALAMANCA, esto no se desprende del pasaje, ya que con la expresión *isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit*, el jurista se “limitaba simplemente a constatar la falta de un regular acto de transferencia dirigido al cumplimiento de la obligación del vendedor, y no decía en modo alguno que la transferencia no podía ser efectuada porque el fundo no estaba todavía en *vacuae possessionis*”⁹⁹.

La segunda explicación resulta un tanto más controvertida, ya que ella postula que este pasaje (junto a D. 19.1.13-15) sería la prueba de que el principio clásico no era *ante traditionem periculum est emptoris*, sino el contrario, *ante traditionem periculum est venditoris*¹⁰⁰. Para esta teoría el pasaje habría quedado incor-

96 Recuérdese que el *periculum*, o teoría del riesgo, es un problema propio de los contratos bilaterales, consistente en determinar la suerte que corre la contraprestación cuando la prestación de una de las partes se extingue de modo no satisfactorio para el acreedor y por una causa no imputable al deudor. Así, si a pesar de que no podrá cumplir su obligación, el deudor puede exigir la contraprestación, o bien no está obligado a restituir lo que hubiera recibido, el peligro es del acreedor (comprador); en cambio, si aquel que ha visto frustrada su posibilidad de exigir el cumplimiento por imposibilidad sobreviniente de la prestación tiene derecho a la condonación de la deuda, o bien a repetir lo que hubiere pagado, el riesgo es del deudor (vendedor). Sobre esta construcción dogmática cfr. EMILIO BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953, vol. 1, pp. 154 ss.

97 Una posición que podríamos llamar intermedia es sostenida por CANNATA. Este autor, dando por sentado el principio *periculum est emptoris*, distingue entre ‘*periculum*’ en sentido técnico (imposibilidad de prestar no imputable al deudor) y ‘riesgo económico del contrato’. En el caso propuesto, sostiene, no se trata de *periculum* porque la cosa no se ha perdido, sino que ha sido legítimamente traspasada a un tercero; por tanto, lo que AFRICANO resuelve es el riesgo económico de la imposibilidad de prestar por parte del vendedor, el cual, dado el carácter sinalagmático de la compraventa, debe ser soportado por el mismo vendedor. Cfr. CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., p. 90 ss.

98 En este sentido ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., p. 288; KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 192.

99 Cfr. TALAMANCA, *Considerazioni sul ‘periculum rei venditae’*, cit., p. 271 n. 192 (trad. libre); idénticamente en MARIO TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, en *BIDR*, 80, 1977, p. 250.

100 En este sentido BETTI, ‘*Periculum*’, cit., pp. 133 ss., especialmente 172 ss.; TALAMANCA, *Considerazioni sul ‘periculum rei venditae’*, cit., p. 271; MANLIO SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, III, *Obbligazione di consegnare e ‘periculum rei venditae’*, en *SDHI*, 20, 1954, pp. 200 ss.; MANLIO SARGENTI, *Rischio (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. xxxi, Giuffrè, Milano,

porado en el *Corpus Iuris* “solamente por una de las frecuentes imperfecciones de la obra de coordinación de las varias partes de la Compilación”¹⁰¹.

Por nuestra parte, creemos que es perfectamente posible compatibilizar el principio *periculum est emptoris*¹⁰² con la solución contenida en el pasaje, y sin necesidad de recurrir a la falta de vacua posesión por parte del vendedor. Al efecto es necesario recordar que, dado el carácter jurídico de la expropiación, que era tratada como una venta forzada¹⁰³, uno de sus requisitos indispensables era el pago de una indemnización, consistente en el reembolso completo efectivo a quien tenía derecho al valor de la cosa expropiada¹⁰⁴. Así las cosas, el panorama era el siguiente: la expropiación por causa de utilidad pública constituye un caso de imposibilidad (jurídica) sobreviniente no atribuible al deudor, en consecuencia, la obligación de entregar la cosa se extingue; por otro lado, el propietario tiene derecho a una indemnización¹⁰⁵, es decir, en su patrimonio el fundo adeudado es subrogado por el importe de dicha indemnización, donde figura, además, la suma pagada por el comprador. Aplicando estrictamente las reglas sobre responsabilidad contractual, resulta que el vendedor tiene derecho a retener el precio y, además, tiene derecho a la indemnización que le corresponde en cuanto propietario de la cosa, mientras que el comprador no tiene derecho a exigir la cosa, porque esta jurídicamente ha perecido sin culpa del vendedor, ni tampoco a recuperar el precio, pues *periculum est emptoris*. La injusticia de la situación salta a la vista¹⁰⁶. Así se explica que JULIANO (AFRICANO), al igual que en

1981, p. 1130; MARÍA M. BENÍTEZ LÓPEZ. *La 'traditio' de mercancías*, en *INDEX*, 27, 1999, p. 361 ss.; SCOGNAMILIO, *Note su sinallagma*, cit., p. 190 ss.; PATRICIO LAZO. '*Publicatio*', *passim*.

101 Cfr. SARGENTI, *Rischio*, cit., p. 1130 (trad. libre).

102 Hoy en día, la opinión mayoritaria de la doctrina sostiene el carácter clásico de la regla, con lo cual ya desde el derecho clásico la pérdida de la cosa vendida debía ser soportada por el comprador. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., p. 281. Cfr. también: SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p. 509-510; MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL. *Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida*, en *Roma e America*, 21, 2006, p. 199 ss.; esta última, sobre el particular afirma: “la solidez de la regla *periculum est emptoris* no se desvirtúa por el hecho de que las fuentes nos indiquen la inclinación de algunos juristas por agravar el *praestare* del vendedor ante circunstancias especiales” (p. 206).

103 DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., p. 291; LAURA SOLIDORO MAUROTTI. *L'antica disciplina dei casi di esproprio per pubblica utilità*, recensión a Martin Pennitz, *Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik un des Prinzipatz. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*, *INDEX*, 23, 1995, p. 53.

104 DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., p. 291; ENRIQUE LOZANO CORBÍ. *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común*, en *el derecho romano*, Mira Editores, Zaragoza, 1994, p. 139; SOLIDORO MAUROTTI, *L'antica disciplina dei casi di esproprio*, cit., p. 53.

105 Es verdad que, como nota TALAMANCA, en el pasaje no se hace ninguna referencia al pago de una indemnización, pero por tratarse de una privación de propiedad sin culpa de parte del propietario (expropiación) debía necesariamente intervenir el pago de una suma de dinero; en caso contrario se habría tratado de una usurpación propiamente dicha. Cfr. LOZANO CORBÍ, *La expropiación forzosa*, cit., p. 139.

106 En este mismo sentido interpreta el pasaje MARTIN PENNITZ. *Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik un des Prinzipatz. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*: en sentido

D. 19.1.13 pr., procure la protección del comprador concediéndole la *actio empti* contra el vendedor.

Arribados a este punto surge un nuevo problema, el mismo que se debió resolver en el pasaje recién citado: la fórmula de la *actio empti* conlleva una condena en *id quod interest creditoris*, es decir, al comprador corresponde una suma equivalente a su ‘interés’ en recibir oportuna y efectivamente la cosa, lo cual puede exceder ampliamente el precio pagado, es decir, invertir la situación llevando a una injusticia para el vendedor. En consecuencia, y he aquí el por qué este pasaje ha merecido nuestra atención, JULIANO (AFRICANO), teniendo en cuenta que el *id quod interest* de la compraventa es *ex fide bona*, y que el vendedor no incurrió en ninguna falta frente al contrato, concede sí la *actio empti* al comprador, pero la limita a la restitución del precio¹⁰⁷: “*quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi*”.

Con esta decisión el jurista demuestra estar atento a la relevancia del equilibrio sinalagmático de las prestaciones en el momento de ejecución del contrato y de su funcionamiento, y, por tanto, emerge claramente la implicación de la buena fe en la actuación del sinalagma funcional en sentido amplio¹⁰⁸. En síntesis, el jurista tutela el equilibrio económico del contrato desde tres puntos de vista:

crítico, véase la recensión de TALAMANCA, *Publicazioni pervenute alla direzione*, en *BIDR*, 96-97, 1993-1994, pp. 823-824. Por otro lado, a la misma concesión debía llegar el jurista en caso de que el ‘precio’ pagado por el Estado fuera considerado un *commodum*. En efecto, una de las críticas que se hace a la consideración de la *publicatio* como expropiación es que si el vendedor recibía un pago por la cosa, este era un *commodum* que, como contrapartida al *periculum est emptoris*, correspondía al comprador. Cfr. TALAMANCA, *Considerazioni sul ‘periculum rei venditae’*, cit., p. 271 n. 190. Pero, no debe olvidarse que el *commodum* era de dos clases: *representationis* y *accessionis*. El primero estaba dado para que el vendedor cediera al comprador las acciones que, como propietario de la cosa, le correspondían contra el tercero que hubiera ocasionado la imposibilidad; en virtud del segundo, correspondía al comprador todo aquello que hubiera acrecido la cosa vendida. En nuestro caso sería un *commodum representationis*, y en consecuencia el comprador tendría acción contra la administración pública; pero, dado que el pago de la indemnización era previo a la toma de posesión de la cosa, resultaba que el dinero se encontraba ya en poder del vendedor: entonces, ¿con cuál acción se debía dirigir el comprador a fin de obtener el dinero? Queda siempre la *actio empti*.

107 En este sentido interpreta también el pasaje JHERING, quien, hablando del contrato nulo, afirma: “*se manca l’effetto principale del contratto, la stessa sorte non deve toccare necessariamente agli effetti accessori; può infatti aver prodotto degli effetti che non potrebbero esser acconciamente caducati, se non tramite un’azione personale. È quindi a pieno titolo che il nuovo diritto concede in questi casi l’azione contrattuale*”. Luego, en la nota al pie, agrega: “*Ci si può chiedere se bisogna assimilare questo caso a quello in cui il contratto sia venuto a meno in un secondo momento, sia per caso fortuito (l. 33 Loc. 19.2: si fundus publicatus, tenearis ex empto, ut pretium restitutas), sia in ragione di una risoluzione consensuale del contratto*”: JHERING, *Della culpa in contrahendo*, cit., p. 61.

108 En este mismo sentido es interpretado el pasaje en LETIZIA VACCA. *Buona fede e sinallagma contrattuale*, en *IURA*, 48, 1997, p. 141; publicado también en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, Cedam, Padova, 2003, vol. IV, p. 331 ss. Cfr. también LETIZIA VACCA. *Sulla responsabilità del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VII, 1995, p. 297 ss.; VACCA, *Ancora sull’estensione*, cit., pp. 40-41.

i) elimina el enriquecimiento injusto del vendedor, pues no le autoriza para retener las dos sumas de dinero; b) protege al comprador, quien recupera el precio pagado, y c) protege al vendedor, porque no le hace responsable por daños que escapan a su esfera de control.

Observaciones finales

Los pasajes analizados permiten constatar que la cláusula *ex fide bona* jugaba un rol importante en la conservación de la reciprocidad de las obligaciones, expresada en la idea de sinalagma. Esta circunstancia implicaba que se podía conceder la acción en casos en que en estricto rigor ella no era procedente, pero también se podían limitar sus consecuencias, cuando el ejercicio pleno de la acción habría desembocado en una situación de desequilibrio contractual. De esta manera, la buena fe permitía adecuar la *summa condemnationis* a las necesidades del caso, incluso dejando fuera ítems que teóricamente habrían debido incluirse.

En efecto, en los *bonae fidei iudicia*, el acreedor tenía siempre derecho a la indemnización de los perjuicios derivados del hecho de que el deudor hubiera quebrantado sus deberes de lealtad y diligencia, o perjudicado dolosamente al acreedor, más allá de lo estrictamente deducido de la obligación¹⁰⁹. Así, la buena fe servía para modelar el contenido del *oportere*, integrando el vínculo jurídico entre las partes, que quedaba compuesto por todo aquello que una parte debía a la otra teniendo en cuenta las circunstancias concretas en las cuales la relación estaba inmersa¹¹⁰. Por lo mismo, la cláusula *ex fide bona* influía también en la delimitación del *id quod interest*, cuando, atendidas las circunstancias del caso concreto, aquello que abstractamente podía obtener el acreedor con el ejercicio de la acción del contrato violaba las normas de lealtad y rectitud¹¹¹. En efecto, el *id quod interest*, ínsito en todos los juicios de buena fe, implicaba el resarcimiento integral del daño, pero en los hechos esta situación podía desembocar en un resultado inicuo para el deudor, que no podía ser considerado *responsable* del daño sufrido por el acreedor; este resultado inicuo se corregía excluyendo de la *summa condemnationis* cantidades que, en principio, estaban comprendidas¹¹².

109 KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 172; ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., p. 789; ALEMÁN MONTERREAL, *La incidencia de la 'bona fides' en el quantum indemnizatorio*, cit., p. 141 ss. Aun cuando solo indirectamente referido a la cuestión, cfr. PEZZANA, *Azioni di garanzia*, cit., p. 650; PEZZANA, *Sull'actio empti*, cit., pp. 185 ss. Para las fuentes cfr. D. 17.1.42; D. 17.2.52.11; D. 19.1.13 pr.; D. 19.1.13.1; D. 19.2.13.4; D. 19.2.13.7 (ver también D. 9.2.5.3).

110 VACCA, *Ancora sull'estensione*, cit., p. 35 ss.; GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, cit., t. II, p. 105; CARDILLI, *'Bona fides' tra storia e sistema*, cit., p. 41; FACCO, *Oportere ex fide bona*, cit., pp. 17-41.

111 HORVAT, *Osservazioni sulla 'bona fides'*, cit., p. 425; NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit., p. 209.

112 En este mismo sentido cfr. VACCA, *Ancora sull'estensione*, cit., p. 62, n. 15.

En definitiva, cuando el *id quod actoris interest* debía ser establecido con arreglo a la *bona fides*, el juez debía atender al valor de la prestación incumplida de acuerdo a las circunstancias de la ‘relación obligatoria’, procurando la conservación del sinalagma contractual.

Bibliografía

- ALEMÁN MONTERREAL, ANA. *La incidencia de la bona fides en el quantum indemnizatorio: a proposito de la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, CEDAM, Padova, 2003, vol. I.
- ALZON, CLAUDE. *Les risques dans la 'locatio-conductio'*, en *LABEO*, 12, 1966.
- AMIRANTE, LUIGI. *L'origine dei contratti di buona fede*, en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto romano*, Milano, 7-9 aprile, 1987, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1988.
- ANKUM, HANS. *Afr. Dig 19,2,33: Haftungund Gefabr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, en *ZSS* 97, 1980.
- ANKUM, HANS. *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso internazionale Pisa-Viareggio-Luca, 1990, Giuffrè, Milano, 1991, tomo II.
- ARANGIO-RUIZ, VINCENZO; *La compraventa in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1990 reimpr. I.^a ed., vol. II.
- BENÍTEZ LÓPEZ, MARÍA M. *La 'traditio' de mercancías*, en *INDEX*, 27, 1999.
- BETTI, EMILIO. *'Periculum' e problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, en *Studi in onore di Pietro DE FRANCISCI*, Giuffrè, Milano, 1956, vol. I.
- BETTI, EMILIO. *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, en *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, CEDAM, Padova, 1927.
- BETTI, EMILIO. *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953.
- BIGLIAZZI GERI, LINA. *Buona fede nel diritto civile*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, vol. II, Utet, Torino, 1988.

- BIONDI, BIONDO. *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, en *Conferenze per il XIV centenario delle pandette*, Vita e Pensiero, Milano, 1931.
- BONFANTE, P. *Essenza della 'bona fides' e suo rapporto colla teorica del errore*, en *BIDR* 1893, ahora en *Scritti giuridici vari*, Utet, Torino, 1926, vol. II.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, FERMÍN. *Límites en la reparación del daño*, en MURILLO, ALFONSO (COORD.). *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno. IV Congreso internacional y VII Congreso iberoamericano de derecho romano*, Universidad de Burgos, Burgos, 2001.
- CANNATA, CARLO AUGUSTO. *L'inadempimento delle obbligazioni*, CEDAM, Padova, 2008.
- CANNATA, CARLO AUGUSTO. *Sulla divisio obligationum nel diritto repubblicano e classico*, en *IURA*, 21, 1970.
- CANNATA, CARLO AUGUSTO. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Torre, Catania, 1996.
- CARCATERRA, ANTONIO. *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Jovene, Napoli, 1964.
- CARDILLI, RICCARDO. *'Bona fides' tra storia e sistema*, Giappichelli, Torino, 2004.
- CASTRESANA, AMELIA. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Tecnos, Madrid, 1991.
- CICERÓN, MARCO TULIO. *Sobre los deberes*, trad. de José Guillén Cabañero, Altaya, Barcelona, 1994.
- CORRADINI, DOMENICO. *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1968.
- DAJCZAK, WOJCIECH. *L'uso della locuzione 'bona fides' nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali*, en *RIDA*, 3.^a serie, t. 45, 1997.
- DE BERNARDI, MATTEO. *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra 'dolus' e 'bona fides' nel linguaggio dei giuristi*, en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto romano*, Milano 7-9 aprile 1987, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1988, vol. II.

- DE FRANCISCI, PIETRO. *Iudicia bonae fidei editti e formulae in factum*, Fratelli Bocca, Torino, 1907.
- DE ROBERTIS, FRANCESCO MARIA. *La espropriazione per pubblica utilità nel Diritto romano*, Istituto di Diritto Romano, Bari, 1936.
- FACCO, JAVIER HUMBERTO. *Oportere ex fide bona. Una construcción decisiva de la jurisprudencia romana*, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia n.º 24, 2013.
- FERRINI, CONTARDO. *Danni (azione di)*, en *Enciclopedia giuridica italiana*, Società Editrice Libreria, Milano, 1909, vol. IV.
- FERRINI, CONTARDO. *Manuale di pandette*, Società Editrice Libreria, Milano, 1908³.
- FIORI, ROBERTO. *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Jovene, Napoli, 2008.
- FIORI, ROBERTO. *La definizione della 'locatio conductio'*, Jovene, Napoli, 1999.
- FREZZA, PAOLO. *Fides bona*, en *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, Milano, 1975.
- GIL Y GIL, JOSÉ LUIS. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, CARL, Sevilla, 2003.
- GROSSO, GIUSEPPE. *Buona fede (premesse romanistiche)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 1959.
- GROSSO, GIUSEPPE. *Il sistema romano dei contratti*, Giappichelli, Torino, 1963³.
- GROSSO, GIUSEPPE. *Ricerche intorno all'elenco dei 'bonae fidei iudicia'*, en *RISG*, 5, 1928.
- GUARINO, ANTONIO. *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 2001¹².
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *Derecho privado romano*, Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *La buena fe en el Código civil de Chile*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, CEDAM, Padova, 2003, vol. II.

- HONSELL, HEINRICH. *Quod interest im bonae-fidei-iudicium: Studium zum Römischen Schadensersatzrecht*, C.H. Beck, München, 1969.
- HORVAT, MARIJAN. *Osservazioni sulla 'bona fides' nel diritto romano obbligatorio*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, Jovene, Napoli, 1955, t. II.
- IMPALLOMENI, GIAMBATTISTA. *Aedictum aedilium curulum*, en *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, CEDAM, Padova, 1996.
- JHERING, RUDOLF. *Della culpa in contrabendo*, trad. de Federico Procchi, Jovene, Napoli, 2005.
- KASER, MAX. *Derecho privado romano*, trad. de José Santa Cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1968.
- KELLER, LUDOVICO. *Il processo civile romano e le azioni*, trad. de la 3.^a ed. por Francesco Filomusi Guelfi, Jovene, Napoli, 1872.
- LAZO, PATRICIO. '*Publicatio*' y '*periculum rei venditae*'. *Contribución a la exégesis de D. 19.2.33*, en *Revista de estudios histórico jurídicos*, 29, 2007.
- LOMBARDI, LUIGI. *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Giuffrè, Milano, 1961.
- LOZANO CORBÍ, ENRIQUE. *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*, Mira Editores, Zaragoza, 1994.
- LUZZATTO, GIUSEPPE IGNAZIO. *Procedura civile romana*, III, *La genesi del processo formulare*, Dott. Cesare Suffi, Bologna, 1948.
- MANTOVANI, DARIO. *Le formule del processo privato romano*, CEDAM, Padova, 1999².
- MARCHI, ANTONIO. *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, en *BIDR*, 1904.
- MEDICUS, DIETER. *Id quod interest*, Böhlau-Verlag, Köln-Graz, 1962.
- MONTEL, ALBERTO. *Buona fede*, en *Novissimo digesto italiano*, vol. II, 1957.
- NEME VILLARREAL, MARTHA LUCIA. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*, Universidad Externado de Colombia/Centro di Studi Latinoamericani Università "Tor Vergata" - CNR, Bogotá-Roma, 2010.

- NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. *Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida*, en *Roma e America*, 21, 2006.
- ORESTANO, RICCARDO. *Africano Sesto Cecilio*, en *Novissimo digesto italiano*, vol. 1 (1), Utet, Torino, 1957.
- ORESTANO, RICCARDO. *L'azione in generale (storia del problema)*, en *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959.
- PALAZZOLO, NICOLA. *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, en *BIDR*, 68, 1965.
- PARICIO SERRANO, JAVIER. *Génesis y naturaleza de los juicios de buena fe*, en *De la justicia y del derecho: Escritos misceláneos romanísticos*, El Faro, Madrid, 2002.
- PARICIO SERRANO, JAVIER. *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato*, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1982-1987, vol. IV.
- PEROZZI, SILVIO. *Istituzioni di diritto romano*, Athenaeum, Roma, 1928².
- PEZZANA, ALDO. *Azioni di garanzia per vizi della cosa in diritto bizantino*, en *Syntelexia. Studi in memoria di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Jovene, Napoli, 1964.
- PEZZANA, ALDO. *Sull'actio empti come garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone*, en *BIDR*, 62.
- POTHIER, ROBERT JOSEPH. *Tratado de las obligaciones*, trad. de Guillermo Cabanellas de Torres, Heliasta, Buenos Aires, 2007².
- POTHIER, ROBERT JOSEPH. *Tratado de los contratos*, t. 1, *Tratado de contrato de venta*, trad. bajo la dirección de M. Dupin, Atalaya, Buenos Aires, 1954.
- PROVERA, GIUSEPPE. *Recensión del libro de Heinrich Honsell, Quod interest in bonae-fidei-iudicium*, en *SDHI*, 37, 1971.
- PUGLIESE, GIOVANNI. *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, Giuffrè, Milano 1963, vol. I.
- ROSSETTI, GIULIETTA. *Interdependenza delle obbligazioni e 'risoluzione'*, en *La compravendita e interdependenza delle obbligazioni nel diritto romano*, CEDAM, Padova, 2007, vol. II.

- SALOMÓN SANCHO, LOURDES. *EL concepto de buena fe en las instituciones de Gayo. En concreto Gai 2,51*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, CEDAM, Padova, 2003, vol. III.
- SAN MARTÍN NEIRA, LILIAN C. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- SAN MARTÍN NEIRA, LILIAN. *La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas*, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 27, 2014.
- SANSÓN RODRIGUEZ, MARÍA VICTORIA. *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del derecho privado romano*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, CEDAM, Padova, 2003, vol. III.
- SARGENTI, MANLIO. *Problemi della responsabilità contrattuale*, III, *Obbligazione di consegnare e 'periculum rei venditae'*, en *SDHI*, 20, 1954.
- SARGENTI, MANLIO. *Rischio (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981.
- SCHERMAIER, MARTIN JOSEF. *Bona fides in roman contract law*, en ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, SIMON (ed.). *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- SCHULZ, FRITZ. *Derecho romano clásico*, trad. de José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960.
- SCHULZ, FRITZ. *Principios del derecho romano*, trad. de Manuel Abellán Velasco, Civitas, Madrid, 2000.
- SCHULZ, FRITZ. *Storia della giurisprudenza romana*, trad. de Guglielmo Nocera, Sansoni, Firenze, 1968.
- SCOGNAMIGLIO, MARGHERITA. *Note su sinallagma condizionale e 'periculum rei venditae' nel diritto romano*, en *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, CEDAM, Padova, 2007.
- SENN, PIERRE DANIEL. *Buona fede nel diritto romano*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, vol. II, Utet, Torino, 1988.

- SOLIDORO MAUROTTO, LAURA. *L'antica disciplina dei casi di esproprio per pubblica utilità*, recensión a Martin Pennitz, *Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik un des Prinzipatz. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*, en *INDEX*, 23, 1995.
- TAFARO, SEBASTIANO. *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale in onore di Alberto Burdese, CEDAM, Padova, 2003, vol. III.
- TAFARO, SEBASTIANO. *Debito e responsabilità profili romanistici*, Cacucci, Bari, 2000.
- TAFARO, SEBASTIANO. *Id quod interest*, recensión a Heinrich Honsell, en *INDEX*, 2, 1971.
- TAFARO, SEBASTIANO. *La interpretatio ai verba 'quanti res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi d'Ulpiano*, Jovene, Napoli, 1980.
- TALAMANCA, MARIO. *Per la storia della giurisprudenza romana*, en *BIDR*, 80, 1977.
- TALAMANCA, MARIO. *Publicazioni pervenute alla direzione*, en *BIDR*, 96-97, 1993-1994.
- TALAMANCA, MARIO. *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VII, 1995.
- TALAMANCA, MARIO. *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990.
- TALAMANCA, MARIO. *La bona fides nei giuristi romani. 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, CEDAM, Padova, 2003, vol. IV.
- TALAMANCA, MARIO. *Processo civile (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987.
- TALAMANCA, MARIO. *Vendita (dir. rom.)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993.
- THOMAS, J.A.C. *Reflections on Building Contracts*, en *RIDA*, 3.^a serie, 18, 1971.
- VACCA, LETIZIA. *Ancora sull'estensione del ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, en *IURA*, 45, 1994.

- VACCA, LETIZIA. *Buona fede e sinallagma contrattuale*, en *IURA*, 48, 1997, publicado también en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, CEDAM, Padova, 2003, vol. IV.
- VACCA, LETIZIA. *Sulla responsabilità del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VII, 1995.
- VOCI, PASQUALE. '*Diligentia*', '*custodia*', '*culpa*', en *SDHI*, 46, 1990, p. 36.
- VOCI, PASQUALE. *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1938.
- VOCI, PASQUALE. *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Giuffrè, Milano, 1939.
- ZIMMERMANN, REINHARD; *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Juta & Co. - Kluwer, South Africa – Deventer, Boston, 1992.