

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**FORMACIÓN EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA
TRADICIÓN ROMANÍSTICA DEL PRINCIPIO DE LA BUENA
FE Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO
EUROPEO**

**THE FORMATION OF THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN
ROMAN LAW AND IN THE ROMAN LAW TRADITION AND
ITS PROJECTION IN EUROPEAN UNION LAW**

**María Salazar Revuelta
Catedrática de Derecho Romano
Universidad de Jaén
msalazar@ujaen.es**

I.- Importancia de la *fides* como principio ético-jurídico en el Derecho romano.

En Roma, principios de origen ético, como el *officium*, la *pietas*, la *humanitas*, la *amicitia* o la *fides*, calan profundamente en el ordenamiento jurídico, influenciando de manera importante las relaciones jurídicas de los sujetos dentro de la comunidad¹.

¹ La importancia de estos *principia* y la base para la construcción de una teoría sobre los “complementos extralegales de la ley” (en expresión de ORTEGA Y GASSET, *Historia como sistema y del Imperio romano*, Madrid 1941= *Obras completas*, VI, Madrid, 1947, pp. 13 ss.) se encuentra en la doctrina ya clásica como SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934 (reimpr. Berlin, 1954) [= *Principios del Derecho romano*, trad. de M. Abellán Velasco, Madrid, 1990]; y con anterioridad en IHERING, R. von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. I, 1852, vol. II, 1865 [= *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española con la autorización del autor y notas por E. Príncipe y Satorres. Estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 1998]. Existe también una *Abreviatura del espíritu del Derecho romano*, Revista de Occidente Argentino, Buenos Aires 1974, cuya publicación ordenó Ortega y Gasset. No debemos olvidar – como advierte IGLESIAS, J, *Orden jurídico y orden extrajurídico*, en *Estudios. Historia de Roma. Derecho romano. Derecho moderno*, Madrid, 1968, p. 119- que la fuerza extrajurídica irrumpe en el orden jurídico, traducándose en ocasiones en precepto positivo, mientras que en otros casos tal traducción no se produce, en términos de fijeza y generalidad. Pero el influjo extrajurídico, incluso en estos casos, resulta patente.

Si bien hay que advertir que estos *principia* no se encuentran expuestos de manera sistemática en los textos romanos, ello no obsta para pensar que se traten de meros espejismos².

La autonomía del Derecho -que constituye, sin duda, una de las tempranas aportaciones de la cultura jurídica romana republicana a la tradición jurídica occidental- no se contradice, en modo alguno, con su referencia básica a un conjunto ético-social desde el cual tiene su verdadera significación lo jurídico en su formulación técnica³. A partir de la actividad jurisprudencial, la realidad queda delimitada, para conformar una precisa disciplina de las relaciones jurídicas, donde los principios extrajurídicos constituyen un *prius* del concepto jurídico⁴.

² Algunos de estos principios se encuentran en enumeraciones como las que realiza Séneca, *De ira* 2,28,2: *Quanto latius officiorum patet quam iuris regula! Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, iustitia, fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt!*; o Cicerón, *Rhet. ad Her.* 3,7,14: *qua fide, benevolencia, officio gesserit amicitias*. Vid. IGLESIAS, J., *Roma, claves históricas*, Madrid, 1985, pp. 33-39.

³ Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Ética social y Derecho en la tradición jurídica romano-republicana*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 76 (1989-1990), pp. 379-384.

⁴ Como expresa TALAMANCA, M., *La «bona fides» nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, vol. IV, Padova, 2003, pp. 311-

En concreto, la jurisdicción pretoria será la que introduzca criterios de ponderación, integración, atenuación del excesivo rigor, analogía, equidad... frente al *ius strictum* o *legitimum*, en el que no cabe una interpretación más allá de lo establecido en la norma o lo expresamente acordado por las partes⁵.

En este contexto, destaca el valor de la *fides*, dado su extraordinario alcance y sus múltiples funciones en el mundo del Derecho. En efecto, su contenido se revela claramente heterogéneo, apareciendo en ámbitos de la realidad romana muy diferentes como *fides in deditio*⁶, *fides in colloquio*, *fides publica*⁷, *fides patroni*, *fides crediticia*, *bona fides*...⁸. De ahí la vasta

312: los *prudentes*, “...nella loro attività professionale, si collocano sempre -solidamente ancorati alla logica del concreto- sul piano realistico del loro tempo, tenendo presenti i valori correnti nella società e, più precisamente, in quella classe dominante di cui sono l’espressione e nell’ambito della quale essercitano la loro funzione”.

⁵ GALLO, F., “Un nuovo approccio per lo studio del *ius honorarium*”, *SDHI* 62 (1996), pp. 39 s.; ID., *L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di Diritto romano*, Torino, 1997, pp. 67 ss.

⁶ NÖRR, D., *La «fides» en el Derecho internacional romano*, trad. R. Domingo, Madrid, 1996, pp. 24 ss.

⁷ DI PIETRO, A., *La «fides» publica romana*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. I, p. 506.

labor doctrinal que encontramos en torno al término en sus diferentes aplicaciones, referidas tanto al campo del derecho público romano, concretamente a su papel en las relaciones y tratados internacionales⁹, pasando por su inclusión en las más variadas figuras jurídico-privadas, hasta llegar al concepto de *bona fides*, contractual y posesoria¹⁰.

⁸ Un análisis textual y etimológico de estas expresiones se encuentra en FREYBURGER, G., «Fides». *Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, 1986, pp. 31 ss.

⁹ La violación de la *fides* y la consecuente contravención del *ius gentium* aparecen mencionadas al unísono en fuentes como Livio, 4,19,3: *ruptor foederis humani violatorque gentium iuris*; 21,25,7: *non contra ius modo gentium, sed violata etiam, quae data in id tempus erat, fide*; 30,25,10: *etsi non indutiarum modo fides a Carthaginensibus, sed ius etiam gentium in legatis violatum esset*. Sobre estas fuentes y, en general, sobre la equiparación *fides-ius gentium* vid. KASER, M., *Ius Gentium*, trad. F. J. Andrés Santos, Granada, 2004, pp. 45 ss.

¹⁰ Entre la abundante literatura concerniente a los términos *fides* y *bona fides* en el Derecho romano podemos destacar, a modo de ejemplo, el siguiente elenco de autores, con la advertencia de que no se trata, evidentemente, de una enumeración cerrada: VON TUHR, A., "La buena fe en el Derecho romano y en el actual", *RDP* 146 (1925), pp. 336 ss.; HEINZE, R., «Fides», *Hermes* 64 (1929), pp. 140 ss. [= *Vom Geist des Römertums*, Berlin, 1938, pp. 25 ss.]; BESELER, G., «Fides», en *Atti Congr. Internaz. Dir. rom.*, I, Roma, 1934, pp. 135 ss.; KUNKEL, W., *Die «Fides» als schöpferisches Element in römisches Schuldrecht*, en *Festschrift Koschaker* 2 (1939), pp. 1 ss.; PIGANIOL, A., "Venire in fidem", *RIDA* 5 (1950), pp. 339 ss.; IMBERT, J., «Fides» et «nexum», en *Studi Arangio-Ruiz* 1 (Napoli 1952),

pp. 339 ss.; HORVAT, M., *Osservazioni sulla «bona fides» nel diritto romano obbligatorio*, en *Studi Arangio-Ruiz* 1 (Milano, 1952), pp. 427 ss.; LEMOSSE, M., *L'aspect primitif de la «fides»*, en *Studi De Francisci* 2 (Milano, 1956), pp. 43 ss.; GROSSO, G., voz "Buona fede (premesse romanistiche)", *EdD* 5 (1959), pp. 661 ss.; ID., "Ricerche intorno all'elenco classico dei *bonae fidei iudicia*", *RISG* 3 (1928), pp. 28 ss.; ID., *Spunti e riflessioni su Cic. Pro Rosc. Com. 5,15, sui iudicia legitima da Cicerone a Gaio, e sull' origine dei «bonae fidei iudicia»*, en *Studi in onore di A. Segni* 2 (Milano, 1967), p. 493 ss.; LOMBARDI, L., *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, 1961; WIEACKER, F., "Zur Ursprung der *bonae fidei iudicia*", *ZSS* 80 (1963), pp. 1 ss.; ID., *El principio general de la buena fe*, prólogo de L. Díez-Picazo, trad. J. L. Carro, Madrid, 1982; CARCATERRA, A., *Intorno ai «bonae fidei iudicia»*, Napoli 1964; ID., "Ancora sulla *fides* e sui *bonae fidei iudicia*", *SDHI* 33 (1967), pp. 65 ss.; PRINGSHEIM, F., «*Aequitas*» und «*bona fides*», en *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg 1967, pp. 167 ss.; FREZZA, P., «*Fides bona*», en *Studi sulla buona fede*, Milano 1975 [= *Scritti*, III, Roma 2000, pp. 191 ss.]; ID., *A proposito di «fides» e «bona fides» come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale*, en *Scritti* III (Roma, 2000), pp. 661 ss.; FASCIONE, L., *Cenni bibliografici sulla «bona fides»*, en AA. VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, pp. 51 ss.; GARCÍA GARRIDO, M. J., voz «*Bona fides*», *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 1986; SENN, P. D, voz "Buona fede nel diritto romano", *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, II, Torino 1988; CASTRESANA, «*Fides*», «*bona fides*»: *un concepto para la creación del derecho*, Madrid 1991; NÖRR, D., *Die «Fides» im römischen Volkrrecht*, Heidelberg, 1991 [= *La «fides» en el Derecho internacional romano*, trad. de R. Domingo, Madrid, 1996]; AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001), a cura di L. Garofalo, 4 vols., Padova, 2003; STOLFI, E., «*Bonae fidei interpretatio*». *Ricerche sull'interpretazione di buona fede tra*

Al estudio de esta última elaboración jurídica de la *fides* como *bona fides* en el ámbito del derecho privado nos centraremos en esta contribución. Basten, por ahora, unas breves pinceladas introductorias en torno al significado del vocablo *fides* como criterio extrajurídico, para comprender mejor su posterior proyección jurídica.

La *fides* es entendida, originariamente, entre los romanos como “fidelidad a la palabra dada”. Su significado más básico, traducido como “ser de palabra” o “tener palabra”, esto es, “hacer lo que se dice” o “cumplir lo que se promete”, deriva de la propia etimología de la palabra, que nos ofrecen las fuentes, resumida en la expresión *fit quod dicitur*¹¹. Pero, es más, *fides*

esperienza romana e tradizione romanistica, Napoli, 2004; CARDILLI, R., «*Bona fides*». *Tra storia e sistema*, Torino, 2004; METRO, A., «*Exceptio*» *doli e «iudicia bonae fidei»*, en *φιλια. Scritti per G. Franciosi*, III, Napoli, 2007, pp. 1731 ss.; LANTELLA, L., “*Fides e Bona fides (proiezioni semantiche ed etiche)*”, *Civiltà europea* (2008), pp. 3 ss.; PANZA, G., *Buon costume e buona fede*, Napoli, rist. 2013; AA. VV., *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, F. Reinoso (coord.), Cizur Menor, Navarra, 2014.

¹¹ Cicerón, *De re pub.* 4,7,21: *fides enim nomen ipsum mihi videtur habere, cum fit quod dicitur*; Cicerón, *De off.* 1,7,23: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo...audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est, appellatam fidem*; Isidoro de Sevilla, *Orig.* 8,2,4: *nomen fidei*

implica comprensión, credibilidad con respecto a alguien y, a la recíproca, un “estado de confianza” respecto del sujeto titular de la *fides*; quien, por ello, es “hombre de palabra”, “cumplidor de sus compromisos”¹².

La esencia de la *fides* se encuentra, pues, en el respeto a lo convenido. Esta significación se percibirá notoriamente en el *ius privatum*, sobre todo en los negocios que impliquen el cumplimiento de una promesa obligacional.

Llama la atención el hecho de que la *fides* indica aquella parte de la justicia romana conectada a la veneración de la divinidad, ligándola estrechamente con el *iusiurandum*, como *affirmatio religiosa*¹³. Efectivamente, en diversas fuentes la *fides* es

inde est dictum, si omnino fiat quod dictum est aut promissum, et inde fides vocata ab eo quod fit illud quod inter deum et hominem: hinc et foedus; S. Agustín, Serm. 49,2: fides appellata est ab eo fit quod dicitur.

¹² Cicerón, *Ad fam.* 16,10,2. Vid. estos significados en CASTRESANA, A., «Fides», «bona fides», cit., p. 14. Asimismo, SHULZ, F., *Principios*, cit., p. 243.

¹³ Cicerón, *De off.* 3,104: *Est enim ius iurandum affirmatio religiosa; quod autem affirmate, quasi deo teste promiseris, id tenendum est. Iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet. Nam praeclare Ennius: «O Fides alma apta pinnis et ius iurandum Iouis». Qui ius igitur iurandum violat, is fidem violat, quam in Capitolio vicinam Iovis optimi maximi, ut in Catonis oratione est, maiores nostri esse voluerunt. Igualmente, Cicerón, *Part.* 78: *In communione autem quae posita pars est, iustitia dicitur, eaque erga**

personificada y deificada¹⁴, lo que demuestra cómo este valor habría operado primitivamente en el plano religioso¹⁵. Igualmente, en algunos textos poéticos, como los de Valerio Flaco, aparece como una religión verdadera, una aproximación a la divinidad¹⁶. De manera que si partimos del ritual del culto a la diosa *Fides*, observamos que el hecho de que los sacerdotes

deos religio... creditis in rebus fides... nominatur; Cicerón, In Verrem, 2,3,3,6: Fidem sanctissimam in vita qui putat...

¹⁴ Dionisio de Halicarnaso, 2,75,3; Livio, 1,21,4; Plutarco, *Numa* 16,1; Cicerón, *De off.* 3,29,104; *Nat.*, 2,61. Estos autores de la literatura romana nos narran los cultos a la diosa *Fides*, atribuidos a Numa, quien le elevó un santuario costado por el *populus* e instituyó en él sacrificios en su honor. Posteriormente, A. Atilius Calatino (cónsul dos veces en el año 258 y 254 a. C.), a mediados del s. III a. C. habría consagrado un *templum* a la *Fides*, sobre el Capitolio, muy cercano al de Júpiter Óptimo Máximo. Cicerón, en esta misma línea de personificación y deificación de la *fides*, recuerda su culto a través de un verso del antiguo poeta latino Ennio: *O Fides, alma apta pinnis et iuris iurandum Iovis.* (Cicerón, *De off.* 3,104).

¹⁵ Vid. KOFANOV, L., *Il carattere religioso-giuridico della «fides» romana nei secoli V-III a. C: sull'interpretazione di Polibio 6,56,6-15*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. II, p. 334, con referencias bibliográficas sobre la *fides* romana del periodo arcaico, entre las que destaca a LOMBARDI, L., *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., pp. 90-131 o FIORI, R., *Homo sacer: dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, pp. 148-156; 245-291; 314-318.

¹⁶ Valerio Flaco, *Arg.* 8,401: *quamquam iura deum et sacre sibi conscia pacti religio dulcisque movent primordia taedae*; 5,498: *sed me nuda fides sanctique potentia iusti.*

mayores cubran su mano derecha con un velo de lino blanco, se entiende como un gesto que expresa la integridad que supone seguir la *fides* en los pactos que vienen concluidos y perfeccionados simplemente con la palabra dada y el estrechamiento de la mano derecha, lejos de todo formalismo¹⁷.

En este contexto, emerge la *fides* en las relaciones jurídicas entre los particulares, imprimiendo una cierta seguridad o certeza al tráfico jurídico, sobre todo, en aquellos casos donde el formalismo o el sometimiento a determinadas solemnidades es menos acusado¹⁸. Resulta muy significativo su papel en el temprano reconocimiento del negocio jurídico no solemne, puesto que la *fides* exige que se mantenga la palabra cualquiera que sea la forma en que haya sido expresada, superando así la

¹⁷ Vid. MASCHI, C. A., *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, pp. 109 ss.

¹⁸ En palabras de D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 4ª ed. rev., Pamplona, 1981, pp. 58-59: la *fides* "llega donde no alcanza la fuerza vinculante de la forma".

rigidez de los antiguos *negotia* solemnnes como el *nexum*¹⁹ o la *sponsio*²⁰.

Así pues, la *fides* hará prevalecer la *conventio* sobre cualquier modalidad de lenguaje: verbal, escrito o gestual. Consiste en una exigencia ética que permitió al pretor la creación de nuevos *iudicia* (los *iudicia bonae fidei*)²¹ basados en la

¹⁹ En torno al *nexum* como *vinculum fidei* (Livio, 8,28), vid. la doctrina tradicional que entiende la *fides* como sinónimo de “abandono total” (IMBERT, J., «*Fides*» et «*nexum*», cit., pp. 339 ss.), hasta posturas más innovadoras que hablan de una “*fides* nexal protocrediticia” (GARCÍA GONZÁLEZ, J. M., «*Creditum*», «*fides*», Alicante, 1984, pp. 87 ss.).

²⁰ En este sentido, MIQUEL, *Curso de Derecho Romano*, Barcelona, 1988, p. 82, señala cómo la *sponsio* se reservó para el *ius civile* y, en cambio, para las relaciones de los ciudadanos romanos con los peregrinos se utilizó algo más evidente: “el respeto a la palabra dada, a la lealtad”. La mayor antigüedad de la *sponsio* revela que ésta es *propria ciuuium Romanorum* (Gai. 3,93); otras figuras de garantía personal (la *fidepromissio* y la *fideiussio*), como dice expresamente el mismo texto de Gayo, son accesibles también a los extranjeros, o sea, técnicamente *iuris gentium*. (FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, vol. I, *Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 11).

²¹ FUENTESECA, P., *Visión procesal de la historia del contrato*, en *Estudios de Derecho romano en honor de A. D'Ors*, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 475; 485-486; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en Derecho clásico*, en *Homenaje al profesor J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 37. Cf. KASER, M., *Das römische Privatrecht*, 2ª ed., München, 1971, pp. 485 ss.; ID. *Das röm. Zivilprozessrecht*, München,

recíproca lealtad al acuerdo o negocio convenido²². Estos nuevos juicios ampararán bajo el manto flexible de la *bona fides* numerosas acciones civiles, tanto derivadas de contratos, como de cuasicontratos, así: la *actio commodati, depositi, fiduciae, pigneraticia, empti, venditi, locati, conducti, pro socio, mandati, negotiorum gestorum, tutelae, communi dividundo, familiae erciscundae, praescriptis verbis o rei uxoriae*²³. Estas acciones, cuya

1966, pp. 109-110; WIEACKER, F., "Zur Ursprung der *bonae fidei iudicia*", cit., p. 1 ss.

²² CASTRESANA, A., *Actos de palabra y Derecho*, Salamanca, 2007, p. 125; CANNATA, C. A., "Sulla *divisio obligationum* nel diritto romano repubblicano e classico", *Iura* 21 (1979), p. 63.

²³ Cicerón, *De off.* 3,17,70 recoge la exposición de Quinto Mucio Escévola, enumerando las acciones derivadas de la tutela, la sociedad, la fiducia, el mandato, la compraventa y el arrendamiento: *Nam quanti verba illa «UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM» quam illa aurea «UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE».* Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis in quibus adderetur 'ex fide bona'. fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret. Ya avanzado el Imperio aparecen, además de éstas, las acciones derivadas de la gestión de negocios, del depósito (probablemente, no anterior a Juliano) y la *actio rei uxoriae* (Gai. 4, 62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*). Después de Gayo el elenco de *actiones bonae fidei* se sigue ampliando (I. 4,6,28: *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt,*

introducción en la esfera oficial se produciría gracias al imperio del magistrado –apoyado, asimismo, en la labor de los juristas– a lo largo de la época republicana²⁴, se caracterizan por contener en la *intentio* de su fórmula la expresión *ex fide bona*, que dejaba al juez un amplio margen de maniobra para apreciar, de una manera equitativa, las obligaciones resultantes. Su peculiaridad reside en el margen de discrecionalidad que la indeterminación

quaedam stricti iuris. bonae fidei sunt hae: ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio: quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.). Así, por ejemplo, el comodato, no aparece en el catálogo de los *iudicia bonae fidei* que hacen Cicerón o Gayo, pero sí en la Compilación (I. 4,6,28; Paul. 6 *ad Sab.* D. 17,2,38 pr.). Vid. los argumentos que expone ZABLOCKI, J., «*Ex fide bona*» nella formula del comodato, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. IV, pp. 455 ss. También, CARDILLI, R., «*Bona fides*», cit., pp. 29 ss.; ID., *La buona fede come principio di diritto dei contratti. Diritto romano e America Latina*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. I, p. 319; HORVAT, M., *Osservazioni sulla «bona fides»*, cit., pp. 430 ss.

²⁴ Al respecto, vid. PARICIO, J., *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, Milano, 1986, pp. 33-34, quien se basa en la opinión de BROGGINI, G., «*Iudex, arbiter*». *Prolegomena zur Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, p. 124. Cf. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *De los «arbitria bonae fidei» pretorios a los «iudicia bonae fidei» civiles*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. II, pp. 57-58.

de la orden de condena –*quidquid dare facere oportet ex fide bona*– concedía al juez²⁵. Pero, es más, la cláusula *ex fide bona* no sólo plasma este poder del *iudex* de condenar o absolver según los criterios del *bonum et aequum*, sino que viene a fijarse como principio de integración de deberes contractuales en la misma *intentio*, a fin de equilibrar las posiciones de los contratantes y de impedir lucros injustificados²⁶. Aparece, así, la *bona fides* como base reguladora de los negocios jurídicos no solemnes, enriqueciendo –respecto a lo acordado por las partes– el contenido de los contratos.

II.- Objetivación de la *fides* en la *fides bona* y sus repercusiones en el ámbito del derecho privado romano.

Como hemos podido constatar la *fides* obliga al cumplimiento de la palabra dada o a los compromisos adquiridos, precisamente cuando éstos carecen de exigibilidad *ex iure civili* por no sujetarse a una determinada forma. De ahí que encuentre su campo de aplicación, principalmente, en los

²⁵ WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, cit., p. 52.

²⁶ La *fides bona*, como sostiene CARDILLI, R., *La buona fede come principio di diritto dei contratti*, cit., p. 334: “non è semplicemente un criterio che amplia i poteri del giudice, ma è un principio a cui lo stesso *officium iudicis* non può sottrarsi e che impone di tenere in debito conto nella integrazione del contenuto del contratto le posizioni di uguaglianza da esso rappresentate e la distribuzione delle utilità”.

negocios del tráfico jurídico del *ius gentium*, no sujetos a formalidad civil alguna y, por tanto, practicables tanto por ciudadanos romanos, como por *peregrini*²⁷. Su introducción en el *ius civile* vendría de la mano del pretor. Cuando éste recoge en su Edicto estas *conventiones*, basadas en el *fidem praestare* recíproco, les otorga exigibilidad jurídica reconduciéndolas al ámbito procesal del *oportere*, no *ex lege*, sino *ex fide bona*²⁸. De esta manera, la *fides* se convierte, dentro de la esfera del proceso, en *bona fides*. Con el adjetivo *bona*, el significado de la *fides* como valor sagrado o religioso se amplía considerablemente a lo largo de la República, suponiendo un respeto o acatamiento a los usos del tráfico comercial conforme al standard de la época y, en consecuencia, dentro del marco de una ética comercial libre de formas, basada en la bilateralidad,

²⁷ Aunque, si bien se trata –como ha puesto de manifiesto SCHERMAIER, M. J., «*Bona fides*» in *roman contract Law*, en *Good faith in European Contract Law* (edts. Whittaker, S.- Zimmermann, R.) Cambridge, 2000, p. 78- de un referente típico del *ius gentium*, la expresión *bona fides* tiene su origen, en realidad, en la *fides* romana, esto es, en un principio del *ius civile*.

²⁸ FREZZA, P., “*Ius gentium*”, *RIDA*, 1º ser., II (1949), p. 279; CASTRESANA, A., «*Fides*», «*bona fides*», cit., pp. 62 ss.; ID., *Actos de palabra*, cit., pp. 124-125; CANNATA, C. A., “*Sulla divisio obligationum...*”, cit., pp. 63 ss.

la confianza y la lealtad en el trato (Iav. 11 *epist.* D. 19,2,21: ...*bona fides exigit, ut quod convenit fiat...*)²⁹.

En las fuentes, el binomio *bona fides* añade un plus de seguridad en el tráfico jurídico³⁰ y se concreta en el arquetipo de conducta social consistente en la *fides* exigible a un *bonus vir* cuando, a propósito de determinadas relaciones jurídicas, haya surgido un conflicto *inter partes*. Se trata, pues, de una creación procesal de la experiencia jurídica romana; un concepto nuevo que viene a precisar el significado de la *fides*, sobre todo, en su funcionalidad jurídica³¹. Efectivamente, siguiendo el discurso

²⁹ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *De los «arbitria bonae fidei» pretorios a los «iudicia bonae fidei» civiles*, cit., p. 45, apoyándose en WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, cit., pp. 81 ss.

³⁰ Así han de entenderse, por ejemplo, las referencias a la buena fe que encontramos, por ejemplo, en Catón, *De re rust.* 14,3: *nummos fide bona solvat*; o en Plauto, *Mostelaria* 670: TR. *de vicino hoc proximo tuos emit aedis filius./ TH. Bonan fide?/ TR. siquidem argentum reddituru's, tum bona. Si redditurus non es non emit bona*. En este texto plautino la expresión *emere bona fide* es traducida por la doctrina como ¿hablas tú con seriedad?; ¿la compra ha sido hecha legalmente? Vid., por todos, CASTRESANA, A., «*Fides*», «*bona fides*», cit., pp. 58-59; ID., *Actos de palabra*, cit., p. 120.

³¹ Vid. LOMBARDI, L., *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., pp. 179-181, quien sostiene que si la equivalencia entre *fides* y *bona fides* fuera idéntica o absoluta, no tendría sentido que la lengua latina y, especialmente, la literatura jurídica hubieran acuñado la nueva expresión para remitir a ella ciertos supuestos procesales de *oportere*, o bien determinados tipos de

de J. Paricio, la *fides* imponía, en conciencia, a las partes una serie de obligaciones que podrían considerarse éticas o morales y que debían cumplir en su relación jurídica concreta; pero cuando tenía lugar el desacuerdo sobre el contenido de esas obligaciones, cada una de las partes se limitaba a mantener su propia interpretación de la *fides* surgiendo, así, un conflicto cuya solución venía de la mano de una tercera persona (*arbiter*), ajena a la relación, quien decidía según un criterio supraindividual y objetivo, esto es, según la *fides* del *bonus vir* o, lo que es lo mismo, según la *bona fides*³². Una vez surgido tal conflicto, al tiempo de la *conventio*, el *oportere* procesal -que reflejaba la controversia- tenía que recoger y hacer valer el cumplimiento de esta *fides* prestada³³.

Es más, como determina Carcaterra³⁴, esta *fides* obliga a no inducir a error o engaño a las partes, antes y después de celebrarse la *conventio*, en cuanto que somete el cumplimiento de los compromisos asumidos a la sinceridad de las palabras dadas y a la ausencia en ellas de *fraus* o *dolus malus*, obligando a

contratos, si éstos ya se podrían haber remitido a la simple *fides* consolidada en sus múltiples usos jurídicos.

³² PARICIO, J., *Estudio*, cit., pp. 35-36.

³³ CANNATA, C. A., "Sulla *divisio obligationum...*", cit., p. 63.

³⁴ CARCATERRA, A., "Ancora sulla *fides...*", cit., p. 73.

guardar la diligencia empírica del *bonus vir*³⁵. De tal manera que el comportamiento esperado en las relaciones humanas sea *ut iter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*³⁶. Responder de *bona fides* implica, así, como ha observado Schulz, “no sólo mantener la palabra, sino tener un comportamiento que responda a la costumbre de la gente honrada, cumplir el propio compromiso en relación con los usos comerciales”³⁷. Ello supone un concepto técnico-jurídico de fidelidad, no subjetivo, sino objetivo, e implica, por tanto, una evolución respecto al término originario de *fides*. Se identifica, según Schiavone³⁸ con una medida de comportamiento de las partes, como elemento interno de la estructura de determinadas relaciones, configurándose, en definitiva, como un criterio abstracto de

³⁵ Vid. PASTORI, F., *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, 2ª ed., Milano, 1988, p. 444; FIORI, R., ‘*Bonus vir*’. *Politica, filosofia, retorica e diritto nel officii di Cicerone*, Napoli, 2011, pp. 108 ss.; 118 ss.; CORBINO, A., “*Fides bona contraria est fraudi et dolo*”, *RIDA*, 60, 2013, p. 123.

³⁶ Cicerón, *Top.* 17,66: *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus «ex fide bona» est additum, ubi (vero) etiam «inter bonos bene agier» inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est «aequius melius», parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt.*

³⁷ SCHULZ, F., *Principios*, cit., p. 248.

³⁸ SCHIAVONE, A., *Giuristi e nobili nella Roma Repubblicana*, Roma-Bari, 1992, pp. 71 ss.

responsabilidad. En este sentido, Pringsheim determina que la *bona fides* no genera obligaciones, pero sí responsabilidades; puesto que ésta obliga no sólo al cumplimiento de los compromisos asumidos, sino también a los deberes que surgen de la concreta relación jurídica, ayudando al *iudex* a la concreción de la responsabilidad de las partes³⁹.

Ya Quinto Mucio, a finales de época republicana, hace referencia a la amplia extensión de la cláusula *ex fide bona* y a su gran fuerza en los juicios arbitrales⁴⁰, pues permite al juez del procedimiento formulario exigir el cumplimiento de las obligaciones de las partes conforme a un patrón objetivo de conducta: el de las personas leales y honestas, y en consecuencia, lo faculta para rechazar otro tipo de conductas: engañosas, desleales..., sin necesidad de inserción en la fórmula de una *exceptio doli* a favor del demandado.

La *bona fides*, en estos *iudicia*, funciona, por tanto, como una medida de responsabilidad, un criterio de enjuiciamiento o de valoración de los acuerdos y de las obligaciones que generan; pero no se puede entender como el fundamento de

³⁹ PRINGSHEIM, F., *L'origine des contrats consensuels*, en *Gesammelte Abhandlungen*, II, (Heidelberg, 1961), p.180; CASTRESANA, A., «Fides», «*bona fides*», cit., pp. 65 ss.; ID., *Actos de palabra*, cit., pp. 126 ss.

⁴⁰ Vid. Cicerón, *De off.* 3,17,70.

éstas⁴¹. En palabras de F. Gallo: “essa non amplia il *ius* con l’introduzione di nuovi negozi, ma ne è un elemento, che informa determinati istituti ed è prodotto como gli altri elementi dello stesso. Anche all’interno del singolo negozio la *fides bona* ne costituisce un elemento (se si preferisce un criterio previsto per determinati negozi ed escluso per altri), non la fonte”⁴².

Por otro lado, si bien se trata de un criterio objetivo, la *bona fides* no llega a adquirir en el Derecho romano la consideración de principio informador de todo el ordenamiento jurídico. Con todo, se ha venido admitiendo, en base a concretas fuentes jurídicas, una evolución expansiva en esta dirección, marcada por la discrecionalidad judicial y por la labor interpretativa de la jurisprudencia⁴³. Aun cuando no

⁴¹ Vid. las diferentes opiniones doctrinales en SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V., *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del derecho privado romano*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. III, p. 300, nt. 13.

⁴² GALLO, F., «*Bona fides*» e «*ius gentium*», en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. II, p. 149.

⁴³ Así, Javoleno habla, en general, de la buena fe en lo convenido, sirviendo de criterio de valoración conforme a lo querido por las partes (Iav. 11 *epist.* D. 19,2,21: ...*bona fides exigit, ut quod convenit...*); Trifonino, alude a la buena fe en los contratos (Tryph. 9 *disp.* D. 16,3,31 pr.: ...*bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat...*). Por su parte, Paulo nos recuerda que en todo contrato debe darse la buena fe (Paul. 4 *resp.* D.

constituyera por sí sola fuente de vínculo obligatorio, sí sería la *bona fides* un elemento relevante en determinadas situaciones del campo contractual, posesorio y procesal⁴⁴.

Otra de las cuestiones sobre las que debemos detenernos y que ha suscitado mayor controversia en la doctrina es la

17,1,59,1: ...*cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat*) y Diocleciano y Maximiano en una Constitución del año 290 determinan que debe ponderarse la buena fe en los contratos (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Liciniae C. 4,10,4: bonam fidem in contractibus considerari aequum est*). Vid. un análisis de estas fuentes en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *De los «arbitria bonae fidei» pretorios a los «iudicia bonae fidei» civiles*, cit., p. 48. Asimismo, la buena fe aparece con una función interpretativa en supuestos de oscuridad de lo actuado, atendiendo aquí a las circunstancias del caso y a lo que ésta exige a las partes: Ulp. 32 *ad. ed.* D. 19,1,11,1: ...*nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est...*; Igualmente, sirve para fijar obligaciones contractuales que las partes no hayan acordado, como las naturalmente consustanciales al contrato: Ulp. 32 *ad ed.* D. 19,1,11,1: ...*quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*. Además, también actúa la buena fe cuando las partes han previsto obligaciones, pero no son exigibles en virtud de la misma (ej. Lab. 4 *post a lav. epit.* D. 19,1,50; Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50,17,23; Gai. 4,63). Todo ello en virtud del *liberum officium iudicis*. Vid. SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V., *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones*, cit., pp. 308-310.

⁴⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Ibid.*, p. 46.

referente al origen civil u honorario de la fórmula *fides bona* o *bona fides* y, a partir de ella, de los *bonae fidei iudicia*⁴⁵.

La opinión mayoritaria es la que centra la *bona fides* en los vínculos nacidos de los acuerdos -libres de forma- del comercio internacional, posteriormente recogidos por el pretor en su Edicto. Éstos, al no estar protegidos por las *legis actiones* recibieron una primera sanción, social y prejurídica, a través de la *fides*; más tarde, el Derecho Romano acogería este concepto, sin apenas alterar el significado social del mismo, tecnicizándolo con la añadidura del adjetivo *bona* y reconduciéndolo, en su reconocimiento jurídico, al ámbito jurisdiccional y, concretamente, a la esfera del *oportere* procesal⁴⁶.

⁴⁵ Vid. Cicerón, *De off.* 3,61: *iudiciis in quibus additur: ex fide bona*; 3,66: *quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona*.

⁴⁶ Esta es la opinión más común, que siguen, entre otros, PASTORI, F., *Gli istituti romanistici*, cit., pp. 442-443; KUNKEL, W., *Die «Fides» als schöpferisches Element in römisches Schuldrecht*, cit., pp. 8 ss.; KASER, M., quien en su rrencia a A. Carcaterra (*Intorno ai «bonae fidei iudicia»*, Napoli, 1964) en ZSS 82 (1965), pp. 418-419, afirma que la *fides bona* "...sin ser fuente del vínculo obligatorio está en la base y es punto de referencia forzoso de todas las *conventiones* en las que los contratantes prestan su consentimiento a determinados tipos negociales consolidados en el tráfico internacional". Igualmente, CASTRESANA, A., «*Fides*», «*bona fides*», cit., p. 66, determina que: "La *fides bona* se presenta así como una creación del ordenamiento jurídico romano en la esfera del proceso y, más concretamente, en el terreno de determinadas reclamaciones judiciales a propósito del cumplimiento honesto y no doloso de las obligaciones

Quienes defienden el origen de los *iudicia bonae fidei* enmarcado dentro de la jurisdicción del pretor peregrino, entienden que sería éste quien habría acogido en su Edicto los *pacta conventa* del tráfico internacional, basados en la *bona fides*. Efectivamente, cuando se funden los Edictos de los pretores: urbano y peregrino, y en consecuencia, se reciben en el *ius civile* instituciones características del *ius gentium*, los *arbitria* propios de estos *pacta* se transformarían en acciones de buena fe, a través de las cuales las partes podrían reclamarse lo convenido⁴⁷.

surgidas de ciertos negocios *iuris gentium*”; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *De los «arbitria bonae fidei» pretorios a los «iudicia bonae fidei» civiles*, cit., pp. 57-58, siguiendo a BURDESE, A., “Patto, convenzione e contratto in diritto romano”, *Seminarios Complutenses* 5 (1993), pp. 43 s., es de la opinión de que: “resulta innegable el reconocimiento, entre los siglos III y I a. C., de la tutela procesal, probablemente en la jurisdicción del pretor peregrino antes que en la del pretor urbano, por medio de la concesión de *arbitria honoraria* como parece calificarlos Cicerón (*pro Roscio Com.* 5.15), de figuras causales de meras convenciones obligatorias que llegaron a constituir la categoría gayana de las *obligationes consensu contractae*, que van típicamente individualizándose y concretándose en la praxis negocial y judicial, con la ayuda de la elaboración jurisdiccional”.

⁴⁷ El desarrollo de esta explicación en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Ibid.*, pp. 50 y 57.

En una línea análoga, cierto sector doctrinal se inclina a admitir la naturaleza *iuris gentium*, al menos por lo que se refiere a los contratos consensuales; pues de este ámbito derivarían las normas extrajurídicas que regirían las obligaciones en estos contratos, surgidos de los usos del comercio internacional⁴⁸.

En contraposición a las opiniones estudiadas, otra importante línea doctrinal apunta al origen civil, no honorario, de la fórmula *bona fides* y sus equivalentes, centrándolo en los arbitrajes privados *inter cives*⁴⁹. Éstos, situados al margen de la

⁴⁸ Basándose en fuentes como Paul. 33 *ad ed.* D. 18,1,1; Paul. 34 *ad ed.* D. 19,2,1, en relación a la compraventa y el arrendamiento y Gai. 3,154, para la sociedad, vid. MELILLO, G., *Contrahere, pacisci, transigere*, Napoli, 1994, p. 138 y nt. 136; TALAMANCA, M., *La tipicità dei contratti romani fra «conventio» e «stipulatio» fino a Labeone*, en *Contractus e pactum. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1990, p. 44 y nt. 34; si bien para este autor la conexión entre los contratos consensuales y la jurisdicción pretoria debe ser convenientemente observada dependiendo del tipo de contrato consensual, porque por ejemplo, la gratuidad del mandato lo sitúa preferentemente en las relaciones del *ius civile*, más que en las del tráfico internacional.

⁴⁹ Así cabe citar, entre otros, a PARICIO, J., *Estudio*, cit., pp. 33-37; ID., *Sobre el origen y naturaleza civil de los «bonae fidei iudicia»*, en *Estudios de Derecho romano en memoria de B. M. Reimundo Yanes*, vol. II., Burgos, 2000, pp. 189 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO, *Las fuentes de las obligaciones*, cit., pp. 36-37, siguiendo la teoría de BROGGINI, G., «*Iudex, arbiterve*», cit., pp.

protección jurídica oficial de las *legis actiones*⁵⁰, fueron sin embargo recibidos en el Edicto, ya suficientemente consolidados, como *arbitria bonae fidei*. La tesis de la naturaleza civil de los *iudicia bonae fidei* descansa tanto en la ausencia de edicto pretorio que los introdujera, como en la presencia del término civil *oportere* -si bien no *ex lege*, sino *ex fide*- en el campo procesal. Ello explica el origen civil de las acciones de buena fe, pues, aunque en ellas no se invocaba un *oportere* exigible por *legis actio*, tenían un reconocimiento y vigencia social mediante los arbitrajes privados. A medida que las sucesivas soluciones de estos árbitros se van incorporando al sistema de las acciones formularias, se irá reconociendo su fundamento metajurídico como típico en el ámbito de determinadas relaciones jurídicas, concretándose, dentro del proceso, en la *intentio* de la fórmula. Así, el origen de los *iudicia bonae fidei* estaría en el ámbito del *aequum bonum* y, a través de estos arbitrajes privados, terminarían entrando en la “esfera procesal estatal”. La llave para su introducción la tendría el pretor, pero éste se limitaría a dar forma a algo que ya existía en la conciencia social y jurídica romana tradicional⁵¹.

112 ss. En la misma línea LOMBARDI, L., *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., pp. 165 ss.; WIEACKER, F., “Zur Ursprung der *bonae fidei iudicia*”, cit, pp. 1 ss., especialmente pp. 40 s.

⁵⁰ Cicerón, *De off.* 3,15,61: ...*et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona.*

⁵¹ PARICIO, J., *Estudio*, cit., p. 34; ID., *Sobre el origen y naturaleza civil*, cit., p. 192-193. En opinión de WIEACKER, F., “Zur Ursprung der *bonae fidei*

Estos juicios propiciaron el nacimiento de una serie de acciones, caracterizadas por el papel capital que jugaba en ellas el órgano judicial y recibirían la denominación de *actiones bonae fidei*, en contraposición a las *stricti iuris*. La opinión más extendida es la que sitúa la configuración técnica de estas acciones (con *oportere ex fide bona*) ya a mediados del siglo II a.C. Ahora bien, no podemos olvidar que las dos acciones de buena fe más antiguas: la *actio rei uxoriae* y la *actio tutelae*, que no presentan en su *intentio* un *oportere ex fide bona*, si no cláusulas equivalentes⁵², hunden sus raíces en el ámbito consuetudinario del *mos maiorum* y en la *fides* ancestral. El mismo fundamento podemos encontrar en las acciones *tutelae*, *pro socio*, *mandati* (o la similar *negotiorum gestorum*), *iure proprio Romanorum*. A éstas se añadirán, posteriormente, las acciones de la *emptio-venditio* y la *locatio-conductio*⁵³, más propias ya del tráfico comercial internacional. Por lo que respecta a las acciones de buena fe del depósito y el comodato se incorporarán más tarde al *ius civile* (en época clásica) y su desarrollo –a través de formulas *in factum conceptae*, antes que *in ius ex fide bona*– carece de

iudicia”, cit, pp. 29 ss., el pretor no hizo más que renovar y refinar las relaciones complejas de origen civil que no tenían una forma propiamente jurídica.

⁵² PARICIO, J., *Ibid.*, pp. 97 ss.

⁵³ Éstas aparecen claramente al final de los elencos sobre los *iudicia bonae fidei* que hace Cicerón, *Nat. deor.* 3,74; *Top.* 17,66; *De off.* 3,17,70.

relevancia a la hora de fundamentar los orígenes de los *iudicia bonae fidei* estudiados⁵⁴.

En cualquier caso, toda opinión doctrinal -tanto las defensoras de la naturaleza *ex iure gentium* de los *iudicia bonae fidei*, como las que ven el carácter civil de éstos- mantienen la relevancia de la *bona fides*, en un primer momento dentro del plano procesal, en cuanto a la objetividad y generalidad que conlleva y que sirve al juez para valorar, en una constante adaptación a la realidad social, los comportamientos de las partes en orden a la determinación de las prestaciones y de las cuantías indemnizatorias, basándose en la conducta esperable de un *bonus vir* en cada relación jurídica concreta⁵⁵.

De esta manera, la *bona fides*, insertada procesalmente en el *oportere ex fide bona*, servirá de fundamento a los llamados “contratos de buena fe”, en los que este elemento meta-jurídico va a ser pieza clave, reguladora del fiel cumplimiento de lo

⁵⁴ PARICIO, J., *Sobre el origen y naturaleza civil*, cit., pp. 196-197; GALLO, F., «*Bona fides*» e «*ius gentium*», cit., p. 146.

⁵⁵ Para LOMBARDI, L., *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., p. 179, la *fides bona* es un concepto netamente jurídico, esto es, una creación procesal de la experiencia jurídica romana cuya naturaleza es, unitariamente, jurídica-contractual y procesal.

acordado⁵⁶. Su reconocimiento se producirá, primero, en el ámbito procesal y, de ahí, pasará posteriormente al plano sustantivo⁵⁷ con la formulación de las *obligationes consensu*

⁵⁶ Iav. 11 *epist.*, D. 19,2,21: ...*bona fides exigit, ut quod convenit fiat*; Tryph. 9 *disp.* D. 16,3,31 *pr.*: *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat...*

⁵⁷ En algunas fuentes jurídicas, de época severiana, así como en algunas Constituciones imperiales (sobre todo de Diocleciano) se encuentra la locución *bonae fidei contractus*, acentuando el aspecto sustancial, más que procesal de la *bona fides*. Así, por ejemplo, en Afric. 5 *quaest.* D. 30,108,12: *sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut...*; Scaev. 2 *resp.* D. 19,1,48: *hoc etenim contractui bonae fidei consonat*; Ulp. 2 *disp.* D. 15,1,36: *In bonae fidei contractibus quaestionis est, an...*; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19,1,11,18: *neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventionem*; Ulp. 3 *disp.* D. 44, 2,23: *quamdiu enim manet contractus bonae fidei, current usurae*; Ulp. 3 *opin.* D. 50,8,3 *pr.*: *cum et prior causa in bonae fidei contractu in universum <fideiussorem> obligaverit*; Paul. 3 *ad ed.* D. 2,14,27,2: *idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit*; Marc. 4 *regul.* D. 22,1,32,2: *In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur*; Imp. Max. A. Marino C. 2,3,13 (a. 236): *In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si ex continenti fiat*; Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Proculo *decurioni* C. 2, 53(54),3 (a. 285): *In contractibus, qui bonae fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa cognita publica iura subveniunt*; Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Decimo *Caplusio* C. 2,40(41),3 (a. 290): *in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et in legato*; Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Antoniae C. 4,65,21 (a. 293): ...*de contractu bonae fidei habito*. Según la doctrina más reciente la locución no resulta interpolada, sino que pudo estar ya presente en el discurso jurisprudencial clásico o tardo-clásico.

contractae. En estas figuras, es patente la presencia de la bilateralidad⁵⁸-característica esencial de las mismas- cuya introducción en el nuevo concepto de *contractus* viene de la mano de la *bona fides*⁵⁹. Ello, se observa claramente en el siguiente texto de Labeón (Lab 4 *poster. a lav. epit.* D. 19,1,50): *Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. possessione autem*

Vid., por todos, GARBARINO, P., *Brevi osservazioni in tema di azioni di buona fede in Diritto giustiniano*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. II, p. 194, con bibliografía en nt. 11. Si bien para este autor “le ricorrenze della locuzione *bonae fidei contractus*, se genuine, appaiono infatti del tutto sporadiche” (*Ibid.*, p. 195). Predomina, pues, en las fuentes justinianas el aspecto procesal de la buena fe y ello como consecuencia de que los bizantinos operan en un sistema normativo heredado de la experiencia tardo-antigua.

⁵⁸ Concepto que se irá desarrollando y ampliando a lo largo de la época clásica. Así, vid. *synallagma* en Labeón (Ulp. 11 *ad ed.* D. 50,16,19) y en Gayo (*Gai* 3,135).

⁵⁹ Según expresa D’ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 59, la *bona fides* es propia de los contratos consensuales porque su naturaleza es, esencialmente, bilateral. Asimismo, FUENTESECA, P., *Visión procesal de la historia del contrato*, cit., pp. 512-513, para quien “la idea de *contrahere negotium* procede de una línea evolutiva que, en relación con los *iudicia bonae fidei*, representa una concepción bilateral y sinalagmática de la *obligatio* que se manifiesta en las *obligationes consensu contractae...*”. Vid. también SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V., *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones*, cit., pp. 310-311.

tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem «...emptor exceptionem rei venditae et traditae obiciat (a)ut perinde habetur ac si...» petitor (pecuniae) ei neque vendidisset neque tradidisset; donde las obligaciones de las partes son recíprocas por efecto de la buena fe, ya que si el comprador deja de deber el precio antes de que se le entregue la cosa, entonces la buena fe no permite –como dice expresamente el texto- que se obligue al vendedor a entregar la cosa.

Por último, haremos referencia a una de las proyecciones más fecundas de la *bona fides* dentro del derecho privado romano: la *possessio ex fide bona*, que entronca de manera importante con uno de los negocios consensuales tipificados, a su vez, por la buena fe: la *emptio-venditio*. La razón es que ésta incide como *iusta causa* en la adquisición de la posesión, que es *ex bona fide*, porque procede de un negocio *bonae fidei*⁶⁰. Pero, además, sirve de base a la *usucapio pro emptore* e, igualmente, para la adquisición por parte del poseedor de la propiedad de los frutos⁶¹. De manera que, con esta finalidad, la *bona fides* “empieza a alejarse del terreno de la realidad para instalarse (...) en ese otro de la creencia o el convencimiento del poseedor

⁶⁰ SAMPER, F., «*Possessio ex bona fide*», en *Estudios de Derecho romano en honor de A. D’Ors*, vol. II, Pamplona, 1987, p. 1.037.

⁶¹ GONZÁLEZ, Y., *El principio ‘bonae fidei possessor fructus suos facit’ y su incorporación en los Códigos civiles actuales*, en *Principios Generales del Derecho*, cit., pp. 907 ss.

sobre la legitimidad del transmitente y la celebración válida y eficaz de la *iusta causa possessionis*⁶². Es, por tanto, en relación con la figura de la posesión de buena fe y, en concreto, con la posesión de buena fe en la usucapión donde se observa más claramente, por parte de la doctrina, este sentido subjetivo de la *fides*⁶³. La buena fe en este ámbito desarrolla la función singular de criterio justificante del efecto adquisitivo del poseedor frente a terceros, configurándose como una situación psicológica que descansa en la creencia errónea sobre la inexistencia de un defecto jurídico (se piensa que la adquisición de la propiedad ha sido válida) o en la ignorancia de dañar derechos ajenos (no se sabe que la cosa pertenece a otra persona). En ambos casos, quien posee cree ser propietario de lo que posee. Así se aprecia la buena fe subjetiva del poseedor usucapiente, adquirente *non domino* en Gayo 2,43, donde por primera vez en sus *Instituta* aparece el adjetivo *bona* acompañando a *fides*, definiéndola en la frase: *cum crederemus eum qui traderet dominum esse*. La *bona fides*

⁶² CASTRESANA, A., «*Fides*», «*bona fides*», cit., p. 82.

⁶³ Vid. BIGNARDI, A., *Brevi considerazione sulla funzione della buona fede nell'usucapio, in particolare nel pensiero di Paolo*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. I, p. 207, con amplia bibliografía sobre el tema en nt. 1; pp. 212-213. Para la autora se ha de distinguir entre *causa possessionis* y *causa usucapionis* en relación a la buena fe, aduciendo lo contenido en Paul. 54 *ad ed.* D. 41,4,2,1: *Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat*.

descansa, aquí, en la creencia de que quien transfirió la cosa era su verdadero propietario⁶⁴.

No obstante, hay que observar lo dispuesto en Paul. 18 *ad ed.* D. 50,17,136: *Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.* El jurista determina que la buena fe otorga al poseedor lo mismo que la *veritas* (esto es, el verdadero dominio), salvo en los casos en los que la ley lo prohíba. Esta afirmación implica una objetivación de la buena fe en la situación posesoria, ya que como pone de manifiesto Díaz Bautista: “Per reputare di malafede un possessore, non è necessario ricorrere ad un’intenzione malvagia di danneggiare un altro, né dimostrare che ha compiuto nessuna macchinazione ingannevole. Basta, puramente e semplicemente, che conoscesse la ingiustizia della sua detenzione, e questa conoscenza può essere sostituita dall’intervento del giudice nell’acquisto, come afferma Ulpiano, in D. 50,17,136, ciò che supone già un caso di buona fede

⁶⁴ Y de la misma manera se observa en el art. 1.950 del Código civil español (dentro del Título XVIII “De la prescripción” del Libro IV): “La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio”. Vid. SALOMÓN SANCHO, L., *El concepto de buena fe en las Instituciones de Gayo. En concreto en Gai 2,51*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. III, p. 281-282.; SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V., *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones*, cit., p. 355.

completamente obiettiva..."⁶⁵. La contraposición entre las dos *species de possessor*: de buena-mala fe, que recoge Paul. 54 *ad ed. D. 41,2,3,22 (Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide)*, se ha de entender en este sentido. Así pues, la buena fe se objetiva también en el terreno posesorio; ya que, si bien el conocimiento que se tuviera del dominio ajeno siempre es subjetivo, una vez probado éste, se transforma en un hecho objetivo del que se derivan inexorablemente las consecuencias jurídicas previstas: la posibilidad o no de adquirir el dominio por usucapión y el diverso tratamiento respecto a los daños, frutos e *impensae* en el momento de restituir la cosa a su verdadero propietario. En este sentido, ambas acepciones de la *bona fides* -subjetiva y objetiva- se interrelacionan; de modo que, pese a los matices y concreciones posibles, se puede afirmar una cierta unidad semántica⁶⁶.

III.- Continuidad histórica del principio romano de la *bona fides* a través del Derecho Común hasta la Codificación civil.

⁶⁵ DÍAZ BAUTISTA, A., *La buona fede nel Senatoconsulto Giuvenziano*, AA. Vv. *Il ruolo della bona fide oggettiva*, cit., vol. I, pp. 491-492. Vid., también, Ulp. 25 *ad ed. D. 50,17,137: Qui auctore iudice comparavit, bonae fidei possessor est.*

⁶⁶ Vid. la defensa de esta unidad semántica dentro del concepto de *bona fides* en SALOMÓN SANCHO, L., *El concepto de buena fe*, cit., pp. 280-291.

En primer lugar hemos de precisar que las fuentes que hemos recibido de la tradición jurídica intermedia referidas a la *bona fides* son, como expresa Petrucci, “di evidente continuità con il diritto romano”⁶⁷. De ahí que los ordenamientos modernos reciban este concepto prácticamente sin alteraciones y se hable de buena fe como elemento natural propiamente extra-jurídico, que viene a formar parte de la misma regla jurídica⁶⁸.

Son los canonistas, los que conciben la buena fe como valoración ética de la conducta del sujeto. Elemento fundamental de la misma será la *recta conscientia*, entendida como la convicción sincera de que el acto que se está realizando es lícito y legítimo, y cuyas aplicaciones pueden ser diversas en función de las diferentes situaciones jurídicas, como en el caso de la prescripción adquisitiva⁶⁹. Así, como señala E. Bussi, la

⁶⁷ LUCHETTI, G.- PETRUCCI, A., *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei 'Principles of European Contract Law' della Commissione Lando*, Bologna, 2006, p. 43.

⁶⁸ DE LOS MOZOS, J. L., *El principio general de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas al Derecho civil español*, Barcelona, 1965, p. 15; COING, H., *Derecho privado europeo*, vol. I., trad. de A. Pérez Martín, Madrid, 1996, p. 513.

⁶⁹ Un análisis más detallado sobre la incidencia de los principios jurídico-canónicos recogidos en las Decretales (lib. IV), junto con las 88 *regulae iuris*, que se encuentran situadas al final del *Liber Sextus*, en HERRERA BRAVO,

conscientia equivale a lo que denominamos “buena fe”, que según el *utrumque ius* consiste en la “ignoranza della alienità della cosa”⁷⁰. Se concreta, siguiendo a J. Balbus, en el desconocimiento de un derecho extraño y la creencia en el propio⁷¹. Lo contrario es la *laesa conscientia*, de la que derivan graves consecuencias en el campo jurídico, que se traducen en la falta de buena fe del adquirente⁷². Por ejemplo, la buena fe debe ser continuada y el estado de *laesa conscientia*, esto es, de mala fe, impide el cumplimiento de la prescripción para el supuesto de que se haya poseído por un largo tiempo. De

R.- AGUILAR ROS, P., *Derecho romano y Derecho canónico. Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*, Granada, 1994, pp. 35-38.

⁷⁰ BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel Diritto comune*, Padova, 1937, p. 68.

⁷¹ BALBUS, J. F., *Tractatus de praescriptionibus. Spirae Nemetum, Coloniae*, 1610, p. 55.

⁷² Vid. Lib. Decret. X,2,26 c.5 : “*mala fides superveniens nocet et qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienam*”; Lib. Decret. X 2,26 c. 20: “*Non in foro canonico nec civili valet praescriptio cum mala fide. Idem in concilio generali. Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae*”. Al respecto, SALINAS ARANEDA, C., “Un influjo frustrado del Derecho Canónico en el Código Civil de Chile: *mala fides superveniens nocet*”. *Rev. estud. hist.-juríd.* 26 (2004) pp. 471-489.

manera que la buena fe debe estar presente durante todo el tiempo de la usucapión o prescripción adquisitiva, así como para la prescripción extintiva⁷³.

En la realidad comercial del Derecho Común la *fides* equivale a *securitas* y a *pactum*⁷⁴. De esta forma, por ejemplo, un *pactum nudum* es considerado vinculante y obligatorio, porque mientras que para el *Ius Commune* se adoptaba el principio “*ex nudo pacto obligationem non oritur*”, en la *lex mercatoria* la regla era totalmente la contraria, afirmándose el principio de la plena accionabilidad de todo *pactum* ya sea vestido o desnudo (*inter mercatores tam importat pactum nudum quam inter alios stipulatio*)⁷⁵.

Será, además, la doctrina de los canonistas la que diseñará los diferentes instrumentos jurídicos: *condicto ex canone*,

⁷³ Cf. COING, H., *Derecho privado europeo*, cit., p. 241, nt. 20.

⁷⁴ MARQUARD, J., *Tractatus politico-juridiens. De jure mercatorum et commerciorum singulari*, Francofurti, 1662, II. 8, nr. 2.3.

⁷⁵ Vid. PIRENNE, H., “Le *ius mercatorum* au Moyen Âge”, *RHDFE* 4/5 (1926), pp. 546 ss. ; ID., *Historia económica y social de la Edad Media*, trad. de S. Echavarrí, 10ª reimpr., México, 1970, pp. 45-47. Además, sobre la evolución de los *pacta nuda*, BELLINI, P., *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Milano, 1964; MASSETTO, G. P., voz, “Buona fede” nel diritto medievale e moderno, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. Civ.*, II, Torino 1998.

denunciatio evangelica, confessio..., para reforzar el cumplimiento de los pactos *nuda*. Todo este proceso, en el ordenamiento histórico español, supondrá el asentamiento del principio canónico: “*pacta quantumcumque nuda servanda sunt*”, que será recogido por el Ordenamiento de Alcalá con la fórmula: “De cualquier modo que el hombre quiera obligarse, queda obligado”, y que tendrá su plasmación posterior en el artículo 1.278 del Código Civil español. Una vez más, los principios canónicos con respecto a los *pacta nuda*, pese a la oposición del *Ius Commune* secular, producirán efectos reflejos en el campo civil con su correspondiente plasmación en la norma civil⁷⁶.

La influencia de la *fides* canónica en el Derecho Común es una realidad también cuando se propugna la concordancia entre la voluntad interna y la manifestada en los negocios jurídicos (*recta conscientia*). Así pues, no solamente incide en cuestiones de prescripción, tal y como hemos visto, sino que se trata también de una exigencia durante todo el tiempo que dura la relación jurídica. Es, asimismo, aplicable al cónyuge para que le sean atribuidos los efectos del matrimonio putativo. Igualmente, influye en la reelaboración de la teoría de las consecuencias prejudiciales de la prestación no cumplida. Y, en

⁷⁶ Vid. HERRERA BRAVO, R.- AGUILAR ROS, P., *Derecho romano y Derecho canónico*, cit., pp. 48-50; ACUÑA, S.- DOMÍNGUEZ, R., *Influencia de las instituciones canónicas en la conformación del orden jurídico civil a través de la historia*, vol. I, Cádiz, 2000, pp. 252-258.

materia procesal, afecta a cuestiones como el daño y el interés, modificándose la idea que de ellos se tenía tradicionalmente. En relación a las obligaciones pecuniarias supone una novedad introducir la buena fe durante todo el tiempo de vida de éstos, para que la prescripción contractual liberatoria o extintiva fuese de aplicación⁷⁷.

En el Derecho Común, la buena fe es contemplada desde diversos puntos de vista. Para ello nada mejor que acercarnos al contenido de algunos textos. En una primera aproximación observamos cómo Bartolo de Saxoferrato afirma que: “...*in contractibus bonae fidei veniunt ea de quibus non est actum nec cogitatum...*”⁷⁸. Es decir, la *bona fides* se ve como un elemento de integración del contrato, puesto que en los contratos de buena fe, en opinión de este jurista, se tienen en consideración aquellas cuestiones sobre las que no se haya acordado, ni pensado. Planteamiento que queda reflejado en la Glosa de la siguiente manera: “*Oportet. Quod dic hincinde contrahitur obligatio etiam in iis, quae non sunt dicta...*”⁷⁹, puesto que surge una

⁷⁷ ACUÑA, S.- DOMÍNGUEZ, R., *Ibid.*, pp. 257-258. Vid., también, LARRAINZAR, C., “La distinción entre *fides pactionis* y *fides consensus* en el *Corpus Iuris Canonici*”, *IUS CANONICUM XXI*.41 (1981), pp. 31-100.

⁷⁸ DE SASSOFERRATO, B., *Prima super Codice*, Lugduni, 1533, f. 138 vb, n. 1 ad 1. *Bonam fidem*. C. 4,10,4.

⁷⁹ Glossa Accursio, *Oportet ad I. 3,22,3*.

obligación entre las partes también en los asuntos que no se han acordado.

En una línea análoga, Zasio plantea: “*sed quo ad affectus extrinsecos, qui relucet in actionibus, esse differentiam, quia laxiores... sunt effectus in actionibus bonae fidei §47.in contractibus bonae fidei veniunt ea quae neque dicta neque cogitata sunt*”⁸⁰, recalcando la idea de que, frente a las acciones *stricti iuris*, las *actiones bonae fidei* tienen unos efectos más amplios y, además, en los contratos de buena fe se toman en consideración las cosas que no se han acordado, ni pensado previamente.

Completando este planteamiento sobre la *bona fides* como elemento de integración del contrato encontramos al jurista Dominici Tuschi, quien afirma: “*Interpretatio ex aequitate, et iudicis arbitrio cadit in contractu bonae fidei, etiam circa non dicta, et omissa secus in contractu stricti iuris, quia omne omissum habetur pro omisso...*”⁸¹. De nuevo se destaca el hecho de que la interpretación en base a la equidad y a la evaluación del juez integra en un contrato de buena fe las cosas no declaradas,

⁸⁰ ZASII, U., *Enarratio in tit. Institut. de actionibus*, IV, Francofurti ad Moenum, 1590, p. 50. ab, nn. 42 y 47 ; § *Actionum* I. 4,6,28. Igualmente, vid. DONELLI, H., *Opera omnia*, t. VII. *Et comentariorum in Codicem Iustiniani*, vol. *Primum*, Lucae 1765, cc. 830-831, n. 14 ad 1. *Bonam fidem*. C. 4,10,4.

⁸¹ TUSCHI, D., *Practicarum conclusionum iuris, in omni foro frequentiorum*, t. II, Romae, 1605, conclusio M, p. 337 a, n. 6.

omitidas o silenciadas; al contrario que en los contratos *stricti iuris*, donde lo que está omitido no se considera.

Otra consideración apunta que la buena fe influye en la valoración por parte del juez, al poder tener en cuenta las circunstancias imprevistas (*casus improvisi*) que provocan la imposibilidad del cumplimiento de la obligación. Baldi Ubaldi así lo confirma: “...*quod in contractibus bonae fidei venirent casus improvisi ad fines casum provisorum, sed contractus stricti iuris casus improvisos non concernunt...*”⁸². El jurista manifiesta que en los contratos de buena fe se tienen en cuenta los casos tanto predecibles, como impredecibles; mientras que en los contratos *stricti iuris* no se valoran los supuestos imprevisibles. También Dominici Tuschi mantiene la idea de que la imposibilidad de cumplir la obligación vicia el contrato *stricti iuris*, pero no el de buena fe⁸³.

Por su parte, Donello afirma que se actúa de buena fe cuando la parte contratante debe comportarse: “...*ex bono et*

⁸² UBALDI, B., *Consiliorum, sive Responsorum*, vol. I, Venetiis, 1575, *consilium* CCCXLIII, f. 110, va, n. 2

⁸³ TUSCHI, D., *Ibid.*, p. 337, n. 5. Un planteamiento análogo en LUDOVICI PONTANI, *Consilia sive Responsa*, Venetiis, 1568, *consilium* CCCXLVIII, f. 244 va, n. 2.

aequo praestari oportet..." y sitúa al sujeto al margen de la buena fe cuando actúa con dolo y con violencia moral⁸⁴.

A lo largo de la tradición jurídica europea empieza a conformarse progresivamente la idea de que el principio de la buena fe es inherente a todo tipo de contrato y no sólo a aquellos que tienen naturaleza *bonae fidei*. El propio Baldo así lo confirma al decir: "...*in omnibus tamen contractibus inspicitur bona fides id est bona mens...*"⁸⁵. Dicha extensión del principio de la *bona fides* a todo tipo de contrato obedece a una serie de factores: por un lado, a la influencia de la *aequitas* canónica y, por otro, a las prácticas comerciales del bajo Medievo con la recurrente elaboración doctrinal y jurisprudencial, generando los contratos consuetudinarios del *ius mercatorum*, cuya realización y ejecución se acomete conforme a la *bona fides* y al auxilio de los tribunales mercantiles que acuden a la *aequitas mercatoria* y deciden *ex bono et aequo*⁸⁶.

Esta continuidad histórica de la *bona fides* se manifiesta claramente en el momento de la nacionalización del Derecho a

⁸⁴ DONELLI, H., *Opera omnia*, cit., cc. 830-831, n. 14 ad. 1. *Bonam fidem*, C. 4,10,4.

⁸⁵ UBALDI, B., *Consiliorum sive Responsorum...cit.*, *consilium CCCXLIII*, f. 110, va, n. 2.

⁸⁶ LUCHETTI, G.- PETRUCCI, A., *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo*, cit., p. 44.

través de la Codificación⁸⁷. Tomando, inicialmente, como referente el Código napoleónico, observamos cómo, en su ejecución, los contratos están inspirados en el principio de la buena fe. Así, su artículo 1.134 prescribe: “Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi”. En cambio, en relación a la integración, el artículo 1.135 establece que: “Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”. El primer artículo se refiere a la ejecución del contrato y a la correcta cooperación de ambas partes en el marco de la lealtad mutua. El siguiente artículo expresa, en cambio, que los contratantes están vinculados no solamente a lo que hayan expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que la equidad, los usos y la ley atribuyen a toda obligación según su naturaleza. El legislador ha puesto en contacto estos conceptos (“bonne foi” y “équité”), aunque no ha llegado a equipararlos del todo⁸⁸. En

⁸⁷ Es evidente la importancia de este principio en el ámbito del Derecho codificado. En palabras de SCHERMAIER, M. J., «*Bona fides*» im Römischen Vertragsrecht, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. III, pp. 415-416: “Onhe dieser ständigen Orientierung an Billigkeit und Gerechtigkeit hätte das römische Recht nicht alle Epochen überdauert; und ohne der *bona fides* Raum zu geben, wären die, modernen Kodifikation schon nach wenigen Jahren veraltet und unbrauchbar”.

⁸⁸ Vid., en general, DUGUIT, L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon*, 2ª ed., Paris, 1920; GORPHE, F., *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928; ARNAUD, A. J., *Les origines doctrinales du Code civil*

definitiva, Mazeaud, interpretando al legislador francés, llega a la conclusión de que el artículo 1.135 se refiere a la creación de la obligación y no a la ejecución. A través del 1.135 el juez no modifica la ejecución de la obligación definida; esto, si acaso, podría acontecer con el art. 1.134⁸⁹.

La influencia del Código civil francés se deja sentir muy directamente en el Código civil italiano de 1942. Su artículo 1.375 reproduce el art. 1.134 del *Côte* y el artículo 1.124 del *Codice civile* de 1865. Dicho artículo, referido a la ejecución de buena fe declara: “Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”. Igualmente, el art. 1.374 recoge los postulados del 1.135 francés en cuanto preceptúa que: “Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità”. La diferencia entre el Código civil italiano y el francés estriba –como indica García Amigo– “en que el primero explica la jerarquización de las fuentes de integración: autonomía de la voluntad, ley, usos y

français, Paris 1969; TALLON, D., *Le concept de bonne foi en droit français des contrats*, Roma, 1994; CIMINO, A., “La clausola generale di buona fede nell’esperienza francese”, *Riv. Diritto Commerciale* (1995), pp. 787 ss.; COHEN, D., *La bonne foi contractuelle*, en AA. VV., *Le Code civil 1804-2004*, Paris, 2004, pp. 517 ss.

⁸⁹ MAZEAUD, H. (et alii), *Leçons de Droit civil*, t. II.1. *Obligations. Théorie générale*, Paris, 1990, p. 867.

equidad". Pero, aunque el Código francés no lo hace expresamente, la jerarquía es similar⁹⁰.

Especialmente, el artículo 1.175 del actual Código italiano representa una importante innovación, pues señala que: "Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza", esto es, dentro del marco general de las obligaciones, se impone a las partes un comportamiento según las reglas de la corrección, lo que supone cumplir diligentemente la prestación, sin dañar a la otra parte en el curso de la ejecución de la relación obligatoria. Para la doctrina italiana, el precepto viene a regular el deber de advertencia, aviso, información, solidaridad y protección hacia la persona y bienes de la contraparte, en relación con las diferentes circunstancias que pueden concurrir a lo largo del contrato y cuya vulneración pueden dar lugar a incurrir en responsabilidad contractual. Concretamente, la corrección de la que habla el artículo en cuestión conecta con la buena fe del deudor, implicando para éste la ejecución de todas aquellas prestaciones instrumentales o accesorias y deberes en interés del acreedor y, para éste, exige una actitud de cooperación entre personas correctas para facilitar al deudor el cumplimiento de la obligación y evitarle inútiles perjuicios. De forma que la

⁹⁰ GARCÍA AMIGO, M., *Consideraciones a la buena fe contractual*, en *Libro homenaje al prof. B. Moreno Quesada*, vol. I, Granada- Jaén- Almería, 2000, p. 613.

salvaguardia de los intereses de la contraparte se ha de considerar comprendida en el contenido propio de la obligación⁹¹.

Por lo que respecta al Código civil austriaco (ABGB), si bien hay una clara ausencia de referencia expresa al concepto de buena fe, sobre la base del párrafo 863 y de los “die allgemeine Grundsätze der Gerechtigkeit” (kaiserliches Patent, de 1 de junio de 1811), nos encontramos que a la hora de promulgar el Código existe una combinación del texto normativo (párrafo 863) y los principios generales de justicia; lo que ha provocado que la doctrina y la jurisprudencia integren la buena fe como esencial al Código, en el sentido de

⁹¹ En torno al tema vid. BESSONE, M.- D'ANGELO, A., v. “Buona fede”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani* 5, Roma, 1958, pp. 1 ss.; BIGLIAZZI GERI, L., v. “Buona fede”, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. Civile*, II, Torino 1988, pp. 154 ss.; BIANCA, C. M., “La nozione di buona fede quaele regola di comportamento contrattuale”, *Riv. Dir. Civ.* (1993), I, pp. 205 ss.; BUSNELLI, F. D., “Note in tema di buona fede ed equità”, *Riv. Dir. Civ.* (2001), I, pp. 537 ss.; VECCHI, P. M., *Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. IV, pp. 370 ss.; D'ANGELO, A., *Buona fede*, en *Tratatto di diritto privato* (dir. M. Bessone), vol. 13.4.2, Torino, 2004, part. 89 ss.; PALMA, A., *La clausola generale di buona fede in senso oggettivo: tipicità e fluidità di una regola. Profili di comparazione*, en *Principios Generales del Derecho* (coord. F. Reinoso), cit., pp. 891 ss.

deber de corrección de las partes en el cumplimiento de las obligaciones del contrato.

En cambio, en el Código civil alemán (BGB) el texto clave lo constituye el §242 a tenor del cual: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“. En él se señala que el deudor está obligado a efectuar la prestación, tal como lo requiere la buena fe y la corrección, en consideración a los usos comunes. Como observan G. Luchetti y A. Petrucci: “Grazie alla sua formulazione generale, questa norma è stata poi la chiave per temperare il rigoroso individualismo originario del Codice, permeando profondamente, per merito della dottrina e della giurisprudenza, l’intero diritto contrattuale tedesco”⁹².

Efectivamente, apostilla C. Eckl que el parágrafo 242 del BGB debe su extenso desarrollo a su posición de “parágrafo real”, esto es, a la formulación como cláusula general que abre camino al juez para desarrollar el derecho positivo según las necesidades del caso concreto, con respecto a los valores que implica la buena fe. En la doctrina alemana se habla de una pieza de “legislación abierta”, utilizada deliberadamente por el legislador para otorgar al juez el poder de concretar el derecho

⁹² LUCHETTI, G.- PETRUCCI, A., *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo*, cit., p. 45.

con una libertad superior a lo habitual; si bien teniendo en cuenta el resto del ordenamiento jurídico y las valoraciones de la Constitución⁹³.

Por consiguiente, en el derecho civil alemán la existencia de cláusulas generales como la de buena fe (§ 242) y las buenas costumbres (§138; § 826) del BGB, hicieron innecesario el desarrollo de una doctrina general de los Principios generales del Derecho y orillaron la cuestión a un aspecto meramente teórico, porque con ellas había suficientes válvulas de escape para la necesaria flexibilización del Derecho⁹⁴.

En definitiva, el §242 es concebido como base de un principio general independiente de la formulación legal, a tenor del cual los sujetos de una relación jurídica deben observar el mandato de tener en consideración los intereses legítimos de la

⁹³ ECKL, C., *Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho contractual español: de principio general del Derecho a cláusula general*, en *Bases de un Derecho contractual europeo [Bases of a European Contract Law]* (coord. Espiau Espiau, S. -Vaquer Aloy, A.), Valencia, 2003, pp. 45-46.

⁹⁴ Sobre el particular, vid. SCHULZE, R., *Pluralismus der Rechte und Konvergenz des Rechtsdenkens. Zur geschichtliche Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze*, en *Unterschiedliche Rechtskulturen-Konvergenz des Rechtsdenkens*, (edts. Assman-Bürggemeier-Sethe), Baden-Baden, 2001, pp. 9 ss.; RÜCKERT, J., *Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg*, en AA. VV., *Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch* (edts. Rückert-Schmoeckel-Zimmermann), vol. I, Tübingen, 2003, pp. 34 ss.

otra parte. De estos planteamientos han derivado las instituciones del nuevo derecho alemán de obligaciones, muy en especial los §§ 313 y 314, que recogen los supuestos de cambio de las circunstancias por causa sobrevenida, permitiendo la resolución del contrato por excesiva onerosidad, así como la extinción de la obligación en los contratos de largo tiempo cuando concurre una justa causa.

Asimismo, el Código civil suizo, en su artículo 2 se refiere a que cada uno está obligado a actuar según la buena fe, tanto en el ejercicio de los propios derechos, como en el cumplimiento de las propias obligaciones. De manera que, según el apartado 2 de este artículo: “El manifiesto abuso del propio derecho no está protegido por la ley”⁹⁵. En el ordenamiento suizo observamos, también, cómo los jueces hacen uso del principio de la buena fe para restablecer el equilibrio contractual, gravemente alterado por circunstancias no previsibles (cláusula *rebus sic stantibus*) e, igualmente, tutelar la confianza de la contraparte en los supuestos de “*venire contra factum proprium*”, así como imponer a las partes un deber de cooperación⁹⁶.

⁹⁵ Art. 2.1: “Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln”; Art. 2.2. “Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz”.

⁹⁶ SCYBOZ, G.- GILLIERON, P. R., *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, Lausanne, 1999, pp. 7 ss.

Otros Códigos civiles, como el de Portugal, en su artículo 334, establecen que es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando el titular excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres o los fines económicos o sociales de ese derecho. Asimismo, el artículo 762.2 declara que en el cumplimiento de las obligaciones y en el ejercicio del correspondiente derecho, las partes deben comportarse de buena fe⁹⁷.

Por lo que respecta al Código civil español, el principio de buena fe en las obligaciones aparece en el artículo 1.258 con una clara resonancia histórica, al igual que en el artículo 57 del Código de Comercio español⁹⁸.

⁹⁷ Art. 334º (Abuso do direito): “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Art. 762.2 (Princípio Geral): “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé”.

⁹⁸ Art. 1.258 C.c.: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”; art. 57 C.com.: “ Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del

El primero viene a regular el problema de la integración del contrato, remarcando, entre las fuentes de integración, la buena fe⁹⁹. Inicialmente, se podría considerar que la buena fe es principio privativo del contrato, pero, progresivamente, la doctrina se ha inclinado hacia su aplicación a todas las obligaciones, incluidas las no contractuales. En efecto, en un principio, en la gran mayoría de los Códigos del siglo XIX se incluía la fórmula de cumplimiento según la buena fe dentro del terreno del contrato. La razón se debe, sobre todo, al lastre sociológico e histórico que la institución arrastra. Como hemos tenido ocasión de comprobar, el significado originario de buena fe se hermanaba con la idea de “cumplimiento de la palabra” en una promesa.

modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

⁹⁹ La cuestión fue recogida en el Código civil español a través del *Côte* y, de ahí, pasó al art. 978 del Proyecto de Código Civil de 1851, que junto con el Código italiano, se inspiró en la obra de Domat (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689). El legislador español hizo un seguimiento literal, lo único que varió fue el término equidad, por buena fe. La jurisprudencia, a través del Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de abril de 1994, interpreta con gran nitidez el art. 1.258 y establece tres criterios o fuentes de integración de la reglamentación contractual; tales criterios (la buena fe, el uso y la ley) son conceptualmente distintos, aunque tengan la misma función integradora del contrato.

Además, en el Código civil español se produjo un fuerte impulso de la buena fe a través de la reforma llevada a cabo en el Título preliminar por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y el texto articulado, aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974, introduciendo un precepto general de remisión al criterio de la buena fe, según el cual: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” (art. 7.1). Es obvio que desde la promulgación del Código civil español en 1889, la buena fe fue cobrando una importancia trascendental como principio general del Derecho, sin embargo fue la positivización de ésta como cláusula general en el art. 7 –siguiendo los modelos alemán y suizo- lo que provocaría su impulso decisivo, con la recepción de las orientaciones jurídicas más avanzadas del Derecho privado europeo. De esta forma, aumenta la remisión a la *bona fides* por parte de la doctrina jurídica española, respecto al desarrollo de varias instituciones jurídicas¹⁰⁰.

Para Hernández Gil, sin embargo, la reforma del Título preliminar no produjo mayores cambios, sino que solo recogió los frutos jurídicos de las décadas anteriores; y, con respecto a la buena fe, su positivización no alteró su carácter de principio

¹⁰⁰ DE LOS MOZOS, J. L., *La buena fe en el Título preliminar del Código civil*, en *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, pp. 211-237; ECKL, C., *Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho contractual español*, cit., p. 42.

general¹⁰¹. En una línea análoga, De los Mozos considera que “el artículo 7.1 no hace más que generalizar lo que establecen, por ejemplo, los arts. 1.258 del C.c. y 57 del C.com., y reconocer lo que era aplicable al ejercicio de todo derecho, por el mero juego del principio, universalmente admitido, por otra parte, como principio general del Derecho”¹⁰².

Si bien la reforma del Título preliminar no innovó nada – salvo en lo concerniente a la facilidad para alegar y aplicar la buena fe respecto del ejercicio de todo derecho- pensamos que es obvio que el legislador quisiera dar un impulso a este principio para que la jurisprudencia aprovechara más su potencial.

Efectivamente, la formulación como cláusula general, siguiendo el modelo alemán y suizo, promovió una labor científica y jurisprudencial para conectar muchas instituciones jurídicas al concepto de buena fe. Bien es verdad que falta una sistematización adecuada que otorgue una normatividad concreta. La dificultad estriba en el hecho de que se trata de un principio general del Derecho que no se debe concretar ni condensar en determinados grupos de casos, por el temor de

¹⁰¹ HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión como institución jurídica y social*, en *Obras completas*, vol. 2, Madrid, 1987, pp. 153-154.

¹⁰² DE LOS MOZOS, J. L., *La buena fe en el Título preliminar del Código civil*, cit., p. 226.

que, de esta forma, se petrifique y pierda su utilidad como principio abierto y última *ratio* para la corrección del ordenamiento positivo¹⁰³.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, el principio de la buena fe en los sistemas romano-germánicos es un mecanismo mediante el cual se aspira a que el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas se produzca de acuerdo a unas reglas que la conciencia social considera justas, permitiendo además adaptar el derecho a las transformaciones sociales, lo que evita las disfunciones provocadas por el formalismo legalista derivado de la rigidez abstracta de las normas jurídicas¹⁰⁴.

En cambio, en el sistema de la *Common Law* no existe un principio general que imponga la obligación de observar en el cumplimiento de los contratos la regla de la buena fe y la conducta justa. Pero, como manifiesta Zimmermann, “ello no significa que el derecho contractual inglés no sea inherente y equitativo”¹⁰⁵, porque aunque no encontremos en este sistema

¹⁰³ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Buena fe (Derecho civil)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica* (edts. Montoya Melgal et alii), vol. I, Madrid, 1995, pp. 831 ss.

¹⁰⁴ Al respecto vid. CARDILLI, R., «*Bona fides*», cit., pp. 93 ss.

¹⁰⁵ ZIMMERMANN, R., *Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo*, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 2000, p. 156.

jurídico una formulación general del principio de buena fe, si analizamos la tradición histórica inglesa nos encontramos manifestaciones a través de la *lex mercatoria*, la *aequitas* canónica y la jurisdicción del Lord Chancellor, que han abierto caminos más flexibles por los que ha penetrado la *bona fides* y han evitado que la *Common Law* se petrifique en la tradición y el formalismo riguroso. Asimismo, los tribunales han ido, poco a poco, resolviendo en equidad y también han ido imponiendo un estricto Código moral en las relaciones jurídicas¹⁰⁶.

Es más, si analizamos la evolución que han tenido ordenamientos jurídicos como los de Australia y Nueva Zelanda, junto con los EE.UU -ciñéndonos a los §§ 1-203 y 1-304 del “Uniform Commercial Code” y al § 205 del “Restatement of Contracts” (1981)-, observamos que, siguiendo

¹⁰⁶ Vid., por todos, GOODE, R., *The Concept of Good Faith in english Law*, en *Centro di studi e ricerche di Diritto Comparato e straniero. Saggi, conferenze e seminari*, 2 (Roma, 1991), pp. 1-9; BROWNSWORD, R., “Two Concepts of Good Faith”, *Journal of Contract Law* (1994), pp. 197 ss. En relación a la doctrina española más reciente: PALAZÓN GARRIDO, M. L., *Importancia de la tensión Civil Law-Common Law en la elaboración de los principios de Derecho contractual europeo*, en *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid 2003, pp. 299 ss., en especial, p. 301; DE VITA, A., “Buona fede e Common Law”, *Riv. Dir. Civ.* (2003), I, pp. 251 ss.; ID., *Buona fede e ‘Common Law’. Attrazione non fatale nella storia del contratto*, AA. VV., en *Il ruolo della buona fede*, cit., vol. I, pp. 459 ss.

la influencia del *Civil Law*, las partes se someten a los mandatos de la buena fe en la ejecución de los contratos que celebran. Asimismo, la jurisprudencia inglesa asume, cada vez más, Directivas que incorporan el principio de la buena fe a sectores de su ordenamiento, como el referido a los contratos celebrados con los consumidores¹⁰⁷.

Es indiscutible la influencia de las disposiciones comunitarias en los diferentes ordenamientos europeos. Por ello, se hace necesario abordar, siquiera de forma breve, la regulación del principio de la buena fe en el Derecho comunitario.

IV.- Incidencia de la *bona fides* en el Derecho privado europeo: referencias a algunos proyectos normativos y Directivas comunitarias.

El principio de la buena fe viene a confirmar los diferentes problemas que afectan al Derecho comunitario por lo que se refiere a la armonización y unificación jurídica, tanto de reglas como de conceptos¹⁰⁸. No cabe duda que este principio, como

¹⁰⁷ Vid. ZIMMERMANN, R., *Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo*, cit., p. 157.

¹⁰⁸ BENACCHIO, G. A., *La buona fede nel Diritto comunitario*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. I, pp. 189-190. Vid., también, ZIMMERMANN, R., *Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo*,

tal, existe en todas las legislaciones europeas, sin que pueda considerarse ajeno a ninguno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Así, la idea de que cada parte contratante tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe ha sido expresamente incorporada a los “Principios de Derecho Contractual Europeo” (PECL, art. 1:201.1). A lo largo de su articulado se contienen, además, abundantes referencias a la misma. No obstante, no debemos olvidar que las consecuencias que las diferentes tradiciones jurídicas y ordenamientos extraen de este principio son muy diversas.

En el derecho originario, contenido inicialmente en el Tratado de Roma, no aparece la expresión buena fe, ni tampoco el término corrección. Sólomente, en el Preámbulo se hace referencia al deber de lealtad cuando concurren los Estados e indirectamente las empresas¹⁰⁹. Por otro lado, el artículo 10 del Tratado señala: “Los Estados miembros adoptarán todas las

cit., pp. 154-158; ID., *Diritto romano, Diritto contemporaneo, Diritto europeo. La tradizione civilistica oggi*, en *Diritto romano e terzo millenio. Convegno internazionale di Diritto romano. Copanello 3-7 giugno 2000*, Napoli, 2004, pp. 65-72; OSSORIO SERRANO, J. M., *El principio de la buena fe y su incidencia en el Derecho contractual europeo*, en AA. VV., *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada* (coord. J. M. Ossorio Serrano), Granada, 2005, pp. 25-26.

¹⁰⁹ Vid. MARCOS MARTÍN, T., *El principio de la buena fe en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derecho de la competencia*, en *Principios Generales del Derecho*, cit., pp. 1129 ss.

medidas de carácter general y particular tendentes a asegurar la ejecución de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad”. Así, la doctrina considera dicha norma unida a la concepción objetiva de la buena fe¹¹⁰. En una línea más o menos análoga, el artículo 11.2 del Tratado de Maastricht establece que: “Los Estados miembros apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión bajo un espíritu de lealtad y de solidaridad recíproca”. De forma que el Tratado impone una genérica obligación de lealtad entre los Estados miembros.

Muy diferente resulta la situación en lo concerniente al derecho derivado, puesto que en distintos reglamentos la buena fe viene descrita en aquellos supuestos donde resulta evaluado el comportamiento de una persona física o jurídica. Así, por ejemplo, el Reglamento nº 1697/79 sobre la recuperación de las tasas aduaneras en la importación se refiere al hecho de que la Comisión no puede recuperar tales tasas si la empresa actuó de buena fe en el momento de la imposición (art. 5.2)¹¹¹. Otros

¹¹⁰ BENACCHIO, G. A., *La buona fede nel Diritto comunitario*, cit., pp. 190-191.

¹¹¹ Vid., ad ex., Sentencia de 8 de noviembre de 2012, Asunt Lagura Vermögensverwaltung GmbH y Hauptzollamt Hamburg-Hafen, C-438/11 y la Sentencia de 13 de diciembre de 2012, Asunto Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z.o.o y Poczta Polska SA, C-465/11.

reglamentos hacen referencia de una manera más directa a la buena fe objetiva, entendida en un sentido de comportamiento correcto, como es el caso del Reglamento nº 2367/90, en aplicación del reglamento antitrusts de 1989, que impone a las empresas presentar, de buena fe, los módulos impositivos a la hora de la notificación a la Comisión¹¹².

Por tanto, constatamos cómo los Reglamentos comunitarios vienen utilizando la cláusula de la buena fe tanto desde la perspectiva objetiva, como subjetiva. La particularidad que tienen éstos respecto al derecho interno es que son directamente aplicables en éste, de manera que una formulación unitaria de una regla de buena fe entra directamente en los ordenamientos de los Estados. En cambio, las Directivas pueden ser adaptadas más fácilmente por cada legislador a las diferentes exigencias de su ordenamiento jurídico.

¹¹² Además, otro Reglamento como el nº 2081/92, sobre la denominación de origen, hace alusión a la buena fe en caso de conflicto entre la marca y la denominación de origen (arts. 13 y 14). En la misma línea, el Reglamento nº 40/94, sobre marcas comunitarias, establece en su art. 78.6 que el titular de una marca comunitaria reintegrado en sus derechos no puede ir contra un tercero que de buena fe había introducido productos en el comercio con una marca idéntica o semejante a la comunitaria, en el periodo comprendido entre la pérdida del derecho y la publicación de la mención de la reintegración de ese derecho.

En los diferentes ordenamientos jurídicos podemos observar una dimensión sustantiva muy amplia de la buena fe. Esta afirmación, no obstante, conlleva una doble oposición: por un lado, la buena fe como norma de conducta supone que las partes se comporten de acuerdo con las exigencias de la lealtad comercial y, por otro, como norma de integración del Derecho, determina que el juez interprete el Derecho de forma que promueva una conducta acorde con estas exigencias¹¹³.

Tomando como referencia diferentes textos comunitarios, como por ejemplo, los PECL; el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, fruto del trabajo de la Academia de iusprivatistas europeos; además de algunas de las Directivas comunitarias más significativas en materia de contratos, nos percatamos de que la noción de buena fe, tal como se emplea en estas fuentes, resulta confusa y contradictoria¹¹⁴.

¹¹³ AUER, M., "Good faith: a semiotic approach", *ERPL* (2002), pp. 279 ss.; STORME, M. E., *Good faith and contents of contracts in European private Law*, en *Bases de un Derecho europeo (Bases of a European Contract Law)*, eds. S. Espiau Espiau- A. Vaquer Aloy, Valencia, 2003, pp. 17 ss.

¹¹⁴ Para MARTÍNEZ SANZ, F., *La buena fe en el incumplimiento de los contratos*, en AA. VV., *Derecho privado europeo* (coord. S. Cámara Lapuente), Madrid, 2003, pp. 483 ss., el principio de la buena fe también puede presentar dos perspectivas opuestas. Una primera, de tipo objetivo, como patrón de conducta, que cabe esperar de las partes en cualquier tipo de relación jurídica; funciona como una supranorma, como regla de conducta aplicable a todos los supuestos; tiende a la moralización de las relaciones

Si nos centramos inicialmente en los PECL encontramos múltiples y abundantes referencias a la buena fe, hasta el punto que Hesselink ha llegado a afirmar que los Principios de Derecho Contractual Europeo “representan el triunfo internacional de la noción de buena fe contractual”¹¹⁵, además de suponer la proclamación de la libertad contractual. El art. 1:102 (1) lo señala, proclamando: “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar el contenido del mismo siempre que se observen las exigencias de la buena fe y de la lealtad y las reglas imperativas establecidas en estos Principios”¹¹⁶.

jurídicas, siendo capaz de modificar los efectos de otras normas jurídicas o incluso crear normas nuevas. Y una segunda, de naturaleza subjetiva, donde el concepto de buena fe refleja el estado personal en que se encuentran las partes jurídicamente relacionadas; una situación psicológica del que ignora que al actuar de determinada manera está lesionando el interés ajeno.

¹¹⁵ HESSELINK, M. W., *The principles of European contract Law: some choices made by the Lando Commission*, en *Principles of European Contract Law*, Deventer, 2001, p. 54.

¹¹⁶ Sobre los Principios de Derecho Contractual Europeo vid. las interesantes aportaciones de CASTRONOVO, C., “I principi di diritto europeo dei contratti e l’idea di Codici”, *Rivista del Diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 93, I (1995), pp. 21-38; ALPA, G., “I Principles of European Contract Law predisposti dalla Commissione Lando”, *Rivista critica del diritto privato* 18 (2000), pp. 483 ss.; LANDO, O.,

Esta libertad no es más que la manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de autorregular sus fines e intereses, optando por el tipo contractual que mejor se adapte a sus necesidades. Pero la libertad contractual ha de tener sus límites; existiendo, en primer lugar, el límite constituido por las exigencias de la buena fe y de la lealtad y, en segundo lugar, por las normas a las que los Principios atribuyen carácter imperativo. “Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa”. (art. 1:102[2])¹¹⁷.

El artículo 1:201 (1) refiere que las partes deberán actuar de conformidad con la buena fe y la lealtad comercial. Asimismo afirma que “cada una de las partes está obligada respecto a la otra a cooperar para conseguir la plena efectividad del contrato” (art. 1:202). Nos encontramos ante una versión de la

Lo spirito dei principi del diritto contrattuale europeo, en *Consiglio Nazionale Forense. Il Codice civile europeo*, Milano, 2001, pp. 52 ss.; DÍEZ-PICAZO, L.-ROCA TRÍAS, E.-MORALES, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, p. 156; LUCHETTI, G.-PETRUCCI, A., *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo*, cit., pp. 38-39.

¹¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F. J., *La noción de contrato en el Derecho contractual europeo*, en AA. VV., *Europa y los límites de la autonomía privada* (coord. J. M. Ossorio Serrano), cit., p. 16.

buena fe como “norma de conducta”¹¹⁸. En efecto, como señala Storme, los comentarios al art. 1:202 están claramente influidos por una noción de buena fe principalmente sustantiva¹¹⁹. Además, Díez-Picazo indica que en la fase de ejecución de la prestación, la colaboración del acreedor puede ser necesaria para que el deudor esté en condiciones de llevar a cabo la misma. Y para ello hemos de estar a la determinación en cada caso, pero de acuerdo con los usos de los negocios y la buena fe¹²⁰.

El enfoque sustantivo de la buena fe se perfila también en diferentes reglas recogidas en los PECL, que son expresión de la *bona fides* y de la lealtad comercial y cuyos ejemplos más significativos los podemos extraer de los siguientes artículos:

- art. 2:301, que consagra que la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

¹¹⁸ CASTRONOVO, C., “Good faith and the Principles of European Contract Law”, *Europa e diritto privato* 3 (2005), pp. 589 ss.

¹¹⁹ STORME, M. E., *Good faith and contents of contracts*, cit., p. 22.

¹²⁰ DÍEZ-PICAZO, L.- ROCA TRÍAS, E.- MORALES, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, cit., pp. 158-159.

- art. 2:302, sobre el deber de no revelar información confidencial entregada por la otra parte en el curso de las negociaciones.
- art. 4:109, que contempla el deber de no aprovecharse injustamente de la dependencia, dificultades económicas u otra debilidad de la contraparte.
- art. 8:104, relativo al derecho concedido al deudor de subsanar un cumplimiento defectuoso del contrato antes del vencimiento del plazo fijado.
- art. 9:102, sobre el derecho a negarse a realizar un cumplimiento específico de una obligación contractual si ello causara al deudor un esfuerzo y un gasto no razonables.

Igualmente, en los PECL, la *bona fides* es entendida como norma de interpretación del Derecho. Así, el art. 1:106 (1) establece que: “Estos principios han de ser interpretados y desarrollados de conformidad con su finalidad. En especial, deberá considerarse la necesidad de promover la buena fe y la lealtad comercial, la certeza en las relaciones contractuales y la uniformidad en la aplicación”. Como mantiene con gran acierto Zimmermann, se trata de una “cláusula general según la cual, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las

obligaciones, cada parte contractual debe comportarse de acuerdo con los mandatos de la buena fe y la negociación leal”¹²¹.

En Europa, en el momento actual, encontramos presupuestos como los contemplados en el reciente Código civil holandés, que profundiza más allá del Código civil alemán. En su artículo 6.2 establece que el acreedor y el deudor deben ajustar su comportamiento a los mandatos de la lealtad y de la equidad y, además, una regla vigente entre las partes no debe aplicarse si es inaceptable según los criterios de la lealtad y la equidad. Por tanto, podemos afirmar que, en la actualidad, la cláusula general del art. 1:106, elaborada por la Comisión Lando es perfectamente reconocible en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos¹²².

Igualmente, en el Anteproyecto de Código Europeo de contratos, promovido por Gandolfi, se hace referencia a la buena fe, imponiendo reglas de conducta en algunos de sus

¹²¹ ZIMMERMANN, R., *Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo*, cit., p. 154.

¹²² PALAZZO, A., *Promesse gratuite e affidamento*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. III, pp. 10-11.

artículos¹²³. Así, el artículo 1.2 dispone que “el acuerdo puede establecerse también mediante actos concluyentes, positivos u omisivos, siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe”. El art. 7, referido al deber de información pre-contractual, hace responsable a la parte que, en contra de los principios de la buena fe, oculta información a la otra parte; dado que el fundamento de tal obligación de información radica en la “buena fe objetiva” que debe presidir la actuación de las partes, no sólo en la fase propiamente contractual, sino también en la pre-contractual¹²⁴. La buena fe implica una conducta leal entre las partes, de manera que si una de ellas ha retenido o deformado determinadas informaciones a la otra, cuando sabía o debía saber que ésta no habría consentido de haberlas conocido o lo habría hecho en otras condiciones, incurre en violación de la buena fe¹²⁵.

¹²³ GARCÍA CANTERO, G., *El anteproyecto de Código Europeo de contratos- Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía-*, en *Derecho Privado europeo* (coord. S. Cámara Lapuente), 2003, pp. 205 ss.

¹²⁴ Vid. MORDECHAI RABELLO, A., *Il principio della buona fede precontrattuale: la base romanistica della teoria di Rudolf von Jhering sulla culpa in contrahendo*, en *Principios Generales del Derecho*, cit., pp. 471 ss.; PALMA, A., *La clausola generale di buona fede...cit.*, pp. 904-905.

¹²⁵ Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El deber de información precontractual*, en *Código Europeo de Contratos: comentarios en homenaje al prof. J. L. De los Mozos*, vol. I, Madrid, 2003, p. 166. El tema conecta claramente con la vinculación entre la buena fe en la contratación y el

En la misma línea, los principios UNIDROIT, en su artículo 1.7, titulado: “Buena fe y lealtad negocial”, disponen que:

- (1) “Las partes deben actuar en armonía con el principio de buena fe y con el de lealtad negocial en el comercio internacional”.
- (2) “Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber”¹²⁶.

valor de la oferta de contrato al público y de la publicidad, ya que el consumidor confía en la veracidad de las declaraciones publicitarias, por lo que la buena fe permite que dichas declaraciones se integren en el contenido contractual. La buena fe implica la protección de la confianza depositada en el comportamiento de cada parte, pues se tiene fe en la corrección y bondad de las conductas recíprocas de éstas. Cf. LASARTE, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1977”, *RDP* 64 (1980), pp. 62-64; GARCÍA AMIGO, M., “Consideraciones a la buena fe contractual”, *Actualidad Civil* 1 (2000), p. 6; CORRAL GARCÍA, E., *La buena fe en la formación y determinación del contenido del contrato: la oferta y la promesa al público*, en *Bases de un Derecho europeo*, cit., pp. 53-66.

¹²⁶ En torno al artículo, vid. DI MAJO, A., *I principi dei contratti commerciali internazionali dell’UNIDROIT*, en *Contratto e impresa/Europa*, 1996, pp. 287 ss.; ALPA, G., *I principi dell’Unidroit. Quaderno di sintesi*, en *I contratti in generale. Aggiornamento (1991-1998)* a cura di G. Alpa- M. Bessone, Torino, 1999, pp. 199 ss.

Ante este texto los comentaristas establecen que las partes deben conducirse de acuerdo con la buena fe y observando la lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de formación. Este planteamiento resulta más ambicioso porque va más allá del propio texto literal, donde no existe una referencia expresa al contrato; pero queda plasmada, sin embargo, en los PECL, en su art. 1:201 según el cual, como señala Corral García, “la buena fe como deber general preside toda la vida del contrato, también cuando se encuentra en fase de gestación, como si fuera un *nasciturus*”¹²⁷.

Una vez analizada someramente la cuestión de la *bona fides* en el ámbito tanto doctrinal, como de los diferentes

¹²⁷ CORRAL GARCÍA, E., *La buena fe en la formación y determinación del contenido del contrato*, cit., p. 58. También DÍEZ-PICAZO, L., “Una nueva doctrina general del contrato”, *ADC XLVI.4* (1993), p. 1.713, considera que las promesas contenidas en las declaraciones de publicidad y promoción, aunque no se hayan incorporado a un documento contractual, quedan integradas en el contrato, en aplicación del principio de buena fe, siempre que razonablemente los consumidores debieran esperar su cumplimiento. A nivel internacional, la Convención de Viena de las Naciones Unidas de 1980 sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CSIG), en su artículo 7.1, proclama que: “En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

proyectos europeos, pasaremos a continuación a examinar alguna normativa comunitaria desde la óptica de una fuente tan importante como son las Directivas.

Una de las primeras comparencias del término “buena fe” está fechada en la Directiva 86/653. Se trata de una típica cláusula general de la buena fe en las relaciones comerciales, que encuentra su máxima expresión en el art. 3.1, que determina: “El agente comercial deberá en el ejercicio de sus actividades velar por los intereses del empresario y actuar con lealtad y de buena fe”. Recíprocamente, el art. 4.1 dispone que: “En sus relaciones con el agente comercial, el empresario deberá actuar con lealtad y buena fe”. La fuente exige a ambas partes (principal y agente) que actúen de buena fe¹²⁸. Está presente, por tanto, una idea de buena fe en sentido objetivo, puesto que no son las intenciones de las partes lo que ha de tenerse en cuenta. Además, se busca una adecuación de la conducta al standard propio de los contratos de agencia. Como afirma Ossorio Serrano: “nos encontramos ante un claro ejemplo de la buena fe como fuente de nuevas obligaciones, pues las partes del contrato se encuentran vinculadas, no solo por las obligaciones que hayan podido incluir en el mismo, sino

¹²⁸ BENACCHIO, G., *La buona fede nel Diritto comunitario, cit.*, pp. 194-195.

también por aquellas otras que implícitamente se deriven del principio de buena fe"¹²⁹.

Esta Directiva encierra una serie de obligaciones que son la manifestación del deber general de la buena fe. En su art. 3.2 especifica que actuar el agente de buena fe significa ocuparse de la negociación, de las operaciones, de informar al empresario de los datos de que disponga y ajustarse a las instrucciones recibidas. Este planteamiento puede ser de gran ayuda a la hora de la unificación en materia de buena fe, pues sirve para convertir un concepto jurídico indeterminado en reglas específicas y concretas.

Otra Directiva: 96/92, regula una serie de normas uniformes en relación al mercado interno de la energía eléctrica. En concreto, establece en su art. 20.2 que los Estados miembros conminarán a las partes (productor, distribuidor y gestor) a un comportamiento acorde con la buena fe y velarán porque ninguna de ellas abuse de su posición negociadora, obstaculizando el buen éxito de la negociación.

De especial trascendencia es la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, de 5 de abril de 1993, que considera la buena fe como la parte fundamental

¹²⁹ OSSORIO SERRANO, J. M., *El principio de la buena fe y su incidencia en el Derecho contractual europeo*, cit., p. 34.

de la definición de las cláusulas abusivas. Se trata de aquellas cláusulas no negociables que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 3.1)¹³⁰. La buena fe debe ser entendida aquí en sentido objetivo, sin tener en cuenta las intenciones personales de la parte que hace uso de tales cláusulas abusivas en contratos con consumidores¹³¹. Para García Amigo, en esta

¹³⁰ En el mismo sentido se expresa la Sentencia de 30 de mayo de 2013, Asunto C-397/11, Erika Jörös y Aegon Magyarország Hitel Zrt: “las condiciones generales de la contratación y las cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor que no hayan sido negociadas individualmente serán abusivas en caso de que, contraviniendo las exigencias de buena fe y lealtad, establezcan los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato de un modo unilateral e infundado en perjuicio de la parte contratante que no haya redactado las cláusulas” (párrafo 7).

¹³¹ Sobre la cuestión vid. SMORTO, G., *Clausole abusive e diritti dei consumatori*, Padova, 2001, pp. 69 ss. Cf. BIANCA, C. M., *Buona fede e Diritto privato europeo*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. I, pp. 202-203. Vid., también, ALPA, G., “Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive”, *Nuova giur. civ. comm.* (1996), pp. 46 ss.; GALGANO, “Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte”, *Contratto e impresa* (1997), pp. 423 ss.; MAZZAMUTO, S., “L’inefficacia delle clausole abusive”, en *Europa e dir. priv.* (1998), pp. 48 ss.; RINALDI, F., *La tutela del consumatore nella contrattazione standardizzata*, en *Unione Europea e limiti social del mercato* (coord. S. Prisco), Torino, 2002, pp. 151 ss.; CARINGELLA, F.- GAROFOLI, R.- GIOVAGNOLI, R., *La*

Directiva está muy presente una clara vertiente ética de la concepción de la buena fe, equivalente a moralidad social, a equidad y a sujeción del contrato a aquellas normas de conducta colectiva que han de ser observadas por toda la conciencia sana y honrada. Sin duda, para el autor hay una clara resonancia del Derecho romano al considerar la *bona fides* como conducta modélica del *bonus vir*¹³². Las exigencias de la buena fe en la contratación con consumidores se concretan en el hecho jurídico de que las cláusulas de tales contratos deben ser conformes a esta conducta modélica que la buena fe representa. En cuanto se aparten de ella, las cláusulas contractuales se consideran abusivas y, en consecuencia, ineficaces. Esta

nozione di buona fede nella tutela del consumatore, en Giurisprudenza civile, Milano, 2005, pp. 347 ss.

¹³² GARCÍA AMIGO, M., *Consideraciones a la buena fe contractual*, en *Libro homenaje al prof. B. Moreno Quesada*, cit., p. 621. Asimismo, DAJCZAK, W., *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. I, p. 423, analizando esta Directiva, entiende que: "...è notevole la somiglianza fra i *praecepta iuris* d'Ulpiano e la spiegazione della buona fede (good faith), compresa nel preambolo di questa direttiva. All' *honeste vivere* corrisponde la premessa della trattazione leale (deals fairly). L'obbligo di considerare i legittimi interessi della controparte (to take into account legitimate interests of the other party) ci fa ricordare il divieto d'arrecare i danni a qualsiasi persona (*alterum non laedere*). Infine la trattazione in modo equo (deals equitably) è simile alla norma *suum cuique tribuere...*".

Directiva reconoce, pues, el principio de la buena fe como principio de Derecho vigente¹³³.

Por su parte, la Directiva 97/7 sobre contratos realizados a distancia impone un deber genérico de lealtad, afirmando que la información preliminar proporcionada al consumidor debe ser realizada de una manera clara y comprensible, con unos medios adecuados a la técnica de comunicación a distancia utilizada, observando los principios de lealtad en materia de transacciones comerciales (art. 4.2)¹³⁴.

¹³³ En España esta Directiva fue incorporada al ordenamiento jurídico a través del art. 10.3 de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, 26/84, de 19 de julio, de la siguiente manera: "Las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios". Posteriormente recogida por el art. 8 b) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, redactada por el apartado uno del artículo tercero de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios («B.O.E.» 31 diciembre). Vigencia: 1 enero 2010. Ello ha permitido terminar con la indeterminación del concepto de cláusula abusiva. Se introducen una serie de cláusulas abusivas "automáticas", que hacen innecesario que los tribunales nacionales sigan desarrollando el concepto de buena fe.

¹³⁴ Asimismo, otras Directivas como: la 85/577, sobre protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la 87/102, en materia de crédito al consumo

No obstante, existen también Directivas en las que subyace el concepto de buena fe (aunque no se utilice expresamente el término), atribuyendo ciertos efectos al conocimiento o ignorancia de una de las partes. Como es el caso de la Directiva 99/44, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, que ha dado lugar en España a la Ley orgánica 23/2003, de 10 de julio de 2003, sobre “Garantías en la venta de bienes de consumo” (BOE de 11 de julio de 2003). El texto comunitario introduce reglas generales sobre la actividad de las empresas en lo relativo a publicidad, ofertas promocionales, garantías y servicios de asistencia, responsabilidad del productor, seguridad de los productos... La razón de este texto obedece a que el legislador comunitario considera las legislaciones nacionales inapropiadas e inadaptadas a los términos económicos del fenómeno de la venta en masa, proponiendo una disciplina más simple y uniforme en materia de garantías por vicios de la cosa

o la 94/47, relativa a la protección de los adquirentes en las adquisiciones de inmuebles en multipropiedad y, en general, todas aquéllas sobre tutela contractual del consumidor, imponen a los diferentes profesionales proporcionar información precisa y detallada a los contratantes.

vendida¹³⁵, donde la buena fe cobra un papel primordial ofreciendo soluciones coherentes y razonables¹³⁶.

A modo de conclusión podemos colegir, observando la proyección del concepto de buena fe en el Derecho comunitario europeo, que una de las cuestiones más problemáticas con la que nos encontramos es la ausencia en la normativa comunitaria de una enunciación formal del principio general de la buena fe, tanto en sentido subjetivo, como objetivo. Ello no ha sido, sin embargo, un obstáculo para que Reglamentos y Directivas, así como diferentes textos comunitarios, contengan numerosas referencias concernientes a la buena fe y para que los tribunales de la Unión Europea hayan resuelto los litigios que se les han planteado recurriendo, de una manera explícita, a un verdadero principio general de buena fe.

Es necesario destacar cómo a nivel legislativo y jurisprudencial la buena fe va desempeñando un papel de primer orden. Concretamente, dentro del campo del Derecho contractual europeo, va cumpliendo, progresivamente, una función primordial como mecanismo para la corrección e

¹³⁵ Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *Algunas consideraciones sobre las garantías en la venta de bienes de consumo: especial referencia al principio de conformidad*, en AA. VV., *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, cit., pp. 63-74.

¹³⁶ BIANCA, C. M., *Buona fede e Diritto privato europeo*, cit., p. 205.

integración del contrato¹³⁷. Dirige, además, su atención a las obligaciones accesorias, de información y protección, atendiendo a la fase precontractual. Resulta, asimismo, de gran utilidad como modelo o standard para la valorización de cláusulas contractuales y como vía para el rechazo del abuso del derecho y la liberación del deudor en casos de excesiva onerosidad de la prestación.

De ahí que, lejos de tratarse de una idea puramente retórica, tenga un contenido normativo que se hace efectivo en el momento de su aplicación práctica, durante el momento de formación, interpretación y ejecución del contrato¹³⁸. Además, el recurso a la buena fe y su utilización en el marco de la *lex mercatoria* no se proyecta como una simple declaración de principios, sino que tiene virtualidad práctica en su aplicación por parte de los árbitros del comercio internacional.

¹³⁷ ALPA, G., *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., vol. I, p. 156.

¹³⁸ La buena fe, aquí, sirve en líneas generales para evitar discordancia entre la voluntad real de las partes en el momento de conclusión del contrato y su interpretación en el momento del litigio, vid. PARRA RODRÍGUEZ, C., *Los principios generales en el comercio internacional*, en *Globalización y comercio internacional, Actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI (Jaén, 2003)*, Madrid, 2005, p. 358.

En términos generales, el principio de la buena fe es un buen instrumento supletorio para flexibilizar las disposiciones legales, con consecuencias efectivas en el derecho contractual. En los diferentes países de la Unión Europea, especialmente en algunos como España y Alemania, la buena fe se ha transformado en un instrumento extremadamente útil para el desarrollo de un derecho dinámico, como es el derecho contractual. En la experiencia jurídica española, la formulación explícita de la buena fe y su incorporación al Código Civil, junto con su positivación específica en otros ámbitos normativos, ha promovido su vigencia y efectividad. Estos precedentes jurídicos pueden ser de gran utilidad para intentar encontrar las bases de un futuro derecho contractual europeo y, si es factible, para la elaboración de una futura Codificación europea.

Así, el concepto de buena fe como máxima de comportamiento exigible a las partes contratantes, perfectamente identificable en los PECL, es, además, compatible con la normativa unitaria de la compraventa y con los Principios UNIDROIT. Lo que permite vislumbrar algunos contornos concretos de un derecho contractual transnacional.

Con todo, la gran cuestión que se plantea es saber si es aconsejable seguir utilizando conceptos jurídicos abstractos como el de buena fe para conseguir la armonización del

Derecho europeo de contratos. Ha sido la propia Comisión la que ha expresado su preocupación sobre la utilización de conceptos indefinidos o abstractos, puesto que éstos pueden ser desarrollados de formas muy diferentes en cada ordenamiento nacional, sin que se pueda ofrecer un concepto unitario y genuinamente europeo de buena fe. No obstante, pensamos que, al contrario, el principio de la buena fe puede servir para fomentar la armonización en el ámbito del derecho contractual europeo, con la importante ayuda de textos de naturaleza comparada, entre los que podemos destacar los “Principios de Derecho Contractual Europeo”. Por otra parte, hemos podido comprobar, con ejemplos concretos de Directivas europeas, cómo el reconocimiento del principio de la buena fe se convierte en pieza clave para garantizar la uniforme aplicación de la normativa comunitaria y su recepción en los diferentes ordenamientos nacionales. Así, la buena fe, como principio general del Derecho es presupuesto indispensable para un justo y equitativo Derecho europeo de contratos y, por ende, de un Derecho común europeo. Es obvio que la experiencia del Derecho romano en el desarrollo de la *bona fides* por obra tanto del jurista, como del *iudex* en su aplicación práctica, y su confirmación en el *Ius Commune*, sirve de ejemplo y ha de inspirar las discusiones actuales sobre la buena fe.