

LAS DEFINICIONES DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO RELATIVO A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA

AMELIA CASTRESANA
Catedrática de Derecho Romano
Universidad de Salamanca

Recibido: 27.01.2013 / Aceptado: 04.02.2013

Resumen: La armonización jurídica en Europa en materia contractual, y, en particular, el contrato de compraventa reclama una semasiología uniforme de todos aquellos términos que explican conceptos jurídicos fundamentales. Esa deseable semántica unívoca de la lengua del derecho contractual de la UE debe asentarse en la cultura jurídica europea que compartimos y que, por ello, podemos comprender y reconocer más fácilmente. En este artículo se explica la historia retrospectiva de algunas de las palabras claves que figuran en el catálogo de definiciones de la Propuesta de Reglamento europeo. Y esa historia retrospectiva de las palabras nos descubre todos los detalles del proceso de formación de la semántica jurídica que hoy se propone en Europa.

Palabras clave: Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, definiciones, contrato, buena fe contractual, pérdida, condiciones generales de contratación.

Abstract: Legal harmonization in the field of contracts within the European Union and, particularly, the contract of sales, requires a uniform semasiology of fundamental legal concepts. This unambiguous semantics of European Contract Law should be based on the European legal culture that we share and, therefore, we can easily understand and recognise. This article presents a retrospective analysis of different definitions provided by the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law. The abovementioned retrospective analysis shows us in detail how legal semantics is being constructed nowadays.

Key words: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, definitions, contract, good fair and fair dealing, loss, standard contract terms.

Sumario: I. Algunas consideraciones previas. II. La historia retrospectiva de las palabras. 1. Contrato. 2. Buena fe contractual. A) El deber de corrección y la sanción del silencio. B) Los debates ciceronianos. C) Buena fe contractual y deber de información. 3. Pérdida. 4. Condiciones generales de contratación.

I. Algunas consideraciones previas

1. Nadie discute hoy el extraordinario interés que ha despertado entre los iusprivatistas la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea¹. Es más, parece que entre los mismos iusprivatistas- que han comentado el texto de

¹ Vid., últimamente, los comentarios de ZIMMERMANN sobre la integración de esta Propuesta relativa a la normativa común de compraventa europea en el proceso de ordenación del Derecho civil europeo, con un completo análisis crítico en el que se señalan los avances y también los retrocesos de los distintos instrumentos normativos para la armonización del Derecho pri-

la Propuesta que vio la luz el 11 de Octubre de 2011- hay confianza en su posible aprobación definitiva este mismo año 2013. No pretendo levantar una voz crítica respecto de los contenidos jurídicos concretos que aparecen regulados en tal Propuesta europea. No me corresponde hacer tal cosa. Si quiero abrir una reflexión en alta voz sobre la oportunidad de una normativa unificadora como instrumento de armonización jurídica en Europa. Y para ello debo empezar por las palabras que expresan conceptos, categorías y principios generales del derecho. Porque la terminología técnica -de la que nos servimos los juristas europeos- en materia contractual se conforma en la Propuesta de Reglamento como un ámbito deseable de armonización jurídica. De ahí que el art.2 de la misma establezca un catálogo de definiciones a modo de preámbulo integrador en el que se asigna a cada uno de los términos seleccionados un valor unívoco. Y la pregunta no se hace esperar: ¿qué camino de armonización jurídica toma en este punto la normativa común de compraventa europea? Las definiciones del art.2 de la Propuesta ¿son precisiones semánticas que pretenden armonizar la lengua del derecho, y, por esta vía, uniformar el derecho contractual europeo?

2. Ya TOMÁS Y VALIENTE² advertía desde la premisa incontestable de que «Europa no es un producto natural, ni un supuesto geográfico...sino una creación de la historia y, por tanto, un fenómeno cultural», de la necesidad actual de ordenar realidades diversas bajo principio unitarios. «La dialéctica jurídica tendrá que ordenar –en la elaboración del *ius commune europaeum* de hoy- lo propio con lo común y por eso renace con vigor un viejo texto del Digesto que sirve para iluminar y entender nuevas realidades, aquel texto en el que Gayo decía: *omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utuntur*»³.

3.Y es que el interés por el Derecho romano como factor de la unidad jurídica europea no tiene que ver con la existencia de «micromodelos» –institutos singulares que en el ámbito de la argumentación histórica han servido para acceder a una solución dogmática satisfactoria-. Son los «macromodelos» o «modelos históricos de integración», como muy bien ha señalado GIARO⁴, los únicos que deben utilizarse para delimitar las vías de armonización del Derecho privado europeo. Y entre estos modelos figura el *ius gentium*, de factura exclusivamente romana, y una de las piezas maestras de aquella experiencia jurídica⁵. El *ius gentium* enseña que la nueva ordenación común no tiene por qué eliminar multiplicidades, sino que debe reordenar realidades diversas bajo principios unitarios. Éste fue el criterio inspirador de la *reductio ad unum* de TOMÁS DE AQUINO, y también la guía de DANTE cuando un siglo más tarde habla de la *humana universitas* en el *de Monarchia*.

4. En este sentido el proceso de armonización jurídica en Europa ha de encontrar justificación- *ad exemplum iuris gentium*-en aquellos referentes culturales que tienen un sentido unívoco transnacional y por lo mismo un valor operativo –contrastado históricamente- en la afirmación del derecho de la comunidad de los pueblos europeos. Tiene razón TOMÁS Y VALIENTE⁶ cuando insiste en que «el jurista

vado. R.ZIMMERMANN, «Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», *Juristische Blätter*, nº 134, 2012, pp.2-22. Igualmente vid. F.GÓMEZ POMAR-M.GILI SALDAÑA, «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Enero, 2012, pp.1-26; S.SÁNCHEZ LORENZO, «La propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa y el Derecho internacional privado», *Anuario español de Derecho internacional privado*, nº11, 2011, pp.35-61.

² «El *ius commune europaeum* de ayer y de hoy», en *Obras Completas V*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp.4709-4711.

³ Con este texto-que ha pasado también al Digesto y a las Instituciones de Justiniano-inicia Gayo sus *Institutiones*, un buen Manual de Derecho-simple y esquemático-en el que el *ius gentium* toma el valor de un derecho establecido para todos los pueblos a través de la *naturalis ratio*.

⁴ «Römisches Recht, Romanistik und Rechtsraum Europa», *Ius commune*, nº22, 1995, p.15. Indicaciones que ha reiterado el mismo autor en «Comparemus! Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei», *Rivista critica del Diritto Privato*, nº19, 2001, p.541.

⁵ L.LABRUNA, «Principi giuridici, tradizione romanistica e «humanitas» del diritto tra Europa e America Latina», *Labeo*, nº50, 2004, pp.22-28, habla de un patrimonio jurídico común a todos los hombres que la *naturalis ratio* reconoce y que se dice *ius gentium*, derecho universal, sin adscripción nacional.

⁶ Op.cit. loc.cit.

como intérprete y la interpretación como lectura creativa a partir de unos textos dotados de prestigio casi mítico, constituyen el protagonista y el método de un naciente y expansivo *ius commune*⁷. Hoy se hace necesario individualizar reglas fundadas en valores universalmente aceptados, y es aquí donde pueden adquirir protagonismo principios de nuestra tradición jurídica que hunden su raíz en el Derecho romano en tanto *ars boni et aequi*. Y aunque no siempre ha habido acuerdo sobre los caminos a seguir para la armonización jurídica, me inclino, desde luego, a favor de la formación de una jurisprudencia común –que hace uso de unos principios generales del derecho fraguados en la experiencia histórica⁷. La Historia del Derecho «debe proceder del momento actual hacia atrás, es decir, como historia de precedentes y no de subsiguientes: una historia retrospectiva», como sugiere con razón GUZMÁN BRITO⁸, que, a mi modo de ver, ha de empezar por la historia de las palabras. Porque la constitución del derecho entre quienes no participan de un mismo universo jurídico nacional se produce a través de palabras expresivas de una comunidad de ideas universalmente admitidas. Esas palabras son algunas de las que integran el catálogo de definiciones de la Propuesta europea, y, entre todas ellas, descubrimos una expresión fundamental: «buena fe contractual». Ahora, en la nueva afirmación jurídica transnacional, estas palabras expresan la convicción universal de que las relaciones humanas –y también las relaciones jurídicas- se deben regir por la lealtad y la confianza mutua de quienes intervienen en el tráfico, porque lo hacen con honradez y franqueza. La *fides* y la *fides bona* –con todos sus matices y en todas sus variantes de uso- conforman los valores universales de compromiso jurídico y la garantía suficiente de cumplimiento de pactos y contratos. Así lo fija la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea en su preámbulo integrador, y así lo descubrimos en nuestra mirada retrospectiva a la experiencia jurídica romana.

5. Por eso debo empezar por las palabras. Y lo hago siguiendo una recomendación certera de MIGUEL DE UNAMUNO⁹ que quiero hacer mía en el presente escrito:

«escudriñad la lengua, porque la lengua lleva ...el sedimento de los siglos, el más rico aluvión del espíritu colectivo; escudriñad la lengua. ¿Qué os dice?»

II. La historia retrospectiva de las palabras

6. Las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Propuesta europea pretenden uniformar el valor semántico de ciertos términos fundamentales en materia contractual para facilitar así la uniformidad en la comprensión, interpretación y aplicación de los mismos. La ley uniforme exige una doctrina jurídica uniforme y una jurisprudencia uniforme. Pero también exige una semasiología común que sirva para entender de manera unitaria los conceptos jurídicos claves que expresan las palabras de la lengua del derecho. El Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea propone como factor de unidad jurídica una semántica uniformizada que haga realidad la unidad de la lengua del derecho de la comunidad. Y en la formación de tal semasiología es deseable –para paliar en parte lo que podemos llamar el déficit cultural de la integración europea- echar la vista atrás y descubrir en nuestra mirada retrospectiva la experiencia jurídica que se encuentra en la tradición.

7. La historia retrospectiva de los términos seleccionados en el art.2 de la Propuesta-y la semasiología de los mismos- remiten inevitablemente a un elemento clave de la cultura jurídica europea, que

⁷ Vid. últimamente J. ADAME GODDARD, «La unificación del Derecho Privado según Álvaro d'Ors», en *Ciencia jurídica y humanismo: en homenaje a Álvaro d'Ors*, Lima, Dupla editores, 2012, pp.177-181. La unificación requiere en todo caso de una doctrina jurídica común en la interpretación de leyes uniformes, y es la formación de juristas independientes el ámbito en el que se aprecia-según ADAME GODDARD- el valor del Derecho romano que reconoció una doctrina jurídica creada por la *auctoritas* de los juristas, y no por la *potestas*.

⁸ «De la stipulatio romana a la doctrina general de las obligaciones en los modernos códigos civiles», en S. SCHIPANI (Coord.), *Mundus novus: unità del Continente Latinoamericano*, Roma, 2007, pp.43-49.

⁹ «La fe», en *Ensayos I*, Madrid, Aguilar, 1945, p. 260.

es el derecho romano, y, en particular, la jurisprudencia clásica. Son los juristas –y también en alguna medida los magistrados jurisdiccionales– quienes conforman la historia de las palabras que dan vida al *ars boni et aequi*. El jurista crea el término como vehículo de expresión de un contenido jurídico: *obligationem contrahere, conventio, fides, fides bona, fides mala, dolus, culpa, damnum*...son solo algunos ejemplos muy relevantes de la obra de la jurisprudencia. Y esta experiencia intelectual basada en la tradición sapiencial que se apoya en la creación original y «autorizada» de los grandes juristas romanos puede explicar las definiciones de la Propuesta europea.

Analicemos la historia de algunas palabras claves.

1. Contrato

8. Dice el apartado a) del art.2: «se entenderá por «contrato» un acuerdo destinado a generar obligaciones u otros efectos jurídicos».

9. El Derecho romano no conoció nada semejante a lo aquí enunciado. «Los romanos solo tuvieron doctrinas particulares, que a veces aplicaban a un determinado y concreto acto típico, y a veces a algún género de actos típicos, cuando varios aparecen sometidos a un mismo régimen jurídico, de guisa de poderse hablar, por ejemplo, de una doctrina de los contratos de buena fe»¹⁰.

10. Los juristas romanos explican en cada caso el carácter del contrato que comentan. Así lo hace Paulo (D.17,1,1,pr.-2) cuando afirma que la obligación del mandato toma consistencia del consenso, y que por ello puede contraerse el negocio por medio de un *nuntius*, o por carta, y usando cualesquiera palabras. También Ulpiano (D.18,1,7,2) declara que la compraventa es de derecho de gentes y que por ello se perfecciona por el mero consentimiento, y que puede celebrarse entre ausentes, por medio de un *nuntius* o por carta. Y una vez más Paulo (D.19,2,1) afirma que el arrendamiento – en tanto contrato de derecho natural y derecho de gentes– no se celebra mediante palabras solemnes, sino por el consentimiento, como la compraventa. Ni siquiera «Gayo se atrevió a formular doctrinas generales. Aunque utilizó una noción amplia y unificadora de *contractus*, que estaba en desacuerdo con el uso más restringido que hacía de esta palabra la jurisprudencia clásica conectada con Labeón. Lo mismo cabe decir de Justiniano, que siguió muy de cerca la sistematización expositiva de las Instituciones de Gayo»¹¹.

11. Y es que la historia retrospectiva de *contractus* en la experiencia romana enseña tanto la formación misma de la palabra como la tecnificación del término con una determinada semántica de contenidos jurídicos propios. El sustantivo *contractus* procede de la forma verbal *contrahere* que expresa la celebración misma, la conclusión de un acto bilateral en el que ambas partes quedan recíprocamente obligadas; *contrahere* refiere el establecimiento de la relación obligatoria bilateral, la celebración de un acto del que resultan obligaciones –*obligationem contrahere*– para las dos partes que intervienen en el mismo. El uso de la forma verbal no nos sorprende: los juristas romanos solían utilizarlas con preferencia a los sustantivos. La semántica jurídica propia de *contrahere* se anuncia ya en Quinto Mucio Escévola (D.46,3,80) cuando el jurista establece una correspondencia entre *contrahere* y *solvere*, de manera que el primer término toma el valor de constitución de vínculos obligatorios. De ahí la idea de contrato como fuente de obligaciones, que sigue siendo una idea viva en la Propuesta europea, en la definición de contrato: «acuerdo destinado a generar obligaciones...». Y es que esta propuesta semántica unívoca y común de «contrato» tiene historia romanista.

12. Queda aún por explicar la identificación de contrato como «acuerdo» que propone en su definición el Reglamento europeo. Y también en este punto la historia retrospectiva del término *con-*

¹⁰ Son palabras de A. GUZMÁN BRITO, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005, p.83.

¹¹ A. GUZMÁN BRITO, op.cit., p.84. Más adelante el autor nos descubre ya en DOMAT y POTHIER la práctica sinonimia entre convención y contrato: el contrato es una especie de convención destinada a formar una obligación.

tractus nos descubre la formación jurisprudencial-en la experiencia jurídica romana- de la semasiología propuesta hoy en Europa.

13. La forma verbal *contrahere* da paso a la forma participial sustantivada *contractum* que utiliza Labeón. Es cierto que la obra labeoniana ha merecido siempre una valoración positiva por la creatividad de su pensamiento que se concreta en no pocas innovaciones originales. De entre todas ellas la más destacada es, sin duda, la doctrina labeoniana de *contractus*. En D.50, 16, 19-bajo la sugerente rúbrica «sobre la significación de las palabras» Labeón introduce una reflexión sobre tres términos, *actus*, *gestum* y *contractum*. Dice SCHIAVONE¹² que el jurista no estaba interesado en «el significado literal de estos términos, sino en la relación ontológica entre las formas identificadas». En todo caso *contractum* refiere la relación, y no el acuerdo que está en la base del vínculo y que expresan los términos *conventio* y *pacisci*. Porque la ontología de *contractum* habla de una relación fundada en la bilateralidad; ahora bien, «la nuda bilateralidad de la relación –que identifica el término griego *synallagma*-para hacerse *contractum*, debía predicarse de ambos lados-*ultra citroque*- a través de un vínculo constitutivo de obligación»¹³. Está claro que Labeón define el *contractum* a través del *ultra citroque obligari*¹⁴ que es realmente el elemento identificador de la esencia del contrato, es decir, la bilateralidad de las obligaciones recíprocas, y no el consensualismo.

14. Un siglo más tarde, ya en el siglo II d.C., Aristón (D.2,14,7,2) hace suya la idea labeoniana, si bien la extiende a actos convencionales, negocios que no tienen nombre propio de contrato, pero existe, sin embargo, una causa, y en los que el jurista reconoce el nacimiento de una obligación. La causa del contrato ya no se identifica con la función económico-social que pueda cumplir el mismo, sino con la *conventio*: una parte asume la obligación de la otra, y ésta la obligación de la primera.

15. Con Gayo la idea de contrato va a reflejar, en buena medida, las claves del progreso semántico del término en la experiencia jurídica romana. En principio, el contrato no se identifica con el acto constitutivo de carácter convencional, sino, más bien, con el acto jurídico lícito, generador de obligaciones. Así puede leerse en *Institutiones* 3,88: «pasemos ahora a las obligaciones, cuya principal división abarca dos clases. Pues toda obligación o nace de contrato o nace de delito». Pero lo cierto es que Gayo observa a propósito del pago de lo indebido (= *indebitum solutum*)- en el que hay *contrahere* y *obligationem contrahere*-, «que esta especie de obligación no recibe su consistencia de un contrato, porque quien da con entendimiento de pagar, más quiere distraer un negocio que contraerlo»¹⁵. Por ello el pago de lo indebido no parece ser un contrato, porque no basta con que surja objetivamente la obligación; hace falta el entendimiento recíproco de las partes sobre tal efecto. Y esto exige el «acuerdo de las partes» dirigido a producir obligación. El cambio semántico sustancial del término *contractus* –que ya aparece insinuado claramente en las reflexiones anteriores-se hace realidad en las *Res cottidianae*¹⁶, porque Gayo percibe la trascendencia jurídica que en el ámbito de las obligaciones va adquiriendo el consenso de las partes como acto convencional constitutivo. Ahora la esencia del contrato descansa en el acuerdo de voluntades que fija y expresa el acto convencional. Y así queda ya conformada la semántica de contrato como acuerdo generador de obligación, que es la misma semántica propuesta en la definición de contrato del Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea. En todo caso, no acaba aquí la impronta romanista del catálogo de definiciones de la Propuesta europea; esa impronta se hace aún más visible si avanzamos en dicho catálogo y descubrimos la inmediata preocupación del legislador europeo, que no es otra que aclarar la semántica unívoca de la buena fe contractual. Parece que en la mente del

¹² Ius. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi editore, 2005, pp.282-283.

¹³ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* cit., p.285.

¹⁴ A.D'ORS, recensión a WUNNER, *Contractus, Studia et documenta historiae et iuris* n°32, 1966, pp.428-432, califica el intento de Labeón de reducir *contractus* al *ultra citroque obligari* como «una abrupta tecnificación del concepto que estaría en contradicción con el uso de la época».

¹⁵ *Gai Institutiones* 3, 91.

¹⁶ Sobre la autoría de Gayo respecto de esta obra vid., por todos, J.M.COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las Res cottidianae*, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, 1996.

legislador se ha producido una inmediata conexión entre la idea de contrato y la necesidad de la buena fe. Y es que la semántica del término contrato no queda plenamente conformada si no se incorpora a ella la semasiología de *fides*, y de *fides bona*. Continuemos con nuestra historia retrospectiva de las palabras.

2. Buena fe contractual

16. Dice el apartado b) del art.2 de la Propuesta europea: «se entenderá por «buena fe contractual»: una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión»¹⁷.

17. La convencionalidad nace en la experiencia jurídica romana estrechamente ligada a la *fides bona* como fundamento jurídico del acto bilateral, consensuado: «¿qué cosa hay tan conforme a la lealtad humana que respetar lo que los hombres pactaron entre sí?» se pregunta Ulpiano (D.2,14,1pr.) inmediatamente antes de descubrirnos el significado de *conventio*: «convención es una palabra general que se refiere a todo aquello en que consienten los que tratan entre sí un negocio a causa de un contrato o transacción, pues así como se dice que convienen los que llegan y se reúnen en un mismo sitio, procedentes de distintos lugares, así también se dice de los que movidos por diversas intenciones consienten en algo, es decir, confluyen en una opinión. De tal modo, «convención» es una denominación general que, según dice elegantemente Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación que no encierre en sí una convención...»(D.2,14,1,3).

18. Y es que el término *fides* forma parte de «una constelación relativamente amplia de términos a través de los cuales la inteligencia romana –entre los siglos III y II a.C.-representaba la conexión entre política y ética civil»¹⁸. La *fides* adquiere fuerza jurídica operativa, es decir, valor instrumental, «de manera completamente homogénea al estilo de los juristas romanos que en su actividad profesional se colocan siempre sobre la realidad de su tiempo, teniendo presente los valores corrientes de la sociedad romana»¹⁹.

19. En este sentido el Derecho romano va a empezar a conocer la formalización de ciertos actos convencionales propios del tráfico jurídico al amparo de una *fides* reinterpretada por la jurisprudencia: es la *fides bona*. Es probable que en todos estos casos se haya tenido inicialmente en cuenta el valor semántico nuclear del término *fides* que explica muy bien Cicerón como *fit quod dicitur* (=cumplir la palabra dada)²⁰, y que expresa «la lealtad a la palabra dada» como valor ético de conducta. Y este valor

¹⁷ En el considerando 31 de la Propuesta europea el principio de buena fe se consagra como «principio-guía» a la hora de decidir la forma en que han de cooperar las partes. Y el art.2.1(Anexo 1) de la normativa común de compraventa europea establece: «cada parte tendrá el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual».

M. BIANCA, «Buona fede e Diritto Privato europeo», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, (L.GAROFALO coord.), Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, I, Milano, Cedam, 2003, pp. 201-205 comenta a propósito de la buena fe (y de la recepción de este principio en la versión inglesa de una Directiva comunitaria 93/13) que se trata de un «principio que convierte en regla de derecho el precepto de la honradez contractual, madurado en la conciencia social en términos de solidaridad y consideración». Vid. también F.D.BUSNELLI, «Note in tema di buona fede ed equità», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* cit., pp.225-253. BUSNELLI describe la buena fe como el «common core» del Derecho comunitario. Critica la fórmula del Código civil holandés de 1992 que recoge como expresiones de la buena fe la razonabilidad y la equidad, lo cual no deja de ser cierta «desnaturalización de la buena fe». Y añade: «Ahora tal vez lo más importante sea navegar en el agua no contaminada del Derecho romano para depurar el concepto de buena fe de toda la escoria que lo ha dejado desnaturalizado y recuperar la plena conciencia de contenidos irrenunciables del núcleo destinado a convertirse en ese «common core».

¹⁸ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* cit., nota 31 a p.126.

¹⁹ Son palabras de M.TALAMANCA, «La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Studi in onore di A. BISCARDI, Padova, Cedam,2003, pp.310-311.

²⁰ El concepto de *fides* se extrae de la propia etimología del término. Así lo hace Cicerón en *de re publica* 4,7,21: «me parece que se cumple la auténtica etimología de *fides* cuando se hace lo que se dice». Una idea reiterada en *de officiis* 1,7,23: «osemos, sin embargo, imitar a los estoicos que buscan con afán la etimología de las palabras y tengamos por bueno que *fides* se ha llamado así porque se hace lo que se dice». También Isidoro de Sevilla reitera estas mismas ideas en *Origenes* 8,2,4: «se

mantenido en las relaciones humanas- y también en las relaciones jurídicas- como «norma habitual de conducta» determina «un estado de confianza» entre quienes se relacionan, transigen o negocian respecto del sujeto, titular de esa *virtus* que se llama *fides*, y que es el «hombre de palabra», «el que cumple sus compromisos»²¹. Ahora bien, cuando ese valor ético del comportamiento individual de las personas aparece en el escenario internacional de los negocios, el motor de las innovaciones jurídicas ya no es la *fides* sino la *fides bona*. Y va a ser la jurisprudencia romana la que explique la semasiología de este nuevo término, uno de los más trascendentes-e innovadores- en el mundo de los negocios y en materia contractual. En este sentido la Propuesta europea muestra sensibilidad histórica y jurídica al ocuparse en el catálogo de definiciones de este concepto jurídico indeterminado. Y también acierto, como vamos a ver, desde nuestra perspectiva histórica, cuando delimita el concepto: «buena fe contractual»; y cuando fija taxativamente los valores que conforman la semántica del concepto definido: honradez, franqueza y solidaridad.

20. Está fuera de toda duda que el adjetivo *bona* en su incorporación a la fórmula *fides bona* produce una nueva semántica que, en ocasiones, determina el magistrado jurisdiccional como creación procesal propia²²; y, en otros casos, los más trascendentes, la jurisprudencia.

21. Conviene empezar recordando un texto de Cicerón: «el fundamento de la justicia es la buena fe, es decir, la fidelidad y la sinceridad de las palabras y de los acuerdos»²³. Es cierto que el Arpinate utiliza aquí el término *fides* y no la fórmula *fides bona*, pero en la referencia a aquélla hay, a mi modo de ver, una alusión directa a ésta.

En realidad, «buena fe» y su término marcado «mala fe» aparecen desde el Diccionario de Autoridades de la Real Academia Española referidos a los contratos y a las transacciones comerciales: el primero como indicativo de veracidad, falta de doblez, buena intención, sin malicia; mientras que el segundo implica la negación de los valores anteriores. En la documentación medieval aparece con frecuencia *sine studio* o *sin engien* con el significado de no actuar espontáneamente sino buscando la manera de engañar al otro. «De buena fe» es una construcción adverbial respecto de la que algunos Diccionarios, como el Diccionario de Autoridades de la Real Academia Española han extraído para su componente –fe- un significado como «la seguridad del buen proceder y la verdad entre los que tratan o comercian». Lo que lleva a una esfera distinta de las relaciones personales de lealtad o fidelidad y nos sitúa en las de los tratos comerciales. Y es que hay una diferencia de campo entre fidelidad o lealtad y buena fe: el de las dos primeras es el de las relaciones personales²⁴; el de la tercera el de los negocios.

ha dado el nombre de *fides* cuando se ha llevado a cabo totalmente lo que se ha dicho o prometido, y por eso se ha llamado *fides*, porque se hace aquello que se acordó entre uno y otro...».

²¹ Vid. mis reflexiones en torno a la semántica unívoca del término *fides* en A. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, pp.13-14.

²² Es el *oportere ex fide bona* que sanciona determinadas relaciones jurídicas y que ante un conflicto *inter partes* faculta para fijar el contenido y la extensión de las obligaciones en orden al cumplimiento de las mismas, «ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione»; y en caso de incumplimiento servirá para exigir responsabilidades.

C. BEDUSCHI, «I profili giudiziali della fides», en L.PEPPE (COORD.), *Fides, fiducia, fidelitas, Studi di Storia del Diritto e di semantica storica*, Padova, Cedam, 2008, p. 33 afirma que la *bona fides* no es tanto una regla de conducta como el límite al que debe someterse la pretensión del actor. El adjetivo *bonus* no asume contenidos arbitrarios gracias a la llamada al sentido común que cada una de las partes está obligada a adoptar para hacer plausible su propia argumentación.

Vid., en contra de la calificación de la buena fe como principio ético introducido por el pretor en el mundo del derecho, R.FIORI, «Storicità del Diritto e problema di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva», en L.GAROFALO (COORD.), *Scopi e metodi della Storia del Diritto e formazione del giurista europeo*, Napoli, Jovene editore, 2007, pp.25-49. Según FIORI fueron los juristas, y no el pretor, quienes desarrollaron el *oportere ex fide bona* y fue la *interpretatio* de los *prudentes* la que determinó todos los deberes que –conforme al valor objetivo de la *bona fides*-se reconducen al vínculo típico.

²³ *De officiis* 1,7,3.

²⁴ Fidelidad se define desde el Diccionario de Autoridades de 1732 como «la observancia de la fe que uno debe a otro por ser su superior», definición que se mantiene hasta la última edición del diccionario académico (2001), solo que desprendida de ser superior. En casi tres siglos los diccionarios han explicado fidelidad etimológicamente a través de la palabra fe que es su base de derivación, una de cuyas acepciones en latín es precisamente lealtad. Y lealtad remite en el Diccionario de Autoridades a fidelidad: «la fidelidad con que se hace alguna cosa...y siempre reside en el inferior respecto del superior o en el igual respecto del igual, porque siempre consiste en la observancia de la fe que se debe». Y, aunque transformado, sigue siendo éste el sentido que le da la última edición del diccionario académico a lealtad: «cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y del honor y hombría de bien».

22. Como ya hemos comentado, en las relaciones comerciales transfronterizas o plurinacionales la *fides* se transforma en *fides bona*²⁵: lo que ha de exigirse ahora es honradez, franqueza, buena intención, ausencia de malicia, es decir, corrección en las transacciones comerciales, y también en los contratos que dan cobertura jurídica a aquellas. La semántica de la fórmula *fides bona* se completa en la lengua del derecho con la acuñación de su «término marcado», *fides mala*, *dolus malus*, que expresa la incorrección de conducta con los elementos que tipifican la contravención de la buena fe: la falta de veracidad, la malicia o el engaño²⁶. Así lo ha explicado recientemente LAMBRINI²⁷ cuando afirma que «el dolo nace como elemento subjetivo intelectual, pero muy pronto pasa a indicar, sobre todo, el comportamiento ilícito con resultado dañoso», sin consideración al intento fraudulento. Según LAMBRINI el dolo es contrario a la *bona fides* e implica un comportamiento incorrecto. Las raíces históricas-al menos por lo que hace al Derecho romano- no justifican la intencionalidad como elemento característico del dolo. Pero lo que sí es evidente es el vínculo entre el dolo y la regla de corrección: la equidad, la lealtad y la fe hacen que el cumplimiento de la palabra dada esté protegido; una violación del mismo está sancionada, y es también dolosa²⁸.

A) El deber de corrección y la sanción del silencio

23. Todas estas precisiones lingüísticas y jurídicas determinan el campo semántico y funcional propio de la *fides bona*. Nuestra historia retrospectiva de las palabras ha descubierto un principio sancionador de conductas incorrectas que causan daño a la contraparte, y cuyos valores integradores son la veracidad, la falta de doblez, la honradez, la ausencia de malicia y la consideración de los intereses de la otra parte.

24. No podía haber más coincidencia entre la tradición jurisprudencial romana y la proclama de la Propuesta europea en orden a la semántica jurídica de la «buena fe contractual». Pero las coincidencias no se agotan aquí. Es evidente que el principio de buena fe sanciona la corrección de cuantas conductas desarrollen las partes contratantes, también en la fase previa a la celebración del contrato. Y hoy en Europa preocupa especialmente a juristas y legisladores las posibles violaciones de la buena fe a través de comportamientos precontractuales incorrectos²⁹. La reacción no se ha hecho esperar: los distintos instrumentos

²⁵ G.GROSSO, s.v. "buona fede (premesse romanistiche)", en *ED*, nº5, Milano, 1959, p. 662 advertía del itinerario de la *fides* hacia la *bona fides*: de un concepto de atadura a un concepto de corrección comercial gracias a la cualificación ética del adjetivo *bona*; una corrección que regía el mundo del comercio.

²⁶ M.KASER-R.KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19 Auflage, Heidelberg, Verlag C.H. Beck, 2010, p.196, hablan de *dolus malus* como «Gegenbegriff» de la *bona fides*: un comportamiento engañoso consciente que implica la violación de la buena fe. También R.ZIMMERMANN, «Diritto Romano, Diritto contemporaneo, Diritto Europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)», *Rivista Diritto Civile*, nº 47, 2001, p.753, advierte que en el Derecho romano el opuesto de la *bona fides* es el *dolus*. Y siempre que la conducta de una parte no seguía el modelo de la buena fe, se concedía la *actio doli* o la *exceptio doli*.

W. DAJZAK, «La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del Diritto Romano», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* cit., pp.415-417, descubre tres significados diferentes de la expresión *bona fides* en las fuentes literarias: en Plauto refiere, en unos casos, la verdad de las circunstancias, y, en otros, el crédito o aprecio social de la persona; en el *de agri cultura* de Catón toma el valor de «estricto cumplimiento de un deber» (hay aquí concordancia con el jurista Labeón). Y en pp.421-423 explica que a partir de Africano- y también en Escévola y Ulpiano-, la cláusula de buena fe permite a los juristas el trato favorable a la parte que se comporta con corrección, y sanciona al que actúa con dolo. En la valoración de la diligencia con la que actúa la parte que concluye el contrato, la *bona fides* se contrapone al *dolus*, al *fraus* y al *metus*; en la valoración de la ejecución del contrato la *bona fides* puede significar lo contrario a la negligencia.

²⁷ *Dolo generale e regole di correttezza. Il giurista europeo. Percorsi formativi* nº8, Padova, Cedam, 2010, pp. 93 y 121.

²⁸ Vid. A.WACKE, «Sul concetto di dolus nell'actio de dolo», *IURA*, nº28,1977, pp.10ss. Y la reciente recensión de P.LAMBRINI en *INDEX*, nº39, 2011, pp.151-154. En mi opinión debe mantenerse la diferenciación semántica y funcional –que ya hemos apuntado- entre *fides* y *fides bona*. La *fides*-bien explicada desde el *fit quod dicitur* ciceroniano- como lealtad a la palabra dada en las relaciones interpersonales por un lado, y, por otro, la *fides bona* –bien explicada desde la *constantia et veritas* ciceroniana- como veracidad, falta de doblez, ausencia de engaño o malicia en los tratos.

²⁹ En España, la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos presentada por la Comisión General de Codificación en 2009 señala en su art.1245.2: «en la negociación de los contratos las partes han de actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe». No cabe duda de que este precepto se inspira directamente en los PECL que en su art.1:102

normativos europeos regulan de manera minuciosa- tal vez, excesivamente minuciosa - los deberes pre-contractuales de las partes *ex fide bona*, y sancionan –de distinto modo según los casos-la violación de la buena fe en la formación del contrato y el consiguiente incumplimiento de aquellos deberes.

25. Se produce una conducta contraria a la buena fe en la fase previa a la celebración del contrato cuando se inician y continúan negociaciones sin intención alguna de alcanzar un acuerdo. Y también -y esto quiero subrayarlo- cuando se induce dolosa o negligentemente a error a la otra parte sobre las características o términos del contrato y cuando, con carácter general, se violan los deberes de información. Así parece considerarlo la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea cuya rúbrica de la Sección 4 no deja lugar a dudas: «deber de garantizar la corrección de la información facilitada»³⁰; y en el art.28.1 la Propuesta europea exige que la «parte que facilite información antes de que un contrato se haya celebrado o durante su celebración...deberá comportarse con una diligencia razonable que garantice que la información facilitada es correcta y no engañosa».

26. La literalidad de este precepto remite a un código de conducta que identifica «corrección» con «ausencia de engaño» en la información facilitada. Es fácil hacer ya una lectura romanista de los términos aquí utilizados, y también es fácil descubrir en la historia retrospectiva de los mismos una semántica unívoca que integra el futuro de Europa con el pasado. Y esa unidad semántica refiere el *bonum*(=corrección) que califica jurídicamente la conducta del *bonus vir*³¹ y que sanciona la *fides bona*(=franqueza, ausencia de engaño, falta de doblez).

27. Es evidente que la cultura jurídica europea no es ajena a estos principios. Unos años antes de la promulgación de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, utilizaba un código de conducta similar para determinar la corrección de las prácticas comerciales y para sancionar las prácticas engañosas. En el considerando 14 señalaba: «es conveniente que se consideren prácticas comerciales engañosas aquellas prácticas, incluida la publicidad engañosa, que al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente». Y lo mismo podía leerse en la Sección 1 bajo la rúbrica «Prácticas comerciales engañosas» en el art.6.1: «se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad, o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado»³².

28. Lo que no parece que esté todavía claro hoy en Europa es el campo de aplicación de la buena fe contractual. De qué está hablando propiamente la Propuesta europea, ¿del deber de corrección *ex*

consagra el principio de buena fe como principio rector de las negociaciones previas a la celebración del contrato. Y también en otros instrumentos normativos del llamado moderno Derecho de contratos existen normas muy similares. Así en los arts.2.1.15 y 2.1.16 de los Principios Unidroit, y en los arts.II-3:301, II-3:302 y II.-3-501 del DCFR. Vid. los comentarios sobre el principio de buena fe en los instrumentos normativos citados y el análisis comparativo de fuentes jurídicas romanas en G.LUCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo*, Bologna, 2006, pp.44ss.y 115ss.

³⁰ Sobre la formulación de los deberes de información en la Propuesta europea vid. últimamente los comentarios críticos de R.ZIMMERMANN, «Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», *Juristen Zeitung*, n°6, (67.Jahrgang), 16.März.2012, pp 276-277.

³¹ R.FIORI, *Bonus vir. Política filosofía retórica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, Jovene editore, 2011, pp.125-129. El autor analiza las conexiones del *bonus vir* con el *vir sapiens*, y el *bonum* con la *modestia* y la *iustitia*. El *bonus vir* es el ciudadano que vive conforme a las reglas de la república. Y, más adelante, en pp.130-131 habla de *veritas* como exigencia de la *bona fides*, y de su término marcado, *dolus/calliditas*.

³² Para un estudio detallado de concordancias y diferencias en la regulación de la formación del contrato en los principales instrumentos del Derecho contractual europeo vid., últimamente, N.JANSEN y R.ZIMMERMANN, «Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules», *Oxford Journal of Legal Studies*, n°31, 4, 2011, pp.626-662.

fide bona, o del deber de información como deber precontractual *ex lege*? ¿Es la buena fe contractual el criterio sancionador del silencio, o, por el contrario, es la ley la que sanciona la falta de información veraz, completa y precisa como incumplimiento contractual?

29. MORALES MORENO³³ nos ofrece una primera respuesta a estos interrogantes. El incumplimiento de los deberes precontractuales de información ha tenido y continúa teniendo tratamiento jurídico precontractual canalizado a través del dolo (causal o incidental), el error o la culpa *in contrahendo* con efectos diversos; y este tratamiento-advirtiendo MORALES MORENO- no es el más adecuado, dado que la información precontractual se proyecta sobre el objeto y el contenido del contrato y genera problemas de incumplimiento, de manera que lo más razonable es atraer a la responsabilidad contractual tanto la lesión del interés en el cumplimiento como la del interés de integridad.

30. La Propuesta relativa a una normativa común de compraventa europea parece combinar ambos tratamientos jurídicos, lo cual lejos de clarificar las dudas antes planteadas, viene a complicar la interpretación de algunos preceptos. Por una parte, dicha Propuesta en su art.49 señala que «la ocultación de información es dolosa si se hace con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error». Y además precisa que, «para determinar si, de acuerdo con la buena fe contractual, una parte tenía la obligación de comunicar a la otra una información concreta, deberá atenderse a todas las circunstancias...»(art.49.3). En definitiva, el deber de información es una manifestación más de los deberes de corrección- honradez y veracidad- que sanciona la buena fe contractual; y el silencio o la falta de información completa y veraz son conductas incorrectas con violación de la buena fe contractual, en las que se aprecia falta de veracidad, malicia, engaño, dolo.

31. Pero, por otra parte, la Propuesta europea atiende también a la consideración de que en no pocas ocasiones la defectuosa información precontractual acarrea genuinos incumplimientos contractuales, especialmente por falta de conformidad. Así lo expresa el art.29 que habla de «incumplimiento de los deberes de información» y fija los remedios ante tal incumplimiento: «una parte que haya incumplido cualquier deber (de información)...responderá de las pérdidas causadas a la otra parte con su incumplimiento». Y esto es así, como explica FENOY PICÓN³⁴, porque en la nueva construcción del incumplimiento, las cualidades que debe tener el objeto según el contrato, aquellas que pueden producir un error relevante se han incorporado al deber de prestación del deudor con independencia de que la obligación sea específica o genérica. Para estos casos el art.29.3 de la Propuesta europea señala: «los remedios contemplados en caso de incumplimiento de los deberes de información se entenderán sin perjuicio de cualquier otro remedio que pudiera estar disponible en virtud del art. 42.2, y los arts. 48 o 49 (sobre el error y el dolo).

32. El debate que hoy se mantiene en Europa sobre la sanción *ex fide bona* de conductas precontractuales, o sobre la sanción *ex lege* del incumplimiento de deberes precontractuales puede verse retrospectivamente, en versión original, en no pocos autores clásicos. Porque también a ellos les preocupó especialmente la «incorrección» de ciertas conductas que empezaban a producirse-y a reproducirse- en los mercados y fuera de los mercados. Y no dudaron en utilizar la semántica de honradez y veracidad de la buena fe contractual en la construcción histórica del deber de información.

B) Los debates ciceronianos

33. La primera preocupación del Arpinate tiene que ver con la «posible y también deseable» represión del silencio del vendedor en el que se aprecia cierta incorrección *ex fide bona*, que podemos identificar-parafraseando la definición de la Propuesta europea-con la «no consideración de los intereses de la otra parte de la transacción».

³³ *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010, p.90.

³⁴ «El sistema de protección del comprador», Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 202.

34. Cicerón trae a escena –en este primer pasaje³⁵– la disputa de dos estoicos, Diógenes de Babilonia y Antipatro de Tarso³⁶ a propósito del siguiente caso: un hombre honrado-*bonus vir*–ha llegado a Rodas con un importante cargamento de trigo. El precio del grano es elevadísimo en ese momento, si bien el comerciante tiene información de que otros muchos mercaderes han salido de Alejandría hacia Rodas- a cuyo puerto arribarán próximamente- con importantes cantidades de trigo. El hombre bueno no advierte de esta circunstancia a los rodianos, sino que guarda silencio, omite esa información–que queda oculta– para obtener mejor precio en la venta de su trigo.

35. El silencio recae sobre determinadas circunstancias que conoce el vendedor y que van a afectar a las condiciones objetivas del mercado en el que aquel opera; pero el vendedor calla en provecho propio, y no informa al comprador³⁷. La incorrección de tal conducta y la consiguiente violación de la buena fe contractual consiste en la «falta de franqueza» del vendedor que calla lo que sabe en beneficio propio, y, especialmente, en la «falta de solidaridad» del vendedor que no toma «en consideración los intereses de la otra parte de la transacción»³⁸. Aunque, como advierte con toda razón SCHERMAIER, el debate planteado en este caso por Cicerón sigue hoy vivo: ¿sobre qué está permitido callar y sobre qué hay que hablar?, ¿dónde radica la diferencia entre la explotación autorizada de una situación ventajosa y la prohibición de una maquinación? Y es que no es fácil fijar los límites de la corrección de conducta en el mundo de los negocios. Cicerón nos presenta en este caso enfrentados a maestro y discípulo. Diógenes de Babilonia considera moralmente justificado atenerse a la propia utilidad del vendedor, porque esto obedece al instinto de conservación innato en el hombre; sin embargo, su discípulo, Antipatro de Tarso defiende la solidaridad humana y sostiene que hay que superar el egoísmo que reside en el individuo para no dañar a los semejantes. Se trata de cumplir la acción moralmente correcta que es la que conduce a la verdadera utilidad y a la realización de la justicia. Para Diógenes solo habrá silencio antijurídico y éticamente reprochable cuando con él se viole una norma. Por eso pregunta sorprendido: *¿qui fit iniuria?* El único reproche que se puede hacer al vendedor es que quiere vender su mercancía en las mejores condiciones posibles. Para Antipatro, en cambio, la norma ética debe prevalecer sobre la regulación jurídica y, por tanto, aún a falta de una prescripción jurídica, callar lo que se sabe, omitir determinadas circunstancias es éticamente reprochable. Y en este caso silenciar la llegada inminente a Rodas de muchas naves cargadas de trigo es un engaño que traiciona el principio de solidaridad humana. La réplica de Diógenes discute la sinonimia de «engañar» y

³⁵ *De officiis* 3,12,50ss. R.FIORI, *Bonus vir. Política filosofía retórica e diritto nel de officiis di Cicerone* cit., pp. 9-11, sostiene que esta obra se escribe probablemente en los últimos meses del año 44a.C. y que es contemporánea a la 1ª Filípica, y algo posterior a la redacción de otras obras como el libro de gloria y el de amistad. Cicerón atravesaba momentos muy críticos de su vida política.

Por su parte, M.BRUTTI, «Cicerone, dalla virtù al Diritto», *SDHI*, nº 77, 2011, p.13, explica que el *de officiis* es una obra compleja y desordenada, fruto de amplias meditaciones precedentes, e insiste en que está escrita a propósito de diversos conflictos que atraviesan la vida de Cicerón. Se compone de tres libros que contienen preceptos dedicados a su hijo: casi una «herencia» en la que se adaptan al tiempo presente enunciados y esquemas teóricos procedentes del mundo griego.

³⁶ Son dos figuras del llamado «estoicismo nuevo». La parte más conocida del estoicismo es la ética basada en una eudaimonia que no consiste en el placer, sino en el ejercicio constante de la virtud, en la propia autosuficiencia que permite al hombre desasirse de los bienes materiales. Diógenes de Babilonia fue discípulo de Crisipo, le sucedió en la dirección de la escuela, pero no inmediatamente, pues antes la gobernó Zenón de Tarso. Fue enviado a Roma, lo que favoreció la difusión del estoicismo entre los romanos. Define el bien como «lo que es perfecto según la naturaleza», y para el hombre lo encuentra en el cumplimiento de su naturaleza racional. Antipatro de Tarso vive en el siglo II a.C. Fue discípulo de Diógenes de Babilonia–al que sucede en la dirección de la escuela (probablemente a partir del año 150a.C.)– y maestro de Panecio. Asume la diferenciación ya hecha entre verdaderos bienes y valores relativos que no son necesarios para la eudaimonia y que conforman pequeñas sombras frente a la luz del sol que es la virtud, el bien moral. Vid., por todos, M.POHLENZ, *La Stoa. Storia de un movimento spirituale* 1, Firenze, La Nuova Italia, 1967, pp.380-383; A.ERSKINE, *The Hellenistic Stoa political thought and action*, London, University Press, 1990, p.153.

³⁷ Como explica R.FIORI, *Bonus vir. Política filosofía retórica e diritto nel de officiis di Cicerone* cit., pp. 270-280– se aborda el tema de la *iustitia* y de su posible desdoblamiento en *sapientia* y *utilitas*: el *vir sapiens* puede resultar *vir malus*; el *vir bonus* puede aparecer como *stultus*. Diógenes defiende la *sapientia* como valor que no contradice la *iustitia*: el *vir sapiens* puede perseguir su propio interés, y con ello no viola el *ius civile* ni genera *iniustitia*.

Vid. las consideraciones que hace sobre el debate filosófico entre Diógenes de Babilonia y Antipatro de Tarso, R.CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, 2ªed., Torino, Giappichelli, 2010, p.31.

³⁸ M.SCHERMAIER, «Bona fides im römischen Vertragsrecht», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* III, cit., pp.413-414.

«silenciar”: «una cosa es engañar”-dice el estoico- y «otra cosa distinta callar”, como si este silencio del vendedor no formara parte de la semántica de honradez y veracidad de la buena fe contractual³⁹.

36. En el segundo debate⁴⁰ Cicerón presenta el silencio del vendedor que calla-en provecho propio-ciertos defectos de la cosa vendida. Se trata de la venta de una casa *pestilens* por sus condiciones insalubres-en numerosas alcobas de la casa aparecen serpientes- y por ciertas deficiencias de construcción que afectan a la estructura de la casa con la consiguiente amenaza de ruina. El vendedor omite estas informaciones a los compradores con la finalidad de obtener un precio más alto en la venta de la casa. Y la pregunta no se hace esperar: ¿la conducta silenciosa del vendedor es *iusta* o *iniusta*? Cicerón advierte que las deficiencias de la casa pueden catalogarse propiamente como «vicios ocultos” y que éstos eran desconocidos por todos, con lo que hay que excluir una posible negligencia del comprador en orden a no haberse informado de las características de la mercancía que pretende comprar. Diógenes vuelve a insistir en que no puede quedar obligado el vendedor por lo que no ha dicho. Es más, exigir en este caso que el vendedor informe con total veracidad de los detalles de insalubridad de la casa es una hipótesis, según el estoico, ridícula. ¿Cómo puede siquiera imaginarse que alguien en el momento de negociar la venta de su casa va a anunciar «vendo casa insalubre”, o va a dar información veraz y completa sobre los aspectos negativos de la casa? Semejante comportamiento es inimaginable en el tráfico jurídico.

37. En el escenario consensual de la compraventa la buena fe exige corrección en el comportamiento de las partes y tiene que sancionar la falta de franqueza y la insolidaridad del vendedor que omite informaciones que interesan a la otra parte de la transacción, porque conforman la consistencia y la calidad de la cosa vendida. Pero Cicerón duda de que todo silencio implique una conducta contraria a la buena fe contractual. Sólo cuando el vendedor se sirve del silencio para crear una falsa realidad que produce error en el comprador y que traiciona la confianza de éste en la «verdad” de una apariencia, el silencio deviene jurídicamente relevante. Si bien Cicerón cree que esto no basta para asegurar la aplicación completa de la semántica de la buena fe contractual. La conducta silenciosa del vendedor es una conducta incorrecta, por inveraz e insolidaria, y viola la buena fe contractual, por lo que debe ser sancionada como tal dentro del juicio de compra. La propuesta ciceroniana es clara: el derecho tiene que formular un deber de información como manifestación singular del deber de corrección-veracidad, honradez y solidaridad- propio de la semántica jurídica de la buena fe contractual.

38. El tercer debate ciceroniano hace realidad la formulación del deber de información a cargo del vendedor de bienes inmuebles: el vendedor está obligado a informar al comprador de cuantos vicios de la cosa tenga conocimiento.

39. Cicerón narra un caso concreto⁴¹: Claudio Centumalo pone en venta una casa –situada sobre el monte Celio-sobre la que pesaba una orden de demolición de un parte de la misma, porque la altura

³⁹ R.FIORI, *Bonus vir. Política filosofía retórica e diritto nel de officiis di Cicerone* cit., p.300, llama la atención sobre la justificación que emplea aquí Diógenes justo al final de la exposición de su doctrina: *aliud est celare, aliud tacere*. Es una justificación que no aparece, sin embargo, en el caso siguiente en el que también interviene el mismo filósofo. Y es que la tutela del comprador tiene que ver con la presencia de *fraus venditoris*.

⁴⁰ *De officiis* 3,13,54.

⁴¹ *De officiis* 3,16,66. Valerio Máximo-8,2,1-reproduce este mismo caso que debió ser muy conocido en el siglo II a.C.

R.CARDILLI, «La «buona fede” como principio di diritto dei contratti. Diritto Romano e America Latina”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea* cit.I, pp.330-332, advierte que se persigue la conducta dolosa del vendedor que ocultó la demolición de la casa ordenada por los augures. Aquí no hay un problema de invalidez del contrato; de ahí la reclamación de una indemnización que podría llegar a integrar el interés positivo del comprador de integridad espacial de la casa. Se recoge en este caso un ejemplo del papel judicial del principio de buena fe, lo que Cicerón interpreta, sin embargo, como el establecimiento judicial de un nuevo deber de información a cargo del vendedor gracias al principio de buena fe: el incumplimiento de tal deber es fuente de responsabilidad.

Vid. la lectura que hace FIORI de este caso- que no coincide con la interpretación de CARDILLI-, en R.FIORI, *Bonus vir. Política filosofía retórica e diritto nel de officiis di Cicerone* cit., pp.322ss. FIORI observa acertadamente, en mi opinión, que en este caso no se habla de *dolus* sino de *scientia*, es decir, conducta negligente. Y es que el parámetro de referencia de la reticencia no es el dolo sino la *bona fides*: el actor quiere demostrar que el demandado conocía el «vicio”, pero no pretende probar que lo haya silenciado dolosamente.

impedía la correcta observación de los augurios. El vendedor no dijo nada al comprador, Calpurnio Lanarius. Omitió la información sobre la demolición de la casa, que terminó cumpliendo, por orden de los augures, el mismo comprador. Éste reclamó *ex fide bona* daños y perjuicios. El caso fue juzgado por M. Catón que dictó la siguiente sentencia: el vendedor-que conocía la orden de los augures- debió informar al comprador; pero habiendo omitido la información, quedaba obligado a resarcir los daños ocasionados al comprador. Porque es exigencia de la buena fe contractual que el comprador sea informado por el vendedor de cuantos vicios presente la cosa y el vendedor conozca.

40. Cicerón se pregunta sobre la equidad de esta sentencia. En caso afirmativo-dice-si estamos ante una sentencia justa, los dos ejemplos que hemos visto anteriormente deben ser reconsiderados a la luz de la sentencia de Catón. Porque omitir informaciones sobre circunstancias conocidas por el vendedor –y que interesan o pudieran interesar al comprador- y ocultar ciertos defectos de la cosa vendida parecen casos de reticencia injusta por la falta de franqueza y la insolidaridad del vendedor que guarda silencio.

41. Y a continuación relata un nuevo ejemplo de venta de inmuebles: Mario Gratidiano había revendido una casa a Sergio Orata a quien se la había comprado algunos años atrás. La casa tenía una servidumbre que Mario no había declarado en la venta. El caso se llevó a juicio. El letrado defensor de Orata utilizó el derecho, la norma aplicable al caso, interpretada en su literalidad: «el vendedor estaba obligado a informar al comprador de todos los vicios de la cosa que conociera». Ante la omisión de tales informaciones el derecho prescribía a cargo del vendedor el resarcimiento de daños y perjuicios. El letrado defensor de los intereses de Gratidiano fundó su contestación a la demanda en razones de equidad: la servidumbre no era desconocida para Orata, ya que el mismo había vendido antes la casa. No era necesario dar esta información a un comprador enterado, ni semejante omisión podía conducir al descubrimiento posterior de la servidumbre por un supuesto comprador engañado. El comprador conocía bien las cargas de la casa de la que había sido antes propietario.

42. Y es que siempre preocupó la persecución del fraude-argumenta el Arpinate-y siempre se reprimió la falta de honradez, la falta de veracidad, la malicia y el engaño de quienes silenciaban informaciones en provecho propio sin tomar en consideración los intereses de la otra parte de la transacción. Porque el principio-guía que gobierna la conducta de las partes en los tratos comerciales es la buena fe contractual. Y este principio funda el deber de corrección y exige franqueza, honradez y solidaridad. Conductas como el silencio o la falta de información veraz y completa forman parte del catálogo de conductas incorrectas sancionadas por la buena fe contractual. Y en dicho catálogo no se limitan los contenidos de estas posibles incorrecciones: corresponderá al juez apreciar y sancionar las desviaciones (*ex fide mala*) del modelo de corrección (*ex fide bona*).

43. El silencio cuya relevancia jurídica preocupa al Arpinate es el silencio del vendedor en tanto supone ausencia de palabras donde debería haberlas por razón de la franqueza y la solidaridad que reclama la buena fe contractual. Y es que los usos del tráfico enseñaban a los comerciantes a guardar un «prudente silencio», a no decir nada sobre posibles deficiencias de la cosa, a ocultar datos o informaciones que pudieran resultar desfavorables durante las negociaciones-aunque interesaran a la otra parte de la transacción. Los vendedores evitaban las palabras, porque sabían bien que las palabras conducen inevitablemente al compromiso. Y evitar las palabras era una forma sencilla de evitar compromisos. Pero el Derecho debe cuidar la corrección de los comportamientos humanos y no puede permanecer indiferente ante un silencio que traiciona la buena fe contractual. En mi opinión, lo relevante y lo verdaderamente innovador-desde el punto de vista jurídico-del debate ciceroniano es la valoración de la conducta silenciosa como comportamiento contrario a la buena fe. Pueden quedar algunas dudas sobre el alcance jurídico del deber de información, pero no hay dudas sobre el fundamento del mismo que no es otro que la buena fe contractual. Porque es contrario a la buena fe que el vendedor oculte lo que sabe de la cosa; y es conforme a la buena fe que el vendedor informe de todo lo que sabe al comprador, teniendo en cuenta los intereses de éste.

C) Buena fe contractual y deber de información

44. Tal vez-como venimos comentando-se vive hoy en Europa cierta confusión entre el deber de corrección de las partes y el deber de información. Mientras la buena fe contractual gobierne los tratos comerciales, la honradez, la veracidad y la solidaridad serán las reglas de conducta a cumplir por quienes intervengan en esas transacciones. El silencio o la falta de información veraz y completa son desviaciones del deber de corrección de conducta y tendrán que ser sancionadas como tales. Creo que no es necesario configurar *ex lege* el deber de información⁴². Solo en el caso de que no contáramos con la protección de la buena fe como principio-guía de cooperación entre las partes en los tratos comerciales, la ley tendría que cubrir ese vacío y garantizar-mediante la conformación de deberes específicos –la corrección de conducta de las partes. Pero si esto fuera así, no procedería ya la apelación a la buena fe como principio conformador de un modelo de corrección, ni procedería la sanción *ex fide bona* del silencio malicioso que calla informaciones de interés para la otra parte. Sería la ley, y únicamente la ley, la que fundara el deber de información, y sería la misma ley la que sancionara el incumplimiento de una obligación. Así sucedió en la Historia, y así lo explica la experiencia jurídica romana.

45. Los ediles curules introdujeron-en el siglo II a.C.- gracias a las prescripciones del Edicto el deber de información del vendedor como deber precontractual⁴³. Claro está que dicha regulación nace con las limitaciones propias de la competencia jurisdiccional de los ediles; pero aun así supone una novedad jurídica absoluta en el campo de los deberes de información. La regulación edilicia prescinde de la buena o mala fe del vendedor a la hora de exigir la responsabilidad del mismo por defectos no declarados de los que tendría que haber informado al comprador. El vendedor responde por el hecho silencioso objetivamente considerado. Lo ediles no entran en valoraciones subjetivas de la conducta silenciosa del vendedor, por lo que no tienen trascendencia alguna la malicia, la falta de veracidad, o el dolo como posibles causas de imputación de responsabilidad.

46. Creo que el deber de información del vendedor se formula en el Edicto de los ediles curules como mecanismo de represión del silencio. Ahora bien, el hecho silencioso se reprime mediante la prescripción de un deber específico de información a cargo de los comerciantes de animales y esclavos, y además limitado a ciertos vicios ocultos de la cosa. La *fides bona* no es el criterio sancionador de la conducta silenciosa, porque el deber de información es ajeno al deber de corrección. Otra cosa distinta es que en el ánimo de los ediles-cuando fijan por ley el deber- pesara la necesidad de erradicar, o, al menos, la conveniencia de contener la práctica comercial del vendedor que calla lo que sabe⁴⁴. Pero tal

⁴² ZIMMERMANN explica que la responsabilidad por *dolus* o por *dicta vel promissa* –en caso de vicios- formaba parte de las exigencias *ex fide bona* en el Derecho Romano. En cambio, «hoy esas normas han alterado su función: son desviaciones particulares del régimen normal de responsabilidad y han conducido a resultados insatisfactorios». R.ZIMMERMANN, «Diritto romano, Diritto contemporaneo, Diritto europeo cit.», p.717.

Vid. también las advertencias de G.A.BENACCHIO, «La buona fede nel Diritto Comunitario», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* cit. I, p.196. Igualmente C.BEDUSCHI, «I profili giudiziali della fides» cit., nt.20 a p.13.

Y también son interesantes las observaciones críticas de ZIMMERMANN sobre los deberes de información en *El nuevo Derecho alemán de obligaciones Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. de E. Arroyo i Amayuelas, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 246-247; la idea en principio es excelente, pero se está produciendo un exceso en los niveles de información exigidos, y esta sobrecarga no siempre asegura transparencia para el consumidor. «En las últimas décadas se ha producido una expansión significativa de distintos deberes de información agrupados bajo la rúbrica de la culpa *in contrahendo*» que en última instancia se inspiran en una creciente sensibilidad hacia los requisitos de la buena fe”.

⁴³ «De un primer explícito «deber precontractual de información» identificado en la particular forma de responsabilidad, impuesta a los vendedores del edicto de los ediles curules, por los vicios ocultos de esclavos o animales vendidos y comprados en los mercados» habla A.PETRUCCI, «Breves consideraciones sobre la formación del contrato a la luz del Draft Common Frame of Reference y de la precedente tradición jurídica europea. Un estudio sobre los fundamentos del derecho contractual europeo», *Observatorio de Derecho Civil*, nº 7, 2011, pp.246-247.

⁴⁴ Sobre este punto vid. M.J.SCHERMAIER, «Mistake, Misrepresentation and Precontractual Duties to Inform: the Civil Law Tradition», en *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, R. Sefton-Green ed., 2005, p.43. SCHERMAIER habla de la necesidad de reprimir prácticas comerciales fraudulentas como justificación de la formulación del primer deber de información del vendedor. Lo cual recuerda la rúbrica de la Sección 1 de la Directiva 2005/29 CE de 11 de

reflexión forma parte del programa político-jurisdiccional de los ediles, y de una «deseable» promoción social de corrección de los mercados.

47. Fuera de la regulación edilicia no hay deber precontractual de información. El juicio de buena fe es todavía completamente ajeno a la sanción jurídica del silencio. Ahora bien, la conducta silenciosa del vendedor empieza a preocupar a la jurisprudencia en tanto posible desviación del modelo de corrección exigible según la buena fe contractual a las partes. De ahí que la discusión de la jurisprudencia se centre en la intervención o no del dolo (= *fides mala*) en esos silencios, y en el tipo de tutela jurisdiccional que procede en estos casos. El deber de corrección que funda la *fides bona* exige la valoración de la conducta del vendedor, también cuando la modalidad de conducta elegida es el silencio. Sin embargo, no hay una valoración unívoca de la conducta silenciosa del vendedor entre los juristas, lo que obliga a la jurisprudencia a abrir una indagación casuística-notablemente diversificada- sobre los elementos que integran tal comportamiento. El tipo de responsabilidad del vendedor, la medida de la misma y el instrumento procesal para hacerla valer varían en función de la interpretación que cada jurista hace del silencio. A juzgar por las informaciones que nos suministran las fuentes el contraste de opiniones en la jurisprudencia clásica fue notable y debe ser tenido en cuenta en nuestra historia retrospectiva de la buena fe contractual.

48. Ulpiano nos refiere la doctrina innovadora de Juliano que hace una distinción en la condena por acción de compra entre aquel que vende una cosa conscientemente(=*sciens*), y aquel otro que lo hace con ignorancia(=*ignorans*); pues dice Juliano que quien me vendió ganado enfermo o una viga defectuosa, si lo hizo sin saberlo, responderá solo de aquella cantidad en que lo habría comprado de menos de haber conocido yo que se hallaba así; pero si se calló a sabiendas y engaño al comprador, habrá de responder al comprador de todos los daños que de aquella compra se derivasen para él. Así pues, si la casa se derrumbaba por defecto de la viga, responderá por el valor de la casa; si el ganado perece por contagio del animal enfermo, habrá de responder del interés del comprador en que se vendiesen cosas idóneas (D.19,1,13pr.).

49. Todo parece indicar que a Juliano le preocupa el silencio del vendedor en tanto maniobra fraudulenta que crea una apariencia engañosa en la que ha confiado el comprador. La valoración *ex fide bona* de la «corrección de conducta» *versus* la «incorrección» exige la indagación subjetiva sobre la posible *scientia venditoris*. Nace así la contraposición *venditor ignorans-venditor sciens*, dos justificaciones distintas de la conducta silenciosa, que el jurista utiliza única y exclusivamente para matizar la medida de la responsabilidad del vendedor, en ningún caso para fundar dicha responsabilidad. Porque el fundamento de la responsabilidad por vicios es ajeno al juicio de corrección de la conducta silenciosa del vendedor. Y el deber de información limitado a vicios ocultos es una de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa, de manera que el incumplimiento de la misma produce en todo caso responsabilidad contractual. El comprador puede ejercitar la acción contractual contra el hecho silencioso, si bien la medida de la responsabilidad del vendedor va a depender del control de corrección de la conducta silenciosa. En caso de silencio «malicioso»-contrario a la *fides bona*-(=*venditor sciens*) el *quantum* de la reclamación se fija en el interés negativo del comprador, es decir, la acción tiene función resarcitoria. En el caso de silencio no malicioso, sin contravención de la *fides bona* (=*venditor ignorans*) la acción tiene función estimatoria y persigue la reducción de precio por la diferencia entre el precio pagado y el que hubiera pagado el comprador de conocer el defecto.

50. En Juliano el deber de corrección *ex fide bona* no funda el deber de información, ni el juicio de incorrección de la conducta silenciosa del vendedor justifica la responsabilidad contractual por vicios de la cosa. La información sobre vicios es un deber del vendedor cuyo incumplimiento por silencio produce responsabilidad contractual.

51. Un nuevo texto de Marciano(D.18,1,45) nos informa de la existencia de dos corrientes jurisprudenciales distintas, una sostenida por Trebacio, Labeón y Pomponio, y la otra defendida por

Mayo sobre «prácticas comerciales engañosas», si bien en este caso el engaño refiere la falsedad de las informaciones facilitadas y no el hecho silencioso.

Juliano. «Escribe Labeón que alguno hubiese comprado vestidos usados por nuevos, Trebacio opinaba que debía indemnizarse el interés al comprador, si hubiera comprado sin saber que eran vestidos usados. Esta opinión la aprueba también Pomponio y concuerda en ella Juliano, el cual dice que, si el vendedor ciertamente ignoraba que los vestidos eran usados, está obligado a indemnizar el interés, pero que si lo sabía, lo está además por el perjuicio causado».

52. Los tres primeros juristas citados -Trebacio, Labeón y Pomponio- admiten el ejercicio de la acción contractual (al *id quod interest*) por el comprador que ha adquirido vestidos usados creyéndolos nuevos.

53. Los tres juristas contemplan exclusivamente el escenario de compra y la posición del comprador que cae en un error. No sabemos si incurre espontánea y unilateralmente en tal error, o si son las circunstancias objetivas en las que tiene lugar la compra las que provocan dicho error. Lo cierto es que estos juristas no dicen nada sobre cuál ha sido el comportamiento del vendedor en este caso, ni tampoco hacen valoración jurídica alguna sobre la posible incorrección del mismo. Probablemente el vendedor ha estado callado y no ha informado al comprador de las particulares condiciones del mercado y del tipo de mercancías que se vendía en él. Ha habido silencio, pero no parece que este silencio infrinja el deber de información de vicios ocultos de la cosa; no estamos en el ámbito de la responsabilidad por vicios. Aquí el silencio del vendedor recae sobre las condiciones propias del mercado, de las que el comerciante no ha informado al comprador que cree adquirir vestidos nuevos. El vendedor ha creado un escenario de venta que le es favorable y que deja en el aire-sin precisar, gracias al silencio- algunas de las circunstancias objetivas de contratación. ¿Es éste silencio del vendedor una conducta incorrecta?; ¿viola este silencio del vendedor la franqueza, la honradez y la solidaridad exigibles según la buena fe contractual? Creo que sí, y en ese caso la valoración de la conducta del vendedor se hace conforme al modelo de corrección que señala la buena fe contractual. No hay incumplimiento del deber de información del vendedor, sino incorrección en la conducta de una parte por la presencia de *fides mala* (=dolo?⁴⁵) en la conformación genérica de las condiciones de contratación. El comprador ha incurrido en un error, quizás inducido por las características «simuladas» del mercado en el que ha adquirido la ropa usada. La conducta silenciosa del vendedor es una suerte de *prius* genérico que en este caso concreto conduce inevitablemente al resultado descrito: el comprador compra vestidos usados creyéndolos nuevos. Y desde esta premisa necesaria se aprecia el error del comprador y se señala el alcance de la tutela del mismo.

54. En todo caso la compraventa queda válida, si bien la incorrección del vendedor (*fides mala*=¿dolo o, tal vez, solamente culpa?⁴⁶) funda la responsabilidad *ex fide bona* y legitima la pretensión resarcitoria del comprador.

⁴⁵ Casi tendríamos que hablar aquí de la presunción de dolo con el valor de «incorrección» (=falta de honradez, falta de veracidad, malicia, engaño).

⁴⁶ Muy interesantes me parecen las indicaciones de H.HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium .Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, C.H. Beck, 1969, pp. 93-94, a propósito del supuesto de hecho descrito en este texto: la práctica de vender como nuevos vestidos usados debía ser relativamente frecuente, y añade «a lo mejor se habían adquirido vestidos usados en un comerciante que habitualmente solo vendía vestidos nuevos». Aunque HONSELL concluye que la responsabilidad tiene que ver en este caso con el dolo del vendedor, en mi opinión la descripción del supuesto no lo deja tan claro; como el propio HONSELL reconoce, cabría pensar que ese vendedor ofrece habitualmente vestidos nuevos, lo que ha llevado al comprador a considerar su compra una adquisición muy ventajosa, a buen precio, sin intervención alguna del vendedor ni para falsear la realidad ni para ocultar una información que habría podido suministrar si se la hubiera requerido el comprador.

A mi modo de ver no cabe descartar que el jurista Trebacio haya considerado aquí la conducta silenciosa del vendedor como mera «pasividad o inactividad»: el comerciante evita hacer declaraciones y prefiere guardar silencio, porque esto le permitirá manejar con más facilidad la negociación del contrato con el comprador. Y esta «pasividad» o «inactividad» del vendedor que no dice nada y que omite una deseable y completa información sobre las circunstancias objetivas de la venta, es la que sancionarían los juristas.

P. APATHY, «Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung vom Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht», ZSS, nº 111, 1994, pp. 117-118, cree que no hay que descartar que Trebacio, Labeón y Pomponio fijen la obligación de indemnizar a cargo del vendedor aun cuando no tuviera conocimiento de que se trataba de vestidos usados. APATHY interpreta la doctrina de Juliano como una reacción frente a la de los juristas anteriores: con la distinción *ignorans-sciens* Juliano limita extraordinariamente la responsabilidad del vendedor *ignorans*. Y es que la buena fe protege la confianza de un comprador honrado; pero también añade APATHY- exige que la obligación de indemnizar esté orientada a la concreta responsabilidad del vendedor.

55. La solución de Juliano-como era de esperar - matiza la respuesta que han dado los juristas anteriormente citados. Juliano califica el silencio como infracción del deber de información del vendedor. Así las cosas, la valoración jurídica de la conducta silenciosa tendrá que hacerse siempre desde el lado del vendedor, y en el escenario de la responsabilidad por vicios de la cosa; en definitiva, un incumplimiento contractual cuyo *quantum* indemnizatorio dependerá del juicio de corrección *versus* incorrección que hagamos de la conducta silenciosa: el que calla porque nada tiene que decir, ya que ignora la falta de cualidad de los vestidos, queda obligado a indemnizar el interés positivo; sin embargo, el que sabe que se trata de vestidos usados y oculta esta información al comprador, responde de todos los perjuicios causados (=interés negativo).

56. La doctrina de Juliano –seguida por otros juristas, como Africano y Marciano-hace responsable al vendedor de su silencio⁴⁷. Y aunque la medida de la responsabilidad varía según el tipo de vendedor- *ignorans* o *sciens*⁴⁸- ante el que estemos, la posible interposición de la acción contractual también contra el *venditor ignorans* hace del deber de información un deber específico del contrato de compraventa, independiente del deber de corrección de conducta *ex fide bona*. Y esto implica una considerable ampliación del contenido de la obligación del vendedor relativa al *rem praestare*.

57. De los textos leídos podemos extraer dos doctrinas jurisprudenciales distintas en la interpretación del deber de información del vendedor. Una primera corriente de opinión aprecia el deber de información como una manifestación más del deber de corrección. En la infracción del deber de información mediante silencio, los juristas valoran la corrección *versus* la incorrección de la conducta silenciosa conforme al modelo de corrección que proporciona la buena fe contractual. Y en dicho control de corrección no se limitan los posibles contenidos del silencio del vendedor. La falta de información se sanciona en la medida que suponga incorrección de conducta por falta de veracidad, malicia, o engaño (=fides mala). Evidentemente si el vendedor ignora determinadas informaciones-aun cuando éstas puedan ser de interés para la otra parte- dicha falta de información no puede calificarse como infracción del deber de corrección y, por ello, no tiene sanción *ex fide bona*. El «*venditor ignorans*» no puede cumplir una conducta incorrecta, aunque guarde silencio y no informe al comprador. El deber de información del vendedor no existe como deber específico del contrato de compraventa para este grupo de juristas. Existe, en cambio, el deber de corrección *ex fide bona* para los silencios y las informaciones del vendedor.

58. Frente a esta doctrina, Juliano se presenta como principal exponente de lo que parece una nueva formulación del deber de información del vendedor en el contrato de compraventa: deber precontractual que sanciona la responsabilidad contractual del vendedor por vicios de la cosa. El jurista empieza a reconocer abiertamente la infracción objetiva del deber de información que cumple el *venditor ignorans* en el que no se aprecia incorrección de conducta, pero sí incumplimiento de una obligación. Y además Juliano limita los posibles contenidos del deber de información del vendedor: solo los defectos de la cosa, o las características de la misma y las condiciones de uso podrán conformar el objeto del deber de información. Lo cual se justifica bien por la nueva configuración que hace Juliano del deber de información del vendedor, en el que ya no hay un juicio de corrección sobre cualesquiera contenidos de la conducta silenciosa del vendedor. Ahora el deber de información implica un control de legalidad sobre el cumplimiento de la obligación que fija la forma y los contenidos de la información.

⁴⁷ Juliano admite la responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa no solo en caso de silencio, sino también en el de declaraciones falsas. El vendedor es responsable cuando de buena fe afirmaba inexistentes deficiencias que en realidad presentaba la cosa vendida, o bien cuando declaraba ciertas cualidades que en verdad no tenía la cosa vendida. Juliano advierte que no hay gran diferencia entre el que conoce el defecto y lo silencia-cuando tendría que haber advertido de él al comprador- y el que hace fácilmente una indicación temeraria sobre las cualidades de la mercancía para conseguir un mejor precio de venta. Juliano responde así a un caso de venta de un esclavo ladrón, en el que el vendedor había aseverado las buenas costumbres y la lealtad del esclavo (D.19,1,13,3).

⁴⁸ Los términos *ignorans/sciens* califican en Juliano la posición del vendedor e implican una indagación subjetiva sobre las posibles justificaciones de la conducta silenciosa. Pero el jurista-como ya hemos dicho- prescinde del juicio de corrección o incorrección de conducta en la presentación del deber de información. Por ello Juliano aprecia la infracción objetiva del deber de información aun cuando no haya habido incorrección de conducta (=fides mala) en el vendedor.

59. No podemos descartar que la regulación edilicia haya ejercido cierta influencia sobre la doctrina de Juliano: la presentación de la responsabilidad por infracción del deber de información con el desdoblamiento de las reclamaciones –cada una con su *quantum* indemnizatorio-puede recordar la responsabilidad edilicia por vicios ocultos. Aunque la redhibitoria del Edicto no se traduce en Juliano en la resolución del contrato, sino en una considerable elevación de condena que no es fácil justificar. Tal vez, el jurista quiere agravar la responsabilidad del vendedor cuya infracción del deber de información se produce mediante una conducta maliciosa que implica además una nueva infracción del deber de corrección *ex fide bona*.

60. De resolución del contrato de compraventa sí habla un texto de Ulpiano (D.19,1,11,5) que refiere un caso ciertamente singular en la experiencia jurídica romana: «si alguno creyese que compraba una esclava virgen, habiéndosele vendido una mujer, y el vendedor dejó a sabiendas que el comprador errara, no hay ciertamente redhibición por este motivo; pero compete la acción contractual para resolver la compraventa, de modo que restituido el precio, se devuelva al mujer».

61. El texto ha producido un interesante *ius controversum* entre los especialistas. Unos niegan la autenticidad del mismo; otros, en cambio, afirman el carácter excepcional de la solución de este caso, un caso aislado, prácticamente único en la doctrina común de la jurisprudencia clásica. Y, más recientemente, hay quienes sostienen que Ulpiano se atreve a dar aquí un paso en el alcance de la buena fe contractual como principio regulador de las obligaciones de las partes en el contrato de compraventa. Aunque lo hace apoyado en la *auctoritas* de quienes con anterioridad ya habían marcado el nuevo rumbo que debía seguir la responsabilidad contractual del vendedor por vicios de la cosa en caso de silencio. Según VACCIA⁴⁹ la solución de Ulpiano está fundada en la doctrina de Juliano que concedía la acción contractual al comprador que había caído en un error unilateral no inducido por el dolo del vendedor que se encontraba *sciens*. Y no faltan voces que ligan el remedio de la resolución del contrato a la tutela sinalagmática del mismo y, por tanto, a un aspecto objetivo del mismo. La singularidad del caso que comentamos radica en que la condición de mujer de la esclava se considera cualidad relevante sobre la determinación causal del contrato-y no sobre la fijación del precio-; y un error de este tipo afecta a la satisfacción de intereses que el comprador creía consolidar a través de la celebración de esa compra⁵⁰.

62. A mi modo de ver, el jurista en la descripción del caso insiste más en el error en el que incurre el comprador que en el silencio del vendedor que deja oculta tal error. Es la posición del comprador que yerra la que motiva la respuesta del jurista, aunque en ella se decida sobre la responsabilidad del vendedor que guarda silencio y no informa al comprador de su error. El *sciens* en este caso expresa el conocimiento del vendedor, pero conviene fijarse bien en cuál es el objeto de tal conocimiento: ¿la condición real de la esclava?; no parece. Y ¿la circunstancia del error mismo del comprador? Creo que sí, y este matiz es importante, pues puede decidir la lectura correcta del fragmento. Porque no estaríamos hablando de la relevancia jurídica del silencio del vendedor a propósito de la responsabilidad contractual por vicios. La conducta silenciosa del vendedor no incide sobre defectos de la cosa que el vendedor conoce pero no declara. Aquí lo que sabe el vendedor y calla es el error en el que ha incurrido el comprador. El vendedor no descubre tal error, de manera que la conducta silenciosa del mismo es una «suerte de inactividad» o «pasividad» que sirve para mantener o consolidar una situación que ya parece conformada de antemano por el comprador. No es el vendedor el que crea una falsa realidad, una apariencia. Más bien, ha sido el comprador el que ha confiado-ante la «pasividad» del vendedor- en esa falsa realidad. No creo que el silencio del vendedor sea un silencio doloso. Y si esto es así ¿qué calificación jurídica merece la conducta silenciosa del vendedor? En mi opinión, probablemente la misma que el error del comprador; en ambos casos se trata de una conducta negligente o imprudente que habría

⁴⁹ «Risoluzioni e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica», en *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*. Aristec Ginevra 24-27 settembre 1997, Torino, 1999, p.51.

⁵⁰ Vid. fundamentalmente N.DONADIO, «Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nella emptio venditio. Il problema di un giusto equilibrio tra prestazioni delle parti», en L.GAROFALO (coord.) *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova, Cedam, 2007, pp.492-493.

podido evitarse. Ulpiano aprecia culpa *in contrahendo* en la «pasividad» del vendedor y también en la «inactividad» del comprador; una culpa recíproca que impide a cada una de las partes contratantes exigir de la otra el cumplimiento de su respectiva obligación. Y, en este caso, la misma acción contractual sirve para solicitar el cese de los efectos del negocio; por tanto, como muy bien dice el jurista Ulpiano, procede el ejercicio de la acción contractual para resolver la compra. Y la pretensión del comprador no podrá ser resarcitoria no estimatoria, sino restitutoria.

63. Ojala la explicación suficiente del pasado de la *fides bona* obtenga inevitablemente, como consecuencia de esta sola prueba, la presidencia del futuro de la buena fe en el proceso de armonización jurídica del Derecho Privado europeo⁵¹.

3. Pérdida

64. Dice el apartado c) del art.2 de la Propuesta europea: «se entenderá por «pérdida»: pérdida económica y pérdida no económica en forma de dolor y sufrimiento, excluidas otras formas de pérdida no económica como el deterioro de la calidad de vida y la pérdida del disfrute».

65. La historia retrospectiva de este término nos explica la semasiología de *damnum*, sobre la que todos los diccionarios etimológicos se han pronunciado. ERNOUT-MEILLET⁵² traduce el término *damnum* por «daño, pérdida, disminución», con referencia a la lengua del derecho «daños e intereses», y, por extensión, «multa o pena». DE MIGUEL⁵³ acepta la etimología que para *damnum* nos ofrece Varrón y traduce el término por «daño, pérdida, detrimento, multa, confiscación». Y cita varios ejemplos muy interesantes-entresacados de la literatura latina-para descubrir y llegar a conocer la primera semántica de *damnum*. Solo voy a citar aquí algunos de ellos, los más significativos para nuestra historia retrospectiva de la palabra «pérdida» según la definición de la Propuesta europea. En Ovidio *damnum contrahere* toma el valor de «caer enfermo», una semántica que puede explicar una de las definiciones que propone el Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea: la «pérdida no económica en forma de dolor y sufrimiento». En Plauto *damnum capere* tiene el sentido de «experimentar una pérdida», una clara referencia semántica a la «pérdida económica» de la Propuesta europea. Y en la lengua jurisprudencial clásica *damnum capere* significa «salir agraviado», una semántica que integra el valor «sufrimiento». Creo que debemos descartar la derivación de Varrón para *damnum* desde *demptio*, así como la explicación de Isidoro de Sevilla que relaciona *damnum* con *deminutio*, no porque sean erróneas, que no lo son, sino porque no explican la primera semántica del término, que es más amplia y no se limita exclusivamente al valor «disminución patrimonial» o «pérdida económica». El término *damnum* integra otros valores, «sacrificio», «lo que se ha sustraído de una propiedad por la fuerza», «pérdida de dinero», «gasto no recuperable al que alguien ha sido obligado por condiciones de justicia», y fundamentalmente «daño sufrido». El Derecho de la Ley de las XII Tablas configura la expresión *damnum decidere* con el valor «llegar a un acuerdo sobre la pérdida experimentada», semántica en la que aún no cabe diferenciar la pena privada de la indemnización de daños y perjuicios. Y es que tiene razón D'ORS⁵⁴ cuando habla del «dinamismo semántico» del término *damnum*: «es propiamente la pérdida que sufre el propietario por detrimento de una cosa que le pertenece, lo que se puede traducir aceptablemente por «daño»; pero también significa «la pérdida que debe imponerse como pena al autor del delito».

66. El Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea muestra-una vez más-cierto sensibilidad histórica en su propuesta de semántica unívoca: el término «seleccionado» en

⁵¹ Hemos parafraseado las palabras de A.COMTE en su *Discours sur l'esprit positif* escrito en 1844 con las que ORTEGA Y GASSET concluye su ensayo *Historia como sistema* en 1941(*Obras Completas*, VI, 3ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1955, p.50).

⁵² *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*, Paris, 1967, v. *damnum*.

⁵³ *Diccionario latino-español etimológico*, Madrid, 1908, v.*damnum*.

⁵⁴ *Derecho privado romano*, 10ªed. revisada, Pamplona, Eunsa, 2004, nt.1 a p.457.

el catálogo de definiciones es precisamente «pérdida», y la semasiología del mismo se explica a partir de la unidad semántica «pérdida», como semántica nuclear que admite dos matizaciones: «económica» *versus* «no económica». Dos valores presentes en nuestra historia retrospectiva de la palabra.

67. Es cierto que el reconocimiento jurídico de la esclavitud –ya desde la República romana- va a determinar en buena medida la historia semántica de *damnum* en las leyes de la ciudad y también en la interpretación de la jurisprudencia. El dolor y el sufrimiento de un esclavo herido es una pérdida que sufre el propietario del esclavo; y es una pérdida económica por el detrimento de la cosa que pertenece al dueño. La tecnificación jurídica de *damnum* tiene que ver fundamentalmente con el ingreso de este término en la *Lex Aquilia de damno* del año 286 a.C. *Damnum* toma una semántica unívoca con el valor «pérdida», y, más exactamente, «pérdida económica» en la medida que las acciones materiales de daño previstas en la ley afectan a cosas cuyo dolor o sufrimiento no se reconoce jurídicamente como «pérdida no económica», sino como destrucción o detrimento de cosas, y, por tanto, como «pérdida económica» para el dueño. Los daños morales, los daños no patrimoniales, las pérdidas no económicas conforman históricamente el ámbito jurídico de la *iniuria*, por lo que no sirven para explicar la semasiología de *damnum*. *Damnum facere* es matar, herir de muerte, golpear, destruir, corromper y alterar la sustancia de las cosas, en tanto acciones materiales de daño que producen pérdida económica. *Damnum dare* es la colocación de un cosa en situación de daño con producción del resultado lesivo. El daño patrimonial tiene aquí su causa en una acción u omisión injustificadas que producen finalmente el detrimento de la cosa, esto es, la pérdida económica. Estamos hablando de la responsabilidad aquiliana o responsabilidad extracontractual que conforma la jurisprudencia clásica gracias a sus lecturas extraordinariamente innovadoras de los preceptos de la *lex Aquilia*. Estamos fuera de la semántica de contrato y de la responsabilidad contractual. La tecnificación del término *damnum* en el ámbito jurídico extracontractual puede explicar el desdoblamiento semántico que identifica la Propuesta europea: «pérdida económica»-«pérdida no económica». Basta salir del esclavismo que reduce la condición jurídica de personas a simples cosas, para que el sufrimiento y el dolor de estas mismas personas –ahora sujetos de derecho- produzcan «pérdidas no económicas». Pero la huella histórica queda en esta propuesta semántica unitaria para Europa en la explícita exclusión de «otras formas de pérdida no económica como el deterioro de la calidad de vida y la pérdida de disfrute», valores que no formaron parte nunca-como hemos visto- de la historia retrospectiva del término *damnum*. Porque la semántica del término «pérdida» está ligada a la destrucción o detrimento de la cosa, y no a la pérdida de disfrute de una cosa subsistente, no alterada. Y la semántica de *damnum* refiere también el sufrimiento y el dolor en tanto detrimentos inherentes a la misma cosa, a la misma persona incurso en *damnum dare*. El «deterioro de la calidad de vida» debe quedar fuera de la semántica unitaria del término «pérdida», por cuanto es una suerte de «daño colateral» subsiguiente al daño que efectivamente produce en la misma cosa o en la misma persona el dolor o sufrimiento. Y tales daños colaterales o subsiguientes que no ingresaron en la semasiología retrospectiva del término *damnum*, quedan también hoy excluidos de la propuesta semántica europea.

4. «Condiciones generales de contratación»

68. Dice el apartado d) del art.2 de la Propuesta europea: «se entenderá por «condiciones generales de la contratación»: cláusulas que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes y que no han sido negociadas individualmente por las partes a tenor del artículo 7 de la normativa común de compraventa europea».

69. Y el artículo 7.1 aclara: «se considerará que una cláusula contractual no ha sido negociada individualmente si ha sido impuesta por una de las partes y la otra parte no ha podido influir en su contenido».

70. La semántica unitaria de la expresión «condiciones generales de la contratación» que propone en su catálogo de definiciones el Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea es una semántica antigua, casi «vieja» y «en desuso» en nuestra historia retrospectiva de las pa-

labras. Es cierto que el Derecho romano descubre esta expresión y adjudica a la misma un valor semántico que puede identificarse prácticamente con la descripción explicativa de la Propuesta europea. La expresión *lex contractus* se conforma jurídicamente a finales del siglo III a.C. y en la primera mitad del siglo II a.C. en una sociedad políticamente ordenada por la *Res publica*, y con una incipiente economía de mercado basada fundamentalmente en la propiedad de la tierra, (pequeñas o medianas extensiones de tierra) y en las actividades agropecuarias inherentes a la explotación del fundo. En esa economía agraria el propietario de la tierra se esfuerza por obtener el máximo rendimiento económico de su explotación. Y ello va a implicar el descubrimiento de ciertos instrumentos jurídicos útiles para minimizar el gasto y maximizar el beneficio optimizando los recursos de la granja. Y uno de esos instrumentos es precisamente las condiciones generales de la contratación.

71. El escenario jurídico en el que aparecen y se conforman tales condiciones generales es un escenario contractual en el que aún no están bien definidos los tipos contractuales. Pero, pese a tal indefinición, las variantes admitidas oscilan entre dos contratos, arrendamiento y compraventa. Debemos empezar, por tanto, señalando que la formación misma de la expresión «condiciones generales de la contratación» tiene su historia retrospectiva ajustada a una «contratación indiferenciada» o «intercambiable», todavía no sujeta a modelos cerrados y típicos, que aspira a modelarse o tipificarse en parte gracias a esas condiciones generales. Estamos casi ante un ensayo histórico de ordenación jurídica del intercambio de obra por renta, de trabajo por salario, y de mercancía por precio. Y en este ensayo hay un único actor con innegable protagonismo social, económico y también jurídico: es el propietario, el dueño de la tierra y de la explotación, quien gobierna la granja, dirige la actividad económica y ordena-económica y jurídicamente- los trabajos, las obras y las ventas de productos. No tiene que negociar nada de lo suyo; tan solo tiene que fijar unilateralmente las condiciones de venta de los productos del campo, las condiciones de adjudicación de las obras, o las condiciones de la prestación de trabajo. Y lo hará en función de sus exclusivos intereses; todos los demás son actores secundarios. La posición jurídica preeminente del propietario-simplemente por su condición de tal en tanto titular del poder más fuerte que es el derecho de propiedad- justifica en buena medida su protagonismo en la contratación: Así se explica la «unilateralidad» de las condiciones generales de la contratación, y también el carácter vinculante e imperativo de las mismas: quienes estén interesados en celebrar un contrato con el dueño de la explotación tendrán que hacerlo respetando, asumiendo y cumpliendo al pie de la letra las condiciones de la contratación fijadas unilateralmente por el dueño.

72. Con esta mirada retrospectiva podemos entender bien la semántica unitaria que propone hoy el Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea cuando explica el valor de «cláusulas contractuales no negociadas individualmente»: «si han sido impuestas por una parte y la otra parte no ha podido influir en su contenido».

73. Pero, como decía antes, el escenario jurídico histórico que produce esta semántica no es un universo contractual bien formado, consolidado y perfeccionado por los juristas clásicos. Más bien, representa la prehistoria de los contratos consensuales en el Derecho romano. Y quien mejor nos informa de los avatares de esta prehistoria es Marco Porcio Catón en su Manual de Derecho agrario, el libro *de agri cultura*⁵⁵. Catón- que pretende con este libro enseñar a los jóvenes las habilidades propias del «buen agricultor»-, advierte que entre esas habilidades figura el conocimiento de ciertas reglas básicas del Derecho, lo cual faculta al propietario para celebrar cuantos negocios jurídicos aseguren la máxima rentabilidad propuesta. Probablemente Catón no persigue una corrección jurídica máxima cuando escribe uno de los capítulos más importantes de la historia del Derecho contractual romano. Tan solo quiere mostrar a los jóvenes las condiciones de contratación más ventajosas para el propietario de la granja en la adjudicación de obras o en la venta de productos agrícolas. Y además instruye a los jóvenes sobre la necesaria inclusión en esas condiciones de contratación de ciertas garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra parte de la transacción, o que sirven para minimizar las pérdidas en caso de incumplimiento.

⁵⁵ Vid. MARCO PORCIO CATÓN, *De agri cultura*, Estudio preliminar, traducción y notas de A. CASTRESANA, Madrid, Tecnos, 2009, pp.LXXVIII-XCI.

74. No hay duda de que en algunos capítulos del libro Catón se convierte en un avezado jurista y formula las condiciones generales de contratación que darán contenido jurídico concreto a cuantos negocios celebre el propietario de la explotación. Catón emplea sistemáticamente el término latino *lex* que toma el valor de «condiciones del negocio» en tanto condiciones generales de contratación que el propietario fija unilateralmente para dar contenido a ese contrato cuantas veces lo celebre y con quienes como contraparte lo haga. La *lex* se convierte en derecho vigente, de obligado cumplimiento para las partes, y es la determinación unilateral de los pormenores del contrato: el contenido de las prestaciones, el término de ejecución previsto para las mismas, las garantías adoptadas, el foro ante eventuales incumplimientos, etc.

75. En definitiva, está claro que la semántica de la *lex* catoniana explica perfectamente la definición de la Propuesta europea: condiciones generales de contratación son «cláusulas previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes».

76. Y termino con una conclusión evidente: no hay mejor explicación de la semántica unívoca que hoy se está proponiendo en Europa a propósito de la normativa común de compraventa europea que la historia retrospectiva de las palabras.