

LA RESPONSABILIDAD EN LA *LOCATIO-CONDUCTIO* «*OPERIS*»: ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS *BONAE FIDEI IUDICIA*

EVA MARÍA POLO ARÉVALO

Profesora Titular Derecho Romano
Universidad Miguel Hernández de Elche. Elche (Alicante) España

La tripartición de la *locatio-conductio* que se ha venido realizando por la Doctrina en los manuales de Derecho romano ha quedado hoy reducida a efectos meramente expositivos y para ofrecer una mayor claridad en la explicación del contrato, puesto que es corriente mayoritaria –y casi unánime desde que ARANGIO-RUIZ así lo estableciera en sus *Istituzioni*¹– admitir que las fuentes ofrecen un tratamiento unitario de la *locatio-conductio*, sin efectuar la clasificación en *locatio-conductio rei*, «*operis*» y *operarum* a la que se recurre en la actualidad². No obstante, siendo el arrendamiento un contrato que era útil para una realidad económico-social compleja, lo cierto es que los juristas romanos examinaron las soluciones a los problemas que se planteaban con el acusado casuismo que acostumbraban a poner en práctica, estableciendo reglas específicas en caso de que

¹ Fue ARANGIO-RUIZ quien puso de manifiesto que la tricotomía de la *locatio-conductio* no fue empleada por los juristas romanos, como lo prueba su regulación unitaria, la existencia de una sólo *actio locati* y *conducti* y porque su objeto consiste siempre en la devolución de una *res* que se pone a disposición del *conductor* en todos los casos de forma provisional, a diferencia de la *emptio-venditio*, donde se entrega de forma definitiva. Por todo ello, el autor afirmó que la clasificación tripartita de la *locatio conductio* no se corresponde con el derecho romano, ofreciendo una definición del contrato como negocio consensual por el que una de las partes (*locator*) se obliga a poner a disposición materialmente una cierta cosa, que la otra parte se obliga a restituir después de haberla disfrutado por cierto tiempo o después de haberla manipulado o transportado en el modo convenido. ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, pp. 345 y ss. Esta tesis ha sido acogida, entre otros autores, por BRASIELLO, O., «L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano», en *RISG*, 1927, pp. 529 y ss. y 128, pp. 3 y ss.; MAYER-MALY, T., *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, pp. 81 y ss.; AMIRANTE, L., «In tema di locazione», en *BIDR*, 1959, pp. 14 y ss. y Voz «Locazione. In generale. (Diritto romano)», en *NNDI*, IX, 1963, pp. 991 y ss., entre otros autores, que propugnan la unitariedad del régimen de la *locatio conductio*; TORRENT, A., «La polémica sobre la tricotomía 'res', 'operae', 'opus' y los orígenes de la 'locatio-conductio'», en *TSDP*, IV, 2011, pp. 1 y ss. En contra de la teoría unitaria, se habían pronunciado KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1901, pp. 632 y ss. o RABEL, F., *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basel, 1955, pp. 110 y ss.

² *Gai Inst.*, III, 142 a 147 y D. 19, 2.

la *res* arrendada fuera algo material o, por el contrario, inmaterial, al contratarse una actividad determinada a realizar por el *conductor* o bien el resultado de esa actividad³.

La comprensión unitaria de la *locatio-conductio*, como ya avanzara AMIRANTE, también resulta muy difícil debido a los variados y numerosos fines a los que debía dar respuesta el contrato en la sociedad romana, y quizás por ello no convencen del todo ni las teorías que abogan por la concepción unitaria del mismo ni las que defienden su tripartición; de ahí que haya cobrado un mayor protagonismo la visión ecléctica de FIORI, que entiende la *locatio-conductio* como unidad en cuanto a su tipicidad –puesto que siempre existe la dualidad de *merces-uti frui*– pero con una diversidad de modelos negociales, que tendrían a su disposición la *actio locati* y la *actio conducti* en cada uno de ellos⁴. Y es que, como afirma VOCI⁵, a la jurisprudencia práctica siempre le eran ajenas las disquisiciones conceptuales, porque la clarificación de los conceptos tiene habitualmente su punto de mira en un problema práctico que se debe resolver, no llevando a cabo, en definitiva, «la teoría per la teoría»⁶.

A la discusión acerca de la concepción unitaria de la *locatio-conductio* se unen otros muchos interrogantes que han despertado interés en la doctrina romanística y sobre los que existe una literatura prolija; la definición y significado del contrato, su función primigenia o su posterior desarrollo, son temas, entre otros, que todavía se encuentran hoy sin resolver y cuyo examen excedería el objeto del presente trabajo, pero sí considero necesario para el tema que nos ocupa poner de manifestó que, si bien las fuentes se ofrecen un tratamiento unitario del arrendamiento, la diversidad en cuanto a la regulación de los modelos negociales que engloba este contrato son más acusadas si cabe en la que se ha denominado por la doctrina como *locatio-conductio* «*operis*». En efecto, la reconducción de la *locatio-conductio rei* y *operarum* a una sola categoría puede ser fácilmente explicable siguiendo la teoría de AMIRANTE, que entiende la *res* –que entrega el *locator* y que se obliga a devolver el *conductor*– como elemento que explicaría la unicidad conceptual del contrato. Así, considerando que el trabajo manual era entendido en Roma como una *res* incorporal, el mismo trabajo o incluso el propio *operarius* serían entendidos como el objeto del negocio jurídico, esto es, como aquello que se entregaría a cambio del pago de la *merces*⁷. Ahora bien, lo cierto es que esa categorización unitaria de la *locatio-conductio* desde este punto de vista del *dare-reddere* tiene difícil cabida cuando se examina el arrendamiento de obra y el propio AMIRANTE advierte que su

³ TORRENT, A., «La polémica sobre la tricotomía...», op. cit., p. 5.

⁴ FIORI, R., *La definizione della «locatio conductio»*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, pp. 286 y ss.

⁵ VOCI, P., «La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica», en *Scritti Ferrini*, Milano, 1946, pp. 385 y ss.

⁶ En efecto, como apunta el autor, no hemos heredado de los juristas romanos teorías, «ma metodi e norme» que constituyen «il nostro patrimonio migliore di giuristi». El autor pone de manifiesto acertadamente que «i Romani non hanno norme generali nè in tema di risarcimento del danno, nè in tema di ingiustificato arricchimento. Hanno una folla di remedi, civili y pretori. Anche qui, se la duplicità degli ordinamenti, e la varia natura dei remedi pretori, debbono portare alla negazione di una norma generale, non debbono portare alla negazione di un principio generale. Ci sono principi, dai quali, in dati momenti storici, gli organi creatori del diritto si sentono vincolati: se autolimitano la loro discrezionalità conforme ad essi, significa che i principi adempiono la funzione della norma che manca». VOCI, P., «La dottrina del contratto...», op. cit., p. 398.

⁷ AMIRANTE, L., «In tema di locazione», op. cit., pp. 58 y ss.

tesis tendría poco encaje en el caso narrado por PAULO en D. 19, 2, 22, 2, puesto que la *insula* a construir o la estatua a esculpir no existirían materialmente en el momento de conclusión del contrato⁸:

D. 19, 2, 22, 2.— *Paulus 34 ad ed.*— *Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.*

En el primer párrafo del texto, tras afirmarse que *quoties autem faciendum aliquid datur, locatio est*, se añade en el segundo Que, cuando se da a edificar una casa en un solar para que el *conductor* realice toda la obra a su costa, transfiere la propiedad de lo construido al *locator* y no se califica el contrato como compraventa sino como locación, porque *locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem*. Por ello, AMIRANTE se ve obligado a distinguir dos etapas en el arrendamiento de obra, afirmando que, hasta LABEON, el material de construcción entregado por el *locator* constituiría el objeto del contrato, mientras que, con posterioridad, lo sería la restitución de un *opus* que no existiría materialmente al concluir el mismo. También autores como MASSI han distinguido en esta modalidad de *locatio-conductio* dos hipótesis que se podían presentar: una, en la que la *res* se ha entregado por el *conductor* con especificación de un servicio determinado; y otra, en la que se requiere lo que se ha denominado un *opus faciendam*⁹. En el primer caso, el *locator* está obligado a entregar al conductor la *res* y pagar la *merces* y el *conductor* está obligado a realizar una actividad sobre la misma bien personalmente o auxiliado por terceras personas y a restituirla al término del contrato. En el segundo caso, el *locator* debe proporcionar el proyecto exacto de la obra al *conductor* y pagar la *merces* y el *conductor* realizar la obra, bien personalmente si se ha pactado, bien con auxiliares o delegados; así, el *conductor* se liberaba de la obligación *ex locato* por los vicios de la construcción y en particular en la obra encargada con la *probatio «operis»*¹⁰.

En cualquier caso, como se observa, la *locatio-conductio* que doctrinalmente se ha denominado «*operis*» encuentra una especificidad en cuanto a su configuración dentro de la *locatio-conductio*, que ocasiona un tratamiento separado en las fuentes respecto de las otras dos modalidades de arrendamiento. Siendo definido este contrato como aquél en el que se estipula la obtención de un resultado producido por la actividad laboral desarrollada por el *conductor* —y no la propia actividad laboral—¹¹, los problemas que surgen por la diversidad de supuestos que se pueden reconducir al mismo ocasiona que los límites con la compraventa, el mandato o depósito resulten de frecuente discusión en los textos y que, además, se examinen los problemas o conflictos a resolver en el marco del arrendamiento desde un inevitable casuismo que dificulta el establecimiento

⁸ Este escollo en la teoría de AMIRANTE es resuelta por el autor afirmando que, en este supuesto, la *res* entregada se entendería únicamente de una forma ideal —y no material— en el momento de la conclusión del acuerdo entre las partes. AMIRANTE, L., «In tema di locazione», op. cit., pp. 78 y ss. y Voz «Locazione...», op. cit., pp. 993 y ss. Vid. también BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, II, vol. 1, Padova, 1960, p. 220, que criticó esta concepción materialística de la *locatio conductio* como entrega material de la cosa objeto del contrato y DE ROBERTIS, E., *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, pp. 24 y ss.

⁹ MASSI, A., Voz «Locazione (storia)», en *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, pp. 907 y ss.

¹⁰ SAMTER, R., «Probatio «operis»», en *ZSS*, 1905, pp. 127 y ss.

¹¹ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni...*, op. cit., pp. 345 y ss.

de un régimen general aplicable a la variedad tipológica que puede presentar el arrendamiento de obra.

La *locatio-conductio* «*operis*» abarca supuestos muy diversos tales como la construcción de una obra determinada –negocio que ha dado lugar a su denominación actual–, la confección de piezas de orfebrería, el transporte de mercancías o personas, el encargo del lavado de ropa o la confección de trajes. Todos estos supuestos tienen como único nexo de unión en las fuentes la constatación de que el objeto del contrato lo constituye siempre una tarea, labor o encargo concluido y no la actividad que necesariamente se debe desarrollar para llegar a ese resultado; así lo pone de manifiesto LABEON en D. 50, 16, 5, 1, al afirmar que con las palabras *opere locato conducto* se debe entender el trabajo terminado –*opere facto corpus aliquod perfectum*–:

D. 50, 16, 5, 1.– *Paulus 2 ad ed.*– «*Opere locato conducto*»: *his verbis labeo significari ait id opus, quod graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.*

Se podría pensar por ello que como el *conductor* se obliga a la obtención de un resultado concreto, la falta del mismo debería llevar aparejada sin más la responsabilidad de éste, al no haberse llevado a cabo la satisfacción del interés del *locator*. No deberían tenerse en cuenta las circunstancias que se hubieran producido en la ejecución del contrato ajenas al obligado –por ejemplo, la introducción de innovaciones en la construcción de la obra, la falta de colaboración del *locator* en su medición final, los vicios o defectos en el material entregado, etc.– ni tampoco sería relevante que el obligado hubiera llevado a cabo su labor de forma diligente, sin que se le pudiera reprochar nada en este sentido.

Pues bien, como se verá a continuación, las fuentes no siempre muestran una relación de causalidad entre la imputación de responsabilidad al *conductor* y la mera falta de producción del resultado, sino que se tienen en cuenta para la valoración de la misma parámetros como la buena fe en las dos partes a lo largo de la vida del contrato –no sólo en la ejecución de la obligación por parte del *conductor* sino también en la colaboración del *locator* si ello era necesario para el buen fin del negocio–, el acontecimiento de hechos de difícil o imposible previsión o de consecuencias inevitables, la cualidad de profesional en el *conductor* o la mala elección de las personas que debían ayudar en la ejecución de la obligación. No se debe olvidar que la *locatio-conductio* «*operis*» pertenece a la categoría de los contratos consensuales, cuyo reconocimiento, como afirma VOGLI, se presenta como la primera etapa en la evolución del *ius civile* dentro del ámbito negocial, que significará el punto de partida para la negación de la tradición formalista¹²; estos contratos eran desconocidos por el *ius civile*, no porque fuera excluida la necesidad social que ellos cumplirían posteriormente o por la sencillez de su estructura, sino por la innovación que representaba que estuvieran presididos en esencia por el principio de la buena fe¹³.

¹² VOGLI, P., «La dottrina del contratto...», op. cit., p. 387.

¹³ En palabras del autor, los contratos consensuales son todos de buena, al ser «*rapporti, val dire, affidati in origine alla fides dei contraenti, restano governati dal principio della fides pur quando divengono giuridici*». VOGLI, P., «La dottrina del contratto...», op. cit., p. 388.

La *fides* significaba en el *ius civile* la sumisión u obediencia al juramento prestado¹⁴, a la palabra dada, pero el paso a la *bona fides* comportará la ampliación del concepto, extendiendo las obligaciones del promitente más allá de la promesa emitida¹⁵, aunque siempre manteniendo como base su tenor literal. La extensión que se produce en la noción jurídica de la *fides* cuando se le incorpora el adjetivo *bona*, implica la vocación a los valores que deben estar presentes en cada caso¹⁶; esto permitió el desarrollo, posteriormente, de los *bonae fidei iudicia*, en los que la *bona fides* sería aplicada en todo el proceso y a todos los ciudadanos, aunque no fueran romanos¹⁷. Por tanto, será el desarrollo del concepto de *fides* como exigencia ética lo que permitirá al pretor la creación de los nuevos *iudicia* –los *bonae fidei iudicia*– basados en la recíproca lealtad al acuerdo o convención y en los que se hará prevalecer la *conventio* sobre cualquier otra formalidad negocial. En estos juicios se dejaba al juez una gran libertad para poder apreciar las obligaciones de las partes y aplicar con discrecionalidad los principios del *bonum et aequum* para equilibrar la posición de los contratantes¹⁸.

Por ello, en los textos referidos a la *locatio-conductio* «*operis*», pese a que lo contratado sea un resultado concreto, la producción o no del mismo no será determinante para el nacimiento de la responsabilidad del *conductor*. Siendo la *actio locati* una acción de buena fe, el Juez tomaba en consideración, entre otras circunstancias, la conducta del demandado a lo largo de toda la relación contractual para examinarla bajo el prisma de la *bona fides*, criterio objetivo que servirá para interpretar cual hubiera sido la conducta ideal que debía haber mantenido el obligado y así poder fijar la responsabilidad del mismo. Una vez producido el conflicto de las partes, por tanto, y constatada la existencia del contrato entre ellas por parte del Pretor, correspondía al *iudex* no sólo

¹⁴ La conocida definición de CICERÓN en *De off.*, 1, 23, como *dictorum conventorumque constantia et veritas*, pone de manifiesto la sujeción a la convención celebrada.

¹⁵ La literatura sobre el tema de la *fides* en Derecho romano es prolija, por lo que destacamos, entre otros autores, el conocido estudio de LOMBARDI, L., *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, 1961; y los posteriores de FREYBURGER, G., *Fides*, Paris, 1986 y CASTRESANA, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Madrid, 1991.

¹⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bona fidei civiles», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, II, Padova, 2003, pp. 57 y 58. Según este autor, al añadir a la *fides* el adjetivo de *bona*, se produce un avance en la seguridad del tráfico jurídico, toda vez que la *bona fides* pasa a fijar el modelo de conducta socialmente exigible a un *bonus vir* cuando se produce un conflicto entre dos o más personas en el marco de una relación jurídica. Vid. también LOMBARDI, L., *Dalla «fides» alla «bona fides»*, op. cit., pp. 179 y ss., que señala la importancia de la distinción entre la *fides* y la *bona fides* como noción procesal que introduce el pretor en su Edicto al recoger las *conventiones* que se basan en el *fidem praestare* recíproco y que son exigibles con base en el *oportere ex fide bona*. Por tanto, la *fides*, en el ámbito jurisdiccional, se transforma en la *bona fides*. También a este respecto, CASTRESANA, A., *Fides, bona fides...*, op. cit., pp. 62 y ss.

¹⁷ Como apunta VOGLI, los conceptos de *diligentia*, *fides* y *bonus vir*, resultan nociones éticas de los ciudadanos romanos como ideas ligadas profundamente entre sí y válidas para la aristocracia romana. Esta *fides* tradicional que regía en la clase alta romana se extiende añadiendo el adjetivo de *bona* a todos los ciudadanos, para ofrecer la correcta conducta del ciudadano romano al resto de personas. VOGLI, P., «Diligentia, custodia, culpa», en *SDHI*, XLVI, 1990, p. 36.

¹⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «De los arbitria bonae fidei pretorios», op. cit., pp. 57 y 58. En el mismo sentido, SALAZAR REVUELTA, M., «Formación en el derecho romano y en la tradición romanística del principio de la buena fe y su proyección en el derecho comunitario europeo», en *RIDROM*, XIV, Abril, 2015, p. 122.

fijar el *oportere* del demandado, esto es, la prestación a la que se había obligado y cuyo cumplimiento podía exigir el actor, sino examinar la extensión del mismo aplicando el principio de la *bona fides*¹⁹. A este respecto, se debe advertir que, si bien el significado técnico-jurídico de *oportere* en las fuentes romanas ha sido discutido doctrinalmente²⁰, parece que está aceptado que los juristas clásicos lo tenían individualizado en los *iudicia ex bona fidei* desde fines de la República, consistiendo en la concesión de efectos jurídicos a las *conventiones* de los contratos consensuales –*emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *mandatum* y *societas*–, así como a los *pacta conventia*. En los *bonae fidei iudicia*, el *oportere* –en el caso de la *locatio-conductio* «*operis*», la producción del resultado– no sería suficiente para la exigencia de responsabilidad, puesto que debería añadirse la cláusula *ex bona fidei*, para concederle un valor específico y adicional en orden a la determinación de la extensión del *oportere* en el caso concreto que se tratara²¹.

No se debe olvidar tampoco que en todos los contratos consensuales –como es el caso de la *locatio-conductio*– las obligaciones implican siempre un *facere* y no un *dare*²², debiendo tener en cuenta que el objeto de las mismas consistirá siempre en un objeto indeterminado. Así se pone de manifiesto en las fuentes que se refieren a la *locatio-conductio* «*operis*», pudiendo citar D. 45, 1, 75, 7 para las obligaciones relativas a construcciones de obras –por ejemplo, la construcción de una casa o la cavada de una fosa– que se

¹⁹ RODRIGUEZ MONTERO, R., *Responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho Romano. Una aproximación con perspectiva histórica*, Santiago de Compostela, 2005, p. 49, afirma que la amplia y variada casuística que se constata en los textos romanos que abordan el problema de la responsabilidad por inexecución de las obligaciones, sobre todo de *facere*, dentro de los juicios de buena fe, «encuentra un elemento unificador en la idea de la prestación, identificada por la Jurisprudencia romana con el verbo ‘praestare’, considerado en su acepción técnico-jurídica como ‘ejecutar una prestación’ en sentido amplio, es decir, incluyéndose en la misma, además de la idea de realizar la actividad o resultado materiales que concretan la satisfacción del deudor, también la de garantizar por parte de éste al acreedor la obtención de todo lo que sirve para asegurarle la propia satisfacción de su crédito». En este sentido, según el autor, el término *praestare* se identificaría con «todos los deberes subsidiarios que corresponden a los criterios necesarios para la evaluación de la ejecución de los deberes principales de *dare* o *facere*, o para decidir la responsabilidad por su inexecución».

²⁰ La doctrina romanística ha discutido el significado del término *oportere*, entendiendo PUGLIESE, G., *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, pp. 204 y ss., que se identificaría con el deber –la prestación– a la que está obligado el deudor, extendiéndolo TALAMANCA, M., «La bona fides nei giuristi romani: ‘Leerformeln’ e valori dell’ordinamento», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica contemporanea. Studi in onore di A. Burdese*, IV, Padova, 2003, pp. 185 y ss., al complejo de deberes de todos los sujetos que forman parte de la relación jurídica en cuestión. Para un estudio del significado de *oportere*, vid. PAOLI, J., «‘Oportere’ dans les textes juridiques», en *Rev. des Études Latines*, XV, Paris, 1937, pp. 326 y ss.

²¹ La *bona fides* que sirvió para conceder reconocimiento jurídico a los contratos del *ius gentium*, una vez que se consiguió a través de la recepción edictal y las acciones *in ius concepta*, pasó a desarrollarse como parámetro para establecer o fijar el contenido de las obligaciones de las partes en el contrato y hasta donde debían extenderse las mismas. De ahí que la incorporación de los *bonae fidei iudicia* al sistema procesal romano, basados en la *bona fides*, supondrá el reconocimiento de nuevas causas del vínculo obligatorio. Vid. HORVAT, M., «Osservazioni sulla ‘bona fides’ nel diritto romano obbligatorio», en *Studi Arangio-Ruiz*, I, Milano, 1952, pp. 426 y ss.

²² Las obligaciones de hacer se configuran, por tanto, como residuales, en tanto comprenderían todas aquellas cuyo objeto no consistiera en un *dare*. En D. 50, 16, 218, se afirma que el término hacer comprende toda clase de hacer: dar, pagar, entregar dinero, juzgar, pasear, etc. D. 50, 16, 218.– *Papinianus* 27 *quaest.*– *Verbum* «*facere*» *omnem omnino faciendi causam complectitur dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi*.

conceptúan como obligaciones de hacer y también D. 50, 16, 175, para las obligaciones que consisten en la devolución de una cosa –*reddere*– que igualmente deben entenderse como un *facere* y a las que precisamente cabe reconducir algunos supuestos englobados bajo la categoría de arrendamiento de obra, tales como el *fullo* o el *sarcinator*:

D. 45, 1, 75, 7.– *Ulpianus 22 ad ed.*– *Quid id, quod in faciendo aut non faciendo, stipulatur, incertum stipulari videtur; in faciendo, veluti «fossam fodiri, domum aedificari, vacuum possessionem tradi»; in non faciendo, veluti «per te non fieri, quominus mihi per fundum tuum ire agere liceat; per te non fieri, quominus mihi hominem Erotelem habere liceat.*

D. 50, 16, 175.– *Pomponius 22 ad sab.*– «*Faciendi*» verbo reddendi etiam causa continetur.

La obligación del *conductor* en la *locatio-conductio* «*operis*», como se observa, se configura en las fuentes como un *facere*, cuyo objeto es indeterminado, y, por tanto, ejercitada la *actio locati*, la fijación del *oportere* por parte del Juez y su extensión de acuerdo con la cláusula *ex bona fidei*²³ cobrará una extraordinaria relevancia en orden a la determinación de la responsabilidad del obligado. Todo ello va a obligar al Juez a examinar si la conducta llevada a cabo por el *conductor* a lo largo de toda la relación contractual –y, sobre todo, en cuanto a la ejecución de su obligación– se había adecuado o no a la buena fe negocial, debiendo aplicar entonces los parámetros generales que llevan a determinar la existencia de responsabilidad o su exoneración: la culpa, el dolo, el caso fortuito o la fuerza mayor, en efecto, servirán como criterios para fijar la responsabilidad del demandado, pero sin embargo exigirán una valoración de la conducta de éste que necesariamente deberá confrontarse, como pone de manifiesto RODRIGUEZ MONTERO²⁴ con aquella atribuible a un determinado modelo construido por los juristas romanos de forma casuística y basado en el principio de la buena fe objetiva.

La figura del buen padre de familia o *bonus vir*, como modelo de actuación prudente y que observa una diligencia exigible a cualquier persona media, servirá para establecer cual debió ser en cada caso la conducta del deudor, no siendo un patrón único sino que variará en función de la relación contractual de que se trate. El examen de las circunstancias concurrentes y su ponderación conforme a la equidad, mostrarán el comportamiento que le era exigible al deudor, pudiendo concretarse de acuerdo con este parámetro objetivo si la falta de previsión supuso o no una negligencia en el cumplimiento de la obligación. Como afirma RODRIGUEZ MONTERO, el sistema clásico de responsabilidad contractual romano se debe realizar necesariamente desde una pers-

²³ Cic., *De off.*, 3, 17, 70.– ... *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis in quibus adderetur 'ex fide bona' fideque bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret. Vid. también Gai, Inst., 4, 62.– Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae; e I. 4, 6, 28.– DE ACTIONIBUS.– Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt haec: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.*

²⁴ RODRIGUEZ MONTERO, R., *Responsabilidad contractual y extracontractual...*, op. cit., p. 63.

pectiva procesal y teniendo en cuenta que el criterio que se adopta por los juristas se presenta como «típico», sin consideración a la culpa, dolo y responsabilidad objetiva como nociones abstractas preconstituidas²⁵. El dolo y la culpa, por tanto, así como el caso fortuito y la fuerza mayor, no serán tenidos en las fuentes como conceptos absolutos sino relativizados atendiendo a las circunstancias concurrentes y que el Juez deberá ponderar en cada caso concreto²⁶. A partir de ahí, la conducta del demandado en el cumplimiento de su obligación deberá ser examinada bajo el prisma de la *bona fides*, acomodándose a la conducta objetiva que habría llevado a cabo el modelo del *bonus vir* en el caso concreto²⁷. Ese modelo no resulta idéntico en todas las relaciones jurídicas, puesto que existen algunas, en las que se debe proporcionar un resultado concreto, en el que se exige un plus de diligencia por la pericia profesional exigible al demandado por razón de su profesión.

La *fides*, por tanto, va a adquirir un papel protagonista una vez se ha producido un conflicto entre las partes, al ser aplicada como criterio para interpretar la conducta que debían haber llevado a cabo los demandados y fijar así si existe o no responsabilidad. El *bonus vir* actuará como modelo objetivo para fijar en cada relación jurídica la conducta que debería haber seguido cada parte, y, a partir de ahí, establecer en el caso concreto, el alcance de las responsabilidades que debe asumir cada una de ellas. Como afirma MARTON²⁸, los jurisconsultos clásicos, a la hora de tomar en consideración la conducta del deudor, exigirán, no sólo que lleve a cabo una actuación libre de dolo –o lo que el autor denomina una «négligence scandaleuse»–, sino además que mantenga una «diligence active» durante todo el cumplimiento de la prestación, debiendo asumir todas las precauciones necesarias para evitar situaciones o circunstancias que amenacen el cumplimiento de la obligación. La responsabilidad del demandado, por tanto, se fijará, no conforme a sus capacidades personales, sino confrontando su conducta con aquella que servirá como modelo abstracto de hombre de negocios²⁹.

²⁵ Ahora bien, como afirma el autor, el examen de los textos constata la existencia de una línea lógica continua entre la figura negocial tratada, la fórmula procesal correspondiente y el criterio de valoración de la responsabilidad. RODRIGUEZ MONTERO, R., *Responsabilidad contractual y extracontractual...*, op. cit., p. 38.

²⁶ El incumplimiento por causas que el deudor previó y no evitó entrarían dentro de la esfera del dolo, mientras que las causas que el deudor debió prever y, por ende, evitar caerían dentro de la noción de culpa, siendo los incumplimientos por caso fortuito o fuerza mayor los acontecidos por causas que el deudor no pudo prever o evitar.

²⁷ En cuanto a la responsabilidad por culpa, se pueden traer a colación D. 45, 1, 137, 3, que hace referencia al constructor diligente, así como D. 19, 2, 11 (12), 3, dedicado al transporte de mercancías, en el que se afirma que el *conductor* deberá devolver el vino que se le entregó para su transporte, salvo el caso en que no concurriera culpa del mismo. D. 45, 1, 137, 3.– *Venonius 1 stipul.– Item qui insulam fieri spopondit, non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet nec rursus utroque aut altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque. item si non inchoetur opus, id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit. transactoque tempore, quo insulam consummare oportuerit, si postea aedificetur, liberetur reus, sicut liberatur, qui se daturum spopondit, si quandoque tradit;* D. 19, 2, 11 (12), 3.– *Ulpianus 32 ad ed.– Qui vinum de campania transportandum conduxisset, deinde mota a quodam controversia signatum suo et alterius sigillo in apothecam deposuisset, ex locato tenetur, ut locatori possessionem vini sine controversia reddat, nisi culpa conductor careret.*

²⁸ MARTON, G., «Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile», en *RIDA*, III, 1949 (*Mélanges de Visscher*, II), pp. 177 y ss.

²⁹ Por esto, según MARTON, encontramos el sentido lógico a los textos que, refiriéndose a los grados

Las fuentes presentan casos específicos de responsabilidad cuando el obligado es un profesional, ya que por esta cualificación, se entiende que debe conocer –y por tanto prever a la hora de cumplir con su obligación– algunos hechos que pueden producirse en el marco de su actividad y los riesgos que pueden acontecer en la ejecución de su trabajo. En estos casos, el Juez no acudirá a la figura del *bonus vir* como diligencia de hombre medio, sino que se exigirá al obligado un plus de responsabilidad al acudir al modelo de conducta del *artifex*, que debe observar pericia profesional en la ejecución de su trabajo. Por ello, la culpa se convierte en impericia profesional como se afirma en D. 19, 2, 9 (10), 5, referido a un contrato de obra³⁰:

D. 19, 2, 9 (10), 5.– *Ulpianus 32 ad ed.*– *Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarcinendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.*

El caso del *fullo* y el *sarcinator* son igualmente tenidos en las fuentes como profesionales que, por razón de su oficio, deben conocer y prever aquellas eventualidades que se pueden producir en la ejecución de su trabajo, y por los cuales deberán responder. Así, en D. 19, 2, 13 (14), 6, referido a un supuesto de entrega de ropa para lavar que se ve deteriorada por la acción de los ratones, se afirma que el lavandero debe responder porque, en el marco de su actividad profesional, debía haber previsto que este hecho podía suceder:

D. 19, 2, 13 (14), 6.– *Ulpianus 32 ad ed.*– *Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.*

Se debe advertir también, al margen de la exigencia al *fullo* y *sarcinator* de pericia profesional, que también se les impone en las fuentes la denominada responsabilidad

de responsabilidad de los deudores en el marco de una relación contractual, sitúan en un lugar distinto, al lado de la culpa, a la diligencia. La explicación, según el autor, es sencilla: «le débiteur intéressé est obligé non seulement de s'abstenir des actes qui feraient échouer le contrat, mais aussi à apporter une diligence positive à son accomplissement». Vid. D. 13, 6, 5, 15.– *Ulpianus 32 ad ed.*– *Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.* MARTON, G., «Un essai de reconstruction...», op. cit., pp. 187 y 188.

³⁰ También se habla de impericia en D. 19, 2, 13 (14), 5 en el que se trata de un supuesto de entregar una gema para esculpirla y se hubiera roto. Se dice que lo que es norma general, según el texto, es que responde siempre en caso de impericia profesional –*si imperitia faciendis*–. El texto trata la responsabilidad en caso de que el *locator* hubiera entregado una joya para esculpirla y se hubiera roto; se afirma que si la ruptura del objeto hubiera sucedido por defectos inherentes a la materia prima entregada, el *conductor* no debe responder. Como se observa, el conductor no entrega el resultado al que se ha obligado en el contrato y, sin embargo, se ve libre de responsabilidad puesto que se atiende a posibles vicios ocultos en la propia joya. D. 19, 2, 13 (14), 5.– *Ulpianus 32 ad ed.*– *Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.*

por custodia en cuanto a la ropa entregada por el *locator*³¹. Este criterio de responsabilidad que deriva de algunos contratos como el comodato o depósito, en los que se recibe una cosa ajena con obligación de devolverla a su término³², supone la exigencia de un plus de diligencia en el cumplimiento de la obligación. Así, en D. 4, 9, 5, pr., se advierte que pese a que el *fullo* y *sarcinator* reciben la *merces* por el trabajo a realizar en las prendas –*pro arte mercedem accipiunt*– y no por la custodia de las mismas, pero que, sin embargo, también se encuentran obligados a ella en virtud de la *actio locati*:

D. 4, 9, 5, pr.– *Gaius 5 ad ed. provinc. – Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiat, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.*

Otro de los parámetros a tener en cuenta para la fijación de responsabilidad son los pactos a los que puedan haber llegado las partes contratantes en el marco de la autonomía de la voluntad que se concede en la *locatio-conductio*. Así, en D. 50, 17, 23 se afirma que el arrendamiento pertenece a los contratos en los que la responsabilidad se fija no sólo en función del dolo, sino también de la culpa, pero se añade que se otorga libertad a los intervinientes para pactar una responsabilidad superior o inferior³³:

³¹ Vid. a este respecto *Gai Inst.*, 3, 205.– *Item si fullo polienda curandaue aut sarcinator sarcienda uestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si soluendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem saluam esse.* 206.– *Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodauimus. nam ut illi mercedem capiendae custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendae similiter necesse habet custodiam praestare;* D. 19, 2, 60, 2.– *Labeo 5 post. a iav. epit. – Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex calendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit. itaque si ea domus ex calendis ianuariis fulta in calendis iuniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum, adeo ut nec cogi quidem posset ex calendis iuliis refecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare;* y D. 47, 2, 12, pr.– *Ulpianus 29 ad sab. – Itaque fullo, qui curanda poliendave uestimenta accepit, semper agit: praestare enim custodiam debet. si autem soluendo non est, ad dominum actio redit: nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est.*

³² En general, en D. 4, 9, 3, 1, texto referido al depósito, se dice en relación con la *actio locati* ejercitada en un supuesto de transporte de mercancías, que el que recibe la cosa se obliga a conservarla y que aunque hubiera perecido o se hubiera deteriorado sin culpa suya responde, a no ser que hubiera acontecido fuerza mayor. D. 4, 9, 3, 1.– *Ulpianus 14 ad ed. – Ait praetor: «nisi restituent, in eos iudicium dabo». ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.*

³³ Se entendería nulo, no sin discusión como pone de manifiesto CELSO en el texto, únicamente el pacto en que se exonerara al deudor en caso de concurrencia de dolo por ser contrario a la buena fe contractual.

D. 50, 17, 23.— *Ulpianus 29 ad sab.*— *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*

Por tanto, la autonomía de la voluntad en el ámbito de la *locatio-conductio* «*operis*» juega un papel determinante en orden al establecimiento de la responsabilidad del *conductor*, puesto que hay diversos supuestos en que la misma no sería imputada por concurrencia de dolo o culpa sino porque las propias partes han pactado que así sea. A este respecto, cabe traer a colación D. 19, 2, 13 (14), 5, texto en el que se permite la extensión de responsabilidad del *conductor* a los casos en que la pérdida de la cosa se deba a vicios ocultos en la materia entregada por el *locator*, siempre que las partes así lo hubieran pactado:

D. 19, 2, 13 (14), 5.— *Ulpianus 32 ad ed.*— *Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.*

En definitiva, de todo lo expuesto se puede afirmar que la responsabilidad del *conductor* en la denominada *locatio conductio* «*operis*» no se fija sólo en función de si el resultado contratado llegó a producirse o no, sino también aplicando diversos parámetros que producirán en algunos casos incluso su exoneración. En los textos no se aprecia una objetivación de la responsabilidad del obligado y ello debido a que la aplicación de la *bona fides* permitía al juez poder examinar con una mayor discrecionalidad las circunstancias que concurrían en el caso concreto³⁴. Producido un resultado parcial o sin que se llegara a producir el mismo, ello no era determinante porque debía comprobarse si la diligencia desplegada por el demandado se había adecuado a las exigencias de la *bona fides*; siempre la buena fe medida de acuerdo con unos criterios precisos y adecuados a cada caso concreto, que se verán incrementados en el supuesto de que el *conductor* tuviera una cualificación profesional, por la exigencia de una especial pericia proporcionada por los conocimientos de su trabajo. En el resto de supuestos, la diligencia exigible era la que resultaba de examinar objetivamente la conducta que hubiera llevado cualquier persona en su lugar, esto es, conforme al modelo del *bonus vir*. Además de lo anterior, también cabía la posibilidad de tener en cuenta la conducta del *locator* a lo largo de la vida del contrato, los pactos alcanzados por las partes para atemperar o aumentar

³⁴ La culpa es la falta de diligencia puesto que, como afirma VISKY «la ‘diligentia’ signifique la côté inverse de la culpabilité qui veut dire ‘culpa’». VISKY, K., «La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République», en, *RIDA*, III, 1949, pp. 437 y yss., en concreto, p. 461.

la responsabilidad del *conductor* y, en general, cualquier otra circunstancia que pudiera incidir en la ejecución de las obligaciones dimanantes del contrato.

ABSTRACT: The present work deals with the responsibility in the *locatio-conductio* «*operis*» from the point of view of the *bonae fidei iudicia* in which the principle of the *bona fides* required to take into account all the circumstances of the case. In these trials, the judge had a wide discretion to apply the principle of *bonum et aequum*. All this supposed a substantial change with respect to the *ius civile*.

KEYWORDS: *locatio-conductio* «*operis*»; *bona fides*; *bonae fidei iudicia*.