

LA RESPONSABILIDAD DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL TERRESTRE EN EL DERECHO ROMANO

María José Bravo Bosch

Profesora Titular de Derecho Romano de la Universidad de Vigo

RESUMEN:

Después de una introducción dedicada al concepto de derecho mercantil romano y a las acciones adyecticias, nos referimos en concreto a una de ellas, la *actio institoria*, acción pretoria creada para proteger al tercero que contratase con una persona sin capacidad jurídica - y, por ende, carente de patrimonio propio pero que por ostentar la capacidad de obrar podía intervenir en el tráfico mercantil- encargada de un establecimiento terrestre, que carecía de responsabilidad, señalando quién es el responsable de los actos negociales del *subiecti*. Además, buscamos antecedentes de la buena fe objetiva en los textos romanos, en el ejercicio de esta acción.

Palabras clave: derecho mercantil romano; acciones adyecticias; acción institoria; actividad mercantil terrestre; la *praepositio*; la buena fe objetiva.

ABSTRACT:

After the introduction dedicated to the concept of the Roman Commercial Law and to the “*adyecticias*” actions, we refer, specifically, to one of them, the *actio institoria*, praetorian action created to protect the third one who takes on an incapable patrimonial person - but, able to make business- manager of a terrestrial establishment, with no responsibility, pointing out who is the negociator of the *subiecti*. Additionally, we look for records of the objective bona fide in the roman texts, in the course of this action.

Key words: Roman commercial Law; “*adyecticias*” actions; institoria action, Terrestrial trading activity; objective bona fide.

La responsabilidad de la actividad mercantil terrestre en el Derecho Romano

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La *actio institoria*: el *institor*; la *praepositio*, elemento necesario para determinar la responsabilidad. 3. La importancia de la *actio institoria* como antecedente de la buena fe objetiva.

1. INTRODUCCIÓN.

Parte de la doctrina romanística moderna viene declarando en los últimos años la tesis favorable a la existencia de una disciplina romana del comercio: un derecho comercial romano¹ que se fue desarrollando a la par que el resto del derecho privado romano, extendiéndose en la época clásica².

En el presente trabajo pretendemos estudiar un aspecto concreto de ese derecho comercial romano, cual es la responsabilidad del dueño de una empresa³ comercial terrestre, puesta a cargo de una persona incapaz patrimonial, pero con capacidad para llevar a cabo negocios en los que puede perjudicar a un tercero que debe ser protegido por los contratos que realice con el sometido.

La *actio institoria* es la acción elegida por nosotros para su análisis, ya que siendo una de las acciones adyecticias –*adiecticiae qualitatis*⁴– que fueron creadas por el pretor⁵ para corregir situaciones de indefensión, en ésta se protege al tercero que contratase con un *subiectu* –en este caso al frente de un establecimiento mercantil terrestre– ya que la persona sometida carecía de responsabilidad en la realización del negocio. Así, podía reclamar el tercero perjudicado, ante el dueño del esclavo o *pater familias* del hijo que hubiese contraído obligaciones con el acreedor, en ciertos casos. Como indica VALIÑO⁶: “El padre o dueño no respondía en lugar de, sino conjuntamente con el hijo o el esclavo... por lo que tales acciones concedidas contra el jefe son llamadas

1 Concepto que se utiliza no en el sentido de un derecho “unitariamente inteso” como dicen CERAMI P. -PETRUCCI A., en *Lezioni di diritto commerciale romano*, Turín 2002, p.12, sino para referirse a la historia de la disciplina romana del comercio.

2 Cfr. SERRAO, F. *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, p. 17, en la que distingue tres períodos: el primero, del año 754 al siglo IV a.C.; el segundo, del siglo III a. C. a la primera mitad del siglo III d.C.; y tercero, de la segunda mitad del siglo III d.C. al año 565 d.C. También, DE MARTINO F., en *Storia economica di Roma antica*, Florencia 1987, que distingue dos períodos: edad preimperial y edad imperial. Anteriormente, HUVELIN P. en *Études d'histoire du droit commercial Romain*, París 1929, p.1 ss. que ya delinea una partición cuádruple : período precomercial (754 a.C.-241 a.C); período comercial (241 a.C.-29 a.C); período del comercio mundial (29 a.C.-324 d.C); y período de la involución comercial (324 d.C.- 565 d.C). *Vid.* Sobre lo ajeno que cree resulta a la experiencia jurídica romana el concepto de un derecho especial del comercio GALGANO F., s.v. “*Diritto Commerciale*”, en *Digesto IV. Disc. civ., sez. Comm.*, Turín 1989, p. 349 ss.

3 Como dice MICELI, M. en *Sulla Struttura formulare delle acciones adiecticiae qualitatis*, Turín 2001, p. 191: “Nel riferirci all'impresa utilizziamo la terminologia moderna nella convinzione che possa ben adattarsi al fenomeno da noi studiato, come è stato dimostrato felicemente da SERRAO, *Impresa e responsabilità*...p. 21”.

4 Denominación tomada por los glosadores de un pasaje de Paulo (D.14.5.1) en el que al final dice: *hoc enim Edicto non transfertur actio, sed adiicitur*, refiriéndose a la acumulación de acciones.

5 Vid. al respecto, FUENTESECA, P., “Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la Jurisprudencia romana y la idea de *contractus*” en *AHDE* 23,1953, p. 543 ss. en donde observa que las acciones adyecticias, con su transposición de personas, son acciones pretorias y no civiles.

6 VALIÑO, E., “Las acciones *adiecticiae qualitatis* y sus relaciones básicas en Derecho Romano”, en *AHDE* 37, 1967, p. 340.

*actiones adiecticiae qualitatis*⁷, quedando clara la función complementaria de estas acciones con respecto a otra llamada principal⁸.

En lo que se refiere a la aparición histórica de la *actio institoria*, debemos referirnos a la discusión doctrinal que siempre ha existido con respecto a la cronología de todo el elenco de las *actiones adiecticiae qualitatis*.⁹ VALIÑO¹⁰ es el más concreto al señalar que “no pueden ser anteriores a la ley Ebuca”, indicando como fecha de aparición la de finales del siglo II o principios del I a.C. Ya en concreto, refiriéndose a la *actio institoria*, habla de su creación en la primera mitad del siglo I a.C., puesto que “ya era conocida por Servio Sulpicio, que murió en el año 43 a.C.”¹¹

En lo que sí están de acuerdo la mayoría de los autores¹², es que en el orden en el que aparecen las acciones adiecticias en el Edicto Perpetuo se corresponde con el orden cronológico de las mismas. LENEL¹³ reconstruye el título XVIII¹⁴, colocando en primer lugar la *actio exercitoria*, en segundo lugar la *actio institoria*, luego la *actio tributoria*, y luego el *triplex edictum (quod iussu, de peculio et de in rem verso)*. Estas serían, pues, las *actiones adiecticiae qualitatis*, aunque algunos autores rechazan la presencia de la *actio tributoria* entre ellas¹⁵.

En este orden se presentan también en el Digesto, dedicando el título 3 del libro 14 a la *actio institoria*, posterior en el tiempo a la *exercitoria*¹⁶, y, seguramente por los

7 Cfr. KIRSCHENBAUM, A., *Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce*, Jerusalén- Nueva York 1987, p. 63, en donde define las *actiones adiecticiae qualitatis* como “actions against the principal bearing the quality of being added to the primary actions against the agent himself”.

8 Sirva decir, a modo de ejemplo, que el contrato de compraventa es la relación básica más frecuente respecto de la *actio institoria*.

9 Así, ALBANESE, B., en *Le persone nel Diritto Romano Privato*, Palermo 1979, p.160, dice: “Questione di difficile soluzione quella della cronologia delle diverse azioni adiectizie”. También, HAMZA, G., en “Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano”, en *Index* 9 1980 p. 203, según el cual “la soluzione è difficile per le informazioni di base che provengono da autori selezionati nella *sedes materiae* della Compilazione”.

10 VALIÑO, E., “Las acciones...”, p. 344.

11 Ibid. p. 345. Cfr. COPPOLA BISAZZA, G. *Lo iussum domini e la sostituzione negoziale nell'esperienza romana*, Milán 2003, p. 164 en donde señala “L'actio exercitoria sarebbe stata già conosciuta da Ofilio (D.14.1.1.9)...e l'institoria da Servio Sulpicio (D 14.3.5.1)... Su questa base si è pertanto optato per la priorità storica di queste due ultime azioni rispetto a quella *quod iussu*”.

12 Sin embargo, ALBANESE B., “*Le persone...*”, p. 160, dice que le parece más verosímil “l'ipotesi di una cronologia corrispondente all'ordine di esposizione adottato da Gaio nelle sue *Institutiones*. Pertanto, il remedio piú antico sarebbe l'actio *quod iussu*”. De la misma opinión, PROVERA, G. *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Turín 1989, p. 279, que apuesta por la probabilidad de que la *actio quod iussu* fuera la primera en aparecer.

13 Vid.. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig 1927, p. 257 ss.

14 Hasta el asunto de la ubicación de las acciones adiecticias en el título XVIII es objeto de controversias doctrinales. Vid. VALIÑO, E., “Las acciones...” p. 341-342, en donde dice que “siendo el Edicto un orden de acciones, las conexiones determinantes de tal orden sean precisamente las de las propias acciones”. Importante la posición de FUENTESECA, P., “Los sistemas...” p. 544 ss. que destaca el hecho de que las acciones adiecticias son pretorias como las últimas del edicto *de rebus creditis* que precede, y que sin embargo las acciones de buena fe que siguen son civiles.

15 Así, FERNÁNDEZ BARREIRO, A. – PARICIO, J., en *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*, Madrid 1997, pp. 178-179: “No tiene, en cambio, el carácter de adiecticia, aunque a veces se incluye entre esas acciones, la *actio tributoria*”. VALIÑO, E., “La *actio tributoria*”, en *SDHI* 33 (1967) p. 106, not. 19. Contra, CHIUSI, T.J., “Contributo allo studio dell'editto *de tributoria actione*”, en *Atti Accademia Nazionale dei Lincei*, 390 (1993) p. 350 ss., que considera la *tributoria* como una de las acciones adiecticias, “un'azione cioè in cui nell' *intentio* compariva l'obbligazione del sottoposto e non la *tributio dolosa* e nella *condemnatio* l'obbligo dell'avente potestà, fondato sulla *scientia* dell'attività negóciale esercitata con merce peculiare dal sottoposto, a pagare secondo quanto stabilito dall'editto”.

16 No debía discutirse lo contrario, por cuanto la *actio institoria*, de ámbito de aplicación más amplio que la *exercitoria*, si hubiese existido antes, no hubiese hecho necesario crear la *exercitoria* para el *magister*

problemas que provocó el no alejamiento del principal y el *praepositus* -como veremos a continuación- está reflejada de forma mucho más extensa en el Digesto¹⁷.

Antes de estudiar más concretamente la figura de la *actio institoria*, debemos resaltar la relación de estas acciones con el derecho mercantil¹⁸, y su núcleo común entre todas ellas. Así, podemos decir que el fundamento jurídico de las acciones adyecticias reside en el principio de asumir riesgos, como bien dice BUCKLAND¹⁹: “*The principles of taking risks*” concretando, en el caso del *exercitor*, que la responsabilidad del mismo y del proponente es una cuestión de asumir riesgos, y no de representación²⁰.

En la misma dirección, DI PORTO²¹ declara que las acciones contempladas en el Edicto fueron creadas como instrumentos funcionales y originales de la organización empresarial romana, más que como instrumentos de representación negocial²².

Por ello, con respecto a las acciones contempladas en el edicto: *de exercitoria actione*, *de institoria actione*, *de tributaria actione*, *de peculio*, *de in rem verso*, *quod iussu* – el *triplex edictum* – se impone un nuevo análisis, así como en el tema de los efectos de las estipulaciones de los contratos sobre la responsabilidad de terceros, ya que, como dicen CERAMI- PETRUCCI²³, el principio del riesgo²⁴ (*periculum*) del que estamos hablando nos puede situar en la óptica de una posible conexión funcional entre responsabilidad adyecticia y organización empresarial²⁵.

navis, ya que es esencialmente un *institor*. Vid. al respecto, SOLAZZI, S., “L’età dell’*actio exercitoria*”, en *Scritti di Diritto Romano* 4 (1938-47) p. 244. También, GANDOLFO, E., “La priorità nei rapporti cronologici tra le *actiones institoria ed exercitoria*”, en *AG* 64 (1900) p. 45-77.

17 Cfr. VALIÑO, E., “Las acciones...” p. 359, en donde afirma que “esta acción, precisamente por la circunstancia del no alejamiento del principal y el *praepositus*, tiene que haber sido la que más problemas suscitó y la que sufrió una evolución más acentuada, como lo prueba el hecho de su extensión en el Digesto, muy superior a la de la *actio exercitoria*”.

18 Mejor dicho, con el derecho romano de la edad comercial (II siglo a.C.- mitad del II siglo d. C) como señala SERRAO, F., *Impresa...* p. 3 ss. También, vid. CERAMI P. - PETRUCCI A., *Lezioni...* p. 22-38, en donde delimitan los principales periodos del derecho comercial romano.

19 Cfr. BUCKLAND, W., *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, 2, Cambridge 1965, p. 217 ss.

20 Ibid. p. 219.

21 Cfr. DI PORTO, A. “Il diritto commerciale romano. Una “zona d’ombra” nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti”, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, 3, Nápoles 1997, p. 423, n. 31. Apoyan dicha tesis también, CERAMI, P. – PETRUCCI, A., *Lezioni...*, p. 47.

22 Vid. al respecto, ALONSO, J.L. “Estudios sobre la delegación” I, en *Cuadernos compostelanos de Derecho Romano*, Santiago de Compostela 2001.

23 Ibid. p. 47- 48 añaden: “Illuminanti sono, in tal senso, le puntuali note introduttive del commentario ulpiano agli editti *de institoria actione* (D.14, 3, 1), *de exercitoria actione* (D. 14, 1, 1 pr.), *de tributaria* (D. 14, 4, 1 pr.) e *de peculio* (D.15,1,1 pr.2), con le quali il giurista sottolinea espressamente che il rapporto contrattuale intercorre in modo diretto ed esclusivo fra il sottoposto e gli altri contraenti...che la responsabilità dell’avente potestà, terzo rispetto al rapporto contrattuale, discende dal suo ruolo di *exercitor negotiationis*, e precisamente dalla sua “oggettiva” posizione di preminenza in seno alla struttura imprenditoriale, in cui si inserisce il rapporto contrattuale fra sottoposto e controparti”.

24 Reflejado expresamente en las fuentes jurisprudenciales. Vid. con respecto a la *actio institoria*, D.14, 3, 19, 1: *Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam, idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa*.

25 Resulta interesante la clasificación de las acciones adyecticias hecha por VALIÑO, E., en “Las acciones...” cit. p. 355-356, ya que distingue entre “acciones mercantiles” y “no mercantiles”. Si bien aclara que tal distinción no aparece reflejada por la jurisprudencia, él la realiza en atención a que se desprende de la propia naturaleza de las acciones. Para él “los edictos *de exercitoria*, *de institoria* y *de tributaria actione* contemplan supuestos en los que las personas sometidas jurídica o socialmente...realizan una actividad eminentemente comercial...En cambio, los edictos *de peculio*, *de in rem verso* y *quod iussu* no se refieren a actividades de

2. LA ACTIO INSTITORIA: EL INSTITOR; LA PRAEPOSITIO, ELEMENTO NECESARIO PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD.

El título 3 del libro 14 del Digesto está dedicado, ya en su rúbrica, a la *actio institoria* y su fragmento 1 pr. debido, como todo el título, a la autoría de Ulpiano (XVIII *ad edictum*), presenta el siguiente tenor literal:

Aequum Praetori²⁶ visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum, et conveniri. Sed non idem facit circa eum, qui institorem praeposuit, ut experiri possit; sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus acquisitis sibi actionibus; si autem vel alienum servum, vel etiam hominem liberum, actione deficietur; ipsum tamen institorem, vel dominum eius convenire poterit vel mandati, vel negotiorum gestorum. Marcellus autem ait, debere dari actionem ei, qui institorem praeposuit, in eos, qui cum eo contraxerint²⁷.

Vemos como la *actio institoria* es muy limitada en lo que se refiere a los sujetos legitimados activamente, ya que sólo puede ejercitarse en relación con los contratos realizados por terceros sometidos al principal, y no por esclavos ajenos u hombres libres. Ahora bien, tan restringido elenco²⁸ fue superado por la jurisprudencia²⁹, pudiendo hablar en una segunda etapa de la posibilidad de ser *institor*³⁰ cualquier hombre o mujer, libre³¹ o esclavo, tanto del principal como ajeno.

Esto se refleja ya en Gayo, 4, 71, cuando nos dice:

comercio sino a lo que hoy llamamos “actos civiles”. Otra clasificación, realizada por los juristas romanos, agrupa las acciones adyecticias –según su posición en el edicto pretorio– en *superiores* (*exercitoria, institoria, tributoria*) e *inferiores* (*actio de peculio et de in rem verso, actio quod iussu*) como dice, por ejemplo, Gayo en D. 14, 5, 1: *...etiamsi deficient superiores actiones, id est exercitoria, institoria, tributoriae...*

26 Como ya dijimos anteriormente, al hablar en general de las acciones *adiecticiae qualitatis*, la acción institoria es una acción pretoria, como las últimas del edicto *de rebus creditis*, ubicadas en el título XVII del Edicto Perpetuo-que precede al de las acciones adyecticias- y no civil, como las *actiones bonae fidei* que siguen FUENTESECA, P., p. 543.

27 Es decir, que al Pretor le pareció justo que ya que nos beneficiamos de actos realizados por nuestros factores de comercio, también quedemos obligados por contratos de los mismos, aclarando que si se tuvo de factor de comercio a un esclavo propio, las acciones las adquiere para él. Pero si fuese un esclavo ajeno u hombre libre, se carecerá de acción; aunque podrá demandar al factor de comercio, o a su principal, ya por la acción de mandato o por la de gestión de negocios. Pero dice Marcelo que al que lo puso de factor de comercio, debe dársele acción contra aquellos que con él hubieren contratado.

28 Vid., con respecto al estricto sentido originario del posible *institor*, AUBERT, J.J., *Business managers in ancient Rome. A Social and Economic Study of Institores*, 200 B.C.-A.D.250, Leiden-Nueva York-Colonia 1994, p. 91 ss.

29 Como se puede observar en D. 14, 3, 5, 3, cuando Ulpiano, en sus comentarios al Edicto, dice que también si alguno tuvo a un esclavo al frente de una mesa de cambio –sin especificar si es propio o ajeno– obligará en nombre de él. Además, como añaden CERAMI, P. –PETRUCCI, A., *Lezioni...* p. 146, en referencia a las palabras de Ulpiano: “...Ai suoi tempi era indifferente la preposizione di un proprio schiavo o di uno schiavo altrui ai fini dell’applicazione dell’azione institoria contro il preponente, come chiaramente affermato già un secolo prima nelle Istituzioni di Gaio 4, 71”.

30 No existe una definición del término *institor*, aunque los textos enumeran casuísticamente a las personas que tienen tal cualidad. Cfr. VALIÑO, E., “Las *actiones...*”, pp. 383-384, en donde define al *institor* como “aquella persona que ha sido *praepositus* por el propietario de un establecimiento mercantil terrestre en el ejercicio del mismo o de un ramo, o bien para la realización de un determinado negocio.”

31 Vid. al respecto, LONGO, G “*Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, en *Studi in onore di Gaetano Scherillo II*, Milán 1972, p. 581 ss., en donde explica que los negocios realizados por un *sui iuris* acabaron siendo admitidos por la jurisprudencia con respecto al ejercicio de la *actio institoria*.

Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae³² aut cuilibet negotiationi filium servumve suum vel quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est, contractum fuerit. Ideo autem institoria vocatur, quia qui tabernae praepositus, institor appellatur. Quae et ipsa formula in solidum est.

Según Gayo, la fórmula³³ de la acción que nos ocupa, la *actio institoria*, procede cuando alguien ha puesto al frente de una tienda³⁴ o cualquier otro comercio a un hijo o a un esclavo suyo o a cualquier extraño, libre o esclavo, y se ha efectuado con él algún negocio relacionado con aquella actividad. Añade que se le denomina fórmula *institoria* porque recibe el nombre del *institor*, que es el que está al frente de una tienda, y que además esta fórmula se da también por el total³⁵.

Y años después, en palabras del propio Ulpiano, en Digesto 14, 3, 7, 1:

Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, liber an servus, proprius vel alienus; item quisquis praeposuit, nam et si mulier praeposuit, competit institoria exemplo exercitoriae actionis, et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa. Sed et si filiafamilias sit, vel ancilla praeposita, competit institoria actio.

En lo que se refiere al tipo de negocio que podía realizar el *institor*, para luego poder ejercitar, si es preciso, la *institoria actio*³⁶, resulta clarificador el texto de Ulpiano en D. 14, 3, 3:

Institor appellatus est ex eo, quod negotio³⁷ gerendo instet, nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi³⁸.

Esta afirmación de las amplias facultades de negociación del *institor* se repite de nuevo por Ulpiano, en D. 14, 3, 5, pr:

Cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur.

El elemento esencial para que los negocios llevados a cabo por terceros obligasen al principal, es decir, para que existiese responsabilidad del dueño, lo constituye la

32 Sobre el sentido etimológico de la palabra *taberna*, LIGIOS, M.A., “*Taberna, negotiatio, taberna cum instrumento e taberna instructa nella riflessione giurisprudenziale classica*”, en *Studi Dell’Oro*, Padua 2001, p. 7 ss.

33 Con transposición de personas, de modo que en la *intentio* figuraba el *subiectus* como demandado, y en la *condemnatio* figuraba el *pater familias*, para permitir que la sentencia, absolutoria o de condena, recayese sobre persona distinta a la inicialmente demandada. Vid. al respecto, MICELI, M., *Sulla struttura formulare delle “actiones adiecticiae qualitatis”*... p. 37 ss.

34 Entendida como *taberna instructa*.

35 Vid. al respecto, LONGO, G., “*Actio exercitoria*”, p. 603, donde dice: “Dalla definizione delle Istituzioni di Gaio apprendiamo che la *praepositio* a un’impresa commerciale terrestre, analogamente alla *praepositio* a un’impresa marítima, creava una responsabilità *in solidum*, per i contratti conclusi dal soggetto precosto, di lui e del preponente”, añadiendo que Lenel fue el que precisó —a diferencia de lo que los Digestos justinianeos pueden hacer entender— que la cláusula edictal debía designar al gerente (*institor*) como *tabernae praepositus*, poniendo en relación con él, las más diversas formas de actividad.

36 Vid. el edicto de *institoria actio* en LENEL, O., *Das Edictum...*, § 102.

37 Vid. Sobre el perfil semiológico-semántico del término *negotiator*, ROUGÉ, J., *Recherches sur l’organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l’Empire Romain*, París 1966, p. 274 ss.

38 Se le denomina *institor*, según las palabras de Ulpiano, porque está gestionando un negocio, y no importa mucho que haya sido nombrado para actuar como tendero o para cualquier otra actividad comercial.

*praepositio*³⁹, o sea, el acto de poner al frente de un establecimiento terrestre a un tercero que actúa en el tráfico mercantil en nombre del verdadero dueño del establecimiento⁴⁰. Las funciones a realizar por el *institor*⁴¹ nombrado en la *praepositio*⁴² deben ser permanentes⁴³, para que los terceros que vayan a realizar negocios con ellos vean claramente que es una persona autorizada por el *dominus negotii*.

La *praepositio*⁴⁴ no exigía un acto solemne⁴⁵, por lo que salvo signos claros en su contra, al tercero le bastaban las apariencias dado que se entendía que llevaba implícita la voluntad de apoderamiento del dueño, y así los que contratasen con el *praepositus* podían dirigir la *actio institoria* contra el que lo puso el frente del comercio terrestre⁴⁶. Con todo, debe tenerse en cuenta que la acción no procede en todos los casos⁴⁷, sino exclusivamente en punto a los negocios incluidos en la *praepositio*, como nos dice Ulpiano en D. 14, 3, 5, 11:

Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum, qui praeposuit, sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est duntaxat ad id, quod eum praeposuit.

39 En palabras de CERAMI, P. – PETRUCCI, A., *Lezioni...* p. 60: "La *praepositio* costituisce il fondamento giuridico dei poteri e dei compiti del sostituto *institor*- nel senso che : a) stabilisce l'ambito dell'attività negoziale del preposto, e, quindi, della responsabilità del preponente, b) fissa, in un certo senso, le condizioni generali alle quali debbono essere improntati i rapporti contrattuali fra preposto e terzi".

40 El término *praepositio* no se define en ningún pasaje del Digesto, en donde tampoco se señala siquiera algún requisito. Cfr. ARIAS RAMOS, J., "Representación y *praepositio*" en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela* 10 (1941) p. 11.

41 Si se le prohíbe contratar al empleado con terceros, no se le considera *institor*, sino como un guarda, lo que se refleja en D.14,3,11-6: *Sed in totum prohibuit cum eo contrahi, praepositi loco non habetur, quam magis hic custodis sit loco, quam institoris. Ergo nec vendere mercem hic poterit, nec modicum quid ex taberna.*

42 Vid. al respecto, DI PORTO, A. *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica. II sec. a. C.-II sec. d. C.*, Milán 1984, p. 67, en donde deja claro que no es suficiente la existencia de una *praepositio* para determinar la configuración de una empresa comercial, "ma è necessario prendere in considerazione sia il GENERE di attività esercitata, sia le MODALITÀ con le quali si svolge".

43 Como dice MICELI, M. *Sulla Struttura formulare...* p. 207: "Infatti, la *praepositio institoria*, ieri come oggi, è un fenomeno dotato dei peculiarità proprie. E' innegabile, infatti, che l'attività di cooperazione, svolta in maniera stabile e continuativa, richieda una particolare disciplina rispetto alla cooperazione delegata in maniera episodica".

44 Entendida, en palabras de MICELI, M. *Sulla Struttura formulare...*, p. 192, como acto "inicial que legitima el preposto al desarrollo de una actividad comercial".

45 Cfr. VALIÑO, E., "Las acciones..." p. 357.

46 Si hablamos de una casa de campo, y no de un establecimiento mercantil, el encargado de la misma no se considera como *praepositus* para negociar, sino que simplemente es un casero recolector de los frutos, lo que viene reflejado en D. 14, 3, 16: *Si cum villico alicuius contractum sit, non datur in dominum actio, quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praepositus. Si tamen villicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum, exemplo institoriae actionem in me competere.* Como indica, si se le encarga vender mercancías, podrá ejercitarse una acción a ejemplo de la *institoria*. Al respecto, LONGO, G., "*Actio exercitoria, actio institoria*".... p. 613, en donde razona que los compiladores justinianos interpolaron la acción por analogía, cuando en este caso, el jurista Paulo declaraba -en este texto recogido en el Digesto- que la acción que se daría sería la *actio institoria*. Por ello, él apuesta por la concesión de una acción *institoria* directa y no la *actio exemplo institoriae*, creada por Papiniano. Cfr. sobre la *actio ad exemplum institoriae*, el trabajo de BURDESE, A., "*Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*", en *BIDR* 74 (1971) p. 61 ss donde refuta la tesis de RABEL según la cual PAPIANIANO creó dicha acción para el único caso del *procurator- praepositus* en una actividad negocial no distinta a la del *institor*- que debido a su elevada posición social (la del *procurator*) no se le podía equiparar con el *institor*.

47 LONGO, G., en *ibid.* p. 605 ss. analiza los diferentes ejemplos de *praepositio institoria* para determinar cuales pertenecen al pensamiento clásico, y cuáles son fruto de una evolución jurisprudencial posterior. En palabras del autor: "I vari esempi di *praepositio institoria* sono istruttivi; essi, effettivamente, indicano un progressivo sviluppo della nozione e un lodevole sforzo interpretativo della giurisprudenza..."

Así las cosas, no todo lo que se trata con el factor de comercio obliga al que lo puso, sino únicamente si se contrató respecto de aquello para lo que hubiere sido *praepositum*⁴⁸.

Es más, si el principal le encomendó la venta de mercancías⁴⁹, estará obligado en nombre de él por la *actio empti*. Incluso, si le hubiese puesto para comprar, se obligará sólo por la acción de venta, no estando obligado en el caso de que el factor hubiese vendido para comprar, y el *praepositus* hubiese comprado con miras a la venta. Así se confirma en D. 14, 3, 5, 12, de nuevo en palabras de Ulpiano:

Proinde si praeposui ad mercium distractionem, tenebor nomine eius ex empto actione. Item si forte ad emendum eum praeposueram, tenebor duntaxat ex vendito. Sed neque, si ad emendum, et ille vendiderit, neque, si ad vendendum, et ille emerit, debebit teneri; idque Cassius probat.

3. LA IMPORTANCIA DE LA ACTIO INSTITORIA COMO ANTECEDENTE DE LA BUENA FE OBJETIVA

La entidad indudable de lo expuesto hasta el momento sobre los negocios realizados por los *institores* en establecimientos mercantiles (terrestres), nos lleva a poner en relación los principios romanos con la realidad jurídica actual. Es decir, vamos a ver a continuación como la mayor parte de lo concerniente a la *actio institoria* gira con respecto al concepto de la buena fe objetiva⁵⁰. Estamos hablando de encontrar (tomando como base algunos textos) antecedentes de la buena fe⁵¹ objetiva en los contratos⁵² realizados con las empresas –en lo referente a su actividad económica– en la etapa histórica del derecho mercantil romano⁵³.

48 Como dice VALIÑO, E., en “Las acciones...”. p. 361: “Es esencial que el *institor* haya realizado negocios para los que tuviera apoderamiento”, por lo que el principal sólo será responsable de los negocios que caen dentro de lo que es la *praepositio*.

49 Lo mismo sucede con el nombrado *praepositus* únicamente para comprar o vender que hubiese recibido en préstamo, porque esto no obligará al empresario principal, como viene en D.14, 3, 5, 13-14: *Sed si pecuniam quis crediderit institori ad emendas mercis praeposito, locus est institoriae. Idemque, et si ad pensionem pro taberna exsolvendam; quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari. Si ei, quem ad vendendum emendumve oleum praeposui, mutuum oleum datum sit, dicendum erit, institoriam locum habere.*

50 Resulta importante, con respecto al concepto de la buena fe, la lectura detenida del artículo 1258 de nuestro Código Civil, donde dice: “ Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. En relación con esto, la sentencia del Tribunal Supremo 21-10-1988, que hace referencia a la buena fe objetiva como comportamiento honrado y justo, frente al criterio subjetivo-entendido como creencia o situación psicológica-a la hora de entender la buena fe de este artículo, mientras que en otras ocasiones alude a valores tales como “honradez, corrección, lealtad, fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida” (STS 26-1-1980), y en otras alude a la necesidad de seguir un comportamiento coherente con la confianza suscitada (STS 16-11-1979).

51 La referencia a la buena fe en el ejercicio de los derechos, cae bajo la órbita del artículo 7.1 de nuestro Código Civil, cuando declara en su apartado 1: “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

52 En relación con los contratos mercantiles, el Código de Comercio de nuestro ordenamiento dice en su artículo 57: “Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”. Vid. los artículos 1281-1289 del mismo Código, sobre la interpretación de los contratos.

53 Muy interesante la lectura de DI PORTO, A., en *Il diritto commerciale...* p. 413 ss. que, en contra de la teoría de GOLDSCHMIDT. L. *Universalgeschichte des Handelsrechts* I, Stuttgart 1891 -que

En primer lugar, acabamos de ver como la simple apariencia de ser un *praepositus* servía al tercero que hubiese contratado con él para dirigir la *actio institoria* contra el dueño del establecimiento. Por ello, si el empresario no quería que ejercitasen contra él dicha acción, es decir, si su pretensión era quedar exonerado de responsabilidad, por haber sobrepasado su gerente los límites de la *praepositio*, debía dar a conocer a los terceros el contenido y alcance del nombramiento efectuado mediante la exhibición de un anuncio por escrito, la *proscriptio*.

En este sentido, Ulpiano en D. 14, 3, 11, 3 - 4, nos explica las disposiciones que se refieren a las formas de publicidad, así como las consecuencias derivadas de su inobservancia:

Proscribere palam sic accipimus: claris literis⁵⁴, unde de plano recte legi possit⁵⁵, ante tabernam scilicet⁵⁶, vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Literis utrum graecis, an latinis? Puto secundum loci conditionem, ne quis causari possit ignorantiam literarum. Certe si quis dicat, ignorasse se literas, vel non observasse, quod propositum erat, quum multi legerent, quumque palam esset propositum, non audietur. Proscriptum autem perpetuo esse oportet. Ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptio⁵⁷ contractum sit, institoria locum habebit. Proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit, aut vetustate, vel pluvia, vel quo simili contingit, ne proscriptum esset, vel non pareret, dicendum, eum, qui proposuit, teneri. Sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus⁵⁸ ipsius proponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit, qui contraxit.

Queda claro que el régimen exigido de publicidad -para garantizar que los terceros interesados en contratar con un *institor* conozcan los límites de la *praepositio*- busca la tutela de la parte más débil, aplicando los principios que en términos actuales son los de claridad, información y rectitud⁵⁹.

afirmaba que el derecho comercial, como rama distinta del derecho, era obra del Medioevo italiano y de las codificaciones modernas- afirma la existencia ya en el derecho romano clásico, de un derecho comercial, como ya hemos comentado al principio de nuestro trabajo.

54 Vid. con respecto a estas disposiciones relativas a las formas de publicidad, PETRUCCI, A., "La tutela della parte debole nei rapporti negoziali con i professionisti nel sistema romano delle fonti", en *Atti del Seminario "immagini contemporanee delle fonti del diritto tra memorie storiche e scenari del futuro"*, (Pisa, 1-3 de marzo 2001). También, MICELI, M., *Sulla struttura formulare delle ...*' cit. p. 201 ss.

55 Resulta interesante la lectura del artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, cuando dice que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato... b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

56 Vid. al respecto, LONGO, G., "Actio excreitoria..." p. 610-611, donde elimina la frase "ante tabernam scilicet...in evidenti" por entender que es un añadido de los compiladores.

57 De nuevo, LONGO, G. ibid. p. 611, dice que en vez de 'vel obscurata proscriptio', que "è un completamente palese e altrettanto, como in esempi, noti e consimili, debe dirsi per la frase "aut vetustate...contigit".

58 En el contrato de mandato, recogido en nuestro Código Civil, se dice con respecto al dolo, en el artículo 1726: "El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido". Vid. en relación a la evolución del mandato romano, RANDAZZO, S. *Mandare, radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milán 2005, y en especial pp. 149 ss. en las que habla de la *bona fides* y la progresiva caracterización contractual del mandato.

59 Hoy en día no se necesitan carteles de denuncia o advertencia, porque las garantías y la regulación de las competencias de un factor en una empresa están mucho más delimitadas. A modo de ejemplo, artículo

Ulpiano continua en D. 14.3.11.5 explicando los pormenores del que ha sido nombrado encargado del establecimiento con la *praepositio*:

Conditio autem praepositionis servanda est; quid enim, si certa lege, vel interventu cuiusdam personae, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem? Aequissimum erit, id servari, in quo praepositus est. Item si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit, vel cum uno solo; sed et si denunciavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri, nam et certam personam possumus prohibere contrahere, vel certum genus hominum, vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere. Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio; neque enim decipi debent contrahentes.

El inicio del pasaje presenta un principio fundamental, cuando dice que se ha de observar la condición del nombramiento, es decir, lo que fue indicado por el dueño de la empresa en la designación de su factor. Después, el jurista desarrolla tal principio sobre un aspecto determinado, afirmando desde un inicio su validez —*aequissimum erit id servari, in quo praepositus est*, o sea, que será muy justo, que se observe aquello para lo que fue nombrado—cuando el titular fijaba algunas condiciones generales para uniformar los contratos realizados con el *institor* o gerente de la empresa. Por ejemplo, encontramos citadas por el jurista las siguientes condiciones:

1. La inclusión de ciertas cláusulas en los contratos⁶⁰.
2. La intervención de fiadores personales (*vel interventu cuiusdam personae*).
3. La limitación de los contratos a un cierto objeto (*vel ad certam rem*).
4. Coexistencia de dos o más *institores*, con distintas funciones, como la de contratar conjuntamente o de forma separada (*Item si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit, vel cum uno solo*).
5. Prohibición de contratar con ciertas personas, o cierta clase de hombres, o empresarios, o permiso al *institor* para contratar con determinados sujetos, o de un cierto género de hombres o negociantes (*nam et certam personam possumus prohibere contrahere, vel certum genus hominum, vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere*).

No cabe duda del amplio elenco de condiciones generales del contrato que nos propone el jurista Ulpiano, dispuestas por el titular, y vinculantes, siempre que se hubiesen puesto en conocimiento de los clientes en relación con el objeto de la empresa. Por eso, si algún tercero contratante no hubiera actuado conforme a dichas condiciones pre-puestas, no podría exigir ningún tipo de responsabilidad, más aún, no tendría ninguna posibilidad de ser protegido mediante el ejercicio de la *actio institoria*. Ahora bien, la libertad concedida a los empresarios de determinar las condiciones contractuales que ellos quieran en el comercio de sus bienes y servicios, podía provocar incertidumbre, si

291 del Código de Comercio: “Los actos y contratos ejecutados por el factor serán válidos, respecto de su poderdante, siempre que sean anteriores al momento en que llegue a noticia de aquél por un medio legítimo la revocación de los poderes o la enajenación del establecimiento...”. En relación con el mismo, vid. artículo 282 del mismo código, y el 290, que dice lo siguiente: “ Los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido”.

60 En relación con esto, nuestro Código Civil en el artículo 1255 aclara lo siguiente: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Cfr., la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, cit. arts. 1-10.

como se dice en el pasaje “*Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio*”.

En este caso se protegería a los contratantes, dándoles la tutela necesaria, a través de la *actio institoria* contra el titular, de acuerdo con la máxima de que no deben ser engañados los contratantes “*neque enim decipi debent contrahentes*”.

A la vista de lo anterior, podemos decir que la *regula iuris* señalada de que “los contratantes no deben ser engañados”, representa el principio de la buena fe objetiva⁶¹, persiguiendo un comportamiento honrado por parte del titular de la empresa, que no lleve a confusión en algunos casos a los terceros contratantes, y por ello ofreciendo la protección necesaria para evitar una injusticia, que además equilibre la posición de los que fuesen a contratar con el gerente.

Por ello podemos concluir que la buena fe⁶² objetiva está presente en los textos romanos en función de la tutela de la posición contractual de los terceros contratantes⁶³, en el principio de que ellos no deben ser engañados, y se concreta en vía jurisdiccional mediante la *actio institoria*.

Por todo lo anteriormente visto, podemos concluir diciendo que la responsabilidad exigida al titular del negocio terrestre, con respecto a los actos concluidos por su *institor* con terceras personas, dentro de los límites de la *praepositio*, está llena de garantías de uno y otro lado, lo que enriquece esta disciplina romana del comercio, que seguramente fue tomada como referencia en la evolución posterior de esta rama del derecho.

61 Vid. al respecto, PETRUCCI, A., *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C.- metà del III secolo d. C.*, Nápoles 1991, p. 191 ss. 235 ss, en donde analiza el texto del D.14.5.8 como otro ejemplo en el que se refleja el principio de la buena fe objetiva.

62 Al respecto, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. “De los *arbitria bonae fidei* pretorios a los *iudicia bonae fidei civiles*, en *Atti Burdese* 2, Padua 2003, p. 32, en donde señala que de una *fides* primitiva, idónea para tutelar los acuerdos comerciales del mercado interno, se llega a una *fides* ya evolucionada, para dar disciplina a los acuerdos realizados en las relaciones internacionales.

63 Vid. CERAMI, P. – PETRUCCI, A., *Lezioni...* cit. p.193- 201, en donde analizando distintos casos relacionados con la banca -en concreto sobre el equilibrio entre las exigencias económicas y la protección de los clientes- hablan de la aplicación en los mismos de principios generales, como la buena fe: “dall'esame di casi concreti...rappresentavano un'applicazione di principi generali, quali la *fides*, intesa sia come buona fede nei rapporti banchiere-cliente che come affidamento di quest'ultimo e di ogni terzo verso la banca, la *publica utilitas*, l'*aequitas*, che con la loro elasticità, da un lato, e carattere giuridico, dall'altro, erano in grado de estendersi ad un numero illimitato di casi, fornendo continue soluzioni alle nuove fattispecie che man mano si venivano affacciando al mondo del diritto”.