

# ORÍGENES ROMANÍSTICOS DE LA BUENA FE OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

Aldo PETRUCCI\*

SUMARIO: I. *El papel de la buena fe objetiva en los contratos de adhesión modernos y la finalidad de los presentes apuntes.* II. *Las facultades otorgadas al designado como gerente en la praepositio institoria según lo expresado en D. 14.3.11.5.* III. *La responsabilidad del titular del negocio en D.14.5.8.* IV. *Las leges horreorum y la responsabilidad del locator horrei en D.19.2.60.6.* V. *Un primer balance.*

## I. EL PAPEL DE LA BUENA FE OBJETIVA EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN MODERNOS Y LA FINALIDAD DE LOS PRESENTES APUNTES

Como es notorio, la contratación por adhesión con empresas que tienen por objeto prestaciones de bienes o servicios efectuadas sobre la base de condiciones generales del contrato o de modelos contractuales uniformes establecidos unilateralmente, representa hoy en día un sector importante del derecho de los consumidores.<sup>1</sup>

En tal ámbito, un papel fundamental desempeña la cláusula general de buena fe (objetiva) en la tutela del contratante más débil, bajo el perfil de los instrumentos de control judicial; a dicha cláusula hacen referencia expresa algunos artículos en materia contractual del Código Civil italiano (1337, 1358, 1366, 1375, 1460, 2o. c.).<sup>2</sup>

\* Universidad de los estudios de Pisa, Italia. Quisiera agradecer a los colegas de la Facultad Umberto Breccia y Emanuel Naavarretta por las interesantes sugerencias que me dieron sobre el vigente derecho civil italiano así como al doctor Yuri González Roldán que realizó la traducción de la presente investigación.

1 Véase Benacchio, G., *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 1998, pp. 306 y ss.; Alpa, G., *Il diritto dei consumatori*, Roma, Bari, 1999, pp. 155 y ss.

2 En el ordenamiento jurídico italiano, como se sabe, existe un único código el “Código Civile del 1942” para regular la materia civil así como la comercial. Con referencia a tal código también

En el campo más específico de los contratos con los consumidores, la buena fe es mencionada con referencia a la noción de cláusula abusiva introducida por la Directiva de la Comunidad Europea (CEE) número 13 de 1993, que como se sabe, se incorporó en el ordenamiento italiano en los artículos 1469-bis-1469-sexies del Código Civil. El inciso 1 del artículo 1469-bis afirma: “en el contrato concluido entre el consumidor y el profesional que tiene por objeto la cesión de bienes o la prestación de servicios, se consideran abusivas las cláusulas que, no obstante la presencia de la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio entre los derechos y las obligaciones derivadas del contrato”. Aunque la formulación poco feliz de la referencia a la buena fe haya dado lugar a discusiones, la doctrina aparece actualmente orientada en el sentido de considerarla como una confirmación del criterio de la buena fe objetiva ya expresada en otras disposiciones del código civil, que permite valorar “el significativo desequilibrio” de los derechos y de las obligaciones contractuales en contra del consumidor.<sup>3</sup>

Hasta aquí hemos hecho una breve referencia a la realidad jurídica contemporánea; pero nos podemos cuestionar si el papel de la buena fe objetiva en los contratos concluidos con las empresas relativos a su actividad económica es un fenómeno específico y exclusivo del derecho actual o si bien, por el contrario, es posible encontrar antecedentes en alguna de las etapas históricas del derecho romano, haciendo posible de tal manera una comparación entre las dos experiencias, con respeto ciertamente de la diferencia entre ambas.

Para responder a la presente cuestión, mi campo de observación y de confrontación es el relativo al derecho romano clásico o, como algunos de forma más específica denominan: “derecho romano de la edad comer-

pueden incluirse los artículos 1175 y 2598 núm. 3 en el campo de las obligaciones y de la concurrencia desleal, que hablan de “correttezza”, cuyo concepto no se considera sustancialmente diferente al de buena fe objetiva; sobre el argumento véase Bigliuzzi Geri, L., “Buona fede nel diritto civile”, *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile* II, Torino, 1988, pp. 169 y ss. Recientemente sobre el papel de la buena fe objetiva puede verse Alpa, G., *Il diritto dei consumatori, op. cit.*, pp. 161 y ss.

<sup>3</sup> Véase De Nova, G., “Criteri generali di determinazione dell’abusività di clausole ed elenco di clausole abusive”, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, p. 693; Bigliuzzi Geri, L., “Artículo 1469-bis. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore. Comma 1”, *Le nuove leggi civ. comm.* XX, 1997, pp. 796 y ss.; Busnelli, F. D., *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive, ibidem*, pp. 757 y ss.; Navaretta, E., “Art. 1469-quinquies, comma 2”, *ibidem*, pp. 1226 y ss. con exposición de las varias posiciones doctrinales; Alpa, G., *Il diritto dei consumatori, op. cit.*, pp. 221 y ss.

cial” (II siglo a.C- mitad del III siglo d.C),<sup>4</sup> en que gracias a la formación y desarrollo de una economía de mercado, las nociones de empresa (negotiatio) y de bienes finalizados a su ejercicio (taberna instructa) encuentran un reconocimiento jurídico, creándose así un aparato normativo relacionado exclusivamente a la actividad empresarial en el sector comercial, financiero, de transportes y servicios y en medida menor, el productivo.<sup>5</sup>

Tomemos en consideración tres ejemplos que nos vienen ofrecidos por las fuentes jurídicas de este periodo histórico, el primero de carácter general, el segundo y el tercero concernientes a problemas de responsabilidad por parte de una persona que desempeña la actividad de mutuas pecunias dare et pignora accipere (dar dinero en préstamo y recibir prendas) y de un horrearius (arrendador de almacenes).

## II. LAS FACULTADES OTORGADAS AL DESIGNADO COMO GERENTE EN LA *PRAEPOSITIO INSTITORIA* SEGÚN LO EXPRESADO EN D.14.3.11.5

Como es conocido por todos, la *actio institoria* fue introducida por el pretor en el transcurso del II siglo a.C para permitir a terceros que hubieran contratado con el gerente en los límites del encargo (*praepositio*), hacer valer una responsabilidad integral (*in solidum*) de su titular por las obligaciones que hubieran quedado sin cumplir.<sup>6</sup> Su campo de aplicación limitado originariamente a la empresa comercial en sentido estricto se amplió durante el I siglo a.C y la edad augustea, a todos los tipos de empresa, con excepción de la naviera, como puede constatarse en Gayo 4.71 así como en Ulp. 28 *ad ed.* D.14.3.5 pr, que consideran gerente (*ins-*

4 Véase por ejemplo., Serrao, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, pp. 3 y ss.

5 Sobre tales argumentos véase en forma reciente Di Porto, A., “Il diritto commerciale romano. Una “zona d'ombra nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti”, *Nozione formazione ed interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne*. Investigación dedicada a F. Gallo, III, Napoli, 1997, pp. 430 ss.; Serrao, F., *Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime en Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano (Atti del Convegno di Capri 13-15 ottobre 1997)* a cura di E. Lo Cascio, Bari, 2000, pp. 33 y ss., y por último, Ligios, M. A., “Taberna”, “negotiatio”, “taberna cum instrumento” e “taberna instructa” nella riflessione della giurisprudenza classica, “*Antecessori oblata*”. *Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro*, Padova, 2001, pp. 50 y ss.

6 Sobre el tema véase por última Miceli, M., *Sulla struttura formulare delle actiones adiecticiae qualitatis*, Torino, 2001, pp. 188 y ss. con indicación de la bibliografía principal.

titor) a la persona nombrada para cualquier empresa (*cuilibet negotiationi o negotium*).<sup>7</sup>

Si el empresario no quería ser llamado a responder con la *actio institoria* frente a los terceros que habían contratado con el gerente que sobrepasó los límites de la *praepositio*, debía llevar a conocimiento de los mismos el contenido y alcance del nombramiento efectuado mediante la exhibición de un anuncio por escrito llamado *proscriptio*.

Las disposiciones relativas a las formas de publicidad y a las consecuencias derivadas de su inobservancia nos vienen descritas detalladamente por Ulp. 28 *ad ed.* D.14.3.11. 3-4.<sup>8</sup> Sin entrar en los particulares,

7 Los textos de Gayo 4.71 y de Ulpiano en D.14,3,5 mencionan: *Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit y Cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur*. Sobre tales argumentos véase entre la bibliografía más reciente, Kirschenbaum, A., *Sons slaves and Freedmen in Roman Commerce*, New York-Jerusalem, 1987, pp. 31 y ss., pp. 90 y ss.; Serrao, F., “Il diritto dalle genti al principato”, *Optima hereditas. Sapienza giuridica romana e conoscenza dell’ecumene*, Milano, 1992, pp. 68 y ss. e *Impresa, mercato, diritto*, *op. cit.*, pp. 34 y ss.; Di Porto, A., “Servus e liberto, strumenti dell’imprenditore romano”, *Imprenditorialità e diritto nell’esperienza storico-giuridica* a cura di M. Marrone, Palermo, 1992, pp. 231 y ss. e *Il diritto commerciale romano*, *op. cit.*, pp. 413 y ss.; Aubert, J. J., *Business Managers in ancient Rome*, Köln-Leiden-New York, 1994, pp. 5 y ss., pp. 52 y ss.; Wacke, A., *Die adjektivischen Klagen im Überblick I* en ZSS, CXI, 1994, pp. 280y ss.; Földi, A., “Remarks on legal structures of enterprises in Roman law”, *RIDA*, XLIII, 1996, pp. 179 y ss; Ligios, M. A., “Taberna”, “negotiatio”, “taberna cum instrumento” e “taberna instructa”, *nella riflessione della giurisprudenza classica*, *op. cit.*, pp. 50 y ss., cuya conclusión, sin embargo, que del concepto de *negotiatio* fueron excluidas las actividades productivas, me parece excesiva si se entiende en forma general (por ejemplo con referencia a los *textores* en D.14.4.1.1).

8 El texto completo de D.14.3.11.3-4 es el siguiente: *Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde deplano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Litteris utrum Graecis an Latinis? Puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur. Proscriptum autem perpetuo esse oportet: ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione 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 praeposuit teneri. sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praepONENTI nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit* (Anunciar públicamente lo entenderemos de este modo: en carteles claros, donde de corrido pueda leerse bien, por supuesto, delante de la tienda, o delante de aquel local en que se explote la negociación, no en un lugar escondido, sino visible. Pero con caracteres ¿griegos o latinos? Opino, que conforme a las condiciones de la localidad, para que nadie pueda excusarse con su ignorancia de la escritura. Y a la verdad, si alguno dijera que no sabía leer, o que no respetó lo que estaba anunciado, con tal que muchos lo leyeran, y que hubiese estado anunciado en público, no será oído. Mas conviene que el anuncio esté expuesto perpetuamente. Pero si se contrató durante el tiempo en que no estaba expuesto, o habiéndose borrado el anuncio, tendrá lugar la acción institoria. Por consiguiente, si el propietario del capital comercial hubiese expuesto ciertamente el anuncio, pero otro lo quitó, o si por motivo del tiempo, o por la lluvia, o por otra causa semejante sucede

de los que me ocupé en otra sede,<sup>9</sup> es suficiente aquí dar relieve de cómo tal régimen aparece inspirado por principios que en la terminología moderna, podríamos denominar de “claridad, información y rectitud”.

En el siguiente 5 del mismo fragmento Ulpiano continúa tratando algunos aspectos concernientes al nombramiento del gerente, afirmando:

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 qui 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.

Al inicio del pasaje se presenta el principio fundamental *conditio autem praepositionis servanda est*, considerándose en el sentido que se debe observar lo que fue indicado por el titular de la empresa en el nombramiento del gerente; después, tal máxima viene desarrollada por el jurista sobre un aspecto específico, afirmando desde un inicio su validez (*aequissimum erit id servari, in quo praepositus est*) cuando el titular fijaba algunos tipos de condiciones generales a las que se debían uniformar los contratos concluidos con el gerente de la empresa; entre ellos encontramos ejemplificativamente:

- a) La inclusión de ciertas cláusulas en los contratos.
- b) La necesidad de la intervención de fiadores personales o la asunción de garantías reales.
- c) La limitación de los contratos a un cierto objeto (*quid enim-vel ad certam rem?*).

que no estuviese expuesto el anuncio, o que no fuese visible, se ha de decir que queda obligado el que dio el encargo. Pero si el mismo gerente lo quitó para defraudarme, el dolo de éste debe perjudicar al que lo encargó, a no ser que fuera participe en el dolo el que contrató).

<sup>9</sup> Se puede consultar 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 marzo 2001 en curso de publicación y “Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes frente a los empresarios. Observaciones sobre algunas normativas del derecho romano clásico”, *Roma e America. Diritto romano comune* núm. 12, 2001, pp. 393 y ss., así también véase Miceli, M., *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatís’*, *op. cit.*, pp. 201 y ss.

El mismo principio operaba también en el caso de:

- d) Nombramiento de dos o más gerentes con diferentes funciones, entre ellas la de intervenir en común o separadamente en la conclusión de los contratos (*item-cum uno solo*); e) prohibición o permiso de contratar por parte del gerente con cierto tipo de personas o de un cierto género de hombres o empresarios (*sed et si denuntiavit-permittere*).

Como se observa, Ulpiano nos propone una amplia panorámica de las “condiciones generales del contrato” predispuestas por el titular, y vinculantes, una vez hechas del conocimiento de los clientes sobre el objeto de la empresa; por tanto, los terceros contratantes que no se hubieran adecuado a las mismas no tenían la posibilidad de ser tutelados mediante la *actio institoria*.

Tal realidad, ciertamente favorable a los empresarios, libres de determinar las condiciones contractuales respecto a la disposición de los bienes y servicios, podía ocasionar que las modificaciones a las prohibiciones y a los permisos de contratar con el gerente produjeran incertidumbre; en tal caso se tutelaba a los clientes otorgándoseles la acción institoria contra el titular con base en la *ratio neque decipi debent contrahentes* (los contratantes no deben ser engañados): “*Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes*”.

Esta disposición, expuesta por el jurista con referencia a los dos tipos de condiciones indicadas anteriormente en los puntos d) y e), se podría, según mi opinión, extender a cualquiera de los casos de *continua variatio* de las condiciones generales de contratación, en virtud de la *ratio* afirmada al final, que informa la total disciplina en sí misma.

A la luz de lo anterior, me parece evidente y claro que una *ratio* de tal naturaleza presenta el principio de la buena fe objetiva, expresando, por un lado, el papel que debe desempeñar tal remedio encaminado a darle equilibrio a la posición de los que se hubieran encontrado a contratar con el gerente, y permitiendo, por otra parte, un control en sede jurisdiccional, mediante el ejercicio de la *actio institoria* de su efectiva aplicación.

### III. LA RESPONSABILIDAD DEL TITULAR DEL NEGOCIO EN D.14.5.8.

Un interesante y conocido pasaje de Paul. 1 *decret.* D.14.5.8 toma en examen el problema de la responsabilidad del titular del negocio por actos realizados por el gerente fuera de las facultades otorgadas a él en el respectivo nombramiento, demostrando cómo las decisiones de los órganos jurisdiccionales imperiales pudieran, en presencia de determinadas circunstancias, reconocer también una responsabilidad similar. El caso que el jurista analiza es el referente a una empresa financiera que tiene por objeto la concesión de créditos bajo prenda; sin embargo, el principio jurídico que surge puede considerarse de aplicación también en otros casos. El texto dice lo siguiente:

Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. Cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam ... quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.

Ticiano Primo había nombrado un esclavo para conceder préstamos garantizados mediante prenda. Además de tal actividad, el esclavo acostumbraba actuar en transacciones comerciales pagando al vendedor el precio de la cebada dado por el que la adquiría (*etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere*). En un cierto momento el esclavo escapa y el comerciante de la cebada que le había dado el encargo de pagar su respectivo precio demanda a Ticiano Primo con la acción institoria (*is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris*). El demandado presenta como excepción la falta de legitimación pasiva, afirmando que la actividad mercantil desarrollada por el esclavo entre compradores y comerciantes de cebada se encontraba más allá de las facultades establecidas en su nombramiento como gerente (*negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset*); no obstante lo anterior, se había probado en el juicio que el esclavo-gerente cumplía además otras actividades económi-

cas, así que alquilaba bodegas y actuaba como delegado de muchos compradores por los que había pagado el precio de la cebada; por lo tanto, el prefecto de los abastecimientos públicos emitió una sentencia de condena en contra del propietario del esclavo (*praefectus annonae contra dominum dederat sententiam*). Se realiza la apelación frente al emperador quien confirma la decisión del prefecto, sobre el presupuesto que el titular se había hecho sustituir por el esclavo en todas las actividades (*quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator*).<sup>10</sup>

La solución adoptada por el *praefectus annonae* y confirmada por el emperador se considera en doctrina contraria a los principios del derecho pretorio, con base en los cuales la responsabilidad del *dominus* no tenía validez para las actividades que iban más allá de la *praepositio* o de aquellas que tenían una función instrumental a la misma, y tal decisión se trata de justificar con el llamamiento a una *quaestio voluntatis* por la que en el presente caso se tomaría como presupuesto por parte de los órganos jurisdiccionales la aceptación, si bien implícita, de la extensión de los límites del mismo encargo por parte del *dominus*.<sup>11</sup>

Tal contrariedad a los principios del *ius honorarium* fue recientemente puesta en duda, si bien, no con referencia al caso específico considerado en esta sede, relevándose como el contenido de la *praepositio* y la responsabilidad respectiva del *dominus* no dependen exclusivamente de la voluntad de este último, sino que se determinan sobre un plano objetivo mediante el ejercicio efectivo de la actividad comercial del gerente.<sup>12</sup> La *praepositio* constituiría por ello únicamente el “acto de legitimación inicial” de la persona nombrada respecto a los terceros, y el ámbito de sus poderes, además de lo previsto, se extenderían a todos aquellos actos fi-

10 Para una discusión más profunda sobre el texto con referencia a las actividades bancarias y, de forma más general de carácter financiero véase Petrucci, A., *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C.-metá del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991, pp. 191 y ss., pp. 235 y ss., con otras indicaciones bibliográficas. Bajo el perfil de la jurisdicción del *praefectus annonae* se vea recientemente Höbenreich, E., *Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz, 1997, pp. 131 y ss. con referencia a la literatura sobre la materia.

11 Véase Sanfilippo, C., *Pauli decretorum libri tres*, Milano, 1938, pp.41 y ss.; Riccobono, S., “Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del ‘ius novum’”, *RIDA*, III, 1949, pp. 288 y ss. También para mí tal justificación me parece convincente, véase *Mensam exercere, op. cit.*, pp. 236 y ss.

12 Así Miceli, M., *Sulla struttura formulare, op. cit.*, pp. 194 y ss.



nalizados a la realización de las prestaciones económicas objeto de la empresa, a excepción de aquellas expresamente prohibidas.

Del texto en D.14.5.8 se puede ver, en mi opinión, cómo en la solución del caso emergen ambas perspectivas mencionadas. La primera es ilustrada por el jurista en modo claro cuando expone la argumentación efectuada por el *dominus* en su defensa, ya que las actividades de intermediación en materia de créditos cumplidas por el gerente entre comerciantes de cebada y compradores, se encontraban fuera de las facultades que otorgaba el nombramiento, situación por la que no se podía invocar su responsabilidad en orden a las mismas. Tal argumentación como es evidente atribuía un papel fundamental y exclusivo al elemento voluntario de la *praepositio* y, si se había opuesto a la pretención del actor, debía probablemente basarse sobre un principio considerado todavía vigente. La segunda visión se fundamenta en las razones adoptadas por los órganos jurisdiccionales *extra ordinem* para oponerse a la defensa del empresario financiero. En esta sede por ello, se da relieve al perfil objetivo del complejo de las actividades realizadas, en concreto, por parte del gerente en el ejercicio de la empresa, poniendo en un segundo plano la voluntad del titular.

Si bien faltando datos ciertos, nuestro ejemplo permite además otra conjetura. Las dos perspectivas vistas anteriormente son verosímiles en momentos históricos diferentes; la primera, fruto de una interpretación más restringida, parece haber sido aquella originaria, desarrollándose inmediatamente después la creación de la *actio institoria*; la segunda, en forma diferente, habría surgido por obra de algunos juristas al final de la edad republicana,<sup>13</sup> al inicio conviviendo con la primera y después terminando por prevalecer mediante las sentencias de los funcionarios imperiales y del mismo emperador.

En tal cambio de perspectiva, superándose el principio exclusivamente voluntario y sustituyéndose con aquel correspondiente a las actividades puestas en concreto para el ejercicio de la empresa, un empuje decisivo es derivado de las exigencias de tutelar la confianza de los terceros contratantes con el gerente, con base en la circunstancia de que este último resulta de actuar como representante aparente. En el caso tratado en D.14.5.8 el esclavo nombrado para dar dinero en préstamo y recibir prendas (*mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis*) efectúa de forma

13 Para algunos ejemplos véase Miceli, M., *Sulla struttura formulare*, op. cit., pp. 194 y ss.

habitual una serie de contratos uniformes con una categoría de empresarios, los comerciantes de cebada, asumiendo a través de ellos la obligación de pagar el precio por cuenta de los que la adquieren; tal circunstancia origina en los *negotiatores* la suposición que este tipo de contratos sean considerados entre aquellos no prohibidos por el titular que encargó al gerente, logrando que uno de ellos solicite la jurisdicción imperial, la cual juzga que su pretensión resulta ser válida para ser protegida.

Pero también en caso que no se acepte la interpretación apenas expuesta, suponiendo por el contrario, que el prefecto de los abastecimientos públicos y el emperador hayan decidido, fundamentándose sobre una *quaestio voluntatis*, por la tolerancia manifestada por el titular respecto al ejercicio de la actividad que va más allá de las funciones establecidas en el nombramiento, no vendría ciertamente en menos, en la tutela de los terceros contratantes con la empresa financiera o bancaria, el papel determinante desempeñado por el principio de la buena fe objetiva, bajo la forma, en esta ocasión de *venire contra factum proprium* (sobre el cual nos detendremos en el próximo parágrafo), siendo hecho valer en forma concreta en vía jurisdiccional.

#### IV. LAS *LEGES HORREORUM* Y LA RESPONSABILIDAD DEL *LOCATOR HORREI* EN D.19.2.60.6

Como es notorio,<sup>14</sup> los *horrea*, almacenes donde eran depositadas las mercancías, tenían una función de sumo valor en la economía romana tardorepublicana e imperial, y los titulares, los *horrearii*, no necesariamente eran propietarios de los edificios utilizados como almacenes (*domini horreorum*), sino comerciantes, dotados de propio personal, cuya actividad principal consistía en concluir con terceros, contratos que tenían por objeto el arrendamiento de varios almacenes y espacios en los que se encontraba dividido el edificio, otorgándose así un servicio de vigilancia.<sup>15</sup> Si bien, como sucedía habitualmente, el *horrearius* no era propietario

14 Véase Alzon, C., *Problèmes relatifs á la location des entrepôts en Droit romain*, París, 1964, pp. 297 y ss; Wacke, A., "Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung (=Lagerhausvermietung)", *Labeo*, 26, 1980, pp.299 y ss.

15 Sobre tales actividades y sobre la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento de bodegas véase entre otros, Wacke, A., *Lagerhausvermietung*, *op. cit.*, pp. 307 y ss; Robaye, R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, pp. 97 y ss., pp. 119 y ss. con un amplio resumen de las diferentes opiniones doctrinarias.

del edificio, sino que a su vez lo había tomado en arrendamiento, los contratos que concluía con terceros se configuraban como subalquileres. La jurisprudencia, desde los tiempos de Labeón, atribuía responsabilidad a tal persona por la destrucción y/o daño de las mercancías almacenadas, que viene considerada comúnmente en doctrina como una responsabilidad objetiva por *custodia*, también si sobre tal configuración no faltan posiciones contrarias.<sup>16</sup>

El *horrearius* establecía las condiciones generales de alquiler o subalquiler de los almacenes y/o de los espacios internos en las denominadas *leges horreorum*, tales eran colocadas a la vista del público, algunas de ellas, escritas sobre tablas de piedra o de mármol han llegado a nosotros si bien de forma lagunosa. Dentro de ellas es digna de mérito la que se encuentra en el “Cuerpo de las Inscripciones Latinas” (*C.I.L.*) VI, 33747 (= *F.I.R.A.* III, 145 a), donde, en la parte conservada y con base en las integraciones realizadas por Mommsen,<sup>17</sup> podemos observar cláusulas concernientes a:

- a) Prórroga de los alquileres para el año sucesivo, que los arrendatarios o subarrendatarios debían declarar entre los *idus* (el 13) de diciembre *pensione soluta*.<sup>18</sup>

16 Consideran que el *horrearius* debía responder por *custodia* en sentido objetivo entre otros, Cannata, C.A., “Su alcuni problemi relativi alla locatio horrei”, *SDHI*, XXX, 1964, pp. 244 y ss., con citas de la literatura precedente en tal sentido; Wacke, A., *Lagerhausvermietung*, *op. cit.*, pp. 302 y ss.; Cardilli, R., *L’obbligazione di <praestare> e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C.-II sec. D.C.)*, Milano, 1995, pp. 372 y ss. Respecto a una responsabilidad de tipo subjetivo se expresa Alzon, C., *Problèmes relatifs à la location des entrepôts op. cit.*, p. 41 y ss. Una posición intermedia fue sostenida por Robaye, R., *L’obligation de garde*, *op. cit.*, pp. 125 y ss., según la cual la “responsabilidad de base” del *horrearius* era subjetiva, mientras que la objetiva por *custodia* tenía naturaleza exclusivamente pactada y se venía a incluir en la primera. Entre las fuentes principales consideradas recordamos: D.19.2.60.9 Lab. 5 *post. a Iavol. epit.* D.19.2.60.9 (*Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi in locando aliter convenerit*); D.19.2.60.6 citada *infra* en el texto; Gayo 5 *ad ed. prov.* D.19.2.40 (*Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*); Paul. 2 *sent.* D.19.2.55 *pr.* (*Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit: servi tamen eius cum quo contractum est propter aedificiorum notitiam in quaestionem peti possunt*) y las Constituciones imperiales C.4.65.1 del 213 y C.4.65.4 del 222 relativas al problema de la responsabilidad en caso de *horrea effracta*.

17 Véase Arangio Ruiz, V., “Negotia”, *Fontes Iuris Romani Anteiusiniani (FIRA)*, III, Firenze, 1968, pp. 455 y ss.

18 [*Quisquis in annum futurum retinere volet quod conduxit armarium aliud*]ue quid, ante idus Dec(embres) pensione soluta renuntiet..

- b) La posibilidad de prórroga por parte de los que no hubieran efectuado tal declaración.<sup>19</sup>
- c) La prohibición para los arrendatarios o subarrendatarios de proceder a subarrendamientos o a sustituciones con terceros.<sup>20</sup>
- d) La responsabilidad del arrendador de los almacenes (*horrearius*).<sup>21</sup>
- e) La Constitución en prenda de las cosas almacenadas en caso de falta de pago de la *pensio*.<sup>22</sup>
- f) La eficacia liberadora del recibo que demuestre el pago de la misma.<sup>23</sup>
- g) La absolución de responsabilidad del *horrearius* respecto a las cosas de los arrendatarios o subarrendatarios que no hubieran sido entregadas al *custos*.<sup>24</sup>

Un problema especial de responsabilidad del *horrearius* respecto a las cosas custodiadas en los almacenes ha sido tratado en un notorio pasaje del *Digesto*, D.19.2.60.6 del quinto libro de los *posteriorum libri* de Labéon epitomizados por Javoleno, en que se dice: “*locator horrei propositum habuit se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo: deinde cum sciret has res inferri, passus est. proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si non habuisset, quoniam quod<sup>25</sup> propositum fuit, remissum videtur*”.

Un arrendador de almacenes había incluido en la *lex horreorum* exhibida al público una cláusula de exoneración de responsabilidad, afirmando que no recibía bajo su riesgo depósitos de oro, plata o perlas. Después de haberse enterado que no obstante la cláusula habían sido introducidas estas mercancías preciosas, tal persona toleró el mencionado hecho. En

19 Qui non | *renuntiaverit, si volet retinere et cum horreario aliter pro i*]nsequente anno non transegerit, tanti habebit, quanti eius gener(is) | [*armarium eo anno ibi locari solebit, si modo ali locatum n*]on erit.

20 Quisquis in his horreis conductum habet, elocandi et | [*substituendi ius non habebit*].

21 ... *cu*]stodia non praestabitur. Sobre la probable reconstrucción de tal cláusula véase *infra* en el texto.

22 Quae in his horreis invecta inlata | [*erunt, pignori erunt horreario, si quis pro pensionib*]us satis ei [*non fece*]rit.

23 *Qui*]squis in his horreis conduct(um) habet pensione soluta chirogr(apho) | [*liberabitur ...*

24 *Quisquis habens conductu*]m horreum su[*a ibi*] reliquer(it) et custodi non adsignaver(it), horrearius sine culpa erit.

25 La reconstrucción de las palabras del texto entre paréntesis es de Mommsen, *Digesta ad h.l.* y es pacíficamente aceptada en la doctrina: véase entre otros Cannata, C.A., *Su alcuni problemi*; op. cit., p. 246; Wacke, A., *Lagerhausvermietung*, op. cit., p. 313; Robaye, R., *L'obligation de garde*, op. cit., p. 125.

este caso el jurista lo considera responsable por la pérdida de las cosas como si no hubiera expuesto la cláusula de exoneración de la responsabilidad, en cuanto que la misma debía suponerse como revocada.

El texto revela la existencia de condiciones generales relativas a los contratos de arrendamiento o subarrendamiento de los almacenes conocidos por los terceros, como puede verse en el uso del término *propositum*, en que el arrendador (*horrearius*) establece una cláusula de exoneración de la responsabilidad por la *custodia* de mercancías de determinado valor. Resultan así cumplidos los requisitos de publicidad a los que se refiere Ulp. 28 *ad ed.* D.14.3.11.3-4,<sup>26</sup> y los contratos concluidos por los terceros se adecuan a tales condiciones; sin embargo, la tolerancia del *horrearius* en uno o más contratos (esto el texto no lo dice) a aceptar aquellas mercancías de valor, cuya pérdida en las condiciones generales se había exonerado, origina una revocación implícita de la cláusula relativa.

El razonamiento que fundamenta la decisión expresada por el jurista, siendo muy reducido, ha formado objeto de diversas interpretaciones,<sup>27</sup> todas ellas consideradas bajo la exigencia de proteger al arrendatario (o al subarrendatario). No tratemos aquellas que ven en el caso la existencia de un acuerdo tácito manifestado por las partes mediante comportamientos conclusivos, dirigidos a introducir en el singular o en los singulares contratos una cláusula que sustituya la de las condiciones generales, o bien que explican la respuesta del jurista con la falta de aprobación específica por parte del *conductor horrei* de la cláusula de exoneración al momento de la conclusión del contrato, concentrémonos mejor sobre aquella que considera la responsabilidad del *horrearius* como originada por la aplicación del principio *venire contra factum proprium nemini licet* (o *nulli conceditur*). Tal principio, ya conocido por la jurisprudencia romana, si bien no todavía formulado en estos términos,<sup>28</sup> se fundamenta sobre la contradicción entre la originaria declaración del arrendador del

26 Véase *supra*, nota 9.

27 Véase al respecto Wacke, A., *Lagerhausvermietung*, *op. cit.*, p. 314 y ss.

28 Su formulación es debida a Azón *Brocardica sive generalia iuris* 10,28, véase Liebs, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München, 1983, p. 216. Sobre los orígenes romanos de este principio se reenvía a Wacke, A., *Lagerhausvermietung*, *op. cit.*, p. 314 y ss. y a Wieacker, F., "Zur rechtstheoretischen Präzisierung des 242 BGB", *Kleine juristische Schriften*, Göttingen, 1988, pp. 58 y ss.

almacén (*locator horrei*) y su comportamiento sucesivo en la conclusión del contrato o de los contratos.

Aceptando tal interpretación, resulta encontrarse el criterio de la buena fe objetiva que desempeña un papel determinante en la protección del contratante o de los contratantes con el *horrearius*; así se configura ciertamente como contrario a este criterio y a las exigencias de confianza de los terceros, la pretensión del empresario de sustraerse a la responsabilidad (después de haber contravenido en los hechos), a lo establecido en las condiciones generales del contrato, invocando la cláusula de exoneración contenida en las mismas.

## V. UN PRIMER BALANCE

Después de lo anterior, en relación con la finalidad inicial, me parece que podemos fijar los siguientes puntos:

- A) El examen de los tres textos considerados en los párrafos precedentes revela, a mi parecer sin duda, la práctica de los empresarios de predisponer condiciones generales del contrato relativas a las actividades que correspondían al objeto de las propias empresas, las cuales, uniformaban las relaciones contractuales con los clientes. Esto es evidente no sólo de lo que hemos visto acerca del contenido de las facultades del que es nombrado como gerente (D.14.3.11.5) y las varias cláusulas de las *leges horreorum* para el arrendamiento o subarrendamiento de los *horrea* (C.I.L. VI, 33747 y D.19,2,60,6), sino también en D.14.5.8, donde además de la contratación que debía provenir del encargo de dar dinero en préstamo y recibir prendas, se menciona una pluralidad de contratos uniformes (dirigidos a asumir la deuda del comprador y pagar), que el gerente normalmente concluía con los comerciantes de cebada.
- B) Los juristas, si bien no utilizan la terminología de “parte débil en el contrato” o de nociones subjetivas que pudieran recordarnos el término “consumidor”, advierten sin embargo la exigencia de disponer una tutela sobre el plano objetivo en favor de todos los terceros que contratan con las empresas. En el caso mencionado en D.14.5.8 es posible constatar la protección dada a un comerciante de cebada que se había hecho prometer, de un esclavo que actuaba

como gerente con base en una *delegatio solvendi*, el pago del precio de una cantidad de este cereal.

- C) Los textos arriba analizados atribuyen un papel de primer importancia a la buena fe objetiva en función de la tutela de la posición contractual de los terceros contratantes. Este papel se expresa en el principio que ellos no deben ser engañados (*neque enim decipi debent contrahentes*) o en el de *venire contra factum proprium*, y encuentra concreta actuación en vía jurisdiccional mediante la *actio institoria* o también mediante la acción contractual, la *actio conducti* en el caso de D.19.2.60.6.