

AS RELAÇÕES COMERCIAIS:  
A CONTRIBUIÇÃO DE ROMA À  
GLOBALIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA

VOL 1



[www.lumenjuris.com.br](http://www.lumenjuris.com.br)

#### Editores

João de Almeida  
João Luiz da Silva Almeida

#### Conselho Editorial

Adriano Pilatti  
Alexandre Bernardino Costa  
Alexandre Morais da Rosa  
Ana Alice De Carli  
Beatriz Souza Costa  
Bleine Queiroz Caúla  
Caroline Regina dos Santos  
Daniele Maghelly Menezes Moreira  
Diego Araujo Campos  
Emerson Garcia  
Firly Nascimento Filho  
Flávio Ahmed  
Frederico Antonio Lima de Oliveira  
Frederico Price Grechi

Geraldo L. M. Prado  
Gina Vidal Marçilio Pompeu  
Gisele Cittadino  
Gustavo Noronha de Ávila  
Gustavo Sénéchal de Goffredo  
Helena Elias Pinto  
Jean Carlos Fernandes  
Jerson Carneiro Gonçalves Junior  
João Carlos Souto  
João Marcelo de Lima Assafim  
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.  
José Ermílio Medauro  
Josiane Rose Petry Veronese  
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha

Lúcio Antônio Chamon Junior  
Luigi Bonizzato  
Luis Carlos Alcoforado  
Luiz Henrique Sormani Barbugiani  
Manoel Messias Peixinho  
Marcellus Polastri Lima  
Marcelo Ribeiro Uchôa  
Márcio Ricardo Staffen  
Marco Aurélio Bezerra de Melo  
Ricardo Lodi Ribeiro  
Roberto C. Vale Ferreira  
Sérgio André Rocha  
Victor Gameiro Drummond  
Sidney Guerra

Conselheiro benemérito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

#### Conselho Consultivo

Andrea Mendes de Almeida Scherer Navarro  
Antonio Carlos Martins Soares  
Artur de Brito Gueiros Souza

Caio de Oliveira Lima  
Francisco de Assis M. Tavares  
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

#### Filiais

Sede: Rio de Janeiro  
Av. Presidente Vargas - nº 446 –  
7º andar - Sala 705  
CEP: 20071-000  
Centro – Rio de Janeiro – RJ  
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)  
Rua Sousa Lima, 75 –  
CEP: 01153-020  
Barra Funda – São Paulo – SP  
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)  
Sérgio Ricardo de Souza  
[sergio@lumenjuris.com.br](mailto:sergio@lumenjuris.com.br)  
Belo Horizonte – MG  
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)  
Cristiano Alfama Mabilha  
[cristiano@lumenjuris.com.br](mailto:cristiano@lumenjuris.com.br)  
Florianópolis – SC  
Tel. (48) 9981-9353

ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA  
CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER FILHO  
FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA

AS RELAÇÕES COMERCIAIS:  
A CONTRIBUIÇÃO DE ROMA À  
GLOBALIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA  
VOL 1

EDITORIA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2016

*Copyright © 2016 by André Augusto Malcher Meira  
Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho  
Frederico Antônio Lima de Oliveira*

Categoria:

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rosane Abel

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

*“Todos nós devíamos nos preparar para o futuro aprendendo coisas que ainda não sabemos, desaprendendo coisas que sabemos, mas não deveríamos mais saber, e reaprendendo coisas que já soubemos e que voltaram a ser úteis.”*

*(Silvio Meira)*



# Sumário

|   |     |
|---|-----|
| Prefácio.....   | IX  |
| Apresentação.....   | 1   |
| A origem romana dos artigos 217º e 218º do código civil português:<br>a declaração negocial tácita e o valor do silêncio como meio declarativo .....  | 5   |
| As duas globalizações .....   | 13  |
| El Derecho romano en dos contratos de transporte de mercancías .....  | 27  |
| Responsabilidade Civil e Avarias Grossas (Yar e Unclos).....  | 71  |
| XVIII Congreso internacionalYXXI Congresoiberoamericano de<br>derecho romano .....  | 91  |
| Direito internacional e a aplicabilidade das normas jurídicas<br>com ênfase no direito do mar .....   | 113 |
| Visión casuística del comportamiento de los inversores financieros en<br>Roma unidos por un vínculo societario: sus redes de comunicación ....  | 131 |
| La empresa en la antigua Roma y su proyección en la actualidad.....   | 151 |
| La extinción por compensación de las obligaciones mercantiles:<br>una previsible regulación futura de evidente origen romano.....   | 175 |
| Principio nominalista y variedad del costo de la moneda .....   | 207 |
| Responsabilidade do sócio e da sociedade empresária em execução .....   | 215 |
| Publicación que presenta Maria Olga Gil Garcia, doctora en derecho,<br>facultad de derecho. universidad de burgos, para el congreso sobre las<br>relaciones comerciales. contribución de derecho romano a la<br>globalización contemporánea que se celebrará en Belem de Para,<br>Brasil, dias 29/30/31 de agosto 2016: ..... | 227 |
| “La Responsabilidad de los dueños de posadas, establos y navíos.<br>Antecedentes Romanistas y su recepción en el Nuevo Código<br>Civil y Comercial de la Nación Argentina.” .....   | 251 |

|   |     |
|---|-----|
| Os desafios para o Direito na sociedade contemporânea .....   | 277 |
| Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: breves pontuações sobre sua incompatibilidade com o processo laboral..... | 293 |
| Dos reflexos das regras das sociedades no exercício da atividade econômica contemporaneamente .....                               | 303 |
| O estabelecimento empresarial em Roma .....   | 317 |
| ¿Cambio en el tiempo y el espacio? .....  | 341 |
| XVIII Congreso Internacional y xxi Congreso Iberoamericano de derecho romano .....  | 355 |
| Algunas consideraciones sobre las ferias y los mercados en Derecho Romano y su recepción en Derecho Español .....                 | 397 |
| Relaciones entre el comercio, las pandemias, la genética y los derechos humanos: de la peste antonina al virus del zika.....      | 429 |
| La influencia del derecho romano en el concepto de seguridad jurídica.....  | 451 |

## Prefácio

Foi com emoção e muita honra que recebi o convite do professor mestre ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA, Presidente do Instituto Silvio Meira, para organizar junto com ele e o eminentíssimo professor doutor FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA, este livro em homenagem ao Centenário do meu falecido pai, professor doutor CLOVIS CUNHA DA GAMA MALCHER. Aceitei de pronto em razão da qualidade dos colaboradores que são JURISTAS que são reconhecidos no Brasil e em diversos países das Américas e da Europa, trazendo para a obra caráter INTERNACIONAL.

Ressalto, antes de tudo, a qualidade dos organizadores deste livro. O professor ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA é mestre e doutorando em ciências jurídico-empresariais pela Universidade de Lisboa, advogado, membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas, Professor Adjunto da Unama e Presidente do Instituto Silvio Meira. Já o professor doutor FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA é Mestre em Direito pela UFPA e Doutor em Direito pela PUC/SP, Pós-Doutorando pela Universidade de Lisboa e Doutor Promotor do Ministério Público do Estado do Pará, além de Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Estou, portanto, muito bem acompanhado nesta tarefa.

Aqui estão reunidas as conferências proferidas pelos colaboradores no “XVIII CONGRESSO INTERNACIONAL e XXI CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DIREITO ROMANO” (que é organizado a cada dois anos pela AIDROM - Asociación Iberoamericana de Derecho Romano), que desta vez se realizou em Belém do Pará sob a organização do INSTITUTO SILVIO MEIRA nos dias 29 a 31 de agosto de 2016, sob o tema “As Relações Comerciais: A Contribuição de Roma à Globalização Contemporânea”, também em homenagem ao Centenário do meu falecido pai, professor doutor CLOVIS CUNHA DA GAMA MALCHER.

A escolha do tema tem relação direta com o homenageado no referido Congresso e nesta obra, pois o professor doutor CLOVIS lecionou para muitas gerações a cadeira de DIREITO COMERCIAL na Faculdade de Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, na qual se aposentou como Titular.

Ademais, a queda do Muro de Berlim no final do Século XX e a globalização da economia neste início de Século XXI tão conturbado pela recente crise econômica mundial, transformam esta obra em importante fonte das modificações que ocorreram de Roma aos dias atuais.

Além de professor, o homenageado foi durante anos um destacado advogado do Banco do Brasil e no comando do seu escritório de advocacia, tendo também exercido diversos cargos públicos, dentre os quais: na academia foi Diretor da Faculdade de Direito, Diretor do Centro Sócio Econômico e Magnífico Reitor da Universidade Federal do Pará; na vida pública foi Consultor Geral da Prefeitura Municipal de Belém e Secretário de Interior e Justiça do Estado do Pará. Nas letras jurídicas publicou centenas de artigos em obras especializadas e deixou o livro “Noções de Direito Comercial” que hoje é adotado em diversas faculdades de direito do Brasil e no mundo afora.

Pelo conjunto de sua obra o professor doutor CLOVIS CUNHA DA GAMA MALCHER recebeu centenas de medalhas e as mais altas condecorações do Estado do Pará e do Brasil e foi MEMBRO FUNDADOR da ACADEMIA PARAENSE DE LETRAS JURÍDICAS.

Entretanto, mesmo como homem de reconhecida educação e cultura e dante das funções públicas que exerceu e os galardões que recebeu em vida, são a dedicação à família, a simplicidade e a honestidade os traços da personalidade do homenageado até hoje mais realçados pelas pessoas que com ele conviveram.

O nível dos colaboradores transformam esta obra em referência sobre o tema que é muito bem abordado pelos(as) eminentes professores(as) ALFONSO MURILLO VILLAR (Catedrático da Universidade de Burgos/Espanha. Presidente da AIDROM), FÁBIO ULHÔA COELHO (Doutor pela PUC/SP), ADHERBAL MEIRA MATTOS (Professor Titular da UFPA. Doutor em Direito), JUSTO GARCIA SÁNCHEZ (Catedrático da Universidade de Oviedo/Espanha), MARIA VITAL DA ROCHA (Doutora pela USP) e ELIZA DIAS (Mestre pela UFC). Professoras da FA7 e Universidade Federal do Ceará, RODRIGO LIMA VAZ SAMPAIO (Pós-Doutor pelo Instituto Max Planck/Alemanha), RAIMUNDO CHAVES NETO (Mestre pela Universidade de Coimbra. Doutorando pela Universidade de Lisboa), NEWTON DE LUCCA (Doutor pela USP – Universidade de São Paulo), LUIS MARIANO ROBLES VELASCO (Universidade de Granada/Espanha), CARMEN MEZA INGAR (Universidade San Marco – Lima/Peru), JOÃO LUIS NOGUEIRA MATHIAS (Doutor pela Universidade de Lisboa. Professo da FA7 e Universidade Federal do Ceará), MÓNICA

VILLAGRA (Universidade Nacional de Córdoba/Argentina), HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO e RACHEL MACHADO (Doutores em Direito, Universidade Federal do Ceará), CAMEN LOPEZ RODRIGUEZ e MARIA JOSÉ FERNÁNDEZ (Universidade de Oviedo/Espanha), NEY STANY MARANHÃO (Doutor em Direito pela USP/UFGA), LAURA MICIELI (Universidade Nacional de Córdoba/Argentina), VIRGINIA ABELENDA (Universitàdegli Studi di Roma II), LUIS ENRIQUE ANTÚNEZ Y VILLEGRAS (Universidade San Marco/Peru), FREDERICO OLIVEIRA (Doutor em Direito pela PUC/SP), MARIA ESTHER MARTINEZ QUINTEIRO (Titular da Universidade de Salamanca), MARINA PANTOJA BERNARDES (Doutoranda pela Universidade de Sorbonne/Paris), RÁUL ARTURO HIRAKAWA ANDIA (Doutor pela Universidade de Salamanca), LUIS ENRIQUE GÓMEZ-OJERO Y MARTINEZ (PhD pela Universidade de Salamanca), MYRIAM BENARROS (FAMETRO – Faculdade Metropolitana de Manaus) e BEATRIZ GARCIA (USP – Universidade de São Paulo), GUILHERMO ALONSO (Universidade Nacional de La Plata/Argentina), MARIA ALICE AMARAL (Pós-Doutoranda pela Universidade de Sorbonne/Paris), ANTONIO PALMA (Doutor pela Università Federico II di Napoli/Italia), ALOISIO SURGIK (Catedrático de Direito Romano da Universidade Federal do Paraná), FABIANA MATTIOLI (Doutora pela Universidade de Bolonha/Itália), GRACIELA LILIANA FERNANDEZ (Universidade Nacional de Córdoba), ROSANA GALLO (UBA – Universidade de Buenos Aires), AUSTRÉIA MAGALHÃES CÂNDIDO (Doutoranda pela USP), NATYI-RA MATIAS CHEVALIER (Pontifícia Universidade Católica Madre y Maestra/República Dominicana), MIRTA BEATRIZ ALVAREZ (UBA – Universidade de Buenos Aires), MARIA OLGA GIL GARCIA (Universidade de Burgos/Espanha), KELLY CRISTINA CANELA (Doutora pela USP), GRACIELA LILIANA FERNANDEZ (Universidade Nacional de Córdoba), CRISTINA ALVES LOURENÇO (Doutora pela Universidade de Sevilla), ELDER LISBOA (DoctorEuropeo pela Universidade de Salamanca), ERNANE MALATO (Mestre em Direito pela PUC/SP. Doutorando pela Universidade de Lisboa), JOSÉ ÁNGEL BERNARDO PASTRANA BAUTISTA (Universidade Nacional Autónoma de México), EDSON NACATA JUNIOR (Doutor pela USP. Professor da UFMG), SUSANA VOLODSKY ITURBURU e ANABELLA FACCIUTO KAED (Advogadas em Buenos Aires), MARÍA ELENA BAZÀN, BIBIANA LLARYORA e NORMA ALICIA JUÀREZ (Universidade Nacional de Córdoba/Argentina), LAURA MICIELI (Universidade Nacional de Córdoba/Argentina), MARIA TE-

RESA GARCIA LUDEÑA (Notaria de Registros na Espanha), JOSÉ HORA-CIO BRUZZONE (Universidade Nacional de Rio Cuarto – Argentina), DANIEL BONJOUR e LORENA GALLENI (Universidade Nacional e Universidade Católica de La Plata/Argentina), MARIANA SCONDA (UBA – Universidade de Buenos Aires), MÓNICA CÁCERES (Universidade Católica de Asunción/Paraguai) e MARIA TERESA DOMINGUEZ (Universidade Nacional de Córdoba/Argentina), dentre outros.

Em nome da família do professor doutor CLOVIS CUNHA DA GAMA MALCHER agradeço os demais organizadores, aos colaboradores, a AIDROM - Asociación Iberoamericana de Derecho Romano e ao INSTITUTO SILVIO MEIRA esta homenagem que fazem ao seu Centenário que ocorrerá no dia 7 de outubro de 2016.

**Clovis Cunha da Gama Malcher Filho**

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito  
do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, Membro da Academia Paraense de Letras  
e membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

# Apresentação

A Diretoria da AIDROM - *Asociación Iberoamericana de Derecho Romano*, após proposta apresentada em reunião ordinária em março de 2015 na cidade de Bolonha/Itália, mais precisamente na Universidade de Bolonha, decidiu aprovar, por unanimidade, que o XVIII Congresso Internacional e XXI Congresso Iberoamericano de Direito Romano da instituição fosse realizado novamente em Belém do Pará.

Desde o ano passado estamos trabalhando em prol deste importante evento para que a nossa capital receba mais de cinquenta renomados juristas da Europa e da América Latina (Portugal, Espanha, Brasil, Argentina, Paraguai, República Dominicana, México, Peru, Itália e França), trabalhando temas de direito comercial na base romanista. Belém, na verdade, foi a representante do Brasil e da Amazônia como sede de tão respeitável evento, que envolveu as principais autoridades do direito europeu e latino americano na atualidade.

Em todos os congressos anuais promovidos pela *Asociación Iberoamericana de Derecho Romano* é homenageado um jurista do país sede. No Congresso em Belém a homenagem se dá pelo transcurso do centenário de nascimento do saudoso jurista CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER, que foi advogado militante, Professor Titular de Direito Comercial e Ex-Reitor da UFPA – Universidade Federal do Pará, membro fundador da APLJ – Academia Paraense de Letras Jurídicas e Ex-Secretário de Justiça do Estado do Pará, homem de todas as letras. Uma homenagem justa a um grande paraense que se projetou em diversas áreas do conhecimento, entre elas o Direito Comercial, sua grande paixão.

A presidência do evento ficou a nosso cargo, bem como a realização do conclave pelo Instituto Silvio Meira que, com muita honra, sou também presidente fundador. A conferência inaugural foi proferida pelo renomado jurista português professor doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto, Catedrático da Universidade de Lisboa, e a conferência de encerramento foi proferida pelo eminentíssimo jurista paraense Zeno Augusto Bastos Veloso, membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

O evento teve como tema “AS RELAÇÕES COMERCIAIS: A CONTRIBUIÇÃO DE ROMA À GLOBALIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA” e ocor-

reu nos dias 29, 30 e 31 de agosto de 2016, no Teatro Maria Sylvia Nunes, em Belém. O evento trouxe de volta ao Pará, depois de muitos anos, um tema em Direito Romano (espinha dorsal de qualquer curso jurídico), cadeira esta que infelizmente ficou de fora dos currículos universitários em muitas instituições de ensino do país há décadas. Os estudantes e operadores do direito puderam aproveitar a excepcionalidade do tema e curtir a beleza romanista.

Nesta obra, volume 1, estão organizados os trabalhos científicos apresentados durante o congresso, reunindo, assim, em Direito Comercial, uma magnífica coletânea de estudo da disciplina, tomando por base a análise romanista. Esperamos que o leitor se delicie com as temáticas e faça bom proveito do conhecimento histórico aplicado aos dias atuais, numa verdadeira introspecção científica comercialista.

Como escreveu o próprio professor Silvio Meira no prefácio à memorável obra *Instituições de Direito Romano*, escrito em 14 de maio de 1968, dia em que completou 49 anos: *Move-nos o desejo de difundir os ensinamentos do Direito Romano, combatido, tão somente, neste País, pelos que o desconhecem. Faz-se necessário despertar, nos estudantes, o interesse por esse inequívoco manancial, utilíssimo à formação de verdadeiros juristas; e a atenção dos responsáveis pelos destinos do ensino, para a alta significação dessa disciplina, que constitui um dos aspectos fundamentais de nossa formação. Não podemos desvincular o presente do passado, sob pena de comprometermos o futuro.* (MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. 3<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1968, pg 8).

Em um discurso em uma de muitas turmas em que foi paraninfo na Universidade Federal do Pará, em toda a sua vida acadêmica, o nosso grande homenageado Clóvis Cunha da Gama Malcher disse, no alto dos anos de chumbo no Brasil, com muita coragem: *Sabe-se que a principal tarefa dos juristas dos nossos tempos é, sem dúvida, a de adaptar a ordem jurídica às novas condições sociais, imprimindo anseios de progresso sem que se desmereçam as conquistas consolidadas na herança do passado. O direito, como relação social, considera o homem em correspondência ao meio em que se integra. A ciência jurídica é um insondável mundo que quanto mais o estudamos, nos convencemos de que temos ainda muito para aprendê-lo, e se chegássemos a conhecê-lo pelo menos em grande parte da sua amplitude e seguíssemos fielmente alguns dos seus princípios, teríamos solucionado a maioria dos problemas da humanidade.*

Creio que, com essas palavras de Silvio Meira e Clóvis Malcher, que foram dois grande amigos e baluartes do direito paraense, e com muita honra meus

avós paterno e materno, respectivamente, justifica-se todo o esforço para a realização deste memorável Congresso Internacional e Iberoamericano de Direito Romano em Belém, bem como a confecção desta obra.

Só nos resta agradecer à diretoria da AIDROM pela confiança em nos conceder a presidência do congresso e a todas as pessoas, amigos, instituições e empresas que deram o apoio incondicional para o sucesso do evento, em especial aos professores Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho e Frederico Antônio Lima de Oliveira, por aceitarem o desafio de coordenar esta obra junto comigo, à UFPA – Universidade Federal do Pará, que correlegou o conclave em conjunto com o Instituto Silvio Meira, fazendo, assim, uma bela homenagem a um Ex-Reitor, valorando sua história acadêmica; ao SEBRAE PARÁ, pelo patrocínio exclusivo desta obra e à Editora *Lumen Juris*, pelo aceite do desafio.

Belém do Pará, 29 de agosto de 2016

**ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA**

*Presidente do Instituto Silvio Meira*

*Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa*

*Titular da Cadeira nº 27 da Academia*

*Paraense de Letras Jurídicas*

*Membro do Instituto de*

*Direito Comparado Luso-Brasileiro/RJ*

*Membro da AIDROM – Asociación Iberoamericana*

*de Derecho Romano*

*Advogado em Belém e em Lisboa.*

*Professor Adjunto da UNAMA*



# A origem romana dos artigos 217º e 218º do código civil português: a declaração negocial tácita e o valor do silêncio como meio declarativo

Eduardo Vera-Cruz Pinto

O negócio tem um elemento subjetivo ou interno – a vontade; e outro elemento objetivo ou externo – a declaração. Os dois elementos não se podem dividir ou cindir. Valem como um todo (devem coincidir) na expressão feliz positivada pelo legislador: declaração negocial<sup>1</sup>.

O problema surge quando a vontade de negócio específico não é expressa de forma clara, simples e direta (declaração expressa/direta ou específica – um só significado), mas resulta de uma manifestação de vontade indireta<sup>2</sup> e sujeita a interpretação para lhe ser dado um valor jurídico de declaração negocial (indireta, genérica – pluralidade de significados -, tácita)<sup>3</sup><sup>4</sup>.

1 Não dou, por isso, relevância prática, às divergências entre a teoria da vontade (Ihering) e a teoria da declaração (Kohler, Leonhard). Nem importa pender para uma conceção objectivista, como a de Manuel de Andrade, ou subjectivista. O legislador do Código Civil, não tomou posição nesta matéria. Fez bem. Cabe ao aplicador em cada caso interpretar de acordo com a justiça do caso concreto. Tem de levar em conta os princípios da boa-fé; da segurança jurídica; da proteção da confiança; da autonomia privada da vontade; da liberdade e autodeterminação da pessoa.

2 Ver Tullio Ascarelli, *Negócio Jurídico Indirecto*, Jornal do Fôro, Lisboa, 1965, p. 41, quando refere o Trust inglês com origem no negócio indirecto. Ver sobre a origem do Trust, António Barreto Menezes Cordeiro.

3 Ver Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 438 e ss.. Foi este autor o que mais intensamente trabalhou estas normas do Código Civil (artigos 217º e 218º).

4 Ver, por exemplo, Enzo Ferrero, “Dichiarazione expressa”, “dichiarazione tacita” e autonomia privata, Turim, 1974.

Em Direito, o silêncio não vale como declaração negocial nem gera compromisso (nem sim; nem não; nada). O silêncio nunca é manifestação de aceitação ou de consentimento. A não ser nos casos em que a lei expressamente o diga<sup>5</sup>. Logo, a o silêncio a valer como declaração não é por regra de direito mas por norma legal. É isso que está expresso na norma do artigo 218º do Código Civil Português.

Mas, ficando em silêncio uma pessoa a quem é dirigida uma declaração negocial (proposta) ou se, em silêncio, os seus comportamentos, atitudes ou palavras integrarem fatos cuja forma corresponde, no seu somatório, a uma declaração de vontade negocial<sup>6</sup> (aceitação) – então estamos perante uma declaração tácita juridicamente válida (artigo 217º).

Aí não há apenas silêncio, isto é, ausência de qualquer tipo de manifestação (algo de positivo)<sup>7</sup>. Na declaração tácita existe uma manifestação por outros meios que pode corresponder a uma manifestação de vontade.

Logo, no silêncio não há manifestação (exteriorização) de vontade (não quer dizer que não haja vontade, só que ela não é juridicamente relevante para efeitos negociais). Na declaração tácita existe ação (agir) guiada pela vontade do declarante com relevância jurídica para criar um vínculo (compromisso) e ele tem consciência disso.

O negócio jurídico tem de ser voluntário (pode haver vontade e não voluntariedade). O Código Civil não nos dá uma definição legal de negócio jurídico, mas sabemos que o negócio só é válido se houver uma manifestação de vontade

5 Por exemplo: na norma do nº 2 do artigo 923º – aceitação da proposta de venda a contento; artigo 1163º - aprovação por silêncio; nº 4 do artigo 35º do Regime do Arrendamento Urbano – aceitação do cálculo da renda atualizada; artigo 447º do Código Comercial - conversão dos contratos condicionais em contratos perfeitos; nº 2 do artigo 22º da Lei do Contrato de Agência – ratificação de negócio feito por representante.

6 Não podemos aqui desenvolver o elemento subjetivo ou interno da declaração negocial: vontade de ação; vontade de declaração (consciência); e vontade negocial.

7 Ver Mircea Durma, *La notification de la volonté. Role de la notification dans la formation des actes juridiques*, Paris, 1930; Pierre Godé, *Volonté et manifestations tacites*, Paris, 1977; François Goré, “Les modes non formelles d’expression de la volonté – Rapport général, in AA. VV. *Les modes non formels...*, pp. 9-23.

(expressa ou tácita), livre, autónoma e consciente no sentido de querer o efeito jurídico lícito visado com ele<sup>8</sup>. Logo, sem declaração não há negócio<sup>9</sup>.

Porque motivo, o declarante com toda a liberdade de formular uma vontade em declaração expressa e de forma inequívoca no sentido do efeito pretendido, adota formas ínviias ou indiretas de expressar uma vontade que tem no sentido de fazer/querer um negócio?

A resposta mais óbvia é que tem dúvidas, está hesitante, dá a entender que quer uma coisa mas não diz que quer e, assim, cabe à contraparte interpretar uma vontade não expressa com recurso ao senso comum e ao valor dos atos praticados e formalizados como fatos no âmbito de um negócio que ainda não o é.

Não importa se a pessoa deve ou não falar em determinada situação ou quando lhe é dirigida uma declaração. Se fica em silêncio não há manifestação de vontade dela; logo, não há negócio. Importa é saber se antes do silêncio já praticou atos que podem consubstanciar uma declaração tácita.

Não se trata de indagar as causas ou motivos dos atos praticados que podem consubstanciar a declaração tácita. A causalidade ou motivação da sua prática pelo declarante não interessam, estão fora do negócio, não têm relevância jurídica. O porquê da vontade não importa; o quê sim.

Cabe ao Direito formular regras claras que protejam a contraparte da parte que assim se comporta, dando-lhe, em certa altura, a segurança que – depois de tudo o que já foi feito e dito (embora nada feito e dito que corresponda a uma declaração clara, isto é, expressa) – existe ali um negócio, um compromisso.

Para densificarmos que atos de uma pessoa podem, no seu silêncio sobre a intenção negocial relativa àquele negócio (no sentido de o fazer, de o concluir), o legislador diz apenas que devem ser atos com a forma deles. Adianta pouco.

É preciso inseri-los num *iter probabilístico*<sup>10</sup> de causalidade adequada à produção do fim último que é não haver dúvidas que o autor dos atos o que quer é aque-

8 Diferente é as partes quererem um negócio mas não terem seguido a forma adequada para ele e poderem suprir a invalidade desse negócio através da sua conversão, nos termos do disposto no artigo 293º do CC. Ver Luis A. Carvalho Fernandes, *A Conversão dos negócios Jurídicos Civis*, Lisboa, 1993

9 No artigo 234º parece que basta uma intenção de aceitar devidamente revelada. Não é aqui o lugar de desenvolver o comentário a este artigo. Mas não deixa de ser “uma coisa” que vale como declaração.

10 Heinrich Ewald Horster, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, (2ª reimpressão da edição de 1992), 2003, p. 434, diz que é uma dedução de factos que com toda a probabilidade indicam no sentido de um “comportamento concludente”.

le negócio (específico). Esse querer pode não ser verbalizado assim (dirigido áquele efeito) mas é o que resulta do conjunto de atos praticados por ele (declarante)<sup>11</sup>.

## A origem romana das normas dos artigos 217º e 218º

Fundada em Werner Flume<sup>12</sup>, alguma da doutrina portuguesa mais recente<sup>13</sup> tem repetido sem consultar as fontes que o conceito de negócio jurídico e de declaração negocial foram elaboradas apenas no século XVIII pela pandectística alemã<sup>14</sup>. No início do século XIX, o discípulo de Hugo em Gottingen, Georg Arnold Heise<sup>15</sup> dá um passo dogmático significativo ao contrapor negócio jurídico a facto ilícito e Savigny<sup>16</sup> fixa a doutrina clássica do negócio jurídico assente na vontade manifestada em declaração.

Nada foi conceitualizado até ao trabalho da pandectística alemã que nos legou estes conceitos<sup>17</sup>. Só a partir daí, passaram a integrar a doutrina jurídica<sup>18</sup>.

11 Esta é a leitura abrangente permitida pela conceção finalista do negócio jurídico adotada entre nós por António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, pp. 494-496.

12 Werner Flume, *El Negocio Jurídico*, Parte general del Derecho Civil, tomo II (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Vierte, unveränderte Auflage, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Berlim-Heidelberg-New York (1964), 1992), 4ª ed não modificada, trad. José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 48-73, loc. de ref., pp. 54-57.

13 Cfr. Luis A. Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, Lisboa, 1993, p. 27, nota 1 e pp. 28 e ss.; Heinrich Ewald Horster, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, (2ª reimpressão da edição de 1992), 2003, pp. 419 e ss..

14 Tinha sido esta a lição de Schlossmann, *Willenerklärung und Rechtsgeschäft*, Festgabe Hanel (1907), pp. 1 e ss e 48 e ss (ver a bibliografia).

15 Georg Arnold Heise, *Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandekten-Vorlesungen*, 1807 (*Compêndio de um Sistema de Direito Civil Comum para um Curso de Pandectas*). Ver a referência elogiosa a este estudo feita por G. Higo, *Beyträge zur civilistischen Bucherkennnis*, I, 518, N. 1.

16 Savigny, *System des Heutigen Romischen Rechts (Sistema de Direito Romano Atual)*, tomo III,

17 Ver DABELOW, *System des gesamten heutigen Zivilrechts*, 1ª edição, 1794, I, &329; 2ª edição, 1796, I, & 366.

18 Para os autores que seguem esta linha narrativa foi Nettelbladt, *Systema Elementare universae iurisprudentiae positivae*, 1ª edição, 1748, 2ª edição 1762, T. I, && 63 e ss., que os introduziu na literatura jurídica. Ver também C.F. Harprecht, *De eo quod iustum est circa conversionem actuum negotiorum iuridicorum iamiam peractorum*, Tubingen, 1747.

Teriam sido os alemães a fixar a regra *nullum negotium sine lege*<sup>19</sup> para expressar que a autonomia das partes na manifestação de uma vontade negocial está limitada pelo que dispõe a lei para o efeito. A declaração só é válida se a lei assim o disser<sup>20</sup>.

O termo *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico) normaliza-se<sup>21</sup> substituindo o *negotium juridicum* das fontes originais<sup>22</sup>. WINDSCHEID<sup>23</sup> pode declarar que o negócio jurídico é uma declaração de vontade querida pelo seu autor.

Os romanos não teriam conceptualizado o *negotium* (*negotia jurídica*) e o *actus* (*actus juridici*). Os jurisprudentes romanos não formularam conceitos gerais, universais e abstratos só lidavam com casos concretos. Só davam soluções a negócios não havia “o negócio jurídico” e assim foi, na tradição romanística do ocidente europeu, até à pandectística germânica.

Esse mito germanístico<sup>24</sup>, depois de estudadas as fontes romanas com rigor, está completamente ultrapassado<sup>25</sup>. Sabemos hoje que os jurisprudentes romanos criavam conceitos e teorias com base em generalizações e abstrações fundadas na casuística que trabalhavam. Só que tinha consciência dos perigos da abstração conceptualizadora para a desjuridicização do “Direito” e o perigo para a justiça do caso concreto.

A organização do Direito Privado a partir de uma Parte geral e de Partes especiais pela pandectística foi fundamental na fundação - pelo método siste-

19 Brinz, *Pandekten*, 2<sup>a</sup> ed. Ao cuidado de Lotmar, Tomo IV, & 522, n. 12; Gerhard, *Entw. Allgem. Tel* (1881), II, 2, *Das Rechtsgeschäft*, Einleitung.

20 A primeira manifestação normativa deste conceito de negócio jurídico está na *Allgemeinen Landrecht* da Prússia de 1794, I, 4, &1 e & 5 (não passou nem para o *Code napoleón* de 1804, nem para o Código Austríaco de 1811. Passou para o Código da Saxônia de 1863, & 88.

21 Ver Nettelbladt, *Jurisprudentiam Positam Germanorum Communem*, 1772, “Nova Introductio”.

22 Ver Hofacker, *Principia Iuris Civilis Romano-Germanici*, I, cap. IV, “de negotiis iuridicis”.

23 WINDSCHEID, *Tratado de pandectas*, I, & 68, n. 1 (edição de ENNECCERUS-NIPPERDEY, & 145, II).

24 Difundido por Schulz e repetido por Emilio Betti, “Diritto Romano e dogmática hodierna”, in AG, 99, 1968, pp. 135 e ss.; e “Methode und Wert des heutigen Stuiums des romischen rechts”, in TJ, 15, 1937, pp. 9 e ss..

25 Ver Alejandrino Fernandez Barreiro, *Presupuestos de una Concepcion Jurisprudencial del Derecho Romano*, Santiago de Compostela, 1976, pp. 85 e ss. “A ciência alemã do Direito no âmbito da cultura europeia” e pp. 8 e ss.; Alvarez Suarez, *Jurisprudencia*, Hernandez Gil, *Metodología*, Garcia Garrido, *Jurisprudencia romana; Casuismo*; ; Puig Brutau, *Jurisprudencia*,

mático e pela concetualização, institucionalização e categorização operadas - de uma ciência jurídica<sup>26</sup>.

A sua base criadora e legitimante foi o *ius romanum*, sobretudo o labor dos jurisprudentes de Roma imortalizado no Digesto<sup>27</sup>; e a sua perdição foi a especulação filosófica e a deriva teórica como quadro de criação e aplicação de regras de Direito.

Partir de conceções apriorísticas e fundadas em juízos anacrónicos sobre a *iurisprudentia* romana e a sua incapacidade de abstração para conceptualizar por causa do casuísmo<sup>28</sup>, para negar a existência de conceitos jurídicos elaborados pelos jurisprudentes de Roma, foi um exercício arriscado da pandectística que, no caso, é contrariado pelas fontes.

O sentido jurídico de *declarare* nos textos dos jurisprudentes romanos relativos a negócios<sup>29</sup> e da expressão *declarare voluntatem*<sup>30</sup> revela o esforço de conceptualização já aí feito.

## Conclusão

O conceito de negócio jurídico de criação jurisprudencial resultante de uma generalização abstrativa de um conjunto de soluções idênticas para casos parecidos como base de uma teorização do negócio jurídico útil para interpretar as regras e as aplicar a cada conflito com o intuito de fazer justiça – é importante.

Esse conceito deve permanecer no âmbito da doutrina e na atividade jurisprudencial com essa finalidade específica. Não deve integrar uma norma legal com pretensão de ser uma definição.

26 Cfr. António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Relatório, separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1988, pp.215 e ss..

27 Cfr., por todos, António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Relatório, separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1988, pp. 37 e ss. “Do *ius romanum* ao pandectismo”.

28 Excelentemente referidas por Perozzi, “Di alcune censure ai giurisconsulti romani”, in *Scrit. Giur.*, III, 1968, pp. 563 e ss. Ver, por exemplo, Manuel Jesús García Garrido, *Casuismo y Jurisprudencia Romana*, II. *Acciones y Casos*, 4<sup>a</sup> edición, Ediciones Académicas, 2008, pp. 21 e ss. “Casuismo y jurisprudencia romana”.

29 Piero Schlesinger, “Dichiarazione (teoria generale)”, in *ED*, XII, 1964, pp. 371 e ss.; A. Falza, “Manifestazione (teoria generale)”, in *ED*, XXV, pp. 442-475.

30 Cfr. Emilio Betti, “*Declarare voluntatem nella dogmática bizantina*”, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. II, Milão, 1953, pp. 421-461.

Essa opção do legislador de definir o negócio jurídico em norma positivada no Código Civil, muitas vezes envergonhada porque está lá embora de forma não expressa e assumida, tem levado a um exercício inglório dos aplicadores com resultados negativos para a justiça do caso concreto.

A utilidade de normas como as dos artigos 217º e 218º do nosso Código Civil está na necessidade, por imposição política, de recorrer a normas legais para fazer aplicar nos tribunais conceitos e institutos que são jurisprudenciais, não legislativos<sup>31</sup>. Não existe aí nenhuma criatividade jurídica ou acréscimo de possibilidades de equidade.

O negócio jurídico, desde o *ius romanum*, começa com uma comunicação voluntária e livre (expressa ou tácita) de que se quer realizar um negócio. Diga o Código Civil o que disser<sup>32</sup>.

Os meios que o declarante usa para expressar a vontade são valorizados (não por si próprio: a intenção que tinha ao praticar tais atos) por critérios jurídicos em virtude da sua possível interpretação por terceiro, no contexto em que ocorrem, como manifestação de uma vontade com o efeito de fazer o negócio. A palavra chave é aqui *idoneidade objetiva* desses *atos concludentes* para aquele fim.

31 Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 455 e ss. vê a utilidade da norma do artigo 217º na consagração dos princípios da liberdade declarativo e da equivalência entre as duas formas de declaração, a que se junta o critério de delimitação entre as duas.

32 Ver Rui Alarcão, “Reserva mental e declarações não-sérias. Declarações expressas e declarações tácitas – o silêncio”, in *BMJ*, nº 86, Lisboa, 1959.



# As duas globalizações

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular de Direito Comercial da PUC-SP

## 1. Introdução

Um dia, seremos todos participantes de um único mercado planetário, como consumidores, trabalhadores ou empresários fornecedores de produtos ou serviços. É esta a perspectiva que inegavelmente se encontra no horizonte distante da globalização. O processo não é simples, tampouco linear ou breve; tropeça nas crises periódicas do sistema capitalista e nas visões que consideram a globalização uma questão ideológica, recusando sua inevitabilidade e aferrando-se a nacionalismos de toda ordem.

A construção do mercado único planetário decorrerá de um saudável e maduro multilateralismo – não se consegue hoje vislumbrar outro meio. Mas, desde que a Rodada Doha perdeu o rumo e a crise de 2008 semeou medidas protecionistas em vários países, o multilateralismo mergulhou num impasse que o paralisou por completo. Mas o dinâmico processo de globalização está encontrando outros caminhos, a mostrar mais uma vez sua inexorabilidade. No futuro algo longínquo, quando as condições forem outras, o multilateralismo deve ser revigorado. Mas, enquanto ele aguarda cambaleante o momento para retornar à cena, mega-acordos de preferência comercial surgem como veículos da globalização. O processo ganha, então, feições muito diferentes, por deixar de se fundar numa pura lógica de integração regional. O cenário sugere o advento de uma nova *fase*, mas, na verdade, é apenas outra *face* da globalização.

O objetivo deste artigo é examinar, em linhas muito gerais, as duas globalizações (ou as duas faces do mesmo processo), apontando o conceito nuclear de cada uma delas. Começo por assentar o objetivo último do processo, que é a eliminação das vantagens competitivas institucionais, de modo a que a competição econômica possa saudavelmente se fundar apenas nas vantagens empresariais. Em seguida, discuto um pouco mais a inevitabilidade da globalização, a partir da insaciável sede do capitalismo por mercados. Após assentar estas premissas, dis-

corro sobre a primeira globalização, fundada na integração econômica regional, esquematizando as etapas em que normalmente se desenvolve. Depois, olho a segunda globalização, cuja lógica é a integração das cadeias globais de valor.

## **2. Eliminação das vantagens competitivas institucionais**

No regime econômico de liberdade de iniciativa e competição, os empresários devem ser “premiados” pelo sucesso derivado exclusivamente das características de suas empresas. Aquelas exploradas com competência, controle adequado de custos, adoção das tecnologias mais avançadas, preocupação com a sustentabilidade ambiental, respeito aos direitos dos consumidores e constantes reinvestimentos no aprimoramento da organização empresarial dispõem de saudáveis meios para se desenvolverem, conquistando crescentes fatias do mercado. Pode-se dizer que as empresas com tais características ostentam “vantagens competitivas” de fundo econômico; ou seja, elas tendem a se sair melhor que a concorrência por serem economicamente avantajadas.

Ao lado, porém, dessas vantagens competitivas de raízes econômicas, há outras que não guardam nenhuma relação direta com as características das empresas. Não são vantagens originadas da competência dos empresários, e, porque beneficiam indistintamente a todos os de determinados segmentos da economia, acabam premiando também os menos competentes, implicando uma séria distorção dos fundamentos do regime de liberdade de iniciativa e competição. Essas vantagens competitivas decorrem do marco regulatório, isto é, do direito vigente em cada país (leis, regulamentos administrativos, sua interpretação pelos Tribunais etc.). São vantagens “institucionais”, de fundamentos distintos das “econômicas”, pois não derivam de nenhuma manifestação de competência empresarial.

Tome-se um exemplo bastante simples, de expediente empregado há tempos por diversos países com o objetivo de “proteger” sua indústria: a cobrança de elevados impostos de importação. Nesse caso, o empresário nacional goza de uma vantagem competitiva institucional, na medida em que pode oferecer o seu produto no mercado “interno” com preço bem inferior ao concorrente importado (o importador só consegue recuperar o tributo pago, repassando-o ao preço do produto). Observe-se que os dois empresários (o industrial nacional e o importador) não estão competindo “em pé de igualdade”: a ordem jurídica con-

feriu a um deles excepcional condição vantajosa. Provavelmente o imposto de importação é alto, nesse caso, porque, se não houvesse nenhum entrave à livre competição e esta dependesse exclusivamente de fatores econômicos (as características de cada empresa competidora), o produto importado seria o preferido pelo consumidor. Além dessa política tarifária, há vários exemplos de vantagem competitiva decorrente do marco regulatório: leis de proteção ao meio ambiente, controle fitossanitário, subsídios, direitos trabalhistas etc.

Note-se que nenhum empresário, ao se aproveitar de uma vantagem de natureza institucional, incorre, por só este fato, em concorrência desleal. Pelo contrário, ele está se posicionando na competição empresarial atendendo a um dos pressupostos da lealdade competitiva, que é o respeito à ordem jurídica. Não se trata de um ilícito, portanto. Acontece, porém, que as vantagens competitivas derivadas do marco regulatório (tanto quanto a concorrência ilícita) dificultam o adequado funcionamento da economia de livre mercado.

As vantagens institucionais expressam-se por meio do direito-custo, quer dizer, por normas jurídicas e suas interpretações que interferem no preço dos produtos e serviços oferecidos no mercado em que incidem.

Uma das preocupações do direito do comércio internacional consiste exatamente em viabilizar a eliminação gradual das vantagens competitivas decorrentes do marco regulatório. Essa eliminação, a rigor, é o ponto central do processo de globalização. Por isso, as diplomacias dos países de todo o mundo, bem como organismos internacionais (OMC, principalmente), empenham-se em discutir e celebrar acordos que visem à supressão das vantagens institucionais. Não é um processo negocial fácil, nem céler. Ao contrário, tem registrado e continuará registrando avanços e recuos. Como, porém, a globalização é, realisticamente falando, o único meio de atender à constante necessidade do capitalismo de ampliação dos mercados (item 3), todas as vantagens competitivas decorrentes do marco regulatório terão, um dia, que desaparecer.

Um dos aspectos mais sensíveis na questão da eliminação gradual das vantagens competitivas derivadas do marco regulatório, por meio de acordos internacionais, consiste no que se convencionou chamar de “cláusula social”. Quanto menos protetora dos direitos humanos e do meio ambiente for determinada ordem jurídica, maior será a vantagem competitiva do empresário cuja empresa estiver sujeita a esta ordem. A liberalização do comércio global depende, em consequência, da concomitante elevação do padrão de proteção dos direitos humanos e do meio ambiente.

Imagine que um Estado não coíba o trabalho infantil. Normalmente, a utilização de mão de obra de crianças acaba proporcionando ao empresário uma extraordinária economia de custos, por serem os “salários”, nesse caso, extremamente baixos. Como não há repressão à inominável prática, os empresários sediados no território deste Estado podem exportar seus produtos a preços inferiores aos praticados pelos sediados onde o trabalho infantil foi completamente erradicado. Igual raciocínio se pode aplicar relativamente àqueles Estados em que não existem ou são incipientes o direito do trabalho e a legislação ambiental. Até mesmo a elevação do grau de tutela de alguns direitos fundamentais, como a liberdade de expressão ou de organização sindical, é importante na redução de vantagens competitivas institucionais.

Na Índia, as pessoas são divididas em castas e a mobilidade social é mínima. As massas nascidas na casta inferior, exatamente por não nutrirem perspectivas de ascensão social, pressionam menos o Estado pela universalização do acesso à educação, saúde e previdência. Nesse cenário, sobram mais recursos estatais para investimentos em infraestrutura do que, por exemplo, no Brasil, onde as demandas sociais consomem parte considerável da receita do Estado e contribuem para o déficit público. Em decorrência, o empresário indiano goza de uma vantagem competitiva derivada do marco regulatório, em relação ao brasileiro. Vantagem que somente com a eliminação do sistema de castas poderá ser neutralizada.

A globalização nivela pelo alto. Há como que um “padrão civilizatório”, observável nas democracias centrais do sistema capitalista, a servir de meta a ser perseguida e, cedo ou tarde, alcançada por qualquer país interessado em inserir-se na economia globalizada.

### **3. Globalização como processo econômico essencial ao capitalismo**

Durante a Primeira Guerra Mundial, a Europa não podia manter sua produção com a mesma regularidade. Além das naturais dificuldades criadas pelo extenso conflito para manter a economia funcionando normalmente, havia também o esforço de guerra, que priorizava a produção de armamentos, belonaves, uniformes e suprimentos para as forças. Do outro lado do Atlântico, empresários norte-americanos identificaram a oportunidade de vender mais para o considerável mercado europeu então desatendido; fizeram investimentos

e aumentaram a produção. A economia norte-americana cresceu, no período, em parte por ter atendido à demanda nos países aliados do velho continente e suas colônias, além de alguns dos antigos consumidores de produtos europeus espalhados pelo mundo.

Terminada a guerra, a Europa retornou à economia de paz e deixou de importar os bens que voltou a produzir. Reativou alguns laços coloniais e a exportação. Paralelamente, com a paulatina reorganização da economia europeia, experimentaram os Estados Unidos uma extraordinária crise de demanda. Como o capitalismo, naquele tempo, não tinha ainda desenvolvido qualquer mecanismo de planejamento e organização da economia — visto então como ferramenta típica do comunismo —, a produção no novo mundo, mesmo após o fim da guerra, continuava a crescer, mas não encontrava mais mercados para escoamento de seus produtos. O ponto culminante da crise é marcado, historicamente, pela queda da bolsa de valores de Nova York em 1929.

No transcorrer da Segunda Guerra Mundial, de novo a produção europeia não se encontrava em condições de atender aos seus tradicionais mercados dos tempos de paz. Uma vez mais, a produção norte-americana cresceu, no embalo das demandas surgidas nesses mercados. A dura lição, porém, tinha sido aprendida. Causas e reflexos das crises de demanda eram já bem conhecidos dos economistas. Assim, em 1944, quando era possível razoavelmente antever que os Estados Unidos sairiam vencedores do conflito mundial, reuniram-se em Bretton Woods representantes de cerca de meia centena de economias capitalistas, para começarem a estruturação da ordem econômica do pós-guerra. Dessa Conferência resultou a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD). O ouro foi substituído pelo dólar norte-americano como padrão de referência na avaliação das moedas, num modelo que sobreviveu até a crise do petróleo de 1973. E, principalmente, como meio de ampliação dos mercados abertos à economia norte-americana, “decretou-se” o fim da era colonial e seus entraves comerciais — processo inteiramente concluído apenas em 1974, com a Revolução dos Cravos em Portugal.

Os diferentes cenários em que se encontrou a economia norte-americana no fim das duas guerras mundiais ilustram uma necessidade vital do sistema capitalista: *a constante ampliação do mercado consumidor*. O capitalismo tem sede de mercados. No regime pautado pela liberdade de iniciativa, quando o processo de formação de novos mercados se detém ou regide, a produção não encontra

seu destino e se perde. Junto com ela, perdem-se os investimentos e os valiosos recursos humanos, materiais e intelectuais nela alocados. Criar constantemente novos mercados de consumo é a seiva vital do sistema econômico capitalista. Uma das razões da força da economia norte-americana está em ter sido a primeira a perceber que remunerar bem o operário é um modo de ampliar o mercado consumidor. Esta noção, de todo estranha ao capitalismo do século XIX, corresponde a aspecto menos conhecido do fordismo. Sua difusão na indústria norte-americana na primeira metade do século passado foi certamente um dos fatores que impulsionou os Estados Unidos à posição de potência econômica.

A necessidade vital do capitalismo de constante ampliação de mercados torna inevitável o processo de *globalização*. Por ele, fronteiras nacionais vão perdendo importância e até mesmo qualquer sentido para fins de produção e circulação de bens e serviços. Integram-se paulatinamente as economias dos países envolvidos no processo, do qual uma das etapas é a criação do mercado comum.

Criar mercado comum significa, em termos jurídicos, harmonizar as normas referentes a *direito-custo*, isto é, aquelas que interferem na formação dos preços dos produtos ou serviços. O direito das obrigações possui diversas normas dessa natureza. Por isso, em qualquer processo de integração econômica, ele passa necessariamente por alterações. O objetivo da harmonização é tornar idênticas as condições de competitividade em todos os países que formam o mercado comum. Para entender este processo, retorne-se novamente no tempo.

Até a Segunda Grande Guerra, o espírito de integração econômica e união política que viceja hoje na Europa era simplesmente impensável. Além de viverem em constante estado de beligerância, competindo por colônias fornecedoras de matéria-prima e consumidoras de produtos industrializados, os principais povos europeus procuravam distanciar-se uns dos outros no plano cultural, marcando ou acentuando características que reivindicavam como únicas. As leis e a doutrina jurídica de direito privado, nesse contexto, serviam de campo fértil para as manifestações de afirmação nacional. O Código Civil alemão, que entrou em vigor em 1900, revestiu-se de uma estrutura peculiar, notavelmente diversa da do monumental Código Napoleão, de 1804. Naquele, ademais, um dos conceitos nucleares é o de “negócio jurídico” (*Rechtsgeschäft*), cuja diferença em relação ao de “ato jurídico” (*acte juridique*), construído pela doutrina francesa, é de extrema sutileza e, na minha opinião, não vale os extraordinários esforços teóricos que têm consumido inacreditável quantidade de tempo e papel. Não se trata, como querem alguns autores, de noções

cientificamente evoluídas uma da outra, mas apenas de diferentes modos de cuidar do mesmo assunto, dando ênfase a aspectos distintos. A Itália daquele tempo também buscou na lei e na teoria jurídica de direito privado elementos de afirmação da nacionalidade, em contraposição aos demais povos de grande presença econômica e cultural da Europa. Assim, ao reformular seu Código Civil em plena guerra, em 1942, produziu um diploma que procurou afastar-se tanto da estrutura francesa quanto da alemã e que, para isso, apresentava como particular inovação a disciplina de matérias até então afetas, na cultura jurídica do continente, ao direito comercial, e tratadas em código próprio. A teoria da empresa concebida e desenvolvida por autores italianos do fim do século XIX e início do XX também é apresentada, muitas vezes, como evolução da teoria dos atos de comércio do direito francês. A nacionalidade, principalmente nos países europeus de unificação tardia (Alemanha e Itália), enxergou na formulação de novos conceitos e abordagens dos temas de direito privado um importantíssimo instrumento de afirmação.

Os tempos de agora são outros. França, Alemanha e Itália não competem mais por colônias. Ao contrário, são nações envolvidas num extraordinário esforço de integração econômica que tende a conduzir toda a Europa, em poucas décadas, a ensaios de unificação política. A globalização — como visto, um processo irrefreável — tem na experiência europeia o modelo de superação das fronteiras nacionais a ser provavelmente seguido em todo o mundo. Em 1995, quando entrou em vigor o Tratado da OHADA (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* — Organização pela Harmonização na África do Direito dos Negócios), dezesseis países da África Central de colonização influenciada pela França (Benim, Burkina Fasso, Camarões, República Centro-Africana, Comoro, Congo, Costa do Marfim, Gabão, Chade, Guiné, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Mali, Níger, Senegal e Togo) deram início ao processo de convergência de seus direitos das obrigações comerciais. Um processo sem dúvida lento e altamente complexo, mas indispensável à integração econômica. A harmonização do direito levada a efeito pela OHADA tem alcançado resultados reconhecidos no mundo todo.

O direito das obrigações deve necessariamente passar por mudanças no processo de formação do mercado comum porque, como dito, possui muitas normas de direito-custo. Se dois países desejam integrar-se economicamente, formando um mercado comum, os empresários com sede em cada um deles devem enfrentar, no outro país, as mesmas condições de concorrência que

encontra no seu. Se num desses países vigorar norma que imputa aos empresários maiores responsabilidades do que no outro, haverá desequilíbrio entre as condições de competitividade. A regra jurídica que agrava a responsabilidade do empresário representa uma vantagem competitiva para os que nele estão sediados e uma desvantagem competitiva para os estrangeiros. A harmonização do direito-custo visa eliminar vantagens e desvantagens dessa natureza, de modo que todos possam competir em igualdade de condições nos países integrantes do mercado comum.

Neste sentido, no da eliminação das diferenças no âmbito do direito das obrigações, é que deve ser considerada, por exemplo, a profunda mudança por que passou o Código Civil alemão em 2002 (ano em que a reforma entrou em vigor). Alguns exemplos servem para demonstrá-lo. Antes, cuidava a lei alemã de nada menos que quatro diferentes hipóteses de inexecução involuntária por impossibilidade da prestação (subjetiva ou objetiva, por causa comitante ou posterior); a partir da reforma, cuida-se do assunto de forma unitária, como nos demais direitos de tradição românica, atribuindo-se as mesmas consequências jurídicas a qualquer caso de inexecução involuntária. De outro lado, embora não tenha chegado ao ponto de incorporar a “cláusula resolutiva tácita” originária do direito francês, a reforma simplificou consideravelmente as formalidades exigidas na resolução dos contratos por inadimplemento. Aperfeiçoou-se, ademais, a disciplina das cláusulas gerais de negócio (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) para, por exemplo, invalidar restrições ou exoneração de responsabilidade do vendedor em caso de reserva mental dolosa (*arglistiges Verschweigen des Mangels*) e reviu-se a disciplina do contrato de empreitada, instituto contratual que, no direito alemão, tem sentido muito abrangente (alcança, p. ex., o que chamamos, no Brasil, de contrato de prestação de serviços).

É certo que o Código Civil alemão continua empregando uma quase impenetrável linguagem hermética (diz-se que ele continua a ser uma lei feita por professores universitários para professores universitários) e conserva a original estrutura dada pela formulação pandectista (parte geral e especial). São elementos que o individualizam, sob o ponto de vista da cultura jurídica, e cuja conservação não prejudica a integração econômica. É a saudável e esperançosa manifestação de que há espaço, na globalização, para o cultivo da diversidade cultural. Por outro lado, as mudanças que não eliminaram diferenças relativamente ao direito das obrigações francês — como na disciplina da prescrição,

por exemplo — restringiram-se a temas que não se expressam por normas de direito-custo e, portanto, não repercutem nas condições de competição.

Os campos do direito das obrigações mais sensíveis ao processo de integração econômica são os da responsabilidade civil (principalmente por acidentes de consumo) e da inexecução dos contratos (voluntária ou involuntária). Conforme as regras vigentes sobre estas matérias, vantagens e desvantagens competitivas se estabelecem, travando o desenvolvimento do processo integrativo. Isso porque os empresários, ao comporem os preços dos produtos ou serviços que oferecem ao mercado, embutem, com o objetivo de preservar suas margens de lucro, taxas de riscos maiores ou menores em função das responsabilidades que lhes possam ser atribuídas, ou das consequências da inadimplência ou insolvência do devedor ou mesmo da frustração de faturamento por impossibilidade da prestação. Maiores responsabilidades ou riscos imputados aos empresários implicam maiores preços ao consumidor: não há como fugir desta relação sem desestimular a iniciativa privada. O direito a aplicar, por isso, deve ser o mesmo em todo o mercado comum, sempre que puder influir a composição dos preços dos produtos ou serviços. E é este o caso das áreas sensíveis do direito das obrigações a que me referi.

Neste contexto, vale a pena referência à condenação da França, em abril de 2002, por má transposição ao seu direito interno da Diretiva sobre responsabilidade por acidente de consumo (“fato do produto”). A Corte de Justiça da Comunidade Europeia considerou que a norma interna francesa continha disposições que favoreciam os consumidores mais do que o estabelecido como padrão para os países da C.E. E isso criava uma vantagem competitiva para os empresários estabelecidos em França. Aparentemente, parece um paradoxo. Não é, porém. O empresário alemão, por exemplo, ao vender seus produtos no mercado francês ficaria sujeito a condições mais gravosas do que as vigentes em seu país. Teria mais dificuldade, portanto, de competir pelo consumidor francês. O empresário francês, por sua vez, ao vender suas mercadorias na Alemanha estaria sujeito a regras de responsabilização menos gravosas do que as adotadas em França e teria, desse modo, mais facilidade para competir pelo consumidor alemão. Assim, embora a lei interna francesa sobre responsabilidade por acidente de consumo protegesse mais o consumidor do que a vigente nos outros países da C.E., ela é condenável por sua incompatibilidade com o objetivo do processo de integração econômica, isto é, com a incontornável necessidade do sistema capitalista de constantemente ampliar os mercados.

## 4. A primeira globalização: integração econômica regional

Em sua primeira face, a globalização da economia, enquanto processo de superação das fronteiras nacionais no desenvolvimento do comércio, ao mesmo tempo em que possibilita, também força a integração regional.

Os processos de integração econômica regional, *em termos gerais*, têm se desenvolvido por etapas progressivas, conceitualmente distintas. Em primeiro lugar, busca-se a organização da denominada “Zona de Livre Comércio”, estágio que representa o objetivo final do NAFTA (*North American Free Trade Association*), de que participam os Estados Unidos, o México e o Canadá; ou da EFTA (*European Free Trade Association*), constituída pela Islândia, Noruega e Suíça. Nessa etapa do processo integrativo, os estados participantes da Zona assumem reciprocamente o compromisso de eliminar as barreiras tarifárias existentes nas suas fronteiras, para as mercadorias produzidas nos demais países participantes. Isto é, as mercadorias produzidas em cada um dos países envolvidos no processo de integração têm livre circulação nos demais. As barreiras tarifárias permanecem apenas em relação aos produtos *importados* por empresas sediadas em qualquer um dos países participantes, para a comercialização nos outros.

Uma definição econômica e jurídica indispensável para o bom desenvolvimento da “Zona de Livre Comércio”, enquanto etapa do processo integrativo, é a relacionada à *nacionalidade* dos produtos que transitam pelas fronteiras dos países participantes. Isto é, devem-se negociar os critérios segundo os quais se pode considerar, por exemplo, brasileiro um produto fabricado no Brasil, mas com utilização de componentes e tecnologia importados. É uma questão crucial — essa do controle de origem dos produtos — para se definir se cabe ou não a tarifação de determinada mercadoria. O desenvolvimento do processo integrativo depende muito da discussão da nacionalidade das mercadorias, já que cada país participante mantém, em relação às importadas de países não participantes, sua própria política aduaneira. Pode, assim, haver sérias distorções na competição entre empresários de dois diferentes países da “Zona de Livre Comércio”, se um deles, por exemplo, puder importar mercadorias fabricadas na Ásia para comercializá-las, como se fossem nacionais, no mercado consumidor do outro país participante da Zona, pagando impostos de importação menores dos que os pagos pelos empresários sediados nesse último.

Outra preocupação típica desse período do processo integrativo diz respeito à identificação e estudo das denominadas *barreiras não tarifárias*, isto é, fatores

econômicos, administrativos, burocráticos e até mesmo culturais, que interfezem — ou podem vir a interferir, a partir do desenvolvimento do processo integrativo — com a circulação de mercadorias. A eliminação dessas barreiras far-se-á ao longo do processo de integração, mas a paulatina atenuação de seus efeitos deve ser desde logo deflagrada. Assim, por exemplo, é importante examinar as condições de *uniformização* dos procedimentos burocráticos, de cunho aduaneiro, exigidos nos diferentes países integrandos, da disciplina *antidumping*, das regras de controle sanitário etc.

A segunda etapa do processo integrativo se costuma chamar “*União Aduaneira*”. Nessa etapa, os participantes mantêm a liberdade de circulação de mercadorias entre as suas fronteiras e uniformizam as tarifas de importação incidentes sobre as trazidas de países não participantes. Na etapa correspondente à “*União Aduaneira*”, não tem a mesma importância a discussão sobre os critérios de nacionalidade dos produtos, o estabelecimento de regras de controle de origem. Nesse momento do processo integrativo, a prática de tarifa única torna irrelevante, sob o ponto de vista da tributação, o país pelo qual a mercadoria ingressa no mercado de consumo correspondente à União. Permanecem, entretanto, atuantes outros fatores econômicos e muitas barreiras não tarifárias. Assim, a qualidade e o custo dos serviços de transporte, portuários ou aeroportuários de cada um dos países integrandos, por exemplo, serão decisivos para o importador encontrar a melhor alternativa para introduzir a mercadoria no território da União. Se um porto tem preço dos serviços de desembarque e estadia superior ao do situado em outro país da *União Aduaneira*, o empresário preferirá importar suas mercadorias por este último, mesmo para comercializá-las no mercado correspondente ao país em que se situa aquele primeiro porto.

A terceira etapa tem sido identificada, normalmente, como a do “*Mercado Comum*”, meta prevista pelo Tratado de Assunção. Nessa etapa, os países envolvidos com o processo de integração adotam compromissos internacionais que possibilitam o livre trânsito de mercadorias, capitais, bens, pessoas e serviços entre os respectivos territórios nacionais. Condição inafastável para se alcançar esse degrau de integração econômica é a unificação de determinados regramentos jurídicos, de modo a possibilitar iguais condições de competição entre os empresários de cada um dos países integrandos.

O desenvolvimento do processo integrativo em suas três etapas principais depende fundamentalmente da supressão das assim denominadas “barreiras não tarifárias”. Algumas delas, como a dos custos dos serviços de transporte,

portuários ou aeroportuários, dependem, ou podem depender pelo menos em parte, da iniciativa privada. Outras barreiras não tarifárias devem ser eliminadas pela atuação conjunta dos estados participantes do processo integrativo. São elas: *a)* exigências burocráticas desiguais relacionadas à circulação de mercadorias e serviços, em especial as pertinentes aos documentos que os devem acompanhar; *b)* diferenças e duplicidade de procedimentos aduaneiros, de controle e fiscalização do trânsito de mercadorias; *c)* diferentes regras de controle sanitário, de proteção fitossanitária e pecuária, ou diferentes modos de aplicar; *d)* variações e até mesmo conflitos nas normas técnicas, de segurança ou metrologia; *e)* divergências nos critérios de conversibilidade de moedas; *f)* políticas diversas de incentivos fiscais ou subsídios econômicos.

Como se pode antever, durante todo o processo de integração, são entabuladas, entre os agentes governamentais e os próprios setores organizados da sociedade e da economia de cada um dos países envolvidos, inúmeras negociações. Integrar, pode-se dizer, é fundamentalmente negociar com parceiros. O Mercosul pode ser considerado, desde 31 de dezembro de 1994, uma União Aduaneira imperfeita. É certo que o Tratado de Assunção preceitua que, nesta data, já se implantaria o Mercado Comum (art.1º), e é fato que não se pode considerá-lo uma simples zona de livre comércio, porque já está eliminado o certificado de origem dos produtos nacionais. Chama-se imperfeita a união aduaneira do Mercosul em razão das inúmeras exceções à Tarifa Externa Comum. De qualquer modo, identificando no estágio de evolução do processo integrativo, iniciado no primeiro dia de 1995, a primeira fase de zona de livre comércio, ou uma inconclusa segunda fase de união aduaneira, o fato é que o Brasil e seus parceiros se encontram ainda às voltas com enormes dificuldades para alcançar a meta fixada em 1991, em Assunção. O fortalecimento do Mercosul depende, na verdade, do aprofundamento do processo de integração. Quando os conflitos entre empresários e governos dos países do bloco — principalmente os do Brasil e Argentina — afloram, os economistas costumam apontar como saída a adoção de políticas econômicas coordenadas; em outras palavras, passos em direção à derradeira etapa da integração regional: a de formação da comunidade econômica.

## **5. A segunda globalização: as cadeias globais de valor**

A Organização Mundial do Comércio (OMC) foi criada, há cerca de duas décadas, na conclusão de uma série de negociações globais (denominada “Ro-

dada Uruguai”), que durara 87 meses (1986 a 1994). Resultou de um grande esforço de construção de consenso por parte de mais de uma centena e meia de países, convencidos de que o *General Agreement of Tariffs and Trade* (GATT), de 1947, já não mais atendia às necessidades da globalização da economia. A complexidade da integração econômica exigia mais que simples eliminação ou uniformização de tarifas ou facilitação do comércio internacional, envolvendo matérias como propriedade intelectual, financiamentos, serviços, controles fitossanitários etc.

Desde sua criação, a OMC tem colaborado de forma bastante significativa para a integração econômica, principalmente por seus instrumentos de solução de disputas. Mas, a função de ambientar negociações globais, infelizmente, ela não tem conseguido cumprir de modo igualmente satisfatório. Para se ter uma ideia das dificuldades nesta área, basta lembrar que a Rodada Doha, iniciada em 2001 ainda não se encerrou; tendo logrado alcançar, até o momento, unicamente um modesto acordo de facilitação do comércio, concluído em dezembro de 2013, em Bali (*Trade Facilitation Agreement*). Acordo que, tendo vencido o ceticismo generalizado, não conseguiu ser implementado senão após um ano, em virtude da resistência de um único país. Às vésperas do prazo para a ratificação do TFA, o novo governo da Índia (eleito após o acordo de Bali) alegou precisar da garantia de que não haveria questionamento, no sistema de solução de controvérsias da OMC, sobre o seu bilionário programa de segurança alimentar. Este programa, para evitar a fome de centenas de milhões de indianos, concede subsídios além do limite admitido pela OMC (de 10% da colheita). Apenas em dezembro de 2014, com a concordância dos Estados Unidos, conseguiu-se obter a unanimidade em torno da “*peace clause*” por prazo indeterminado pretendida pelo governo indiano.

O fundamento da OMC, o valor básico em torno do qual a organização foi erguida, é o multilateralismo. Infelizmente, este postulado, malgrado sua reconhecida pertinência, tem sido também um sério obstáculo para o avanço da integração econômica. Ele é apontado como o fator determinante do atual descrédito da entidade como ambiente propício a negociações frutíferas. Pelo princípio do multilateralismo, toda e qualquer deliberação da OMC só pode ser adotada pela unanimidade dos seus membros. Como são, hoje, 160, basta um país somente não concordar com determinado aspecto pontual do acordo em discussão para ser total e simplesmente descartado todo o esforço de negociação empenhado pelos outros 159.

Diante dos impasses do multilateralismo, os governos de alguns países têm deixado de lado o objetivo da integração econômica para negociar acordos de preferência comercial. Contudo, as iniciativas mais significativas neste contexto são, sem dúvida, as negociações ainda em curso de dois “mega-acordos preferenciais” ou “parcerias”: a *Trans-Pacific Partnership* (TPP) e a *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP).

TPP e TTIP são parcerias erguidas em torno do que se passou a chamar de “cadeias globais de valor”. A partir do cruzamento da imensidão de dados hoje disponíveis, identificaram-se as principais cadeias de produção e comercialização de produtos de grande valor agregado, distribuídas em diversos países. Em outros termos, já há algum tempo, os produtos de grande valor agregado não são mais produzidos num único país. Todos nós sabemos que não se consegue, hoje em dia, dizer a nacionalidade de um automóvel de determinada marca ou modelo. Veículos Volkswagen têm sido projetados, financiados, fabricados e comercializados em diversos países, sem envolver a Alemanha, onde foi originalmente concebido e produzido. Quer dizer, o projeto resulta da reunião de projetos feitos em dois ou mais países, partes do motor são fabricadas em outros tantos países, a montagem ocorre num país em que pouco ou nada foi fabricado, o financiamento da produção é tomado junto a bancos de outras partes do mundo, e assim por diante.

Os governos responsáveis pelos locais em que se encontram os elos destas imensas cadeias globais de valor são os atualmente envolvidos nas negociações (até o momento, secretas) das duas mega-parcerias: a TPP é iniciativa que envolve doze países da região Ásia-Pacífico: Austrália, Brunei, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japão, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Singapura e Vietnã. A TTIP, por sua vez, é a parceria em negociação entre os Estados Unidos e a União Europeia. Enquanto o multilateralismo tenta superar o impasse em que mergulhou, a globalização irrefreável prossegue via o fortalecimento destas inúmeras cadeias globais de valor.

Somente as empresas que se mostrarem capazes de antecipar esta tendência de evolução da economia e de se inserir nas cadeias globais serão as mais bem preparadas para os desafios empresariais que o novo cenário da globalização está desenhando. Somente elas sobreviverão nesta nova etapa da economia global. Alguns economistas, aliás, têm chamado o atual processo de “Globalização 2.0”, como forma de destacar a acentuada dimensão das transformações em curso.

# El Derecho romano en dos contratos de transporte de mercancías *Ciudad Rodrigo – Villasrubias -* *Peñaparda (Salamanca). Año 1588*

Justo García Sánchez  
Beatriz García Fueyo

El negocio jurídico que vamos a examinar, celebrado a finales del siglo XVI, tiene como punto de referencia un contrato, que el ordenamiento romano integra la figura de *locatio-conductio operis*, puesto que un vecino de Ciudad Rodrigo<sup>1</sup> conviene con unos carreteros, domiciliados en dos villas próximas, dentro del Campo de Robledo<sup>2</sup>, ambas dentro de la provincia de Salamanca, en los Reinos de Castilla y León, para que estos últimos efectúen el transporte de una importante cantidad de fruto, identificado como “castaña pilada”<sup>3</sup>, proveniente de bosques

1 Llamada así por el conde Rodrigo González de Girón, en la reconquista del siglo XII, por mandato del rey Fenando II, que la repobló, está situada junto al río Águeda, y tenía entonces como producciones más relevantes las del reino vegetal, como eran los cereales, legumbres, patatas, plantas cucurbitáceas, además de frutas, aceitosas y azucaradas, y los viñedos, junto a las provenientes del reino animal: cría de ganado vacuno, lanar, cabrío, de cerda, caballar, pavos, gallinas, y el aprovechamiento de los peces que proporcionada El Águeda. Ya en el siglo XVIII tuvo un amplio desarrollo el comercio, que se incrementó con algunas industrias a lo largo de los siglos XIX y XX. La exportación principal desde su comarca consistía en los cereales, patatas, cabritos, caza, aves domésticas, embutidos, legumbres, y el carbón, de brezo o encina. Vid. SÁNCHEZ AIRES, C., *Breve reseña geográfica, histórica y estadística del Partido Judicial de Ciudad Rodrigo*, por un Catedrático del Colegio de 2º Enseñanza de la misma Ciudad, Ciudad Rodrigo 1904, pp. 5-7.

2 El partido de Ciudad Rodrigo incluía, además de la socampana, los campos o sexmos de Camaces, Yeltes, Agadones, Argañán y Robledo. Vid. *Historia de Ciudad Rodrigo. Originalmente escrita por don Antonio Sánchez Cabañas (siglo XVII). Comentarios actualizados de Jose Benito Polo*, Salamanca 1967, mapa.

3 Probablemente se trata de la castaña “pilonga”, que es una forma de consumo de la castaña, distinta a la consumición en fresco. Elegidas las mejores castañas, por su mayor facilidad para pelarse y dejar a la vista la alta calidad del fruto, recibían el nombre de “castaña pilada”, y se secaban, a veces al humo, de manera tradicional. De este modo conservaba durante más tiempo sus grandes propiedades gastronómicas y nutritivas, porque son ricas en hidratos de carbono, vitaminas, fibra, minerales y

de castañares<sup>4</sup> ubicados en la circunscripción territorial del corregimiento citado, hasta la capital andaluza de Sevilla, con la obligación de que dichos conductores retornaran desde aquel Reino, unos días más tarde, con una determinada carga de aceite, que el *procurator* del *locator* les entregó en aquel origen<sup>5</sup>.

Los términos contractuales quedan perfectamente reflejados en la literalidad de los documentos que acogen el contrato privado, asumido por las partes contratantes<sup>6</sup>. Aunque se trata de dos contratos de transporte diferentes, en razón de los sujetos obligados, del lugar de concierto y divergencia parcial en el contenido de la prestación, así como del lugar de origen en la carga de la mercancía de la castaña, exponemos ambos negocios sin solución de continuidad, para que pueda observarse la correspondencia en la estructura contractual, pues ambos son ejecutados por mercaderes<sup>7</sup>:

---

ácido fólico, aparte de constituir un antioxidante con muy pocas grasas y calorías. Popularmente, en la Sierra de Gata, se conoce todavía hoy como “castaña pilona”.

4 El castaño es un árbol, según el Diccionario de la Lengua, “de la familia de las cupulíferas, con tronco grueso, copa ancha y redonda, hojas grandes, laceroladas, serradas y correosas, flores blancas y frutos a manera de zurriones espinosos parecidos al erizo, que encierran la castaña”, muy estimada en la provincia salmantina y otras partes de España, como Asturias, especialmente en la recolección otoñal para tomarlas asadas al fuego del carbón, por medio del calboche, que es una olla de barro con asa y boca, toda ajugereada, salvo el asiento, que se usa para este fin de asar las castañas.

5 Señalaba Ferrini que la variedad de tipos fundamentales de la locatio-conductio, agrupadas bajo un único concepto, era de carácter histórico: “il modello fu posto dai negozî conchiusi dai censori a nome dello Statu e per l’ultima forma del rapporto fra magistrati e gli apparitores. Lo Stato *locat* –collocare- gli stabili o le imposte al maggior oferente, l’*opus faciendum* a chi meno pretende... Ciò spiega pure perché si chiami *locator* tanto chi concede il godimento della cosa, quanto chi dà un lavoro da eseguire verso retribuzione, sebbene il primo abbia diritto alla mercede ed il secondo vi resti obbligato... Nell’Editto l’unità di queste forme è efficacemente rappresentata nell’unica formula, la quale di volta in volta si modifica, secondo la specie concreta”. FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, 4<sup>a</sup> ed. cur. e int. da G. Grossi, Milano 1953, p. 535. Heineccio pone el acento en la terminología, puesto que en esta locación conducción de obra u *operis*, el que da la merced de la obra se llama locador y el que la recibe conductor “porque al mismo tiempo toma en arriendo la obra que da también en arriendo de trabajo: D. 19, 2, 22, 2 y D. 19, 2, 15, 7. HEINECCIO, J., *Recitaciones del Derecho civil romano*, trad. al castellano, anotadas y adicionadas por L. de Collantes y Bustamante, 8<sup>a</sup> ed., t. II, Valencia 1888, p. 109 y nota.

6 ARChVa. Pleito de Gonzalo Vicioso Pacheco, de Ciudad Rodrigo (Salamanca), CONTRA Martin Mateos de Villarrubias (Salamanca), Francisco Lozano de Villarrubias (Salamanca), SOBRE pedir cuenta de ciertas arrobas de aceite que se comprometieron a llevarle desde la ciudad de Écija (Sevilla), a Ciudad Rodrigo. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F) Caja 304.6, desde 1588 a 1597: no digitalizado, fol. s. n. rv.

7 Recuerda Hevia Bolaños, que mercaderes son los que compran y venden mercaderías por ganar en ellas, mientras que negociadores son los que ejercen negocios de mercantía suyos o de otros, de modo que este segundo vocablo es más amplio que el primero. Otras dos notas distintivas señala el asturiano: frecuencia en las operaciones y que no se refieran a bienes raíces, sino a cosas muebles. En

*In marg. Concierto*

*Dezimos nos Maçias Blasco Pedro Gonçalez Martin Mateos Francisco Sanchez de la Plaça y Francisco Loçano de Avaxo vecinos todos que somos desta villa de Billas Rrubias// que nos concertamos con Francisco Mateos por mandado de Gonçalo Viçioso beçino de Ciudad Rodrigo en esta manera: en que nosotros los sobredichos nos obligamos por nuestras personas y bienes ansi muebles como rraiçes de le llevarle al dicho Francisco Mateos (cada uno) ocho fanegas<sup>8</sup> de castaña pilada a la ciudad de Sebilla y en ella lo descargar y que estaremos quattro días detenidos esperando cargo y que le traeremos treinta e nueve arrovas<sup>9</sup> de aceyte de la medida de aquella tierra<sup>10</sup>*

---

su criterio, los que compran frutos y los venden por ganar en ellos, son negociadores, aunque es un criterio singular. HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Laberinto del Comercio terrestre...*, en *Curia Philipica...*, t. II, Madrid 1797, pp. 262-263.

- 8 Bajo este término se identificaban diversas realidades muy diferentes. En primer lugar, como medida de capacidad para granos, la fanega o hanegada, que era una medida de capacidad de granos, subdividida en 12 celemines (cada celemín equivalía a 4,625 litros) o 4 cuartillos, que es el caso que nos ocupa. En Andalucía equivalía a 55,5 litros, mientras en Toledo solo alcanzaba 44 litros o 44 kg. Sin embargo, también fue una medida de extensión del terreno, la llamada fanega de sembradura o de tierra, que era el terreno dentro del cual se sembraba una fanega de grano determinado, adoptado como patrón, y generalmente de trigo. Por este motivo, variaba la superficie conforme a las calidades de la tierra. La medida estándar tenía 576 estadales cuadrados, o 0,6439 hectáreas, o 6.439,561 m<sup>2</sup>, y el estadal era una unidad de longitud equivalente a 4 varas o a 12 pies castellanos. En las medidas utilizadas para la capacidad de los cereales, en terminología de aquella época “por San Salvador en Oviedo” (Asturias), se afirma que la fanega de grano equivale a 16 celemines de Castilla, es decir, a 1,33 fanegas castellanas o 74,14 litros.
- 9 La arroba servía como unidad de medida tanto para peso como para capacidad. En cuanto a unidad de peso, equivalía a la cuarta parte del quintal, es decir, 25 libras de 16 onzas cada una, que eran aproximadamente 11,5 kg. Como medida de capacidad de líquidos, que es nuestro supuesto, equivalía en muchos lugares a la cántara o el cántaro, y se subdividía en 8 azumbres, y cada azumbrera era de 2,016 litros, o 16 medios azumbres, o 32 cuartillos. Recordaremos que el azumbrera era la medida típica de la miel. En 1563, las Cortes obtuvieron de Felipe II una disposición en virtud de la cual el aceite se fijaba al peso, en arrobas, libras, cuarterones y onzas, de modo que 25 libras correspondían a una arroba, y 4 onzas a un cuarterón o panilla, mientras 4 panillas formaban una libra. Los productores y comerciantes del aceite se quejaron al Monarca de ese nuevo sistema de valoración, que pasó del sistema basado en la capacidad al del peso, porque el aceite de mejor calidad pesaba menos que el de peor, lo que les suponía un gran perjuicio. Aunque desde 1566 hubo protestas con el nuevo sistema, sin embargo no se varió legalmente. Vid. Recop. 5, 13, 1-3. Cf. *Segunda parte de las Leyes del Reyno*. Libro quinto, Madrid 1640, fols. 37v-39v. En Asturias regía un sistema parcialmente diferente, respecto de Castilla. La cántara de vino tenía 18,41 litros, y la media fanega 37,07 litros, mientras el copín de El Salvador (catedral de Oviedo), que era de 8 cuartillos, pucheritas o maquilas, y se componía de 2 celemines castellanos. Vid. CANELLA Y SECADES, F., *Oviedo. Guía*, Oviedo 1888, reimp. facs., 1984, p. 319.
- 10 En general, la arroba de aceite equivalía a 12,56 litros, mientras que la arroba o cántara de vino podía alcanzar los 16,13 litros, siendo frecuente los 13,16 litros. Esto contrastaba con la arroba castellana, equivalente a 25 libras u 11,5 kg., y en este territorio 1 libra o 16 onzas, tenía el equivalente a 0,46

*por prescio e quantia de diez e siete ducados<sup>11</sup> en que fuimos concertados y conoçemos aver rrecibido doçe fanegas de trigo<sup>12</sup> cada uno de nosotros y la fanega fue concertada a treçe rreales e medio<sup>13</sup> y la rresta nos tiene de dar en Sevilla<sup>14</sup> e yo el dicho Francisco Mateos<sup>15</sup> me obligo por mi persona e bienes ansi muebles como rraíces de le dar la dicha rresta en la çividad de Sevilla*

---

kg., es decir, 460 gramos. En Andalucía, a pesar de la nueva normativa impuesta por Felipe II en 1563, sin embargo siguió vendiéndose el aceite según la capacidad, y no por el peso, tal como se había hecho en los siglos precedentes, y se practicaba con el vino. En Jaén, la media arroba de aceite equivalía a 7,12 litros, mientras en Cádiz a 6,26. Conforme a la información de la Dirección general de Protección Civil y Emergencias del Ministerio Español de Agricultura, en España, para aceite, una arroba equivale a 25 libras, es decir, a 12,44 litros, mientras que para otros líquidos como el vino, las 25 libras eran de 16 onzas cada una, equivalentes a una cántara u 8 azumbres, 32 cuartillos 128 copas, 16,128 litros u 11,5023 kg., variando en las provincias, porque en Sevilla eran 15,60 litros y en Cáceres 13,84 litros, o los 15,84 de Cádiz por los 16,42 de Badajoz.

- 11 Aunque había dejado de estar en uso, sin embargo se utilizaba como referencia para los contratos y el comercio en el siglo XVIII, satisfaciéndose su valor en otras especies de moneda, el ducado equivalía a 375 maravedís de plata, o lo que es lo mismo, a 3,39 gr. de oro, y en vellón variaba mucho conforme al aumento o disminución de la plata a lo largo del tiempo. Recop. 5, 11, 5. Segunda Parte de las Leyes del Reyno..., op. cit., fol. 27v.
- 12 Aunque el contrato de *locatio-conductio* implicaba la contraprestación por la ejecución de la obra en el pago de una cantidad de numerario, en el presente caso observamos que en parte se realiza en especie, si bien se tasa el valor del género entregado, para que el monto sea identificable *in pecunia numerata*, sin que falte la entrega de una cantidad directa de dinero, que les fue dado a los *conductores* en Andalucía, como ellos mismos confiesan. Por otro lado, si comparamos este precio de la fanega de trigo con el que adquirió a mediados del siglo XVIII, podemos observar que la fanega de trigo valía en 1750 la cantidad de 15 reales de vellón, es decir, había sufrido un aumento en real y medio de cómo se tasaba a finales del siglo XVI.
- 13 El real de vellón equivalía a 34 maravedís, -recordamos que el maravedí equivalía a 0,094 gr. de plata y solamente se usó en la Península-, es decir, a 3,196 gr. de plata, aunque hubo diferentes tipos de reales: reales de a dos, de a cuatro, de a ocho, con la correspondencia a otros tantos reales de plata, o a tres, seis o doce de vellón, ya que en el siglo XVIII cada real de plata equivalía a 1,5 reales de vellón.
- 14 Es evidente la estructura consensual del contrato, siguiendo el esquema del Derecho romano, puesto que el negocio estaba perfecto desde que existía el acuerdo respecto de la obra a ejecutar y la *merces* que debía abonarse por la misma, aunque ni una ni otra prestación estaban ejecutadas al celebrarse el concierto, sino que del negocio surgían obligaciones, para el *locator* y para los *conductores*, como vemos en este supuesto de 1588.
- 15 Es la figura romana del *procurator*, nacida de un contrato de mandato, que lleva a cabo una actividad negocial, en este caso con trascendencia jurídica, en nombre propio y por cuenta ajena, ya que el representante de Vicioso asume la obligación de pagar el resto de la merces en Andalucía como si fuera deuda suya, garantizándola con su persona y patrimonio, lo que pone de manifiesto unas evidentes raíces romanas, aunque en nuestro Derecho histórico se manifestaba la voluntad con la que se designaba al representante en una escritura pública, con intervención del escribano.

*como dicho es e que pagare los portazgos<sup>16</sup> que mi castaña debiere y la mitad del abarcaxe<sup>17</sup> e que si estuvieren detenidos mas de lo dicho que les pagare por*

- 16 Recuerda Aparicio Pérez, que entre los antiguos gravámenes impositivos indirectos que tuvo Roma desde la República se encuentra el portorium, que no sufrió cambios importantes durante el Principado. Fue un ingreso relevante, porque iba unido al desarrollo económico y comercial, lo que se produjo por las sucesivas conquistas de los últimos siglos republicanos y la consolidación del Principado, ampliándose con la necesaria seguridad exigible para las rutas y tránsitos, terrestres y marítimos. Aunque el año 60 a. C., con la *Lex Caecilia de Portoriis*, se suprimieron en Roma y resto de la península italiana los despachos aduaneros, lo que se tradujo en la minoración de las rentas fiscales, Julio César restableció los derechos de importación de productos procedentes del extranjero y aumentó las estaciones o despachos aduaneros, reinstalándose el año 42 a. C., con el segundo triunvirato, los *portoria*, en toda su extensión y bajo su antigua forma, aunque es enigmático el texto de Labeón, de D. 29, 2, 60, 8, respecto del arrendamiento individual o conjunto de los puestos aduaneros o distritos, según fueran gestionados singularmente o en bloque, al tratar de un puesto de aduanas instalado a la entrada o salida de un puente. APARICIO PÉREZ, A., *Las grandes reformas fiscales del Imperio Romano (Reformas de Octavio Augusto, Diocleciano y Constantino*, Oviedo 2006, pp. 32-33. Vid. portodos LAET, J. S. de, *Portorium. Etude sur l'organisation douanière chez les romains, surtout à l'époque du Haut-Empire*, Brugge 1949; reimpr. facs., New York 1975; ZAMORA MANZANO, J. L., *Algunos aspectos sobre el régimen fiscal aduanero en el Derecho romano: reglamentación jurídica del portorium: control de mercancías y comiso por fraude fiscal*, Madrid 2009. La vigencia de este impuesto en los reinos hispanos durante el Medievo está acreditada, aunque con diversos nombres, como son los del *teloneum*, que para García de Valdeavellano es sinónimo de portazgo, gravando el tránsito de mercancías y la venta de las mismas, como aparece en Alfonso VI de Castilla, el año 1072, que lo suprimió para los peregrinos a Santiago de Compostela, aunque Despí separa el impuesto que pagaban al paso los mercaderes y mercancías por un lugar determinado, y el que gravaba las operaciones de mercado realizadas en una feria o mercado. Muy similar será el *pedagium* o impuesto de peaje, citado por Alfonso VII y Fernando II, en el segundo tercio del siglo XII, que era el gravamen por la utilización de los caminos por parte de los mercaderes, al trasladarse con sus mercancías de un lugar a otro. Hubo otros de similar naturaleza, como el *rotaticum* o *rotagium*, por el transporte de mercancías, especialmente del vino, y así denominado por venir transportadas en vehículos sobre ruedas, es decir, carretas, y se pagaba a la entrada de las ciudades. Además del *saumaticum*, *trebatium* y el de pasaje, junto al *portaticum*, el más relevante y de mayor alcance económico en el siglo XVI era el portazgo, que tuvo al menos dos significados que interesan: a) el generado por la entrada de mercancías en un lugar, y b) el que pagaba quien transitaba mercancías por un territorio determinado, aunque no entrase en la ciudad, al que se refiere Alfonso X en Part. 3, 28, 11. Canga Argüelles, en la primera mitad del siglo XIX, trataba conjuntamente los "portazgos, peajes, rodas, castillerías, pontages y bargaces", porque eran derechos establecidos en la Edad Media para defensa de los caminos y pasos de los puentes, aunque nadie podía imponerlos sin permiso regio; fueron tan excesivos en número, que no se podía dar un paso en la Península sin tropezar con estas imposiciones, que impedían el libre giro del comercio. Enrique IV, en las Cortes de Ocaña de 1469, y de Nieva en 1473, consciente de los daños que causaban, revocó todas las mercedes que había hecho desde 1464. Vid. CANGA ARGÜELLES, J., *Diccionario de Hacienda con aplicación a España*, t. II, Madrid 1834, pp. 369-370, s. v. portazgos; APARICIO PÉREZ, A., *Historia de la fiscalidad en España (Edad Media: años 476-1469)*, Granada 2007, pp. 106-109; GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L., *El mercado. Apuntes para su estudio en León y Castilla durante la Edad Media*, Sevilla 1975, pp. 128-148; LÓPEZ DE AYALA, J., *Contribuciones e impuestos en León y Castilla durante la Edad Media*, Madrid 1896, pp. 128-129.
- 17 Era otro impuesto indirecto, denominado "barcaje", con el cual se gravaba el tránsito por cruzar los ríos en una embarcación. Según Canga Argüelles, este derecho se cobraba en España a los pasajeros por el tránsito de los ríos, "en remuneración de la comodidad que las barcas establecidas para el tránsito, proporcionaban al viajero; de este modo, con un sacrificio corto se economizan los gastos que

*cada dia a la rrata del conçerto/ e si rodeasen les pagare ni mas ni menos de como dicho es a la rrata lo qual todo concertamos los unos y los otros para ansi lo guardar y cumplir. Ante Pasqual Sanchez cura de Billa Rrubias e yo el sobredicho Pasqual Sanchez, cura e vicario de la dicha Billa doy fee que conozco a los contenidos en este dicho conçerto e por ser ansi verdad lo firmo de mi nombre atento a no aver escribanos de presente en este pueblo<sup>18</sup>. Testi-*

---

ocasionan los rodeos”, justificando el cobro “porque el dueño emplea en la construcción y manteniendo de los barcos un capital, con lo que se hace acreedor a un rédito”. Dicho impuesto gravaba a los carros, coches o acémilas, matizando el hacendista asturiano: “método que ofrece una desigualdad perniciosa al comercio: la cual se evitaría exigiendo el derecho en razón del peso y de la calidad de la carta, debiendo ser mayores los de los carroajes de lujo y comodidad que los de los destinados a conducir frutos o mercancías”, conciliando los intereses de los dueños de las barcas con los que se dedican a actividades “títiles” o de comercio. CANGA ARGÜELLES, J., *Diccionario de Hacienda*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid 1833, pp. 129-130, s. v. barcaje (Derecho de). Hay que recordar que, en la vía emprendida por los transportistas salmantinos, encontraban tres ríos caudalosos, aunque con puentes muy relevantes, sobre los ríos Tajo, Guadiana y Guadalquivir, si bien era este último el que tenía previsto el tránsito en barca, como reflejan los contratos de la época. Baste recordar que los carreteros de Villarrubias y Peñaparda pasaban a través del Puerto de Perales, de 910m. de altitud, denominado por los árabes Almazay, siguiendo la calzada denominada Dalmacia, a la que se refiere Alfonso XI en un documento de 10 de octubre de 1226, y también se le conoce como Camino de Coria, que era una comunicación secundaria que enlazaba desde Zamora, a través de Salamanca y Ciudad Rodrigo (*Mirobrigad Vettonum*, de los celtas oretanos), con la principal Vía de la Plata, que comunicaba Asturica Augusta (Astorga) y Emerita Augusta (Mérida), después de atravesar Coria (la antigua *Caurium*) y llegar hasta la mansio Rusticana, *Turmulus*, es decir, Garrovillas de Alconétar, donde estaba un famoso puente sobre el Tajo. Vid. CASILLAS ANTÚNEZ, F. J., *Historia y toponimia de la tierra de Coria*, en Alcántara 68 (2008) 27-29.

18 La intervención del cura de ese pueblo como fedatario sólo se podría justificar en la medida en que gozaba del título de notario, eclesiástico o apostólico, concedido por el prelado diocesano, o más bien por la Curia romana, y a ese oficio se refería la disposición del Concilio de Trento, sesión XXII, *de reformatione*, cn. X: “*Cum ex notariorum imperitiaplurimadamma et multarumoccasio lituum oriantur: possit episcopus quo scumque notarios, etiam si apostolica, imperialia ut regia auctoritate creat fierint, etiam tamquam delegatus sedis apostolicae, examinatione adhibita, eorum sufficientiamscrutari, illisque non idoneis repertis aut quando cumque in officiodelinquentibus, officiis eius in negotiis, litibus et causis ecclesiasticis ac spiritualibus exercendi usum perpetuo aut ad tempus prohibere, neque eorum appellatio interdictionem ordinarii suspendat*”. Cf. *ConciliorumOecumenicorum de creta*, cur. J. Alberigo y otros, Bologna 1973, p. 740. En su condición de clérigo, no podía ejercer el comercio, conforme a las disposiciones del Derecho canónico, aunque los mandatos del Sínodo diocesano Civitatense de 1491, obra del obispo Diego de Muros, tan solo se refieren a diezmos (cf. *Synodicon Hispanum*, dir. por A. García y García, t. IV. *Ciudad Rodrigo, Salamanca y Zamora*, por AA. VV., Madrid, BAC, 1987, pp. 7-11), mientras que el posterior sínodo diocesano, celebrado después de Trento, y para su aplicación, fue iniciativa del obispo Martín de Salvatierra, pero tuvo lugar en 1592, cuyas constituciones se imprimieron tres años más tarde, es decir, con posterioridad a la fecha de celebración del contrato en el que interviene el cura de esa villa salmantina (cf. TELLECHEA IDÍGORAS, J. I., *La diócesis de Ciudad Rodrigo. Las Relationes de Visitas ad limina (1594-1952)*, Roma 1996, pp. 16-30 y 85-94; AA. VV., *Episcopologio Civitatense. Historia de los Obispos de Ciudad Rodrigo (1168-2009)*, Salamanca 2010, pp.224-226; MARTÍN BENITO, J. I., ‘La Iglesia de Ciudad Rodrigo’, en *Historia de las diócesis españolas*. 18. *Iglesias de Ávila, Salamanca y Ciudad Rodrigo*, coord. por

*gos que fueron presentes Miguel de la Fuente moço y Pero Rramos vecinos de la dicha villa que fue fecho y otorgado el dicho conçerto a dos días del mes de marzo de este presente año de ochenta y ocho años, que por no saber firmar no firmaron e yo firme por mi e por ellos: Pasqual Sanchez.*

*Deçimos nos Domingo Esteban y Miguel Moran y Sevastian Herrero Biejo e Mateo Garcia (y) Pasqual Sanchez<sup>19</sup> todos beçinos de Peñaparda que nos obligamos a llevar a la ciudad de Sebilla desde Aldea del Ovispo quarenta y ocho fanegas de castaña pilada<sup>20</sup> y traer// de la ciudad de Eçixa cada carretero treinta e nueve arrovas de aceite de la medida de Eçija<sup>21</sup> y los abemos de poner en casa del señor Gonçalo Biçiosso Pacheco. Yo Domingo Esteban tengo de traer setenta y ocho arrovas de açeyte porque llebo dos carretas<sup>22</sup> y*

---

T. Egido, Madrid, BAC, 2005, pp. 440-441 y 444-447), por lo que entonces regía en la diócesis el Derecho canónico común.

- 19 Este interviniente, quizás pariente del mismo clérigo presbítero del contrato precedente, sin embargo es un carretero, que incluso no sabe firmar, como se constata en la deposición que hizo, en mayo de 1588, ante el alcalde mayor mirobrigense.
- 20 Si tomamos en consideración el listado de especies que se recolectaban en la comarca mirobrigense, conforme al *Catastro del Marqués de la Ensenada*, del año 1750, vemos que se refieren las siguientes: "trigo, centeno, cebada, garbanzos, algarrobas, lino, cáñamo, linaza y frejones, miel, cera y mosto, frutas (sin especificar), legumbres y todo género de hortalizas". Cf. *Ciudad Rodrigo. 1750. Según las Respuestas generales del Catastro de Ensenada*. Introd. de A. Cabo Alonso, Madrid 1990, pp. 50-54.
- 21 Según Escalona Molina, (ESCALONA MOLINA, M., *Estadal. Una aproximación al universo de la mensura*, Sevilla 2009, pp. 52-53), Alfonso XI mandó traer de Colonia y Troyes dos marcos, con valor similar al romano, pero las Cortes de Segovia y Alcalá de Henares, de 1347 y 1348, respectivamente, dispusieron que el marco tendría ocho onzas y la libra dos marcos, de modo que se perpetuó la libra de 16 onzas con raigambre islámica, frente a la libra de 12 onzas que era de origen romano, en una división duodecimal, similar a la del as hereditario romano, con las doce uncias. Por ello, la arroba equivale a 25 libras, y el quintal tenía cuatro arrobas, mientras la libra se dividía en 16 onzas, la onza en ocho dracmas, el dracma en 2 adarmes, el adarme en 2 tomines, y el tomín en 12 granos. Vid. MARIANA, J., S. I., *De ponderibus et mensuris*, Toleti 1599; NEBRIJA, A., *Repetitio sexta de mensuris*, Salmanticae, J. de Porras, 1510; SASTRE ZARZUELA, E., *Estudio de la medida*, Valladolid 2004.
- 22 Señalan Diago y Ladero, cómo en el repertorio viario de Villuga y Meneses se menciona una comunicación itineraria, de carácter secundario, a lo largo de la frontera portuguesa, de Norte a Sur, entre el límite con el reino de Portugal, matizando: "aunque había un camino que seguía la frontera de Ciudad Rodrigo a Badajoz", que no parece hubieran seguido los carreteros salmantinos. Desde otro punto de vista, ponen de manifiesto la relevancia de la carretería y su complemento la arriería, aunque en volumen de transporte de productos era mayor la última que la primera. La cabaña de carreteros obtuvieron importantes privilegios de la monarquía hispana a finales del siglo XV y principios del XVI, respecto de su tránsito y reparación del vehículo, figurando en las Leyes de Toro un precio, así como el recorrido de ocho leguas diarias. Ambos estudiosos recuerdan que "el auge de grupos de transportistas profesionales, preferentemente en zonas de montaña", entre otras en el Sistema Central, provocaron unos niveles de desarrollo económico y demográfico en sus villas y aldeas "superiores con frecuencia a los de las tierras llamas más próximas, con mejores aptitudes para el cultivo del cereal". DIAGO

deçimos que con las condiciones en este contrato de atras contenidas nos obligamos a cumplirlo y acer obligacion en forma conforme aça y deçimos que la açaite lo traeremos de donde se allare pagándonos si rrodearemos a la rrata de como vamos ganando y deçimos que tenemos rrescividos de Francisco Mateos para el porte<sup>23</sup> yo Domingo Estevan veinte e quatro fanegas de trigo e yo Miguel Moran doce si (sic) yo Sebastian Herrero doce fanegas y yo Mateo García doce fanegas e yo Pasqual Sanchez<sup>24</sup> diez fanegas<sup>25</sup> a prescio cada fanega de a trece rreales y medio<sup>26</sup> y porque es verdad que lo tenemos

---

HERNANDO, M. – LADERO QUESADA, M. A., *Caminos y ciudades en España de la Edad Media al siglo XVIII*, en La España Medieval 32 (2009)= 369-372. Sobre los itinerarios de comunicación existentes en esta parte de España, durante el siglo XVI, vid., FERNÁNDEZ DE MESA Y MORENO, T. M., *Tratado legal y político de caminos públicos, y possadas dividido en dos partes: la una en que se habla de los caminos, y la otra de las possadas...*, Valencia 1755; ESPINALT y GARCÍA, B., *Guía general de postas y travesías de España para este año de 1794: con un mapa arreglado a las novedades ocurridas en las carreras, sus rutas, leguas que hay de unas ciudades y villas a otras.....*, Madrid 1794; ESCRIBANO, J. M., *Itinerario español o Guía de caminos, para ir desde Madrid a todas las ciudades y villas más principales o para ir de unas ciudades a otras...*, 5<sup>a</sup> impr., Alcalá 1798; *Carte-itinéraire de l'Espagne et du Portugal... par ordre de S. E. M. Le Maréchal Bellone, Ministre de la Guerre...*, Paris 1823.

- 23 Según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, es la cantidad que se paga por transportar una cosa de un lugar a otro, que en nuestro instituto jurídico contractual es la *merces*.
- 24 Sorprende que en el Sínodo diocesano Civitatense de 1592 se ponga especial énfasis en la falta de dezmar por parte de los párrocos de la capital de la diócesis, respecto de las tierras, viñas y pastor adquiridos mediante compraventa, bajo el pretexto de que eran eclesiásticos, cuando la exención solamente afectaba a los bienes dejados para obras pías, o como patrimonio de los clérigos, a efectos de su ordenación, o para dotación de capellanías, pero en ningún caso se extendía a los comprados por dichos clérigos, solicitando el prelado Salvatierra la emanación de un *motu proprio* por el Romano Pontífice, en el que se aboliera dicha costumbre, sin hacer referencia al tráfico comercial practicado por los clérigos de la diócesis, que sí aparece en muchos sínodos diocesanos. Cf. TELLECHEA IDÍGORAS, J. I., op. cit., p. 29 y 93-94.
- 25 No hemos encontrado el motivo por el cual, mientras cada uno de los carreteros que se obliga a traer las 39 arrobas de aceite, recibe doce fanegas de trigo, como parte del dinero en que consiste la *merces*, ya que se tasa el valor dinerario de cada fanega, mientras que el *conductor* con dos carretas se obliga al doble de mercancía e igualmente percibe el doble de retribución, sin embargo Pascual Sánchez, que es uno de los contratantes-*conductores*, tan solo percibe diez fanegas de trigo, sin que se explique la causa de esa minoración. Los investigadores modernos identifican la carga que cada animal sólida llevar en arrobas, como la mula, cifrada en 12 o 14 arrobas, y sin embargo no se explica el contenido del carro destinado al transporte. Sin duda, ello es debido a su diversidad, aunque no faltan autores que cifran la carga de una carreta entre 150 y 160 arrobas, lo cual no corresponde al tipo de carroaje de nuestra región, y menos el que se utilizaba en los caminos que cruzaban la Sierra de Gata, con vías estrechas, empinadas y de curvas cerradas, fruto del aprovechamiento de antiguas rutas que estaban en uso desde la antigüedad.
- 26 Mientras el real tenía 3,43 gramos de plata, el real de plata equivalía a 34 maravedíes, y el maravedí era una moneda de cobre muy pequeña, comúnmente usada en la Península. El ducado, de 37,76 gramos de plata, valía 375 maravedíes u 11 reales.

*rrescivido el dicho pan para en pago de nuestro xornal y que cumpliremos lo que dicho es, lo que yo Domingo Estevan por todos y yo Alonso Rodriguez de Caravantes lo firme por testigo que es fecho en dos de marzo de mil e quinientos y ochenta y ocho años. Testigo: Alonso RodriguezCaravantes. Por mi Domingo Esteban.*

El locator<sup>27</sup>es Gonzalo Vicioso Pacheco, natural y vecino de Ciudad Rodrigo. Había nacido hacia 1550, puesto que contaba en 1584-1586 con 35 o 36 años de edad, al momento de tramitarse su causa, ante el tribunal de la Inquisición de Llerena (Badajoz), como sospechoso de herejía, por entender el provisor Civitatense<sup>28</sup>, que dicho ciudadano, en una representación de un Auto Sacramental, sobre el que depusieron unos testigos, afirmando que le habían escuchado que, en su criterio, no debía aparecer inicialmente más que el Padre Eterno, puesto que el Hijo Jesucristo vino al mundo en un momento histórico determinado, con lo que ponía en tela de juicio la existencia eterna de la segunda persona de la Santísima Trinidad<sup>29</sup>.

Uno de sus ancestros, que no podemos matizar si era su progenitor, pero del mismo nombre que el afectado, Gonzalo Vicioso, litigó un pleito con Lope Romero y consortes, todos vecinos de Miróbriga, a causa del impago de una deuda, generada “por el arrendamiento de la renta de la fruta”, solicitando de la Real

27 En este contrato de arrendamiento de ejecución de obra, una de las cuestiones analizadas por los juristas de la Edad Moderna fue el alcance terminológico, como vemos en MOLFESIO, A., *Tractatus de utraque hominum dispositione inter vivos et in morte, sive compendiosa praxis contractuum, ultimarum voluntatum, et de sepulturis*, Neapolí, ex tip. L. Scorigii, 1622, p. 107. *Locare opus est dum aliquis cum fabro, vel artifice paciscitur de aliquo opere eficiendo, praestita mercede. Et quandoque confunduntur locare et conducere... qui insulam aedificandam, vel aliud opus faciendum in se recipit, conduxisse opus: dominus vero locasse dicitur... Sic vice versa, artifex operas locare, dominus vero, qui mercedem pro his praestat, conducere dicitur. Locator regulariter dicitur, qui pretium accipit, conductor vero, qui dat ut sic locator sit dominus, at in operibus faciendis communis utriusque verbi ius, et significatio est: Nam quatenus operam suam vendunt, locatores dicuntur, quia operas suas locant ad opus illud faciendum, sicut locare operas dicitur, ut quis cum bestiis pugnet.*

28 Probablemente el famoso doctoral placentino, experto *in utroque iure*, Juan Gutiérrez Vázquez. Sobre este jurista, vid. GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Juan Gutiérrez. Abogado y jurista placentino, graduado en Leyes por la Universidad de Salamanca*, en Salamanca. Revista provincial de estudios 24-25 (1987) 83-111; id., *Juan Gutiérrez: jurisconsulto español del siglo XVI, intérprete del derecho Romano en materia financiera*, en Ius Commune, 1987, pp. 57-99 y en RIDA, 1987, pp. 103-160.

29 Sonaba a la proposición de los arrianos, herejía condenada en el Concilio de Nicea, del año 325 d. C., bajo presidencia del emperador Constantino I el Grande.

chancillería de Valladolid la expedición de una ejecutoria, a fin de percibir su abono por vía ejecutiva, y siéndole otorgada el 4 de octubre de 1496<sup>30</sup>.

Vicioso Pacheco se dedicó profesionalmente al comercio de diversos géneros de frutas y granos, incluso al por mayor o en gran cantidad, y con distribuidores o vendedores asociados en otras comunidades foráneas de la provincia salmantina, ya que abastecía, como hemos visto en el contrato referido más arriba, de un importante volumen de “castaña pilada”<sup>31</sup>, recogida en Aldea del Obispo (Salamanca)<sup>32</sup>, a otros comerciantes de la ciudad de Sevilla, y aprovechando el transporte de sus productos, dichos carreteros, que eran vecinos, unos de Villasrrubias (Salamanca)<sup>33</sup>, y otros de Peñaparda, por encargo y convenio con el comerciante de frutas y granos, retornaban desde Écija (Sevilla) a Miróbriga<sup>34</sup>

30 ARChVa. Registro de Ejecutorias. Sign. Caja 105.15. Internet: MCU.PARES. ES. Son 15 imágenes.

31 No existe en el Diccionario histórico de la Lengua Castellana esta expresión, y al señalar que es un número determinado de castaña “pilada”, quiere decir que iba amontonada en el carro, ya que uno de los significados de pila, del que procede pilada, es el de montón.

32 Sito en el Campo de Argañán, cuyo término deriva de argaña, o raspa de la espiga, a causa de los muchos cereales que producía, es límitrofe con Portugal, y tiene una legua de diámetro, siendo de los más fértiles de este partido. A finales del siglo XIX se destaca en su producción que eran los comunes a todo el territorio, como era la abundancia en trigo, centeno, frutas de verano y piaras de reses vacunas, de cerda, cabrío y lanares, de cuyo esquileo, en palabras de Sánchez Aires, se obtenían anualmente más de 260 arrobas de lana. Se pone énfasis en la existencia de un monte de encina, y una alameda de negrillos, por lo que sus mayores rendimientos económicos derivaban del cultivo y de la ganadería. SÁNCHEZ AIRES, C., op. cit., pp. 82-86.

33 Indica Casiano Sánchez que es un “pueblo, de la comarca del Rebollar, de situación gaya y pintoresca, sito en una estribación de la Sierra de Jálama (cordillera Carpeto-Vetónica), entre Robleda y Peñaparda”. Con un clima frío, tiene producciones propias de la comarca, “brotando doquier el lirio, el orégano, el rosal, el romero, la campanilla, la violeta, y otras mil yerbas y flores que perfuman el ambiente y esmaltan la verde alfombra de toda la región, poblada de encinas, robles, pinos y alcornoques, guarida a multitud de ciervos, lobos y jabalíes”, de modo que su actividad productiva era la labranza y ganadería, elaborando “queso, carbón de fragua”, y especialmente destaca: “fabrican carretas que hacen mucho ruido en la feria de Coria: hay aceñas, panaderías y telares, surtiendo de traviesas”, en aquel momento al ferrocarril que se levantada en torno a Ciudad Rodrigo para enlazar Francia con Portugal. SÁNCHEZ AIRES, C., op. cit., pp. 171-174.

34 Fue una ciudad celta y, más tarde, romana, rodeada de murallas, aunque actualmente son de origen medieval, que a finales del siglo XVI tenía menos de dos mil vecinos, a pesar de que es el Siglo de Oro de la localidad, con los más ilustres prelados en la Mitra Civitatense (como son los cardenales Tavera y Pedro Pacheco, o los obispos Diego de Covarrubias y Diego de Simancas, entre otros), además de los prebendados de la catedral de Santa María más insignes (entre los que destacan el maestro Miguel de Palacio, docente de Teología en Salamanca, junto a Domingo de Soto o Melchor Cano, y el doctoral Juan Gutiérrez Vázquez), sin olvidar a los naturales de la localidad, el cardenal Francisco Pacheco de Toledo, primer arzobispo de Burgos, y el obispo de Zamora, Antonio del Águila, por presentar un elenco de personajes del ámbito eclesiástico. Dentro de la literatura destacaron entonces Cristóbal de Castillejo

(Ciudad Rodrigo, Salamanca), con una elevada cantidad de aceite, aparte de vender trigo, cebada y centeno en la villa cacereña de San Martín de Trevejo<sup>35</sup>, a través de otro mercader, Juan Alonso de la Plaza, con domicilio familiar y comercial al otro lado de la Sierra de Gata, en la Meseta Sur del Macizo o Sistema Central peninsular, una vez superado el Puerto de Perales<sup>36</sup>.

Tenemos bien documentada esta actividad del locator en la venta de grano de cereal, tripo o centeno al por menor, con otros vecinos del norte de la provincia extremeña antes citada, como se comprueba en la escritura de obligación que autoriza el escribano Melchor de Quiroga, con data de 17 de enero de 1584<sup>37</sup>,

---

y Feliciano de Silva, y en el mundo de las armas de la conquista del Perú, fue el capitán Diego Centeno, muerto en un convite, el año 1526. Vid. por todos, HERNÁNDEZ VEGAS, M., *Ciudad Rodrigo. La catedral y la ciudad*, dos vols., Ciudad Rodrigo 1935; reimpr. facs., 2<sup>a</sup> ed., Salamanca 1982.

- 35 La ejecutoria, fechada el 5 de julio de 1589, “a pedimiento de Gonçalo Biçioso Pacheco y consortes acreedores a los vienes de Juan Alonso de la Plaza, vecino de San Martín de Trebejos”, en el pleito litigado por Gonzalo Vicioso Pacheco, vecino de Ciudad Rodrigo (Salamanca) y otros acreedores de Juan Alonso de la Plaza, vecino de San Martín de Trebejo (Cáceres), con Francisco Durán (que denunció los hechos), vecino de dicha villa, sobre la venta en casa de dicho Juan Alonso de más de 300 fanegas de trigo, a 22 reales, y de centeno, a más de 17 reales, contradiciendo la ley. Está en Internet. MCU.PARES.ES. ARChVa. Registro de Ejecutorias. Caja 1647.21. Son 50 imágenes.
- 36 Vid. Ilustración final. No siempre resultaba con éxito este tipo de negociación, porque en ocasiones el intermediario cometía ilícitos penales, de los que respondía no solamente con sus bienes muebles e inmuebles o raíces, sino también con su persona, dando lugar al concurso de acreedores, en el que no era el mirobrigense Vicioso quien resultaba privilegiado en primer lugar, conforme a las reglas jurídicas aplicables en caso de la pluralidad de deudas y preferencia para el cobro. En ocasiones, la cuantía de liquidación de créditos y deudas recíprocos resultaban importantes, como vemos por la Ejecutoria, con data del 26 de agosto de 1592, del pleito litigado por Juan Alonso de la Plaza, vecino de San Martín de Trevejo (Cáceres), con Gonzalo Vicioso, vecino de Ciudad Rodrigo (Salamanca), “sobre ejecución de sus bienes por valor de 114.000 maravedís por una deuda contraída en virtud de una escritura de obligación”. Está en Internet. MCU.PARES.ES ARChVa. Registro de Ejecutorias. Caja 1722.80. Son 8 imágenes.
- 37 AHPSa. Sección protocolos. Ciudad Rodrigo. Escribano: Melchor de Quiroga. Sign. 1990, de 1584-1587, fol. 112rv: “Obligose García Lopez vecino de Villamiel por fanega e media de zenteno e fanega e media de trigo a la paga y por un ducado mas que le presto en dinero paga feria de mayo de 84 e si se fuere a cobrar 4 reales por dia. Sepan quantos esta carta de obligacion vieren como yo Garcia Lopez vecino que soi de la villa de Villamiel estante al presente en esta cibdad de Cibdad Rodrigo otorgo e conozco por estas presente carta que me obligo con mi persona e bienes muebles e raizes avidos e por aver de dar e pagar e que dare y pagare realmente y con efeto a vos Gonzalo Biçioso Pacheco vecino de la dicha cibdad de Cibdad Rodrigo... los maravedis que montaren fanega y media de trigo y fanega y media de zenteno a precio el trigo de a catorze reales y el centeno de a ocho reales cada fanega que es la tasa de su magestad y mas honze reales que me prestastes por me hazer merced y buena obra todo lo qual reçebí y a mi poder pase realmente y con efeto sobre que renuncia la exçencion del dolo e mal engaño de la ver non visto con todo... y pongo plazo para os dar e pagar los maravedis que montaren los dichos fanega y media de trigo y fanega y media de zenteno a la tasa de su magestad y mas los

por la cual un vecino de Villamiel (Cáceres) se compromete a abonar el precio aplazado de una fanega y media de trigo, así como fanega y media de centeno, tasado el precio de las primeras en 14 reales y las segundas a ocho, conforme a la Real pragmática de Felipe II sobre la tasa del pan de 1558<sup>38</sup>, además de un pequeño préstamo de un ducado<sup>39</sup>, lo cual abonaría el deudor García López en la feria<sup>40</sup> de finales del mes de mayo de dicho año, o la de la misma fecha, con Juan Campos, vecino de Robledillo de Gata (Cáceres)<sup>41</sup>, que adquiere cinco fanegas

---

dichos honze reales mas para el dia de feria de mayo que bendra deste presente año de ochenta y quatro que se haze en esta çibdad todos juntos en una paga y en esta çibdad a mi costa... a diez y siete dias del mes de enero de mil e quinientos e ochenta e quatro años siendo testigos Juan de Campos vecíno de Robledillo e Pedro Picado vezinode Villamiel... el otorgante no firmo por no saver...".

- 38 Vid. MESSIAE, L. a, *Laconismus seu chilonium pro Pragmaticae qua panis precii taxatur in interioris foro hominis elucidatione*, Hispali 1569. Sobre su alcance, vid., DIOS, S. de, *La doctrina sobre el poder del príncipe en Luis de Mexia Ponce de León*, en AHDE 72 (2002) 9-69, y reimpresso en *El poder del monarca en la obra de los juristas castellanos (1480-1680)*, Toledo 2014, pp. 391-437. Sobre el precio del pan y la normativa de Felipe II, vid. MERCADO, T. de, O. P., *Summa de tratos y contratos*, t. I, Sevilla, en casa de F. Díaz, 1587.
- 39 Queda la sospecha de estar Gonzalo Vicioso, vendedor, instrumentalizando la figura aparente de un préstamo, por cuantía de un ducado, para imponer al comprador un precio superior al permitido legalmente.
- 40 Señala Escriche, que tanto las ferias como los mercados son las reuniones de mercaderes y negociantes en lugares y días señalados para vender, comprar y permutar diferentes objetos, como ganados, frutos y otros géneros, aunque por metonimia se denominan con este término los lugares o sitios en los que produce esa concurrencia. Las ferias se diferencian de los mercados porque aquellas son reuniones más numerosas y solemnes, por lo que son menos frecuentes, mientras los segundos suelen celebrarse una vez por semana en los pueblos de cierta entidad. Tanto las ferias como los mercados pueden ser francos, es decir, libres de pagar alcabala y otros derechos, o no francos, en los que abonan gravámenes, concediéndolos la Corona, de modo que no se podían celebrar sin facultad regia. La gracia obtenida para celebrar feria se considera perpetua por su naturaleza, y el alcalde o justicia del pueblo en que hay feria o mercado, tiene que evitar todo perjuicio y molestia a los mercaderes, exigiéndoles exclusivamente los impuestos que figuran en el privilegio respectivo, "administrándoles justicia con toda preferencia y celeridad, y no proceder contra ellos en su ida, estada y vuelta, por deudas que no se hayan contraído en la misma feria o en otra anterior, a no ser que habiéndose contraído en otra parte se hubiese prometido hacer su pago en la feria". Cf. Partida 5, 7, 2-4 y Part. 3, 18, 42, con las glosas de Gregorio López; Recop. 9, 7, 3; 9, 20, 9. Vid. ESCRICHE, J., *Diccionario de Legislación y jurisprudencia...*, t. II, 2<sup>a</sup> ed. corr. y aum., Madrid 1847, pp. 138-
- 41 AHPSa. Sección protocolos. Ciudad Rodrigo. Escribano: Melchor de Quiroga. Sign. 1990, de 1584-1587, fol. 12rv: "Obligose Juan de Campos vezino de Robledillo a pagar al señor Gonzalo Biçioso Pacheco los maravedis que se montaren zinco fanegas de trigo a precio de a catorze reales conforme a la tassa de su magestad plazo feria de mayo de 84 e si se fuere o enbiare a cobrar quattro reales de yda y estada. Y por tres fanegas de centeno a ocho reales". Era vecino de la villa de Robledillo de Baldarrago, estante en Oviedo, se obliga a pagar los maravedís que valieren cinco fanegas de trigo, a precio cada fanega de catorce reales que es la tasa de su majestad y por los maravedís que montaren tres fanegas de centeno a precio de ocho reales cada fanega que es la tasa de su Majestad, todos juntos en una paga "para el dia de feria de mayo que se haze en esta dicha çibdad de Çibdad Rodrigo primera

de trigo, a catorce reales cada una y tres de centeno a ocho reales, conforme a la tasa legal entonces vigente, y pagado el precio aplazado en la feria de mayo<sup>42</sup> inmediata posterior, así como en la socampana mirobrigense, la escritura de 27 de mazo de dicho año, con Martín Amado, vecino de Perosín<sup>43</sup>.

Por otro lado, el traslado del aceite en carretas solía acompañarse por arrieros que las guiaban con mulas, y se almacenaba en odres o botijas, recordando las famosas vasijas de barro que transportaban el aceite andaluz a la Urbe, cuando Roma era la capital del Imperio, y teniendo presente que la arroba equivalía a 30 libras, es decir, 11,5 kg.

Este hecho, del relevante volumen de negocio comercial con el que operaba el arrendador del transporte, explica que en la síntesis biográfica del mismo, realizada por la Inquisición, respecto de la persona de Gonzalo Vicioso, se limite a señalar que vive de su hacienda, lo que no significa que viviera de rentas, sino de su actividad mercantil, que practicaba desde nuestra población, y su entorno geográfico:

---

que bendra deste presente año" de 1584, pagados en Ciudad Rodrigo al acreedor o quien tuviere su poder, a su costa y sin pleito alguno, porque si se fuere a cobrar por cada día de ida, estada y vuelta se pagaría cuatro reales, y se firma en Ciudad Rodrigo a 17 de enero de 1584, y son los mismos testigos y el "otorgante por no saver firmar a su rruego lo firmo un testigo".

42 En Ciudad Rodrigo existe un privilegio de los Reyes Católicos para que los martes de cada semana se pueda celebrar un mercado franco. Además, había tres ferias especialmente señaladas, además de la del 6 de septiembre, aprovechando que la comarca es tradicionalmente zona ganadera, con notorio concurso de équidos, bovinos y animales de cerda, aunque esta última se suprimió el pasado siglo por la peste: la de botijas o botijos, en el segundo viernes de Cuaresma; la del 27 de mayo, y la de San Andrés, el 30 de noviembre.

43 AHPSa. Sección protocolos. Ciudad Rodrigo. Escribano: Melchor de Quiroga. Sign. 1990, de 1584-1587, fol. 84rv: A 27 de marzo de 1584, Martín Amado, vecino de Perosín, jurisdicción de Ciudad Rodrigo, hace carta de obligación de dar y pagar a Gonzalo Vicioso pacheco, vecino de Ciudad Rodrigo, o a quien su poder tuviere, ciento cincuenta y cinco reales, que son por razón y de resto de once fanegas de trigo a precio cada fanega de a trece reales y de catorce fanegas de centeno a precio cada fanega de a ocho reales que de bos recibi e pongo plazo para bos dar e pagar los dichos zientos y zkinuenta e cinco reales para el dia de la feria de mayo que vendra de este presente año de 1584", los cuales pagará juntos en un plazo, "puesto e pagados en esta dicha ciudad de Ciudad Rodrigo a mi costa llanamente y sin pleito alguno so pena de lo pagar todo ello con el doble por nonbre de ynteresse con mas todas las costas daños y ynteresse e menoscabos que sobre la dicha razon se siguieren e recrescieren e para lo cumplir... e por no saver escribir lo firmo a su rruego un testigo". Perosín es actualmente un despoblado, convertido en una finca agrícola-ganadera.

Gonçalo Viçoso Pacheco de hedad de treinta y cinco o treinta y seis años, que bive de su hazienda, natural y vezino de Ciudad Rodrigo<sup>44</sup>.

Gonzalo Vicioso, a causa de un conflicto patrimonial con el cabildo Civitatense, fue condenado a satisfacer, a dicha persona jurídica eclesiástica, una cierta cantidad de maravedís. Ante el impago de dicha deuda, los capitulares reclamaron la ejecución, que implicaba todavía entonces, siguiendo el esquema del antiguo proceso civil romano, la responsabilidad directa sobre la persona, introduciéndola incluso en prisión, además de responder con su patrimonio, mediante el embargo de sus bienes<sup>45</sup>.

El deudor, que incumplía, fue condenado, en la doble sentencia de la Real chancillería de Valladolid, pero recurrió la prisión por deudas, ya que era uno de los privilegios que disfrutaban los hidalgos<sup>46</sup>. Entre estos, destaca la inmunidad de tributos, así como de otras prestaciones y servicios personales, sin olvidar que tampoco podían, de ordinario, recibir tormento, ni ser castigados con penas infamantes, “ni ser encarcelados por deudas, salvo que procedieran de rentas

44 Una clásica división de los ciudadanos en España durante la Edad Moderna era la que separaba a los nobles de los pecheros, ya que los primeros estaban exentos de pagar tributos, a diferencia de los segundos, si bien, en el primer grupo, se diferenciaba la Alta Nobleza, comenzando por los Grandes, de los hidalgos o hijosdalgo. Sobre esta terminología, vid. LÁZARO CARRETER, F., *Hidalgo, hijosdalgo*, en Revista de Filología española, 31, 1947, pp. 161-170.

45 Cf. TORRENT RUIZ, A., *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, 2002, pp. 175-176; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, 3<sup>a</sup> ed., Valencia, 2004, pp. 175-177; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 8<sup>a</sup> ed., Madrid, 2015, pp., 124-127. Desde la *LexPoeteliaPapiria*, del 326 a. C., se fue mitigando la ejecución sobre la persona del deudor, tan drástica en la *legisactio per manus injectionem*, y merced a la actividad del pretor, acabó imponiéndose la ejecución patrimonial, pasando del sistema general de la *bonorumvenditio* a la *bonorum distractio*.

46 Recuerdan los historiadores del derecho, que en la Edad Moderna, a partir del siglo XVI, fueron muy frecuentes las peticiones de ciudadanos para ser incorporados en el grupo de hidalgos, una vez que se reestructuró la Nobleza, a causa de los grandes beneficios que implicaba esa condición, como eran los de dar lustre a la riqueza recientemente adquirida, o por vanidad, o por gozar de sus privilegios, entre los que prevalece la exención del pago de tributos al Estado, que gravaban especialmente a los labradores y menestrales. Cf. MINGUÍJÓN, S., *Historia del Derecho español*, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1943, p. 387. En opinión de Escudero, “los hidalgos de la época de los Austrias fueron nobles que, por no ostentar cargos públicos y carecer de medios de fortuna, ocuparon el estrato más bajo de las clases privilegiadas”, existiendo los “hidalgos de sangre” y los de “executoria”, que por lo común disfrutaron de mejor situación económica. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones*, Madrid, 1995, pp. 671-672. Sobre el hidalgo hispano en la Literatura, vid., DELGADO, Jaime, *El Hidalgo español*, Madrid, 1944. Acerca de los privilegios de esta clase, en el entonces Reino de Portugal, vid., PEREIRA, L. da S. O., *Privilégios da nobreza e fidalguia de Portugal*, 2<sup>a</sup> ed., Lisboa 2002.

reales”, de modo que en caso de prisión, la cumplían en su casa o en lugares separados, manteniendo inembargables el caballo, la casa y el ajuar<sup>47</sup>.

Para conseguir este objetivo, Gonzalo Vicioso, después de haber perdido su pretensión en primera instancia, por fallo del juez mirobrigense, y haber sido ratificado el encarcelamiento, recurrió en apelación al tribunal superior castellano, ubicado en Valladolid, donde logró que se le diera “soltura” de la cárcel en la que se encontraba a causa de una “deuda civil”, pero matiza el auto dictado por los oidores vallisoletanos, con el ponente Jerónimo de Medinilla<sup>48</sup>, “sin crear posesión de estado<sup>49</sup>, según pronunciamiento de los oidores:

*Valladolid a quatro días del mes de setiembre de mill e quinientos e noventa e seis años dixeron que debían declarar e declararon el dicho Gonçalo Biciosso Pacheco no poder estar presso por deuda civil con que por lo sussodicho no se ha visto el dicho Gonçalo Vicioso Pacheco adquerido derecho alguno a su hidalgua ansi en posesión como en propiedad*”, confirmado en un nuevo auto, para la expedición de la ejecutoria, *Dado en Valladolid a veinte*

- 47 Señala Escudero, que muchas gentes de la clase media pujaron en España, durante los Austrias, por acceder a la hidalgua, utilizando un complejo sistema de probanzas, entre las que se encontraban los registros parroquiales y los padrones municipales, con los que se pretendía probar la ascendencia hidalg, e incluso aportando escudos e invocando la pertenencia de cofradías o asociaciones reservadas a las claves más altas. ESCUDERO, J. A., op. cit., p. 671.
- 48 Había nacido en Bocos (Burgos), alrededor de 1551. En 1580 fue nombrado alcalde mayor de la Real audiencia de Galicia. El 29 de noviembre de 1586 fue promovido a alcalde de la Sala de hijosalgo de la Real chancillería de Valladolid, y el 13 de julio de 1593 se le ascendió a oidor del mismo tribunal castellano, sustituyendo a Juan de Ocón. En 1604 obtuvo el hábito de la Orden de Santiago, y en septiembre del mismo año fue promovido a consejero de las Órdenes, desde cuyo oficio pasó, el 2 de febrero de 1612, a consejero de Castilla, en lugar de Núñez de Bohórquez, tomando posesión el día 4 inmediato posterior. Falleció el 30 de noviembre de 1629. Vid. por todos, GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Los albaceas de la Universidad de Oviedo 1566-1661. Estatutos del Colegio de San Gregorio: 1612*, Oviedo, RIDEA, 2008, pp. 220-223.
- 49 Ya en Derecho romano se utilizó la expresión “*possessio status*”, para indicar la conducta de un sujeto, que sin tener una situación determinada a nivel personal, dentro del Ordenamiento, se comportaba como si disfrutara e ella, por ejemplo, como libre, o ingenuo, o ciudadano. Como ha recordado Torrent, son casos de *possessio iuris*, que venían, terminológicamente hablando, utilizadas en el período clásico, y con ellas se aludía a situaciones en las cuales, un sujeto no era jurídicamente titular del *status*, pero se consideraba como tal y comportaba igual que si lo fuera, como puede observarse en el edicto de Claudio, del 46 d. C., respecto de una *possessio civitatis*. Un individuo actuaba como fuera ciudadano, a partir de una posesión de estado de tal, verdadera o falsa, fundada o infundadamente. TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, p. 936, s. v. *possessio libertatis*. Baste recordar que una causa de adquisición de la libertad era vivir de buena fe, como libre, durante un período de cinco años, comportándose su madre, en opinión común, como ingenua y desde su fallecimiento, o 20 años ininterrumpidamente.

*días de el mes de setiembre de mill e quinientos e noventa e seis años = El licenciado Figueroa Maldonado<sup>50</sup>. El licenciado Jheronimo de Medinilla. El doctor Bartolome Piçarro<sup>51</sup>.*

Puesto que únicamente había presentado testigos, que respaldaban su condición de “no pechero”<sup>52</sup>, además de la falta de tributación en Miróbriga, lo cual se justificaba, sin embargo, porque nuestra Ciudad era una población de realengo, en la que no existía el pago de derechos particulares a la Corona, era normal que se le excluyera de instrumentalizar el auto jurisdiccional de liberación de la cárcel, por un título válido para la adquisición de hidalgía, “ni en posesión, ni en propiedad”, ya que no contaba más que con las deposiciones testificales<sup>53</sup>.

Los *conductores* eran individuos que tenían su residencia en dos villas próximas a la denominada Sierra de Gata, donde estaban domiciliados, y era zona habitual de paso entre Salamanca y Cáceres, es decir, desde la Meseta superior a la inferior de la Península Ibérica, en la parte occidental del Sistema Central, a través del Puerto de Perales, coincidente con una de las vías utilizadas por los pobladores de Roma, que conectaba la actual Coria (provincia de Cáceres)<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Se trata de Álvaro Figueroa Maldonado, que tuvo el hábito de Santiago, quien se encontraba de oidor en la Chancillería de Granada cuando fue nombrado para la vallisoletana, con título de 30 de agosto de 1566. Tomó posesión el 19 del mes siguiente, donde permaneció como juez del tribunal, a pesar de que fue propuesto para el Consejo de Órdenes. Falleció en Valladolid, adonde había ido para negocios propios, desplazándose de la ciudad de Burgos, en la que entonces residía la Chancillería castellana, informándoles del óbito el 23 de noviembre de 1604. Vid. GÓMEZ RIVERO, R., *Consejeros de órdenes. Procedimiento de designación (1598-1700)*, en Hispania, 63.2, 2003, p. 663; DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C., *Los oidores de la Sala de lo Civil de la Chancillería de Valladolid*, Valladolid, 1997, pp. 138-139.

<sup>51</sup> Nació en Cáceres, perteneciente entonces a la diócesis cauriense, entrando como colegial de Santa Cruz de Valladolid el 10 de mayo de 1579, con 28 años de edad y beca de colegial canonista. Se graduó como licenciado por la Universidad del Pisuerga, y en este Estudio universitario fue catedrático de Clementinas, el año 1585, y de Vísperas de Cánones, en 1586. En octubre de 1590 pasó a alcalde de Navarra, y posteriormente a oidor de la Real chancillería vallisoletana, desde julio de 1593, falleciendo en junio de 1599. Vid. por todos, SOBALER SECCO, María de los Ángeles, *Catálogo de colegiales del Colegio mayor de Santa Cruz de Valladolid (1484-1786)*, Valladolid, 2000, p. 145, nº 278.

<sup>52</sup> A nivel impositivo, ya hubo divergencias entre los romanos, pero, dejando aparte los privilegios de los senadores, la aparición de clases sociales entre los ciudadanos es obra de influjo oriental, que se trasladó a las constituciones imperiales y gobierno del Imperio Absoluto.

<sup>53</sup> Vid. ARCHVA. Registro de Ejecutorias, CAJA 1817,49. A 20-9-1596. Escribano del pleito: Juan de Zarandona. Escribanía de Masas. 20 hojas.

<sup>54</sup> Fue reconquistada a los árabes al inicio de la Baja Edad Media, y dotada nuevamente de sede episcopal, que ha dado origen a un obispo residencial autónomo, *Episcopus cauriensis*, hasta el siglo XX, por la doble titulación Coria-Cáceres. Vid. VELO Y NIETO, G., *Coria: bosquejo histórico de*

con la *Mirobriga Vettorum*, de los celtas<sup>55</sup> (actual Ciudad Rodrigo), hasta *Helmantica* (actual Salamanca). El camino de Ciudad Rodrigo a Sevilla y a Écija debía pasar por Coria, hasta enlazar con la Vía de la Plata, de origen romano, que unía Astorga (*Asturica Augusta*) con Mérida (*Emerita Augusta*. Badajoz), en Garrovillas (Cáceres), con objeto de aprovechar su puente sobre el río Tajo, ya que en el siglo XVI era el camino utilizado generalmente en esta ruta.

En la misma fecha, 2 de marzo de 1588, se da por celebrado una doble relación contractual, siempre con el mismo acreedor, y a través de su *procurator*<sup>56</sup>, e idéntico lugar de consignación de la mercancía transportada desde Andalucía, que era el domicilio en Ciudad Rodrigo del representado<sup>57</sup>, aunque documentando el negocio en lugares distintos, con algunos elementos diferenciadores en

---

*esta ciudad y su comarca*, Madrid 1947; id., *Coria. Reconquista de la Alta Extremadura*, Cáceres 1956; IGLESIAS HERNÁNDEZ, M., *La sabia de Coria y aportaciones a la historia de la ciudad*, Coria 2001; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *El fuero de Coria: estudio histórico-jurídico*, Madrid 1949; ANDRÉS, M., *Vida eclesiástica y espiritual de Extremadura: desde la restauración de las diócesis hasta nuestros días*, Coria (Cáceres) 1992; ALONSO MARAÑÓN, P. M., en *Historia de las diócesis españolas. 11. Iglesias de Coria-Cáceres, Plasencia y Mérida*, Madrid, BAC, 2014; ORTÍZ y BELMONTE, M. A., *Episcopologio cauriense*, Cáceres 1958; con anexo de C. Fuentes Nogales, Cáceres 2014; SANABRIA SIERRA, M<sup>a</sup> del C., *La ciudad de Coria: el paso de ciudad medieval a ciudad renacentista*, Cáceres 2008.

- 55 Llamada posteriormente *Augustobriga*, en honor del emperador Octavio, durante la época romana, y en el Medievo, a partir del siglo XII, en la reconquista de Fernando II de León, por el conde D. Rodrigo González de Girón, *Civitas Roderici*, cuyo lema identificativo son tres columnas, derivadas de una antigua ara en honor de Augusto, en cuya base se encuentra una inscripción latina con los diferentes títulos de Octavio (que algunos estudiosos ponen en el año 6 d. C., manifestamente sin correspondencia con los títulos asignados) y otra para señalar límites entre *civitates* del mismo territorio -*Mirobrigam, Salmanticam et Bletisam*, hoy Ledesma-, por lo que estuvo situada a la entrada de la población.
- 56 Es necesario recordar la doctrina de CAROCCIO, V., *Tractatus locati et conducti, in quo exacte de pensionibus, fructibus, caducitatibus, remissionibus, salariis, et similibus, nova, quotidiana, et practicabilis materia pertractatur*, Venetiis, apud Io. B. et Io. B. Sessam, 1617, fol. 70r: "De procuratoribus: an ad locandum speciale mandatum requiratur. Et quod speciale mandatum requiratur facit, quia ad vendendum speciale mandatum requiritur, et ad paciscendum requiritur speciale mandatum".
- 57 En 1770, una memoria contenida en el libro intitulado *El Departamento del Bastón*, se afirma que el corregimiento de Ciudad Rodrigo, en el extremo occidental de la provincia de Salamanca, estaba dividido en cinco sexmos o Campos: Yeltes, Argañán, Camaces, Agadones y Robledo, así denominado por "ser todo lo más de el poblado de matas de esta especie de Arvoles" (los robles), y al frente de cada uno había un procurador síndico general, elegido por votos de los pueblos, que eran 36 y un baldío en este Campo. Es de notar que en la producción del terreno se insiste en el trigo y centeno, pero también la cebada, legumbres, como garbanzos y algarrobas, casi todos los granos, excepto el arroz, las hortalizas, lino, viñedos, frutales y olivos. *Departamento de El Bastón de L. M. N. y M. L. ciudad de Ciudad Rodrigo. Año de 1770*. Con un prólogo de C. Bernaldo de Quirós, Madrid 1929, en Provincia de Salamanca. Revista de Estudios 2 (1982) 238-239.

las prestaciones convenidas, puesto que en el contrato, suscrito con los vecinos de Villasrubias, se les entregan ocho fanegas de castaña<sup>58</sup> a cada uno, que hacen un total de cuarenta fanegas, mientras a los vecinos de Peñaparda, aldea próxima a la de Villasrubias<sup>59</sup>, se les consignan cuarenta y ocho fanegas<sup>60</sup>, aunque como hemos destacado no interviene personalmente el arrendador del transporte, sino su procurador<sup>61</sup>, Francisco Mateos, quien ejecuta la actividad por

- 58 En la relación de 1770, además de señalar los precios de algunos productos: la fanega de trigo a 30 reales y la de centeno a 20, la de cebada a 14 o la de garbanzos a 50 reales, también se habla del cuidado de los árboles que producen fruto comestible, refiriendo que “pastos, nogales, castaños, almendros, frutales, encinas y demás árboles silvestres, no tienen ni se les da por lo general otro trabajo ni cultivo que el de algunos riegos a los primeros en donde se halla proporción para ellos y el de podar y limpiar los árboles en los tiempos oportunos, cuidando de quitarles la lagarta que suelen criar, y les priva del fruto”. Al tratar de los precios, se indica que el cántaro de vino valía unos 7 reales, y el de aceite de 54 a 58 reales, siendo muy valorada la tasa de bellota por el ganado de cerda, matizando lacónicamente: “las legumbres de hortaliza y frutas con toda comodidad” su adquisición, pero sin indicar el precio, alabando la calidad del vino cosechado en San Martín de Trebejo, Villamiel, Trebejo, Descargamaría y Robledillo de Gata, sitios en el norte de la provincia de Cáceres, que trasladaban los trajineros de dicha Sierra de Gata, a diferencia del aceite de calidad, que se producía en el propio territorio del corregimiento mirobrigense. *Departamento de El Bastón...*, op. cit., pp. 239-243.
- 59 Esta villa (llamada Peñaparda por un elevado y próximo peñasco de color pardusco), sita entre Villasrubias y El Payo, dentro del Campo de Robledo o del Rebollar (que recibe este nombre de estar poblado por rebollos o retoños de las raíces de los robles), se distinguía por la producción de centeno, garbanzos, lino y patatas, por lo que sus habitantes se dedicaban al cultivo, pero, como destaca Sánchez Aires, también a la ganadería, con vacuno, de labor y de cría, lanar, cabrío y de cerda ibérica o moreno. Industrialmente hacían queso de cabra y “obradores de carros, medios de transporte en su trajín à Ciudad Rodrigo y otros puntos, cargados de carbón vegetal. SÁNCHEZ AIRES, C., op. cit., pp. 160-163. Es muy famoso el tipo de “pandero” y los “trajes típicos” dentro de la provincia salmantina, además de algunas tradiciones locales.
- 60 Observa García Zarza, que del elenco de intercambio de productos que se efectuaba en la comarca durante la segunda mitad del siglo XVIII, no se mencionan con relevancia los transformados, y solamente se hacían objeto de venta o intercambio los excedentes agrícolas y ganaderos, tanto animales y sus productos, como vegetales, a tenor de la pregunta tercera del artículo 3 del libro *Departamento de El Bastón*: “trigo y centeno a Extremadura y Sierra de Gata; lana a Segovia y Béjar y Torrejoncillo... y abastos de vino, aceite y almendras para Castilla, y en cuyo cambio únicamente se suele traer para el distrito o comprado con el importe que de sus ventas... yerro, cacao, azúcar, canela y jabón”, aparte de algún pescado seco. GARCÍA ZARZA, E., *Comentarios sobre el libro del ‘Departamento de El Bastón, de L. M. N. y M. L. ciudad de Ciudad Rodrigo, en Provincia de Salamanca. Revista de Estudios 4 (1982) 173.*
- 61 En Derecho romano, el mandato aparece con contrato consensual, en virtud del cual una parte, el mandatario, se compromete a realizar gratuitamente un encargo que le había encomendado la otra parte o mandante. Fue en Derecho clásico un contrato del *iuscivile*, con acción para ambas partes contratantes e incluía en la fórmula la cláusula *ex fide bona*. La condena implicaba infamia. Recuerda Schulz, “cuando se confiaba al *mandatarius* la celebración de un negocio jurídico cualquiera, los derechos y deberes derivados del negocio, se adquirían y contraían respectivamente por el *mandatarius* (por falta

mandato del representado Vicioso, siguiendo el esquema del Derecho romano, basado en la representación indirecta<sup>62</sup>.

Por el contrario, se concierta el mismo contenido obligacional para cada uno de los transportistas, después de cargar en Écija, ya que deben trasladar, hasta el domicilio del locator, la cantidad de 39 arrobas de aceite, por la medida de aquella tierra, equivalente a 30 libras cada arroba, o lo que es lo mismo, 11,5 kg. cada una, y esta precisión será determinante para el conflicto procesal ulterior, que afectará a los vecinos de Villasrubias. La ruta seguida desde Sevilla a Écija era la propia del Camino Real, continuando con la *Via Augusta*, denominada en época de la dominación árabe Arrecife, (que significa camino empedrado), casi coincidente con la actual autovía A-4, en cuyo tránsito se encontraban las poblaciones de Carmona y La Monclova<sup>63</sup>.

Los primeros obligados fueron “*Maçias Blasco, Pedro Gonçalez, Martin Mateos, Francisco Sanchez de la Plaça y Francisco Loçano de Avaxo vecinos todos que somos desta villa de Billas Rrubias*”, que debieron recibir las fanegas de castaña

---

de representación directa”. En su gestión, el mandatario solamente respondía por dolo, en época clásica, aunque en Justiniano se extendió a la culpa. HEINECCIO, Io. G., *Antiquitatum romanarum iuris prudentialium illustrantium sintagma, secundum ordinem institutionum Iustiniani Digestum*, 9<sup>a</sup> ed., Genevae 1747, p. 471; SHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona 1960, pp. 529-532.

62 Es la terminología que aparece en el propio contrato: “en nombre propio pero por cuenta ajena”, de tal manera que por dicha estructura de representación, el procurador compromete, en el cumplimiento del contrato, su propio patrimonio.

63 LÓPEZ, S., *Nueva guía de caminos, para ir desde Madrid a todas las ciudades y villas mas principales de España y Portugal, y tambien para ir de unas ciudades a otras*, 2<sup>a</sup> ed. nuev. corr. y añadida, Madrid 1812, p. 127: “Sevilla para Montilla y Jaén. Camino de rueda. Como está en el camino real que está al folio 50 hasta Écija: Écija, La Luciana; Venta de la Monclova; Venta de la Portuguesa, Carmona; El Bisó; Mairena; Alcalá de los Panaderos. Aquí se toma el camino a la derecha por Torreblanca a Sevilla”. Ibid., p. 135: “Mérida para Salamanca. Camino de rueda. Carrascalejo, Aljucén, Las Herrerías, Las casas de Don Antonio, Aldea del Cano. Cáceres. Casar de Cáceres. Venta de alconeta. Rio Tajo, barca. Cañaveral, Holguera, Galisteo, Rio Alagón, puente. Aldehuela. Valdeobispo, Caparra, la Abadía, Montemayor, La Calzada, Valde las Casas, El Villar, Aldea Tejada, Salamanca”. Ibid., pp. 140-141: Badajoz para Ciudad Rodrigo y Salamanca. Camino de herradura. Nuestra señora de Boutua. Alburquerque. San Vicente, Menvrio. Alcantara. Río Tajo, puente. Zarza la mayor. Venta del Caballo. Moraleja. Gata. Robledo. Ciudad Rodrigo...Tejares. Salamanca”. Ibid., p. 137: “Sevilla para Badajoz. Camino de herradura. Alcalá del Río. Venta del Monte. Castillo Blanco. El Almacén del Azogue. El Real de la Jara. Santa Olalla. Cala de Extremadura. Monasterio. Fuente de Cantos. (Camino de rueda: Zafra. Santa Marta. Albuera. Badajoz)”. Ibid., p. 139: “Sevilla para Badajoz. Camino de herradura. Santiponce. Venta de la Encarnación. Algarrobo, Castillo de Guardas. La Higuera de Arcana. Puerto moral. Hinojales. Fregenal de la Sierra. Xerez de los caballeros. Barca rota. Torrequemada. Badajoz”.

“pilada” en la ciudad de Miróbriga, ya que no se especifica otro lugar en el que debieran recibir su porte.

Estos carreteros solían ejecutar el transporte hasta Andalucía con sus recursos materiales de transporte, acarreando diversos productos agrarios desde Ciudad Rodrigo a la ciudad hispalense, como acredita el contrato que, para llevar garbanzos<sup>64</sup> a Sevilla, celebraron algunos de los citados con Pedro Gutiérrez, mercader de Ciudad Rodrigo, el 4 de febrero de 1585<sup>65</sup>, y se recoge en escritura pública, autorizada por el escribano mirobrigense Melchor de Quiroga:

- 64 Este fruto, *cicerarietinum*, es una especie de leguminosa, muy utilizada en el Oriente y en el Mediterráneo, llevándolo los españolas al Continente Americano. Planta herbácea, es de producción anual, y una de las legumbres más humildes, junto a la lenteja, pero con importantes propiedades culinarias y nutritivas, al ser rico en proteínas, almidón y lípidos, especialmente en ácido oleico y linoleico, que son insaturados y no tienen colesterol, además de mucho ácido fólico y magnesio, aportando fibra y calorías, indispensables para el duro trabajo agrícola, al mismo tiempo que es de fácil digestión. Ha sido un producto básico diario en la alimentación de los habitantes de la provincia de Salamanca hasta fecha reciente, y uno de sus platos más conocidos es el cocido, así como el potaje típico de los viernes de Cuaresma. Se dice, en un dicho popular, que “el buen garbanzo y el buen ladrón de Fuentesálico son”, y se añade: “Pero son más finos los de Vitigudino”.
- 65 AHPSa. Sección protocolos. Ciudad Rodrigo. Escribano: Melchor de Quiroga. Sign. 1990, de 1584-1587, fols. 225r-226r: A 4 de febrero de 1585. La mejor demostración de la existencia de diversas cuadrillas de carreteros que tenían este oficio de transporte de frutos, cereales y leguminosas, desde Ciudad Rodrigo a Sevilla, es la escritura notarial que suscribe en Miróbriga, y con el mismo escribano público, el acreedor Pedro Gutiérrez, con el mismo objeto de trasladar garbanzos, en igual data: AHPSa. Sección protocolos. Ciudad Rodrigo. Escribano: Melchor de Quiroga. Sign. 1990, de 1584-1587, fols. 223r-224r: “4 de febrero de 1585. Obligacion del señor Pedro Gutierrez. Sepan quantos esta escritura de obligacion vieren como nos Pedro Gutierrez vezino que soi desta noble cibdad de Cibdad Rodrigo de la una parte = y nos Diego Sanchez y Diego Sanchez mozo y Martin Picado y Christoval Sanchez y Juan Amado y Francisco Sanchez y Juan Gonzalez y Alonso Sanchez y Alonso Cavallero y Gonzalo Bueno y Juan Gutierrez de la Calle y Alonso Brasco y Juan Garcia y Diego Morales y Francisco Garcia mozo y Francisco Garcia biejo e Juan Beneito todos vecinos que somos del lugar de Perosin jurisdiccion de la dicha cibdad de Cibdad Rodrigo y estantes al presente en ella = de la otra otorgamos e conozemos por esta presente carta e decimos que estamos concertados conbenidos e yqualados la una parte de nos con la otra y la otra con la otra de entre nos los dichos Diego Sanchez y los demas aqui declarados emos de llebar y llevaremos de vos el dicho Pedro Gutierrez todos los garvanzos que a cada uno de nos dieredes y pudiere llevar en nuestras carretas desde esta dicha cibdad de Cibdad Rodrigo a la cibdad de Sevilla a nuestra costa asta los poner a la puerta de la cibdad de Sevilla sin que seamos obligados a los meter en la dicha cibdad de Sevilla sino tan solamente ponerlos a la puerta de la dicha cibdad para que vos el dicho Pedro Gutierrez a vuestra costa los metays de mas que si pasaremos con los dichos garbanzos por las barcas de Guadalquebir que nosotros emos de pagar a nuestra costa la metad del barcaxe lo que costare por razon de lo qual vos el dicho Pedro Gutierrez nos abeis de dar e pagar por cada fanega de los dichos garbanzos de llebarlos y ponerlos en la puerta de la dicha cibdad de Sevilla respeto de cada legua y por cada fanega de garbanzos a nuebe maravedis y desde agora queda declarado que las leguas que se an de pagar an de ser y son sesenta y ocho leguas que son las que ay de aqui a Sevilla yendo camino derecho y con que todos los portazgos que se debieren e obieren de pagar en el dicho/ camino an de ser a quenta

*Obligación entre Pedro Gutiérrez, vecino de Ciudad Rodrigo, de una parte, y Macías blasco, Juan Sanchez y Alonso Picado, Pedro Picado, Domingo Mateos Lorenzo Mateos Juan Calbo vecinos del lugar de Villasrubias, de este obispado, de la otra parte, somos concertados convenidos e ygualados... que nos los dichos Maçias Blasco e los demas aqui declarados emos de llevar e llebaremos de bos el dicho Pedro Gutierrez todos los garbanzos que a cada uno de nos dieredes e pudieremos llevar en nuestras carretas desde esta dicha ziudad de Ziudad Rrodrigo a la ziudad de Sevilla a nuestra costa hasta los poner a la puerta de la dicha ziudad de Sevilla sin que seamos obligados a los meter en la dicha ziudad de Sevilla sino tan solamente ponerlos a la puerta de la dicha ziudad para que bos el dicho Pedro Gçutierrez a vuestra costa los metays demas que si pasaremos con los dichos garbanzos por las barcas de Guadalquevi que nosotros emos de pagar a nuestra costa la mitad de el barcaxe lo que costare por razon de lo qual bos el dicho Pedro Gutierrez nos aveys de pagar por cada hanega de los dichos garbanzos de llevarlos e ponerlos en la puerta de la dicha ziudad de Sevilla rrespeto por cada legua<sup>66</sup> e por cada hanega de garbanzo a nueve maravedis e desde agora queda declarado que las leguas que se an de pagar an de ser e son sesenta e ocho leguas que son las que ay de aqui a Sevilla yendo en caminod erecho y con que todos los portazgos que se debieren e obieren de pagar en el dicho camino an de ser a quenta e costa de vos el dicho Pedro Gutierrez e que llegados e lleguemos con*

---

y costa de vos el dicho Pedro Gutierrez y que llegados y que lleguemos con los dichos garbanzos a las puertas de la dicha ziudad de Sebilla como dicho es vos el dicho pedro Gutierrez nos aveys de dar e pagar dentro de dos dias lo que a cada uno de nosotros se debiere a el dicho rrespeto de nueve maravedis por legua y fanega mas sesenta rreales que cada uno de nosotros ya tiene recibidos para cumplimiento de el dicho jornal e no nos lo dando e pagando dentro de los dichos dos dias como dicho es bos el dicho pedro Gutierrez seays obligado a nos dar e pagar a cada uno de nos por cada un dia lo que ganamos caminando con la dicha haçienda e por ello os podamos executar e nos obligamos con nuestras personas e bienes...”, insiste en que pagará nueve maravedís por cada fanega y “picada de legua”, que las leguas son 68 y deben poner los garbanzos a la puerta de Sevilla, pagándoles la merces dentro de los dos días siguientes, so pena de pagar cada día como si fueran caminando con los dichos garbanzos, y son de cuenta de Pedro Gutiérrez, dueño de los garbanzos, “todos los portazgos” y la mitad del “barcaxe si pasaredes por las barcas de Guadalquevi”. Firma Pedro Gutiérrez, y un testigo por los carreteros, que no supieron firmar.

66 La legua, de la voz latina *leuca*, es una medida de longitud que llegó a Roma de Persia, e indica lo que el hombre puede caminar en una hora. Este hecho explica que su extensión o distancia varíe entre países, e incluso en lugares dentro del mismo país. En Roma equivalía a tres millas, es decir, 4 km. 435 metros. La legua castellana tenía originariamente la equivalencia de cinco mil varas castellanas, o lo que es lo mismo, 4 km. 190m, por lo que era menor que la romana, divergiendo entre los reinos hispanos. En el siglo XVI, que es el que nos ocupa, se fijó su valor en veinte mil pies castellanos, es decir, 5 km. 572 m., que fue la medida utilizada para medir los caminos españoles, y asumida por Carlos IV en la R. O. de 26 de enero de 1801. Todavía la legua se usa en algunas regiones de Sudamérica, aunque no tiene la misma distancia en todos los países.

*los dichos garbanzos a las puertas de la dicha ciudad de Sevilla como dicho es vos el dicho Pedro Gutierrez nos abeis de dar de pagar dentro de dos dias lo que a cada uno de nosotros se debiere a el dicho rrespeto de nuebe maravedis por legua e fanega menos sesenta rreales que cada auno de nosotros ya tiene recibidos para el pago de el dicho jornal", y si no pagare dentro de los dos días, pueden por cada día percibir lo que ganarían caminando<sup>67</sup>.*

No solamente efectuaban los carreteros unas rutas largas, ya que el recorrido directo hasta Sevilla implicaba 68 leguas, es decir, 328 km. con 306 m., sino que los transportistas, que se comprometen al suministro de una localidad más cercana, por ejemplo de Miróbriga a Peñaranda, dentro de la misma provincia salmantina, no solamente fijan la *merces* del recorrido, sino también el tiempo de ejecución del transporte.

Así consta en el concierto y carta de obligación, fechada a 2 de mayo de 1585<sup>68</sup>, entre Gaspar Sánchez y Alonso García, vecinos de Bocacara, jurisdicción de Ciudad Rodrigo, que asumen obligación solidaria, de una parte, y Francisco Berrocal, vecino de Miróbriga, para llevar a la villa de Peñaranda de Bracamonte, desde su domicilio, "en carretas y mulas, y lo pondrán en destino dentro de quince días de la fecha de la escritura":

*en nuestras carretas cincuenta e tres fanegas de zevada e tres fanegas de trigo que oy dia de la fecha de esta nos entregastes por razon de que por cada fane- ga de zevada nos aveys de pagar de llevadura tres rreales e quattro maravedis e por cada fanega de trigo a tres rreales e medio el qual dicho trigo e zevada os emos de entregar en la dicha villa de Peñaranda medidas por buena medida derecha conforme a como la rrecibimos de bos el susodicho... en quince días, y no lo haciendo y sobreviniendo algúm daño, pérdida o menoscabos por no lo poner dentrrro del dicho tiempo biniese e se le rrescrezriere al dicho Berrocal lo pagaremos por las dichas nuestras personas e bienes".*

<sup>67</sup> Una nueva escritura de contrato de transporte entre Pedro Gutiérrez y unos carreteros de la comarca mirobrigense, se suscribe ante el mismo notario al año siguiente: AHPSa. Sección protocolos. Ciudad Rodrigo. Escribano: Melchor de Quiroga. Sign. 1990, de 1584-1587, fol. 227r-228r: Obligación a 5 de febrero de 1585, entre Pedro Gutierrez y los carreteros: Domingo Martín Briones, Pedro Estevez, Andrés Rioyo y Pasqual de Juan Pasqual, todos vecinos del lugar de Peñaparda, que llevarán garbanzos en sus carretas hasta Sevilla, en las mismas condiciones que los dos grupos precedentes. No firman como los anteriores, porque nosaben firmar, pero sí lo hace Pedro Gutiérrez.

<sup>68</sup> AHPSa. Sección protocolos. Ciudad Rodrigo. Escribano: Melchor de Quiroga. Sign. 1990, de 1584-1587, fol. 264r.

En el primer contrato, celebrado entre Gonzalo Vicioso y los carreteros de Villasrubias, pudo ejecutarse la entrega de castaña en la villa del domicilio de los últimos, porque todavía hoy abunda este tipo de árboles frutales en las inmediaciones de la Sierra de Gata, mientras en el segundo negocio aparecen como transportistas “Domingo Esteban, Miguel Moran, Sebastian Herrero Biejo, Mateo Garcia y Pasqual Sanchez<sup>69</sup> todos vecinos de Peñaparda”, los cuales cargaron sus carretas en Aldea del Obispo, y fijaron definitivamente los términos del contrato, con el representante de Gonzalo Vicioso, en su lugar de residencia.

No obstante el diverso lugar de carga, el producto o género de objetos que reciben inicialmente para trasladar desde la comarca mirobrigense, pasando por Extremadura y parte de Andalucía, implica su descarga en la antigua Hispalis, y es

69 Este interviniente, clérigo presbítero, no podía ejercer el comercio, dado su estado clerical, conforme a las disposiciones del Derecho canónico, aunque examinados los mandatos del Sínodo diocesano Civitatense de 1491, del obispo Diego de Muros, tan solo se refieren a diezmos (cf. *Synodicon Hispanum*, dir. por A. García y García, t. IV. *Ciudad Rodrigo, Salamanca y Zamora*, por AA. VV., Madrid, BAC, 1987, pp. 7-11), mientras que el posterior sínodo diocesano, después de celebrado el de Trento, y para su aplicación, fue iniciativa del obispo Martín de Salvatierra, pero tuvo lugar en 1592, cuyas constituciones se imprimieron tres años más tarde, es decir, con posterioridad a la fecha de celebración del contrato en el que interviene el presbítero de esa villa salmantina (cf. TELLECHEA IDÍGORAS, J. I., *La diócesis de Ciudad Rodrigo. Las Relationes de Visitas ad limina (1594-1952)*, Roma 1996, pp. 16-30 y 85-94; AA. VV., *Episcopologio Civitatense. Historia de los Obispos de Ciudad Rodrigo (1168-2009)*, Salamanca 2010, pp.224-226; MARTÍN BENITO, J. I., ‘La Iglesia de Ciudad Rodrigo’, en *Historia de las diócesis españolas. 18. Iglesias de Ávila, Salamanca y Ciudad Rodrigo*, coord. por T. Egido, Madrid, BAC, 2005, pp. 440-441 y 444-447), por lo que entonces regía en la diócesis el Derecho canónico común. Señala Wernz, al tratar de los oficios civiles, que estaban prohibidos a los clérigos, indica: “tabellionissivenotariuofficiumsaltem in foro civiliquoad causas saeculares ómnibus regularibus et clericisquoque in sacris ordinibusconstitutis sub pena privationisbeneficiorumestomnino interdictum. Quaprohibitus ex disciplina vigente quadad clericosse non amplius extendit ad exercitium tabellionatus in foro eclesiástico, praesertim si agatur de causis spiritualibus stricte que ecclasticis. Clericis omnibus interdicitur ne sint ministri laicorum vel procuradores in rebus eorum”. WERNZ, F. X., *Iusdecretalium*, t. II. Pars prima, alt. edit. em. etaucta, Romae 1906, pp. 339-344. En cambio, sostiene que *clericis licita est negotiatio oeconomica, cum decoro status clericalis, non more mercatorum et agricolarum*. Ibid., p. 328. No obstante, Golmayo afirma taxativamente: “A los clérigos se les prohíben algunas cosas que no son incompatibles con la práctica de las virtudes cristianas, pero que no se avienen bien con el decoro del sacerdocio, o se oponen de alguna manera al ejercicio de sus funciones, o repugnan a la austeridad de costumbres que deben observar los eclesiásticos”, añadiendo: “se les prohíbe en primer lugar el ejercicio del comercio, bajo cuya denominación se comprender las compras y ventas, arrendamientos, transportes y todo negocio que tenga por objeto la especulación y el lucro”, conforme a una decretal del Papa Alejandro III: *ne clericis causa lucrinegcentur*, y el art. 8º del Cco de 1885 hispano prohíbe a los clérigos que ejerzan la profesión mercantil en sus diferentes ramos. GOLMAYO, P. B., *Instituciones del Derecho Canónico*, 3ª ed., t. I, Madrid 1870, p. 415.

el mismo: “*castaña pilada*<sup>70</sup>”, a pesar de divergir en la cuantía de mercancía transportada. En cambio, en ambos contratos, cada uno debe “*traer (en) cada carreta treinta e nueve arrovas de aceite de la medida de Écija*<sup>71</sup>”, por lo cual Domingo Esteban, vecino de Peñaparda, al trajinar con dos carretas, estaba obligado al porte de doble cantidad de aceite, equivalente a 78 arrobas, pero también percibe, por ello, el doble de *merces*, respecto de sus compañeros de contratación.

Queda patente, en dichos términos contractuales, que no hay obligación solidaria ni entre los dos grupos de transportistas, ni dentro de cada uno de ellos, sino que es una obligación mancomunada en todos y cada uno de los sujetos<sup>72</sup>, por lo cual cada cual asume su propia responsabilidad en el transporte del género que tiene aceptado, es decir, no existe un único vínculo obligacional con pluralidad de deudores<sup>73</sup>.

- 
- 70 Si tomamos en consideración el listado de especies que se cogían en la comarca mirobrigense, conforme al Catastro del Marqués de la Ensenada, del año 1750, vemos que se refieren las siguientes: “trigo, centeno, cebada, garbanzos, algarrobas, lino, cáñamo, linaza y frejones, miel, cera y mosto, frutas (sin especificar), legumbres y todo género de hortalizas”. Cf. *Ciudad Rodrigo. 1750. Según las Respuestas generales del Catastro de Ensenada*. Introd. de A. Cabo Alonso, Madrid 1990, pp. 50-54.
- 71 Según Escalona Molina (ESCALONA MOLINA, M., *Estadal. Una aproximación al universo de la mensura*, Sevilla 2009, pp. 52-53) Alfonso XII mandó traer de Colonia y Troyes dos marcos, con valor similar al romano, pero las Cortes de Segovia y Alcalá de Henares, de 1347 y 1348, respectivamente, dispusieron que el marco tendría ocho onzas y la libra dos marcos, de modo que se perpetuó la libra de 16 onzas con raigambre islámica, frente a la libra de 12 onzas que era de origen romano. Por ello, la arroba equivale a 25 libras, y el quintal tenía cuatro arrobas, mientras la libra se dividía en 16 onzas, la onza en ocho dracmas, el dracma en 2 adarmes, el adarme en 2 tomines, y el tomín en 12 granos. Conforme a indicaciones de la bibliotecaria del ayuntamiento de Écija, la arroba de dicha población equivalía a 30 libras, o lo que es lo mismo, a 11,5 kg.
- 72 Sirva como referente, ALBORNOZ, B. de, *Arte de los contratos*, Valencia 1573, fol. 6v: De la mancomunidad: “Cuando se obligan muchos se debe mirar, si es copulativamente, o disjuntivamente, y en esto puede haber engaño... Rec. 5, 16,1. La mancomunidad no se presume sino se expressa. Cap. I. En cualquier manera que dos se obliguen para hacer, o cumplir alguna cosa, si en el contrato no se dixere, que cada unose obliga in solidum, o entre si se convinieren de otra cosa, se entienda cada uno ser obligado por la mitad, sin embargo de cualesquiera leyes del Derecho comun”. Una manifestación de la frecuencia de venta de cereal a particulares de la comarca, con precio aplazado, vid. AHPSA. Sección protocolos. Ciudad Rodrigo. Escribano: Melchor de Quiroga. Sign. 1990, de 1584-1587, Fol. s. n.rv: Providencia del alcalde mayor de Ciudad Rodrigo, a 8 de abril de 1587, para sacar la copia signada de una escritura notarial, autorizada por Pedro Rodríguez Párraga: era una escritura en la que interviene Francisco Vázquez, que era mercader de granos, quien hacía préstamos, a través de la entrega de de trigo y centeno a los vecinos de pueblos próximos a Ciudad Rodrigo, con precio aplazado. El alcalde mayor decreta que se saque copia, pero pagándole sus derechos al notario: 7 de abril de 1587.
- 73 Aunque en el primer contrato son cinco obligados, cada cual tiene delimitada su obligación y responsabilidad, al igual que ocurre con el segundo, que afecta a vecinos de Peñaparda, de modo que en caso de incumplimiento se debe exigir la que corresponda independiente a cada uno de los afectados,

El negocio celebrado entre el mirobrigense Vicioso con los carreteros de Vilasrubias y con los de Peñaparda, separadamente en ambos casos, es un supuesto, en terminología e instituto jurídico del Derecho romano, de arrendamiento de ejecución de obra<sup>74</sup>, aunque una parte del precio o *merces* no se entregara en dinero, sino en una cantidad de frutos o cereales, que fueron tasados a ese fin<sup>75</sup>, pudiéndose plantear, como primer asunto de reflexión, si ya en Roma tuvo entidad propia un Derecho comercial o mercantil.

Recordaba Bretone, citando a Goldschmidt<sup>76</sup>, cuya reflexión sigue vigente, que hasta la Edad Media no existe un Derecho mercantil como rama especial

---

como vemos en el proceso posterior a la consignación, instado por Gonzalo Vicioso. Estamos ante obligaciones denominadas parciarias u *obligationes pro parte* o *pro rata*, porque existiendo varios deudores, cada uno de ellos tiene su propio vínculo obligatorio, de modo que cada deudor está obligado solo a una parte del total de deuda que afecta a la pluralidad de afectados. Vid. BONFANTE, P., *CORSO DI DIRITTO ROMANO. VOL. IV. LE OBBLIGAZIONI (DALLE LEZIONI)*, rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1979, p. 75.

- 74 El conductor se comprometía a un cierto resultado con su trabajo, a cambio de una compensación dineraria, pagada por el *locator*, normalmente al final del contrato, salvo pacto expreso, como ocurre en nuestros supuestos. Salvo la colonia parciaria, la contraprestación del *locator* o *merces* consistía en dinero, pero el conductor tenía que ejecutar su actividad u obra con corrección, entregándola conforme a lo pactado y en el plazo convenido. Dejando al margen las conductas del *fullo*, del *sarcinatore*, del *caupo*, del *stabularius*, que fueron examinadas por la jurisprudencia clásica, y disponen de la *actio furti* los mismos conductores contra el ladrón, ya que responden de la pérdida de la cosa respecto del *locator*, incluso por un hecho de terceros, de acuerdo con Inst. Gai 3, 205; D. 47, 2, 12, pr.; 9, 90; D. 4, 9, 5 pr.; D. 19, 1, 2 pr.; D. 19, 2, 13, 6. Si en este contrato consensual se respondía, por ambos contratantes, por dolo y culpa, en Derecho clásico, el que recibía una cosa de la otra parte, tanto si era *locatio-conductio operarum*, como si entraba en la figura de la *locatio-conductio operis*, que es nuestro supuesto, según un sector de la doctrina respondía además por *custodia*, conforme a Inst. Gai 3, 205-206, porque si el objeto fuera destruido o deteriorado por hechos que no fueran imputables al conductor, respondería incluso salvo que sea un supuesto de fuerza mayor, por tanto, ni previsible ni inevitable por una persona que tenga una diligencia normal. Los compiladores justinianos sustituyeron el término *custodia*, entendida como responsabilidad objetiva, por el de *diligentia in custodiendo*, poniendo el acento en el criterio de la *exacta diligentia*, superior a la culpa leve *in concreto*, aspecto éste que tiene relevancia en el contrato de transporte que examinamos. SCHULZ, F., op. cit., p. 523; ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, Napoli, rist. della 2ª ed., 1958, p. 190; SANTOS JUSTO, A. dos, *Breviário de Direito romano*, Coimbra 2010, pp. 183-184; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, 3ª ed., Valencia 2004, pp. 578-582.
- 75 De este modo lo interpreta Heineccio, al afirmar: “Así como la compra y venta debe consistir el precio en dinero contado, lo mismo la merced en la locación. Pues en el momento en que en lugar de merced en dinero se paga cada año otra cosa, por ejemplo frutos, ya no es locación, sino el contrato doy para que des, o si se prestan trabajos por otra cosa, el contrato doy para que hagas. Sin embargo, otra cosa ha de decirse si se hubiese fijado cierta merced en dinero y recibiese el locador en lugar de este dinero trigo ú otra cosa; pues esto es en cuenta de paga (*in solutum datio*)”, criterio que compartimos para interpretar los contratos del siglo XVI. HEINECCIO, J., *Recitaciones...*, op. cit., p. 111.
- 76 BRETONE, M., *Storia del Diritto romano*, 7ª ed., Bari 2000, pp. 27 y ss.

y autónoma del ordenamiento, puesto que en el primer milenio el comercio estuvo sometido y regulado por las mismas reglas que regían el tráfico de bienes, lo que no es óbice para tener presente que tanto en Grecia como en Roma hubo normas e institutos específicos relativos al comercio, de los cuales, para el mundo romano, tiene especial significación la *lex Rhodia de iactu*, respecto del transporte marítimo<sup>77</sup>.

No podemos identificar, en el conjunto normativo de Roma, una rama específica relativa al comercio, ni tampoco un conjunto sistemático de preceptos regulador de la actividad de los individuos que lo practicaban<sup>78</sup>, tal como fue

77 Se trata de un instituto proveniente de la parte oriental del Imperio, y que fija la responsabilidad del transporte marítimo en caso de que algunas mercancías, para salvar la nave o resto de mercancías transportadas, fueran arrojadas al mar, resolviendo el conflicto conforme a criterios de buena fe propios de las acciones *locati* y *conducti*. El caso más relevante, estudiado por la jurisprudencia romana, fue el *iactusmercium* o echazón de parte de las mercancías para salvar la nave o mercancías restantes, a que se refiere el texto jurisprudencial de Paulo, conservado en el Digesto 14, 2, 1, que provoca un reparto de daños entre los que salvaron sus mercancías, que han de indemnizar a los que las perdieron por la echazón. Era imprescindible que el *iactus* fuera debido a un peligro común, voluntaria y tuviera un resultado útil. Implicaba la contribución de los cargadores para indemnizar del siniestro a los que hubieran experimentado mayores pérdidas, y este deber nacía de la comunidad de intereses ante un riesgo común, siendo el *magister navis* el liquidador de las averías y la *communiopericuli* la que obligaba a la contribución de los cargadores. Dicha ley estableció que la pérdida fuese soportada *pro parte* por todos los propietarios de las mercancías transportadas, *ad easvehendas*, es decir, *locatioconductiooperis*; el propietario de las mercancías, que habían perecido, podría actuar con la *actiolocati* contra el transportista, el cual, a su vez, podía ejercitar la *actiococonducti*, contra los propietarios de las mercancías que se habían salvado. Vid. BALDUINUS, F., *Ad leges de iure civili: Voconiam, Falcidiam, Iuliam Papiam Poppaeam, Rhodiam, Aquiliam...*, Basileae, per Io. Oporinum, 1559; RAMOS DEL MANZANO, J. F. *Academicaanalecta ex L. Axosis 9 D. ad l. Rhodiam de iactu*, s. l., probablemente Milán, circa 1650; TARGA, C., *Reflexiones sobre los contratos marítimos. Sacadas del Derecho civil y Canónico, del Consulado del Mar y los usos marítimos...*, trad. al español por J. M. Girón, Madrid 1753; NEGRI DI LAMPORO, E., *De legeRhodia de iactu* (D. 14, 2), en AG 27 (1881) 329-362; ASHBURNER, W., *TheRodian Sea-Law*, Oxford 1909; DE ROBERTIS, F., D. 19, 2, 31, *e ilregimedeitrasportimarittiminell'ultimaetà republicana*, en SDHI 31 (1965) 92-109; GUARINO, A., *Magister e gubernatornavis*, Labeo 11 (1965) 36-42; LUZZATO, G. I., *Spunticriticiti in tema de responsabilitàcontrattuale*, en BIDR 63 (1960) 47-127; OSUCHOWSKI, W., *Appuntisul problema del iactus in Diritto romano*, en IURA 1 (1950) 292-300; FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, 4<sup>a</sup> ed. cur. da G. Grossi, Milano 1953, p. 540; ATKINSON, K. M. T., *Rome and the Rodian Sea Law*, IURA 25 (1974) 46-98; SOLAZZI, S., *La responsabilità del vettore e D. 4,9,7*, en Scritti di Diritto romano, Napoli 1963, t. 4, pp. 197-203; WIEACKER, F., *Iactus in tributumnavis salva venit* (D. 14,2,4). *ExgesenzurLexRhodia de iactu*, en StudiAlbertario, vol. I, Milano, 1953, pp. 513-532; ZAMORA MANZANO, J. L., *Averías y accidentes en Derecho marítimo romano*, Madrid 2000; CERAMI, P. – PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano...*, op. cit., pp. 221-294.

78 Tomás de Mercado, al tratar de los mercaderes en esa centuria decimosexta, señala que unos lo son de la mar, otros “por tierra a la ciudad, en arrias o en carros, y otros dentro del pueblo, mercan por junto y grueso a los extranjeros y venden por menudo a los ciudadanos”, obteniendo un notorio lucro y añade: “Son tan caudalosos que unos mismos traen de Castilla, de Medina del Campo, de Segovia,

configurado desde la Edad Media, y construido doctrinalmente sobre todo a partir del siglo XVI, como *ius mercatorum*<sup>79</sup>. Es el significado que adquiere en el jurista italiano de esa centuria, tomando como referente el Decreto de Graciano, la definición del humanista Andrés Alciato y su propio criterio. Para el monje canonista<sup>80</sup>, *Mercator dicitur, qui rem comparat, ut integrum et immutatam vendendo, lucretur*. Según Alciato<sup>81</sup>, *Mercatoris est, qui negotiationis exercendae quaestusque faciendi causa, merces emit, ut vendat*. Stracca<sup>82</sup>, por su parte, con una perspectiva más amplia, y, más cercano del humanista, incorpora una definición no solamente referida al negocio de compraventa, puesto que destaca que *Mercator est, qui negotiationis seu negotiationum exercendarum, quaestusque liciti faciendi causa, frequenter merces permutat, seu emit, ut easdem non minutatim, nec mutata per se forma distrahat*<sup>83</sup>.

---

de Toledo, de Córdoba, de Écija y de otras partes diversos géneros de mercadería, también de Flandes y de Italia...". MERCADO, T. de, *Suma de tratos y contratos*, Madrid 1977, t. I, p. 76.

79 Aztiria pone énfasis en el cambio de carácter operado en el Derecho comercial, puesto que de ser típicamente profesional en su origen corporativo, tal como se recoge en estatutos municipales y costumbres de ferias y mercados medievales en Europa, pasa a ser el derecho objetivo de los actos de comercio, que viene acentuado en la Ordenanza francesa para el comercio terrestre, de 1673, plasmando en el Código napoleónico de 1807, llegando hasta el siglo XX. No obstante, siguiendo a Ascarelli, recuerda que nació en paralelo con el *jushonorarium*, para dar respuesta a nuevas exigencias de la sociedad romana, adquiriendo vida propia progresivamente hasta llegar a conformar una rama propia del derecho privado. Dejando aparte las instituciones concretas, que formaban parte del *IusCivile* y acabaron como mercantiles, y del derecho corporativo medieval, a finales de la Baja Edad Media e inicios de la Moderna, se conformó un derecho profesional, propio de los comerciantes, por encima de la nacionalidad, a lo que contribuyeron autores tan significados como Stracca, Turri, Casaregis, Scaccia y los teólogos-juristas salmantinos del Siglo de Oro, además de la aparición de la jurisdicción consular. AZTIRIA, E., *Origen y evolución histórica del Derecho comercial y antecedentes argentinos*, Buenos Aires 1971, pp. 1-12.

80 D. 88 c. 11, ejiciens.

81 Y añade el humanista: "Quapropter, qui semel emit pannos, ut venderet, mercator non est, quia in eo deficit exercitium... Et cum quistriticum, vinum, oleum, in agris suis collectum vendit, non ideomercator est: non enim ab alioemitt, ut vendat". ALCIATI, A., mediolanensis, *Opera omnia*, t. I. *De verborum et rerum significatione libros quatuor...*, Basileae, ex off. Isingriniana, 1558, ed. facs. Frankfurt am Main 2004, col. 386.

82 STRACCA, B., *Tractatus de mercaturaseu de mercatore*, Coloniae Agrippinae, apud Io. Gymnicum, 1576, p. 9.

83 El Código de Comercio de Sáinz de Andino, en 1829, como observa Escriche, se orienta en la especialidad jurídica al "acto de comercio", realizado por comerciantes o no, puesto que señala que contrato mercantil es una convención "por la cual uno o más comerciantes, y aún a veces el que no lo sea, se obligan hacia otro u otros a dar o hacer alguna cosa en negocios de comercio", como sería "la compra que se hace de cosas muebles con ánimo de adquirir sobre ellas algún lucro revendiéndolas en

La actividad mercantil no se diferenciaba, en las diferentes etapas del Derecho romano, de la normativa del *Ius Civile*, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos jurídicos modernos, a partir del siglo XIX, con los correspondientes Códigos, parcialmente autónomos frente a los Civiles<sup>84</sup>, aunque como pone de manifiesto Bretone<sup>85</sup>, si tomanos la expresión en un sentido amplio, el Derecho romano tuvo reglas e institutos con los que reguló las necesidades del tráfico en el Mediterráneo, sin que fueran exclusivos de los comerciantes, por lo que venía utilizado por todos los que tenían necesidad de ello, ciudadanos y/o extranjeros. En consecuencia, Roma tuvo, *lato sensu*, un Derecho mercantil, recogiendo en su ordenamiento institutos provenientes del *Ius Gentium*, como los contratos consensuales, y dando acceso a los mismos no solo a los ciudadanos, sino también a los peregrinos<sup>86</sup>, además de considerar que fue una etapa previa al *ius mercatorum*, con modelos o tipos que pueden ser confrontados, en un análisis diacrónico, con sus afinidades y diferencias, con ulteriores modelos del Derecho mercantil de épocas posteriores, como han sostenido recientemente,

---

la misma forma ó en otra diferente, y la reventa de estas mismas cosas... el seguro de conducciones terrestres...". ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. I, 3<sup>a</sup> ed. corr. y aum., Madrid 1847, p. 596, s. v. contrato mercantil.

84 Se ha pasado del derecho propio de los comerciantes, al derecho del acto de comercio, para llegar al derecho de empresa. De un derecho de clase para los comerciantes, miembros de la sociedad urbana, al mayor intervencionismo del Estado Absoluto, para llegar al derecho mercantil de la codificación burguesa, ajena a la burguesía municipal, que dará paso, desde finales del siglo XVIII, a dos códigos y dos sistemas para el derecho privado, lo que no ha impedido que se abra el camino a la unificación normativa supranacional. Vid. por todos, GALGANO, F., *Historia del Derecho mercantil*. Trad. de J. Bisbal, Barcelona 1980; COING, H., *Derecho privado europeo*. T. II. Siglo XIX. Trad. de A. Pérez Martín, Madrid 1996, pp. 657-683; PIERGIOVANNI, V., *Derecho mercantil y tradición romanística. Entre Medievo y Edad Moderna. Ejemplos y consideraciones*, en *Del iusmercatorum al Derecho mercantil*, Madrid 1997, pp. 71-90.

85 BRETONE, M., op. cit., p. 128 y 130-131.

86 Esta naturaleza contractual es recibida en Part. 5, 8, 1. Cf. SALA, J., *Ilustración del Derecho real de España*, t. I, Coruña 1837, p. 309; JORDÁN DE ASSO, I. – MANUEL, M. de, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5<sup>a</sup> ed., Madrid 1792, pp. 216-218. Labruna no comparte el planteamiento de Bretone, de utilizar la expresión de Derecho comercial en sentido amplio, para aplicarla al mundo romano, porque, a pesar de su utilidad, traería como resultado la parálisis en su análisis y se caería en una confusión nominalista, adhiriéndose al planteamiento de Carlo Fadda, de verificar los institutos con los cuales se regulaba la actividad del comercio y su evolución, con objeto de obtener unas enseñanzas que sirvan para mejorar las relaciones mercantiles modernas, entre las que se encuentra la *locatio-conductio*. LABRUNA, L., *Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo*, en *Matrici romanistiche del Diritto attuale*, Napoli 1999, pp. 32-46.

a la luz de las aportaciones de los congresos celebrados en Erice y Rotterdam, Cerami y Petrucci<sup>87</sup>.

Una de esas figuras que lo integrarían es la *locatio-conductio*, en cuya estructura se incluye aquel contrato consensual, bilateral perfecto, de buena fe y libre de forma en la manifestación de voluntad, aunque en el presente caso figura asumido en un documento de reconocimiento de la obligación por parte de los transportistas, y parcialmente alguna de las asumidas por el representante del *locator*, por el cual un *conductor* se obliga a restituir un objeto mueble después de haberlo transportado en el modo convenido, a cambio de recibir el pago de la *merces* en dinero<sup>88</sup>.

87 CERAMI, P. – PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 2010, pp. 3-19.

88 En Roma solamente se permitió este tipo de contrato si la *merces* era *in pecunia numerata*, salvo la *colonia partiaria*. La figura del contrato de arrendamiento de obra, adquirió una cierta reflexión jurisprudencial, dentro del negocio que denominamos modernamente de transporte, respecto del realizado por vía marítima o fluvial, en su doble variante, de arrendamiento para transportar una determinada cantidad de mercancías, o como arrendamiento de la misma nave, destinada al transporte. Es bien conocido el pasaje de Alfeno, en D. 19, 2, 31, del jurista de los Severos Paulo, a propósito del cargo de una cantidad de grano en la nave de Saufeyo, ya que el conductor solamente hizo restitución a uno de los *locatores*-cargadores, diferenciando si el *conductor* se obligó a restituir la misma cosa recibida u otra del mismo género, ya que en el primer caso permanece la propiedad en el cargador, mientras en la segunda no tiene más que un derecho de crédito, respondiendo entonces, en criterio de Bretone, exclusivamente por culpa, puesto que la relación contractual se hizo en interés de ambas partes contratantes. BRETONE, M., op. cit., pp. 206-207. En otro contrato de transporte marítimo o fluvial, al que se refieren los fragmentos de Ulpiano, también con los Severos, en D. 19, 2, 13, 1, recogiendo el *responsum* de Labeón, y el fragmento de este último jurista de tiempo de Augusto, en D. 14, 2, 10, 1, donde se presenta la figura de la *locatio-conductio*, de la mercancía o de la nave, de modo que si no existe culpa o imprudencia del armador en la pérdida de la mercancía trasvasada de una nave a otra, el *conductor* o armador no estaría obligado, salvo que hubiera prohibición del propietario de la mercancía, o se hubiera transferido la mercancía de una nave a otra en circunstancias poco propicias o la nave fuera menos conveniente, ejercitándose entonces la acción de la locación, porque hubo culpa imputable al conductor, bien por acción bien por omisión. En el texto de Ulpiano se reitera este planteamiento, porque el armador ha trasferido las mercancías de una nave a otra sin necesidad, consciente de que actuaba contra la voluntad del *locator* al traladarlas a un barco menos idóneo para ese fin del transporte, perdiéndose la mercancía con la nave, de modo que existe una conducta culpable del transportista y por ello incurre en responsabilidad. BRETONE, M., op. cit., pp. 298-299. El fragmento de CervidioScaevola, contenido en D. 19, 2, 61, 1, alquilando una nave para trasladar mercancía desde la Cirenaica a Aquileya, con aceite y grano, quedando retenido el barco nueve meses, y su mercancía confiscada, plantea el problema de si el *locator* de la nave puede exigir del *conductor* el pago de la *merces*, conforme al contrato, respondiendo el jurista de los Antoninos que podría hacerlo, si son ciertos los datos presentados. BRETONE, M., op. cit., pp. 302-303. Un análisis reciente de estos fragmentos jurisprudenciales, vid. SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, Madrid 2007, pp. 70-91.

Como vemos en los textos de la jurisprudencia clásica romana, el *conductor* solamente respondería, en caso de incumplimiento, si incurrió en culpa o en dolo, o en la falta de *diligentia in custodiendo*, pero no lo haría en caso de perecimiento por fuerza mayor, como sería el del orfebre al que le entregan un vaso que se rompe por causas extrínsecas al objeto, y no por falta de pericia en el artista<sup>89</sup>.

En el contrato, el consignatario, que es un comerciante dueño de las mercancías transportadas, consistente en un elevado número arrobas de aceite entregadas en Écija (Sevilla), el comprador las recibe del vendedor andaluz con ánimo de obtener un lucro mediante la reventa<sup>90</sup>, que en este caso no implica ninguna alteración de las mismas<sup>91</sup>, como vemos reflejado en el negocio que suscribe Gonzalo Vicioso Pacheco con Pedro López, vecino mirobrigense, con data en Ciudad Rodrigo el 10 de julio de 1591<sup>92</sup>:

*Concierto entre Gonçalo Biçoso y Pedro Lopez. En la ciudad de Ciudad Rodrigo a dies dias del mes de jullio de mill e quinientos e noventa e un años por ante mi Melchior de Quiroga scrivano del rrey nuestro señor e publico del numero de la dicha ciudad parecio presentes Gonçalo Viçioso Pacheco vecino della e dijo que bendia e vendio a Pero Lopez vecinode la dicha ciudad questava*

89 D. 9, 2, 27, 29. Ulpiano lib. 18 ad ed.

90 Así define al comerciante MARQUARDI, Io., *De iure mercatorum et commerciorum*, Francofurti, ex of. M. Götzii, 1662, p. 53: “Describitur quod Mercator sit, qui negotiationum exercendarum, quaestusque licti faciendi causa frequenter merces permuat et emit, ut easdem non minutatim, nec mutata per se forma distrahat. Apud romanos, antiquitus mercatores proprie dicebantur, qui cum Romae domicilium haberent, interdum vero, exportandarum vel importandarum mercium causa, in provincias ad aliquod tempus excurrebant, quod tempus iurisconsultus Sabinus in D. 33, 9, 4, 2, definit esse annuum. Negotiatores vero, cives quidem erant Romani, sed in provinciis sedem fortunatarum suarum constituerant; sic, ut raro in urbem, nec fere nisi censendi causa redirent”, citando a Cicerón y una constitución imperial de Justiniano referida en C. Iust. 12, 34, 1 pr: Negotiatores intelligit illos, qui ergasterio, hoc est, officinae aut tabernae praesunt. Deinde, mercatorum nomine proprie non continentur campores, seu nummularii”. Más adelante, Marquard añade, en p. 170: “quaenam res mercatorum: sunt autem res omnes vel corporales vel incorporales”, si se estiman en un precio: “merces vocentur, si negotiandi, mercandi, quaestusque faciendi causa habeantur”.

91 Esta materia del incremento de un precio del producto sin que se ejecutara alteración alguna en el mismo, daba lugar al importante tema de la usura, a la que se refiere, por ejemplo, Sarabia de la Calle, a propósito de su licitud en el ámbito moral: “Aunque sea lícito tener intención de ganar en las mercaderías para los fines (como la gobernación de la propia persona y familia, o para dar limosnas o para la provisión de la república), no es lícito al mercader comprar la cosa para luego la tornar a vender con ganancias sin que la cosa se altere o se mude el tiempo y lugar... como hacen los que en las ferias aquí compran y allí venden...”. SARABIA DE LA CALLE, *Instrucción de mercaderes*, Madrid 1949, pp. 70-71.

92 AHPSa. Sección protocolos. Escribano: Melchor de Quiroga. Sign. 1991. Años 1591-1598, fol. 244rv: “A 10 de julio de 1591 años”.

presente la aceynte que ubiere en diez y ocho tinajas que en su bodega y casa tiene excepto tres arrobas mas de una tinaja que se ha gastado y aprecio cada arrova de a quinze reales menos un quartico en las cuales dichas tinajas dijo que a de aver duçientos y sesenta arrovas de aceynte y si en las dichas tinajas no las ubiere yo se las tengo de cumplir en la dicha aceynte por rraçon de lo qual me aveis de dar e pagar luego de contado dos mill rreales y mill rreales para de oy en un mes y lo demas rrestante para el dia de Nuestra señora de setienbre que bendra este año de nobenta y uno la qual dicha aceynte y tinajas yo tengo de tener en mi propia cassa e bodega y basijas asta en todo el mes de henero que bendra del año de nobenta y dos sin que por ello vos el dicho Pero Lopez ayais de dar ynteres alguno mas de tan solamente a los dichos quinze reales mas un quartico la qual dicha aceynte se a de medir oy o como vos el dicho Pero Lopez quisieredes adelante asta el dia de Navidad de manera que como dicho es os tengo de haçer cumplidas las dichas duçientos y sesenta arrovas de aceynte y obligo mi persona e vienes avidos e por aver de lo tener guardar e cumplir açerlas ciertas y siguras las dichas duçientes y sesenta arrovas de aceynte donde no que por las que faltaren os pagare por cada arrova el precio de como vos el dicho Pedro Lopez las vendieredes luego de contado = y el dicho Pedro Lopez questa presente acepto el dicho contrato y benta de las dichas duçientos y sesenta arrovas de aceynte por el dicho precio de cada una arrova de a quinze reales mas quartico para la quenta y paglo de lo qual se obligo con su persona e vienes avidos e por aver de dar e pagar luego de presente dos mill rreales y mill rreales para desde oy dia de la fecha desta en un mes y lo demas rrestante para el dia de Nuestra Señora de setienbre/ luego siguiente deste presente año de nobenta y uno, la qual dicha aceynte a de ser limpia de dar y de tomar entiendese limpia de asientos lo qual que dicho es ambas partes dijeron que cumpliran e para ello dieron su poder cumplido a las justicias del rrey nuestro señor para que ansi se lo agan cumplir e pagar por esta carta faciendo execucion en sus personas e vienes bendiendo los en almoneda o fuera de ella a buen barato o malo e de su balor haçer entero pago a la parte del prencipal e costas bien ansi e a tan cumplidamente como si todo lo susodicho fuese sentenciado por juez competente y la tal sentencia fuese por ellos pedida y consentida e no apelada e pasada en cossa juzgada cerca de lo qual renunciaron todas e qualesquier leyes furos y derechos y ordenamientos escriptos o no escriptos ferias e mercados frances de comprar e vender pan e vino coxer presentes e por benir con la ley e rregla del derecho que dice que general renunciacion de leyes fecha non bala en testimo-nio de lo qual la otorgaron en la manera que dicha es antel dicho Melchior de Quiroga scrivano del numero de la dicha ciudad de Ciudad Rodrigo. Testigos que fueron presentes a lo que dicho es Pedro de Secadura y Alonso Sanchez

*Marron y Cristoval de Quiroga vecinos de la dicha ciudad de Ciudad Rodrigo e yo el scrivano doy fe que conozco al otorgante lo firmaron de sus nonbres. Gonzalo Viçoso Pacheco. Pedro Lopez. Rubricados. Ante mi, Melchior de Quiroga". Rubricado.*

La doctrina contractual europea de la Edad Moderna, en la que citamos a Frías de Albornoz<sup>93</sup>, reitera el esquema romano relativo no solo a la naturaleza consensual del arrendamiento<sup>94</sup>, sin separar especies<sup>95</sup>, y reitera las características del contrato, pero también asume el criterio general en cuanto a la responsabilidad del *conductor*, respecto de los objetos transportados<sup>96</sup>, a partir de la Recepción que se produjo en Partidas: “A cuio riesgo va lo que se lleva por cierto

93 ALBORNOZ, B. de, *Arte de los contratos*, Valencia 1573, Valencia, en casa de P. de Huete, 1573, fol. 93v: Del loguero y arrendamiento: Partida 5, 8, 8: “Por quales razones ex es tenudo de pechas, o non, la cosa, aquell que la tiene arrendada, o logada, si se perdiessen, o se muriessen. A cuestas por si mismo, o en alguna su bestia, o en carreta, o en nave, prometiendo de levar algund ome, vino, o olio, o otra cosa semejante en odres, o en alcolias, o en toneles... o otra cosa semejante destas si levandol de un lugar a otro, cayere por su culpa aquello que levaré, e se quebrantare, o se perdriere, tenudo es de lo pechar. Mas si el pusiesse guarda, quanta pudiesse, en levar aquella cosa, o se quebrantasse por alguna ocasion sin su culpa, estonce non serie tenudo de lo pechar”, incorporando Gregorio López el texto de la Glosa de Accursio, y añade: “Tengase en cuenta que la impericia del artífice es considerada como culpa suya y se le imputa”, reafirmando: “sería conveniente declarar, que el que se obliga a ejecutar alguna obra propia del arte que profesa, no puede alegar más que el caso fortuito”. Es el mismo principio aplicado al lapidario que ha roto una piedra preciosa, que debe probar que no hubo culpa de su parte y que era perito en el arte. Cf. *Las Siete Partidas del sabio rey D. Alonso el IX (sic), con las variantes de más interés, y con la glosa del licenciado Gregorio López...*, vertida al castellano y estensamentea dicionada por I. Sanponts y otros, t. III, Barcelona 1843, pp. 155-156 y nota 41..

94 Cf. MOZZII, P. N., *Tractatus de contractibus*, Venetijs, ex of. D. Zenarii, 1584, fol. 90v: “Locatio expresa, per scripturam vel verbis expressis”.

95 Cf. MARQUARDI, Io., *De iure mercatorum et commerciorum...*, op. cit., p. 290: “locatio et conductio est contractus consensualis, qui versatur vel circa res et negotia terrestria vel maritima”. JUGLÁ ET FONT, A., *Jus Civile abbreviatum, redactum ad definitiones, distinctiones et quaestiones, clare et breviter definitas et singulos Institutionum seu elementorum Justiniani principis libros, ac titulos, breviter atque perspicue persequentes, et enucleantes*, Valentiae, typ. F. Burguete, 1775, p. 136: “Quid est locatio et conductio? Contractus quo id agitur, ut pro usu alicujus rei, aut opera personae, certa merces praestetur. Conveniunt: contrahitur solo consensu, et requiritur certa merces, sicuti in emptione certum pretium”.

96 PALACIO, M. de, granatensi, Civitatem Ecclesiae Magistrali Canonicu, apud Salmanticam Sacrae Theologiae, et Philosophiae olim professore, *Praxis theologica de contractibus et restitutionibus*, Salmanticae, exc. Io. Ferdinandus, 1585, pp. 380 y ss. Locatio, quid sit et quotuplex Es contractus onerosus non transferente dominium, ad instar emptio-venditio. En la locatio rei, locatae rei iactura, penes dominum est, quia locata res, etsi sit apud alium, nihilominus est locantis, et non conductentis. Nisi dolus, vel culpa lata, vel levis conductoris interveniat, unde res locata perdatur aut male afficiatur, quia id temporis est actio contra conductorem de locato, et tenebitur damnum resarcire. Requiritur certum pretium in pecunia numerata, quia si celebratur sub alterius rationis mercede, ut dederis certam mensuram frumenti vel olei, vel

precio de una parte a otra. El que se alquila a llevar (a cuestas o en sus bestias o nao o carreta) alguna cosa que va en odres, ollas, toneles, o redomas, o cosa semejante, o si son pilares y se quiebran por su culpa, o se pierden, esta obligado a pagarlos, mas si haviendo hecho todo lo que fue en si, se quebraron por otra ocasión, no esta obligado en cosa alguna”.

Quando la cosa alogada<sup>97</sup> se pierde de todo punto o muere sin culpa de el conudzidor como nao, que se pierde por tormenta, o molino que se llevase el avenida, o siervo, o bestia que se muriesse, en tal caso la perdida o menoscabo es a riesgo de el señor de ella, y no de el conudzidor, si no es en tres casos. El primero quando el conudzidor recibio sobre si el peligro riesgo o menoscabo, de la cosa alquilada. El segundo si retuvo la cosa mas tiempo de por lo que se la alogaron, y en aquella coyuntura se perdio o menoscabo. La tercera si la perdida o menoscabo vino por culpa de el conudzidor”.

Caroccio, después de definir el contrato de arrendamiento<sup>98</sup>: “*contractus bonae fidei, ultra citroque obligatorius, qui consensu, re et mercede certa perficitur*”<sup>99</sup>, trata de la *merces*, que necesariamente debe consistir en dinero, o *in pecunia numeraria*.

---

vini non est locationis contractus, sed est ut vulgo credunt Iurisconsulti contractus innominatus, ut traditur D. 16, 3, 1, 9.

97 Sobre esta terminología, vid. PALACIO, M. de, , *Praxis theologica de contractibus et restitutionibus...*, op. cit., p. 383: el locator “vocatur Hispana voce logar, vox antiqua”, y el locator vocatur logador, et locare alogar, *ut liquet ex legibus fori titulo 17 libro 3. Item vocatur Hispane sive locare sive conducere arrendar, y locator arrendador, sunt qui distinguant inter mobilia et immobilia, arrendar en inmuebles y alquilar en muebles, “ut quando conductur operarius in vineam colendam Hispana vox, non dicit arrendose, sed alquilose, at etiam immobilia dicuntur alquilarse”, et ipsum contractum vocant arrendamiento vel alquiler, et traditur hanc vocemesse Arabicam.*

98 CAROCCIO, V., *Tractatus locati et conducti, in quo exakte de pensionibus, fructibus, caducitatibus, remissionibus, salariis, et similibus, nova, quotidiana, et practicabilis materia pertractatur*, Venetiis, apud Io. B. et Io. B. Sessam, 1617, fol. 1r.

99 Así también lodefineaMAUL, Th., *Tractatus absolutissimus de locatione conductione, ex praecipuis praestantissimorum jurisconsultorum Commentariis conscriptus, et quaestionum in foro occurrentium decisionibus illustratus*, Francofurti ad Moenum, apud Io. F. Weissium, 1633, p. 4: “Locatio conductio est contractus iuris gentium nominatus, bonae fidei, ex consensu, certa mercede aliquid faciendi vel utendi”. Ibid., p. 11: “Substantialia locationis conductio sunt tria: consensus, merces et res locata”. Ibid., p. 12: “Circa consensum requiritur ut partes consentiant circa contractum, circa mercedem et circa rem locatam”. Ibid., p. 13: “merces certa sit in conventione definita, si non sit merces certa definita, locatio non est”.

ta<sup>100</sup>, ya que en otro caso no se trataría propiamente de dicho contrato<sup>101</sup>, como había remarcado Accursio, en su comentario al Código, al afirmar: “*locatio sine mercede in pecunia esse vel peti non potest*”<sup>102</sup>, remitiéndose Caroccio a dos de los

100 Esta es la opinión compartida por MAULII, Th., *Tractatus absolutissimus de locatione conductione, ex praecipuis praestantissimorum jurisconsultorum Commentariis conscriptus, et quaestionum in foro occurrentium decisionibus illustratus*, Francofurti ad Moenum, apud Io. F. Weissium, 1633, pp. 14-15: “Utrum vero locatio tantum in pecunia numerata, an etiam in aliis rebus, quae numero, mensura et pondere constant, veluti oleo, frumento, vino et similibus consistant, quereritur? Quod in qualibet re fungibili consistat, volunt Baldi, Alvaro Valasco, Corasius, Minellus, Cuiacius, Wessenbec, Menochius, Gregorio Lopez, Godofredo, Vulteius, Juan García, Fernando Vázquez de Menchaca,... ait, hanc opinionem esse receptam ab orbe fere universo”, argumentando que es un contrato de buena fe, del que no puede apartarse, lo que sí es posible en el contrato innombrado. Contra: *quod merces debeat consistere in pecunia numerata, et si consistat in alio genere, veluti in frumento, oleo, vino vel simili, non sit proprie contractus locationis et conductionis, sed innominatus, et agatur praescriptis verbis*”, como sostienen autores muy destacados, entre los que cita a Bártoolo, Paulo de Castro, Jasón, Curtius, el Hostiense, Azón, Antonio Gómez, Rebuffo, Antonio de Padilla, que aplican las mismas reglas de la compraventa, y lo confirma la regulación de Alfonso X, “in pecunia numerata debet consistere mercedem locationis, alioquin contractum innominatum facturum”. Es la matización que incorpora SCHRADERI, L., *Commentarius de contractibus naturam omnem rationemque eorum tam ad forensem quam scholasticum usum luculenter explicans, et certis titulis fere ex institutionum Imperialium ordine distinctus*, nunc primum in lucem editus studio et opera Jo. Brandes, Lipsiae, imp. M. Lantzenberger, p. 359. “Non semper quoque pecunia interveniente locatio contrahitur, sed opus est ad locationem contrahendam, ut merces consistat in pecunia numerata. Sin autem actum fuerit, ut conductor certam partem fructuum, sed ut certam mensuram vini, frumenti, olei vel alterius rei locatori solveret, contractus innominatus finitur. Si merces non consistat in pecunia numerata, sed pecunia pro mercede locationis detur vel promittatur tanquam species, sive corpus certum, ex hoc negocio non locatio et conductio, sed innominatus contractus descendit”.

101 MOZZII, P. N., *Tractatus de contractibus*, Venetijs, ex of. D. Zenarii, 1584, fols. 89v-90r, sostiene: “Locationem propriam dicunt illam, pro qua solvitur merces, quotiescumque igitur pro re locata solvitur merces, dicetur proprie locatio. Impropriam dicunt, pro qua merces non solvitur. Quotiescumque igitur pro re locata non solvitur merces, sed alia res, hoc est oleum, vinum et simile, dicetur impropria locatio, de qua C. Iust. 4, 65, 31, 7, ibi Bartolus, qui tenet quod ibi sit locatio improprie cum solvatur oleum pro re locata, quamvis nonnulli velit ut ibi sit contractus innominatur”. El fragmento para esta interpretación es C. Iust. 4, 65, 21, l. si olei certa ponderatione, en el título *De locato et conducto*: Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Antoniae. Si olei certa ponderatione fructus anni locasti, de contractu bonae fidei habito propter hoc solum, quod alter maiorem obtulit ponderationem recedi non oportet. D. 8 id. Oct. Sirmi AA. cons. Año 293. Ibid., fol. 92r: “De substantia huius contractus locationis est merces, ideo mercede in pecunia numerata convertata, alioquin si de re alia danda faciendave convenerit non erit locatio, sed contractus innominatus... Obstat textum in C. Iust. 4, 65, 21, ubi nominatur et dicitur ibi locatio, et tamen ibi non intervenit precium, sive pecunia numerata, namque ibi pro fructibus locatis fuit datum oleum loco precii. Se trata en su criterio de un contrato innombrado, y los compiladores colocaron dicha ley en el lugar inadecuado, quia passim et ubique reperiuntur leges incongruentes titulis. Posset forsitan dici quod ibi in illa lege promissa fuerit pecunia certa et merces a principio initi contractus, sed loco illius pecuniae et mercedis seu pensionis postea datum fuit illud oleum, per quod ex post facto non viatiatur contractus locationis et conductionis, ut probatur in D. 4, 44, 9 et ibi doctores”.

102 ACCURSII, *Glossa in Codicem*, Venetiis 1488, en *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, Augustae Taurinorum 1968, fol. 126v. Azón, por su parte, al señalar el contenido de este requisito, comenta C.

docentes salmantinos más relevantes en la Facultad de Leyes del siglo XVI, Arias Pinhel y Antonio Padilla de Meneses<sup>103</sup>, al calificar este requisito como “*opinio verissima et receptissima*”, por parte del primero de los citados, y añadir el segundo que entra en la categoría, antes enunciada, del contrato innominado<sup>104</sup>.

Puesto que los carreteros de la provincia salmantina no solamente convinieron verbalmente el negocio, sino que lo plasmaron en documentos privados, a falta de escribano público, aunque uno de ellos estuvo suscrito por el presbítero del lugar, que da fe del acuerdo, Vicenzo Carroci deja muy claro su alcance dentro del esquema contractual del Derecho romano, entonces plenamente vi gente<sup>105</sup>: “*De locatione, an requirat scripturam. Locatio non verbis sed solo consensu contrahitur*”<sup>106</sup>, y si se hizo pacto de extender un documento, “*adhuc valebit sine*

---

Iust. 4, 65, 21, afirmando que en dicho fragmento se utiliza “*improprie*” el término *locatio*: “*quia cum dederit rem pro re, non videtur locatio*”, puesto que la acción a ejercitar será la *praescriptis verbis*, es decir, un contrato innominado, y lo explica “*dic quod ita dicit propter similitudinem quam habet iste contractus cum innominato*”, aunque más tarde reconoce que no es posible apartarse del contrato una vez celebrado, lo cual no corresponde a esta naturaleza contractual, pero sí al contrato consensual. AZONIS, *Lectura super Codicem*, en *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, t. III, Augustae Taurinorum 1966, p. 363.

103 Cf. CAROCCIO, V., *Tractatus locati et conducti...*, op. cit., fol. 5v.

104 Molfesio recuerda que entraría en la categoría de *do ut des* o de *do ut facias*: MOLFESIO, A., *Tractatus de utraque hominum dispositione inter vivos et in morte, sive compendiosa praxis contractuum, ultimarum voluntatum, et de sepulturis*, Neapoli, ex tip. L. Scorigii, 1622, p. 108: “*De substantia huius contractus: consensus, res vel industria. Merces in pecunia numerata: si enim merces solveretur in fructibus, re vera non esset locatio, sed potius contractus innominatus do ut des vel do ut facias*”. En el mismo sentido se expresa PACIONI, P., *De locatione et conductione tractatus*, Genevae 1639, pp. 2-3: “*locatio et conductio est contractus bonae fidei, in quo persona, resve ad usum alteri conceditur pro certa mercede in pecunia numeranda convertata*”. Ibid., pp. 112-113: “*locationis et conductionis contractus, cum naturalis et omnium gentium sit, solo consenso contrahitur, et sic non solum absque scriptura, sed etiam absque ullis verbis... Dicimus ultra consensum requiri rem et mercedem. Et tamen neque rei neque merces est necessarius actualis interventus ad perfectionem contractus... adeo ut sufficiat in re et mercede contraentes consentire, et sic solo consensu contrahitur, et perficitur locatio et conductio, et rei, mercedisque actualis interventio et praestatio non ad perfectionem, sed ad consumationem, non ad substantiam sed ad effectum locationis spectat. Necesse autem est, ut consentiat contraentes in re et in mercede, adeo ut haec sit substantia contractus, alias si dissentiant in una earum, nulla erit locatio... requiritur consensus reciprocus utriusque partis, nempe locatoris et conductoris...*”.

105 Cf. CAROCCIO, V., *Tractatus locati et conducti...*, op. cit., fol. 39r.

106 Criterio compartido por PACIONI, P., *De locatione et conductione tractatus...*, op. cit., p. 161: “*contracta probari poterit per instrumentum, aut aliam scripturam fidem facientem, sed etiam per quodcumque aliud genus legitimae probationis, ac signanter per testes, prout probantur omnes contractus, qui consensu perficiuntur*”. Ibid., p. 163: “*Si probatio solutionum fieret per testes necesse esset eos reddere rationem eorum dicti, nec sufficeret ratio illa, quia sum vicinus, cum iste non sint de rebus, quae in genere sciri possunt, nec sufficiat probatio presumpta, nec sufficeret dicere audivisse a parte, si esse confessio extrajudiciales et debent esse concordes in quantitate et qualitate solutionis, et in aliis, ita ut faciant probationem perfectam*”. En la Recepción del Derecho romano, Lanza, siguiendo a Messineo, recuerda que “il contratto è

*scriptura, quoad sui substantiam et essentiam, et contractus est perfectus ante scripturam et haec est communis opinio. Licet scriptura, nisi partes voluisse pro substantia requiri scripturam, et sine ea aliter non valere, non sit de substantia, erit tamen ad probationem, si conveniatur simpliciter de scriptura, ita ut probari non poterit, nisi per scripturam, vel confessionem et haec est magis communis opinio”.*

Es un tema ampliamente expuesto por los autores de la Edad Moderna la división de la *locatio en rei y operarum*, aunque dentro de esta última suelen incorporar una reflexión para tratar de la *locatio operis*, como hace Maul<sup>107</sup>, además de señalar el grado de responsabilidad que cada parte asume en las obligaciones derivadas del contrato: “*Locator culpam et dolum in opere suscepto admissum, non casum et periculum praestare cogitur*<sup>108</sup>. *Quod si igitur opus male factum vel vitiosum est, vel vitio operis et culpa artificis pereat aut vilius, deterius aestimatur, hoc totum ipse praestabit, quod si pereat casu, vel vi maiore aut forte calamitate deterius reddatur, periculum illud est conductoris*<sup>109</sup>.

---

sempre (quanto meno) con effetto obbligatorio”, es decir, deber de prestación y correspondiente derecho de crédito, aunque algunos no se limiten a los efectos obligacionales, sino también reales, añadiendo que en los contratos consensuales no existen para su validez los requisitos de forma, porque esta es libre, sin que sea preciso el uso de palabras concretas o de la escritura, lo que no impide que tengan “tipicità sostanziale”, por la distinta función económico social o causa. LANZA, C., *Diritto Romano e Diritto moderno. Processi di ‘decontestualizzazione’*, Torino 2000, pp. 24-27.

- 107 MAULII, Th., *Tractatus absolutissimus de locatione conductione...*, op. cit., pp. 86-87: “*Operarum locatio conductio est, qua quis factum, ministerium, opus vel artificium suum locari solitum pro mercede certa locat. Locator hic est, qui opus pro certa mercede faciendum in se suscipit, vocatur etiam conductor operis. Conductor hic est, qui opus perficiendum alii exhibet et offert vel cuius mercede opus perficitur vocatur locator operis vel dominus operis*”.
- 108 Opinión que yahabía defendido STRACCA, B., *Tractatus de mercatura seu mercatore... accessit nunc primum eiusdem auctoris quotidianus de Adiecto tractatus...* Huc accessit perelegans *Tractatus de mercatorum contractibus Ioannis Nider, aliis postea tractatus de constituto, Baldo de Ubaldi, Coloniae Agrippinae, apud Io. Gymnicum, 1576, p. 244, nº 5: “locatores de casu non tenentur nisi aliud actum sit..., et generaliter casus fortuiti nemini imputantur... et vis ventorum et aquarum magnitudinis, inter casus fortuitos annumerantur”, num. 5. Ibid., p. 244, nº 3: “locatores ex dolo et culpa tenentur”.*
- 109 Es el mismo criterio de SCHRADERI, L., *Commentarius decontractibus...*, op. cit., pp. 374-375: “*Tam conductor quam locator invicem de dolo et lata culpa obligantur... De levissima culpa conductor non tenetur, nisi vel contrarium inter contraentes actum fuerit, vel nisi ipse custodiam vel periculum rei in se suscepit, vel nisi in rebus quae facile franguntur, vel, nisi haec culpa levissima in faciendo, non autem in negligendo consistat, vel nisi conductori res conducta aestimata tradita fuerit. Multominus vero conductor de casu fortuito tenetur, nisi ipse vel casum fortuitum specialiter in se receperit, vel nisi hic casus conductoris vel culpa vel tali facta, a quo, ut ipse abstineret specialiter in locatione cautum fuit, evenerit*”. Ibid., p. 379: “*Naturalia locationis conductionis sunt. Primo quod conductor tenetur mercedes conventam tandem finito locationis tempore solvere. Secundo quod conductor tenetur tantum de dolo, lata atque levi culpa*”.

Con una enunciación más amplia y explícita, Luis de Molina deja patente este mismo principio de responsabilidad proveniente de Roma<sup>110</sup>: “Conductor tenetur locatori de dolo, lata culpa ac levi, non vero de levissima, aut casu fortuito. Ratio est, quoniam hic contractus est in utriusque partis commodum; quando autem talis est contractus, neque aliud invenitur expressum, contrayentes solum tenetur de dolo, culpa lata et levi: non vero de levíssima aut casu fortuito. Simili modo quando aliquis locat operas suas circa aliquid alienum, ut sartor ad conficiendas vestes, molindinarius, aut pistrinarius, ad molendum triticum, pastor ad custodiendum gregem et varijs alii artifices, ac ministri, ad aliquid aliud circa rem alienam efficiendum, tunc, si ea res ipsorum negligentia pereat, aut deterior reddatur, tenentur de dolo, lata, aut levi culpa, non vero de levíssima aut casu fortuito. Si tamen deductum esset in pactum, ut eiusmodi conductores aut locatores, tenerentur de minori culpa, aut etiam de casu fortuito, vel etiam ut non tenerentur de tanta culpa, standum esset contractui”, pero no cabe pactar de dolo, porque iría contra bonos mores y el pacto sería nulo, en lo que convienen todos los doctores *communiter*, y se confirma en Partida 5, 8, 7-17<sup>111</sup>.

La fundamentación del jesuita sienta sus bases en el Derecho Romano<sup>112</sup>, porque no duda en afirmar que examinando el fragmento de Alfeno, lib. III dig., en D. 19, 2, 30, 4, “habetur conductorem teneri locatori, non solum de culpa sua propria, sed etiam de culpa suorum, atque etiam externorum, quod induxit in dominum, aut in simile praedium locatum”. Este planteamiento se corrobora en D. 19, 2, 25, 7. Gayo lib. X ad ed. Prov.<sup>113</sup>, puesto que: “si quis conducatur ad columnam trasportandam, aut ad transportanda vasa vini, aut olei, aut res alias similes, quales essent vasa vitri, teneri eum ad diligentiam, ne periclitentur ac frangantur, quemadmodum diligentissimus adhiberet: atque, tum ex his verbis, tum etiam ex antecedentibus et sequentibus, solum videtur textus ille excludere casum fortuitum, atque adeo comprehendere culpam, etiam levissimam”, produciéndose la recepción del *responsum* jurisprudencial romano en Partida 5, 8, 8.

<sup>110</sup> MOLINA, L., S. I., *De iustitia, t. II. De contractibus in specie*. Conchae, ex of. de M. Serrano de Vargas, 1597, cols. 1553-1554.

<sup>111</sup> Vid. *Las Siete Partidas...*, op. cit., pp. 154-164, notas 31-104.

<sup>112</sup> MOLINA, L., S. I., *De iustitia, t. II. De contractibus in specie...*, op. cit., cols. 1555-1556.

<sup>113</sup> “Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisse. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquid conduixerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest”.

Un aspecto que debe matizarse es el significado que la glosa acursiana, comentando dicho fragmento, atribuye al vocablo *diligentissimus*, puesto el religioso del siglo XVI muestra su adhesión al glosador en su interpretación del fragmento clásico antes citado<sup>114</sup>, puesto que afirma: *diligentissimus, id est, diligens, ita ut solum comprehendatur culpa levis, iuxta regulam traditam multisque iuribus comprobatam*”, porque lo que se quiere expresar es que se ponga la diligencia que pide el transporte del objeto, y añade: “*maiores quippe curam exigit columna marmorea elaborata in asportante, ne frangatur, quam res aliae communiter, et similiter maiores curam ac diligentiam postulant vasa vitrea, aut dolium vino vel oleo, plenum, quam res aliae communiter*”, y así se interpreta en las Instituciones de Justiniano, 3, 24, 5, sobre la ropa, plata, y el jumento que se alquila, “*simili modo exprimitur diligentia, ad quam conductor tenetur*”<sup>115</sup>.

Molina entiende que en estos últimos casos se responde por culpa levísima, mientras que en el resto se exige solo la culpa leve, aduciendo el supuesto de que se produjera un incendio en la carreta, y diferenciando si lo hizo el *conductor*, respondiendo del caso fortuito, pero si no es por su culpa que haya fuego, no responde del mismo<sup>116</sup>.

Señalaba Winscheid<sup>117</sup> cómo una aplicación particularmente importante de la *locatio operis*, en el que el conductor responde no solamente del dolo sino también de la culpa o negligencia, es el contrato de transporte, sometido a los principios generales de la figura, salvo porque haya sido concluido con un profesional del transporte o con un negociante en el ejercicio de su tráfico, por-

114 “*Diligentissimus id est diligens, ut ponatur superlativum propositivo, ut e contra sepe contingit, nec enim dubium est locatorem opere non teneri de levissima culpa... excusari a culpa si omnia faciat qui diligens faceret*”, recordando a Bártolo de Saxoferrato, para quien hay un cuidado especial en el transporte de la columna y de otros objetos *quia leviter franguntur ut exactissima diligentia praestetur*. ACCURSII, *Glossa in Digestum Vetus*, en *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, t. VII, Augustae Taurinorum 1969, fol. 289v. Alberico de Rosate se limita referir, en su diccionario, las dos sedes de este término “*diligentissimus*”, en *Instituta* y en *Digesto*. ROSATE, A. de, *Dictionarium Iuris tam Civilis, quam Canonici, Venetiis*, apud Guerreos, 1573, p. 184.

115 “*Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut ventimentorum aut argenti aut iumenti mercedes aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, quemadmodum diligentissimus pater familias suis rebus adhibet. Quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur*”.

116 MOLINA, L., S. I., *De iustitia*, t. II. *De contractibus in specie...*, op. cit., col. 1558: trata del traslado de las mercancías de una nave a otra y la responsabilidad del armador.

117 WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*. Trad. de C. Fadda e P. E. Bensa, con note e rif. Al Diritto Civile italiano, vol. II, rist. st., Torino 1930, pp. 552-553.

que entonces su regulación positiva ya se encontraba referida en el Código de comercio del Imperio germánico, arts. 271 y 272, aunque la responsabilidad especial del transportista venía prescrita en el §384, en su criterio parcialmente ya reconocida en Derecho romano.

Recordemos que con el régimen jurídico existente en España a finales del siglo XVI se hizo responsables a los carreteros de la minoración existente en la cantidad de aceite respecto de la consignada en origen, al cargar en Écija (Sevilla) 39 arrobas por cada carreta, frente a la consignada en el domicilio del locator, de 31,5 arrobas, si bien en el momento de interposición de la demanda judicial, Gonzalo Vicioso, acreedor, solicita que cada uno de los obligados incumplidores asuma el pago de seis arrobas y media, aunque no se especifique el motivo de la pérdida de las arrobas, porque siguiendo el régimen jurídico del Derecho romano, el conductor solamente se liberaba de la obligación, en la *locatio-conductio operis*, en el supuesto de perecimiento del objeto por caso fortuito y fuerza mayor.

Por lo que se refiere a la codificación civil española del siglo XIX, el proyecto de 1820 no abordaba esta materia, a diferencia de 1836, en el que se distingue entre ajuste de obras y servicio de personal, regulando el primer supuesto en los arts. 1240 al 1257, y aplicando la doctrina romanista de la recepción, en la cual se distingue el supuesto de proporcionar el artífice o empresario la materia y trabajo, que es una especie de venta, y cuando el conductor solo pone el trabajo o su industria, en cuyo caso el trabajador responde de la pérdida producida por culpa suya, según el art. 1243<sup>118</sup>.

En el proyecto de CC español de 1851, arts. 1542 y 1543, después de señalar que los conductores tienen las mismas obligaciones que las fijadas para los posaderos, y cuya responsabilidad empieza con la recepción de los efectos que deben transportar<sup>119</sup>, dispone en el precepto últimamente citado: “Responden igualmente de la pérdida y avería de las cosas que reciben, a no ser que prueben que la pérdida o la avería ha provenido de caso fortuito o de fuerza mayor, en correspondencia”, recordando García Goyena el paralelismo con D. 19, 2, 25, 7.

118 LASSO GAITÉ, J. F., *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil*, vol. II, Madrid 1970, pp. 228-229.

119 Arts. 1689 y 1690. Este último precepto establece: “la responsabilidad de los fondistas o mesoneros comprende tanto los daños hechos en los efectos de los viajeros por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros, como por los extraños que van y vienen a las mismas fondas o mesones, pero no los ocasionados por fuerza mayor”.

Paulo lib. XXXIV ad ed., y D. 4, 9, 3, 2. Ulpiano lib. XIV ad ed.<sup>120</sup>, cuya normativa fue recibida en Partida 5, 8, 26<sup>121</sup>.

En el Codice civile italiano de 1942, a propósito del transporte de cosas, lo define en su art. 1678 como contrato consensual, por el cual una persona, denominada porteador, se compromete a trasladar un bien determinado de un lugar a otro, recibiendo como contraprestación un precio, apostillando Enzo Nardi: “Per i Romani il trasporto di cose, in ispecie per acqua, constituiva un caso specifico di locazione d’opera”<sup>122</sup>. Por otro lado, los arts. 1683-1702 tratan de la responsabilidad del porteador “por los efectos transportados por tierra o agua”, ya que se obliga a un resultado, a cambio de la merced, disponiendo dicho cuerpo normativo, en el art. 1693<sup>123</sup>, que el *conductor* responda de las pérdidas y daños causados a las mercancías desde el momento en que las recibe hasta el de consignación de las mismas al destinatario, si no prueba que provienen del caso fortuito, como supuesto principal de exoneración.

El CCo español de 1829, de Sáinz de Andino, en el art. 208 especifica que “las mercaderías se transportan a riesgo y ventura del propietario y no del porteador, si expresamente no se ha convenido lo contrario”, pero aún matiza: “En su consecuencia, serán de cuenta del propietario todos los daños y menoscabos que sobrevengan a sus géneros, durante el transporte, por caso fortuito inevitable”. Este principio es aplicable, como glosan Gómez de la Serna y Reus, “a no ser que ocurra por negligencia del porteador o porque no tomó las precauciones debidas”, respondiendo, conforme al art. 213 del mismo texto legal, si el por-

120 “... et quia in locato conducto culpa, in deposito dolos dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi 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 iniquam exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in capouna vis maior contigerit”.

121 Cf. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, Madrid 1852, pp. 489-491.

122 NARDI, E., *Codice civile e Diritto romano. Gliarticoli del vigente CodiceCivilenei loro precedente romanistici*, Milano 1997, p. 79.

123 El tenor literal del art. 1693 es el siguiente: “Responsabilità per perdita e avaria. Il vettore è responsabile della perdita e dell’avaria delle cose consegnategli per il trasporto, dal momento in cui le riceve a quello in cui le riconsegna al destinatario, se non prova che la perdita o l’avaria è derivata da caso fortuito, dalla natura o da vizi delle cose stesse o del loro imballaggio, o dall’atto del mittente o da quello del destinatario.// Se il vettore accetta le cose da trasportare senza riservarle, si presume che le cose stesse non presentino vizi apparenti d’imballaggio”.

teador incurrió en negligencia, o porque no tomó las precauciones que adoptan personas diligentes<sup>124</sup>.

El CCo vigente de 1885, en su art. 349, pone el acento en un doble fundamento para señalar cuándo un contrato de transporte tiene naturaleza mercantil<sup>125</sup>; también la OM de 25 de abril de 1997, en su art. 4, aporta un concepto de contrato de transporte de mercancías por carretera. No obstante, la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, relativa al contrato de transporte terrestre de mercancías, actualmente en vigor, dispone en su art. 2.1, que se trata de un contrato por el cual un “porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato”<sup>126</sup>.

Siguiendo a Díez Picazo y Gullón<sup>127</sup>, del art. 1601 del CC de 1889, se desprende la responsabilidad del porteador, en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se le confían, con las mismas obligaciones de los posaderos, recogida en los arts. 1783-1784, tal como se concibió, en línea de principio, y como máxima general en Derecho romano justiniano, a propósito de los *recepta cauponum, nautarum et stabulariorum*, por lo que el art. 1602 hace responsa-

124 El mismo art. 208, párrafo segundo, añade que el propietario de los géneros transportados soporta los daños y menoscabos que se produzcan “por violencia insuperable o por la naturaleza y vicio propio de los géneros, quedando a cargo del porteador probar estas ocurrencias en forma legal y suficiente”, remitiendo dichos juristas citados a otros códigos europeos. *Código de Comercio, concordado y anotado*, por P. Gómez de la Serna y J. Reus García, 4<sup>a</sup> ed., Madrid 1863, pp. 82-83.

125 Analizando la jurisprudencia hispana que aplicó este precepto, Gamborino refiere que dicho contrato, por su naturaleza jurídica, es un arrendamiento, al que se califica como locación de servicios, atendiendo a la exposición de motivos del mismo cuerpo normativo, además de bilateral y oneroso, y en la categoría de consensual, aunque este autor confunde, en este último punto, la ejecución de las prestaciones con los requisitos contractuales. Vid. SÁNCHEZ GAMBORINO, F. M., *Doctrina jurisprudencial sobre el contrato de transporte terrestre*, Madrid 1957, pp. 22-23.

126 Se trata de una obligación de resultado, y viene configurada como contrato de obra, siguiendo el enfoque tradicional de la figura en el Derecho positivo, y la interpretación jurisprudencial reiterada del Tribunal Supremo. Cf. MERINO REBOLLO, A., *El contrato de transporte: por carretera, aéreo y marítimo*, Madrid 2014, pp. 13-14; ORTUÑO BAEZA, M. T., *El contrato de transporte*, en Contratación mercantil, vol. III. Transporte, Seguros, otros contratos, coord.. por E. Gallego Sánchez, Valencia 2003, pp. 1419-1423; QUINTANA CARLO, I., *Contratos mercantiles*, Madrid 2001, pp. 665-669; RIBELLES ARELLANO, J. M., *El transporte nacional de mercancías por carretera*, en *El contrato de transporte*, dir. por J. L. Concepción Rodríguez, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 306-307.

127 DÍEZ-PICAZO, L. – GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*. T. II, 6<sup>a</sup> ed. rev. y puesta al día, Madrid 1994, pp. 447-448.

ble al transportista de la pérdida y averías de los objetos que recibe, a no ser que pruebe que han tenido lugar por caso fortuito o fuerza mayor<sup>128</sup>.

Acudiendo a la ley vigente de 2009, relativa al contrato de transporte de mercancías<sup>129</sup>, el art. 6.1 dispone que el porteador responde, frente al cargador, de la realización íntegra del transporte<sup>130</sup>, con independencia de realizarlo por sí mismo en todo o en parte, estando obligado, conforme al art. 28.1 y 2 a conducir a destino, las mercancías objeto del transporte, para su entrega al destinatario<sup>131</sup>. Por otra parte, el art. 47 matiza que “el porteador responde de la pérdida total o parcial de las mercancías”, aunque “a falta de regulación específica, el incumplimiento por el porteador se rige por las normas generales de la responsabilidad contractual”, a que se refiere la normativa del Código Civil antes citado, y además fija causas de exoneración con presunciones de la misma, en sus arts. 48 y 49<sup>132</sup>.

128 Vid. SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva...*, op. cit., pp. 91-115.

129 Ley 15/2009, de 11 de noviembre. BOE nº 273, de 12 de noviembre, y corrección de errores de 16 de febrero de 2010.

130 Vid. ESPERANZA SOBEJANO, A., *Artículo 6. Responsabilidad de los porteadores efectivos*, en Comentarios a la ley del transporte terrestre, dir. por J. F. Duque y F. Martínez, Pamplona 2010, pp. 99-112.

131 Vid. VELASCO SAN PEDRO, L. A., *Artículo 28. Custodia y transporte*, en Comentarios a la ley del transporte terrestre, dir. por J. F. Duque y F. Martínez, Pamplona 2010, pp. 347-361.

132 Vid. PUETZ, A., *Artículo 47. Supuestos de responsabilidad*, en Comentarios a la ley del transporte terrestre, dir. por J. F. Duque y F. Martínez, Pamplona 2010 pp. 553-577; PETIT LAVALL, M. V., *Artículo 48. Causas de exoneración*, eod. loc., pp. 579-602; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Artículo 49. Presunciones de exoneración*, eod. loc., pp. 603-626. En la regulación del CCo hispano de 1885, el art. 361 deja claro que las mercadurías corren por cuenta del porteador, es decir, serán suyos todos los daños y menoscabos que sufran durante el transporte, siempre que no se produzcan por caso fortuito, fuerza mayor, o naturaleza y vicio de las cosas, porque en este supuesto será por cuenta del cargador, debiendo probar dicha causa el porteador. Consecuentemente se le hace responsable, conforme al art. 362.1º, en caso de su falta de diligencia, por los daños y pérdidas que sufren dichos géneros transportados. Vid. ORTUÑO BAEZA, M. T., *Contrato de transporte...*, op. cit., pp. 1470-1478; RIBELLES ARELLANO, J. M., op. cit., pp. 320-334. El CC canadiense, establece en su art. 1675 una presunción de responsabilidad “de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu’ils ne prouvent que la perte et les avaries sont técausées par cas fortuit ou force majeure, ou proviennent des défauts de la chose elle-même», de modo que este normativa, aplicable a los comerciantes como derecho común, pone a cargo del transportista una obligación de resultado y la presunción de responsabilidad, ya que no quedará liberado si no demuestra los vicios propios del objeto consignado, o la presencia de los elementos que configuran el caso fortuito y la fuerza mayor: imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad. La normativa propia del transporte por carretera, en la formulación de 1979, preveía que el primer punto de referencia para conocer la responsabilidad del transportista era el acuerdo celebrado inter partes, y a continuación fija cláusulas de exoneración, como es la fuerza mayor y supuestos similares, mientras que responde por su negligencia, debiendo

Por último, el Código Civil brasileño de 2002, comparado con el de 1916, al tratar del transporte de cosas, no encuentra correspondencia en esta materia con el último citado, pero dispone en su art. 750 que la responsabilidad del “transportador” comienza en el momento de recibir los objetos, y finaliza cuando se entrega al destinatario, aplicándosele las reglas del depósito<sup>133</sup>, conforme al art. 751, en el que se dispone que el depositario no responde por caso fortuito, ni fuerza mayor, aunque debe probarlos, a tenor del art. 1277 del CC brasileño de 1916, y su paralelo art. 642 del vigente

---

probar la ausencia de falta de diligencia. Cf. PINEAU, J., *Le contrat de transport terrestre, maritime, aérien*, Montreal 1986, pp. 44-46.

133 Es una discusión doctrinal, que alcanza incluso a los romanistas, si en la contratación del transporte se realiza una sola figura contractual o varias, e incluso si hay una institución irregular. Algunos pensaron en la combinación de depósito con arrendamiento, y otros que era un depósito irregular, mientras otros que era un mutuo, por no señalar las varias especies de arrendamiento, que unos califican de servicios y otros de obra.



# Responsabilidade Civil e Avarias Grossas

## (YAR e UNCLOS)

Rodrigo de Lima Vaz Sampaio<sup>1\*</sup>

### 1. Apresentação do Problema: Conceito do Instituto

Se o Direito Comercial é considerado, por T. Ascarelli<sup>2</sup>, como “pioniere del diritto” [= “pioneiro do direito”], uma vez que em seu âmbito acontecem “as experiências jurídicas mais audazes e interessantes”, pode-se afirmar, com maior precisão, que esse fenômeno de renovação de institutos e definições tradicionais jurídicas deve-se, em especial, ao Direito Marítimo<sup>3</sup>.

A palavra “avaría”, no sentido (técnico) jurídico-marítimo, é encontrada, na tradição jurídico-ocidental, pela primeira vez, nas compilações italianas do Mar Adriático<sup>4</sup>.

1 \* Pós-Doutorando em Direito Civil da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, FAPESP. Doutor em Direito Civil e Romano pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, FDUSP. Coordenador Acadêmico e Professor do CEU-IICS Escola de Direito. Este trabalho foi realizado com o apoio da FAPESP, Processo 2014/50145-8.

2 *Appunti di diritto commerciale – Parte generale*, vol. 1, Catania, Circolo Commercialista, 1931, p. 15.

3 A. Lefebvre D’Ovidio– G.Pescatore– L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, 12<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 7 (= n. 3). A referência dos autores é o Direito da Navegação.

4 A. Luzzati – P. G. Luzzati – L. Maffei, *Avaria*, in *NNDI (Novissimo Digesto Italiano)* 1 (1957), p. 1618. A discussão sobre sua origem etimológica é grande. Dentre as possibilidades, três são as mais prováveis. A. Luzzati – P. G. Luzzati – L. Maffei supõem o latim tardio “averagium” [H. Spelman, *Glossarium Archaiologicum: Continens Latino-Barbara, Peregrina, Obsoleta & Novatae Significationis Vocabula* (1626), 3<sup>a</sup> ed., London, Braddyll-Pawlett-Freeman, 1687, p. 51], o qual, por sua vez, viria do clássico “habere” e, assim, “avere”. A segunda opção é o árabe “awār” ou “uwār” [transliteração de H. S. Khalilieh, *Islamic Maritime Law – An Introduction*, in R. Peters - B. Weiss (orgs.), *Studies in Islamic Law and Society*, vol. 5, Leiden, BRILL, 1998, p. XI]. Nesse sentido, P. Brüders – R. Ulrich, *Grosse Havarei: Die Havariegrosse-Rechte der wichtigsten Staaten im Originaltext und in Übersetzung nebst Kommentar und einer vergleichenden Zusammenstellung der verschiedenen Rechte – Deutsches Recht*, vol. 1, 2<sup>a</sup> ed., Berlin, Mittler und Sohn, 1903, p. 1; e L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, in *Handbuch des Handelsrechts*, vol. 1, Stuttgart, Enke, 1891, p. 98 (= § 5). A última é o grego “Bápoç” [= “peso, ônus”] e “Bápm̄s” [= “embarcações”]. Nessa direção, F. Brandileone,

Ela significa dano ou despesa, que ocorre durante a navegação à embarcação ou à carga<sup>5</sup>. Parece que a forma mais antiga seja a eufonia na frase “*andare ad varea*” [= “ser pago a título de avaria” (“ad + varea” e, depois, “avaría”)]<sup>6</sup> nos *Ordinamenta et Consuetudo Maris Edita per Consules Civitatis Trani* [= “Estatutos e Costume do Mar Publicados pelos Cônsules da Cidade de Trani”] (provavelmente, de 1063)<sup>7</sup>.

Com base nesse sentido técnico, formou-se a classificação tradicional no assunto. Diferenciam-se “avarias grossas”, ou “comuns”, de “avarias simples”, ou “particulares”.

A distinção é baseada na consequência dos institutos. Nas avarias grossas, por um lado, existe a contribuição dos envolvidos, ou seja, o sacrifício de poucos é suportado por todos<sup>8</sup>. Nas avarias simples, por outro, quem sofre o prejuízo, arca com ele (“*res perit domino*”)<sup>9</sup>.

---

Recensão a Ashburner, W., *Nόμος Ροδίων ναυτικός*. The Rhodian Sea-law edited from the manuscripts. Oxford at the Clarendon Press 1909. CCXCIII, 129 pp. 8°. 18 sh., in BZ (Byzantinische Zeitschrift) 23 (1914), p. 259. Cf., ainda, A. Vinnen, *Notae* (1647)a P. Peck, In Titt. Dig. & Cod. ad Rem Nauticam Pertinentes, *Commentarii* (1556), 3<sup>a</sup> ed., Amsterdam, Boom, 1668, p. 193; A. Brunetti, *Diritto marittimo privato italiano*, vol. 1, Torino, UTET, 1929, p. 175 (= n. 50); C. du F. Du Cange et al., *Avaria*, in *Glossarium Mediae et Indimiae Latinitatis*, t. 1, Niort, Favre, 1883, p. 463; L. Goldschmidt, *Lex Rhodia und Agermanament – Der Schiffsrecht – Studie zur Geschichte und Dogmatik des Europäischen Seerechts*, in ZHR (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht) 35 (1889), p. 37; P. Heck, *Das Recht der großen Haverei*, Berlin, Müller, 1889, pp. 629-630 (= § 58); A. Lefebvre D’Ovidio, *La contribuzione alle avarie comuni dal diritto romano all’Ordinanza del 1681*, in Riv. Dir. Nav. (Rivista del Diritto della Navigazione) 1 (1935), pp. 130-131 (= n. 37) [= Idem, *Teoria generale delle avarie comuni*, Milano, Giuffrè, 1938]; e J. C. Sampaio Lacerda, *Curso de Direito Privado da Navegação – Direito Marítimo*, vol. 1, 3<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1984, p. 226 (= n. 179).

5 W. Ashburner, *NOMOS POΛΙΩΝ ΝΑΥΤΙΚΟΣ* – The Rhodian Sea-Law, Oxford, Clarendon, 1909, p. CCLI; e H. Wünsch, *Gedanken zur großen Haverei und deren analoger Anwendung*, in *Vestigia Iuris Romani – Festschrift für Gunter Wesener*, Graz, Leykam, 1992, p. 531. Sentido vizinho ao proposto por H. Spelman, *Glossarium Archaiologicum* cit. (nota 3), p. 51: “*Averagium (...) Est enim detrimentum, quod vehendis mercibus accidit (...)*” [= “Avaria (...) é, pois, o dano, que atinge as mercadorias transportadas (...).”].

6 Em A. LEFEBVRE D’OVIDIO, *La contribuzione* cit. (nota 3), p. 132 (= n. 38), lê-se, sempre, “*andare a varea*”. Também em F. BRANDILEONE, *Recensão* cit. (nota 3), p. 259.

7 A frase ocorre uma vez nos Caps. III, IV, VIII, XIII, XXII – neste capítulo também ocorre “*alchuna varea*” – e XXVI, e duas vezes nos Caps. II e XIV. É certo, como demonstra M. de Vicq, *Observationes a Q. Weijtsen, Tractatus de Avariis*, Amsterdam, Boom, 1672, p. 2, que “*varea*” seja o dialeto veneziano para “avaría”, mas não se sabe, segundo L. Goldschmidt, *Lex Rhodia* cit. (nota 3), p. 37, qual dessas duas palavras seria a mais antiga.

8 T. Haralambidis, *Des caractères distinctifs des avaries communes – Du fondement de la contribution à ces avaries en droit français et comparé*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, Générale de Droit et de Jurisprudence, 1924, p. 20.

9 P. Brüders – R. Ulrich, *Grosse Haverei* cit. (nota 3), p. 1; L. Mai, *Die Havarie-Grosse – Nach der lex Rhodia de jactu, dem deutschen Handelsgesetzbuch und der deutschen Rechtsprechung*, Mannheim,

## 2. Avarias Grossas: Regras e Elementos

Em nível internacional (direito uniforme), as avarias grossas são atualmente reguladas pelas Regras de York e Antuérpiade 2004(YAR 2004, sigla em inglês). Seu conceito encontra-se na primeira parte da Regra A<sup>10</sup>.

A Regra C<sup>11</sup> refere-se ao nexo de causalidade do dano com o ato jurídico “avarias grossas” e auxilia a determinar até que ponto o princípio da contribuição aplica-se ao prejuízo. Para que este seja considerado avaria grossa, deve ser direto e imediato<sup>12</sup>, ou seja, em matéria de nexo de causalidade aplica-se a “consequenzialità diretta” do dano<sup>13</sup>.

Porém, sua segunda parte exclui do âmbito das avarias grossas os danos ao meio ambiente ou como consequência do escape ou lançamento de substâncias poluentes que emanam das propriedades envolvidas na expedição marítima

---

Bensheimer, 1889, p. 20-21 (= § 6); e R. Zeno, *Storia del diritto marittimo italiano nel Mediterraneo*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 372.

- 10 “There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure. (...)” [= “Há um ato de avaria grossa se, e somente se, qualquer sacrifício ou gasto extraordinário é feito ou realizado intencional e razoavelmente para o salvamento comum e com o objetivo de proteger de um perigo os bens envolvidos em uma expedição marítima comum. (...)”].
- 11 “Only such losses, damages or expenses which are the direct consequence of the general average act shall be allowed as general average. In no case shall there be any allowance in general average for losses, damages or expenses incurred in respect of damage to the environment or in consequence of the escape or release of pollutant substances from the property involved in the common maritime adventure. (...)” [= “Somente as perdas, danos e despesas, os quais são consequência direta do ato de avaria grossa serão considerados como avaria comum. Em nenhuma hipótese serão admitidas como avarias comuns as perdas, danos e despesas ocorridas a título de dano ao meio ambiente ou como consequência do escape ou lançamento de substâncias poluentes que emanam das propriedades envolvidas na expedição marítima comum.”].
- 12 Art. 403 do Código Civil (CC) Brasileiro [= “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato (...)”] e art. 764 do Código Comercial (CCom) brasileiro *in fine* [= “E, em geral, os danos causados deliberadamente em caso de perigo ou desastre imprevisto, e sofridos como consequência imediata destes eventos, bem como as despesas feitas em iguais circunstâncias (...)”]. Disposições semelhantes existem na Itália: no art. 1223 do CC [= “(...) conseguenza immediata e diretta.” (= “... consequência imediata e direta.”)] e art. 469 do Código da Navegação (C. Nav.) [= “Le spese e i danni direttamente prodotti (...)” (= “As despesas e os danos diretamente produzidos ...”)].
- 13 L. TULLIO, *La contribuzione alle avarie comuni*, Padova, CEDAM, 1984, p. 106 (= n. 9.1.2).

comum. Trata-se essa de uma passagem recente inserida a partir da versão de 1994 das YAR<sup>14</sup>.

Essa parte da Regra C trata, por exemplo, da delicada hipótese de poluição ambiental derivada do lançamento de hidrocarbonetos ao mar com o objetivo de desencalhe da embarcação<sup>15</sup>.

Por não ser uma avaria grossa, a saída natural seria considerar as hipóteses da segunda parte da Regra C como simples, ou seja, aplica-se o princípio *res perit domino*. Porém, essa responsabilidade, de natureza objetiva<sup>16</sup>, é, em regra, transmitida a algum dos sujeitos envolvidos na expedição marítima<sup>17</sup>.

O art. 1º, 5 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, 1982 (UNCLOS, sigla em inglês)<sup>18</sup>, define “alijamento”, exemplo por excelência das avarias grossas<sup>19</sup>. Adotado como parâmetro os originais em inglês, francês e espanhol, as palavras correspondentes seriam respectivamente “dumping” [= “despejo”], “immersion” [= “imersão”], “vertimiento” [= “descarga”], ou seja, não a terminologia do instituto consagrada no Direito Privado (“jettison”, “jet” e “echazón”).

No entanto, a descrição do “alijamento” é baseada nos elementos tradicionais do instituto desde os juristas romanos. Embora esses desconhecessem tanto a terminologia “avaria”, quanto a classificação tradicional grossa-simples, trata-

14 R. LOBIANCO, *Le Regole di York e Anversa e la contribuzione alle avarie comuni*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 167.

15 R. LOBIANCO, *Le Regole di York e Anversa* cit. (nota 13), p. 168.

16 S. BAUGHEN, *Shipping Law*, 4ª ed., Oxon, Routledge-Cavendish, 2010, p. 339.

17 O art. 3º da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, 1969 (CLC), por exemplo, transfere ao *dominus navis* [= “proprietário da embarcação”]: “(...) o proprietário do navio no momento do incidente, ou se o incidente consiste de sucessão de fatos, no momento do primeiro fato, será responsável por qualquer dano por poluição causado por óleo que tenha sido derramado descarregado de seu navio como resultado do incidente.”

18 Redação similar do art. 3º, 1 da Convenção sobre a Prevenção de Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias, 1972 (LC’72). Essa tradução ocorre novamente no art. 3º, b, i da Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios, 1973 (MARPOL).

19 A definição de A. Vinnen, *Notae* cit. (nota 3), p. 193, datada de 1647, utiliza o alijamento como exemplo: “Avaria grossa est, cum quaedam merces jaciuntur in mare levanda laborantis navis gratia, aut armamenta navis, malus, anchorae, rudentes, communis periculi removendi causa, (...)” [= “A avaria grossa ocorre sempre que algumas mercadorias ou instrumentos da embarcação – mastro, âncoras e cabos – são arremessados ao mar para que essa, por estar em dificuldade, seja aliviada e a fim de remover perigo comum; (...)”].

ram do alijamento com técnica semelhante<sup>20</sup>, tanto que a inspiração das compilações e codificações posteriores é a *lex Rhodia de iactu* (D. 14, 2)<sup>21</sup>.

Eles exigiam, a fim de caracterizar a situação como avaria grossa, que existissem sete elementos: (i) *iactus* (elemento material: arremesso ao mar das mercadorias ou equipamentos da embarcação); (ii) risco de naufrágio; (iii) finalidade; (iv) nexo causal; (v) existência de contrato; (vi) ausência de culpa; e (vii) decisão do capitão (competência).

(i) *Iactus*: A palavra latina “*iactus*” significa o arremesso ao mar das mercadorias de alguém<sup>22</sup> e o lançamento dos equipamentos da embarcação<sup>23</sup>.

20 G. L. M. Casaregi, *Discursus Legales de Commercio – XLV* (1707), t. 1, 2<sup>a</sup> ed., Firenze, Regia, 1719, p. 282 (= n. 33); E. Chevreau, *La lex Rhodia de iactu: un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain*, in TR (*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'Histoire du Droit*) 73 (2005), p. 76; G. Hubrecht, *Quelques observations sur l'interprétation romaine de la « lex Rhodia de jactu »*, Bordeaux, L'Université, 1934, pp. 1-8; P. Huvelin, *Études d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe – Droit maritime)*, Paris, Sirey, 1929, pp. 184-185; S. Plodzie[], *Lex Rhodia de iactu*, Lublin, Naukowe, 1961, p. 152; A. Pókecz Kovács, *Les problèmes du 'iactus' et de la 'contributio' dans la pratique de la lex Rhodia*, in *A bonis bona discere – Festgabe für János Zlinszky*, Miskolc, Bíbor, 1998, p. 171; e R. Zeno, *Storia cit.* (nota 8), pp. 363 e 365. L. Goldschmidt, *Lex Rhodia cit.* (nota 3), p. 37, é mais categórico – “Nur der Name des Rechtsinstituts ist mittelalterlich, nicht dessen Inhalt.” [= “Somente o nome do instituto jurídico é medieval, não o seu conteúdo.”] – da mesma forma que H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, in ZHR (*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*) 85 (1921), p. 273 (= § 3): “(…) die große Haverei keine rechte Heimat in den eigentlichen Quellengebieten des römischen Rechts hatte.” [= “(…) a avaria grossa não tinha uma pátria legítima nos domínios precisos das fontes do Direito Romano.”].

21 A. Brunetti, *Commentario al Codice di Commercio – Del commercio marittimo e della navigazione*, vol. 6, Milano, Francesco Vallardi, 1920, p. 953 (= n. 663); Idem, *Diritto marittimo I* cit. (nota 3), pp. 175-176 (= n. 50); H. Coing, *Europäisches Privatrecht* cit. (nota 2), pp. 554-555 (= § 116); E. N. Di Lamporo, *De lege Rhodia de jactu* (Dig. 14, 2), in AG (*Archivio Giuridico Filippo Serafini*) 27 (1881), pp. 330-331; A. Pókecz Kovács, *Les problèmes cit.* (nota 19), p. 171; K. O. Scherner, *Maritime Law: Medieval and Post-Medieval Roman Law*, in S. N. Katz (org.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, vol. 4, London, Oxford University, 2009, p. 150; G. Tedeschi, *Il diritto marittimo dei romani comparato al diritto marittimo italiano*, Montefiascone, Silvio Pellico, 1899, pp. 181-182; e R. Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990), London, Oxford, 1996, p. 411.

22 A. BERGER, *Jactus*, in RE (*Paulys-Wissowa Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*) 9-1 (1914), pp. 545, 551-555. A palavra ocorre em conjunto de relações jurídicas, embora seu principal sentido seja o da *lex Rhodia* (“de *iactu*”). Os demais usos seriam: *iactus lapilli* [= “arremesso de pedra”]; *iactus missilium* [= “arremesso de dardos”]; e *iactus retis* [= “arremesso de rede”].

23 G. HUBRECHT, *Quelques observations* cit. (nota 19), pp. 4-5, explica que, ao início, o alijamento referia-se às mercadorias. E depois prevê o arremesso de equipamentos da embarcação, que “substituám” o sacrifício daquelas (despesas substitutivas). Também, S. A. B. MEIRA, *Lex Rhodia de iactu: sua Repercussão no Direito Brasileiro*, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região* 1 (1968), p. 59 [= *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará*. v.1968]. É a ordem presente em Ivv. 12, 37, 52-56, para evitar o naufrágio: “fundite quae mea sunt’ dicebat ‘cuncta’ Catullus / (...) Iactatur rerum utilium pars maxima, sed nec / damna

Porém, além dessa palavra, lê-se, no mesmo título, quatro vezes “*iactura*”<sup>24</sup>.

A. Berger defendeu que “*iactus*” e “*iactura*” possuem o mesmo sentido, e atesta a sinônimia nos únicos textos de D. 14, 2, que esta última ocorre: Paul. 34 *ad ed.*, D. 14, 2, 2, 2; e Call. 2 *quæst.*, D. 14, 2, 4 *pr.*<sup>25</sup>. Esse posicionamento está de acordo com a origem etimológica das palavras, que é a mesma, ou seja, o verbo “*iacio*”<sup>26</sup>.

Entretanto, antes de A. Berger, A. De Schryver entendia que essas duas palavras eram distintas<sup>27</sup>. “*Iactus*” seria o ato material do arremesso (elemento) e “*iactura*” sinônimo perfeito de “alijamento” (instituto). Mesmo que (aparentemente) autoritária, parece que a proposta de A. De Schryver ajuda a fazer, ao menos para D. 14, 2, uma leitura dogmaticamente mais coerente.

O arremesso das mercadorias está presente na Regra I<sup>28</sup> e pressuposto na II<sup>29</sup> das YAR 2004 e no art. 1º, 5 da UNCLOS<sup>30</sup>.

---

levant. tunc adversis urguntibus illuc / reccidit ut malum ferro summitteret, ac se / explicat angustum: discriminis ultima, quando / praesidia adserimus navem factura minorem” [= “Arremesem (ao mar) aquelas coisas que são minhas’, dizia Catulo, ‘todas’ / (...) A maior parte das coisas valiosas foi arremessada, mas nem essas perdas aliviaram. Então constrangido ali pela pressão da adversidade, para que cortasse o mastro com a espada. E (ele) se acomodou em um canto. É a última decisão, quando usamos recursos para fazer a embarcação menor.”].

24 “*iactura facta erat*” [= “tinha sido feito o alijamento”]; “*omnes iacturam praestare oporteat*” [= “seja necessário que todos respondam pelo alijamento”]; “*iacturæ summam*” [= “o montante do alijamento”] (os três de D. 14, 2, 2, 2); e “*proinde tamquam si iactura facta esset*” [= “do mesmo modo como se o alijamento tivesse sido feito”] (D. 14, 2, 4 *pr.*).

25 *Jactus* cit. (nota 21), p. 546. Seguido por M. Dieter, *Iactus*, in KIP (*Der Kleine Pauly – Lexicon der Antike*) 2 (1967), p. 1297; F. De Martino, *Lex Rhodia – Note di diritto romano marittimo I*, in *Diritto, Economia e Società nel Mondo Romano – Diritto Privato*, vol.I, Napoli, Jovene, 1995, pp.287-288 [= *Lex Rhodia I*, inA. dell’Agli – T. S. Vigorita (coords.), *Diritto e società nell’antica Romall*, Roma, Riuniti, 1982; e, in *Riv. Dir. Nav. (Rivista del Diritto della Navigazione)* 3 (1937)]; Idem, *Lex Rhodia II – Note di diritto romano marittimo II*, in *Diritto, Economia e Società nel Mondo Romano – Diritto Privato*, vol.2, Napoli, Jovene, 1995, p. 301 [= *Lex Rhodia II*, inA. dell’Agli – T. S. Vigorita (coords.), *Diritto e società nell’antica Romall*, Roma, Riuniti, 1982; e, in *Riv. Dir. Nav. (Rivista del Diritto della Navigazione)* 4 (1938)]; W. Osuchowski, *A Appunti sul problema del « iactus » in diritto romano*, in *IURA (Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico)* 1 (1950), pp. 293-294; e J. Rougé, *Recherches sur l’organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l’Empire Romain*, Paris, SEVPEN, 1966, p. 398.

26 A. Ernout – A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine – Histoire des mots*, 4<sup>a</sup> ed., Paris, Klincksieck, 1979, p. 303; K. E. Georges, *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*, vol. 2, 7<sup>a</sup> ed., Leipzig, Hahn, 1880, p. 411; e J. B. Hofmann – A. Walde, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, vol. 1, 3<sup>a</sup> ed., Heidelberg, Carl Winter, 1938, p. 667.

27 *Commentaire de la loi Rhodia de iactu*, Bruxelles, Lesigne, 1844, pp. 59-60.

28 “(*Jettison of Cargo*) No jettison of cargo (...)” [= “(Arremesso da Carga) Nenhum arremesso da carga (...)”].

29 “(...) for the purpose of making a jettison (...)” [= “(...) com o propósito de realizar um alijamento (...)”].

30 “[a] i) qualquer lançamento”, “[b] i) o lançamento (...) o lançamento dessas matérias (...)”, “[b] ii) seu simples lançamento”. Em “[a] ii) qualquer afundamento” amplia já o âmbito do alijamento (tanto “lançamento”

(ii) Risco de Naufrágio: C. F. Glück afirma que o alijamento requer o perigo da embarcação naufragar como parte de um dos seus elementos<sup>31</sup>.

A força maior estaria, assim, prevista ao início de Paul. 34 *ad ed.*, D. 14, 2, 2, pr.<sup>32</sup>. Trata-se, certamente, do risco de naufrágio, ou seja, este é o elemento do alijamento [“risco de (...)”], que tem por objeto uma força maior [“(...) naufrágio”]<sup>33</sup>. Também se pronunciam nesse sentido E. N. Di Lamporo<sup>34</sup>, R. Richichi<sup>35</sup> e G. Tedeschi<sup>36</sup>.

A Regra A<sup>37</sup> das YAR 2004 e o art. 5º, 1 da LC’72<sup>38</sup> trata de um perigo em geral.

---

quanto “afundamento” referem-se à mesma palavra no original inglês “disposal”; em francês utiliza-se “déversement” na primeira e terceira ocorrência, “sabordage” na segunda e “élimination” na terceira; por fim, em espanhol, lê-se “evacuación”, exceto na segunda, onde se lê “hundimiento”).

31 Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: ein Commentar, vol. 14, Erlangen, Palm, 1813, p. 207 (= § 884).

32 “Si laborante nave iactus factus est (...)” [= “Se, estando em dificuldade a embarcação, foi realizado o arremesso das mercadorias (...)”]. Embora C. F. GLÜCK tenha escolhido essa fonte, a ideia de uma força maior como parte de um elemento do alijamento já aparece no texto anterior, ou seja, D. 14, 2, 1: “(...) si levandae navis gratia iactus mercium factus est (...)” [= “(...) se o arremesso das mercadorias foi feito (ao mar) por causa da embarcação que deve ser aliviada (...)”]. O mesmo acontece em Pap. 19 resp., D. 14, 2, 3, que fala de “removendi communis periculi causa” [= “para remover um perigo comum”].

33 A. Berger, *Jactus* cit. (nota 21), p. 546. J.-J. Aubert, *Dealing with the Abyss: The Nature and Purpose of the Rhodian Sea-Law on Jettison (Lex Rhodia De Iactu, D. 14, 2) and the Making of Justinian's Digest*, in J. W. Cairns – P. J. du Plessis (coords.), *Beyond Dogmatics – Law and Society in the Roman World*, Edinburgh, Edinburgh University, 2007, p. 160; e G. Tedeschi, *Il diritto marittimo* cit. (nota 20), pp. 193-195, afirmam que a origem do risco de naufrágio deve ser relacionado às tormentas marítimas. Se esse posicionamento, por um lado, explica a menção, em D. 14, 2, 2, 2; D. 14, 2, 4, 1; e Jul. 86 *dig.*, D. 14, 2, 6, de uma tempestade, por outro, não o faz para a hipótese de uma embarcação ser retida em um porto (Lab. 1 *pith. a Paul epit.*, D. 14, 2, 10, 1), que, tecnicamente, no Direito Romano, configura o mesmo instituto.

34 *De lege Rhodia de jactu* cit. (nota 20), p. 334.

35 *Paul. D. 14. 2 pr. e la contribuzione alle avarie comuni in diritto romano*, in « Antecessori oblata ». Cinque studi per Aldo Dell’Oro, Padova, CEDAM, 2001, p. 147.

36 *Il diritto marittimo* cit. (nota 20), pp. 193-195.

37 “(...) for the purpose of preserving from peril the property (...)” [= “(...) com o objetivo de proteger de um perigo os bens (...)”].

38 “(...) em casos de força maior devidos às inclemências do tempo ou em qualquer outro caso que constitua perigo (...)”.

(iii) *Finalidade*: No século XX, H. Kreller<sup>39</sup> sistematizou a “*salva-navis-Theorie*”. Ela decorre do final de D. 14, 2, 4 pr.: “*quia iactus in tributum nave salva venit.*” [= “porque o arremesso (ao mar), se a embarcação for salva, leva à contribuição.”]<sup>40</sup>.

Embora G. Beseler acredice que essa frase não seja clássica, mas “expressão insignificante” do perecimento da embarcação (se o arremesso das mercadorias não for suficiente)<sup>41</sup>, mesmo assim, ela é considerada o germe, para H. Kreller, da *salva-navis-Theorie*. Essa teoria adviria da própria interpretação do contrato de transporte marítimo<sup>42</sup>.

Elá significa que o arremesso deve ser apto para atingir o seu objetivo, ou seja, salvar tanto a embarcação e a carga, como (em consequência) as pessoas a bordo<sup>43</sup>.

O resultado útil não está presente nas YAR 2014 no sentido de salvar embarcação, carga e pessoas<sup>44</sup>. Adota-se expressamente a teoria do “*common safety*” [= “salvamento comum”], desde a Regra A, embora não se possa excluir a teoria do

39 Lex Rhodia cit. (nota 19), pp. 293-299 (= § 6). O assunto é retomado por G. Beseler, Miszellen, in SZ-RA (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung) 44 (1924), pp. 389-390; e, atualmente, por C. Krampe, Lex Rhodia de *iactu: contributio nave salva*, in Festschrift für Rolf Knütel, Heidelberg, Müller, 2010, pp. 585-599; e F. Wieacker, « *Iactus in tributum nave salva venit* » (D. 14, 2, 4 pr.) – Exegeten zur lex Rhodia de *iactu*, in Studi per Emilio Albertario, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 515-532.

40 G. HUBRECHT, *Quelques observations* cit. (nota 19), p. 7. Também, J.-J. AUBERT, *Dealing with the Abyss* cit. (nota 32), p. 165. Ela já estava presente em Paul. Sent. 2, 7, 3: “*Nave vel arbore vi tempestatis amissa vectores ad contributionem non tenentur, nisi ipsis arborem salutis causa eruentibus navis salva sit*” [= “Sendo arremessado(s) (ao mar), em razão da força da tempestade, (instrumentos d)a embarcação ou o mastro, os comerciantesnão são obrigados àcontribuição, exceto se, com eles próprios arrancando (instrumentos da embarcação) a fim de se salvar o mastro, seja esta libertada do perigo.”].

41 Miszellen, in SZ-RA 44 cit. (nota 38), pp. 389-390 [E. Levy – E.Rabel (orgs.), , Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur, t. 1, Weimar, Böhlau, 1929, p. 238]. Ele também fundamenta sua opinião na última frase de D. 14, 2, 4, 1, “*merces non possunt videri servandae navis causa tactae esse, quae perit*” [= “as mercadorias arremessadas (ao mar) para salvar a embarcação, que pereceu, não podem vir a ser consideradas”]. Também, F. Wieacker, « *Iactus* cit. (nota 38), p. 518.

42 C. KRAMPE, Lex Rhodia de *iactu* cit. (nota 38), pp. 585 e 597. O contrato de transporte marítimo (fretamento) pressupõe que a embarcação chegue a salvo com a carga no porto de destino.

43 E. N. DI LAMPORO, *De lege Rhodia de jactu* cit. (nota 20), pp. 332 e 345; C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* cit. (nota 30), pp. 215-216 (= § 887); S. A. B. MEIRA, Lex Rhodia de *iactu* cit. (nota 22), p. 59; e G. TEDESCHI, *Il diritto marittimo* cit. (nota 20), p. 192. Os textos de D. 14, 2 não tratam do salvamento dos passageiros, por força de D. 14, 2, 2, 2.

44 H. Harrel-Courtes, Henry – P. Latron, *Avaries et avaries communes – Abordage*, in *Juris-Classeur Commercial*, vol. 4, Paris, Techniques, 1962, p. 8.

“common benefit” [= “benefício comum”]<sup>45</sup>. No art. 5º, 1 da LC’72<sup>46</sup> protege-se a vida humana, mas após a proteção do meio marinho e saúde humana (art. 1º).

(iv) *Nexo Causal*: Ao conceituar o alijamento – ou tratar do objeto do arremesso – parte dos autores enfatiza que a embarcação deve ser aliviada<sup>47</sup>. À finalidade de salvar a embarcação e a carga relaciona-se essa preocupação. Em outras palavras, o ato de arremesso praticado deve ser apto para salvar a embarcação e parte, ou quase toda, a carga, uma vez que diminui o peso da embarcação.

Trata-se, assim, da exigência de um nexo causal entre o *iactus*-elemento material e aquele final. Ele está representado, nos textos de D. 14, 2, pelo alívio do peso da embarcação.

A Regra VII [= “*Expenses lightening a ship when ashore and consequent damage*”: “Despesas para aliviar uma embarcação encalhada e dano que resulta desta medida”] das YAR demonstra exatamente essa preocupação de tornar mais leve a embarcação.

(v) *Existência de Contrato*: Para que o alijamento seja tutelado, requer-se, antes de sua realização, a existência de contratos entre o *magister navis* [= “capitão da embarcação”] e cada um dos comerciantes e passageiros envolvidos na empreitada marítima.

No *Corpus Iuris Civilis*, a tendência unificadora do transporte marítimo em torno do contrato de locação é já reconhecida<sup>48</sup>. E, também nessa direção, a *lex Rhodia* aplicou aos eventos que prevê o regime desse contrato<sup>49</sup>.

45 Cf. F. BERLINGIERI, *Le regole di York e d'Anversa*, 1924, 2ª ed., Genova, Tecnico Industriale, 1927, pp. 76-78 (= n. 16).

46 “(...) quando for necessário salvaguardar a segurança da vida humana ou de embarcações, aeronaves, plataformas e outras construções no mar (...) perigo para a vida humana ou uma real ameaça para as embarcações, aeronaves, plataformas ou outras construções no mar (...”).

47 A. BERGER, *Jactus* cit. (nota 21), p. 546; E. N. DI LAMPORO, *De lege Rhodia de iactu* cit. (nota 20), p. 345; e C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* cit. (nota 30), pp. 208 e 211 (= §§ 885-886).

48 F. M. DE ROBERTIS, *Ancona sul receptum nautarum (actio de recepto e actio locati)*, in *Riv. Dir. Nav.* (*Rivista del Diritto della Navigazione*) 19 (1958), p. 245; M. KASER, *Das römische Privatrecht – Die nachklassischen Entwicklungen*, vol. 2, 2ª ed., München, Beck, 1975, pp. 405-407 (§ 266); M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* (1989), 2ª ed., Firenze, Palumbo, 1994, pp. 491 (= § 149); e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 596-597.

49 A. BERGER, *Jactus* cit. (nota 21), p. 547; E. CHEVREAU, *La lex Rhodia de iactu* cit. (nota 19), pp. 74-80; A. DE SCHRYVER, *Commentaire* cit. (nota 26), pp. 55-58; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*,

Em seu contexto, a *locatio* sempre apresenta como partes, de um lado, o *magister navis*, e, do outro, o que se denomina de “*vectores*”. Segundo A. Berger, “*vector*” é, nesse período, tanto o “*ship passenger*” [= “passageiro da embarcação”], como o “*owner of merchandise being shipped*” [= “dono da mercadoria que está sendo transportada”], sentidos que certamente não podem ser considerados como sinônimos<sup>50</sup>.

E, na *lex Rhodia*, vai-se além. “*Vector*” designa ainda uma parte específica do contrato de locação, o qual encontra, no outro polo, o *magister navis*. Em outras palavras, não se trata de qualquer um a bordo, como, por exemplo, um integrante ou membro da tripulação.

“*Vector*” significa, assim, em D. 14, 2, tanto, concretamente, os comerciantes a bordo ou passageiros, quanto, do ponto de vista jurídico, o membro de uma relação contratual específica (contrato de locação).

Trata-se de pressuposto lógico da “*common maritime adventure*” [= “expedição marítima comum”] que envolve “*commercial activities*” [= “atividades comerciais”] (Regras A e B das YAR 2004, respectivamente).

(vi) *Ausência de Culpa*: Trata-se do elemento negativo do alijamento (reflexo das regras de responsabilidade civil). O instituto somente se configura, ao não existir um comportamento de *culpa lato sensu* prévio, ou seja, as mercadorias não podem ser dolosa ou culposamente arremessadas ao mar<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> ed., Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 610; C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* cit. (nota 30), pp. 226-233 (= § 889); H. KRELLER, *Lex Rhodia* cit. (nota 19), pp. 276-285 (= § 4); e G. TEDESCHI, *Il diritto marittimo* cit. (nota 20), p. 208.

- 50 Vector, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1953, p. 759. Para S. Solazzi, *Appunti di diritto romano marittimo – Le azioni contro il nauta*, in *Riv. Dir. Nav. (Rivista del Diritto della Navigazione)* 2 (1936), pp. 130-131, que admite os dois sentidos da palavra, o segundo é um sinal de alteração, enquanto o original seria o primeiro. H. G. Heumann – E. Seckel, *Vector*, in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11<sup>a</sup> ed., Graz, Akademische, 1971, p. 614, apresentam as fontes apenas para o primeiro sentido de A. Berger. Eles mencionam, com o sentido de “passageiro da embarcação”: Ulp. 14 *ad ed.*, D. 4, 9, 1, 8; Gai. 5 *ad ed. provinc.*, D. 4, 9, 5 pr.; Ulp. 28 *ad ed.*, D. 14, 1, 1, 3; e D. 14, 2, 2 pr. O segundo sentido de A. Berger pode ser comprovado, na *lex Rhodia*, por “*mercator*”, sinônimo de “*vector*”, já que, do ponto de vista jurídico, para D. 14, 2, ambas referem-se a um polo do contrato de locação. Dessa forma, em “*complures mercatores*” (D. 14, 2, 2, 2) [= “vários comerciantes”]; “*iactu mercium unius mercatoris*” [= “pelo arremesso (ao mar) das mercadorias de um só comerciante”] e “*aliquorum mercatorum merces*” [= “as mercadorias de alguns comerciantes”] (ambos, de D. 14, 2, 4, 1) [H. G. Heumann – E. Seckel, *Mercator*, in *Handlexikon* cit. (nota 49), p. 339].
- 51 E. Chevreau, *La lex Rhodia de iactu* cit. (nota 19), p. 78; R. Daresté, *La lex Rhodia*, in *RPh (Revue de Philologie, de Littérature et d'Histoire Anciennes)* 29 (1905), p. 4 [= NRH (*Nouvelle Revue Historique*

Em outras palavras, a *necessidade* do arremesso, consubstanciada na existência de um perigo real<sup>52</sup> e na inexistência de culpa, é exigida. Se há culpa, duas são as soluções possíveis, e nenhuma delas será a contribuição da *lex Rhodia*.

A primeira é a ação de indenização pelos danos causados, prevista em “*Ad legem Aquilium*” [= “Sobre a *lex Aquilia*”] (D. 9, 2)<sup>53</sup>.

Assim, a fim de se resarcir dos danos ocasionados por qualquer dos interessados na viagem, ou por um terceiro, com o qual não existe um vínculo obrigacional prévio, o agente deve utilizar da *actio ex lege Aquilia*. E, como última possibilidade, resta, ainda, a *actio de dolo*<sup>54</sup>.

A segunda solução é a violação do próprio contrato de locação (transporte) entre o *magister naves* e cada um dos *vectores*. Por se fundar o alijamento na boa-fé, qualquer ato de dolo ou culpa das partes descharacteriza-o<sup>55</sup>.

(vii) *Competência da Decisão*: Exige-se que o arremesso seja “intencional”<sup>56</sup>. Porém, não se trata de uma mera ação que “voluntariamente e definitivamente”<sup>57</sup> danifique a embarcação, a carga, ou ambas.

---

de Droit Français et Étranger) 29 (1905)]; e A. De Schryver, *Commentaire* cit. (nota 26), pp. 62-64. A conclusão já estava na gl. *agere potest* a D. 14, 2, 2 pr. (F. Accursio, *Glossa*, in *Corpus Iuris Civilis Iustinianei – Digestum Vetus*, vol. 1, Lyon, Prost, 1627): “(...) ut ibi dicit actione legis Aquiliae contra, proiicientem vel simili: sed de aequitate ratione contributionis tenetur, ut hic vector magistro e magister danum passo. (...)” [= “(...) para o que é lançado, ou por causa semelhante, ele (Paulo), quanto a isso, diz-se contrário à *actio legis Aquiliae*. Porém, pela justiça da contribuição, é obrigado este comerciante e o *magister*, sendo provado o dano (...).”].

52 O perigo real é justamente o risco de sofrer o naufrágio, ocasionado pela perda do controle da embarcação. Cf. E. CHEVREAU, *La lex Rhodia de iactu* cit. (nota 19), p. 78; A. DE SCHRYVER, *Commentaire* cit. (nota 26), p. 62; e G. TEDESCHI, *Il diritto marittimo* cit. (nota 20), pp. 196-197.

53 “De Lege Aquilia” (Inst. 4, 3 e C. 3, 35).

54 “De Dolo Malo” (D. 4, 3 e C. 2, 20). Cf. P. HUVELIN, *Études d'histoire* cit. (nota 19), p. 188; e P. PECK, *In Titt. Dig. & Cod. ad Rem Nauticam Pertinentes, Commentarii* (1556), 3<sup>a</sup> ed., Amsterdam, Boom, 1668, pp. 196-197.

55 A. DE SCHRYVER, *Commentaire* cit. (nota 26), pp. 62-63; E. N. DI LAMPORO, *De lege Rhodia de jactu* cit. (nota 20), p. 345; C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* cit. (nota 30), pp. 226-227 (= § 889); e P. HUVELIN, *Études d'histoire* cit. (nota 19), p. 184.

56 A. DE SCHRYVER, *Commentaire* cit. (nota 26), p. 60. E. N. DI LAMPORO, *De lege Rhodia de jactu* cit. (nota 20), p. 332, considera o elemento intencional ou subjetivo como o principal do alijamento.

57 G. TEDESCHI, *Il diritto marittimo* cit. (nota 20), p. 195. Se o dano não decorrer de uma ação intencional e sim (diretamente) de um caso fortuito, ou de força maior, não será hipótese de avaria grossa, mas de simples. Aplica-se o princípio *res perit domino*.

Deve-se determinar quem decide sobre a realização do alijamento. A questão é mais de competência do que propriamente de vontade ou intenção. Em regra, sustenta-se que cabe ao *magister navis* decidir e impor sua soberania a todos<sup>58</sup>.

Infelizmente, não há, por um lado, fontes jurídicas romanas que comprovem literalmente esse poder do *magister navis* e, por outro, a sua legitimidade “ativa” (pleonástico, pois não há uma “passiva”) parece também ser da junta deliberativa, cujo único resquício é a frase “*voluntate vectorum*” [= “pela vontade dos comerciantes”], de D. 14, 2, 2, 1. Na verdade, a junta deliberativa apresenta mais um papel histórico, enquanto hábito, do que jurídico, exceto quando se considera as avarias simples como grossas (*common benefit*)<sup>59</sup>.

É certo, porém, que só ao se determinar a quem cabe a legitimidade, o alijamento torna-se um ato jurídico pleno. A competência, embora se relate ao elemento final (salvamento da embarcação e da carga) do instituto<sup>60</sup>, não se confunde com ele, já que se refere à causa motora (poder e legitimidade de decisão do ato) e não à sua final.

As YAR 2004 são omissas quanto à competência da decisão, mas não as legislações nacionais: no Brasil, os arts. 509<sup>61</sup> e 764<sup>62</sup> do CCom; na Alemanha, os

58 B. BIONDI, *Istituzioni* cit. (nota 94), p. 506 (= § 122); E. CHEVREAU, *La lex Rhodia de iactu* cit. (nota 19), p. 78; E. CUQ, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains* (1917), 2ª ed., Paris, Plon-Nourrit, 1928, p. 488; e C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* cit. (nota 30), p. 208 (= § 885). O *magister navis* decide acerca dos atos que ocorrem na embarcação, segundo Ulp. 28 *ad ed.*, D. 14, 1, 1, 1: “*Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est*” [= “Devemos entender o *magister navis* como aquele a quem é confiada a direção de toda a embarcação.”].

59 P. HUVELIN, *Études d'histoire* cit. (nota 19), p. 194.

60 A. DE SCHRYVER, *Commentaire* cit. (nota 26), p. 62.

61 Nenhuma desculpa poderá desonerar o capitão que alterar a rota que era obrigado a seguir, ou que praticar algum ato extraordinário de que possa provir dano ao navio ou à carga, sem ter precedido deliberação tomada em junta composta de todos os oficiais da embarcação, e na presença dos interessados do navio ou na carga, se algum se achar a bordo. Em tais deliberações, e em todas as mais que for obrigado a tomar com acordo dos oficiais do navio, o capitão tem voto de qualidade, e até mesmo poderá obrar contra o vencido, debaixo de sua responsabilidade pessoal, sempre que o julgar conveniente.”

62 “São avarias grossas: (...) E, em geral, os danos causados deliberadamente em caso de perigo ou desastre imprevisto, e sofridos como consequência imediata destes eventos, bem como as despesas feitas em iguais circunstâncias, depois de deliberações motivadas (artigo nº. 509), em bem e salvamento comum do navio e mercadorias, desde a sua carga e partida até o seu retorno e descarga.”

§ 588 do *Handelsgesetzbuch* (HGB)<sup>63</sup> e § 78<sup>64</sup> da *Binnenschiffahrtsgesetz* (BinnSchG); na França, os arts. 5133-3 e 5133-4 do *Code de Transports*<sup>65</sup>; na Itália, os arts. 302 e 469 do C. Nav.<sup>66</sup>; e, em Portugal, do art. 635, § 1º do CCom Português<sup>67</sup>.

O art. 3º da CLC avança e transfere a responsabilidade ao proprietário da embarcação [a *actio exercitoria* relaciona o *magister navis* ao *exercitor* e *dominus navis* (= “armador” e “proprietário da embarcação”)] por dano por poluição causado por óleo.

### 3. Conclusão: Proposta de Leitura

As avarias grossas, enquanto gênero, e o alijamento, espécie, são exemplo de institutos típicos da tradição jurídica do Direito Privado transportados para o PÚblico e não por esse processo de transferência merecem ter seu conceito radicalmente alterado.

Além da dificuldade de tradução e da alteração de sentido (definição), na descrição do art. 1º, 5 da UNCLOS, conjugado com artigos de outras Convenções, é possível ler elementos tipicamente jurídico-privados (Capítulo 2), porém com alterações impostas por interesses transindividuais.

63 “Werden das Schiff, der Treibstoff, die Ladung oder mehrere dieser Sachen zur Errettung aus einer gemeinsamen Gefahr auf Anordnung des Kapitäns vorsätzlich beschädigt oder aufgeopfert oder werden zu diesem Zweck auf Anordnung des Kapitäns Aufwendungen gemacht (Große Haverei), so (...)” [= “(Se) a embarcação, o combustível, a carga ou outras dessas coisas são deterioradas ou sacrificadas premeditadamente sob ordem do capitão para a salvação de um perigo comum, ou despesas são feitas sob ordem do capitão para o mesmo objetivo (Avaria Grossa), então (...)”].

64 A redação é semelhante ao § 588 do HGB, mas, em vez de “auf Anordnung des Käpitans”, lê-se “auf Anordnung des Schifffers”.

65 Respectivamente, “Les avaries communes sont décidées par le capitaine (...)” [= “As avarias comuns são decididas pelo capitão (...)”] e “(...) avarie commune décidée par le capitaine.” [= “(...) avaria comum decidida pelo capitão.”].

66 “(...) il comandante deve cercare di assicurane la salvezza con tutti i mezzi che sono a sua immediata disposizione (...)” [= “(...) o comandante (capitão) deve buscar assegurar o salvamento dessa (expedição) com todos os meios que estão em sua imediata disposição (...)”] e “Le spese e i danni direttamente prodotti dai provvedimenti ragionevolmente presi, a norma dell’articolo 302, dal comandante, o da altri in sua vece, per la salvezza della spedizione, sono avarie comuni (...)” [= “As despesas e os danos diretamente produzidos pelas providências tomadas com moderação, segundo a norma do artigo 302, pelo comandante (capitão), ou por outros em seu lugar, para o salvamento da expedição, são avarias comuns (...)”].

67 “(...) São avarias grossas ou comuns todas as despesas extraordinárias e os sacrifícios feitos voluntariamente, com o fim de evitar um perigo, pelo capitão ou por sua ordem (...)”.

O Direito (Privado) Marítimo, como “pioniere del diritto”, segundo T. Ascarelli, deve instigar leitura *una* dos conceitos no Direito Privado e Públco<sup>68</sup>, o que evita maiores distorções e auxilia, naturalmente, a construção de um direito uniforme cada vez mais coerente e eficaz.

#### 4. Bibliografia

Ascarelli, Tullio, *Appunti di diritto commerciale – Parte generale*, vol. 1, Catania, Circolo Commercialista, 1931, pp. 3-208.

Ashburner, Walter, *NOMΟΣ ΡΟΔΙΩΝ ΝΑΥΤΙΚΟΣ* The Rhodian Sea-Law, Oxford, Clarendon, 1909, pp. XIII-CCXCIII; 1-125.

Aubert, Jean-Jacques, *Dealing with the Abyss: The Nature and Purpose of the Rhodian Sea-Law on Jettison (Lex Rhodia De Iactu, D. 14, 2) and the Making of Justinian's Digest*, in J. W. Cairns – P. J. du Plessis (coords.), *Beyond Dogmatics – Law and Society in the Roman World*, Edinburgh, Edinburgh University, 2007, pp. 157-172.

Baughen, Simon, *Shipping Law*, 4<sup>a</sup> ed., Oxon, Routledge-Cavendish, 2010, pp. 3-430.

Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1953, pp. 333-772.

Idem, *Jactus*, in RE (Paulys-Wissowa Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft) 9-1 (1914), pp. 545-555.

Berlingieri, Francesco, *Le regole di York e d'Anversa*, 1924, 2<sup>a</sup> ed., Genova, Tecnico Industriale, 1927, pp. 5-172 (= ns. 1-16).

Beseler, Gerhard, *Miszellen*, in SZ-RA (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung) 44 (1924), pp. 359-395.

Biondi, Biondo, *Istituzioni di diritto romano* (1946), 4<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 1972, pp. 1-767 (= §§ 1-218).

<sup>68</sup> Sugestão metodológica já proposta por O. F. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, Springer, 1889, p. 6.

Brandileone, Francesco, Recensão a Ashburner, W., *Nόμος Ροδίων ναυτικός. The Rhodian Sea-law edited from the manuscripts*. Oxford at the Clarendon Press 1909. CCXCIII, 129 pp. 8°. 18 sh., in BZ (*Byzantinische Zeitschrift*) 23 (1914), pp. 253-260.

Brüders, Paul, e Ulrich, Rudolph, *Grosse Havarei: Die Havariegrossen-Rechte der wichtigsten Staaten im Originaltext und in Übersetzung nebst Kommentar und einer vergleichenden Zusammenstellung der verschiedenen Rechte – Deutsches Recht*, vol. 1, 2<sup>a</sup>. ed., Berlin, Mittler und Sohn, 1903, pp. 1-249.

Brunetti, Antonio, *Commentario al Codice di Commercio – Del commercio marittimo e della navigazione*, vol. 6, Milano, Francesco Vallardi, 1920, pp. 1-116 (= ns. 1-800).

Idem, *Diritto marittimo privato italiano*, vol. 1, Torino, UTET, 1929, pp. 1-612 (= ns. 1-190).

Casaregi, Giuseppe Lorenzo Maria, *Discursus Legales de Commercio* (1707), t. 1, 2<sup>a</sup> ed., Firenze, Regia, 1719, pp. 1-319.

Chevreau, Emmanuelle, *La lex Rhodia de iactu: un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain*, in TR (*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'Histoire du Droit*) 73 (2005), pp. 67-80.

Coing, Helmut, *Europäisches Privatrecht – Älteres gemeinses Recht* (1500-1800), vol. 1, München, Beck, 1985, pp. 1-632 (= §§ 1-136).

Cuq, Édouard, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains* (1917), 2<sup>a</sup> ed., Paris, Plon-Nourrit, 1928, pp. I-909.

Dareste, Rodolphe, *La lex Rhodia*, in RPh (*Revue de Philologie, de Littérature et d'Histoire Anciennes*) 29 (1905), pp. 1-29 [= NRH (*Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*) 29 (1905)].

De Robertis, Francesco Maria, *Ancora sul receptum nautarum (actio de recepto e actio locati)*, in *Riv. Dir. Nav.* (*Rivista del Diritto della Navigazione*) 19 (1958), pp. 241-266.

De Schryver, Auguste, *Commentaire de la loi Rhodia de iactu*, Bruxelles, Lesigne, 1844, pp. 5-73.

Dieter, Medicus, *Iactus*, in KIP (*Der Kleine Pauly – Lexicon der Antike*) 2 (1967), p. 1297.

Di Lamporo, Enrico Negri, *De lege Rhodia de jactu* (Dig. 14, 2), in AG (Archivio Giuridico "Filippo Serafini") 27 (1881), pp. 329-362.

Du Cange, Charles du Fresne et al., *Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis*, t. 1, Niort, Favre, 1883, pp. 3-802.

Ernout, Alfred, e Meillet, Alfred, *Dictionnaire étymologique de la langue latine – Histoire des mots*, 4a ed., Paris, Klincksieck, 1979, pp. 1-829.

Georges, Karl Ernst, *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*, vol. 2, 7<sup>a</sup> ed., Leipzig, Hahn, 1880, pp. 1-3210.

Gierke, Otto Friedrich von, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, Springer, 1889, pp. 3-46.

Girard, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5<sup>a</sup> ed., Paris, Arthur Rousseau, 1911, pp. V-1078.

Glück, Christian Friedrich, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: ein Commentar*, vol. 14, Erlangen, Palm, 1813, pp. 1-472 (= §§ 861-923).

Goldschmidt, Levin, *Lex Rhodia und Agermanament – Der Schiffsrath – Studie zur Geschichte und Dogmatik des Europäischen Seerechts*, in ZHR (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht) 35 (1889), pp. 37-90, 321-395.

Idem, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, in *Handbuch des Handelsrechts*, vol. 1, Stuttgart, Enke, 1891, pp. VII-465 (= §§ 1-12).

Haralambidis, Thrasyvoulos, *Des caractères distinctifs des avaries communes – Du fondement de la contribution à ces avaries en droit français et comparé*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, Générale de Droit et de Jurisprudence, 1924, pp. 1-390 (= ns. 1-220).

Harrel-Courtes, Henry, e Latron, Pierre, *Avaries et avaries communes – Abordage*, in *Juris-Classeur Commercial*, vol. 4, Paris, Techniques, 1962, pp. 6-21.

Heumann, Hermann Gottlieb, e Seckel, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11<sup>a</sup> ed., Graz, Akademische, 1971, pp. 1-643.

Hofmann, Johann Batist, e Walde, Alois, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, vol. 1, 3a ed., Heidelberg, Carl Winter, 1938, pp. 1-872.

Hubrecht, Georges, *Quelques observations sur l'interprétation romaine de la « lex Rhodia de iactu »*, Bordeaux, L'Université, 1934, pp. 1-8.

Huvelin, Paul, *Études d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe – Droit maritime)*, Paris, Sirey, 1929, pp. 1-218.

Kaser, Max, *Das römische Privatrecht – Die nachklassischen Entwicklungen*, vol. 2, 2<sup>a</sup> ed., München, Beck, 1975, pp. 2-613 (= §§ 192-300).

Khalilieh, Hassan Salih, *Islamic Maritime Law ┡ An Introduction*, in R. Peters - B. Weiss (orgs.), *Studies in Islamic Law and Society*, vol. 5, Leiden, BRILL, 1998, pp. 1-179.

Krampe, Christoph, *Lex Rhodia de iactu: contributio nave salva*, in *Festschrift für Rolf Knütel*, Heidelberg, Müller, 2010, pp. 585-599.

Kreller, Hans, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, in *ZHR (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht)* 85 (1921), pp. 257-367 (= §§ 1-12).

Lefebvre D'Ovidio, Antonio, *La contribuzione alle avarie comuni dal diritto romano all'Ordinanza del 1681*, in *Riv. Dir. Nav. (Rivista del Diritto della Navigazione)* 1 (1935), pp. 36-140 [= *Teoria generale delle avarie comuni*, Milano, Giuffrè, 1938, pp. 3-453 (= ns. 1-231)].

Idem, Pescatore, Gabriele, e Tullio, Leopoldo, *Manuale di diritto della navigazione*, 12<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2011, pp. 3-748 (= ns. 1-541).

Lobianco, Rocco, *Le Regole di York e Anversa e la contribuzione alle avarie comuni*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1-309.

Luzzati, Aldo, Luzzati, Pietro Gioberti, e Maffei, Luigi, *Avaria*, in *NNDI (Novissimo Digesto Italiano)* 1 (1957), pp. 1618-1649.

Mai, Ludwig, *Die Havarie-Grosse – Nach der lex Rhodia de iactu, dem deutschen Handelsgesetzbuch und der deutschen Rechtsprechung*, Mannheim, Bensheimer, 1889, pp. 3-60 (= §§ 1-17).

Marrone, Matteo, *Istituzioni di diritto romano* (1989), 2<sup>a</sup> ed., Firenze, Palumbo, 1994, pp. 3-684 (= §§ 1-193).

Meira, Silvio Augusto de Bastos, *Lex Rhodia de iactu: sua Repercussão no Direito Brasileiro*, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região* 1 (1968), pp. 55-66[= *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará* s. v. 1968].

Osuchowski, Waclaw, *Appunti sul problema del « iactus » in diritto romano*, in *IURA (Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico)* 1 (1950), pp. 292-300.

Peck, Pierre, *In Titt. Dig. & Cod. ad Rem Nauticam Pertinentes, Commentarii* (1556), 3<sup>a</sup> ed., Amsterdam, Boom, 1668, pp. 1-404.

Płodzie, Stanisław, *Lex Rhodia de iactu*, Lublin, Naukowe, 1961, pp. 5-154.

Pókecz Kovács, Attila, *Les problèmes du ‘iactus’ et de la ‘contributio’ dans la pratique de la lex Rhodia*, in *A bonis bona discere – Festgabe für János Zlinszky*, Miskolc, Bíbor, 1998, pp. 171-188.

Richichi, Romualdo, *Paul. D. 14. 2. 2 pr. e la contribuzione alle avarie comuni in diritto romano*, in « *Antecessori oblata* ». *Cinque studi per Aldo Dell’Oro*, Padova, CEDAM, 2001, pp. 145-170.

Rougé, Jean, *Recherches sur l’organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l’Empire Romain*, Paris, SEVPEN, 1966, pp. 7-493.

Sampaio de Lacerda, José Cândido, *Curso de Direito Privado da Navegação – Direito Marítimo*, vol. 1, 3<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1984, pp. 17-427 (= ns. 1-271).

Scherner, Karl Otto, *Maritime Law: Medieval and Post-Medieval Roman Law*, in S. N. Katz (org.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, vol. 4, London, Oxford University, 2009, pp. 150-151.

Solazzi, Siro, *Appunti di diritto romano marittimo – Le azioni contro il nauta*, in *Riv. Dir. Nav. (Rivista del Diritto della Navigazione)* 2 (1936), pp. 113-131.

Spelman, Henry, *Glossarium Archaiologicum: Continens Latino-Barbara, Peregrina, Obsoleta & Novatae Significationis Vocabula* (1626), 3<sup>a</sup> ed., London, Braddell-Pawlett-Freeman, 1687, pp. 1-576.

Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 3-778.

Tedeschi, Guido, *Il diritto marittimo dei romani comparato al diritto marittimo italiano*, Montefiascone, Silvio Pellico, 1899, pp. 1-222.

Tullio, Leopoldo, *La contribuzione alle avarie comuni*, Padova, CEDAM, 1984, pp. 1-150 (= ns. 1-10).

Vicq, Matthäus de, *Observationes a Weijtsen*, Quintijn, *Tractatus de Avariis*, Amsterdam, Boom, 1672, pp. 1-127.

Vinnen, Arnold, *Notae (1647)a Peck, Pierre, In Titt. Dig. & Cod. ad Rem Nauticam Pertinentes, Commentarii (1556)*, 3<sup>a</sup> ed., Amsterdam, Boom, 1668, pp. 1-404.

Wieacker, Franz, « *Iactus in tributum nave salva venit* » (D. 14, 2, 4 pr.) □ *Exege-  
sen zur lex Rhodia de iactu*, in *Studi per Emilio Albertario*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 513-532.

Wünsch, Horst, *Gedanken zur großen Haverei und deren analoger Anwendung*, in *Vestigia Iuris Romani – Festschrift für Gunter Wesener*, Graz, Leykam, 1992, pp. 531-543.

Zeno, Riniero, *Storia del diritto marittimo italiano nel Mediterraneo*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 1-374.

Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990), London, Oxford, 1996, pp. 1-1142.



**XVIII Congreso internacional YXXI**  
**Congreso iberoamericano de derecho romano**  
**“Las Relaciones Comerciales: Contribución de Roma a la globalización contemporánea”.**  
**“Relações comerciais: A contribuição de Roma à Globalização Contemporânea”**

Belém Pará (Brasil). 29-31 de agosto de 2016.

**“Mercadores y negocios; breves apuntes sobre la globalización y la regionalización en los contratos”.**

Por Luis Mariano Robles Velasco. lmrobles@ugr.es  
Universidad de Granada

Robert SCHUMAN, en su declaración de 9 de mayo de 1950, al proponer la creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero, embrión de la actual Unión Europea, afirmó que *Europa no se haría de una vez ni en una obra de conjunto, sino que se haría gracias a realizaciones concretas*. O como se decía antes “...Roma no se hizo en un día”.

## **1. El Comercio: Mercadores y negocios.**

La historia de Roma es también la historia de las transformaciones sociales, de los cambios en las estructuras comerciales, jurídicas y sociales<sup>1</sup>, lo que permite ha-

---

<sup>1</sup> GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, MADRID 2.001, p. 19.

blar de distintas etapas y cambios en estas transformaciones del mundo romano de todos conocidas: primitiva o de formación, de apogeo o de expansión imperial y la etapa tardía o de decadencia<sup>2</sup>. También en Roma, al igual que el lema del Congreso<sup>3</sup> así lo atestigua, se produjo una *globalización*, por ello es de recordar que las legiones romanas no solo conquistaban nuevos territorios, sino que detrás de ellas se abrían nuevos horizontes para el comercio y la incipiente industria para convertir a Roma en el centro *global* de las finanzas y sede del comercio internacional.

Es verdad que a veces se producía el efecto contrario al deseado, ya que cuanto más dinero y más monedas se ponía en circulación, se producía una mayor inflación con un descontrol de los precios y la subsiguiente quiebra de comerciantes y banqueros<sup>4</sup>, según Rodríguez Ennes<sup>5</sup>. Si bien es de advertir que la vida financiera y la economía romana se desarrolló en un contexto muy diferente del actual<sup>6</sup>, estas circunstancias se podrían considerar como precedentes remotos de las prácti-

2 GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios...* Op. Cit., p. 20 ss. “una serie de etapas: 1. Primitiva o de formación, que comprende desde los años 350-319 a 150-100 antes de Cristo (a.C.). 2. Época de apogeo o de expansión imperial. Es la etapa más importante que abarca desde los años 150-100 a.C. hasta los años 260-300 después de Cristo (d.C.). En este periodo las actividades financieras de comerciantes y banqueros tienen un mayor desarrollo y presencia social. 3. Época tardía, o de decadencia, que comienza a partir de los años 260-300 d.C. En esta etapa, y sobre todo a partir del siglo IV d.C., se sucede la desaparición en los textos y en las inscripciones, la mención a financieros y profesionales de la banca”.

3 XVIII CONGRESO INTERNACIONAL YXXI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO “Las Relaciones Comerciales: Contribución de Roma a la globalización contemporánea”. “Relações comerciais: A contribuição de Roma à Globalização Contemporânea”. Belém Pará (Brasil). 29-31 de agosto de 2016.

4 Además, una de las principales actividades de los antiguos banqueros consistía en la manipulación de las monedas metálicas para comprobar su valor real y su autenticidad. El cambio de las distintas monedas nacionales y de las diversas provincias y regiones, basado en la comprobación de la calidad y el peso de las acuñaciones, las cuales tenían un sentido muy diferente al cambio actual. GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios...* Op. Cit., p. 75.

5 Cuando Octavio Augusto volvió de Egipto trayendo un inmenso tesoro puso grandes cantidades de dinero en circulación para animar la economía en crisis durante los últimos decenios de la República. Esta invasión de capitales produjo el efecto contrario al deseado ya que fue la causa de una inesperada inflación que sobrevino con el crecimiento descontrolado de los precios y motivó la quiebra de comerciantes y banqueros. RODRÍGUEZ ENNES, L., Depreciación monetaria e inflación en la crisis del bajo imperio, *Revistas@iustel.com, Revista General de Derecho Romano* 22 (2014), pp. 1-24.

6 Ennes alude a De Martino, “el sistema monetario antiguo era muy diverso del nuestro y no concurrían varios factores que en nuestro tiempo puedan ser causa de inflación. En primer lugar la moneda era metálica, no existía la moneda fiduciaria, no había títulos de créditos que pudieran facilitar el crecimiento de la actividad económica sin medios monetarios para las inversiones, no existía una función bancaria que pudiera cooperar al proceso inflacionista y no existía la tensión por los aumentos salariales que hoy -no siempre con razón- son reputados responsables de la crisis. Vid.,

cas actuales<sup>7</sup>. Y no insistimos más, probablemente porque su somera exposición lo único que daría lugar es a una enconada discusión científica sobre la interpretación y concurrencia de estas causas, a igual que en su momento se produjo con el tema de las causas de la decadencia y caída del imperio romano<sup>8</sup>, y probablemente este debate traería más confusión que claridad<sup>9</sup>.

Y debemos dar las gracias a la gran visión jurídica de Justiniano que contempló con visión universalista la restauración unitaria del imperio, porque si no, hubiéramos perdido todo un sistema social, una construcción jurídica sin igual y toda la producción cultural y económica del mundo romano, como nos recuerda Schiavone<sup>10</sup>, que si bien “*con toda probabilidad hubo un “derecho mesopotámico, o egipcio, o griego”*”, pero la realidad es que sólo el derecho romano es el que nos ha proporcionado el paradigma que permite reconocer como “jurídicas” aquellas prácticas sociales y comerciales del mundo antiguo... Hoy como ayer, al igual que ocurrió con las obras de los grandes juristas clásicos y nos recuerda el propio Justiniano en el *Codex*<sup>11</sup>, nos encontramos con nuevas *Leges* que están

---

DE MARTINO, F. de., *Storia económica di Roma antica*, II (Florencia, 1980) p. 353. RODRÍGUEZ ENNES, L., Depreciación monetaria e inflación en la crisis del bajo imperio, Op. Cit., p. 6, nota 28.

- 7 Los profesionales de la banca, a partir de la época de la expansión imperial, realizan indistintamente diversas operaciones, como eran la comprobación y cambio de monedas, el depósito y concesión de préstamos, la intervención en las subastas, con todas las operaciones anexas. Las especialidades de los argentario, en los depósitos y préstamos, de los *nummularios* en la comprobación y cambio de monedas, y de los *coactores* en las subastas (Vid. cap. II) se van unificando en el ejercicio de la mensa. (Vid. Cap. III). GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios...*Op. Cit., p. 75 ss.
- 8 Aparte de la monumental obra de Edward Gibbon -*The History of Decline and Fall of the Roman Empire*, London, 1776-1788. GOLDSWORTHY, A., *La caída del Imperio romano. El ocaso de Occidente*, trad. esp. Martín Lorenzo (Madrid, 2009) p. 13. WALBANK, F. W., *La favorosa revolución. La decadencia del Imperio Romano en Occidente*, trad. esp. D. Rolfe (Madrid, 1978) p. 135. HEATHER, P., *La caída del imperio romano*, (trad. Fernández Aúz y de Eguíbar, B.), Barcelona 2005, por citar otros.
- 9 FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el registro de la propiedad en las sociedades antiguas*, Madrid 1993, pp. 155.
- 10 SCHIAVONE, Aldo: IUS. *La invención del derecho en Occidente*, Ed. Adriana Hidalgo, Torino 2005 (trad. German Prosperi), Buenos Aires 2009, p15.
- 11 CODEX I. 1.17.1: *Os ordenamos, por tanto, examinar y enmendar las obras que sobre el derecho romano escribieron los juristas antiguos..., a fin de que se recopile de aquellas obras todo el material necesario... Cuando este material, con la ayuda de la benevolencia divina, haya sido recogido, será preciso recomponerlo magníficamente, casi elevando a la justicia un duradero, venerable templo. Será necesario distribuir todo el derecho en cincuenta libros y en títulos determinados, tomando por modelo ya sea nuestro Código, ya sea el Edicto perpetuo según tanto os parezca más conveniente; de este modo no se dejará nada fuera de la recopilación, sino que en los cincuenta libros todo el derecho antiguo que ha ido acumulándose desordenadamente en el curso de los mil cuatrocientos años y por nosotros restituido a su pureza será*

regenerando el orden jurídico global, pero tengamos presente que si bien con la Compilación justiniane se salvó para la posteridad lo esencial del mundo jurídico romano, así mismo se perdieron el pensamiento de otros grandes juristas romanos, como nos recuerda Alfonso de Castro<sup>12</sup>.

## 2. Mercado y contratos.

Hasta ahora, decía Aldo Schiavone<sup>13</sup>, estábamos habituados a pensar en un modelo “*continental contractual*” dominado por los arquetipos francés, alemán, italiano..., con una presencia cada vez más fuerte y patente del modelo inglés -y con algunas importantes matizaciones, estadounidense- que con influencias más o menos directas en el mundo actual, ha desplazado el uso del derecho romano como antídoto quedando como un residuo, como único baluarte contra las fuerzas utilitarias de la visión particularista del derecho. Pero nosotros aquí vamos a hablar de “*mercadores y de contratos*”, de “*globalización y de regionalización*”, por ello deberíamos precisar un poco más la distinción entre la globalización y la regionalización.

Un buen amigo mío, Klaus Jochen Albiez Dohrmann nacido en Ohl (Alemania<sup>14</sup>), en la Revista de Derecho Constitucional Europeo<sup>15</sup> decía que “...En la Unión Europea queda muy claramente patente la relación entre mercado, contrato y Derecho de la competencia. Desde hace algún tiempo existe una cierta preocupación sobre cómo puede funcionar mejor el mercado interior, es decir, el mercado europeo, con un modelo contractual europeo al margen de los sistemas contractuales nacionales<sup>16</sup>”.

---

defendido como desde un bastión y no habrá nada fuera de sí. Todos los juristas [citados] tienen una igual dignidad, y a ninguno debe ser reconocida una posición privilegiada: porque ninguno es siempre superior o inferior a los otros, sino que cada uno lo es, de vez en vez, en determinados perfiles.

12 DE CASTRO SÁENZ, A., “El jurista y la civitas republicana desde una perspectiva literaria (Varrón Catulo, Virgilio, Horacio y Lívio), En Memoria de José María Coma Fort, Seminarios complutenses de derecho romano: revista complutense de derecho romano y tradición romanística, nº 28, 2015, pp. 273-308. Vid. A la búsqueda de la plenitud de la Jurisprudencia Romana: una vanguardia romanística, Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho, nº 11, 2013, pp. 405-430.

13 SCHIAVONE, op. Cit., p. 27.

14 En Renania-Westfalia del norte (Alemania), en el enlace: [http://dondeesta.biz/index.php?qcountry\\_code=DE&qregion\\_code=07&qcitizen=Ohl](http://dondeesta.biz/index.php?qcountry_code=DE&qregion_code=07&qcitizen=Ohl).

15 ALBIEZ DOHRMANN, K.J., Mercado interior, contrato y derecho de la competencia, ReDCE, nº 5, Enero-Junio 2006, pp. 101-120.

16 “*El mercado como espacio económico no sabe, ni quiere conocer, de fronteras. El mercado tiene a la vez algo de artificial y real. Es un concepto esencialmente económico. Pero, al mismo tiempo, el mercado es la*

El sistema de *Normas de conflicto* con sus remisiones de unos derechos nacionales a otros, ha quedado desfasado: no funciona. Puede que fuera útil en su momento con un sistema limitado al caso por caso, pero hoy no es satisfactorio cuando los operadores económicos actúan en tanto que el comercio internacional toma sus iniciativas en una actividad globalizada, lo que implica un modelo globalizado para el intercambio de bienes y servicios. Incluso, ni siquiera es válido para las operaciones económicas de envergadura dentro de la propia Unión Europea.

Es verdad que aun sobreviven mercados locales, regionales o nacionales, junto a este mercado globalizado o internacional, pero hemos de pensar que lo mismo que ocurre con el utilaje industrial o determinadas piezas para la fabricación de un vehículo -cuando no el vehículo completo-, las cuales proceden de otros mercados que en la mayoría de los casos están a centenares o miles de kilómetros<sup>17</sup> de donde se utilizan<sup>18</sup>.

Pero no solo es *globalización industrial*, también habría que hablar de *globalización económica*, algo íntimamente unido al capitalismo<sup>19</sup>. Como afirma el profesor brasileño José Eduardo Faria<sup>20</sup>, el concepto de globalización es polisémico y ampliamente utilizado para expresar y describir un complicado mundo de procesos interrelacionados como la “*desnacionalización*” de los derechos, la “*desterritorialización*” de las normas reguladoras y la descentralización de las jurisdicciones nacionales. Lo que significa que incide muy directamente sobre las regulaciones jurídicas, y esto nos lleva a pensar que el Derecho tiene que dar respuesta a ello<sup>21</sup>.

---

expresión de una realidad fáctica, cual es el intercambio de bienes y servicios, que necesita constantemente, por razones muy diversas, respuestas jurídicas”. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Mercado interior, contrato y derecho...* Op. Cit., p. 102.

17 De manera práctica, en cierta ocasión tuvieron que cambiarle la luna delantera de mi automóvil. Al mirar las referencias, a pesar que era un auto sueco, la luna frontal estaba fabricada en Italia, las ventanas laterales delanteras en Polonia y Alemania, y las traseras en España y el cristal del portón del cierre en Italia. Si llegamos a mirar el lugar de fabricación de los frenos o los neumáticos (en Italia), o el motor, o cualquier otro componente electrónico, probablemente hubiera dado los orígenes más diversos...

18 ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Mercado interior, contrato y...*, Op. Cit., p. 103.

19 NOBERT REICH, en su obra “*Mercado y Derecho*”, hablaba ya en 1975 del creciente fenómeno de la internacionalización de los mercados a través de la creación de empresas multinacionales que ha permitido la movilización del capital.

20 Profesor brasileño de Filosofía y Teoría General del Derecho.

21 En este sentido, se publicó ya en 2004 un número monográfico sobre *Globalización y Derecho* entre la numerosas publicaciones sobre la materia, en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Núm. 7, 2004.

Hasta no hace más de medio siglo, los mercados era excesivamente locales, fruto de una política proteccionista y de restricciones económicas para los productos foráneos, de gravámenes arancelarios, control exhaustivo de fronteras y de penalizaciones a la importación de productos extranjeros, como automóviles, electrodomésticos, bienes de equipo, incluso de mero ocio (desde cámaras de fotos a radios portátiles). La mayor apertura del comercio internacional trajo unas profundas transformaciones sociales, con la mejora de la renta *per capita*, el crecimiento y la mejora de las comunicaciones, y una mayor facilidad para los viajes... Parece como si casi no hubiera fronteras, o éstas quedaran muy atenuadas.

Ahora se ha pasado al caso contrario, las empresas locales se ven obligadas a competir con una mayor eficiencia, puesto que ya no cuentan con el amparo que brindaban las medidas proteccionistas. Con el efecto añadido de una caída en el empleo por esta competencia, aunque a medio o largo plazo se trata de compensar con el traslado de esta mano de obra excedente de sectores locales a las nuevas empresas multinacionales y globalizadas, que pasan por encima del estancamiento económico y el aislamiento local. No es que sea la panacea, pues a menudo vemos que la macroeconomía produce inestabilidad, déficit, inflación y alteraciones manifestadas en los característicos “dientes de sierra” de los índices económicos<sup>22</sup>.

### 3. Los nuevos negocios jurídicos.

Ante la necesidad de buscar nuevas fórmulas contractuales, la cuestión se podía resumir en bien en una vuelta o regreso a los principios jurídicos generales que han informado durante siglos a nuestros sistemas, o buscar la vía de la sintetización y reglamentación acorde con los nuevos tiempos de globalización jurídica, o sea la unificación jurídica mediante un Código Civil Europeo, vía que tiene más detractores que defensores como apunta Sánchez Lorenzo<sup>23</sup>.

22 CUENCA GARCÍA, E., La globalización y sus repercusiones en las relaciones económicas internacionales y en el derecho (*Globalization and its Repercussions in International Economic Relations and in the Law*). Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Núm. 7, 2004, p. 33.

23 SÁNCHEZ LORENZO, S., “*¿Hacia un Código civil europeo?*”, en La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado europeo, ed. S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero, Madrid, 2003, pp. 381 y ss.

La vuelta a los principios es posiblemente la postura que ha adoptado el nuevo Código Civil Brasileño, si bien como advierte el Prof. E. Faria, este regreso no está exento de ciertas dificultades con limitaciones a las facultades de las partes en los contratos, aunque éstas estén justificadas en nombre de las exigencias de la equidad y de la buena fe. Esto es lo que se desprende de la formulación general del **nuevo Código civil brasileño** de 2005, que en su Art. 421 establece que *la libertad de contratar será ejercida conforme a la función social del contrato*<sup>24</sup>[*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*].

Lo que permite suponer que nuestros colegas brasileños están siguiendo una orientación más romanista a la hora de fijar *esta función social del contrato* con acuerdo con el viejo principio de la *bona fides*...

La otra vía, la de la integración y la unificación en la regulación jurídica de los contratos, tiene enormes dificultades. Porque claro, siempre que pretendemos una unificación hay que acudir a un modelo o sistema que sirva de punto de referencia. Y aquí encontramos la primera dificultad: la inexistencia de un modelo único de contrato.

Para el viejo *modelo napoleónico*, lo determinante era que el contrato sea un vínculo obligatorio, dado que el contrato no es sino una más entre las fuentes de las obligaciones. El *modelo Alemán* centra su importancia en el acuerdo de voluntades, dado que para los teutones el contrato no es sino el resultado de dos declaraciones libres y consentidas entre la oferta y la aceptación. A estas dificultades se une el *modelo anglosajón*, para el cual no hay contrato si no hay contraprestación económica, lo que excluiría a los contratos consensuales y gratuitos romanos basados en la *bona fides*<sup>25</sup>.

Esto nos lleva a mencionar a los nuevos contratos basados en las prácticas contractuales del mundo de los negocios. Son múltiples los nuevos modelos contractuales, como el *leasing*, el *factoring*, el *performance bond*, *merchandising* etc., que han sido creados por operadores económicos de determinados países, sobre todo anglosajones, y que han sido recibidos por otros países, dando así vida a figuras contractuales internacionales más o menos uniformes, que han recibido su legitimación frente a aquellos modelos concretos únicamente reco-

<sup>24</sup> Art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Código civil de 2005, atualizado com a EC 45/2004- Reforma do Judiciário, Ed. Vértice, São Paulo, 2005.

<sup>25</sup> GALGANO, F., *Atlas de Derecho privado comparado*, trad. de J.A. Fernández Campos y R. Verdera Server, Madrid, 2000, pp. 108 y ss.

nocidos por los derechos nacionales, en base al viejo principio de la libertad y de la autonomía contractual.

Precisamente ello le ha dado a la difusión internacional de estos modelos contractuales una considerable fuerza. No cabe duda que esto podría poner en serias dudas a la justicia local y a los operadores jurídicos locales, si un determinado modelo contractual que es reconocido como válido en el mundo de los negocios internacionales, pero en cambio es rechazado por los estrictos criterios del derecho local, que celoso de su peculiaridad, se opusiera al mismo terminantemente. La cuestión es si la justicia o la legislación local estarían dispuestas a ir a contracorriente y colocar a su país en situación de aislamiento respecto al criterio y reglas internacionales. Piénsese por ejemplo, en una empresa multinacional que establece contratos estandarizados para todos sus empleados y filiales de todo el mundo en base a una práctica uniforme admitida internacionalmente<sup>26</sup>. ¿Tendría esta empresa multinacional que adaptarse a la práctica jurídica local o tendría la legislación local que reconocer a estos nuevos contratos ampliamente admitidos<sup>27</sup> en el contexto mundial?<sup>28</sup>

La solución son los nuevos tipos de contratos<sup>29</sup>. Desde hace algún tiempo, circulan en Europa dos modelos de contrato, muy distintos entre sí

---

26 GALGANO, F., *Atlas de Derecho privado comparado*,...Op. Cit., p.96.

27 Al final lo que se pretende es una nueva *lex mercatoria* como nueva práctica contractual, al modo del pragmático *Uniform Commercial Code* de USA, que pretende solucionar más que mediante reglas concretas del derecho objetivo, mediante cláusulas contractuales de común acuerdo, entre otras razones, porque en ellas han confiado antes las mismas partes como reglas del juego comúnmente aceptadas. El § 1-205 del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos considera admisible “*cualquier práctica o modo de comportarse que tenga una regularidad en su observancia en cierto lugar o en cierto comercio de modo que justifique la expectativa de ser observado también en el contrato en cuestión*”. GALGANO, F., *Atlas de Derecho privado comparado*,...Op. Cit., p. 98.

28 La mayoría de las veces han sido las grandes sociedades multinacionales las que han impuesto esta uniformidad: han dispuesto en su sede central las condiciones generales de la contratación, a las que las sociedades nacionales por ellas controladas, se han adecuado, originando, de este modo, una uniformidad de reglas contractuales tan extendida como sus mercados. GALGANO, F., *Atlas de Derecho privado comparado*,...Op. Cit., p. 97.

29 Aunque algunos aún se preguntan hasta qué punto es necesario un Derecho común para Europa, se pregunta F. FERNÁNDEZ-CREHUET, en “*Ius commune e identidad europea: el ocaso de un mito*”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 9, 3<sup>a</sup> época, 2006, pp. 180 y ss.

. Uno, es el modelo presentado por la Comisión LANDO, que ha elaborado los "Principios europeos del Derecho de contratos" (PECL)<sup>30</sup>.

El otro, es el modelo —aún no definitivo, al tratarse de un proyecto, del Código europeo de los contratos— de la Academia de lusprivativistas de Pavía<sup>31</sup>.

Pero el problema dista mucho de estar resuelto, porque para colmo, se produce una imbricación de modelos civiles y mercantiles<sup>32</sup> donde se prioriza la defensa y protección de los consumidores, previstas ya desde el tratado de Maastricht de 1992<sup>33</sup>. Ciertamente la división entre *ius civilistas* y *ius mercantilistas* aparece clara en aquellos países como España donde tienen códigos separados y jurisdicciones separadas, pero no lo es tanto en otros países, donde los mercantilistas invaden parcelas tradicionales civiles o a la inversa. Por poner un ejemplo, el tratamiento de la venta, o del *leasing* donde “los criterios metodológicos de distinción decaen ante la crisis de la dogmática”, como decía Galgano<sup>34</sup>.

Quizás debamos hacer esfuerzos para que la propia inconcreción del término contrato<sup>35</sup> no nos impida llevar a feliz término esta idea unificadora: esto es, el contrato como instrumento jurídico articulado para el intercambio de bienes

---

30 Véase, L. DÍEZ-PICAZO, E. ROCA TRÍAS y A. M. MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

31 Véase en este sentido, DE LOS MOZOS, J.L, *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación*, Madrid, 2005, en particular, pp. 149 a 173 y ss.

32 El área del derecho mercantil que hasta ahora se había enmarcado dentro del derecho privado y con origen en el derecho civil, incluye el derecho de la empresa y de las sociedades, los títulos de crédito y los contratos “mercantiles”, como si lo civil y lo mercantil fueran dos momentos separables de una misma práctica jurídica. Lo cierto es que se identifican a los contratos mercantiles como contratos de empresa. GALGANO, F., *Atlas de Derecho privado comparado*,...Op. Cit., p. 95.

33 TRATADO DE MAASTRICHT, la protección a los consumidores está recogida en su Art. 153. Este Tratado fue firmado el 7 de febrero de 1992, y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993 y fue concebido como la culminación política de un conjunto normativo, vinculante para todos los Estados, tanto para los futuros miembros como para los estados firmantes en el momento del tratado.

34 Precisamente este autor, GALGANO alude a una nueva *lex mercatoria*, cuyo radio de acción tiende a coincidir con el mercado internacional y que al igual que la antigua *lex mercatoria*, basada en la jurisprudencia de *lascuriae mercatorum*, y cuya función fue la de derogar las obsoletas relaciones mercantiles, el viejo derecho civil medieval (o sea el derecho romano medieval utilizado hasta entonces) que se había relevado inadecuado a las exigencias del tráfico jurídico de la modernidad. GALGANO, F., *Atlas de Derecho privado comparado*,...Op. Cit., p. 95.

35 ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Mercado interior, contrato y...*, Op. Cit., p. 110.

y servicios<sup>36</sup> dentro de una economía globalizada de mercado<sup>37</sup>. Esto plantea la disyuntiva de globalización frente a regionalización.

#### 4. Globalización *versus* regionalización<sup>38</sup>.

Al tratar sobre el concepto de *globalización*, lo primero es precisar que no es fácil acertar con su definición, pues para la mayoría de nosotros, en rigor pensaría en la deslocalización y unificación de los mercados financieros, de traslación de mano de obra y su subordinación a un régimen de relaciones económicas trasnacionales<sup>39</sup>, todo ello en un entorno de nuevas tecnologías de las comunicaciones y con un dominio de la información en un ámbito planetario.

Apuntaba Sánchez Lorenzo<sup>40</sup> que la *globalización* es un concepto esquivo y repleto de connotaciones ideológicas y que la globalización de los mercados es, acaso, la manifestación más genuina de la globalización. La interdependencia de las economías y de los mercados en un escenario global que desborda no sólo

36 ALBIEZ DOHRMANN, K.J., PALAZON GARRIDO, M.L., MENDEZ SERRANO, M. M., y otros, *Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho Contractual en España*, Barcelona 2011. 626 pp.

37 En este sentido, resulta acertada la formulación dada al contrato en el Código civil italiano de 1942, en concreto en el artículo 1321, donde se resalta la idea del acuerdo y la idea patrimonial del contrato. En un mercado libre como el europeo, el contrato que interesa es el contrato como instrumento jurídico y económico de intercambio de bienes y servicios. Y el Código civil italiano así lo ve al reconducir el contrato al ámbito económico. LIPARI, N., *Derecho privado. Una ensayo para la enseñanza*, Bolonia, 1980, p. 293.

38 Sobre la distinción entre *globalización* e *internacionalización*, *vid.* R. M. AUERBACK: *International Finance in the 1990s*, Cambridge/Oxford, 1993; R. ELLGER y S. KALSS: «Börsen- und Kapitalmarktrecht des Vereinigten Königreichs», en K. J. Hopt, B. Rudolph, H. Baum (dirs.): *Börsenreform. Eine ökonomische, rechtsvergleichende und rechtspolitische Untersuchung*, Stuttgart, Schäfer Poeschel Verlag, 1997, p. 737; A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO y F. J. ZAMORA CABOT: «Globalización de los mercados de valores y cooperación internacional. Reflexiones en torno al Memorándum de Entendimiento de 8-VII-92 entre la Securities and Exchange Commission y la Comisión Nacional del Mercado de Valores», RDBB, núm. 49, año XII, 1993, pp. 104-105; S. KALSS: «Österreichisches Börsen- und Kapitalmarktrecht», K.J. Hopt, B. Rudolph, H. Baum (dir.): *Börsenreform...loc.cit.*, p. 1250; E. VAN ZANDT: «The Regulatory and Institutional Conditions for an International Securities Market», *Virginia J.I.L.*, vol. 32, 1991, p. 50; S. WOLFF: «Recent Developments in International Securities Regulation», *Deventer J.In.L.&P.*, vol. 23, 1995, p. 348. Cit. LARA AGUADO, Á., *Globalización y supervisión...* Op. Cit., p. 137.

39 SAAVEDRA LOPEZ, M., *Globalización y Derecho*, *Rev. Fac. Derecho UGR*, Núm. 7, 2004, 558 pp.

40 SÁNCHEZ LORENZO, S., *Introducción, Comentarios de jurisprudencia sobre "Globalización y Derecho"* (Coordinador: Sixto Sánchez Lorenzo), *Rev. Fac. Derecho UGR*, (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada), Núm. 7, 2004, pp. 307-310.

el propio control económico de los Estados, sino, y sobre todo, el alcance de sus normas jurídicas y medios de coerción<sup>41</sup>. Esto trae aparejada la disponibilidad de una ingente cantidad de información por las distintas administraciones públicas, pero también de las empresas privadas con acceso a datos personales<sup>42</sup> que van más allá del mero control administrativo<sup>43</sup>, sino que inciden en todos aquellos datos que suponen un conocimiento de los gustos, deseos, tendencias y comportamiento de los potenciales consumidores. A ello se une, la creciente vulnerabilidad cibernetica ante los riesgos de la delincuencia nacional, internacional o de las amenazas terroristas<sup>44</sup>.

Decía Pietro Barcellona<sup>45</sup>, que por otra parte “la globalización como la occidentalización y la mercantilización, no se debe desligar del discurso de los derechos humanos, si no queremos que se conviertan en procesos de dominación más que de emancipación de los pueblos. Aquí, como en tantas otras cosas, Europa es el espacio político que tiene algo que decir en su realización y que pudiera servir de freno a los efectos más devastadores de esta globalización. Porque invocamos los derechos humanos cada vez más, y cada vez más son violados de forma clamorosa<sup>46</sup>”. Esto pone a prueba una visión del mundo un tanto teórica y platónica, según la cual los individuos se organizan en sociedad, pero que incluso antes de ser sociedad, son seres racionales perfectos, capaces de valorar el bien y el mal. Esto hoy es inconsistente,

41 SÁNCHEZ LORENZO, S., *Introducción, Comentarios de jurisprudencia sobre "Globalización y Derecho"...* Op. Cit., p. 307.

42 Sobre los problemas prácticos del comercio electrónico, la protección de la propiedad industrial e intelectual, la responsabilidad por daños, los ilícitos penales, y sobre todo la protección de datos personales insertados en la red, vid. DE MIGUEL ASENSIO “La protección de datos personales a la luz de la reciente jurisprudencia del TJCE”, *REv. Fac. Dcho. UGR*, nº 7, 2004.

43 SAAVEDRA LOPEZ, M., *Globalización y Derecho...*, Op. Cit., p. 6.

44 ROBLES CARRILLO, M., *Las fuerzas armadas y sociedad civil frente al reto de la ciberseguridad*. Ciclo de conferencias “Fuerzas Armadas y valores de la sociedad civil”. 1 de junio de 2015, Paraninfo de la Facultad de Derecho de la UGR. Coordinador Dr. Luis M. Robles Velasco.

45 BARCELLONA, P., *La globalización y los derechos humanos en la construcción europea (Globalization and Human Rights in the Construction of Europe)* *Rev. Fac. Derecho UGR*, (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada), Núm. 7, 2004, pp. 9-27. Traducido por Pedro Mercado Pacheco. Pietro BARCELLONA, es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Catania.

46 La figura epocal del “hombre desnudo” está representada hoy por los prófugos y por los refugiados que, clandestinamente, llegan hasta las fronteras de los países ricos. A pesar de las proclamaciones, estos individuos están privados de derechos e incluso son expulsados después de breves tránsitos en “campos de acogida” que se parecen más que nada a los Lager. BARCELLONA, P., *La globalización y los derechos humanos...*, Op. Cit., p. 9.

pues el modelo liberal o la teoría del contrato social se dan de bruces con la realidad social<sup>47</sup>. Y no vaya a ser que al final el lenguaje europeo sea el lenguaje de la esperanza y de la política, y una vez más, de la utopía de las altas ideas<sup>48</sup>.

Esto conllevaría, si triunfan las ideas *euroescépticas*, una crisis en el sueño de la Unión Europea. Precisamente al tratar de la globalización y la crisis del espacio político, Carlo Galli<sup>49</sup>, dedicó ya en 2001 un largo ensayo donde ponía en evidencia que la globalización supone no solo un cambio en el espacio político mundial, sino también un cambio de ciclo, un nuevo orden mundial<sup>50</sup>. Hay quienes promueven la construcción de una esfera pública mundial con una reforma en profundidad de las normas internacionales, y una constitucionalización del derecho privado que ponga límites a los poderes privados salvajes.

No todo son voces favorables a la globalización<sup>51</sup>, ya que si bien para algunos la globalización ofrece nuevas oportunidades para acabar con el “*absolutismo jurídico*” y no hay que lamentar que la ley pierda el monopolio entre las fuentes del derecho. En el frente contrario, Danilo Zolo<sup>52</sup> le saca los colores a los pretendidos defensores del llamado *nuevo orden mundial*, basado sobre un derecho internacional *ex novo* apoyado en una pretendida superioridad de los derechos humanos occidentales y el respeto a las normas internacionales que prevalecerían en ese nuevo orden global. Recuerda cómo en la guerra de Kosovo se

---

47 BARCELLONA, P., *La globalización y los derechos humanos...*, Op. Cit., p.10.

48 Uno de los aspectos más siniestros y dolorosos de la globalización sea el fenómeno de los movimientos migratorios de personas y familias, incluso de comunidades enteras que en los últimos tiempos se ha agravado hasta límites insospechados por el recrudecimiento de las hostilidades en tierras sirias que ha puesto en jaque a las sociedades y a países enteros del sur de Europa.

49 GALLI, C., *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Il Mulino, Bolonia, 2001.

50 *Globalización* significa, en efecto, triunfo de la razón procedural, del Derecho Universal y de la Razón instrumental de la acción tecnológica. En el mundo globalizado ya no tienen sentido las tradicionales categorías de espacio y tiempo que han constituido los presupuestos implícitos de cualquier representación filosófica. GALLI, C., *Spazi politici...*Op. cit. p. 14.

51 DOHRMANN, K.J., PALAZON GARRIDO, M.L., MENDEZ SERRANO, M. M., y otros. *Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho Contractual en España*. Vid.NAVARRO FERNANDEZ, J.A., *La modernización del derecho de obligaciones y contratos. Los juristas y las reformas en tiempos de capitalismo global*, pp. 26 y ss.

52 ZOLO, D., *Chi dice humanità?: Guerra, diritto e ordine globale*, Ed.Einaudi, Turín 2000.

violaron todas las normas internacionales, incluidas el respeto a la soberanía de los Estados y los tratados internacionales<sup>53</sup>.

Podríamos decir que estos últimos pensadores preconizan poner freno a la globalización por sus efectos devastadores de neutralización y de dominio del individuo, porque según Cacciari<sup>54</sup>, el individuo no puede acabar como un mero ser productivo, instrumental. Reducido a lo meramente eficaz.

Hasta aquí hemos hecho alusión a una visión filosófica del significado de la globalización, así que vamos a descender a los aspectos económicos de la globalización<sup>55</sup>. Sabemos que la globalización se puede identificar por el aumento de las relaciones económicas y el intercambio de bienes y servicios en el comercio mundial, que lleva aparejada el incremento de las *inversiones extranjeras directas*, que los economistas identifican con las siglas IED. Algunos como el profesor Eduardo Cuenca García<sup>56</sup>, advierten que no siempre este fenómeno de la globalización afecta por igual a los distintos países, ni inciden sus consecuencias en la misma medida. Tampoco, participan con la misma intensidad, siendo los países menos desarrollados lo que se preguntan si la globalización los empobrece más, o por el contrario, el ostracismo económico se produce si son dejados al margen, sintiéndose excluidos de ella<sup>57</sup>.

Esto da lugar a que si las IED o *inversiones extranjeras directas*, solo se concentran en unos países y en otros no, a la postre divide el mundo en dos grupos: los que han progresado gracias a la globalización, ya que les han dotado de unas

53 Zolo mantiene que el gobierno mundial y el derecho humanitario son "conceptos" absolutamente inefectivos y que el uso de argumentos de este tipo lo único que ha permitido ha sido la violación del único orden mundial existente, el nacido de las relaciones entre Estados y de las instituciones de las Naciones Unidas. ZOLO, D., *Chi dice humanità? Guerra, diritto e ordine globale...* op. Cit. p. 25

54 CACCIARI, H. *Geofilosofia dell' Europa*, Adelphi, Milano 1994.

55 Sobre los aspectos económicos del concepto de globalización vid. P. BERGER y S. HUNTINGTON, *Globalizaciones múltiples. La diversidad cultural en el mundo contemporáneo*, Paidós, Barcelona, 2002; G. SOROS, *Globalización*, Planeta, Barcelona, 2002; y S. GEORGE y M. WOLF, *La globalización liberal. A favor y en contra*, Anagrama, Barcelona, 2002.

56 CUENCA GARCÍA, E., La globalización y sus repercusiones en las relaciones económicas internacionales y en el derecho (*Globalization and its Repercussions in International Economic Relations and in the Law*). Rev. Fac. Derecho UGR, (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada), Núm. 7, 2004, pp. 29-55. Eduardo CUENCA GARCÍA, es Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Granada.

57 CUENCA GARCÍA, E., La globalización y sus repercusiones...Op. Cit., p. 30

infraestructuras tecnológicas<sup>58</sup> más o menos avanzadas, y los que no, los cuales permanecen pobres quedando descolgados del desarrollo.

Es posible que la creación de empleo sea más proclive por las pequeñas y medianas empresas, por ser más dinámicas. Y más, cuando las grandes empresas parecen manifestar una preocupación mayor por la optimización de costes, entre otros los costes laborales. Por ello es comprensible, que en muchos mercados<sup>59</sup> se manifieste un rechazo a la globalización entendida como un medio más de colonización e injerencia en la vida económica y laboral de sectores sociales locales o nacionales. Entre otras razones, porque estas grandes empresas no tienen reparos en disolverse o desaparecer si consideran concluida su explotación económica, o por el contrario, se mantienen solo si lo consideran necesario.

## **5. Panorama actual y europeo. En especial el MCR (MARCO COMÚN DE REFERENCIA).**

Ante estos planteamientos, la búsqueda de soluciones a través del derecho no se ha hecho esperar, porque ya ni siquiera el sistema de tratados internacionales –de relaciones de Estado a Estado- que hasta no hace mucho era el objeto del Derecho internacional puede ya hacer frente a esta globalización. Necesitamos un soporte jurídico nuevo.

Como apunta Cuenca García, el modelo de un sistema de Derecho internacional basado solo en las relaciones entre Estados se encuentra en un momento de cambio de paradigma, porque la internacionalización económica, la deslocalización de la producción y las grandes corrientes económicas, políticas y sociales nos llevan a considerar que el Estado no es sino uno más entre múltiples

58 “El progreso tecnológico, con su consiguiente reducción del costo del transporte y las comunicaciones, también ha proporcionado impulso a la globalización. El acopio y transmisión de la información facilita la detección y el aprovechamiento de oportunidades comerciales para bienes y servicios en todo el mundo”. CUENCA GARCÍA, E., *La globalización y sus repercusiones...*, 3. *La tecnología op. Cit.*, p.32.

59 LARA AGUADO, Á., *Globalización y supervisión de los mercados de valores (Globalization and Supervision of Stock Markets)*, Rev. Fac. Derecho UGR, (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada), Núm. 7, 2004, pp. 137-165. ANGELES LARA AGUADO, es Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada.

actores<sup>60</sup>. Lo que conduce a un planteamiento radical de los planteamientos tradicionales sobre los que se asentaban los viejos principios.

Si bien la idea de una unificación entre países insertos en grandes áreas, que en un principio aparece como fórmula para facilitar la eficiencia del mercado regional interior, con el tiempo se ha convertido en una *bandera multicolor* —a decir del profesor Sánchez Lorenzo<sup>61</sup>— con propuestas ambiciosas que obedecen a la búsqueda de una renovación y modernización de los derechos nacionales.

Podíamos hablar como antecedentes de este nuevo marco de relaciones comerciales y económicas los Principios UNIDROIT, como inicio de un tratamiento del Derecho de globalización económica<sup>62</sup>. Bien entendido, que esta *globalización económica* no es algo exclusivamente europeo, sino que hay que enmarcarlo dentro de una mundialización de la economía, como ocurre con el Acuerdo de Libre Comercio para los Estados Unidos, Canadá y México (NAFTA), la Cooperación Económica de Países Asiáticos del Pacífico (APEC), la Asociación de Naciones Asiáticas del Sur-Este (ASEAN) o más cercano a este foro, el MERCOSUR al que pertenecen varios países de América del Sur —cuyo objetivo principal es la profundización en una política comercial común—<sup>63</sup>.

Centrándonos en la Unión Europea, en su origen un mercado, pues se le llamó la “*Europa de los mercaderes*”, ejemplo sin duda de cómo el derecho sirve al mercado y conformada a través de distintos tratados<sup>64</sup>, que la han convertido

60 CUENCA GARCÍA, E., *La globalización y sus repercusiones...*, Op. Cit., p.40, n. 14. No es baladí la cuestión que en el ámbito internacional no hay elecciones, ni períodos de gobierno y que en ocasiones el poder económico supera a los procedimientos. Vid. DALLANEGRA, *Tendencias del orden mundial: régimen internacional*, Ed. Del autor, Buenos Aires, 2001.

61 SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 17.

62 El término “Globalización Económica”, fue ya recogido por MARTÍNEZ GONZÁLEZ TABLAS, Á., y desarrollado en el cap. “Aspectos más relevantes de la globalización económica”, en *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Madrid, 2002. p. 77 ss: “lo característico hoy no es tanto la existencia de muchos y heterogéneos mercados, sino la consolidación de una economía que regula y determina profundamente todo el comportamiento social, generalizado el referente mercantil para valores y transacciones de todo tipo...”

63 CUENCA GARCÍA, E., “La globalización y sus repercusiones en las relaciones económicas internacionales y en el Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Núm. 7, 2004, p. 54.

64 Han sido muchos los tratados europeos, donde en sus diversos artículos han cristalizado el funcionamiento de un mercado liberal y neocapitalista, como por ejemplo, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, los artículos 2, 3 y 4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o

en un Mercado Europeo, supranacional o supra continental, bajo la atenta rengencia del Banco Central Europeo con la creación de una moneda única, el *euro* y basado sobre todo en la protección de los consumidores<sup>65</sup>.

La Comisión Europea en una comunicación de 11 de julio de 2001 dirigida al Consejo y Parlamento Europeo contemplaba cuatro posibles opciones<sup>66</sup>. La primera opción sería permanecer en el actual *statu quo*, sin adoptar ninguna iniciativa por parte de los órganos comunitarios. La segunda, se dirigiría a promover unos principios comunes<sup>67</sup> en materia del Derecho de contratos, con la finalidad de favorecer una convergencia entre derechos nacionales. La tercera, con la propuesta de una mejora cualitativa de la legislación vigente; y finalmente, la cuarta se decantaba por una propuesta de elaboración de una legislación comunitaria completa, lo que supondría el fin de los Códigos civiles nacionales.

### **En especial el MCR (MARCO COMÚN DE REFERENCIA).**

A partir de 1989 con los antecedentes del proyecto y principios UNIDROIT, y con la vista puesta en un Código Civil Europeo, se pasó a elaborar unos Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL o *Principles of the Existing Contract Law*, también denominados *Acquis Principles*)<sup>68</sup>, y ya más recientemen-

---

los artículos 1 y 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM). ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Mercado interior, contrato y...*, Op. Cit., p. 106.

- 65 La razón es que en el caso de la compraventa, por ejemplo, el nuevo derecho de protección de los consumidores y el sistema de responsabilidad del vendedor en caso de incumplimiento de sus obligaciones así como las garantías que se ofrecen al comprador han superado definitivamente el sistema de protección del comprador-consumidor anclado en el sistema edilicio romano. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Mercado interior, contrato y...*, Op. Cit., p. 117.
- 66 ALBIEZ DERECHO PRIVADO EUROPEO Y MODERNIZACION DEL DERECHO CONTRACTUAL EN ESPAÑA, Barcelona 2011. DOHRMANN, K.J., PALAZON GARRIDO, M.L., MENDEZ SERRANO, M. M., y otros. *Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho Contractual en España*. Vid.cap. III, MONESTIER MORALES, J. L.: “La unificación del derecho de obligaciones en Europa: primeros pasos hacia la unificación de los contratos a distancia y la contratación electrónica en España”, p. 545.
- 67 Así, entre 1982 y 2001, se constituyó una red de miembros del mundo académico europeo bajo la dirección del profesor danés Olé Lando, cuyo grupo de trabajo es más conocido como *Comisión Lando*. Esta comisión elaboró los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos* (PECL), cuya última versión (en lengua francesa) vio la luz en el año 2003. MONESTIER MORALES, J. L.: “La unificación del derecho de obligaciones en Europa... Op. Cit., p. 546.
- 68 LANDO, *The Principles of European Contract Law and the Law Mercatoria*, La Haya 2000, p. 61.

te al MARCO COMÚN DE REFERENCIA (MCR)<sup>69</sup> de 29 de Diciembre de 2007 o *The Common Frame of Reference*, (CFR)<sup>70</sup> que supusiera el embrión de Código Civil Europeo con el objetivo de producir la revisión de los derechos nacionales<sup>71</sup>. Esta idea es la que inició la adaptación del Código alemán (BGB) de 2002. Este camino no estaba exento de obstáculos, ya que el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) ha discutido la ausencia de competencias legislativas de los tratados comunitarios que justifiquen la elaboración de un Código Civil Europeo<sup>72</sup>.

El Marco Común de Referencia –o *Draft Common Frame of Reference*, aunque recientemente en 2010 se ha eliminado el Termino “Draft”, quedando con las siglas CFR)- se ha convertido hoy en el *paradigma jurídico europeo*, siendo voluntad política que la unificación quede de momento sobre la base de los principios generales de las Obligaciones y Contratos, incluyendo la regulación de algún concreto contrato como la Compraventa, y quedando fuera el resto de los contratos por su complejidad<sup>73</sup>.

69 La unificación del Derecho Contractual Europeo era un objetivo enormemente ambicioso cifrado en la conquista de un Código Civil Europeo (al menos era el pensamiento del Parlamento Europeo (resoluciones de 1989 y 1994) aventurando el año 2010 como el umbral para la redacción de un Código Civil Europeo (Resolución del Parlamento Europeo de 15 de Noviembre de 2001). Estas posiciones fueron abandonadas por otras más realistas a partir de la Comunicación de 12 de Febrero de 2003, empleándose la denominación de “Marco Común de Referencia” (MCR o CFR) como legislación modelo donde las legislaciones nacionales podría inspirarse para la revisión del Derecho Contractual nacional (comunicación de 11 de Octubre de 2004) como instrumento legislativo comunitario, pero siempre de manera opcional.

70 VAQUER ALOY, A., *Derecho Contractual Europeo*, op. Cit., cap. 9., “El Marco Común de Referencia”, pp. 239 a 264.

71 SANCHEZ LORENZO, S., La Unificación del Derecho Contractual y su problemática, cap. III, op. Cit., p. 85 a 116. Vid. BOSCH CAPDEVILA, E., y otros, *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Madrid 2009.

72 El Tratado de Lisboa que en sus artículos 94 y 95 (TCE) no recoge competencias en materia de armonización de legislaciones, en línea con la sentencia del STJCE de 5 de Octubre de 2000, que establecía un criterio restrictivo. Ni el artículo 65 del Tratado de CE, referido al Derecho Internacional Civil y al Derecho Procesal, entre otras razones por los perjuicios que dicha armonización puede ocasionar a la coherencia e identidad cultural de los sistemas jurídicos nacionales, lo que lleva a la conclusión que las instituciones europeas carecen de competencias legislativas para dictar un Código Civil Europeo.

73 ROBLES VELASCO, L.M., EL FUTURO CODIGO EUROPEO DE CONTRATOS, ¡UNA NUEVA RECEPCION!, RIDROM (*Revista Internacional de Derecho Romano*). Octubre 2010. Disponible en: [www.ridrom.uclm.es](http://www.ridrom.uclm.es), nº de Octubre – 2010.

## 6. Las novedades en Sucesiones en Europa: el certificado sucesorio europeo.

Pero sobre todo, ha sido en el ámbito del Derecho internacional privado donde más transformaciones se han producido a nivel europeo y estatal<sup>74</sup>. La entrada en vigor del Reglamento de la Unión Europea (UE) núm. 1215/2012, que modifica sensiblemente el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el ámbito comunitario<sup>75</sup>, y la del Reglamento comunitario núm. 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *Mortis causa* y a la creación de un *certificado sucesorio europeo*<sup>76</sup>.

Este Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 no contempla a decir de Calvo Vidal<sup>77</sup>, una regulación sustantiva del Derecho de Sucesiones, sino que trata de posibilitar un régimen de cooperación entre estados miembros de la Unión Europea en materia sucesoria. Va más allá de resolver los conflictos de leyes entre naciones al salvar los obstáculos que plantean el reconocimiento de las resoluciones judiciales y la ejecución de documentos públicos. En realidad, el certificado sucesorio europeo

74 Por otra parte, en el marco estatal español son de destacar, las modificaciones realizadas por la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que reforma determinadas disposiciones del Código Civil, siguiendo por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley 29/2015 de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, así como las importantes modificaciones que introduce la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

75 ANDREA BONOMI Y PATRICK WAUTELET, *El derecho europeo de sucesiones: comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012* (traducida y adaptada al derecho español por Santiago Álvarez González), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 781pp. Vid BONOMI, A., WAUTELET, P., *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentarios al Reglamento (UE) nº 650/2012 de 4 de julio de 2012*, (versión traducida y adaptada al derecho español por Santiago Álvarez González), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, 781 pp. Sobre el Certificado Sucesorio Europeo, vid. Art. 62 a 73, pp. 599-706.

76 Artículo 62. Creación de un certificado sucesorio europeo.  
“El presente Reglamento crea el certificado sucesorio europeo (en lo sucesivo denominado «certificado») que se expedirá para ser utilizado en otro Estado miembro y que producirá los efectos enumerados en el artículo 69.  
La utilización del certificado no será obligatoria...”

77 CALVO VIDAL, I.A., Sucesiones internacionales vs. Sucesiones nacionales, *Rev. El notario del Siglo XXI (Col. Not. De Madrid)*, nº 61, Mayo-Junio 2015, p.16-18.

posibilita la acreditación de la condición de heredero, legatario, administrador o legitimado testamentario, siempre que el causante haya fallecido después del 17 de agosto de 2015 y siempre que se trate de sucesiones de ciudadanos miembros de Estados de la Unión Europea, -salvo Reino Unido, Irlanda y Dinamarca-, ya que éstos Estados serán considerados para estos efectos como terceros países o no miembros de la Unión.

Ello nos aclara que solo se aplicará este Reglamento a las sucesiones que versen sobre un conflicto sobre competencias internacionales, pero no a las sometidas exclusivamente al derecho interno de un país. Sería el caso, por ejemplo, de la sucesión de un ciudadano francés, con residencia habitual en España, que fallece dejando bienes de la herencia en España, Francia e Italia, en cuyo caso, el sometimiento de la sucesión a las normas del Reglamento no ofrece duda alguna, dado su carácter internacional o transfronterizo<sup>78</sup>. Pero no lo sería si se tratara de la sucesión de un ciudadano miembro de un Estado de la Unión cuyo patrimonio estuviera radicado exclusivamente en su país. Y desde luego no, de un ciudadano no comunitario, aunque su última residencia fuere en país comunitario.

El punto de conexión es el establecimiento de la *residencia habitual* para la determinación de la ley de la Sucesión. Esta planificación de la sucesión con arreglo a la ley de la residencia habitual va a derivar su régimen jurídico hacia una ley sucesoria sobrevenida y por tanto sometida a las incidencias que ésta ocasione. Esto puede dar lugar a situaciones paradójicas, si el nacional fuera ciudadano miembro de un Estado y al sobrevenir el fallecimiento hubiera fijado su residencia habitual dentro de otra nación donde rigiera un sistema de pluralismo de régimen jurídico dependiendo de la *vecindad civil*.

Por ejemplo, un ciudadano francés con parte de su patrimonio en Francia, pero que al final de sus días hubiera fijado su residencia en territorio español *foral*, como Navarra donde no rige el derecho civil común al menos de *prima facie*. Si en el momento de su fallecimiento hubiera obtenido la vecindad civil Navarra, donde por tanto rige la *legislación Foral Navarra* y donde ha dispuesto el destino de sus bienes. Curiosamente no se aplicaría la legislación civil común del Código Civil español, sino la legislación Navarra donde precisamente en su Ley 1<sup>a</sup> declara al *Derecho Romano como derecho supletorio*<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> CALVO VIDAL, I.A., *Sucesiones internacionales vs. Sucesiones nacionales,... Op. Cit.*, p. 18.

<sup>79</sup> Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Ley 1<sup>a</sup>Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del derecho privado foral de Navarra,

Otra de las novedades es el *Certificado sucesorio Europeo*, que a decir del notario José Manuel García Collantes, Presidente del Consejo General del Notariado, este certificado es “*un verdadero pasaporte de los herederos en Europa*”, pues va a permitir el ejercicio de los derechos o las facultades respectivas sin necesidad de tener que promover nuevos trámites o procedimientos ante las autoridades del Estado en el que la herencia se pretenda hacer valer<sup>80</sup>”.

Es de destacar el carácter no obligatorio del Certificado Sucesorio Europeo, ya que este certificado no ha venido a sustituir a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares, ya que como dispone el art. 62, apartado 3<sup>81</sup>, únicamente es para los supuestos en los que se trate de invocar la cualidad de heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia en el territorio de otro Estado miembro.

Dado que no es obligatorio, desde un punto de vista práctico, a partir del 17 de agosto de 2015, los herederos podrán libremente optar por servirse del *documento interno* empleado para fines análogos o del *certificado sucesorio europeo*, si bien el documento interno surtirá plenos efectos en el Estado de origen. Finalmente, conviene tener en cuenta que el art. 69 del Reglamento atribuye a

---

conservan rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la compilación...y el Derecho romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente compilación hayan recibido del mismo". Esta ley 1 del "Fuero Nuevo de Navarra" procede de las leyes 1<sup>a</sup> y 7<sup>a</sup> de la Recopilación privada. Concretamente en la ley 7<sup>a</sup> al tratar del derecho supletorio se decía que: "El derecho Supletorio queda integrado por el orden siguiente: 1. La tradición jurídica Navarra contenida en las Leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación, la misma Novísima Recopilación, el Amejoramiento del Fuero, el Fuero General y el Derecho Romano. 2. El Derecho Romano, para las instituciones o preceptos que la costumbre o la Recopilación hayan recibido del mismo..." declarar la Ley 6: "El Código Civil y las leyes generales de España serán derecho supletorio de esta compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la Ley 1...". Con ello, se llegaría a la conclusión que tanto el Código Civil como las leyes generales españolas serían a su vez supletorias del Derecho Romano. Conclusión ésta en la que coinciden SALINAS QUIJADA, o NAGORE YARNOZ.NAGORE YARNOZ, "Il vigore del Diritto romano in Navarra", Bol. inf. dell'Ist. giur. spagn. di Roma, XI, 40-43 (1963), pp. 18-23.

- 80 En el prólogo de la obra de CALVO VIDAL, I.A., *El certificado sucesorio Europeo*, Ed. La Ley, Madrid 2015, p. 17. Así mismo se puede consultar la revista *El Notario del Siglo XXI*, Rev. Col. Notarial de Madrid, Mayo-Junio 2015, nº 61, pp. 58 ss.
- 81 Art. 62 ap. 3. "El certificado no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares. No obstante, una vez expedido para ser utilizado en otro Estado miembro, el certificado producirá igualmente los efectos enumerados en el artículo 69 en el Estado miembro cuyas autoridades lo hayan expedido con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo".

este el carácter de *título válido* para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro<sup>82</sup>.

*Prof. Dr. Luis Mariano Robles Velasco.*

*Universidad de Granada*

*lmrobles@ugr.es*

---

82 Artículo 69. Efectos del certificado.

1. *El certificado surtirá sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial.*
2. *Se presumirá que el certificado prueba los extremos que han sido acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia. Se presumirá que la persona que figure en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado.*
3. *Se considerará que cualquier persona que, en virtud de la información contenida en un certificado, efectúe pagos o entregue bienes a una persona que figure facultada en el certificado para recibir tales pagos o bienes ha tratado con una persona autorizada para ello, a menos que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave.*
4. *Cuando una persona que figure facultada en el certificado para disponer de bienes de la herencia disponga de los mismos en favor de otra persona, se considerará que esta, si actúa en virtud de la información contenida en el certificado, ha tratado con una persona facultada para disponer de los bienes en cuestión, a menos que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave.*
5. *El certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letras k) y l).*



# Direito internacional e a aplicabilidade das normas jurídicas com ênfase no direito do mar

*Prof. Dr. Adherbal Meira Mattos*

## Introdução

O Direito Internacional aplica normas a fatos. A normatividade de Kelsen convive com a conduta de Cossio, com base nos princípios clássicos de efetividade, legitimidade e reciprocidade. Ao mesmo tempo, porém, acata a não-reciprocidade, a fim de favorecer os países emergentes em suas relações com os países centrais. Além disso, eis que Bobbio tacha o Direito de fato mutável, o que tangencia (ou fere?) a própria aplicabilidade das normas jurídicas.

Tudo isso ocorre dentro de parâmetros – Espaciais, Temporais, Formais, Pessoais e Materiais – valendo ressaltar, nestes últimos – Materiais – matérias exclusivas, reservadas e híbridas, o que deve ser levado em conta no estudo da aplicabilidade das normas jurídicas, tanto no plano mundial, como nos planos regionais. Maxime, quando se trata do Direito Internacional – hoje também Supranacional e Transnacional – um Direito reconhecidamente imperfeito (Savigny), em virtude de seu caráter sui generis.

A matéria é, pois, complexa, no espaço, no tempo, na forma e no plano pessoal e adequa-se, sem dúvida, ao Tema Central deste Encontro, ao envolver Cooperação, Integração e Globalização, no contexto das relações comerciais pós-modernas, intimamente ligadas ao fenômeno da Tecnologia (e da Nanotecnologia), nos mais diversos ramos jurídicos, como demonstraremos a seguir, enfatizando o Novo Direito do Mar.

## Análise de normas jurídicas

Em primeiro lugar, o plano de aplicação das normas jurídicas, leva em conta dois institutos que, aparentemente – somente aparentemente – se excluem.

Trata-se da Soberania e da Supranacionalidade. Esta, em vigor na União Europeia, com suas vantagens e desvantagens, gera, na realidade, uma Soberania Compartilhada, que não extinguiu as Soberanias Nacionais. Estas, em consequência, com base na noção de poder, estão presentes em todas as esferas geopolíticas, corroborando a teoria de Jellinek da Auto-Limitação.

Em segundo lugar, o Direito Internacional tanto abriga o Pacta Sunt Severanda, como a Rebus Sic Stantibus e a Cláusula Hardship, a despeito da ausência de codificação (que, a meu ver, é obvia, pelo desenvolvimento progressivo do Direito Internacional) e do caráter especialíssimo de suas sanções.

Em terceiro lugar, eis que surpresas emanam do contexto da ONU, a exemplo da flexibilidade de sua Assembleia Geral, em face do engessamento de seu Conselho de Segurança; pela estratégia dos países periféricos, em confronto com países centrais, ao criar e manter uma Organização Mundial do Comércio independente (embora próxima) da ONU; a exemplo da criação de novas áreas temáticas, encorajando novos órgãos, como o TPI, a CIDH e o TIDM; e a política estratégica no plano interamericano, dos emergentes contra o EUA, na frustrada tentativa de criação de uma ALCA (Área de Livre Comercio das Américas), de estrutura assimétrica e profundamente negativa ao seu desenvolvimento econômico e social.

Finalmente com base na assertiva de que o Direito Internacional APLICA normas a fatos, passo a uma análise sintética de vários ramos jurídicos, enfatizando o Direito do Mar. Eis alguns exemplos da importância do papel do Direito Internacional na APLICABILIDADE das normas jurídicas, no Direito Interno, levando em conta, naturalmente, o Direito Interno:

- No Direito Ambiental, os princípios da ECO/92 – (biodiversidade, mudanças climáticas, precaução, cooperação e outros, constantes das COPs) encontram guarida as legislações nacionais, a exemplo, no Brasil, CF (art. 225) e legislação ordinária (inclusive o Código Florestal).
- No Direito Espacial (Aéreo e Exterior), as Convenções das Nações Unidas foram recepcionadas pelas legislações nacionais dos países integrantes da ONU, a exemplo do Brasil, onde há a nítida distinção entre Soberania (Espaço Aéreo) e Não-Soberania (Espaço Exterior).
- No Direito Comercial Exterior, o Brasil, por exemplo, ratificou seus atos jurídicos, acatando o GATT, o GATS, o TRIMS e o TRIPS, na prática de suas relações comerciais, quanto a mercadorias, serviços, investimentos e propriedade intelectual;

- No Direito Nuclear, o Brasil aderiu ao TNP – como já o fizera com o Tlateloco – respeitadas as pegadas pacíficas de nossa Carta Magna, mas, gerando, contudo, um diálogo (Habermas) estruturalmente sólido (Hannah Arendt), anti-bético e de cunho eminentemente desenvolvimentista.
- No Direito Polar, o Brasil acatou os termos do Tratado de Washington/1959, disputando, a partir de 1975, uma fatia do bolo antártico, para fins de investigação científica.
- No Direito Internacional do Trabalho, há profundo equilíbrio entre as posições tomadas pela OIT e pelos países que a integram, a exemplo do Brasil, que, desde a Consolidação das Leis do Trabalho de 1945 e de suas alterações normativas, segue positivos princípios trabalhistas em busca da Paz Social entre Capital e Trabalho.
- No plano dos Direitos Humanos, tradicional é a contribuição brasileira, desde a Declaração Universal, de 1948, passando pelos Pactos de 1966, negociando, assinando e ratificando tratados e convenções sobre a matéria, que foi objeto de intenso acatamento por nossa Constituição Federal.
- O mesmo ocorre no Direito Penal, equilibrando o Interno ao Internacional (e vice-versa), o que se denota em institutos antigos (roubo, furto, homicídio) e em institutos modernos (lavagem de dinheiro). Às vezes, o Direito Interno avança mais rapidamente do que o Direito Internacional, como ocorre no caso do Terrorismo, envolvendo a natureza do crime, sua tipicidade, asilo e extradição. Outras vezes, temos medidas negativas de determinadas ONGs – como a Princess of Waves – que geraram o fatídico Navio do Aborto, dificultando a aplicabilidade de normas internas e internacionais.

Outros exemplos poderiam ser mencionados, mas, como prometi, deter-me-ei sobre o Novo Direito do Mar – um Novo Mare Clausum? – que trata de Soberania, Cooperação, Relações Comerciais, Tecnologia, Poder, etc., enfatizando a Convenção de Montego Bay, de 1982, que veio a ser deturpada por dois Acordos, de 1994 e de 1995, como se verá a seguir.

## **Aplicabilidade e direito do mar**

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Convenção da ONU/82, Convenção da Jamaica ou Convenção de Montego Bay) comprehende

um Preâmbulo, 17 Partes e 9 Anexos, além da Ata Final da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Num só documento, dispõe sobre Mar Territorial, Zona Contígua, Estreitos Utilizados para a Navegação Internacional, Estados Arquipélagos, Zona Econômica Exclusiva, Plataforma Continental, Alto Mar, Ilhas, Mares Fechados ou Semifechados, Estados sem Litoral, a Área, Meio Ambiente Marinho, Investigação Científica Marinha, Desenvolvimento e Transferência de Tecnologia Marinha e Solução de Controvérsias.

Quanto ao Mar Territorial (MT), fixou sua extensão até um limite de 12 milhas marítimas, onde o Estado Costeiro exerce plena soberania, que se estende ao espaço aéreo sobrejacente, ao leito e ao subsolo do mar. Seguindo a norma genebrina sobre a matéria, abrigou o instituto jurídico da passagem inocente (inofensiva), para todos os navios, de todos os Estados. O Brasil, Estado-Parte da Convenção, em consequência, revogou o Decreto-Lei nº 1.098/70, que dispunha sobre um mar territorial de 200 milhas marítimas, e promulgou a Lei nº 8.617/ 93, que estabeleceu um mar territorial de apenas 12 milhas marítimas.

A zona contígua também passou a ter 24 milhas a partir da linha base do mar territorial (na realidade, pois, 12 milhas marítimas), nos termos da Convenção da ONU/82 e, consequentemente, da Lei nº 8.617/93. Nela, o Estado costeiro poderá tomar todas as medidas de fiscalização necessárias para evitar e reprimir infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários, no seu território ou no seu mar territorial.

O regime jurídico de passagem pelos estreitos utilizados para a navegação internacional não afeta o regime jurídico das águas que o formam, nem o exercício, pelos Estados Costeiros, de sua soberania ou de jurisdição sobre as águas, seu espaço aéreo sobrejacente, leito e subsolo. A Convenção dispõe sobre o regime jurídico das águas dos estreitos, da liberdade de navegação e sobrevoo, da passagem em trânsito e da passagem inocente.

A Convenção normatiza sobre o regime jurídico das águas arquipelágicas, com base na soberania dos Estados Arquipélagos, salientando o direito de passagem inocente pelas águas arquipelágicas e o direito de passagem em trânsito pelas rotas marítimas arquipelágicas. O Estado Arquipélago, além de designar tais rotas, tem o direito de substituí-las. Pode, também, estabelecer sistemas de separação de tráfego, para a passagem segura de navios, os quais poderão, também, ser substituídos.

Na ZEE, o Estado Costeiro tem direitos soberanos para fins de exploração, aproveitamento, conservação e gestão de recursos naturais, renováveis ou não renová-

veis, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo. Exerce, também, jurisdição quanto à colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas, à investigação científica marinha e à proteção do meio marinho. Sua extensão é de 200 milhas marítimas, a partir da linha de base do mar territorial (na realidade, pois, 188 milhas marítimas). Os demais Estados gozam, na ZEE, das liberdades de navegação, de sobrevoo e de colocação de cabos e oleodutos submarinos. O Estado costeiro fixa as capturas permissíveis dos recursos vivos de sua ZEE e determina sua capacidade de captura. Quando não puder efetuar a totalidade da captura permissível, dará acesso a outros Estados ao excedente dessa captura, conforme condições estabelecidas em acordos entre as partes.

A plataforma (PC) do Estado Costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas (continentais ou insulares) além do seu mar territorial, até, em princípio, uma distância de 200 milhas marítimas. A Convenção admite, porém, uma extensão maior (350 milhas marítimas), objeto de pretensão do Brasil junto à ONU, com base no Pré-Sal (petróleo) e na elevação do Rio Grande (pesquisa), através do LEPLAC (Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira). O Estado Costeiro exerce direitos exclusivos de soberania sobre a plataforma, para fins de exploração e aproveitamento de seus recursos naturais. Compreendem, estes, os recursos minerais e outro recursos não vivos do leito do mar e subsolo e os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias, que, ao período de captura, estão imóveis ao leito ou subsolo ou só podem mover-se em constante contato físico com esse leito ou subsolo. Tais direitos não afetam o regime jurídico das águas sobrejacentes ou do espaço aéreo acima dessas águas, nem a navegação e outras liberdades dos demais Estados, como a colocação de cabos e dutos submarinos. Os Estados Costeiros têm o direito de regulamentar a investigação científica marinha, a proteção do meio marinho, bem como a construção, operação e uso de ilhas artificiais, instalações e estruturas. Para tornar os limites marítimos do país compatíveis com a Convenção da ONU, o Brasil promulgou a Lei nº 8.617/93. Convenção e Lei falam em exercício de direitos de soberania sobre a plataforma para exploração e aproveitamento de seus recursos naturais. O mesmo ocorre na ZEE. No Mar Territorial, entretanto, há plena soberania. Tudo, de acordo com a atual Constituição Federal, que considera bens da União o mar territorial (art. 20, VI) e os recursos naturais da plataforma e da ZEE (art. 20, V)

No alto-mar não há exercício de soberania. *Res Communis* (e não *res nullius*), ele compreende todas as partes equóreas não incluídas na ZEE, no mar territo-

rial ou nas águas interiores de um Estado, nem nas águas arquipelágicas de um Estado Arquipélago. Segundo a Convenção, as grandes liberdades do alto-mar são a liberdade de navegação, de pesca, de sobrevoo, de colocação de cabos e dutos submarinos, de construção de ilhas artificiais e de investigação científica. A Convenção analisa hipóteses de abalroamento, de assistência, de proibição de transportes de escravos, de cooperação na repressão da pirataria, e tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de transmissões não autorizadas, de direito de perseguição, etc. A Convenção dispõe, ainda, sobre conservação e gestão dos recursos vivos do alto-mar, estabelecendo princípios legais sobre a pesca e cooperação na conservação e gestão dos recursos vivos do alto-mar.

A Convenção/82 define ilha como a formação natural de terra, rodeada de água, que fica a descoberto na preamar. As ilhas possuem mar territorial, zona contígua, ZEE e plataforma continental. Contudo, as ilhas artificiais, instalações e estruturas, ZEE e na plataforma, não têm o estatuto jurídico de ilhas. O mesmo ocorre com relação a instalações e equipamento de investigação científica no meio marinho.

Para a Convenção, mar fechado ou semifechado significa um golfo, bacia ou mar, rodeado por dois ou mais Estados e comunicando com outro mar ou com outro oceano, por uma saída estreita, ou formado, inteira ou principalmente, por mares territoriais e zonas econômicas exclusivas de dois ou mais Estados Costeiros. A cooperação entre Estados Costeiros de mares fechados ou semi-fechados (diretamente ou através de uma organização) importa em coordenar a conservação, gestão, exploração e aproveitamento dos recursos vivos do mar, em desenvolver políticas de investigação científica marinha, em empreender programas conjuntos de investigação científica, etc.

Desde o inicio do século surgiram Declarações, Convenções e Projetos de interesse dos Estados sem Litoral. A Convenção da ONU/82 trata do Direito de Acesso ao Mar e a Partir do Mar dos Estados sem Litoral e Liberdade de Trânsito, que têm o direito de acesso ao mar e a partir do mar para o exercício de seus direitos, incluindo os relativos à liberdade do alto-mar e ao patrimônio comum da Humanidade. Gozam, também, de liberdade de trânsito pelo território dos Estados de trânsito, através de todos os meios de transporte. Finalmente, os Estados sem Litoral (e os Estados geograficamente desfavorecidos) participarão, numa base equitativa, ao aproveitamento dos excedentes dos recursos vivos das zonas econômicas exclusivas dos Estados costeiros da mesma região ou sub-região e em projetos de investigação científica marinha propostos a Estados costeiros.

Conforme a Convenção, a Área (com seus recursos) é patrimônio comum da Humanidade. Este é um dos princípios básicos que regem a Área, ao lado da cooperação, fins pacíficos, investigação científica marinha, transferência de tecnologia e proteção do meio marinho. A Convenção dispõe sobre o aproveitamento dos recursos da Área, seus órgãos, solução de controvérsias e pareceres consultivos. O papel da Autoridade (Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos) é fundamental, em termos de políticas de produção, sendo os minerais extraídos da Área alienados através dela, o que pode gerar distorção do princípio de patrimônio comum da Humanidade. Os órgãos principais da Autoridade são a Assembléia, o Conselho, o Secretariado e a Empresa. Sintetiza, esta, o poder da Autoridade e, pelo seu Estatuto, atua através de um Conselho de Administração e de um Diretor Geral. A Convenção elenca os seguintes meios para a solução de controvérsias: meios pacíficos, inclusive, conciliação; Tribunal Internacional do Direito do Mar (enfatizando sua Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos, incompetente, porém para se pronunciar sobre o exercício, pela Autoridade, de seus poderes discricionários); Tribunais Arbitrais; Tribunais Arbitrais Especiais; e a CIJ.

A parte XII da Convenção trata da proteção e preservação do meio marinho, em termos de cooperação; assistência técnica; controle sistemático e avaliação ecológica; regras internacionais e legislação nacional para prevenir, reduzir e controlar a poluição no meio marinho; execução de normas; garantias; e responsabilidade. A cooperação é analisada no plano mundial e regional, pelos Estados, diretamente, ou por meio de organizações internacionais (notificação de danos, programas de investigação, troca de informações, etc), merecendo destaque, no setor, as Conferências do ACOPS (*Advisory Committee on Protection of the Sea*). Os Estados, diretamente ou por meio de organizações, prestarão assistência científica e técnica aos países em desenvolvimento. Há, também, controle sistemático e avaliação ecológica, quanto aos riscos ou efeitos de poluição. A Convenção trata da poluição de origem terrestre, da poluição proveniente de atividades relativas aos fundos marinhos sob jurisdição nacional, da poluição proveniente de atividades na Área, da poluição por alijamento, da poluição proveniente de embarcações e da poluição decorrente da atmosfera. Finalmente, prevê, a Convenção, como garantias para facilitar os procedimentos, a audiência de testemunhas, a apresentação de provas, em geral, e o exercício do poder de polícia dos Estados.

Todos os Estados e organizações têm o direito de realizar investigação científica marinha, respeitados os direitos dos outros Estados e organizações, com base

nos seguintes princípios: realização com fins exclusivamente pacíficos; efetivação por métodos científicos compatíveis com a Convenção; não interferência com outras utilizações legítimas do mar; e respeito à proteção do meio marinho. A cooperação internacional respeitará a soberania dos Estados, através de informações, por meio de acordos bilaterais ou multilaterais. A realização e promoção da investigação científica marinha é analisada, pela Convenção, no mar territorial, na ZEE, na plataforma continental, na Área e no alto-mar, sendo que, nos três primeiros casos, os Estados costeiros têm o direito de autorizar sua condução por outros Estados, como decorrência de sua soberania. A colocação e utilização de instalações e equipamento de investigação científica no meio marinho são legais, mas não têm o estatuto jurídico de ilhas, não afetando, sua presença, a delimitação do mar territorial, da ZEE e da plataforma do Estado costeiro, e nem as rotas de navegação internacional. Em volta dessas instalações, porém, podem ser estabelecidas zonas de segurança de largura razoável, que não excedam uma distância de 500 metros. Estados e organizações são responsáveis por seus atos, pagando indenização pelos danos causados, sendo as controvérsias解决adas pelas partes ou através do Tribunal Internacional do Direito do Mar, dos Tribunais Arbitrais, dos Tribunais Arbitrais Especiais e da CIJ. Os Estados, por si ou através de organizações, promoverão o desenvolvimento e transferência de tecnologia marinha a todos os Estados interessados e aos países em desenvolvimento, quanto à exploração, aproveitamento, conservação e gestão de recursos marinhos, à proteção do meio marinho e à investigação científica marinha. As formas de cooperação internacional compreendem programas e o estabelecimento de centros de investigação científica e tecnológica da marinha.

A Convenção da ONU, em sua Parte XV, trata da solução de controvérsias, em três Secções. Na Secção 1, fala em meios pacíficos, enfatizando o papel da conciliação. Na Secção 2, prevê procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias. Trata-se do Tribunal Internacional do Direito do Mar (que conta com uma Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos) de Tribunais Arbitrais, Tribunais Arbitrais Especiais e da CIJ, que terão plena jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da Convenção. Na Secção 3, a Convenção dispõe sobre limites e exceções à aplicação da Secção 2, o que enfraquece a escolha dos procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias.

Quanto aos limites, temos controvérsias quanto ao exercício, por um Estado Costeiro, dos seus direitos soberanos e ao tocante à investigação científica e à pesca. Quanto às exceções, temos hipóteses de delimitação de zonas marítimas

e de atividades militares, além das controvérsias a respeito das quais o Conselho de Segurança da ONU estiver exercendo suas funções. Inúmeras foram as controvérsias ocorridas nos espaços marinhos, envolvendo navios de guerra e privados, direito de visita e perseguição, abalroamento, poluição, etc. A solução nem sempre foi legítima, por ausência de normas ou pela inexistência de um órgão julgador. Com a Convenção da ONU, há esferas próprias para solução de tais controvérsias, a despeito dos aspectos negativos de sua Secção 3.

Antes da Convenção, inúmeras foram as controvérsias internacionais mal-resolvidas ou não-resolvidas, a exemplo de Cunard x Mellon, Wildenhuss, Winbledon, Torrey Canyon, Amoco Cadiz, Onassis, Lotus, Panay, Corfu, etc. Com o TIDM, há vários casos解决ados ou encaminhados, isto é, objeto de resoluções definitivas ou de medidas provisórias, inclusive, um sobre pesca (tema objeto do Acordo de Nova York/95, entre Chile e CEE).

Marcante tem sido a atuação do Mestre Vicente Marotta Rangel no Tribunal, através de medidas provisórias ou de resoluções definitivas. Na segunda hipótese, (prompt releases), inter alia, podemos citar Caso Camouco (Panamá x França); Caso Monte Confurco (Seychelles x França); Caso Grand Prince (Belize x França); Caso Volga (Rússia x Austrália); Caso Juno Trader (São Vicente e Granadinas x Guiné Bissau); Caso Hossinmaru (Japão x Rússia); e Caso Tominaru (Japão x Rússia). Na primeira hipótese (provisional measures), inter alia, o Caso Mox (Irlanda x UK); Caso Ara Libertad (Argentina x Ghana), e Caso Artic Sunrise (Países Baixos x Rússia).

Excelente é a contribuição da Convenção de Montego Bay quanto à aplicabilidade das normas jurídicas nela expostas, em equilíbrio, com o Direito Interno dos países que a ratificaram, como o Brasil. Dois são os instrumentos de IMPLEMENTAÇÃO da Convenção. O primeiro trata da Parte XI / 94 (Área) e o segundo – Acordo de Nova York/95 – da conservação e ordenação das populações pesqueiras (peixes transzonais e migratórios). Ambos, a meu ver, não só deturparam a Convenção, como dificultaram o equilíbrio necessário a aplicabilidade das normas jurídicas, contrariando a eficácia normativa da citada Convenção.

O Acordo sobre a Implementação da Parte XI da Convenção – documento conhecido como Boat Paper – alterou as funções da Autoridade, do Conselho e da Empresa, após consultas feitas às Partes Contratantes da Convenção pelo Secretariado da ONU, envolvendo problema dos custos, Conferências de Revisão, transferência de tecnologia, limitação de produção, fundo de compensação, problemas ambientais, etc., com ênfase no poder de decisão do Conselho e da Empresa.

A Assembléia Geral da ONU, através da Resolução nº 48/263, de 28 de julho de 1994, aprovou o Acordo sobre a Implementação da Parte XI da Convenção. Acordo e Parte XI seriam aplicados como um só documento, conforme consta dos consideranda da citada Resolução, que de maneira profundamente estratégica, estabeleceu que futuras ratificações, confirmações formais ou adesões à Convenção significariam aceitação do Acordo, e que qualquer aceitação do Acordo importaria em prévia aceitação da Convenção. É o que se deduz do art. 2º do Acordo, onde suas disposições prevalecem sobre as da Convenção, além de seu art. 4º, 2, ao cogitar de um Estado obrigar-se pelo Acordo com manifestação simultânea de consentimento em obrigar-se pela Convenção, envolvendo não apenas os Estados-Partes, mas as próprias Organizações Internacionais (art. 8º do Acordo) e art. 305 da Convenção. Foi, sem dúvida, uma forma inteligente – embora discutível - de atrair grandes potências à Convenção, inclusive, membros do Big Five, além da União Européia e de países do quilate do Japão, África do Sul, Itália e Alemanha, em termos de aplicação provisória. Os EUA não são parte da Convenção, o que não ocorre com a Rússia, Reino Unido, França e China. Todos, porém, do BIG FIVE, aceitam, hoje, um MT de 12 mm.

O Acordo reforçou o papel da Autoridade, se examinarmos – e unirmos – os aspectos pontuais constantes das nove Seções do Anexo, em termos de custos, de planos de trabalho, de políticas gerais (inclusive de produção), de assistência econômica e de cláusulas contratuais. A Autoridade é – e continua sendo – o órgão poderoso do G-7, com amplos poderes de organizar e de controlar as atividades na Área (Anexo, Seção 1,1). Processa, por isso, os pedidos de aprovação dos planos de trabalho da Área, monitora o cumprimento desses planos, examina as tendências mercadológicas da Área, estuda o impacto potencial da produção mineral da Área sobre a economia dos Estados, adota normas e procedimentos para a proteção do meio ambiente marinho, promove a condução da pesquisa científica marinha e adota tecnologias, próprias ao meio ambiente marinho.

Além disso, prevê o Acordo que os Estados e Entidades, mesmo em caráter provisório, componham a Autoridade, com obrigações idênticas aos demais membros (permanentes), o que inclui a obrigação de contribuir para o orçamento administrativo da Autoridade e o direito de patrocinar solicitações de aprovação de planos de trabalho para exploração (Seção 12, c, i, ii). Uma vez mais, nota-se a ênfase concedida aos planos de trabalho para exploração da Área. Os operadores serão obviamente, representantes de países centrais, numa holding, da qual auferirão lucro, em detrimento dos interesses dos países periféricos.

A Autoridade terá seu próprio orçamento (Seção L, 14) adotando normas, regulamentos e procedimentos (o que envolve teoria e prática), com ou sem a atuação do Conselho (Seção 1, 14 e 15). Mesmo no caso de medidas tomadas pelo Conselho, em caráter sempre provisório, através de relatórios e recomendações, cabe à Autoridade desempenhar, também, as funções da Empresa – até que a mesma opere diretamente – sob fiscalização da própria Autoridade, o que envolve uma série de medidas que, uma vez mais, corrobora a tese da sólida presença de Autoridade.

Aí estão incluídas funções da mais alta importância, como o acompanhamento das atividades de mineração dos fundos marinhos; condições do mercado de metais e seus preços; avaliação da condução da pesquisa científica marinha; controle do impacto ambiental; dados referentes à prospecção e exploração; avaliações tecnológicas; avaliação de informações; estudos das opções de políticas de gestão, etc (Seção 2, 1). Em consequência, as políticas de decisão serão estabelecidas pela própria Autoridade, embora em colaboração com o Conselho, o que enfraqueceu a atuação da Assembléia, originariamente prevista como órgão supremo da Entidade, em princípio, por consenso, mas, também, por meio de votação prevista no Acordo (por exemplo, maioria de dois terços).

A política de produção da Autoridade baseia-se nos seguintes itens: aproveitamento dos recursos da Área segundo princípios comerciais sólidos, em princípio, as atividades na Área não serão subsidiadas; não haverá acesso preferencial aos mercados para os minerais extraídos da Área; e os planos de trabalho obedecerão a cronogramas devidamente aprovados pela Autoridade, cuja política é ampla e abrangente (Seção 6), o que permite a assistência econômica (Seção 7) a países em desenvolvimento através da criação de fundos de assistência, principalmente, no caso de serem suas economias seriamente afetadas pela exploração de minerais dos fundos marinhos. O alcance e a duração dessa assistência serão determinados em cada caso, o que uma vez mais comprova o interesse (e a hegemonia) dos países de economia cêntrica, em detrimento dos países emergentes. E mais: a noção de patrimônio comum da humanidade foi grandemente modificada pelo Acordo, tendo em vista os termos da Convenção.

A Autoridade ainda exerce prerrogativas no tocante às cláusulas financeiras dos contratos relativos à exploração na Área – protegida, inclusive, por um Comitê de Finanças estabelecido pelo Acordo – quanto a sistema de pagamentos; a taxas de pagamentos, mineração marinha, em equilíbrio com as taxas de pagamentos utilizadas na mineração terrestre; ausência de imposição de custos

administrativos à Autoridade (e ao próprio contratante), o que enseja a adoção de um sistema de royalties e periódica revisão do sistema de pagamentos à luz das alterações das circunstâncias, de forma não discriminatória, sempre de comum acordo entre Autoridade e contratante.

O Acordo, em seu Preâmbulo, reafirma os princípios político-jurídicos da Convenção, em termos de liberdade dos fundos marinhos, mas acabou por deitar par a nação de patrimônio comum da humanidade – a qual, de certa forma, já demonstrara desequilíbrio entre “recursos” e “minerais” – no intuito de facilitar a participação universal na Convenção, o que também consta do Preâmbulo. Daí redundou o comprometimento de implementar a Parte XI da Convenção, em conformidade com o Acordo e, também, que as disposições do Acordo e da Parte XI seriam interpretadas e aplicadas conjuntamente como único instrumento, sendo que “em caso de qualquer inconsistência entre este Acordo e a Parte XI, as disposições deste Acordo prevaleceriam” (Acordo, art. 2º).

Dois documentos integram o Boat Paper: O primeiro (Texto) reafirma que Acordo e Convenção (Parte XI) constituem um só instrumento legal, prevalecendo as provisões do Acordo sobre as da Parte XI. Além disso, futuras ratificações ou adesões à Convenção importarão em aceitação do Acordo, sendo que a aceitação da Convenção precederá à aceitação do Acordo. O segundo (Anexo) compõe-se de 9 Seções, incluindo custos, presente o poder de decisão da Autoridade – por meio da Empresa – sobre exploração e exploração dos recursos minerais da Área. Cogita, também, de um comitê financeiro, com vistas a contratos entre Autoridade e Estados; de transferência de tecnologia, inclusive mediante Joint Ventures; e da realização de uma Conferência de Revisão (art. 155 §§ I, 3º e 4º).

Em síntese, o Acordo acarretou mudanças no processo decisório, pois a Assembléia, prevista como órgão supremo, enfraqueceu perante o Conselho, o qual, por sua vez, também sofreu modificação em sua estrutura, composta de duas Câmaras envolvendo matérias orçamentárias, administrativas e financeiras. Houve, também, mudança na Empresa, que passou a atuar somente através de Joint Ventures. Por último, houve favorecimento dos interesses dos países centrais, com o enfraquecimento dos países periféricos, em razão da transferência de tecnologia ter deixado de ser obrigatória, como dispunha a Convenção, gerando desequilíbrio em suas reações comerciais.

O outro instrumento de Implementação da Convenção de Montego Bay que, a meu ver, também dificulta o equilíbrio necessário a aplicabilidade das

normas jurídicas é o Acordo de Nova York, que trata da conservação e ordenação das populações pesqueiras – peixes transzonais e migratórios – citando o art. 63 da Convenção, que compreende as ZEEs de dois ou mais Estados e a zona exterior e adjacente a uma ZEE, o que envolve populações não somente da ZEE, como populações existentes entre ZEE e AM.

O Acordo, em seus Princípios Gerais (Parte II, art. 5º), combate práticas não-conservacionistas de populações pesqueiras da ZEE em hipóteses de migração para o AM; prevê estratégias para o controle da pesca em escala mundial através de novos instrumentos internacionais (que não menciona); trata da cooperação entre os Estados para tal efeito; defende a prática de uma pesca responsável; respeita o ambiente marinho; dispõe sobre assistência financeira, técnica e científica; sintetiza os deveres do Estado de bandeira em termos de pesca em AM através da investigação de infrações, assim como de medidas adotadas pelo Estado do porto; e reconhece as necessidades dos Estados em desenvolvimento.

Ariel Ricardo Massi, contudo, vislumbra, no conjunto do Acordo, uma sucessão de políticas estatais sob pretexto da conservação dos recursos vivos do AM por países centrais, contra países periféricos, através de forças especiais, assegurando, assim, o acesso privilegiado a tais recursos, o que – segundo ele – EROSIONOU seriamente o Direito do Mar da Convenção, no que diz respeito à liberdade de pesca em AM. O Acordo não tem aplicação universal e é complementado pelos seguintes processos normativos posteriores:

1 – Plano de Ação Internacional da FAO/2001, com a finalidade de prevenir, diminuir e eliminar a pesca ilegal, não declarada e não-regulamentada.

2 – Conferência de Queenstown Sobre Pescarias de Profundidade (Nova Zelândia/2003), onde observamos dois pontos centrais. O primeiro, trata da apropriação dos recursos vivos do Alto Mar, através de uma força especial, a “High Seas Task Force”, de 2006, com a ostensiva presença do WWF e da OCDE (o que denota a iniciativa política de países centrais). O segundo ponto é o Informe “Closing the Net”, também de 2006, com vistas ao fortalecimento do controle internacional da pesca; ao estabelecimento de um sistema global de informações sobre navios em AM; a conhecimentos científicos sobre pesquisa de pescarias em AM; à promoção de tecnologias; maior governança do AM; e, sem maiores detalhes, maior atenção aos interesses dos países periféricos.

3 – Acordo sobre Medidas do Estado do Porto Destinadas a Prevenir, Diminuir e Eliminar a Pesca legal, Não- Declarada e Não – Regulamentada. Nota-se,

aqui, a repetição dos termos do Plano de Ação Internacional da FAO. Trata-se do Acordo AERP/2009, que atribui ao Acordo de Nova York alcance de norma consuetuária de alcance universal, precisamente pela ausência de alcance convencional propriamente dito. Trata de portos, barcos e comércio, com base em cooperação e em informações, concluindo pela abolição de pescas ilegais, que atingiriam 70% do total do volume pesqueiro mundial.

A Convenção, como vimos, em seu Preâmbulo, em suas 17 Partes, Anexos e Ata Final, analisou toda a sistemática da pesca, ao tratar da conservação de recursos vivos, das capturas permissíveis, dos métodos de pesca, da concessão de licença aos pescadores, dos equipamentos de pesca, da fixação de quotas de captura, das épocas e zonas de pesca, da transferência de tecnologia de pesca, das populações de peixes anádromos e das espécies migratórias, catádromas e sedentárias.

A Convenção acata a pesca como uma das liberdades do AM (art. 87) e cuida da proteção e preservação do meio marinho (art. 192), afastando o pressuposto da inegociabilidade dos recursos vivos do mar. Esse detalhe, aliás, já constava de inúmeras normas anteriores à Convenção, com relação a crustáceos (1952), caça às baleias (1931 – 1946 – 1970), atum (1966), em diversas áreas, a exemplo do Pacífico Norte (1957), do Mediterrâneo (1963), do Sudeste da Ásia e Índia (1967) e do Mar de Bering (1970)). No Brasil, o Programa REVIZEE trata de recursos pesqueiros e da pesca artesanal e industrial.

A Convenção criou um novo Direito do Mar, onde a soberania plena (Mar Territorial) convive com direitos soberanos sobre riquezas renováveis e não-renováveis de certas regiões (Zona Econômica Exclusiva) e com a ausência de soberania (Alto Mar). Trata de inúmeros institutos normativos, onde a pesca é uma das grandes liberdades do AM, para todos os Estados, centrais e/ou periféricos. Liberdade, porém, não é anarquia, comportando certas restrições (pirataria, comércio ilegal de drogas, tráfico de pessoas e, no caso especial da pesca, controle e proteção).

O Acordo de Nova York, sobre certo tipo de pesca, apresenta políticas para seu controle em escala mundial, mas limitou a liberdade de pesca em AM, através da apropriação dos recursos marinhos por forças estatais especiais, prejudicando os países emergentes. É o que se deduz do conjunto normativo emanado do Acordo e de seus atos posteriores (a exemplo da Conferência de Queestown), alteração que fere a Convenção, contraria o princípio do Mare Liberum de Grotius e viola o Direito Internacional.

Com efeito, o Plano Internacional de Ação da FAO, retro citado, cometeu equívoco técnico-jurídico ao igualar a pesca não – regulamentada à pesca ilegal. O Acordo AERP/2009 cometeu o mesmo erro, seguido pela Conferência de Queenstown, da qual emanaram aquelas forças estatais especiais, com vistas à apropriação de recursos marinhos. É o que consta da mencionada High Seas Task Force e do seu Informe Closing the Net, favorecendo “países líderes” com atitudes hegemônicas que permitem a aplicação de sanções econômicas. Trata-se de privilégio concedido a um grupo minoritário de países industrializados (daí a anterior menção à OCDE), que exerce, a seu talante, pressão sobre a pesca em geral, através de poderosas Organizações Regionais de Ordenação Pesqueira (OROPs), cuja ação foi consolidada pelo mencionado Informe.

À primeira vista, o Informe Closing the Net parece defender a liberdade de pesca em AM, ao cogitar do controle de pescarias e da maior governança do alto mar, combatendo a pesca ilegal, a pesca não-declarada e a pesca não-regulamentada (INDNR), que considera crime ambiental de caráter predatório, resultante de pirataria, suborno e corrupção. Na realidade, porém, é favorável à ação de países desenvolvidos (Austrália, Reino Unido, Canadá), que, ao invés de punir os financiadores de atividades pesqueiras ilícitas, expulsam os países em desenvolvimento do mercado, através de radares marinhos, controle aéreo (drones, cuja utilização ainda não foi regulamentada) e fiscalização de portos, por meio de uma tecnologia de ponta que os países periféricos não possuem. Daí a anterior menção a forças especiais e a países líderes, os reais responsáveis pelo desrespeito a uma liberdade fundamental do AM, a liberdade de pesca – sob pretexto de conservação dos recursos vivos do alto mar – o que contraria princípio básico do Direito Internacional (Consuetudinário e Convencional) e agride os interesses comerciais dos países periféricos.

Eis porque Ariel Ricardo Mansi adverte para a supressão da liberdade de pesca em AM. Pessoalmente, afasto a tese da supressão, adotando a da LIMITAÇÃO, até porque o Acordo não se refere a pesca em geral e, pelo art. 63 da Convenção, complementado pelo art. 64 (espécies altamente migratórias), o Estado Costeiro e os Estados pesqueiros é que deverão concertar as medidas necessárias à proteção e conservação de suas populações pesqueiras, diretamente ou através de organizações competentes. Lembro que o próprio art. 4º do Acordo respeita os direitos, a jurisdição e as obrigações dos Estados – de todos os Estados – nos termos da Convenção, cuja força normativa suplanta à do Acordo, conforme a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados/69. E,

finalmente, como o Acordo trata de implementação, adito os seguintes itens básicos da Convenção em defesa da minha tese: o Direito de Pesca (Parte VII, Secção 2, art. 116), a Liberdade de Pesca (Parte VII, Secção 1, art. 87) e a Proteção e Preservação do Meio Marinho (Parte XII, art. 192).

## Conclusão

No plano da validez material do Direito Internacional esta análise da APLICABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS tratou de matérias exclusivas do Direito Internacional, de matérias reservadas e de matérias híbridas.

No plano da validez formal, não comentei a teoria dualista de Triepel e de Anzilotti, nem a teoria monita de Kelsen e de Mirkine Ghétzévitch (com suas correntes constitucionalistas e internacionalistas), partindo do pressuposto – principalmente no Direito Internacional Pós-Moderno – de que a noção prática de EQUILIBRIO NORMATIVO sobrepõe-se à noção teórica de PRIMADO/SUPREMACIA, com vistas à necessária e inabstraível COEXISTÊNCIA. Assim sendo:

- 1 – Levando- se em conta o Direito Internacional e o Direito Interno, eis que a APLICABILIDADE das normas jurídicas parte do pressuposto da negociação, assinatura, ratificação, registro, publicação (com ou sem reservas), denúncia, etc. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados/ 69 deixa tudo isso definitivamente claro.
- 2 – Trata-se do respeito ao Direito e, consequentemente, de sua vocação vinculante em termos de Norma, Conduta e/ ou Fato Mutável, vencendo a ANOMIA através da EUNOMIA, pois a obra humana, justamente por ser humana (pondera o Autor da Imitação de Cristo) dificilmente apresenta-se perfeita.
- 3 – A APLICABILIDADE, no caso, busca o equilíbrio (o que não é pouco) entre normas jurídicas de parâmetros espaciais, temporais, formais, pessoais e materiais, com vistas à COEXISTENCIA, no dispersivo plano do atual mundo centralizado e globalizado.
- 4 – Indispensável, a meu ver, é o respeito ao instituto da Soberania – sem esquecer sua convivência com a Supranacionalidade – levando-se em

conta o Estado-Poder e o Estado-Subjectus, no contexto da Nova Ordem Mundial multifacetada e seu estreito relacionamento com uma diversificada da Sociedade Civil.

5 – O raciocínio é válido para todas as normas jurídicas retro citadas. No caso do Direito do Mar, elogável é a análise objetiva da Convenção de Montego Bay – pesquisando a imensidão, inércia, impermanência e isotropia do Mar (Pierre Royer). A fixação dos limites do Mar Territorial, da Zona Contígua, da Zona Exclusiva de Pesca e da Plataforma Continental, inter alia, são detalhes decisivos à ação e ao diálogo, ao lado da preocupação com investigação científica marinha, solução pacífica de controvérsias, meio ambiente marinho e direitos dos países em desenvolvimento.

O mesmo não ocorre, porém, com os retro citados, Acordos de 1994 (Parte XI) e de 1995 (Nova York). Realmente, no caso do Acordo de Implementação da Parte XI (Área), o princípio do patrimônio comum da humanidade foi literalmente alterado, houve o enfraquecimento da Empresa e a transferência de tecnologia deixou de ser obrigatória, em prejuízo dos emergentes.

No caso do Acordo de Nova York, teoricamente, os Princípios Gerais de seu art. 5º são positivos. É inadmissível, porém, a limitação da liberdade de pesca em AM, mesmo não se tratando de pesca em geral, mas de determinado tipo de pesca. Assim, a apropriação de recursos marinhos por “forças especiais” de “países centrais” (constante da Conferência de Queenstown, de 2003, integrante do Acordo, de 1995) conflita com a Convenção, ao desrespeitar uma das grandes liberdades do Alto Mar, o que é juridicamente inaceitável e prejudica as relações comerciais dos países periféricos.

Resulta, daí, a necessidade de maior participação dos emergentes em reuniões de Órgãos das Nações Unidas sobre a temática, através, inclusive, de declarações interpretativas (pois o Acordo não admite reservas), ao lado de iniciativas em matéria de diplomacia oceânica, como a Comissão Mundial Independente para os Oceanos, de Portugal e a contribuição do Brasil, através do REVIZEE. Levando-se em conta as mudanças (Erik Jayme), as diferenças (Bobbio) e o respeito ao Social (Piketty), no contexto da globalizada Nova Ordem Mundial.

## **Referências bibliográficas**

**MENSI**, Ariel Ricardo. In La Convencion de las Nationes Unidas sobre el Derecho del Mar, frente a los Cambios Originados en el Acuerdo de Nova York (1995) y Otros Processos Posteriores, in Direito do Mar – Desafios e Perspectivas, em homenagem a Vicente Marotta Rangel. Org. Wagner Menezes, Arraes Editores. CEDMAR-USP. Belo Horizonte, 2015.

**MEIRA MATTOS**, Adherbal – O Novo Direito do Mar, 2º Ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2008.

**PUREZA**, José Manuel – O Patrimônio Comum da Humanidade. Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?; Ed. Afrontamento, Porto, 1998.

**RANGEL**, Vicente Marotta – Brazilian Law of the Sea, in Revista da Faculdade de Direito, vol. LXVIII, RT, S. Paulo, 1963.

**ROYER**, Pierre – Géopolitique des Mers et des Océans, Presses Universitaires de France, Paris, 2012.

# Visión casuística del comportamiento de los inversores financieros en Roma unidos por un vínculo societario: sus redes de comunicación

The current outlook of financial investors' behaviour in Rome, bounded by a partnership agreement as liable parties: their communications' networks

*Maria teresa garcia ludeña  
Notaria, doctora en derecho*

## Consolidación de sus redes de comunicación sobre la base de un vínculo familiar.. relaciones de clientela

A finales de la República, e incluso comienzos del Imperio, la mayoría de los negocios financieros, con frecuencia separados de la actividad puramente comercial, no comportaban gran número de socios<sup>1</sup>, aun cuando tuvieran por objeto considerables cantidades de dinero.

Respecto negocios de esta índole, debemos tener en cuenta como premisa la distinción siguiente: En el caso en el que los socios son financiera y socialmente desiguales, de suerte que uno de ellos sea comanditario, mientras que los otros, aportando trabajo e industria, aseguran la gestión de la empresa de tal modo constituida. En los ejemplos disponibles, se constata la postura más frecuente: o que los socios socialmente inferiores son los *libertos*<sup>2</sup> (sería más insólito que fueran

---

1 En contraste con las societas publicanorum.

2 Gayo dice: “*Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini, qui ex iusta servitute manumissi sunt.*”

esclavos); o bien que fueran los *ingenuos*<sup>3</sup> que no llevaran el mismo apellido o elemento patronímico alguno coincidente con el socio principal. En tal supuesto, sería extraño que llevaran el mismo apellido o que fueran parientes. Es evidente que tal circunstancia repercute directa o indirectamente en la determinación y efectividad de las responsabilidades generadas en el seno de las mismas.

Pero, por otra parte, tomemos en cuenta tres o cuatro ejemplos de sociedades financieras aristocráticas. Hagamos alusión al supuesto de *Crassus*, a quien Cicerón se dirige en la Sexta Paradoja de los Estoicos<sup>4</sup>. Revisando todas las actividades a las que se consagraba para enriquecerse, Cicerón le reprocha el que se haya asociado *cum servis, cum libertis, cum clientibus* y les envíe para hacer pillaje en las provincias y arruinarlas por medio de usura (*dimissiones libertorum ad deferendas diripiendasque provincias*)<sup>5</sup>. En la medida en que llevaba a cabo importantes negocios financieros llevado por su ambición —pudiéndose calificar como “*quaestuosus*”—, no parecía que Craso mantuviera ninguna relación estrecha de índole financiera con sus parientes, a menos que algunos de ellos formase parte de su clientela. Incluso siendo efectivamente así, resulta interesante comprobar cómo Cicerón los toma en consideración por su condición de clientes y no de parientes.

3 Ingenuo es la persona que nunca ha estado sometida a esclavitud. La calidad de ingenio se adquiere por el nacimiento y en el patrimonio el hijo sigue la condición jurídica del padre, fuera del matrimonio, la de la madre.

En referencia a los mismos, afirma Horacio: “*Liber et ingenuus, praesertim census equestrem*”.

4 La VI paradoja (*Que sólo el sabio es rico*) está dirigida contra M. Licinio Craso, triunviro y el hombre más rico de su tiempo de lo que se gloriaba. Como en la anterior paradoja mueve su reflexión Marco Tulio en un doble plano: el de «*la riqueza de ánimo*» versus «*riqueza de propiedades*». Conviene que te juzgue rico tu ánimo, no el decir de los hombres, ni tus posesiones ¡Estás saciado y aun contento de dinero!, concedo, eres rico; pero si por la avidez de dinero ningún negocio reputas vergonzoso cuando en ese orden puede, ciertamente, haber alguno no honesto; si todos los días defraudas, engañas, pides, pactas, quitas, robas; si despojas a tus socios; hurtas al Erario; si esperas los testamentos de los amigos, o no los aguardas, ciertamente, pero los supones, ¿son estas señales de abundante o de necesitado? El ánimo, no el arca del hombre, suele ser llamado rico; aunque ella esté llena, mientras te veas vacío, no te reputaré rico.

5 Cic., Par., 6, 46. I. Shatzman, 1975, p. 38 y 377, insiste en el carácter político de los préstamos a Craso y nota que en tales casos, no exigía intereses. Se comprende que Craso no recibía intereses cuando tenía en cuenta el contravalor político que tenía el préstamo que había efectuado; por tanto, los intereses eran puramente políticos. Pero las operaciones a la que Cicerón hacía alusión, y que Craso llevaba a cabo por intermediación de sus dependientes, en calidad de comanditario, tenía como objetivo la obtención de un lucro; cuando se trataba de préstamos, efectivamente llevaban aparejados intereses, del mismo modo que el préstamo de *Brutus* a los Salamitas de Chipre.

Otro ejemplo al que podríamos aludir sería el de C. *Curtius Mithres*, un liberto de C. *Rabirius Postumus*; dedicado a negocios financieros, que Cicerón recomienda a P. *Servilius Isauricus*, procónsul de Asia en 46-44<sup>6</sup>.

En época de Cicerón, no era infrecuente que Senadores, caballeros y otros notables italianos prestaran dinero fuera del territorio de Italia, y lo hacían con la colaboración e intermediación de hombres de negocios establecidos en provincias. Entre ellos solía existir un contrato de sociedad o de otra índole similar; pero cualquiera que fuera el nomen de la relación jurídica constituida y las modalidades técnicas de su establecimiento, desde el punto de vista causal, se atribuía al otorgante del préstamo y al intermediario la facultad de obtener un beneficio en la operación.

*Caius Verres* confía una cantidad de dinero a un tal *Publius Tadius*, establecido en Atenas; en este caso, probablemente existe una relación de parentesco por parte materna, pues la madre de Verres se llamaba *Tadia*<sup>7</sup>. Sin embargo, del resto de la documentación disponible no resulta, salvo error, relación alguna de parentesco.

En Italia, incluso, existían intermediarios de crédito que actuaban por cuenta de Senadores y patricios que prestaban dinero a interés; entre ellos existía—aunque no necesariamente siempre—una marcada diferencia de clase social. Y si el intermediario proporcionaba beneficios al Senador, éste, por su parte, ayudaba al financiero por medio de su influencia y sus recomendaciones: He ahí una curiosa definición descriptiva de una sociedad tácita de intermediación financiera bastante asentada, con toda certeza, en la praxis romana.

Cicerón y Pompeyo prestan dinero por intermediación de *Cluvius de Pouzzoles*, *Atticus* por medio de *Caius Vestorius*, *Quintus Cicerón* por medio de *Lucius Eganius Rufus* y *Caius Rabirius Postumus* coloca dinero de diversos amigos tuyos. La referencia a todos estos nombres, sobre todo la alusión a Cicerón, resulta lo suficientemente clara como para poder descartar toda relación de parentesco o de estrecha alianza entre estos sujetos<sup>8</sup>, posiblemente componentes de una relación contractual surgida por razón de una sociedad de intermediación financiera.

6 Cic. *ad Fam.*, 13, 69.

7 Cic. *Verr.*, 1, 100. Un ejemplo de sociedad de reducidas dimensiones con vocación agrícola y comercial, sería aquélla que aparece recogida en la obra *Pro Quinctio*; Sex. *Naevius* se casa con una prima hermana de su socio C. *Quinctius*; por lo tanto, se convierte en su “*adfinis*”. (Vid. en particular, 4, 16).

8 *Quintus Caecilius*, tío de *Atticus* y gran *fenerator*, era también un intermediario de crédito, y en particular, había colocado dinero de *Lucullus*, gracias al cual se había convertido en caballero, según Valerio-Máximo (7, 8, 5). Así se explica que en el año 65 a. JC., *Caecilius* se convierta en acreedor de

Veamos un segundo enfoque casuístico: Consideremos el supuesto en el que todos los socios o accionistas son, de manera general, iguales, socialmente hablando. Las relaciones de parentesco paterno, ciertas o probables, son más numerosas que en las hipótesis que veíamos en el enfoque anterior. Veamos el ejemplo de dos caballeros *Caius et Marcus Fufius*, que prestaron dinero a *Heraclido de Temnos*, y que eran hermanos. Es preciso hacer alusión a aquéllos que llevan el mismo nombre gentilicio, por lo que deben ser próximos agnados (hermanos, o bien padre e hijo, es decir, miembros de la misma familia): Los dos *Curtii Postumii, Quintus et Cnaeus*<sup>9</sup>; los dos *Calpurnii de Pouzzoles, Lj. Capitolinus y C. Calpurnius L.f.* [...], quien en época augusta prestaba muy probablemente dinero a los comerciantes, o concluía con ellos contratos de sociedad, verdaderos antecedentes de las sociedades en comandita<sup>10</sup>. Citemos además a los Salustios, a los cuales hizo Cicerón rápidas alusiones, pero que no debían ser forzosamente financieros muy especializados: En el año 58, cuando Cicerón parte para el exilio, *Cnaesu Sallustius* le acompañó de Roma a Brindes; en el año 47, mientras Cicerón esperaba que César le concediera el perdón, le entrega dinero; este dinero fue reembolsado poco después por *Atticus a Publius Sallustius*, quien se encontraba en Roma; no se trataba, por tanto, de un préstamo<sup>11</sup>. Respecto a los que no llevan el mismo gentilicio, no obstante, puede existir entre ellos parentesco por línea materna o bien ser afines. De otra parte, teniendo en cuenta que no hay un gran número de sujetos con el mismo gentilicio (y que no necesariamente eran todos parientes entre sí), cabe sacar la conclusión de que dichas relaciones de negocios se entablan con bastante frecuencia entre sujetos que ni son parientes ni afines. En cualquier caso, no es muy frecuente que se desenvuelvan entre agnados<sup>12</sup>.

---

P. Varius, a mismo tiempo que *Lucullus*, que *Escipión Nasica* (el futuro cónsul en el año 52 a. JC.) y de un tal *L. Pontius* (*ad Att.*).

9 Cic., *ad Att.*, 7, 13, 5; 7, 13<sup>a</sup>, 1 ; 8, 7, 3; 10, 4, 12; 10, 7, 3. Y Cic., 2 *Verr.* 1, 102.

10 CIL X, 1613 y 1797.

11 Cic., *ad Att.*, 1, 3, 3; 1, 11, 1; 11, 11, 17, 1; 11, 20, 2; *ad Fam.*, 14, 4, 6 y 14, 11; *ad Quintum*, fr., 3, 4, 2-3 y 3, 5, 1; *De Divin.* 1, 28, 59. Los *Sallustii*, algunas veces, han sido considerados como *argentarii*, si bien sin suficiente justificación.

12 Al estudiar los patrimonios sucesorios en *Pro Cluentio*, se observa el debilitamiento del grupo familiar unilineal, la gens. En materia sucesoria, este progresivo atenuamiento tiene lugar en beneficio del conjunto de parientes y afines. En cualquier caso, tratándose del desarrollo de la actividad financiera, siempre hay que tener en cuenta la presencia como sujetos activos de personas unidas por relación de amistad y no de parentesco alguno.

En cuanto a los banqueros<sup>13</sup>, cambistas y cajeros profesionales o habituales, no alcanzan el rango ni de aristócratas, Senadores, o caballeros; durante los últimos decenios de la República y en el premier siglo del Imperio, en Italia, eran casi todos libertos. Podían constituir pequeñas sociedades, de las cuales tratan fragmentos diversos que figuran en el Digesto<sup>14</sup>; pero, en ninguno de dichos casos, conservamos los nombres de los socios de dichas sociedades. En todo caso, la responsabilidad societaria generada en el seno de las mismas como reacción al incumplimiento de cualquiera de las partes, no presentaría particularidad alguna en cuanto al alcance y a las características propias de la responsabilidad contractual.

No debe pasarse por alto que de la totalidad de las actividades financieras, sólo una parte está en manos de los banqueros, además de que éstos se ocupan también de mutuos sobre géneros y de actividades comerciales sobre objetos no fungibles, de conformidad con los testimonios con los que se cuenta.

Asimismo, la actividad financiera en Roma —y por ende la de las sociedades financieras o *argentariorum*—, no se encuentra ligada por fuerza a un patrimonio inmobiliario ni tampoco a tradiciones ancestrales; a veces resulta del azar de las circunstancias<sup>15</sup> y otras veces de la iniciativa particular.

En relación a la clientela bancaria, un solo caso resulta un poco conocido: el de *L. Caecilius Jucundus* en Pompeya. A lo largo del año 50 d. JC., los *Caecili* no desempeñaban ningún papel relevante en la actividad que se refleja en las tablillas descubiertas en 1875. Cada vez que recibe en las subastas un recibo o justificante de pago, *Jucundus* requiere la presencia de testigos, cuyos nombres figuran en el documento. Los nombres de muchos testigos aparecen en las tablillas disponibles, y ninguno de los mismos pertenecía al mismo linaje que *Caecilius*. Ningún *Caecilius* es testigo en los recibos y documentación de los archivos municipales. Sucece que en lugar de *Jucundus*, se lee otro nombre; los que pagan, cuyos nombres sustituyen al de *Jucundus* se llaman *P. Terentius Primus* y *M. Fabius Agathinus*, que no son *Caecili*. En otros documentos que

13 *Argentarius, nummularius, coactor argentarius, mensarius, mensularius, trapezita*, se utilizan para designar a los banqueros aparecidos en Roma hacia finales del siglo IV a. JC. *Nummularius* y *coactor argentarius* son utilizados con frecuencia desde finales de la República, y en puridad se refieren a las nuevas profesiones bancarias, respectivamente: cambistas y ensayadores de monedas, e intermediarios en subastas.

14 D. 2, 14, 15 pr. (Paulo); 2, 14, 27 pr. (Paulo); 4, 8, 34 (Paulo); 17, 2, 52, 5 (Ulpiano); y 2, 14, 9 pr. (Paulo); *Vid.* también *Rhet. Her.*, 2, 13, 19.

15 Cic. 2 *Verr.*, 1, 90-91.

recogen titulares de cuentas de depósito en el banco de Jucundus, no se recogen los nombres ni de Caecilius ni de Caecilia.

De todo lo anterior se deduce, que en lo concerniente a la actividad bancaria y financiera, los lazos de parentesco no constituyen su columna vertebral, no se imponen de manera absoluta como estructuras institucionales, alejándose de los perfiles característicos de las incipientes sociedades familiares, y por supuesto del *consorciu[m] familiae*, auténtico modelo o referencia para diseñar fórmulas jurídicas de colaboración para el desarrollo de una actividad económica, como ya hemos tratado en otro momento. Por el contrario, en el siglo I a. JC. Y en el siglo I d. JC., el funcionamiento de las actividades comerciales y económicas en general, contaba con la participación de esclavos y libertos. Así se revela en el texto de Ulpiano, 28 *ad ed<sup>16</sup>:* “*cuiumque igitur negotio p[re]positus sit, institutor recte appellabitur... Sed et si in mensa habuit quis servum p[re]positum, nomine eius tenebitur*” (Así, el nombrado para encargarse de un negocio de cualquier tipo, se llamará propiamente factor... Pero si alguno puso a algún esclavo al frente de un banco se obligará en razón de él).

Todo ello obedece al propósito de reforzar una *negociatio*, más allá del entorno familiar; es decir, una actividad que presupone una organización con ánimo de lucro.

## Visión introspectiva sujetos financieros unidos en societas argentariorum: relaciones inter partes<sup>17</sup>

Como vemos son las necesidades prácticas las que impulsan la celebración de contratos de sociedad como instrumento por el que se encauce la llevanza de la actividad financiera: así se forja la *societas argentariorum*<sup>18</sup> como punto de inflexión para la expansión, en volumen y complejidad de las operaciones bancarias, partiendo de la base de un contrato entre banqueros celebrado con la

16 D. 14, 3, 5, pr. y 3.

17 Vid. sobre relaciones internas societarias: SERRAO, F., *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, op. cit.

18 Parece tener un origen helenístico, como se ha señalado.

finalidad de gestionar actividades bancarias<sup>19</sup>, sin que ello implicara necesariamente encomendárselas a un esclavo gerente, propiedad de todos ellos (aunque en realidad, dicha práctica se extiende ya a finales de la República); y sin que, en el hipotético caso de existencia de un esclavo (o incluso liberto) común, se le dotara de un peculio.

En un pasaje de Ulpiano, 31 *ad ed.*<sup>20</sup>, se describe un supuesto de societas argentiorum enfatizando la relación nominal y estructural—puesto que ambas dependen de un acuerdo (salvo la *communio incidens*)— entre la sociedad y la copropiedad<sup>21</sup>: “*Cum duo erant argentarii socii, alter eorum aliquid separatim quaesierat et lucri senserat: quaerebatur, an commune esse lucrum oporteret, et imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit: etiamsi maxime argentariae societas initia est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaesiit, id ad communionem non petinere explorati iuris est*”. (Siendo socios dos banqueros, uno de ellos había adquirido algo por separado y había logrado una ganancia: se preguntaba si debía ser común ese lucro, y el emperador Severo resolvió en un rescripto dirigido a Flavio Félix con estas palabras: 'Aunque sí hay en principio una sociedad de banca, no obstante, lo que cada socio adquirió por causa ajena al negocio de la banca es de derecho que no pertenece a la comunidad). Dado que en el concreto supuesto, se estima que la adquisición es exógena a la empresa unitaria de banca, el mismo queda al margen de la solidaridad activa y pasiva de los banqueros<sup>22</sup>.

La profesión de banquero tenía carácter privado en Roma.<sup>23</sup>

Como puede advertirse, las relaciones entre los banqueros se rigen por las reglas generales del contrato de sociedad, aun cuando lógicamente podían pac-

19 En palabras de don Manuel García Garrido, “...era un tipo especial de asociación... para prestar y recibir dinero”. Efectivamente ésta era su esencia. GARCÍA GARRIDO, M., *Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones*, Madrid, 2000. § 197, 76.

20 D. 17, 2, 52, 5.

21 Sin embargo, en la societas *alicuius negotiationis* no es imprescindible la copropiedad, aunque el derecho posclásico lo exigió por influjo de las corporaciones. D'Ors apunta (*Derecho Privado, op. cit.*, § 485), que esto favoreció la representación directa por parte de uno de los socios.

22 Dicha solidaridad activa y pasiva aparece atestiguada por Paulo, 3 *ad ed.* D. 2, 14, 25 pr y 27 pr; y en *Ret. ad Herennium* 2-13-19.

23 Sólo en circunstancias excepcionales se organizaron bancos públicos bajo la dirección de funcionarios del Estado; por ejemplo, en época de Tiberio, a raíz de una crisis económica en que la falta de capitales produjo la ralentización del crédito, se hizo necesaria la concesión estatal de créditos a personas que ofrecían garantías de reembolso. Vid. MOMMSEN-MARQUARD, *Manuel des antiquités romaines. S.V. argentarii*, Tomo 10, Paris, 1888, p. 79.

tarse cláusulas especiales<sup>24</sup> que alteraran dicho régimen, principalmente en relación a las aportaciones desiguales de los contratantes, y al reparto de pérdidas y ganancias. En cuanto a las aportaciones, se recuerda que pueden consistir incluso en servicios (socios industriales)<sup>25</sup>, y que el reparto de ganancias está en razón de las aportaciones, o si no constan ser diversas, se distribuyen por partes iguales, del mismo modo que las pérdidas<sup>26</sup>.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la actividad de la societas argentariorum se podía desenvolver en varios lugares distintos, incluso distantes entre sí, lo que parece ser confirmado por la lectura de los pasajes en los que se atestigua que el lugar donde se desempeña la actividad es diferente de aquél en el que se lleva la contabilidad<sup>27</sup>.

Además de estos aspectos comunes a toda sociedad, para el caso de la societas argentariorum, la cláusulas especiales pueden estar referidas a obligaciones específicas de la misma, como es la conservación y exhibición de la contabilidad, dando como resultado dos alternativas: o que la llevara uno solo o todos en común con las consecuencias que se exponen en el pasaje transcrto.

Aun cuando ya hemos apuntado anteriormente a la obligación de los sucesores del banquero de exhibir las cuentas, tal como se recoge en el pasaje de Ulpiano 4, *ad ed*<sup>28</sup>, debemos profundizar más sobre esta obligación concerniente a la elaboración detallada y transparente de la contabilidad social<sup>29</sup>, unida a la pu-

24 MOHINO MANRIQUE, A., *A propósito de D. 19.2.20.2 en relación con D. 19.2.22.pr.*, RIDA, 1998, p. 2 :"El reconocimiento de los pactos adjuntos a los contratos de buena fe alcanza su apogeo a través de los pactos in continentis. Estos pactos se añadían en el momento de la celebración del contrato otorgando la ·buena fe, de un lado, el reconocimiento a los mismos en virtud del principio de autonomía de la voluntad, de otro, el privilegio que permitía no solicitar la exceptio (no introducir la exceptio expresamente en la fórmula) por lo que el juez debía tener en cuenta todas las convenciones particulares que se habían concluido alrededor del acto principal."

25 Por ejemplo, aunque no se trata de una sociedad de banqueros, téngase en cuenta el texto de D. 17, 2, 29, 1 (*Ulpiano, 30 ad Sab.*), extensible por analogía al supuesto de societas argentariorum.

26 Gai. 3, 150. Incluso puede pactarse la no participación en el riesgo, pero nunca en la ganancia; de esta manera, como ya hemos apuntado, queda prohibida la Sociedad Leonina (D. 17, 2, 29, 2, *Ulpiano, 30 ad Sab.*).

27 Por ejemplo, Ulpiano, 4 ad ed., en D. 2, 13, 4, 5 y en D. 2, 13, 6, 9; también Papiniano, 3 resp., en D. 5, 1, 45, pr.

28 D. 2, 13, 6, 1.

29 Como fuentes de información, pueden servir los archivos de Cecilio Jocundo. ETIENNE afirma que su actividad simboliza el mundo bancario que puede ser estudiado a través de los contenidos de sus tablillas de contabilidad, que de forma completa se recogen en el suplemento al volumen IV del

blicidad de la actividad de la taberna argentaria como premisa fundamental para hacer valer cualquier género de responsabilidad<sup>30</sup> nacida del ejercicio propio del fin social, lo cual nos lleva al examen de las relaciones de los socios argentariorum con terceros; si bien antes de abordar el desarrollo de las relaciones de los socios argentarii erga omnes, por razón de la relación societaria constituida.

## **Exteriorización del funcionamiento de las societas argentariorum: su repercusión erga omnes**

Conforme a esta línea de reflexión, conviene recordar que en los fragmentos 3 y 4 de D. 14, 3, 11 se detallan las normas de publicidad que ha de cumplir el contenido del encargo asumido por el *praepositus*, en la *proscriptio* o anuncio público por escrito<sup>31</sup>. Esta *proscriptio* —según reza el fragmento 3— ha de constar en carteles claros donde con facilidad pueda leerse bien, como los que se colocan delante del lugar donde se ejerce el negocio, y no en un sitio escondido, sino en uno visible. *Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti*. El anuncio público también debía de expresarse en una lengua comprensible a los habitantes del lugar, para que nadie pudiera excusarse con su ignorancia de la escritura (*litteris utrum Graecis an Latinis?*)

---

*Corpus Inscriptionum Latinarum*, y los de los Sulpicios (como veremos después), actico primero en Puteoli (actual Pozzuoli) y después transferidos a Pompeya. Cfr., ETIENNE, R., *La Vida cotidiana en Pompeya*, Madrid, 1996, pp. 187 y ss.

- 30 Sobre el análisis de aquellos textos en los que puede apreciarse claramente la existencia de una controversia doctrinal, entre juristas de la última época republicana y de la primera época clásica, en torno a la diferente protección otorgada a los contratantes para exigir su responsabilidad en caso de incumplimiento de pactos *in obligatione* añadidos al contrato de compraventa, extensibles por analogía, dada su identidad de razón a las relaciones surgidas del contrato de compraventa, extensibles por analogía, dada su identidad de razón, a las relaciones jurídicas surgidas del contrato de sociedad, *Vid.*, MOHÍNO MANRÍQUE, A., *Ius controversum y responsabilidad*, RGDR IUSTELnº 23, 2014.
- 31 A favor del carácter genuino de las fuentes relativas al contenido y publicidad de la proscripti, se han pronunciado diversos autores, entre los que destacamos, SERRAO, F., *Institutor (storia)*, en EdD 21, Milano, 1971, p. 829; HAMZA, G., *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, Index 9, 1980, pp. 206 y ss; KIRSCHENBAUM, A., *Sons, Slaves and Freedmen*, op. cit., pp. 93 ss.; WACKE, A., *Die adjektizischen Klagen*, en Überblick, SZ 111, 1994, pp. 323 ss.; PETRUCCI, A., *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti*, IURA 53, 2002, p. 20; LONGO, G., *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, en *Studi in onore di Gaetano Scherillo II*, Milano, 1972, pp. 610 ss., incluyendo las opiniones de la crítica interpolacionística.

*puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum)<sup>32</sup>.* Y prosigue D. 14, 3, 11, 3 in fine: si alguno dijese que no sabía leer o que no se fijó en lo que estaba anunciado, cuando muchos lo leyeron y estuvo expuesto en público, no será oído (*certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur*), esto es, no se puede aducir unilateralmente el desconocimiento de la *proscriptio* cuando es públicamente conocida por todos.

En el fragmento siguiente (D. 14, 3, 11, 4), se prescribe que el anuncio público ha de ser permanente (*Proscriptum autem perpetuo esse oportet*), pues si se contrató durante el tiempo en que no estaba expuesto o cuando ya se borró, tendrá lugar la acción institoria (*ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata procriptione contractum sit, institoria locum habebit*). Del examen conjunto de los fragmentos 3 y 4 de D. 14,3 , 11 se deduce que el cumplimiento de los requisitos de publicidad de la *proscriptio* en tanto a su redacción en un lenguaje claro y comprensible, como a su fijación en un lugar visible y públicamente accesible, exonera de responsabilidad al empresario que hizo la *praepositio* en el marco de la *actio institoria*<sup>33</sup>. Al contrario, la acción se sustancia cada vez que los clientes se encontraran imposibilitados de enterarse del contenido de ésta, inclusive por causas ajenas a la organización de la empresa, tales como: la sustracción de la *proscriptio* por un tercero o su ilegibilidad debida al paso del tiempo o a los agentes climatológicos (*proinde si dominus quidem mercis proscriptisset, aliis autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri*). Subsiste, igualmente, la acción contra el *dominus negotii* si el mismo factor de negocios o *institor* sustrajo dolosamente el anuncio para defraudar a la contraparte, a menos que ésta hubiera sido partícipe del dolo, tal como se expresa claramente en D. 14,3,11,4 in fine (*sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praepONENTI nocere debet, nisi particeps dolи fuerit qui contraxit*). Es decir, la responsabilidad objetiva del miembro de la societas argentiorum por los actos realizados en su ámbito empresarial, circunscritos al encargo prescrito al *institor*,

32 AUBERT, J.J., *Workshop managers*, en *The inscribed economy : production and distribution in the Roman empire in the light of instrumentum domesticum : the proceedings of a conference held at The American Academy in Rome on 10-11 January, 1992*, Michigan, 1993, p. 12; WACKE, A., Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latin? Zur schrittweisen Gleichberechtigung der Geschäftssprachen in römischen Reich, ZSS 110, 1993, pp.33 y ss.

33 WACKE, A., *Die adjektizischen Klagen*, op. cit., pp. 331 ss.

deriva de la imposibilidad que hayan tenido los clientes de conocer el contenido de dicho encargo, siempre por hechos ajenos a los mismos<sup>34</sup>

En otros fragmentos del mismo texto de Ulpiano que estamos examinando, en concreto en el 2º y el 5º, se contienen determinadas cláusulas contractuales a las que se vincula la *praepositio* y que podemos considerar como verdaderas condiciones generales. Éstas se refieren –de conformidad con D. 14,3,11,2- a la prohibición expresa y pública de contratar con un determinado factor o gerente (*De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit cum insitore contrahere, sed si quis nolit contrahi, prohibeat*), ya que a falta de tal prohibición se entiende que el *praeponens* se obliga por el mismo nombramiento que hizo (*ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione*); asimismo, en D. 14,3,11,5 se alude a la inserción de una determinada *lex* o ciertas cláusulas en los contratos; la necesidad de constituir garantías personales o reales; la limitación a un determinado objeto; el nombramiento de varios institores que actúen conjunta o separadamente y la prohibición<sup>35</sup> o el permiso de contratar con el *institor* para cierto género de personas o negociantes (*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 denuntiavit 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 permettere*).

De todo ello dan cuenta las fuentes, y es precisamente a partir de la conjugación de sus datos que pueden deducirse la existencia de algunas hipótesis de desarrollo de actividades societarias bancarias, aun cuando no siempre se disponga de testimonio directo de las mismas.

La carta<sup>36</sup> recibida cumple una misión a la par legitimadora para esgrimir la declaración del crédito reclamado y para facilitar la prueba del mismo, en la medida en que el documento epistolar citado, aun teniendo un carácter ad pro-

<sup>34</sup> PETRUCCI, A., *Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes*, op. cit., p. 239. Vid., además, SANFILIPPO, C., *Sulla irrelevanza del rapporto sociale nei confronti dei terzi*, IURA 2, 1951, pp.159 y ss; y SERRAO, F., *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, op. cit., pp. 743 y ss.

<sup>35</sup> Si se le prohíbe contratatar 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*”.

<sup>36</sup> Vid. DE SARLO, L., *Il documento oggetto di rapporti giudicati*, Padua, 1936, pp.315 y ss.

bationem, se involucra y funde directamente con la causa credendi entre Lucio Ticio y el banquero Gayo Seyo, habiéndose computado la cuenta de lo dado y recibido, las otras obligaciones subsisten.

De la obligación de los argentarii de llevar al día la contabilidad de los clientes, se desprende la institución del *agere cum compensatione*<sup>37</sup>, como forma de pago abreviado o técnica generalizada para la extinción de las obligaciones<sup>38</sup>. Esto explica que en el caso de demandar el *socius argentarii* a su cliente<sup>39</sup>, éste está obligado sólo a reclamar el crédito residual, previa compensación, lo cual obedece al propósito de favorecer siempre al cliente, incluso si el banquero no la hubiera realizado, alegando que un cierto crédito no guarda relación con la cuenta: en tal caso, se concede una *exceptio pensatae pecuniae* para obligarle a ello<sup>40</sup>.

Asimismo, volvemos a insistir, antes de abordar el desarrollo de las relaciones de los socios argentarii *erga omnes*, por razón de la relación societaria constituida, en lo que ya expresamos en la pregunta anterior, respecto a la transmisión mortis causa de la obligación de llevanza y exhibición de cuentas bancarias, procediendo al análisis y comentario de un supuesto relativo al fideicomiso de un banquero gaditano, que expone Escévola<sup>41</sup>. Se trata de un caso en el que un testador había dejado un legado a dos hermanos Mevios en los siguientes términos: “Y todo lo que poseo en Cádiz, mi patria”. Se preguntaba, entre otras cosas: En el caso de que dejara en la casa que tenía en Cádiz los documentos de crédito del registro de préstamos, que llevaba en su ciudad o en sus contornos, si también ese registro se debía entregar a los Mevios a causa del fideicomiso conforme a los términos del mismo. Asimismo se preguntaba si las cantidades que

37 De define por Modestino (6 *pandec.*), D. 16, 2, 1, diciendo: “*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*”. (La compensación es el balance de una deuda y de un crédito entre sí).

38 IGLESIAS, J., *Derecho Romano, op. cit.*, p. 489: “En el derecho justiniano, desaparecido ya el procedimiento formulario, la compensación se convierte en institución única y de valor general”.

39 Según Gayo (4, 67-68), es preciso que las deudas estén vencidas, e insiste en que la reclamación previa compensación no es facultativa para el *argentarius*, sino obligatoria, so pena de perder por *pluris petitio*, lo que explica que en virtud de que el objeto del litigio se encuentra determinado, y no sería posible que el juez condenara a otra cantidad más que en la expresada en la *intentio* de la fórmula. *Vid.*, D'ORS, A., *Derecho Privado, op. cit.*, p. 384.

40 D. 22, 3, 19, 3 (*Ulp.*, 7 *disp.*).

41 D. 32.41.26 (Escévola 22 *dig.*).

encontraran en la caja, en su casa de Cádiz, o las cobradas de diversos deudores y allí depositadas, se debían por el fideicomiso<sup>42</sup>.

Como justificación del sentido negativo de ambas cuestiones, podemos aducir: Por una parte, el causante, por su profesión de *argentarius*, tenía la obligación, como antes hemos expresado, de llevar un registro de cuentas e informar a los clientes de sus operaciones y saldos. Al responder los herederos de las deudas del banquero, debían conservar ellos los documentos y los registros que no debían entregar a los fideicomisarios. Por otra parte, las cantidades cobradas y depositadas debían servir para responder de las deudas del banquero y reembolsar los depósitos de los clientes. La continuación o liquidación de las operaciones de banca estaba a cargo de los herederos, y no entraban en el fideicomiso<sup>43</sup>.

## **Relaciones frente a terceros regidas por el principio de solidaridad**

Llegados a este punto, debemos cuestionarnos cuáles han sido los principios en virtud de los cuales se desenvuelve el comportamiento de los socios *argentarii* respecto de los terceros que se pongan en contacto con ellos. En las relaciones de los *socii argentarii* frente a terceros, regía el principio de la representación recíproca, traducido finalmente en la articulación de la responsabilidad societaria bajo el prisma de la solidaridad activa y pasiva<sup>44</sup> de los mismos frente a terceros deudores o acreedores, según los casos. La existencia de la primera encuentra su fundamento en una fuente extra jurídica anónima<sup>45</sup>. En dicha *Rhetorica* se observa que puede demandarse también al socio del *argentarius* que haya efectuado el asiento contable. De esta manera, la doctrina constata que desde el siglo I a. JC., se había consolidado consuetudinariamente la solidaridad pasiva entre los *socii argentarii* y los terceros: “*Consuetudine ius est id*,

<sup>42</sup> Escévola responde en sentido negativo a ambas cuestiones.

<sup>43</sup> Vid., GARCÍA GARRIDO, M.J., *Casuismo y jurisprudencia romana. Respuesta II.- Acciones y casos*, nº 130, p.549, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, 2008.

<sup>44</sup> Vid. sobre este tema, LITEWSKI, W., *Le obbligazioni solidali in diritto romano (a. gonzalez, una vision unitaria de las obligaciones solidarias en derecho romano clasico)*, LABEO 35, 1989, pp.244-251

<sup>45</sup> *Rhetorica ad Herennium* 2, 13, 19

*quod sine lege aequa, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis...”*

El supuesto de hecho reflejado consiste en entregar una suma a un argentarius, de forma que asume la posición de deudor de su cliente. Por tanto, en la contabilidad bancaria queda asentado el crédito a través de una anotación llamada *nomen transscriptum*<sup>46</sup>.

Paulo viene a decir que siendo deudor un banquero socio, si pacta con su acreedor para que no se le exija la deuda (*pactum de non petendo*), ello aprovecha al socio, tal y como el pacto a favor de un deudor solidario por estipulación, puede oponerlo válidamente el otro, y lo mismo tendría lugar en la hipótesis en la que interviniéra un fiador<sup>47</sup>.

En cuanto a la solidaridad activa, las fuentes testimonian que la gestión de uno de los banqueros —relacionada con el fin social—, justificaba la adquisición del crédito por parte de los socios, de modo que cada uno se encontraba facultado para exigirlo por entero, como se desprende del texto de D. 2, 14, 27, pr (Paulo 3 ad ed.)*”Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo...*

En consecuencia, en la societas argentarii primaba el pacto en virtud del cual, cada socio podía exigir solidariamente el cumplimiento de la obligación a sus clientes, aunque éstos hubieran celebrado el negocio con uno solo de ellos, y aun cuando uno de los banqueros hubiera pactado no exigir la satisfacción de la deuda (*in rem*), y no sólo no exigirla de manos de aquél con quien pactó (*in personam*)<sup>48</sup>.

46 Así queda refrendado en el texto de D. 2, 14, 25, pr. (Paulo 3 ad ed).: « *Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis* ».

47 *Vid., , D.2, 14, 24 (Paulo lib. 3 ad Plautium): “Sed si fideiussor in rem suam sponpondit, hox casu fideiussor pro reo accipiendus est et pactum cum eo factum ese videtur”.*

48 El hecho de que la opinión de Labeón sea citada en este pasaje de Paulo, unido a la fecha de la Retórica, lleva a deducir que hacia finales de la República existía una simetría en el régimen de la solidaridad de la societas *argentarii*, dado que incluía tanto la activa como la pasiva. Asimétrica, en cambio, era la situación respecto de la conclusión de pactos de no exigir la deuda: en efecto, el *argentarius* deudor podía excepcionar oponiéndose de acuerdo con el pacto estipulado por su consocio, si bien el pacto celebrado por un socio acreedor no perjudicaba a los demás. Otros pasajes en los que existe pluralidad de *socii argentarii*, pero en los que la doctrina se debate entre la constatación o no de la solidaridad derivada de la sociedad entre ellos constituida, tanto activa como pasivamente, son también de Paulo, como se ve , en el D. 4, 8, 34, pr. (Paulo 13 ad Ed.) y 2, 14, 9, pr., (Paulo 62 ad Ed.).respectivamente.

Asimismo, debemos recordar también que una de las características<sup>49</sup> del contrato de sociedad romano consiste en la falta de relevancia del vínculo social respecto a los terceros que hubiesen entrado en relaciones contractuales con socios singulares, salvo pacto expreso en contrario D. 17, 2, 678, pr.(Paulo lib. 32 ad ed.):"Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividii debe ita, ut ei caveatur indemnum eum futurum, quod si iam damnum passus est, hoc ei praestabitur, sed si pretium communicatum sit sine cautione et aliquid praestiterit is qui vendidit, an, si non omnes socii solvendo sint, quod a quisbusdam servari non potest a ceteris debeat ferre? sed Proculus putat hoc ad ceterorum onus pertinere quod ab aliquibus servari non potest, rationeque defendi posse quoniam, societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur".

En definitiva, el régimen especial que se aplica a los socii argentarii concretado en la solidaridad activa y pasiva de los miembros de la mensa argentaria, así como la responsabilidad de los mismos con todo su patrimonio frente a los depósitos realizados en aquélla, ha sido calificado de *ius singulare*.<sup>50</sup>

## Ejemplos de responsabilidad de los socii argentarii frente a terceros en desarrollo del un fin social de intermediación financiera

Así veamos las responsabilidades desencadenadas en un supuesto de intermediación<sup>51</sup> para la celebración de negocios jurídicos entre terceros, en nuestro

49 VELASCO GARCIA, C.,op. cit., p.136.

50 *Ibidem.* p 139. Asimismo, Vid. CUIACII, *Opera Parisiensem Fabrotianam editionem*, tomo V, Prati 1861 c. 915 ad L. 82 pro Socio" At Semper excipio ab hac definitione argentarios socios, in quibus jus hoc ese consuetudine receptum Cornificis scribit secundo ad hernnium, ut quod, quis argentario expesnum tulerit, id a socio argentarii in solidum repetere possit. Nec mirum, cum e diverso, quod quid argentario acceptum tulerit, id socius argentarii in solidum repetere possit, ut aperte dicitur jure singulari ese constitutum in. L. Si unus ex agent, in princ. sup.de pact. Hoc jure singulari in argentariis tantum sociis receptum est, non in caeteris sociis; falsum igitur, quod Cynus et Baldus generaliter statuant, socium communi nomine mutuum in solidum accipientem, alterum socium obligare creditori in solidum conditioni creditae pecuniae, hoc est, creditorem, quod uni ex sociis expensum tulerit, id ab altero socio, cum quo non contraxit, in solidum repetere posse, quod receptum tantum est in argentariis sois propter necessarium usum argentariorum et mensae, propter utilitatem publicam, l. Quod prius. Depos. sicut et pleraque elia constat ese recepta singularia in argentariis ex Novel. 136.

51 Vid., MELILLO, G., *Economia e società in Roma Antica* (Claude Nicolet, rendre a Cesar. Economie et société dans la Rome Antique), LABEO 37, 1991, pp.256-268.

supuesto se trataría de venta. Veamos, así pues, D. 46, 3, 88.(Escévola, 5) : “*Filiae intestato patri heredis negotia mater gessit et res vendendas per argentarios dedit idque ipsum* códice conscriptum est: *argentarii universum redactum venditionis solverunt et post solutionem novem fere annis, quidquid agendum erat, nomine pupillae mater egit eamque marito nuptum collocavit et res ei tradidit. Quaesitum est, an puella cum argentariis aliquam actionem habet, quando non ipsa stipulata sit premium rerum, quae in venditionem datae sunt, sed mater.* Respondit, si de eo quaeretur, an iure ea solutione argentarii liberati essent, responderi iure liberatos. Claudio: subest enim illa ex iurisdictione pendens quaestio, an pretia rerum, quae sciebant esse pupillae, bona fide solvisse videantur matri, quae ius administrationis non habebat: ideoque si hoc sciebant, non liberantur, scilicet si mater solvendo non sit.

Comentando dicho pasaje, cabe añadir lo siguiente: dado que la madre había actuado como estipulante frente a los argentarii-promitentes, aun no siendo la propietaria, puede suponerse que la práctica asentada permitía proceder a la venta de los bienes cuando existiera una legitimidad razonable concedida por la madre, y así las cosas, los argentarii asentarían ulteriormente sus operaciones en los libros contables, hecho especialmente importante para fines probatorios<sup>52</sup>, por lo cual, a pesar de que la madre no informó del precio de las cosas subastadas a la hija, Escévola opina que los socii argentarii se han liberado de todo vínculo; pero C. Trifonino estima que debe valorarse si se pagó o no con buena fe, de suerte que si sabían que la madre no tenía derecho para administrar la herencia, no quedan liberados, si la hija no recupera el dinero de manos de la madre.

Una confirmación de la conclusión de esta promesa por parte del argentario la aporta la tablilla número 81 del archivo de los Sulpicios, además de ulteriores detalles sobre el cobro de su retribución: ”*Ti(berio) Plautio Aeliano Taurio Statil[io] Corvino con(n)s[ulibus] XII k(alendas) Iulias. A(ulus) Castricius — s scripsi me promisisse C(aio) Sulp[ici]o [Fa]usto quanta pecunia ex auctione P(ublii) Servili Narcissi in stipulatum meum meorumve venit venerit deducta mercede[m]— repraesentatu et—*<sup>53</sup>.

Esta tablilla ofrece como aspecto de particular interés el hecho de que el objeto de la estipulación entre el banquero y el vendedor se encontraba inde-

52 D.2, 13, 6,3, así recoge esa fuerza probatoria. En todo caso, recuérdese el *edictum de argentariis rationibus edendis*. Vid. CERAMI, P., y PETRUCCI, A., *Lezione di diritto commerciale*, op. cit., p. 83-88.

53 *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* (ed Camodeca, I; Roma, 1999), op. cit. por PETRUCCI, *Profili giuridici...op. cit.*, p.46.

terminado al momento de concluir la promesa, y su determinación se efectuaba tomando como referencia lo que, el banquero obtuviera como precio del adquirente. Claro que nada obstaba para que, ya desde la primera estipulación, el banquero se comprometiera a pagar un precio cierto al vendedor, posibilitando así el lucro del excedente obtenido frente al adquirente.

Sin embargo, aun en el caso en que la promesa del *argentarius* estuviera referida a lo obtenido de manos del comprador, su obligación era considerada autónoma, es decir, no dependía ni del previo pago del adquirente al *argentarius*, ni de la entrega de la cosa por parte del vendedor, como se lee en D. 44, 4, 5, 4.(Paulo, 71 ad ed): “*Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et rehbitus sit domino: agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet iam is qui vendidit domino pretium solverit (etiam mercis non traditae exceptione summovetur et qui pecuniam domino iam solvit) et ideo is qui vendidit agit adversus dominum...*

En general, entre los *argentarii*, como intermediarios, y los adjudicatarios de bienes subastados, mediaba una *stipulatio*-salvo que la venta exigiera el pago de presente y al contado-, tal como pone de manifestó el discurso Pro Caecina, o la misma tablilla 81 de los Sulpicios<sup>54</sup>, la cual tenía por objeto el precio o contraprestación que el adjudicatario se obligaba a pagar al *argentius* y éste, a su vez, al vendedor, actualizando así una auténtica intermeiación financiera. Asimismo, la existencia de dicha *stipulatio* aparecía implícita en muchas situaciones. Como ejemplo de ello, podemos mencionar, una vez más el texto de Paulo recogido en D. 44, 4, 5,4, referido a las *exceptiones argentariae* oponibles por el adquirente<sup>55</sup>, tales como la *exceptio rehbitonis* (en caso de devolución por causa de un vicio oculto) o la *exceptio mercis non traditae*<sup>56</sup> (si la cosa adjudicada no había sido entregada aún). Y decimos que aparecía implícita porque su presencia se inducía por necesidad sistemática, en la medida en que el otorgamiento

<sup>54</sup> También entre los documentos de Cecilio Jocundo la doctrina ha considerado que se encuentra referencia explícita de esta estipulación entre el banquero y el comprador: en este sentido han sido interpretadas las palabras *pecunia in stipulatum L. Caecili Iucundi o Felicis*, FIRA, 3, p. 405; (*Sextertios n(ummos) DXX ob mutum venditum (M.) Pomponio M. l(ibero) Niconi, quam pecuniam in stipulatum .. . Caecili Felicis redegisse dicitur M. Cerrinius Eup(h)rates...;* FIRA, 3, p 407 (*Sextertios n(ummos) V (milia) CCC, quae pecunia in stipulatum L. Caecili Iucundi venit ob manc)i)pia duo veterana vendita r(atione) hereditaria L.Corneli (Tert)i soluta habere se (dixi)t L.Cornelius Maximus ab L. Caecilio Iucundo...*

<sup>55</sup> De la eficacia de dicha *exceptio* se hace eco Gayo el texto de sus *Instituciones*, 4, 126<sup>a</sup>.

<sup>56</sup> Asimismo, Vid. la obra de PETRUCCI, A., *In margine a Gai*, 4, 126<sup>a</sup>. “*Osservazioni sulla exceptio mercis non traditae e la praedictio ne aliter emptori res traderetur quam si pretium soverit in un'auctio argentaria*”, en *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca* 6, Nápoles, 2001, pp. 316 y ss.

por parte del pretor de tales medios de defensa, únicamente se justificaba en virtud de una relación de derecho estricto, dado que la buena fe no permitía al banquero reclamar el precio, si el adquirente no estaba ya o no estaba todavía en posesión de la cosa subastada.

Evidentemente, dicha stipulatio permite advertir la función financiera desempeñada por los socii argentarii, dado que de dicha intermediación suelen derivarse el cobro de intereses al cliente adjudicatario, si bien es preciso aclarar la forma de garantizar que el adquirente o adquirentes presten esta promesa a los socii argentarii: al respecto, se ha considerado que la stipulatio se presenta, desde este enfoque, como una condición suspensiva del contrato de compraventa, además de que entraña la extinción de la obligación del comprador de pagar al vendedor, y la sustituye por la de satisfacer el precio a los argentarii. Se desencadena una novación subjetiva por cambio del acreedor y asimismo objetiva y causal, pues cambia la causa de la obligación; no obstante, los jurisconsultos, en concreto Paulo, en el texto transcrito<sup>57</sup>, de manifiesta reacio a dicha doble novación, toda vez que en el mismo se aprecia que la redhibición del esclavo por vicios ocultos<sup>58</sup> se realiza ante el dominus auctionis, como vendedor, y no ante el argentarius.

En cualquier caso, independientemente de la calificación jurídica de la intermediación de los socios argentarii, en la práctica resultó muy relevante el valor añadido que la misma representaba; así, por ejemplo, vendedores ordinarios o bien acreedores en busca de satisfacción de su crédito por medio de la venta de su garantía, acudían a la intermediación en la venta de los argentarii, con inclusión de un pacto llamado *in diem addictio*<sup>59</sup>, que estimaba eficaz el contrato para el caso de que dentro de un cierto plazo no hubiera mejores ofertas.

La razón pragmática de que solicitar dicha intervención financiera<sup>60</sup> en negocios varios de índole traslativa, se debía al dato fáctico de que el número de adqui-

57 D. 44, 4, 5,4.

58 En relación a dicha redhibición, *Vid.*, MOHINO MANRIQUE, A., *La eficacia real en las transacciones del comercio de esclavos*, Madrid, 2008.

59 *Vid.*, D. 18, 2,1 (*Paulo*, 5, *ad Sab.*)

60 El testimonio más antiguo de la intervención de los *argentarii* en una subasta, es de Cicerón, *Pro Caecina*, 16, "Aebutio negotium datur. Adst ad tabulam, licetur Aebutius; deterrentur emptores multi partim gratia Caesenniae, partim etiam pretio. Fundus addicitur Aebutio; pecuniam *argentario* promittit Aebutius..." (El asunto se le encarga a Ebucio. Ebucio se presenta a la venta en subasta y licita. Muchos compradores desisten; unos, en atención a Cesenia; otros, también por el precio. La propiedad es adjudicada a Ebucio; y Ebucio se compromete a pagar el dinero al banquero...).

rentes potenciales se elevaba considerablemente gracias a la intervención de los argentarii vinculados entre sí, merced a un contrato de societas argentariorum.

Por su parte, los particulares operan con los banqueros mediante la entrega de capitales a los socii argentarii para su custodia por vía de depósito o para la obtención de frutos. Este dato justifica la necesidad de reforzar la seguridad en el tráfico propio de las societates argentariorum justifica la progresiva aparición por vía consuetudinaria de la responsabilidad solidaria de los socii argentaria frente a terceros, lo cual determina la relevancia externa del vínculo societario, que a pesar de tener un origen contractual tiene una proyección erga omnes<sup>61</sup>. De hecho el análisis de los textos de Paulo en el Digesto que ofrecemos reflejan la solidaridad activa y pasiva generada en el seno de las societates argentariorum:

D. 2, 14, 24(Paulo, *lib ad Plautium*): “*Sed si fideiussor in rem suam spopondit, hoc casu fideiussor pro reo accipiendus est et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur.*”

D. 2, 14, 25, pr. (Paulo, *lib ad Edictum*): “*Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis.*”

D. 2, 14, 27, pr. (Paulo, *lib ad Edictum*): “*Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Aticilinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum altere petere possit. Idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur: sic enim et his, qui in nostra postestate sunt, recti solvi quod crediderit, licet novare non possint, quod est verum. Idemque in duobus reis stipulari dicendum est.*”

D. 4, 8, 34, pr. (Paulo, *lib ad Edictum*): « *Si suo rei sunt aut credendi aut debendi et unus compromiserit isque vetitus sit petere aut ne ab eo petatur: videndum est, an si aliis petat vel a ab alio petatur, poena committatur: idem in duobus argentariis quorum nomina simul eunt. Et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere, si socii sunt: alias nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur.* »

La responsabilidad solidaria de los socii argentarii debió producirse además por los transcripti nominum que se anotaba en el Codex<sup>62</sup> accepti et expensi; de la inscripción de los nombres de los socii argentarii frente al del deudor común con conocimiento de éste y por la misma deuda tuvo que derivar el efecto productor de la solidaridad. Asimismo, cada uno de los socii argentarii disponían de una condicatio un solidi contra el deudor de la mensa, y respondí-

61 Vid., VELASCO, C., *Algunas observaciones sobre la Societas Argentaria*, op. cit.

62 Cfr. Cic. *Pro Roscio Comm.* 1, 4; 2, 5. *Pro caec.* 6, 16, 17. *Verr.* 2, 76, 186 y ss. *Val.Max.* 8, 2, 2.

an in solidum frente a la condictio que ejercitara el cliente, lo cual entrañaba una garantía de la responsabilidad societaria a favor de dichos terceros clientes, sobre todo en los momentos de bonanza económica en que el prestigio de los banqueros hizo más frecuentes sus servicios<sup>63</sup>.

---

63 El origen consuetudinario de la solidaridad, convertido ulteriormente en praxis bancaria, se pone de manifiesto en fuentes literarias, como en la *Rethorica ad Herennium* 2,13: "Consuetudine est id, quod sine lege, adque ac si legitimum sit, usitatum est; quod genus, id, quod argentario tuleris expresum, a socio cius recte repetere possis".

# La empresa en la antigua Roma y su proyección en la actualidad

Rosana Gallo<sup>1</sup>

## 1. Introducción

En la presente investigación partimos del rol que ocupó en la antigua Roma el empresario y la empresa respecto de las diversas transacciones comerciales originadas en el *ius gentium* merced al intercambio que realizaban los romanos con los extranjeros. Siendo indispensable para ello introducirnos en los orígenes de la civilización romana aludiendo a una economía agrícola pastoril que luego pasó a ser una economía de mercado en donde fluyeron las actividades mercantiles mediante el desarrollo de las exportaciones e importaciones merced al crecimiento del imperio.

Veremos la terminología aplicable a estas operaciones mercantiles y a las personas que las realizaban, como también al comercio – a la definición del mismo- y a las transacciones marítimas que caracterizaban al empresario en la antigüedad.

Será indispensable analizar el rol que tuvo el esclavo en la economía romana, ya que lo encontramos en diversas actividades, especialmente en la mercantil. Cómo el esclavo actuaba por su amo en la intermediación de bienes destinados al comercio, si bien será una mención muy general, sino escaparíamos al objetivo planteado.

---

1 Profesora Adjunta Regular de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctoranda de la misma Institución. Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja (Rectorado UBA). Coordinadora del Seminario Permanente de Investigación “Helenismo y Derecho: aportes, debates y tendencias” en el Instituto Gioja. Diplomada en Derecho Romano Público y Privado. Docente categorizado en la investigación por la Comisión Regional Bonaerense en el año 2013 en la categoría 5<sup>a</sup>. Escritora. Autora de los libros: *Grecia y Roma. Algunas cuestiones sobre el derecho mercantil y penal a través de la historia y la literatura*; y, en calidad de Directora de Proyectos de Investigación Decyt de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: *La Tiranía en la antigua Grecia. Repercusiones en el derecho mercantil y económico y Derecho y sociedad en los poemas de Homero. Origen del derecho mercantil y penal*. Autora de diversos trabajos de investigación publicados en revistas nacionales o extranjeras.

No podemos dejar de lado a las sociedades comerciales como contrato consensual nacido, del *ius gentium*, a consecuencia de la relación e intercambio de los romanos con los extranjeros, especialmente en los contratos bancarios. Cómo operaba el empresario individual o colectivo y su correspondiente responsabilidad por los actos realizados, en especial cuando optaban por constituir una sociedad.

Indagaremos sobre los temas planteados desde la visión que algunos prestigiosos autores clásicos latinos han dejado en sus obras. Pasaremos por la pluma de Cicerón, Apuleyo, Petronio, Cátulo, Tibulo, Terencio, Marcial y Estacio, con citas puntuales.

Terminaremos en nuestro derecho positivo argentino vigente desde el 1 de agosto de 2015, esto es, en el Código Civil y Comercial de la Nación –código unificado– y la recepción del derecho romano de los temas analizados y su comparación con el derogado Código de Comercio de la Nación. Sería imposible abordar un análisis del tema en nuestro derecho vigente sin dejar de aludir a la legislación derogada.

## 2. La noción de empresa y empresario en la antigua Roma

Los tiempos primitivos de Roma nos mostraron que la vida de los romanos era sencilla, limitándose a una economía agrícola pastoril, destinada básicamente a autoabastecer las necesidades de la casa romana y de la *civitas*. Había esclavos, pero no eran necesarios en cantidad.

En Roma, jamás faltó el comercio. Su cercanía al mar y la comodidad del río debieron influir en el contacto entre los romanos y los navegantes fenicios y griegos.<sup>2</sup> Como toda comunidad, el trigo era indispensable para su subsistencia, esto introdujo como nexo entre la agricultura y la industria, al comercio, como nexo necesario entre los productores y los consumidores.<sup>3</sup> No escapando a ello la especulación marítima, sea en el transporte de cereales o de otro tipo de mercancía – sea de primera necesidad o de lujo- las cuales afluyeron de muchos lugares a los diversos puertos de Italia, atrayendo a los capitalistas.<sup>4</sup>

Con el crecimiento de Roma, la extensión de sus fronteras, la anexión de nuevos territorios, la aparición de la moneda, entre otros factores, influyeron en

2 Fadda, Carlo, *Istituti commerciali del diritto romano. Introduzione*, Jovene Editore, Napoli, 1987, pág. 9

3 Ibídém, pág.12

4 Ibídém, pág. 13

un incremento de la actividad comercial. De una economía agrícola pastoril se pasó a una economía de mercado caracterizada por la producción en masa en muchos casos en talleres e industrias, a la exportación del excedente. Tampoco faltó la importación de productos. El comercio al por mayor se incrementaba debido a todos estos cambios. Ello no restó a que continuara el comercio minorista. El número de esclavos fue mucho mayor, ya que imperaba la necesidad de mano de obra barata. Estos esclavos tuvieron un papel significativo dentro de esta economía. Esto favoreció a un despliegue enorme de una próspera actividad mercantil a través de múltiples prácticas comerciales a saber, comerciante individual o colectivo- en su calidad de mayorista o minorista- empresario y empresas, sociedades comerciales, intermediarios del comercio- factores, dependientes-, banqueros, entre otros.<sup>5</sup> Tal era el panorama mercantil de Roma.

Si las XII Tablas “constituyeron un espejo jurídico de la sociedad rural- patriarcal, sobre el cual se injertó todo el antiguo *ius civile*, los edictos jurisdiccionales provenientes del praetor urbanus y del peregrinus, por sobretodo, y en menor medida, de los ediles curiales, representaron desde lo jurídico a la economía del cambio con miras a una irradiación mundial y a las conexas actividades productivas, mercantiles y especulativas del período de los emprendimientos.”<sup>6</sup> En especial, fueron los edictos pretorianos los que representaron la fuente normativa de una vasta gama de relaciones mercantiles.<sup>7</sup>

En la actualidad no cabe duda que en la antigua Roma existió una auténtica organización empresarial que se dedicaba a ejercer el comercio. Estas empresas adquirieron su relevancia desde la época de la expansión imperial.<sup>8</sup>

En esta investigación nos abocaremos a la actividad de la empresa y del empresario, a través de sus distintas manifestaciones.

5 Para profundizar más acerca de este tema ver Gallo, Rosana, “Los negocios y las obligaciones mercantiles en la antigua Roma: influencias griegas” en *Grecia y Roma. Algunas cuestiones sobre el derecho mercantil y penal a través de la historia y la literatura*, Editorial Dunker, tercera edición, Buenos Aires, 2014, pág. 103 y sigs.

6 Cerami, P., Di Porto, A. e Petrucci, A., *Diritto commerciale romano. Profilo Storico*, G. Giappichelli Editori, seconda edizione, Torino, 2004, pág. 35

7 Idem

8 García Garrido, Manuel J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Fundación de Estudios Romanos, Bolsa de Madrid, Madrid, 2001, pág. 47

El término *commercium* proviene de la unión de ‘*cum*’ y ‘*merx*’ significando en su acepción más sencilla “tráfico de mercadería”;<sup>9</sup> siendo el *commercium* el derecho recíproco de comprar y vender.<sup>10</sup>

Ulpiano nos dio una definición al referirse a la *taberna instructa*, que bien podría aplicarse a esta organización, al sostener que “es la que dispone de las cosas y esclavos para un negocio.” En cambio, si hablamos de una empresa de navegación marítima debemos utilizar los términos de *navis instructa o exercitio navis*.<sup>11</sup> La *navis instructa* era la nave equipada para realizar una actividad mercantil, mientras que la *exercitio navis* era la gestión de una empresa destinada a la navegación comercial.<sup>12</sup> En líneas generales diremos que *negotiatio* y *taberna* surgieron pura y exclusivamente dentro del ámbito mercantil y refieren al capital comercial.<sup>13</sup>

Considerando la definición de Ulpiano, diremos respecto del que estaba al frente del negocio que se llamaba *negotiator*, con la finalidad lucrativa –*propter quaestum*, acorde a la expresión del jurista Paulo, 29 *ad ed.*.<sup>14</sup>

Los términos *taberna*, *instructa* y *negotiatio* se tradujeron como establecimiento mercantil y actividad comercial, respectivamente.<sup>15</sup> En sus inicios tuvieron su origen en el Edicto, pasando después a la jurisprudencia.<sup>16</sup> El término *officina* –que encontramos en algunos pasajes del *Digesto* y en Plinio- lo utilizamos para los talleres, establecimientos industriales o laboratorios.<sup>17</sup> La *merx peculiaris* designaba al capital empresarial en su relación con el comercio o con la producción.<sup>18</sup>

Los juristas Sabino y Gaius diferenciaban entre los auxiliares del comercio al simple comprador- vendedor, que realizaba actos aislados, del *mercator*, quien

9 Cerami, P., Di Porto, A. e Petrucci, A., *ob. Cit.*, pág. 15

10 Idem

11 García Garrido, Manuel J., *ob. Cit.*, pág. 47; Soriano Cienfuegos, Carlos, *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2007, pág. 23

12 Soriano Cienfuegos, Carlos, Idem

13 Idem

14 Idem

15 Idem

16 Idem

17 Idem

18 Ibídem, pág. 24; Cerami, P., Di Porto, A. e Petrucci, A., *ob. Cit.*, pág. 17

en forma continuada y en calidad de intermediario era un agente de comercio profesional.<sup>19</sup>

El comercio podía ser ejercido en las ferias o en los mercados que a tal fin se instalaban en lugares estratégicamente elegidos para que la intermediación de bienes o servicios puedan darse con facilidad.

Ulpiano otorgó una noción amplia del intermediario y agente de comercio denominado gerente al decir:”<el gerente> se llamó ‘institor’ porque insta gestionando un negocio y no importa mucho que haya sido puesto al frente de un establecimiento o de cualquier otra actividad comercial” –D. 14, 3, 3-<sup>20</sup>

En este contexto veíamos en muchos casos, al paterfamilias sirviéndose de sus hijos y esclavos para concretar sus negocios, organizando su empresa. A esto se agregaba la protección del pretor, quien concedía a través de su Edicto varias acciones por medio de las cuales los afectados podían demandar al pater por las deudas y otros perjuicios que pudieron ocasionar los que estaban sometidos a su potestad.<sup>21</sup> A estas acciones, los glosadores del Medioevo, las denominaron acciones adyecticias –*actiones adiectiae qualitatis*- atento a que se acumulaban las acciones contra el hijo.<sup>22</sup>

La empresa comercial podía ser de responsabilidad limitada o ilimitada. Era limitada cuando el pater concedía al sometido un peculio que servía de capital de la negociación. Aquí el padre respondía ante los terceros contratantes en el hipotético caso de ser demandado por la acción de peculio, en sus límites y cuantía. Además se podía ejecutar con la acción de ganancia, conocida como la *actio in rem verso*, por la que el padre respondía a los reclamos de los terceros con los cuales se gestó el negocio, en los límites de las ganancias obtenidas. Tanto éstas como el peculio se establecían detrayendo antes los créditos del padre contra el sometido- sea hijos o esclavos-.<sup>23</sup> Aquí teníamos jurídicamente separados al patrimonio personal del *dominus* que era administrado por otro,<sup>24</sup> dándose

19 Soriano Cienfuegos, Carlos, Idem

20 Ibídem, pág. 26

21 García Garrido, Manuel J., *ob. Cit.*, pág. 47

22 Idem

23 Ibídem, págs. 47- 48

24 Cerami, P., Di Porto, A. e Petrucci, A., *ob. Cit.*, pág. 57

origen con esto a un capital de empresa peculiar.<sup>25</sup> El peculio era el patrimonio sobre el cual se realizaba la negociación.<sup>26</sup>

La empresa mercantil era de responsabilidad ilimitada o solidaria cuando el jefe comunicó a los eventuales contratantes su autorización para que se efectúe ese negocio determinado, con su subordinado –procediendo en estos casos la acción con la fórmula *quod iussu-* o en los casos en que el hijo o el esclavo era puesto al frente de los negocios por el dueño o empresario- *praepotitio-*. Si era un emprendimiento marítimo –*exercitor-* se daba la acción contra él como *exercitoria*. Si era un negocio terrestre – *institor-* la acción que se utilizaba era la *institoria*.<sup>27</sup> Este intermediario era el *institor* o sea quien fue puesto al frente de un establecimiento mercantil.<sup>28</sup> Paulo nos dio la noción más antigua del mismo, cuando dice: “es factor aquel a quien se coloca al frente de una tienda o en <algún otro> lugar con la finalidad de comprar y vender; y aquél a quien se encarga la misma actividad, sin lugar <determinado>” –D. 14, 3, 18.<sup>29</sup>

También teníamos otras modalidades al momento de llevar un emprendimiento mercantil, eran los grupos de empresas, que pertenecían a un único o a varios dueños, pudiendo actuar desde lo individual o mediante una sociedad. Estas podían servirse de un solo esclavo –*negotiator-*, pudiendo éste tener la facultad de nombrar a su vez a varios esclavos vicarios.<sup>30</sup>

En estos casos la venta de la empresa o sociedad se producía cuando era vendido el esclavo –*servus negotiator-* con su peculio empresarial. Si se disponía por testamento su liberación o manumisión concediéndole el peculio como legado se daba otra forma de conclusión de la empresa o sociedad.<sup>31</sup>

Fue una práctica comercial frecuente el hecho de que el liberto continuara al frente de la empresa en calidad de socio.<sup>32</sup>

25 Ibídem, pág. 59

26 Ibídem, pág. 81

27 García Garrido, Manuel J., *ob. Cit.*, pág. 48

28 Soriano Cienfuegos, Carlos, *ob. Cit.*, pág. 25

29 Idem

30 García Garrido, Manuel J., *ob. Cit.*, pág. 48

31 Idem

32 Idem

Si el liberto continuaba en la misma ciudad con el mismo negocio de su ex patrón, pero sin la autorización previa de éste, era posible de que el ex amo perjudicado pudiera solicitar la prohibición de dicha actividad por competencia ilícita.<sup>33</sup>

Los juristas nos proporcionaron decisiones mediante las cuales vemos varios casos de esclavos que realizaban operaciones mercantiles en nombre de sus dueños, los cuales respondían frente a los acreedores por el incumplimiento en que podían incurrir o por la mala gestión de los esclavos.<sup>34</sup>

Dentro del contexto de la evolución histórica que se dio entre los siglos I a. C al III d. C. se formó progresivamente una empresa que organizaba capitales y el trabajo de esclavos, libertos y libres, destinada al ejercicio de operaciones bancarias.<sup>35</sup> Concretamente vemos que la jurisprudencia a partir de los términos contenidos en las cláusulas y en las fórmulas contenidas en los edictos de las acciones *adiectionis qualitatis*, comenzó a elaborar, especialmente, desde el siglo I a. C. y el I d. C. los conceptos y la categoría del derecho romano de la empresa.<sup>36</sup>

En diversos textos literarios, epigráficos y jurídicos hacían referencia al ejercicio colectivo de varias personas destinadas a realizar actividades financieras y bancarias, a los que se les podía atribuir responsabilidad ilimitada o limitada respecto de los acreedores.<sup>37</sup> En estos casos los banqueros podían ejercer sus actividades ostentando la calidad de socios y acordar entre ellos un contrato de sociedad, que siempre era consensual.<sup>38</sup> También tenemos con habitualidad al banquero persona humana al frente de su negocio.

En la actividad bancaria los términos más utilizados para designar al banquero eran los de *argentarius* o *trapezita* - siendo el equivalente latino de la terminología de origen griego. Esta designación luego cambió y comenzó a llamarse a los banqueros *nummularius* y *coactor argentarius*.<sup>39</sup>

En la sociedad de banca la obligación que contraía un *argentarius* obligaba al resto de los socios sin que para ello se necesitara un pacto especial.<sup>40</sup> Esta

33 Idem

34 Ibídem, pág. 49

35 Ibídem, pág. 52

36 Cerami, P., Di Porto, A. e Petrucci, A., *ob. Cit.*, pág. 48

37 García Garrido, Manuel J., *ob. Cit.*, pág. 54

38 Idem

39 Cerami, P., Di Porto, A. e Petrucci, A., *ob. Cit.*, pág. 100

40 García Garrido, Manuel J., *ob. Cit.*, pág. 55

solidaridad pasiva o de todos los socios fue una costumbre o práctica bancaria.<sup>41</sup> En decisiones de Papiniano y Ulpiano se afirmaba que los socios respondían con todo su patrimonio por los depósitos de sus clientes. Si la banca quebraba, los depositantes tenían un derecho de reembolso sobre todos los bienes de la sociedad.<sup>42</sup>

En sus orígenes una de las actividades principales de los banqueros fue la de manipulación de las monedas metálicas a fin de comprobar su autenticidad y el valor real de las mismas. Luego vinieron el crédito y los préstamos, entre otras operaciones que hacían a su actividad.<sup>43</sup> Estos *argentarii* –simples cambistas- tenían su sede fija en el Foro. Contaban con una mesa –igual a la *trapezia* griega- que originariamente sirvió para la inspección de monedas a la que se denominó *mensa*.<sup>44</sup>

Cuando estábamos en presencia de las denominadas sociedades comerciales –que tuvieron su origen en el *ius gentium*- debemos aclarar que en ningún caso el derecho romano les otorgó personalidad jurídica distinta de sus miembros.<sup>45</sup> Estas sociedades eran muy comunes entre romanos y extranjeros, teniendo su protección originariamente ante el pretor peregrino.<sup>46</sup> Las únicas sociedades que tenían personalidad jurídica eran las *societas publicanorum*, merced a la finalidad que perseguían.

En el cosmos del mundo antiguo romano operaciones como prestar dinero exigiendo prendas en garantía de su restitución no eran exclusivas de los intermediarios profesionales sino que fue una práctica muy extendida en las clases sociales adineradas, como entre los políticos, senadores y caballeros.<sup>47</sup> El mismo Cicerón fue prestamista.<sup>48</sup>

---

41 Idem

42 Idem

43 Ibídem, pág. 75

44 Martino, Francisco de, *Historia económica de la Roma antigua*, T. I., Akal editor, Madrid, 1985, pág. 193

45 Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1996, pág. 177

46 Arangio-Ruiz, Vincenzo, *La società in diritto romano*, Jovene Editore, Napoli, 2006, pág. 29; Cerami, P., Di Porto, A. e Petrucci, A., ob. Cit., pág. 61 y sigs.

47 García Garrido, Manuel J., ob. Cit., Madrid, 2001, pág. 75

48 Ibídem, págs. 95- 97

Hemos mencionado que el empresario se servía para el desarrollo de su actividad de esclavos, de libertos y de personas libres. Dentro del contexto del mundo antiguo el trabajo asalariado era mal visto, ya que acorde a lo sostenido por Francesco de Martino “el trabajo dependiente era considerado iliberal y sórdido, porque era retribuido no por el arte de quien lo ejerce; el salario es símbolo de esclavitud.”<sup>49</sup> Sin embargo el mayor número de mano de obra la encontrábamos en los esclavos en todo tipo de negocios o empresas.<sup>50</sup>

Existía en algunos casos la obligación de rendir cuentas, especialmente en las operaciones bancarias, siempre que alguien realizare un negocio por cuenta de otro.

Siguiendo el pensamiento de Cerami, di Porto y Petrucci podemos transcribir que “la diferencia fundamental entre el mundo romano y el moderno en temas de actividades mercantiles puede ser sintetizado de la siguiente manera:’los romanos ejercitaban la actividad comercial, en su vía normal, mediante el instrumento – esclavo, esto es, *per servos*. Así como los modernos la ejercitan, por su vía normal, mediante el instrumento- persona jurídica, esto es, sociedad.’ Siendo el esclavo una propiedad del mismo dueño así como la sociedad pertenece a los que la constituyen.”<sup>51</sup> Se juzgaba con desprecio a los artesanos y comerciantes porque no podían ostentar las cualidades de un verdadero hombre libre.<sup>52</sup>

### **3. Las actividades empresariales y el intercambio de bienes a través de algunos autores latinos**

La literatura clásica latina nos ofrece un material invaluable para descubrir la vida, costumbres y el derecho que nos relatan sus autores mediante sus obras. En muchas de ellas encontramos el objeto de nuestra búsqueda. Sería imposible abordar todos los escritores que trataron el tema de la investigación planteada, así que mencionaremos a algunos de ellos.

---

49 Martino, Francisco de, *ob. Cit.*, pág. 218

50 Ibídem, pág. 222

51 Cerami, P., Di Porto, A. e Petrucci, A., *ob. Cit.*, pág. 63

52 Martino, Francisco de, *ob. Cit.*, pág. 218

En el tratado de *Los oficios* Cicerón<sup>53</sup> nos refiere acerca de la diferencia entre el comerciante mayorista del minorista, haciendo una enumeración de los distintos oficios: "en cuanto a los oficios y géneros de ganancias, cuáles han de ser reputados por honrosos y cuáles por mecánicos, establecemos lo siguiente. En primer lugar, condenamos todo oficio odiioso, como es el de los cobradores y usureros. También a quienes se compra, no sus artes, sino su trabajo; porque en éstos su propio salario es un título de servidumbre. Asimismo se ha de tener por oficio bajo el comercio de los que compran a otros para volver a vender, pues no pueden tener algún lucro sin mentir mucho, y no hay vicio más feo que la mentira. Además es bajo todo oficio mecánico, no siendo posible que en un taller se halle cosa digna de una generosa educación. Tampoco son de nuestra aprobación aquellos oficios que suministran los deleites, los pescadores, carníceros, cocineros, mondongueros, como dice Terencio. Y añadimos a éstos los que hacen comercio de aguas, olores y afeites; los bailarines, los jugadores y todo género de tahudes. Más aquellas artes que suponen mayores talentos y que producen también bastantes utilidades, como la arquitectura, la medicina y todo conocimiento de cosas honestas son de honor y dan estimación a aquellos a quienes corresponden por su esfera. El comercio, si es corto, se ha de reputar por oficio ruin; pero si es mucho y rico, que conduce mercaderías por todas partes y las distribuye sin engañar a nadie, no se ha de condenar enteramente. Y aún parece que parece que merece con razón alabanza, si satisfecho el comerciante, o por mejor decir, contento con sus ganancias, después de haber hecho muchos viajes por mar desde el puerto, se retirare desde aquí al descanso y sosiego de las posesiones del campo. Más entre todos los oficios por donde se adquiere alguna cosa, el mejor, el más abundante, más delicioso y propio de un hombre de bien es la agricultura."<sup>54</sup>

Lucio Apuleyo en *El asno de oro* menciona algunos párrafos en donde describe acerca de las actividades mercantiles que se realizaban en las provincias romanas: "soy de Egina, y ando por estas provincias de Tesalia, Etolia y Beocia, de acá para allá, buscando mercaderías de queso, miel y semejantes cosas de taberneros; y como oyese decir que en la ciudad de Hipata, la más importante de Tesalia, hubiese muy buen queso y de buen sabor y aprovecho para comprar, corrí luego allá por

53 El tratado de Los Oficios originariamente se denominaba *De las obligaciones*, debiendo el cambio de nombre a los editores. Ver Gallo Rosana, "Uno de los grandes legados de Cicerón: Los oficios" en ob. Cít., pág. 129 y sigs.

54 Cicerón, *Los oficios*, Espasa- Calpe, S.A., tercera edición, Madrid, 1959, págs. 79-80 [L. Primero, Capítulo XLII]

*comprar todo lo que pudiese; pero con el pie izquierdo entré en la negociación, que no me vino como yo esperaba, porque otro día antes había venido allí un negociador que se llamaba Lobo y lo había comprado todo.”*<sup>55</sup>

*“Allí mora este Milón, bien harto de dineros y muy rico, pero muy avariento y de baja condición; hombre infame y sucio que no tiene otro oficio sino continuo dar a usura sobre buenas prendas de oro, de plata, metido en una asilla pequeña y siempre atento al polvo del dinero..”*<sup>56</sup>

En otro párrafo de la misma obra menciona las malas artes del comercio minorista:”...vosotros ni perdonáis a nuestros amigos ni a los huéspedes que aquí vienen, porque vendéis el pescado podrido por tan grandes precios y hacéis con vuestra carestía que una ciudad como ésta, que es la flor de Tesalia, se torne, en un desierto y soledad, pero no lo haréis sin pena, a los menos en tanto que yo tuviere este cargo; yo mostraré en qué manera se deben castigar a los malos.”<sup>57</sup>

Con referencia a los lujos, los mercados y la seguridad de las provincias romanas:”...somos ricos de alhajas en casa. Aquí hay mucha libertad y seguridad; hay grandes negociaciones y mercaderías cuando vienen mercaderes romanos...”<sup>58</sup>

En el Satíricón Petronio narró en forma burlesca la vida en la Roma de Nerón:”llegamos a la plaza cuando se acababa el día. Notamos allí gran abundancia de mercaderías, no de gran valor, pero sí cuyo origen poco claro encubrían muy bien las sombras del momento.”<sup>59</sup>

Respecto a los bienes importados de otros lugares:”en el bandejón en que venían los entremeses había un asnillo en bronce de Corinto...”<sup>60</sup> “el cocinero fue honrado con un trago y con una corona de plata; el vaso se lo presentaron en una bandeja de Corinto.”<sup>61</sup> Los objetos de bronce provenientes de Corinto eran muy apreciados en Roma por ende se cotizaban a un gran valor.

<sup>55</sup> Apuleyo, *El asno de oro*, Club Internacional del Libro División Coleccionables, S.L., Madrid, 1999, pág. 17

<sup>56</sup> Ibídem, pág. 27

<sup>57</sup> Ibídem, pág. 30

<sup>58</sup> Ibídem, pág. 44

<sup>59</sup> Petronio, *Satíricón*, Ediciones Orbis, S.A., España, 1982, pág. 18 [12]

<sup>60</sup> Ibídem, pág. 38 [31]

<sup>61</sup> Ibídem, pág. 63 [50]

El dinero y las inversiones:"el mismo día. Se han guardado en la caja fuerte diez millones de sestercios por no haber resultado posible invertirlos." <sup>62</sup>"me retiré de los negocios y me puse a prestar dinero a libertos." <sup>63</sup>

El tema del préstamo de dinero lo volvemos a encontrar en Cátulo en la composición *Devuélveme mi dinero.*"Si quieras, Silón, devuélveme primero mis diez mil sestercios y después ya puedes ser lo cerril e intratable que quieras. O. si te seduce mi dinero, yo te rogaría que abandones tu profesión y tu carácter cerril e intratable."

La navegación y el tráfico marítimo son mencionados por Tibulo en *Elegía III:*"El errabundo navegante, persiguiendo las riquezas en desconocidas tierras, no había cargado aún su barco de mercaderías extranjeras." <sup>65</sup> Refiere también a artículos importados:"En cuanto a ti, Carintia, que tus alegres convidados beban en copas de Samos y en vasos de Cumas de escurridiza arcilla que moldeó en la rueda la mano del alfarero." <sup>66</sup> Los romanos apreciaban las vasijas provenientes de Samos y de Cumas, las cuales eran confeccionadas con barro. La compra de un esclavo:"...hoy reina en su corazón un esclavo extranjero obligado a pintar con yeso los pies sobre el tablado en que estuvo en venta." <sup>67</sup>

Terencio en su comedia *Andria* alude a los negocios que ejercía el esclavo para su patrón:"Mi amo me mandó que, dejando otros negocios, tuviese hoy cerca de Pánfilo para ver que determinaba esta boda..." <sup>68</sup> El eunuco refiere a la compra de esclavos:"Cuando me dijiste que tenías deseos de tener una criadita etíope, ¿no lo dejé todo y al busqué? Dijiste también que querías un eunuco porque no los tienen sino las reinas: helo conseguido. Ayer di por ambos veinte minas..."<sup>69</sup> al igual que en *Formión*:"Para la mujer habré de comprar una esclavita..." <sup>70</sup>

62 Ibídem, pág. 66 [53]

63 Ibídem, pág. 100 [76]

64 Cátulo, "Devuélveme mi dinero" en Cátulo y Tibulo, *Obras poéticas*, Editorial Iberia, S.A., Barcelona, 1966, pág. 87 [CIII]

65 Tibulo, "Elegía III" en Cátulo y Tibulo, *Obras poéticas*, Editorial Iberia, S.A., Barcelona, 1966, pág. 108 [L. I]

66 Ibídem, pág. 135 [L. II]

67 Idem

68 Terencio, "Andria" en *Comedias*, Editorial Iberia, S.A., Barcelona, 1961, pág. 35

69 Terencio, "El eunuco" en *Comedias*, Editorial Iberia, S.A., Barcelona, 1961, pág. 129

70 Terencio, "Formión" en *Comedias*, Editorial Iberia, S.A., Barcelona, 1961, pág. 208

Marcial en su *Epigrama* “El precio de un esclavo” sostiene que:”*Un traficante de esclavos me pidió cien mil por un esclavo: yo me reí, pero Febo los entregó al momento...*”<sup>71</sup> En “Depósito de agua en Ravena” da cuentas que el negocio de la venta de agua era más redituable que el de la vid:”*Prefiero tener en Ravena un depósito de agua a una viña, pues podía vender el agua a mucho mejor precio.*”<sup>72</sup> El jabalí era una comida cara por la cantidad de especias necesarias para su cocción, esto nos lo da a entender mediante el epigrama “Un jabalí que le había enviado Dextro:”...*pero mi cocinero consumirá un gran montón de pimienta y añadirá falerno con salsa de reserva. Vuelve junto a tu dueño, mi fuego no te abarca, ruina de jabalí: necesito comer más barato.*”<sup>73</sup> En “A Materno, jurisconsulto y paisano suyo” mencionaba al mercado de la ciudad:”*Mientras hablo, he aquí que vuelve el pescador con su cesto vacío, que el cazador llega orgulloso del tejón que ha capturado: toda tu cena junto al mar procede del mercado de la ciudad.*”<sup>74</sup>

Publio Papinio Estacio en *Silvas* enumera una serie de cosas importadas que se encontraban en un templo romano y sus lugares de procedencia:”*Es una sede digna de una diosa que no desmerece de los astros radiantes; allí el mármol de Libia y el de Frigia, allí verdean las duras piedras de Lacedemonia, allí refulgen el ónix variante y la piedra color del mar profundo y la que envidiar suelen la púrpura de Esparta y el tintorero experto en los calderos tírios.*”<sup>75</sup> Y los lujos de la casa de un amigo:”*¡Me asombraré ante las doradas vigas, ante los quicios de madera de África, ante el brillante mármol de polícroma vena...?*”<sup>76</sup> Sobre el intercambio:”...*y una turba de cómicos humildes y de vendedores que cambian azufre corriente por charcos viejos.*”<sup>77</sup> Del buen gusto de un amigo por las cosas griegas:”...*en ella, los mármoles escogidos de lo hondo de las canteras griegas... aquí brillan los amarillos mármoles de Numidia con los de Tasos, Quíos y Caristo... te felicito por tu amor por lo griego y por frecuentar las tierras griegas...*”<sup>78</sup>

71 Marcial, *Epigramas I*, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001, pág. 54 [58]

72 Ibídem, pág. 152 [56]

73 Marcial, *Epigramas II*, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001, pág. 20 [27]

74 Ibídem, pág. 182 [37]

75 Estacio, *Silvas*, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2011, pág. 45 [L. I, 2, 145-150]

76 Ibídem, pág. 54 [L. I, 3, 35]

77 Ibídem, pág. 75 [L. I, 6, 70]

78 Ibídem, pág. 100 [L. II, 2, 85, 90]

## 4. La empresa en la legislación positiva argentina

En nuestro derecho positivo vigente que rige desde el 1 de agosto de 2015 mediante la entrada en vigencia de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación se procedió a la unificación de los Códigos Civil y de Comercio, Ley 26.994. Ambas ramas del derecho hoy están en un solo cuerpo legal. Merced a esta unificación se derogaron muchos institutos a la par que se incorporaron otros nuevos. Es así que en materia mercantil se derogó el estatuto del comerciante individual que lucía en el Código de Comercio de la Nación a partir del art. 1 y siguientes y los actos de comercio –enumerados en el art. 8– con criterio objetivo y enunciación no taxativa. Esto no significa que ya no tengamos actividades mercantiles sino que con la nueva legislación se da otra visión acerca de ellas. De todas formas esta derogación de la enumeración de los actos del comercio y del comerciante individual están en concordancia con la metodología que conllevan los códigos unificados, como en el caso del Código Civil italiano del año 1942, que ha sido ejemplo de unificación, y que rige con las reformas del caso hasta nuestros días. Aquí tampoco figuran enumerados los actos de comercio ni hay un estatuto del comerciante individual. En cambio, al igual que nuestra nueva legislación sí se mencionan a personas que realizan actividades empresariales.

La nueva terminología con la cual se maneja nuestra legislación es la de “actividad económica organizada”. Esto se encuentra en el art. 320: *“Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la lubricación de los libros, como se establece en esta misma Sección.”*

Sólo se menciona a los que ejercen esta actividad en el artículo precitado y en estricta alusión respecto de quiénes deben llevar contabilidad y libros. No tenemos otro articulado en el cual se definan al empresario ni a la empresa.

Diremos que la actividad económica organizada podrá ser ejercida por personas jurídicas privadas y por las personas humanas. En mérito al ejercicio de esta actividad tienen la obligación legal de llevar contabilidad y los libros correspondientes. Además deben inscribirse en un Registro Público. En la anterior legislación se inscribían en el Registro Público de Comercio, que integraba la normativa del estatuto del comerciante individual.

El modo de llevar la contabilidad debe serlo sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse. Los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva, conforme art. 321.

Los registros indispensables son: el diario, inventario y balances, aquellos que corresponden a una adecuada integración de un sistema de contabilidad y que exige la importancia y la naturaleza de las actividades a desarrollar y los que en forma especial impone el Código u otras leyes, acorde al art. 322. De esto deducimos que según a la actividad desempeñada puede agregársele otra registración además de las cuatro primeras, por ende la nómina resulta enunciativa, no taxativa. Pero siempre debe surgir de una imposición de índole legal.

El interesado debe llevar su contabilidad mediante la utilización de libros y debe presentarlos, debidamente encuadrados, para su individualización en el Registro Público correspondiente –art. 323-. Los libros y registros contables deben llevarse en forma cronológica, actualizada, sin alteración alguna que no haya sido debidamente salvada. Deben estar en el idioma y moneda nacional y permitir determinar al cierre de cada ejercicio económico anual la situación patrimonial, su evolución y sus resultados. Estos deben permanecer en el domicilio del titular -art. 325-. Con esta reforma se impuso un plazo único para el cierre de ejercicio que será anual, a diferencia de la anterior que diferenciaba entre el comerciante mayorista del minorista, imponiéndose al primero el cierre de ejercicio anual, mientras que el segundo lo hacía cada tres años, conforme al artículo 50 del Código de Comercio derogado.

El actual art. 328 dispone que el plazo para conservar la documentación que estamos analizando es de diez años, salvo que otras leyes especiales dispusieran otro plazo. La contabilidad sea obligada o voluntaria que se lleva en la forma y con los requisitos legales debe ser admitida en juicio, como medio de prueba –art. 330 primer párrafo.

La legislación mercantil derogada no definió jurídicamente a la empresa, siendo las definiciones utilizadas de índole económica. Una difundida definición de la empresa era la siguiente: "es la organización de los medios factores de producción destinados al intercambio de bienes o servicios"

Al comerciante individual se lo definía como "los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual"; "se llama en general comerciante, toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercaderías...son tam-

bien comerciantes los libreros, merceros y tenderos de toda clase que venden mercaderías que no han fabricado”-arts. 1 y 2 Cód. de Com.- Los comerciantes al por menor son los que habitualmente en las cosas que se miden, venden por metros o litros; en las que se pesan, por menos de 10 kilogramos, y en las que se cuentan, por bultos sueltos, art. 3, por ende, los que superaban los 10 kilogramos o litros, eran mayoristas. Aclarándose que las personas que ejercían accidentalmente un acto de comercio no son considerados comerciantes, art. 6.

La calidad de comerciante individual se adquiría siempre por un modo fáctico siempre que una persona física realizaba actos de comercio.<sup>79</sup> No exigía el ordenamiento legal expresamente el propósito de lucro aunque generalmente éste acompañaba al mercader.<sup>80</sup> El término comerciante individual siempre se lo reservó para una persona física, ya que las sociedades comerciales al ser personas jurídicas no podían ser tildadas de “comerciantes”.

Además en el Código de Comercio establecía que si un acto era comercial para una sola de las partes, todos los contratantes quedaban sujetos a la jurisdicción y a la ley mercantil-art. 7; sin embargo a pesar de su derogación continuamos aplicando la jurisdicción y ley mercantil a la hora de dirimir un conflicto, en los casos en donde tenemos separados el foro civil del mercantil –ejemplo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- ya que en otras provincias la jurisdicción está unida en civil y comercial.

A su vez, además del comerciante individual que ejercía actos mercantiles, teníamos al empresario individual o colectivo y a las sociedades comerciales.

La empresa podía estar en cabeza de una sola persona o varias. Nunca era persona jurídica, sino que el o los empresarios respondían con todo su patrocinio individual, atento a que éste era la prenda común de los acreedores, más allá de los bienes que hayan dado para el emprendimiento.

La sociedad comercial, regida por la Ley 19.550 se daba cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción do intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas –art. 1-. La sociedad, regularmente constituida era sujeto de derecho, con independencia de los socios. Se enumeraban los tipos taxativos que se podían elegir.

<sup>79</sup> Etcheverry, Raúl A., *Derecho comercial y económico. Parte General*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2º reimpresión, Buenos Aires, 1998, pág. 353

<sup>80</sup> Idem

En la actual Ley 19.550, Ley General de Sociedades, reformada por la misma ley que proporcionó la entrada en vigencia del nuevo Código, esto es, la Ley 26.996 rompió con este esquema clásico derivado del romano. El actual art. 1 permite que se constituya una sociedad con una o más personas. Aclarando que si es una sola lo será bajo la modalidad de una sociedad anónima unipersonal. La sociedad sigue siendo persona jurídica. Con esto tenemos acorde a Gebhardt que “a la sociedad la puede usar incluso un individuo empresario sin siquiera contratar con otro socio, sino simplemente acudiendo al tipo de la sociedad anónima unipersonal, creada precisamente para el incentivo de las actividades empresariales, incluso no colectiva, sino individuales.”<sup>81</sup> La tipología se mantiene igual.

Tanto en la Ley de Sociedades Comerciales como en la actual Ley General de Sociedades en el art. 1 incorporan a la empresa al aludir a la “organización”.

En el Código Civil derogado estaba regulada la sociedad civil –arts. 1648 y siguientes- a la que a pesar de su derogación se seguirá aplicando a las ya existentes hasta que reste la última, no pudiéndose constituir una nueva desde la entrada en vigencia de Código Unificado. En la sociedad civil se requerían dos o más personas para constituirlos.

Si bien el Código Unificado derogó muchos institutos en materia civil y comercial, seguimos aplicando las leyes especiales que expresamente no sufrieron derogación. En esto incluimos a los denominados auxiliares de comercio: martilleros, correedores, agentes de bolsa, productor asesor de seguros, entre otros. Por ello aplicamos el Código Civil y Comercial de la Nación y las leyes especiales no derogadas que se encuentran en los Códigos Civil y de Comercio –derogados-. También continúan los factores y dependientes como medios de intermediación como representación en los negocios de la persona humana que realiza operaciones económicas y del empresario individual o colectivo.

La rendición de cuentas y la representación continúan existiendo, esta última en sus modalidades de mandato general y especial, tanto en lo civil como en el mercantil –arts. 362 al 381 y 858 al 864 respectivamente-

Cuando la ley no permita que las personas humanas limiten su responsabilidad ante los negocios e intercambios que puedan realizar, continúan al igual que el régimen anterior- respondiendo con todo su patrimonio personal, siendo éste la prenda común de los acreedores conforme al art. 743:”Los bienes pre-

<sup>81</sup> Gebhardt, Marcelo, (Dir) y Romero, Miguel A., (Coord), *Sociedades. Según las reformas de la ley 26.994*, Editorial Astrea, S.R.L., Buenos Aires, 2016, pág. 7

sentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia.” Tratándose de socios de una sociedad regular pueden serlo con responsabilidad limitada o subsidiaria, solidaria e ilimitada.

Antes hablábamos de personas físicas o de existencia real, hoy diremos “personas humanas” en concordancia con el art. 19.”La existencia de la persona humana comienza con la concepción.” A la luz de esta nueva designación, diremos que las personas humanas son las que podrán actuar en el ámbito de los negocios a la par que podrán constituir o integrar sociedades dedicadas a explotar una actividad económica.

La persona jurídica está definida en el art. 141 como “todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.” Tienen una personalidad jurídica propia distinta de la de sus miembros y éstos no responden por las obligaciones de aquella, con excepción en que la ley establezca lo contrario –art. 143-. Comienza la existencia de la persona jurídica privada desde su constitución, no existiendo autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario –art. 142.

La actual legislación clasifica a las personas jurídicas como públicas o privadas –art. 145-, siendo esto igual que la anterior.

Las personas jurídicas públicas están clasificadas en el art. 146:

- a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;
- b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;
- c) la Iglesia católica.”

Todas ellas se rigen por las leyes y ordenamientos de su constitución en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia –art. 147-

El Estado Nacional, provincial o municipal podrá asociarse con capitales particulares a fin de realizar emprendimientos.

La clasificación de las personas jurídicas conforme al art. 148 es la siguiente:

- a) las sociedades;
- b) las asociaciones civiles;
- c) las simples asociaciones;
- d) las fundaciones;
- e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;
- f) las mutuales;
- g) las cooperativas;
- h) el consorcio de propiedad horizontal;
- i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.”

Vemos aquí una nómina enunciativa de las personas jurídicas, pudiendo realizar emprendimientos mercantiles siempre que sus actos constitutivos así lo permitan, teniendo en cuenta la finalidad u objeto al momento de su creación.

A diferencia del derecho romano, los bancos ya no están en manos de personas humanas sino que siempre será a través de personas jurídicas autorizadas por la fiscalización externa correspondiente para operar. La Ley 21.526 de Entidades financieras dispone en su art. 9 que “las entidades financieras de la Nación, de las provincias y de las municipalidades, se constituirán en la forma que establezcan sus cartas orgánicas. El resto de las entidades financieras deberá hacerlo en forma de sociedad anónima, a excepción de: a) las sucursales de entidades extranjeras, que deberán tener en el país una representación con poderes suficientes de acuerdo con la ley argentina; b) los bancos comerciales, que también podrán constituirse en forma de sociedad cooperativa; c) las cajas de crédito, que también podrán constituirse en forma de sociedad cooperativa o asociación civil.” Todas estas caen bajo la fiscalización externa del Banco Central de la República Argentina.

He aquí al derecho positivo vigente en materia de empresa y emprendimientos económicos y su diferencia con el anterior régimen.

## 5. Conclusión

Recorrimos por la antigua Roma y por el derecho romano la enorme importancia que tuvo el comercio para alcanzar la prosperidad y el esplendor dignos de una gran civilización. El comercio fue ejercido por comerciantes minoristas o mayoristas, por empresarios al frente de una empresa, sea individual o colectiva y también por las sociedades comerciales en las cuales podíamos limitar la responsabilidad de los socios o no. Estas surgieron gracias al *ius gentium* gestado merced a las relaciones mercantiles entre ciudadanos romanos y extranjeros, a fin de poder realizar el intercambio de bienes con la debida tutela jurídica.

Por lo general los emprendimientos mercantiles eran realizados por la persona humana, pero había casos en donde estas se unían y constitúan una sociedad comercial. La sociedad siempre era de dos o más personas, no pudiendo serlo con una sola. En todos los casos las sociedades comerciales carecían de personería jurídica con independencia de los socios que la integraban. Cabe mencionar que no teníamos la tipología con la cual contamos en la actualidad respecto de las sociedades.

Las personas que ejercían emprendimientos comerciales podían responder en forma ilimitada o limitada.

Acorde a la actividad desplegada vimos que el esclavo podía realizar la función de intermediario –factor- en los negocios de su amo, sea en calidad de comerciante, empresario o sociedad comercial. El esclavo tuvo un rol importante en la economía de la antigua Roma y en el engrandecimiento de las actividades mercantiles. También podían trabajar los asalariados, esto es, personas libres que vendían su trabajo a otra que ejercía el comercio. Trabajar como asalariado en la antigüedad era muy mal visto. Era en ese sentido más respetada la situación del esclavo que realizaba tareas que la de los libres que vendían su trabajo.

En el derecho positivo argentino a través del Código Civil y Comercial de la Nación –Código Unificado- se derogaron los actos de comercio y el estatuto del comerciante individual. No obstante ello, los negocios continúan bajo otra terminología, la de “actividad económica organizada”, pudiendo ser ejercida por personas humanas o jurídicas.

El patrimonio del deudor- empresario individual o colectivo-siempre que la ley no le permita limitar su responsabilidad sigue siendo la prenda común de los acreedores, como lo era en la legislación derogada y en el derecho romano.

Si la actividad mercantil es ejercida por una persona jurídica bajo la modalidad de una sociedad regularmente constituida, los socios pueden limitar su responsabilidad en forma limitada o subsidiaria, solidaria e ilimitada. Esto también estaba presente en la legislación reformada; mientras que en el derecho romano que analizamos vimos que podía ser ilimitada o limitada –sin posibilidades de subsidiariedad-. En materia de sociedades comerciales en el derecho romano nunca eran personas jurídicas a diferencia de nuestro derecho –el derogado y el actual- en donde expresamente se le reconoce como persona jurídica independientemente de los socios que la integran. Una gran diferencia en materia de derecho societario se dio con la reforma a la Ley 19.550 por parte de la Unificación en donde se permite que una sociedad se constituya con una o más personas – si es una sola debe adoptar la tipicidad de la sociedad anónima, denominándosela “sociedad anónima unipersonal”- a diferencia del régimen derogado –sociedades civiles o comerciales- y del romano en donde siempre debían ser dos o más.

Se concluye con respecto a la investigación realizada que el derecho romano en varios de los institutos jurídicos analizados permanece en nuestro ordenamiento positivo vigente, con las adecuaciones del caso que demandó la modernidad. Si bien hubo cambios, lo esencial sigue perdurando, ya que no hemos surgido de la nada en materia jurídica sino que seguimos siendo de alguna manera u otra “herederos del derecho romano y la tradición romanista”.

## Bibliografía consultada

Apuleyo, Lucio, *El asno de oro*, Club Internacional del Libro División Coleccionables, S.L., Madrid, 1999.

Arangio- Ruiz, Vincenzo, *La Società in Diritto Romano*, Jovene editore, s.p.a, Napoli, 2006 [1965].

Cátulo y Tibulo, *Obras Poéticas*, Versión directa del latín de José Torrens Béjar, Notas prologales de Emiliano M. Aguilera, Editorial Iberia, S.A., Barcelona, 1966

Cerami, P., Di Porto, A. e Petrucci, A., *Diritto Commerciale Romano. Profilo Storico*, G. Giappichelli Editore, segunda edición, Torino, enero 2004.

Cicerón, *Los oficios*, Traducción de Manuel de Valbuena, Espasa Calpe, S.A., tercera edición, Madrid, 1959.

*Código de Comercio de la República Argentina*, Editorial Abeledo- Perrot, S.A. E. e I., decimonovena edición, Buenos Aires, 1999.

*Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius de Errepar, S.A., Buenos Aires, 2014.

Estacio, *Silvas*, Presentación y traducción de Francisco Torrent Rodríguez, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2011

Etcheverry, Raúl A., *Derecho Comercial y Económico. Parte general*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L., 2º reimpresión, Buenos Aires, 1998.

Fadda, Carlo, *Istituti Commerciali del Diritto Romano. Introduzione*, Con una nota de lectura de Lucio Bove, Jovene Editore, Italia, 1987.

Gallo, Rosana, *Grecia y Roma. Algunas cuestiones sobre el derecho mercantil y penal a través de la historia y la literatura*, Editorial Dunken, tercera edición, Buenos Aires, septiembre de 2014.

García Garrido, Manuel J., *El Comercio, los Negocios y las Finanzas en el Mundo Romano*, Fundación de estudios romanos, Madrid, 2001.

Gebhardt, Marcelo, (Dir) y Romero, Miguel A., (Coord), *Sociedades. Según las reformas de la ley 26.994*, Editorial Astrea, S.R.L., Buenos Aires, 2016

Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, T. II., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

Marcial, *Epigramas I*, Introducción general de Juan Fernández Valverde, Traducción y notas de Antonio Ramírez de Verger, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001

Marcial, *Epigramas II*, Introducción general de Juan Fernández Valverde, Traducción y notas de Antonio Ramírez de Verger, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001

Martino, Francesco de, *Historia económica de la Roma antigua I*, Akal editor, Madrid, 1985.

Petronio, *Satiricón*, Traducción de Manuel Díaz y Díaz, Ediciones Orbis, S.A., España, 1982.

Soriano Cienfuegos, Carlos, *Banca, Navegación y Otras Empresas en el Derecho Romano*, Prólogo Aldo Petrucci, Editorial Porrúa México, S.A. de C.V., Universidad Panamericana, México, 2007.

Terencio, *Comedias*, Traducción del latín y prólogo de Pedro Voltes Bou, Editorial Iberia, S.A., Barcelona, 1961



# La extinción por compensación de las obligaciones mercantiles: una previsible regulación futura de evidente origen romano (Extinction by compensation of mercantile obligations: a foreseeable future regulation of evident roman origin)

Alfonso Murillo Villar  
Catedrático de Derecho Romano  
Universidad de Burgos

1.- Como es sabido, desde el derecho romano se entiende por modos de extinción de la obligación todos aquellos hechos jurídicos que destruyen la relación obligatoria que existe entre el acreedor y el deudor, eliminando, por tanto, el derecho de crédito del primero y la obligación a realizar la prestación del segundo. Las relaciones obligatorias podían extinguirse *ipso iure* y *ope exceptionis*. En el primer caso, la obligación desaparecía de raíz, totalmente, de tal suerte que con posterioridad no era posible una nueva reclamación de la misma por vía judicial; en el segundo caso, quedaba simplemente paralizada, ya que el pretor solamente gozaba de poderes para proteger o sostener los derechos deducidos en juicio. Esta oposición entre la extinción de las obligaciones *ipso iure* y *ope exceptionis*, como privación de efectos a la acción del acreedor, coincidía, básicamente, con la dualidad de causas extintivas civiles y pretorias, aunque sería más exacto hablar de modos de extinción directa de la relación sustancial de obligación y modos de extinción por vía judicial.

Entre los modos de extinción *ope exceptionis*, encontramos la *compensatio*, que Modestino (D.16.2.1 (6 Pand.) la definió como *debiti et crediti inter se contributio*. Es decir, la compensación consiste en la cancelación de obligaciones existentes alternativamente entre dos personas, mediante una imputación recíproca de los créditos a los débitos. La compensación -*compensatio*- no pudo ser considerada por los juristas clásicos como un modo de extinción *ipso iure* de las obligaciones,

en cuanto que la simultánea reciprocidad de créditos y deudas entre los mismos sujetos no incidía directamente sobre la relación obligatoria, pero el juez la tenía en cuenta en determinados juicios para establecer el importe de la *condemnatio*, o bien debía ser realizada en algunos casos por el demandante a fin de reducir el importe de la propia demanda judicial. Pues bien, ello contrasta de modo palmario tanto con el derecho común como con el instituto de la compensación moderna, en donde se produce tan pronto se enfrentan dos créditos compensables. Es decir, la compensación extingue las obligaciones hasta la cantidad concurrente que coincide con la cuantía de la deuda menor, como un mecanismo de simplificación y de economía procesal. El derecho romano estimó la compensación siempre como un fenómeno procesal que se fue imponiendo por necesidades económicas, hasta tal punto, que evitaba una doble transmisión de bienes que en ocasiones podía resultar peligrosa, cuando no gravosa y complicada.

Por tanto, la compensación es cómoda, muy útil y aumenta la seguridad, de ahí que se introdujera lentamente en el derecho romano<sup>1</sup>, amén de la mayor agilidad que proporciona a las relaciones jurídicas. Es más, el desarrollo de la compensación en derecho romano está ligado a la evolución del procedimiento<sup>2</sup>. Por ello, no pudo tener lugar en el antiguo procedimiento de las *legis actiones* porque la *compensatio* en origen estuvo vinculada a la estructura de la fórmula. En el procedimiento de las *legis actiones* no existían las *exceptiones*, por lo tanto el único tipo de compensación posible era el convencional. Esto explica por qué tanto las Instituciones de Gayo (4.61 ss.) como las de Justiniano (4.6.30) tratan la *compensatio* al referirse a la fórmula procesal de las acciones de buena fe y no entre las causas de extinción de las obligaciones<sup>3</sup>. Además, aunque las circunstancias fueran propicias para el ejercicio de una compensación, ello no impedía que los créditos mantuviesen su existencia y pudieran ser satisfechos independientemente, pero estaríamos ante un intento de cobro contrario a la equidad, pues se estaría actuando con dolo, como nos recuerda Paulo, D. 44.4.8 (6 *ad Plaut.*), (igual en D.50.17.173.3).- *Dolo facit qui petit quod redditurus est*. Por ello

1 OURLIAC, P. – DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico*, t.1. *Derecho de obligaciones*, trad. esp., Barcelona, 1960, pp.375 ss.

2 PICHONNAZ, P., *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, 2001, pp.9 ss.

3 Vid. SOLAZZI, S., *La compensazione nel diritto romano*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1950, pp.5 ss.

es mejor, como entiende Pomponio, D.16.2.3 (25 ad Sab.), que la compensación sea necesaria porque importa más no pagar que tener que reclamar lo pagado.

2.- Soslayamos la compensación en el derecho clásico<sup>4</sup>, fuertemente mediatisada por el sistema procesal en uso, el procedimiento *per formulas*, ya que el ejercicio de cada *actio* tenía a la exigibilidad de cada crédito con independencia de los demás. No obstante, en época clásica hubo evidentes casos de *compensatio* con características bien diferentes que llevaban a efecto la reducción de las obligaciones mediante la sentencia del juez; dichos casos fueron, esencialmente, en los *bonae fidei iudiciae*<sup>5</sup>; en los créditos de los banqueros (*argentarii*)<sup>6</sup>; en los créditos del *bonorum emptor*<sup>7</sup> en relación con quienes a su vez eran deudores y acreedores del insolvente; e incluso es posible que la compensación también se produjese en algunos casos de *iudicia stricti iuris*<sup>8</sup> mediante la interposición de la *exceptio doli*.

Por el contrario, en el derecho postclásico, al generalizarse el uso del procedimiento *extra ordinem*, la compensación se vio favorecida, ya que el juez podía apreciar con mayor libertad las alegaciones que hiciese el demandado sin estar sometido a las ataduras que le imponía el procedimiento formulario en la fijación de la condena. La aplicación exclusiva del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, facilitó el nacimiento de un sistema general y único de compensación. De ahí que en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano se nos presente la compensación como un modo general extintivo de las obligaciones.

Sobre dos textos justinianeos, cuya transcripción se realiza a continuación, descansan todos los principios generales sobre los que se sustenta la actual regulación de la compensación. Un brillante trabajo sobre dicha evolución puede verse en Pichonnaz, quien realiza un magnífico estudio desde Roma hasta la actualidad. Con nuestro modesto trabajo nos centraremos en el estudio de aquellos Proyectos de futuro, que por la fecha de publicación de su obra aún no

4 Para ello *vid.*, con un vastísimo recopilatorio bibliográfico, PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.XXXIII-LXXX.

5 *Vid.* PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.31 ss.

6 *Vid.* CERAMI, P. - DI PORTO, A. - PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, pp.186 ss. y 208 s.; PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.127 ss.; SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., pp.31 ss.

7 *Vid.* PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.96 ss.; SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., pp.65 ss.

8 *Vid.* PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp. 168 ss.

pudo recoger en su totalidad el Autor suizo<sup>9</sup>. Los textos, del año 531, C.4.31.14 y del año 533, I.4.6.30 *in fine* resumen perfectamente los objetivos principales que Justiniano quiso mantener y que posteriormente se han perpetuado.

C.4.31.14.- *Imp. Iustinianus A. Iohanni P.P. § pr. Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.* §1. *Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare.* Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. *Hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reseruent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus.* §2. *Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur (a. 531).*

I.4.6.30 *in fine*.- *Sed nostra constitutio (C.4.31.14) eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.*

La compensación, dice el Emperador, tendrá lugar *ex omnibus actionibus ipso iure*<sup>10</sup>. Parece, sin embargo, que la doctrina no deduce de esta afirmación que la extinción fuera automática al margen de la realidad procesal<sup>11</sup>, requiriéndose

<sup>9</sup> Sin embargo, analiza la solución elegida en *The Principles of European Contract Law*, PICHONNAZ, *Le compensation*, cit., pp. 601 ss.

<sup>10</sup> Acerca de la expresión *ipso iure* que aparece tanto en C.4.31.14 *pr.*, como en D.16.2.4; D.16.2.10 *pr.*, y D.16.2.21 ha habido gran polémica interpretativa doctrinal. Lo cierto es que se duda si Justiniano introdujo la compensación automática o si ordenó a los jueces que admitieran la compensación. *Vid.*, entre otros, HERNÁNDEZ-TEJERO, F., *Extinción de las obligaciones*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J.L. MURGA GENER*, Madrid, 1994, pp.210 ss.; BIONDI, B., s.v. *compensazione (diritto romano)*, *Novissimo Digesto Italiano III*, Torino, 1959, ristampa 1981, pp.721 ss.; ASTUTI, G., s.v. *compensazione*, *Enciclopedia del Diritto VIII*, Varese, 1961, pp. 9 ss.; SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., pp.147 ss.

<sup>11</sup> *Vid.* PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp. 260 ss.

siempre una sentencia judicial. Por consiguiente, además del acuerdo entre las partes, compensación convencional, el único autorizado para proceder a la compensación es el juez. Lo cierto es que estamos ante un punto final en el que el régimen de la compensación de deudas está definitivamente unificado, generalizado y es muy fácil de utilizar. Su efecto más importante es la extinción de las deudas entre las partes. Parafraseando a Pichonnaz, se puede afirmar que el derecho de compensación en época justiniana constituye un sistema de extinción de créditos bien equilibrado, que evita los abusos y da al juez un poder de apreciación indispensable que facilita el uso de la compensación de forma cotidiana<sup>12</sup>. El juez no disponía de libertad para admitir o rechazar compensaciones; tenía que admitir siempre aquellas compensaciones que estuvieran sujetas al límite fijo de la causa líquida: “*si causa ex qua compensatur liquida sit*” (C.4.31.14). Es decir, cuando se exige que las deudas compensables sean líquidas se quiere decir que su existencia y su extensión puedan ser fácilmente verificables por el juez (*non multis ambagibus innodata*), para que no se retrase excesivamente el proceso<sup>13</sup>.

Justiniano significó una fase nueva en la historia de la compensación. Se produjo una generalización del instituto aplicable con cualquier tipo de acciones, tanto *in rem* como *in personam*. La compensación fue regulada de forma unitaria como puede verse en D.16.2 “*de compensationibus*” y C.4.31 “*de compensationibus*”. Del conjunto de lo establecido en Digesto, Código e Instituciones (I.4.6.30) se infiere, con independencia de las discusiones puntuales de la doctrina, lo siguiente: para que pueda producirse la compensación, las obligaciones de las partes deben ser recíprocas (C.4.31.8 y 9) y del mismo género (PS 2.12.2), con la excepción de la compensación que pueda efectuar el fiador (D.16.2.5 (*Gai. 9 ad ed. prov.*); que los créditos recíprocos sean vencidos y por lo tanto exigibles (D.16.2.7 *pr.* (*Ulp. 28 ad ed.*)); que no estén entre los supuestos de excepción (D.16.2.15 (*Iav. 15 ex. Cass.*); también se admitió la posibilidad de compensar créditos naturales (D.16.2.6 (*Ulp. 30 ad Sab.*); que la compensación se cumpla incluso sometida a ciertas condiciones como pueda ser en el lugar convenido (D.16.2.15 (*Iav. 2 epist.*)). Pero también se establecieron sus excepciones en algunos supuestos muy concretos. Por ejemplo, no podía ser opuesta por el depositario (C.4.31.14.1 *in fine*; C.4.34.11; I.4.6.30); no se podía oponer por quien poseía violentamente cosas de otro contra el verdadero propietario que

12 PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p.279.

13 PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.261 s.

pretendía la restitución (C.4.31.14.2); también estaba excluida la compensación en casos de comodato (C.4.23.4). Respecto de los efectos de la compensación parece coincidir la doctrina a partir de la interpretación de las fuentes, en que dicha compensación debe comenzar desde que se produce la coexistencia de créditos y débitos recíprocos. Ello no significa que la compensación tenga que tener necesariamente un efecto retroactivo general pero sí determina el cese de la producción de intereses (*Vid.* D.16.2.10.1; D.16.2.11; D.40.12.20.3 y también D.50.17.66), cuestión que afecta tanto a los particulares (D.16.2.11) como a las reclamaciones del Fisco (D.16.2.12; D.16.2.24; y C.4.31.1)).

3.- El objetivo de este trabajo no es profundizar en la evolución de la compensación desde que Justiniano la fijara definitivamente en su obra, *Codex e Instituta*, fundamentalmente, hasta llegar a las modernas codificaciones, lo cual puede verse en la citada obra de Pichonnaz, así como un compendio de la actual regulación en diferentes ordenamientos jurídicos europeos en la obra colectiva dirigida por Luchetti y Petrucci<sup>14</sup>. El objetivo que se persigue es profundizar en varios Proyectos internacionales elaborados en los últimos decenios<sup>15</sup> y cuyo fin común es dotar básicamente a Europa de un cuerpo legislativo único en materia de obligaciones y contratos, al objeto de facilitar las relaciones comerciales entre los diferentes países que componen la actual Unión Europea, y destacar en esos Proyectos las coincidencias y diferencias con lo que en su día estableció el Emperador romano Justiniano. No creo que pretender justificar un estudio de la influencia romana en los diferentes Proyectos de unificación (armonización) que seguidamente veremos, sea ilógico, fundamentalmente teniendo en cuenta que la presente obra colectiva lleva por título “Las Relaciones Comerciales: Contribución de Roma a la globalización contemporánea”.

Actualmente, por desgracia, pocos son los europeos que se sienten ciudadanos de la Unión con la misma normalidad, al menos, con que lo experimentan de su ciudadanía nacional. Esta desafección ciudadana supone un riesgo evidente para la construcción europea, pues pone en peligro tanto su porvenir como su propia supervivencia como proyecto político. En estos momentos, la

<sup>14</sup> MATTIOLI, F. - ANCONA, L., *Modi di estinzione delle obbligazioni*, en *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, II Materiali e commento, (a cura di G. LUCHETTI e A. PETRUCCI), Bologna, 2010, pp.491 ss.

<sup>15</sup> Principios UNIDROIT, Principios de Derecho Contractual Europeo, Código Europeo de Contratos (Código de Pavía), y Proyecto Marco Común de Referencia.

Unión Europea carece, en propiedad y exclusividad, de ciertos elementos imprescindibles para ser un Estado<sup>16</sup>: soberanía, diplomacia, defensa, capacidad de decisión, y muy especialmente, quiero resaltarlo con énfasis, de un ordenamiento jurídico unitario que evite la diversidad legislativa, punto clave en el proceso de formación de cualquier estado.

Ahora bien, existen aspectos culturales en los que la diversidad es un punto fuerte a favor de Europa, pero creo que en el jurídico no es lo más apropiado. La pluralidad de ordenamientos puede representar un obstáculo a la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios, ya que genera incertidumbre acerca del derecho aplicable y, en los contratantes, dificultades para sopesar las consecuencias de sus propios actos. La Unión Europea tiene entre sus deberes la aproximación de las legislaciones allí donde la variedad plantea obstáculos al mercado. Sin embargo, la armonización aún no ha tenido lugar, y especialmente en el ámbito del derecho privado el “derecho europeo” continúa siendo una constelación de ordenamientos autónomos, coordinados según el sistema del derecho internacional privado y la cooperación judicial.

Esta circunstancia se debe a que al jurista aún se le forma en su derecho nacional, pues “no existe todavía el jurista europeo”, por ello, que el derecho romano siga siendo un importante “vínculo vivo en la formación de todos los juristas”<sup>17</sup>. Europa necesita un ordenamiento jurídico unitario, de ahí que en el campo de las obligaciones haya habido varios intentos unificadores, lo cuales no han pasado de simples proyectos pero en ellos se vislumbra el peso del derecho romano como vamos a intentar demostrar a continuación. La actual Unión Europa de los 28, necesita de un derecho supranacional que responda al movimiento de unificación del derecho privado de obligaciones y contratos, sobre todo porque el comercio internacional precisa de regulaciones únicas y comunes<sup>18</sup>. No se dispone de un derecho contractual europeo común que se

---

16 PARICIO AUCEJO, P., *Unión europea y sociedad civil*, Valencia, 2002, pp.47 ss.

17 ZIMMERMANN, R., *Europa y el Derecho romano* (estudio introductorio y traducción de I. Cremades), Madrid, 2009, pp.12 ss. y 49.

18 Diferentes Propuestas: 1.- *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* 2010: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>  
2.- *The Principles of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III)* (Commission O. Lando):<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.I.to.3.2002/>  
3.- *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)

aplique e intérprete de forma unitaria en todos los Estados miembros. No obstante, en tanto en cuanto no se resuelva el problema y Europa carezca de un ordenamiento común en materia contractual, podría recurrirse, si las partes están de acuerdo, a la adopción de un derecho contractual europeo opcional que las partes podrían escoger libremente<sup>19</sup>.

4.- Comienza a ser habitual que en las modernas propuestas de textos legales de armonización del derecho<sup>20</sup> no se distinga entre contratos civiles y contratos mercantiles. Ciertamente, se trata de una distinción que tiende a ser difuminada, y no sólo en los códigos de países europeos en los que no se distingue entre la materia civil y la mercantil (Suiza, Italia, Holanda), sino que incluso en los que mantienen la diferencia lo hacen con bastantes salvedades. En España, por ejemplo, existe una tendencia generalizada a la unificación de los derechos contractual civil y mercantil, e incluso legal y jurisprudencialmente las originales diferencias van desapareciendo<sup>21</sup>. Pero es que vamos aún más lejos, y nos encontramos con la reciente unificación del derecho civil y mercantil en un único código de la nación como sucede en Argentina, aprobado por ley 26.994, y promulgado según decreto 1795/2014, cuya entrada en vigor ha sido el 1 de agosto del año 2015<sup>22</sup>.

En este trabajo, como hemos apuntado, vamos a intentar resaltar las coincidencias y las diferencias entre el derecho romano y las modernas propuestas de unificación, y de éstas entre sí. Nos centraremos en el concepto, las clases, los requisitos y los efectos. Seguiremos una metodología sencilla pero que nos permita alcanzar nuestros objetivos, y será ir destacando en cada uno de los

---

4.- Código Europeo de Contratos elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavia), en Revista General de Legislación y Jurisprudencia nº 4, 2001, pp.713-804.

19 Vid., REDING, V., *Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional*, en Revista para el análisis del derecho 2/2011, www.indret.com

20 Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, pp.279 ss. Frente a la unificación en un Código civil europeo: “Nuestra obligación como juristas es dejar fluir los Derechos nacionales” (p.291).

21 VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el Draft Common Frame of Reference*, en *Unificación del derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, (coord. E. VALPUESTA GASTAMINZA), Barcelona, 2011, p. 65.

22 Con el desarrollo económico, propio de la modernidad, la noción jurídica de comercio ha cambiado, vid. JANNARELLI, A., *La codificazione commerciale*, en *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanística e culture dei giuristi*, (a cura di C. MASI DORIA e C. CASCIONE), Napoli, 2013, pp.47 ss.; MASI DORIA, C., *La nuova codificazione del diritto civile e comerciale in Argentina, tra passato e futuro*, Index, nº. 43, 2015, pp. 590 ss.

apartados, cómo ha sido recogido en el correspondiente proyecto y ver cómo se reguló por Justiniano. Lo veremos en los Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales (en adelante, UNIDROIT)<sup>23</sup>, a lo que dedica cinco artículos; en los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante, PECL, abreviatura del inglés *Principles of European Contract Law*)<sup>24</sup>, dispuesto en siete artículos; en el Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas de Pavía (en adelante, Código de Pavía)<sup>25</sup>, recogido en un artículo

- 23 Han sido elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT-, que es una organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones, restablecida en 1940 sobre las bases de un Tratado Internacional, El Estatuto Orgánico de UNIDROIT. Su sede se encuentra en Roma. Se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del Comercio y el proceso de integración económica. Los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales. Los Principios son un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes, y al mismo tiempo, adoptar las soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional. *Vid.* Oviedo Albán, J., *La unificación del derecho privado: UNIDROIT y Los Principios para los contratos comerciales internacionales*, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html#iii>
- 24 La versión original de los Principios es la versión en lengua inglesa. Para su comprensión general utilizaremos la versión española con el riesgo de perder matices con la traducción, matices que creemos no son trascendentales para nuestro objetivo en este trabajo. Los PECL es el resultado del trabajo llevado a cabo por un grupo de juristas europeos de diferentes Estados comunitarios desarrollados bajo el método comparativista. A comienzos de los ochenta, 1982, se constituyó un grupo bajo la dirección del profesor danés Ole Lando, conocido como la "Comisión Lando". Esta comisión elaboró "Los Principios del derecho europeo de los contratos" cuya última versión apareció en 2002. Estos principios constituyen la obra más elaborada sobre la unificación del derecho de los contratos en Europa. La primera parte fue publicada en 1995, la segunda parte se terminó en 1996 aunque se publicó en 2000 y en 1997 comenzó la elaboración de la tercera parte. La relación que existe entre los PECL y los Principios UNIDROIT es absolutamente evidente. Muchas de las reglas incluso tienen una redacción idéntica cuando no muy similar y, además, muchos de los miembros de la Comisión Lando, incluido el propio Ole Lando, habían formado parte del grupo que redactó los Principios UNIDROIT. *Vid.* DÍEZ PICAZO, L. - ROCA TRIAS, E. - MORALES A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002, p.84.
- 25 "La idea del Proyecto de Pavía se debe al Prof. Gandolfi quien convocó en 1990, en dicha ciudad, un Congreso de civilistas europeos con la idea fundamental de responder a la pregunta de si la unidad de mercado, recogida reiteradamente en los Tratados del Mercado Común y de la UE, no implicaba necesariamente la unidad de las reglas contractuales aplicables a las transacciones intracomunitarias. La idea había empezado a discutirse previamente en círculos reducidos de juristas, con diversidad de respuestas; representaba un hito cualitativo del desarrollo del derecho comunitario en materia contractual; era novedosa y, hasta cierto punto, revolucionaria, pues de una parte significaba la

comprehensivo de siete apartados o párrafos; y en el Proyecto Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR, abreviatura del inglés *Draft Common Frame of Reference*)<sup>26</sup>, para lo que utiliza ocho artículos.

Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos<sup>27</sup>. La compensación se aborda en el Capítulo 8, arts. 8.1 a 8.5<sup>28</sup>. En los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), en su capítulo 13 se regula la Compensación, en un único art. 13 organizado en los párrafos 101 a 107 (arts. 13:101 – 13:107). Por el contrario, el Código Europeo de Contratos (Código de Pavía) contempla la compensación en el Título X: Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del contrato, Sección 1, Hechos extintivos y que provocan una preclusión, Sección 2<sup>a</sup>, Modos de extinción distintos del cumplimiento, en un artículo único, art. 132 organizado en

---

culminación del proceso codificador europeo, desarrollado desde principios del siglo XIX, y, de otra, suponía en cierto modo, volver a los orígenes del *Ius commune europeum*, vivido efectivamente en el continente europeo varios siglos después de la Recepción” Vid. GARCÍA CANTERO, G., *La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos*, enwww.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC

26 “El Proyecto de Marco Común de Referencia comenzó a gestarse ya en el año 1989, cuando el Parlamento Europeo planteó la creación de un Código civil europeo. En el año 2009 se publicó una segunda versión del texto (la primera data de 2007). En buena medida el DCFR está basado en los Principios de derecho europeo de contratos (European Civil Code, 2009), principios elaborados en la década de los años ochenta por un grupo de expertos bajo la coordinación del jurista danés Ole Lando. La revisión presentada en el año 2011, llamada Feasibility Study (estudio de viabilidad) (European Contract Law), representa el fundamento del trabajo para la elaboración de un futuro Derecho contractual europeo. El DCFR contiene una serie de principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo que pretenden servir como preludio de un Marco Común de Referencia con respaldo político, dejando de ser un trabajo puramente académico”. Vid. Grothe, H., *The Common Frame of Reference for European Private Law*, en <http://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/500>. “Actualmente, se desarrolla en Europa un fenómeno de integración normativa común de los intercambios de bienes y servicios, a partir de la “unificación” del Derecho de Contratos. Se ha establecido un conjunto normativo, denominado “Marco Común de Referencia”, que funciona como normas modelo, definiciones básicas y principios fundamentales, sobre la base del “acervo comunitario” y las soluciones empíricas”. Vid. OROZCO PARDO, G., Y MORENO NAVARRETE, M.A., *El contrato en el contexto de la unificación del derecho privado*, en <https://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/28073/1/contratoenelcontexto.pdf>

27 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

28 *Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 2004 (editado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), pp.263 ss. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>.

7 párrafos. Y, por último, el más reciente de los Proyectos, el Proyecto Marco Común de Referencia (DCFR), dedica el Libro III, Capítulo 6 a la Compensación, en artículo único también, pero organizado en 8 apartados o párrafos, 6:101 – 6:108. Conviene precisar que mientras los Principios UNIDROIT intentan buscar soluciones a los contratos mercantiles internacionales, los PECL o el Código de Pavía, e incluso el DCFR, no se presentan como un derecho para contratos internacionales, sino más bien como una propuesta de ordenamiento para un conjunto de derechos nacionales de los países que conforman la Unión Europea, lo que no significa que no sean también internacionales.

5.- Por consiguiente, procederemos con una metodología comparativa, sencilla, pero que nos permitirá conseguir nuestros objetivos: ver cómo el ordenamiento romano, a pesar del tiempo, continúa influyendo en los Proyectos de la futura armonización (unificación) del moderno derecho común europeo. Comenzando por el concepto, se observa que frente a la sencillez y brevedad expositiva de Modestino, D.16.2.1, “*compensatio est debiti et crediti inter se contributio*”, (la compensación es el balance de una deuda y un crédito entre sí), es decir, la compensación se produce cuando dos personas son recíprocamente acreedor y deudor, contrariamente, en los Proyectos que comparamos, son definiciones mucho más largas e incluso complejas. Como tal definición solamente lo contempla el DCFR, art. III.- 6:101; el resto de Proyectos más bien parecen responder a qué es la compensación cuando se les formula preguntas impersonales del tenor: qué es; qué se entiende; cuándo se produce la compensación. Evitan la definición *per se*, salvo el DCFR, tratando de incluirla entre las condiciones o requisitos de la institución jurídica.

Así,

UNIDROIT art.- 8.1.- “*Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas (“la primera parte”) puede compensar su obligación con la de su acreedor (“la otra parte”)*”.

PECL art. 13:101.- “*En el caso de que dos partes sean recíprocamente deudoras de obligaciones de la misma naturaleza, en que cualquiera de ellas puede compensar su deuda contra el crédito de la otra*”

Código de Pavía art. 132.1.- “*Un crédito derivado de un contrato se extingue por compensación si el acreedor está obligado, a su vez, a cumplir por cualquier título que sea, una obligación frente a la otra parte*”.

Código de Pavía art. 132.3.- “*La compensación se produce cuando un acreedor la reclama mediante una declaración no sometida a condición ni a término, la cual*

*deberá notificarse a la otra parte o formularse judicialmente antes de que concluya la primera vista de alegaciones”.*

DCFR art. III.- 6:101 (Definición).- “*La compensación es el proceso en el cual una persona puede usar el derecho al cumplimiento que se posee contra otra persona con el fin de extinguir total o parcialmente una obligación debida a esa persona*”.

Se observa meridianamente que se trata de definiciones, si así se quieren calificar, que encierran una explicación cuando no una aclaración, para lo cual usan perífrasis descriptivas. La compensación tiene lugar habitualmente entre un deudor y un acreedor, sin embargo, el Código de Pavía, art. 132.1 *in fine* establece una excepción, que “*La compensación que puede ser igualmente opuesta por un fiador, se hace en las condiciones previstas en los párrafos siguientes*”, de donde se colige que la compensación puede ser opuesta por un fiador de aquello que el acreedor debiera al deudor principal cuando éste le reclame el cumplimiento. Exactamente igual que en derecho romano, D.16.2.5, en donde también se previó que la compensación pudiese ser efectuada por un fiador. Este planteamiento no es compartido por los PECL ni por el DCFR, que no admiten que el fiador pueda compensar el crédito que tiene contra el acreedor, con el crédito que tiene el acreedor contra el deudor principal<sup>29</sup>. No obstante, en el mismo Código de Pavía, art. 132.3, primera parte, se complementa la definición, igualmente entre las condiciones o requisitos de validez de la institución jurídica, cuando dice que “*La compensación se produce cuando un acreedor la reclama mediante una declaración no sometida a condición ni a término, la cual deberá notificarse a la otra parte o formularse judicialmente antes de que concluya la primera vista de alegaciones*”.

Si una definición debe ser clara, concisa y exacta, todas las definiciones expuestas coinciden en su contenido: la compensación es la extinción de la obligación entre deudas o créditos recíprocos, pero utilizan unas perífrasis tal vez demasiado complejas para evidenciar lo simple. Como más adelante veremos, la similitud entre lo dispuesto en el DCFR y en su precedente los PECL, es muy grande, y quizás sea el resultado de la evolución histórica de los diferentes modelos jurídicos europeos de compensación, pues, en opinión de Basozabal, ambos “equiparan la compensación a un pago por declaración con efecto *ex nunc* (desde la declaración) y sin pronunciamiento expreso sobre su potencial

<sup>29</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A., *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, en *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, (coord. A. VAQUER), Valencia, 2005, pp.347 y 356 ss.

como garantía”<sup>30</sup>. Lo importante es que la compensación evita la necesidad de que cada parte cumpla por separado con sus obligaciones<sup>31</sup>. Sin embargo, me gustaría precisar que comparto, cierto que con algunas reservas, y puede extenderse a todos los Proyectos que estudiamos, la opinión de L. Eugenio Oliver referida a los Principios de Derecho Europeo de Contratos, cuando afirma que en estos se introducen unas perifrasis descriptivas para definir instituciones con carga connotativa, por supuesto evitando cualquier referencia a términos de etimología latina que pudieran hacer referencia a un pasado romano, y buscando un estilo didáctico y repetitivo con estructuras gramaticales sencillas que faciliten la claridad y una pacífica interpretación<sup>32</sup>. Lo que no obsta para que se pueda afirmar que los autores de los PECL hayan tenido en cuenta la evolución histórica de la compensación desde el derecho romano hasta la actualidad.

6.- Por otro lado, la compensación desplegará sus efectos siempre y cuando concurran una serie de requisitos. Como ya apuntamos supra, una vez que en derecho romano la compensación se convirtió en un modo general de extinción de las obligaciones, fue necesario que los requisitos quedaran establecidos de un modo preciso, para conseguir que los efectos y los límites del instituto jurídico fueran definitivamente ciertos y conformes a la equidad. Se estableció que el crédito fuera líquido o fácilmente transformable a dinero (C.4.31.14,1); que el crédito fuera exigible (D.16.2.7 *pr.* y 14), aunque no en términos absolutos, ni para todos los casos, pues se admitió alguna excepción, por ejemplo, las obligaciones naturales también eran compensables (D.16.2.6). Asimismo, se exigía la homogeneidad de las relaciones recíprocas, que fueran fungibles y de la misma especie, que los créditos fueran fácilmente determinables. Se estableció la imposibilidad de compensar créditos no vencidos. Y por supuesto, como más adelante veremos, se establecieron una serie de supuestos en los que la compensación estaba vetada<sup>33</sup>.

30 BASOZABAL ARRUE, X., *Claves para entender la compensación en Europa*, en InDret 4/2009, Revista para el análisis del derecho, p.3. ([www.indret.com](http://www.indret.com))

31 Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cit., p.263 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

32 EUGENIO OLIVER, L., *Principios de Derecho Europeo de los Contratos y Códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado*, en Revista de Llengua i Dret, nº 42, 2004, p.93. [http://www10.gencat.net/eapc\\_rld/revistes/revista.2008-09-19.2469395181/Principis\\_de\\_dret\\_europeu\\_dels\\_contractes\\_i\\_codis\\_civils\\_espanyol\\_i\\_frances.\\_Analisi\\_etimologica\\_.ca](http://www10.gencat.net/eapc_rld/revistes/revista.2008-09-19.2469395181/Principis_de_dret_europeu_dels_contractes_i_codis_civils_espanyol_i_frances._Analisi_etimologica_.ca)

33 Vid. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., pp.174 ss.

A continuación se recogen las propuestas de futuro que hacen referencia a los requisitos que debe cumplir la compensación,

UNIDROIT art. 8.1 (Condiciones de la compensación).- La compensación se producirá si: “(a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación; y (b) la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido”.

PECL art.13:101 (Requisitos de la compensación).- que “la primera parte: (a) tenga derecho a realizar el cumplimiento; y (b) pueda exigir el cumplimiento de la otra parte”.

Código de Pavía art. 132.2.- “Los dos créditos recíprocos deben coexistir en la misma fecha, siendo igualmente líquidos y exigibles; deben además tener ambos por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma especie y calidad”.

DCFR art. III.- 6:102 (Requisitos de la compensación).- Cualquiera de las partes podrá compensar su derecho contra el del otro siempre que “(a) se haya devengado el cumplimiento de la primera de las partes o, aunque no se haya devengado, la primera de las partes puede obligar a la otra a aceptar el cumplimiento; (b) se haya devengado el cumplimiento de la otra parte; y (c) cada una de las partes tenga la autorización de disponer de su derecho a efectos de la compensación”.

Según los Principios UNIDROIT hablamos de la necesidad de la existencia de deudas recíprocas; que sean de la misma naturaleza, como se exige en el inicio del art. 8.1, concepto mucho más amplio que el de deudas fungibles. Así, el cumplimiento de obligaciones no monetarias puede ser de la misma naturaleza sin que sean fungibles. También es verdad que el que las deudas sean o no de la misma naturaleza dependerá de las prácticas comerciales o de la rama de comercio de que se trate<sup>34</sup>. Según los Principios UNIDROIT nunca será posible la compensación si una de las deudas es de naturaleza personal. Lo cierto es que junto a la certeza de la deuda de la otra parte además también deberá ser exigible, situación que únicamente se produce cuando el deudor no dispone de ningún medio de defensa frente a la demanda de cumplimiento. Ello no obsta para afirmar que en ciertos casos la posibilidad de ejercitar el derecho de compensación dependerá de cual sea el derecho aplicable<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cit., p.265 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

<sup>35</sup> Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cit., p.267 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

En los PECL para que la compensación surta sus efectos se requiere que ambas partes reúnan las condiciones legales previstas como para exigirse el cumplimiento recíprocamente. Realmente en este artículo se opta por una compensación por declaración, siempre que haya reciprocidad de créditos, identidad de género de éstos, es decir, homogeneidad, que el crédito principal sea ejecutable y el contracrédito exigible. Por ello Pichonnaz entiende que con este tipo de compensación se obtiene la ejecución forzosa inmediata del contracrédito, de ahí que éste siempre deba ser exigible<sup>36</sup>. Tal vez sea el Código de Pavía quien más desarrolle los requisitos que deben cumplir las obligaciones de las partes para poderse compensar, que coexistan en la misma fecha, que sean igualmente líquidas y exigibles; y que ambas tengan por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma especie y calidad. Estos requisitos, casualmente, coinciden con los convencionales de la institución, destacando la necesidad de la homogeneidad respecto de los créditos recíprocos a compensar<sup>37</sup>. Finalmente, por lo que respecta al DCFR, cualquiera de las partes podrá compensar su derecho contra el del otro siempre que ambas partes puedan ejercer su derecho a efectos de compensación, y puedan exigir a la otra parte la compensación por tratarse de una obligación vencida o que aun no habiendo vencido, se pueda obligar a la otra parte a aceptar el cumplimiento; estaríamos ante un plazo en beneficio del deudor.

7.- En los cuatro Proyectos se exige como requisito inexcusable para que la compensación surta efectos la previa notificación. Así,

UNIDROIT art. 8.3 (Notificación de la compensación).- “*El derecho a compensar se ejerce por notificación a la otra parte*”.

PECL art.13:104.- “*El derecho de compensación se efectuará notificando a la otra parte*”

Código de Pavía art.132.3.- *La compensación “deberá notificarse a la otra parte”*.

DCFR art. III,- 6:105.- (Compensación por notificación).- “*La compensación se efectuará notificando a la otra parte*”.

Según los Principios UNIDROIT la compensación surtirá efectos previa notificación a la otra parte, art.8.3, 8.4 y 8.5.3. La notificación nunca podrá

36 PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.631 ss.

37 ARCE FLÓREZ-VALDÉS, J., *Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo*, en Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía) II, Comentarios en homenaje al Prof. D. J.L. de los Mozos, Madrid, 2003, p.532.

ser condicional, se deberá realizar a través de los medios previstos al efecto y producirá efectos únicamente cuando la otra parte tenga constancia de la misma. Seguidamente, en el art. 8.4 se regula el contenido de la notificación. Por un lado, “(1) La notificación debe especificar las obligaciones a las que se refiere, y por otro, (2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, declarar a la otra parte la obligación a la que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a todas las obligaciones proporcionalmente”. Se infiere, pues, que quien notifica la compensación habrá de indicar las deudas de ambas partes que se quieren compensar, de no hacerlo será la parte notificada quien decida qué deuda quiere compensar, y de no hacerlo ninguna de las partes, en ausencia de declaración, se entiende que la compensación afectará a todas las deudas existentes entre las partes de modo proporcional.

También los PECL recogen en el art. 13:104 la necesidad de la notificación de la compensación a la otra parte en los mismos términos que el DCFR art. III.- 6:105<sup>38</sup>, circunstancia que sin embargo no excluye, en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada, que la compensación pueda alcanzarse por voluntad común (acuerdo) de las partes<sup>39</sup>. Parece que la declaración establecida en los PECL, art. 13:104 en relación con el art. 13:106, indica que la misma carece de efectos retroactivos<sup>40</sup>. Igual, el DCFR. Los PECL optan por la irretroactividad. El art. 13.106.- “La compensación liberará las obligaciones, en la medida que sean coincidentes, desde el momento de la notificación”, significa que la compensación carece de efecto retroactivo, idea que carece de apoyo en las fuentes romanas. Coherentemente con el carácter irretroactivo de la compensación, los intereses de ambas obligaciones solo se generarán hasta que se declare la compensación. Los autores de los PECL en su opción por un modelo de compensación carente de todo efecto retroactivo han tenido en cuenta que la irretroactividad carece de apoyo en un análisis correcto de las fuentes romanas<sup>41</sup>.

38 A propósito de la regulación de las notificaciones en los PECL, art. 1:303 (Notificaciones), *vid.* DIEZ PICAZO *et alii*, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit., pp.164 ss.

39 MATTIOLI - ANCONA, *Modi di estinzione delle obbligazioni*, cit., p.518.

40 PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., pp.319 y 321 ss.

41 PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., p.415.

Por cierto, dice Parra Lucán, que la misma eficacia irretroactiva se atribuye a la declaración de compensación en el Código de Pavía.

El Código de Pavía art. 132.3 establece con carácter imperativo la necesidad de notificarse a la otra parte la compensación “*deberá notificarse a la otra parte*”. Asimismo, también establece el DCFR en su art. III.- 6:107 *in fine* que la compensación extinguirá las obligaciones de ambas partes hasta donde sean coincidentes “*desde el momento de la notificación*”. Es decir, la eficacia de la compensación según el DCFR se despliega desde el momento de su declaración, pero no antes<sup>42</sup>. En definitiva, a la vista de lo establecido en los cuatro Proyectos de unificación que manejamos, únicamente producirá efectos la compensación desde el día que las partes hayan recibido la pertinente notificación de la misma. Por consiguiente, la notificación es un requisito inexcusable para que la compensación sea válida y surta sus efectos. De este modo se huye de una compensación automática de las obligaciones recíprocas. Con frecuencia se habla en derecho romano justiniano de *compensatio ipso iure* y su significado. No es pacífica, doctrinalmente hablando, la interpretación que se efectúa; la misma, ha sido objeto de múltiples discusiones, pues no se concilia bien la necesidad de la manifestación de la voluntad por parte del interesado para que se produzca la compensación o la intervención del juez con el automatismo que representa el *ipso iure*. Para Biondi *compensatio ipso iure* no quiere decir que operara automáticamente, *sine facto hominis*, esto sería absurdo, pues el mismo Justiniano habla de *obici ed opponi compensationes*<sup>43</sup>. Por lo tanto, también en derecho romano jugaba un destacado papel en el efecto compensatorio la notificación a la parte contraria, ya fuera para alcanzar el acuerdo ya en vía judicial.

8.- Como continuación de lo anterior, varios de los Proyectos que analizamos establecen otro supuesto que bien pudiéramos calificar de requisito. Nos referimos a la necesidad de que los derechos o créditos de ambas partes no sean indeterminados, inciertos, es decir, se está abordando el problema de la liquidez del crédito. Circunstancia que como hemos apuntado en diferentes momentos de este trabajo ya fue exigida en derecho romano, y recogida en C.4.31.14.1 y en I.4.6.30. En las propuestas de futuro se recoge del siguiente modo:

<sup>42</sup> NANCLARES VALLE, J., *Libro III. Obligaciones y derechos*, en *Unificación del derecho patrimonial europeo*, cit., p.209.

<sup>43</sup> BIONDI, B., s.v. *compensazione (diritto romano)*, cit., p.721.

UNIDROIT art. 8.1(2).- “Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado”.

PECL art. 13:102 (Créditos indeterminados).- “(1) Un deudor no podrá compensar un crédito indeterminado en cuanto a su existencia o su importe si la compensación implicara algún perjuicio a los intereses de la otra parte. (2) Se presume que no se perjudican los intereses de la otra parte cuando los créditos de ambas partes deriven de la misma relación jurídica”.

DCFR art. III.- 6:103.- (Derechos indeterminados).- “(1) Un deudor no podrá compensar un derecho indeterminado en cuanto a su existencia o su importe si la compensación implicara algún perjuicio a los intereses del acreedor. (2) Se presume que no se perjudican los intereses del acreedor cuando los derechos de ambas partes deriven de la misma relación jurídica”.

Es decir, según el DCFR en aquellos supuestos de compensación de deudas procedentes de relaciones jurídicas diferentes, aquellas tienen que existir de forma cierta y además su importe debe estar perfectamente determinado; el objetivo es muy claro, no perjudicar los intereses de la parte acreedora, situación a la que no ha lugar cuando los derechos de ambas partes proceden de la misma relación jurídica, como se aclara en el apartado 2º. Con similar redacción se recoge en los PECL, art. 13:102<sup>44</sup>, sólo que se sustituye el término derecho indeterminado por crédito indeterminado, mucho más preciso, a nuestro entender, pues hablamos de créditos y deudas, y además estamos en el campo de las obligaciones en donde es cierto que se generan derechos bien en forma de créditos bien en forma de deudas. Por consiguiente, lo importante y definitorio es la existencia e importe del crédito o deuda, requisito imprescindible para poder efectuar una compensación. Por lo que respecta a la posible lesión a los intereses del acreedor no declarante recaerá sobre las partes, y cuando entre ellas no haya acuerdo será el juez quien decida sobre la lesión o perjuicio<sup>45</sup>, sin que por ello

<sup>44</sup> Vid., PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., pp.388 ss.

<sup>45</sup> Se trata del reconocimiento de una discrecionalidad judicial, puesto que será en cada caso el juez quien decida si procede la compensación de acuerdo a las circunstancias del caso. PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., p.390.

estemos ante una compensación judicial en sentido estricto<sup>46</sup>. Que los PECL y el DCFR permitan compensar el contracrédito ilíquido (indeterminado), cuando tuviese su origen en la misma relación jurídica (fuese conexo), y por tanto su compensación no causa daño a la otra parte, es una clara influencia de la tradición compensatoria francesa<sup>47</sup>.

En esta misma línea se hallan los Principios UNIDROIT, que presentan entre lo que denomina condiciones (requisitos en otros Proyectos), la misma necesidad de la determinación. UNIDROIT dispone en el art. 8.1(2) “*Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado*”. Aunque aparentemente la redacción induce a la confusión, está estableciendo exactamente lo mismo; lo importante es que la obligación exista y que el importe esté determinado conforme a lo que se establece en el párrafo inmediato, 1(b)<sup>48</sup>. Ahora bien, si las obligaciones de las dos partes provienen de un mismo contrato, lo más frecuente en el comercio internacional, el deudor está autorizado a compensar su deuda con la deuda de la otra parte aun cuando esta última no sea cierta ni en su existencia ni en su monto. Por ejemplo, una obligación cuyo contenido consista en pagar los daños y perjuicios puede ser cierta en su existencia pero no en su monto. Igualmente, aun cuando una de las deudas fuese cuestionada, el derecho a compensar puede ser ejercitado ya que todas las deudas susceptibles de compensación provienen del mismo contrato y pueden ser fácilmente identificadas<sup>49</sup>.

46 BASOZABAL ARRUE, X., *Panorama europeo sobre eficacia de la compensación: la retroacción en retroceso*, en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, t.I, Madrid, 2006, pp.147-148, y en *Claves para entender la compensación en Europa*, en InDret 4/2009, ([www.indret.com](http://www.indret.com)), cit., p.23.

47 BASOZABAL, *Claves para entender la compensación en Europa*, en InDret 4/2009, ([www.indret.com](http://www.indret.com)), cit., p.13.

48 Art.8.1 (Condiciones de la compensación)

(1) *Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas (“la primera parte”) puede compensar su obligación con la de su acreedor (“la otra parte”) si en el momento de la compensación:*  
(a) *la primera parte está facultada para cumplir con su obligación;*  
(b) *la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido.*

49 Vid. *Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., p.268 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

Con el mismo objetivo se manifiesta el Código de Pavía en el art. 132.2, inmediatamente después de los requisitos o condiciones previstos, y especialmente se refiere a ello cuando en el parágrafo 6 hace alusión a su incumplimiento. Las condiciones que se establecen en el mencionado parágrafo 2 para que la compensación tenga lugar son: que los créditos estén vigentes en la misma fecha, que sean líquidos y exigibles, y que consistan en una suma de dinero o cosas fungibles de la misma especie y calidad. A lo que añade el art. 132.6 “... si uno de los dos créditos no es líquido, ni puede ser fácilmente y en poco tiempo liquidada, el juez, a instancia del acreedor, puede suspender la condena a éste último, en relación a la obligación a su cargo, hasta la verificación de la cuantía del crédito que él ha opuesto en compensación”. En definitiva, también se requiere que la deuda sea cierta y determinada al objeto de llevar a buen fin una compensación de obligaciones y surtir plenos efectos hasta la cantidad concurrente, al menos cuando las deudas a compensar procedan de relaciones jurídicas diferentes.

9.- Pues bien, cumplidos los requisitos se producen los efectos, que genéricamente sería la compensación, pero en todos los Proyectos se matiza el alcance de la misma. Así,

UNIDROIT art. 8.5 (Efectos de la compensación).- “(1) La compensación extingue las obligaciones. (2) Si las obligaciones difieren en su importe, la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa”. (3) La compensación surte efectos desde la notificación”.

PECL art. 13:106 (Efectos de la compensación).- “La compensación liberará las obligaciones, en la medida que sean coincidentes, desde el momento de la notificación”.

Código de Pavía art. 132.2 *in fine*.- “Los créditos se extinguirán en las cantidades concurrentes”.

DCFR art. III.- 6:107 (Efectos de la compensación).- “La compensación extingue las obligaciones, en la medida que sean coincidentes”.

Para que lo previsto en los Principios UNIDROIT art. 8.5: (Efectos de la compensación) se cumpla, es preciso que se las condiciones previstas en el art. 8.1 y la notificación prevista en el art. 8.3 se produzcan. Además, la compensación no tiene efectos retroactivos; sólo para el futuro, lo que presupone que los intereses de la deuda únicamente se producirán hasta el momento de la notificación. Y, por supuesto, junto a la extinción de las obligaciones principales también se extinguirán los derechos accesorios, fundamentalmente, los derechos

que garantizan el cumplimiento de la obligación<sup>50</sup>. Destacar que se introduce una perifrasis descriptiva en el apartado 2 cuando dice que “*la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa*”. Este giro expresivo, “*el importe de la obligación menos onerosa*” es fácilmente sustituible y más definitorio diciendo sencillamente “*hasta la cantidad concurrente*”.

En los PECL, art. 13:106 (Efectos de la compensación), de forma simple se dice “*La compensación liberará las obligaciones, en la medida que sean coincidentes, desde el momento de la notificación*”. Parece obvio, pues, que en este artículo se establece que la compensación es efectiva desde que se declara (art. 13:104) y efectos *ex nunc* (desde que se notifica), lo cual significa, en principio, que también se admite la compensación del crédito prescrito aunque ya lo estuviera en el momento de originarse la situación de compensación<sup>51</sup>, siempre que el deudor no alegue la prescripción. La doctrina mantiene posturas diferentes respecto de la retroactividad o no de la compensación. Si los créditos se extinguieren por su mera coexistencia, o si fuera como efecto de la compensación, cabe la compensación de un crédito prescrito, pero si la declaración opera sólo para el futuro no podrá compensarse un crédito ya prescrito<sup>52</sup>. El efecto retroactivo de la compensación carece de un sólido apoyo en las fuentes romanas. Los textos guardan silencio sobre la retroactividad de la compensación; no obstante, algunos autores han invocado varios fragmentos para fundar su teoría de la retroactividad pero sin éxito. En consecuencia, debe admitirse que la compensación en tiempos de Justiniano únicamente producía efectos *ex nunc*, y nunca tuvo consecuencias retroactivas<sup>53</sup>.

La eficacia *ex nunc* es sin duda la novedad incorporada en los PECL, y, contrariamente a la opinión de Badosa, Basozabal afirma que “desde la perspectiva de la eficacia *ex nunc*, el pago posterior a la declaración compensatoria es indebido y puede repetirse, y no cabe compensar con un crédito prescrito,

50 Vid. Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cit., p.274 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

51 BADOSA COLL, F., *La prescripción en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, en *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Madrid, 2009, p.279.

52 Vid. PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., p.332.

53 PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.276 s.

aunque fuese compensable antes de haber prescrito”<sup>54</sup>. No obstante, “en cuanto a la posibilidad de compensar con un crédito prescrito, se podrá invocar eficazmente la prescripción del crédito del compensante durante dos meses a partir de la declaración. La compensación queda por tanto a merced de la voluntad, temporalmente limitada, de aquél a quien protege la prescripción (PECL, art. 14:503<sup>55</sup> y DCFR, art. 7:503)<sup>56</sup>”. En derecho romano no era invocable el crédito prescrito a efectos de compensación (D.16.2.14); por el contrario, sí era compensable una obligación natural (D.16.2.6)<sup>57</sup>.

Igualmente, el Código de Pavía art. 132.2 *in fine* lo reduce a un escueto “Los créditos se extinguirán en las cantidades concurrentes”. Y el DCFR art. III.- 6:107, (Efectos de la compensación), lo ajusta a aquello que sean “coincidentes”, expresión que también utiliza los PECL. Son dos formas diferentes de decir lo mismo pero con más influencia terminológica romana el Código de Pavía. Finalmente, apuntar que salvo en el Código de Pavía los otros tres Proyectos precisan que el pertinente artículo se refiere a los efectos de la compensación, en línea con el carácter didáctico en aras de una mayor claridad que facilite la interpretación. En definitiva, la compensación tiene una función muy práctica de simplificación ya que facilita un pago de modo abreviado que además es plenamente efectivo<sup>58</sup>.

10.- Y por lo que respecta a las clases de compensación, salvo el Código de Pavía, ninguno de los otros tres Proyectos hace referencia expresa a la cuestión<sup>59</sup>. En el Código de Pavía, arts. 132.3 y 6, se diferencia entre tipos de compensación<sup>60</sup>. En el parágrafo 3 recoge la que se conoce como compensación judicial

54 BASOZABAL ARRUE, *Panorama europeo sobre la eficacia de la compensación: la retroacción en retroceso*, cit., p.149.

55 Sobre la compensación de un crédito prescrito, art. 14:503, *vid.* PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., pp.382 ss.

56 BASOZABAL ARRUE, *Claves para entender la compensación en Europa*, en InDret 4/2009, ([www.indret.com](http://www.indret.com)), cit., p.25.

57 *Vid.* PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p.263.

58 *Vid.* ARCE FLÓREZ-VALDÉS, *Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo*, cit., p.533.

59 Mucho más pedagógico resulta el Nuevo Código civil y comercial argentino de 2015, arts. 922 y ss., pues indica las especies de compensación y las regula, así, establece que “*La compensación puede ser legal, convencional, facultativa o judicial*”.

60 A lo largo de todo el proceso de elaboración del Código de Pavía se ha puesto de manifiesto la necesidad de huir de la artificiosidad y buscar, por el contrario, unas bases comunes que permitan aunar a los distintos sistemas. Por inverosímil que parezca, amén de mantener como estandarte el principio de autonomía de la voluntad, propio de los ordenamientos europeos, destaca el reconocimiento unánime

y en el 6 la compensación voluntaria o convencional. Meridiana coincidencia con lo dispuesto en el derecho romano justiniano. No obstante, procede reconocer que en derecho romano no es pacífica entre la doctrina la cuestión de las clases de compensación. Parece excluida del todo la compensación legal *sine facta hominis*<sup>61</sup>, pues el órgano judicial no podría declarar de oficio, sin previo conocimiento de la situación obligacional de las partes, la compensación por deudas. Se estima, pues, que los dos modos habituales de compensación de deudas entre las partes fueran, o bien por acuerdo de ambas, la conocida como compensación convencional, que requiere de la voluntad de ambas partes o bien por decisión del órgano judicial. Es decir, las partes pueden convenir en que la compensación se produzca, incluso si en dicho acuerdo aceptan que aún no se cumple alguno de los requisitos exigibles por ambas partes.

Pero también pudiera suceder que a falta de acuerdo entre las partes obligadas recíprocamente, una de ellas decidiera acudir al órgano judicial para que éste proceda en derecho y compense la reclamación de una deuda con otra propia frente a la parte demandada, de tal modo, que cumplidos los requisitos exigibles se alcance el acuerdo hasta la cantidad concurrente. Para ello sería preciso, se infiere de las fuentes, cumplir los requisitos de que los créditos fueran en dinero o de cosas fungibles de la misma especie, que las deudas a compensar estuvieran vencidas, siempre y cuando fueran válidas y exigibles, y que las dos obligaciones fueran líquidas, apareciendo la deuda que se opone con la suficiente claridad como para evitar cualquier dificultad de interpretación a este respecto. No obstante, este último requisito, recogido en C.4.31.14 “*et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare*”, no ha recibido una interpretación muy acorde por parte de los interpretes del texto<sup>62</sup>.

Ciertamente, no es difícil percibir que la cuestión de las clases de compensación no ha ocupado mucho tiempo en la discusión de las Comisiones que han elaborado los Proyectos de futuro de la regulación europea en materia contractual, por cuanto es bastante evidente que la misma solamente se puede producir o por acuerdo de las partes o por decisión judicial a requerimiento de parte. Es la expli-

---

del origen e influencia del derecho romano y su proyección histórica en prácticamente todos los sistemas de derecho privado que ahora se pretenden unificar.

61 SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., p.170.

62 ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, 15<sup>a</sup> ed., Jaén, 1979, p.684 nt.598.

cación más convincente de tal omisión, salvo la mención a ambas modalidades en el Código de Pavía, arts. 132.3 y 6. En definitiva, lo que se busca es declarar que se quiere compensar, y cuando se acuda al juez será este quien dé por buena la compensación o tenga que proceder a su liquidación. Conviene recordar que los comentaristas de los Principios UNIDROT, art. 8.1, aceptan que “aunque no se reúnan las condiciones del presente artículo, las partes pueden sujetarse a los efectos de la compensación por la vía convencional. Igualmente, las partes pueden decidir que sus deudas reciprocas se compensen automáticamente en una fecha precisa o periódicamente. También, dos o más partes pueden acordar que sus deudas respectivas se extingan, por ejemplo, en virtud del llamado “netting”<sup>63</sup>.

Los PECL no se ocupan de manera expresa de la compensación convencional, aunque parece inferirse su admisibilidad. En un caso muy concreto, el previsto en el art. 13:102, se admite una suerte de compensación judicial que tiene lugar cuando, a pesar de ser la deuda incierta tanto en su cuantía como en su existencia, se aprecie que dadas las circunstancias no perjudique los intereses de la otra parte. Estamos, pues, ante la figura de la compensación judicial<sup>64</sup>.

11.- Otra circunstancia, cada día más frecuente, y que hace merecer el máximo reconocimiento a los redactores de los diferentes Proyectos, es la posibilidad de que las obligaciones se hayan contraído en moneda diferente. Estamos, pues, ante la circunstancia de tener que compensar obligaciones con moneda extranjera. La cuestión es abordada en tres de los Proyectos, así

UNIDROIT art. 8.2.- *“Cuando las obligaciones sean de pagar dinero en diferentes monedas, el derecho a compensar puede ejercitarse siempre que ambas monedas sean libremente convertibles y las partes no hayan convenido que la primera parte sólo podrá pagar en una moneda determinada”.*

PECL art. 13:103 (Compensación con moneda extranjera).- *“En el caso de que las partes se deban dinero en distinta moneda, cada una de las partes podrá compensar su propio crédito contra el crédito de la otra, a menos que las partes hayan acordado que la parte que declara la compensación pague exclusivamente en una moneda específica”.*

DCFR art. III.- 6:104 (Compensación con moneda extranjera).- *“En el caso de que las partes se deban dinero en distinta moneda, cada una de las partes podrá*

63 Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cit., p.269 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

64 PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., pp.312 ss.

*compensar su propio derecho contra el derecho de la otra, a menos que las partes hayan acordado que la parte que declara la compensación pague exclusivamente en una moneda específica”.*

Por un lado, el DCFR art. III.-6:104 y el PECL art. 13:103, ambos con casi idéntica redacción, varían el término crédito por derecho, y, por otro, en el Proyecto UNIDROIT, art. 8.2, regulan la compensación en los supuestos en que las recíprocas obligaciones se hallen contraídas en moneda extranjera, lo que plantea un problema específico respecto del requisito de la homogeneidad<sup>65</sup>. Por tanto, salvo que se hubiera estipulado pagar la deuda en una moneda determinada, en cuyo caso no será posible la compensación con otra moneda, aunque fuera convertible, se admite que los pagos compensatorios puedan ser en divisas convertibles. Lo cierto es que los pagos que se hacen en monedas diferentes no son prestaciones de una misma naturaleza en el sentido previsto en el art. 8.1 de los Principios UNIDROIT<sup>66</sup>. Se trata de una regla que forma parte del patrimonio europeo común en materia de compensación<sup>67</sup>.

El Código de Pavía no hace ninguna alusión a esta circunstancia, probablemente porque entiende que es suficiente un poco de sentido común para resolverlo fácilmente. Es evidente que en los tres Proyectos que regulan la compensación en moneda extranjera se regula lo obvio; cada parte contrata en su moneda y como todas son convertibles, al menos las del espectro europeo, habrá de estarse al tipo de cambio en el momento de ejecutar la compensación. Ahora bien, si lo acordado fue que la compensación solamente fuera posible en una moneda específica habrá de convertirse a esa moneda aquella obligación que no lo esté y proceder posteriormente a la compensación. A este tipo de pacto excluyente de la compensación se oponen radicalmente Chamorro y Marcos<sup>68</sup>, si se hace so pretexto de identidad de moneda contenido en el art. 13:103. Por consiguiente, lo importante es que los pagos deben efectuarse en divisas

<sup>65</sup> PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., pp.341 ss.

<sup>66</sup> Comentarios PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cit., p.270. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

<sup>67</sup> BASOZABAL ARRUE, *Claves para entender la compensación en Europa*, en InDret 4/2009, ([www.indret.com](http://www.indret.com)), cit., p.24.

<sup>68</sup> CHAMORRO, M. - MARCOS, F., *Autonomía de la voluntad y compensación. Derecho dispositivo y derecho impositivo en la liquidación simplificada de obligaciones de derecho privado*, en *La tercera parte de los Principios de derecho Contractual Europeo*, (coord. A. VAQUER), Valencia, 2005, pp.441 ss.

convertibles, salvo que las partes hayan acordado otra cosa diferente, como, por ejemplo, el pago en una moneda determinada. Por ello, si en un contrato se preve expresalemente que una parte cumpla su obligación en una moneda determinada, en ningún momento podrá exigírselle que cumpla su deuda en la moneda de la otra parte o en una moneda diferente de la indicada en el contrato.

En principio, pudiera parecer que esta situación dista mucho de lo que sucedió en el derecho romano. Nada más lejos de la realidad. Es cierto que hasta el s. III a.C. no comienza a acuñarse moneda de forma oficial en Roma. Quizás, con anterioridad, los lingotes bien de oro bien de plata que se utilizaban fueran unos equivalentes para intercambio más que una verdadera moneda. La moneda romana se acuñó normalmente en la ciudad de Roma, pero algunas veces se usaron cecas de otras ciudades de Italia o de otras provincias. Cuando toda Italia recibió la ciudadanía y el derecho romano, por providencia generalizadora del emperador Caracalla<sup>69</sup>, la moneda romana se convirtió en la de toda la península y en consecuencia los otros pueblos perdieron el derecho a acuñar la propia<sup>70</sup>. No obstante, para salvar las diferencias de valoración de monedas y hacer frente a la compensación de deudas contraídas en diferentes monedas, estaba la figura de los banqueros entre cuyas principales funciones (especulaciones) estaba la del cambio de moneda. El cambio, como dice Peñalver, es algo que iba ligado necesariamente al comercio, de tal modo que allí donde había intercambio comercial tenía que haber también cambio de moneda<sup>71</sup>. Es más, la compensación es una institución muy ligada a la actividad bancaria como lo pone de manifiesto Gayo en sus *Instituta* 4,64, en donde se informa que el banquero únicamente podrá litigar si previamente ha practicado la debida compensación<sup>72</sup>.

12.- Otra coincidencia importante es la relativa a los casos en que no podrá llevarse a cabo la compensación. Así,

PECL art. 13:107 (Exclusión del derecho de compensación).- “La compensación no podrá ser efectuada: (a) cuando se excluya por acuerdo entre las partes; (b)

69 Vid. TORRENT RUIZ, A., *La Constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el Papirro Giessen 40 I*, Madrid, 2012.

70 Vázquez HoyOs, A. M<sup>a</sup>., *La moneda romana*, en [http://www.uned.es/geo-1-historia-antigua-universal/ROMA/sistema\\_monetario\\_romano.htm](http://www.uned.es/geo-1-historia-antigua-universal/ROMA/sistema_monetario_romano.htm)

71 Vid. PEÑALVER, M.A., *La banca en Roma*, Madrid, 1994, pp.104 ss.

72 PEÑALVER, *La banca en Roma*, cit., pp.63 ss. C. SORIANO, *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano*, México, 2007, pp.112 ss.

*contra un crédito en la medida en que ese crédito no se pueda embargar; y (c) contra un crédito que surja de un acto ilícito deliberado<sup>73</sup>.*

DFCR, art. III.- 6:108 (Exclusión del derecho de compensación).- “La compensación no podrá ser efectuada: (a) cuando se excluya por acuerdo entre las partes; (b) contra un derecho en la medida en que ese derecho no se pueda embargar; y (c) contra un derecho que surja de un acto ilícito intencional”.

Código de Pavía art. 132.4.- “La compensación no tiene lugar, y cabe la posibilidad de oponerse frente a quien la invoque, en cualquiera de los casos siguientes: cuando uno de los dos créditos derive de un acto ilícito extracontractual, o si una parte la impugna preventivamente por motivos idóneos, o cuando aquélla tenga por objeto la restitución de cosas depositadas o dadas en préstamo (comodato), o bien cuando haya habido una renuncia preventiva a la compensación, así como en cualquier otro caso previsto por la ley. Para las cuentas corrientes establecidas con motivo de relaciones comerciales, se aplicarán los usos. Deben respetarse las disposiciones relativas a los consumidores que se hallen en vigor en la Unión Europea y en sus Estados miembros”.

Curiosamente, los Principios UNIDROIT no hacen mención a la exclusión de la compensación en ningún supuesto. En el DFCR, art. III.- 6:108 se recogen tres supuestos en los que no será posible la compensación, supuestos, por lo demás obvios, y con similar redacción en los PECL art. 13:107. Un primer caso es el de la exclusión convencional, es decir, por acuerdo de las partes<sup>74</sup>, mediante la constitución de un *pactum de non compensando*. La dificultad reside en saber si excluyen de la compensación algún crédito singular o a todos los créditos que recíprocamente puedan existir entre las partes; un segundo caso, es cuando se trata de un

73 Un *acto ilícito deliberado*, o como se dice en DFCR art. III.- 6:108 “intencional” es una forma de evitar términos de etimología latina como dolo, y optar por términos más genéricos y descriptivos. En ambas redacciones, tanto de los PECL como del DCFR, se sustituye el término dolo por un adjetivo descriptivo del incumplimiento debido a la voluntad de las partes del contrato. Se busca con estos adjetivos contraponerlo a incumplimiento culposo del contrato, pero no es el único supuesto en que es utilizado, *vid.* EUGENIO OLIVER, *Principios de Derecho Europeo de los Contratos y Códigos civiles español y francés*, cit., pp.94 ss.

74 Caso que critican duramente CHAMORRO - MARCOS, *Autonomía de la voluntad y compensación*, cit., pp.438 ss., por ir contra el interés público. Dicen, que no debe habilitarse ninguna posibilidad de exclusión *ex ante* del ejercicio de la compensación. Se entiende que existe un interés público en propiciar en lo posible la compensación como alternativa al pago para cumplir las obligaciones y la solución extrajudicial de diferencias en cuanto a créditos exigibles. Por el contrario, dicen, y de acuerdo con el interés público, sí debe caber la posibilidad de que la autonomía de la voluntad realice a través de un negocio *ex ante* la ampliación o reducción de los límites dispuestos a la operatividad de la compensación.

crédito inembargable, pero inembargabilidad se refiere sólo al crédito principal, y el tercer caso, de evidente origen romano, es el del crédito que haya surgido de actos ilícitos dolosos. Sin embargo, el Código de Pavía art. 132.4 resulta a todas luces mucho más completo a la vez que complejo por cuanto fija un casuismo bastante más elaborado que los anteriores Proyectos. Por lo tanto, es posible que una de las partes se oponga a la compensación pero argumentando, motivando que se trata de alguno de los supuestos inmediatamente transcritos.

Se colige de los Proyectos que regulan la exclusión del derecho de compensación que las coincidencias son mayoría, así, es evidente: 1.- cuando las partes acuerdan prescindir de la compensación de deudas, incluso como renuncia preventiva; 2.- cuando el crédito haya surgido de un ilícito; 3.- cuando se trate de un crédito no embargable, los créditos privilegiados; 4.- cuando se trate de querer compensar con cosas que han sido entregadas en depósito o dadas en préstamo (comodato); 5.- cuando alguna de las partes haya efectuado una impugnación preventiva por razones evidentes y haya sido aceptada por el órgano judicial; y 6.- con carácter general, en cualquier otro caso previsto por la ley.

Una vez más nos encontramos con una clara influencia de origen romano respecto de las restricciones a la hora de efectuar una compensación. En derecho romano también fueron excluidos de los supuestos de compensación tanto el depósito<sup>75</sup> como el comodato<sup>76</sup>, igual que las *obligationes ex delicto*, es decir, las obligaciones de responsabilidad privada<sup>77</sup>. Justiniano lo recoge en su manual, I.4.6.30 de un modo evidente: “*excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur*”. En definitiva, no cabía oponer la compensación contra los créditos del fisco o de los municipios, ni tampoco cuando se pide la restitución de un depósito o un comodato, o de cosas arrebatadas con violencia<sup>78</sup>.

13.- Finalmente, otro apunte muy específico del fenómeno compensatorio es el referido a la compensación de una pluralidad de créditos y obligaciones.

UNIDROIT art. 8.4.- “(2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, decla-

75 Vid. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.265 ss.

76 C.4.23.4. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., pp.269.

77 Vid. GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 11<sup>a</sup> ed., Napoli, 1997, p. 836.

78 C.4.31.14; C.4.34.11; I. 4.6.30.

*rar a la otra parte la obligación a la que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a todas las obligaciones proporcionalmente”.*

PECL art. 13:105 (Pluralidad de créditos y obligaciones).- “(1) Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más créditos contra la otra parte, la notificación se hará efectiva solo en el caso de que se identifique el crédito al que se refiere. (2) Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más obligaciones que cumplir contra la otra parte, se aplicarán las disposiciones que se incluyen en el artículo 7:109<sup>79</sup> con las adaptaciones pertinentes”.

DCFR art. III.- 6:106 (Dos o más derechos u obligaciones).- “(1) Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más derechos contra la otra parte, la notificación se hará efectiva solo en el caso de que se identifique el derecho al que se refiere. (2) Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más obligaciones que cumplir contra la otra parte, se aplicarán las disposiciones sobre la imputación del cumplimiento con las adaptaciones pertinentes”.

Una redacción muy similar, salvo el cambio de la expresión crédito por derecho, se presenta en los Proyectos, PECL y DCFR. En ambos se parte de la existencia de varios créditos y deudas que admiten compensación entre sí. Por ello, si una parte, la que compensa, tiene varios créditos contra la otra, la eficacia de la compensación dependerá de la identificación del crédito que quiera compensarse. Para la otra parte, que también compensa, para la elección de la deuda compensable se aplicarán las reglas de la imputación de pagos, con las debidas adaptaciones (art. 2:110). En los Principios UNIDROIT se regula la ausencia de declaración de imputación de deuda a compensar. Si en la notificación no se indican las deudas que se propone compensar la primera parte, y si tampoco la otra parte en un tiempo razonable declara a qué deuda quiere afectar la compensación, se opta porque se extingan todas las deudas de la otra parte individualmente hasta el total del valor de la primera parte. El Código de Pavía no hace ninguna alusión al supuesto de existencia de pluralidad de créditos en el ejercicio del fenómeno compensatorio.

14.- Llegados a este punto, puede afirmarse que el objeto de la compensación, desde que en derecho justiniano se generalizara la institución, es servir de medio alternativo al pago en el cumplimiento de las obligaciones. Ello no significa que las partes no puedan perfectamente cumplir sus obligaciones sin recurrir a este medio de extinción de las mismas. En ningún texto consta su

79 En el art. 7:109 de los PECL se regula la imputación de pagos.

prohibición. Mientras acreedor y deudor cumplan con aquello que recíprocamente se adeudan, las respectivas obligaciones se extinguirán, al menos hasta la cuantía concurrente. Ahora bien, ya desde Roma y por diferentes razones, especialmente de economía procesal, se ha considerado que es mejor no pagar hasta la cantidad coincidente que tener que pagar y después reclamar.

Es cierto que en los diferentes Proyectos que hemos analizado, Principios UNIDROIT, PECL, Código de Pavía y DCFR, la compensación recibe un tratamiento particular en atención a los objetivos fundamentales que en cada uno de ellos se persigue. Prescindiendo del carácter internacional de los Principios UNIDROIT frente al carácter europeista (no por ello menos internacional) del resto de Proyectos, se infiere de los cuatro un carácter abierto para adaptarse a la realidad cambiante en que vivimos y una gran versatilidad ante cualquier realidad contractual que se presente.

Por otro lado, todas las propuestas de armonización tienen una clara influencia de los diferentes ordenamientos nacionales de los redactores que han integrado las pertinentes comisiones compiladoras. Por lo demás, lógico, pues nadie puede librarse de la formación jurídica recibida. Y ello sin desconocer que en muchas ocasiones una misma norma jurídica romana se ha interpretado y plasmado de diferente forma en los ordenamientos jurídicos europeos. Es decir, todos se nutren de la previa experiencia comparada. Pero en el fondo, sin necesidad de estudios exhaustivos, pues nos llevaría a la confección de una monografía, y sin perder la rigurosidad de los estudios jurídicos, puede afirmarse que la compensación como modo de extinción de las obligaciones perdura no solo en toda la codificación civil vigente, sino también incluso en los Proyectos de armonización futura de derecho internacional. Quiero decir con ello que no hemos superado, en el sentido de prescindir, la influencia del derecho romano, pues no hemos logrado crear otra institución jurídica que permita alcanzar unos resultados sino iguales al menos tan similares a los que se alcanzan con la vieja compensación de origen romano. Es evidente, pues, que las pretendidas reglas comunes habrán de sustentarse sobre los cimientos colectivos de los ordenamientos jurídicos europeos, que no son otros que romanísticos, sin olvidar las matizaciones procedentes del *Common Law*.

En absoluto quiero que se me entienda que propongo una vuelta al derecho romano como derecho positivo, sería un gravísimo error. De ahí que comparta absolutamente la opinión de Sánchez Lorenzo<sup>80</sup> que ve el derecho romano como

---

<sup>80</sup> SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, cit., pp.293 ss.

un saber jurídico básico y fundamental, y no como una disciplina de derecho positivo. Asimismo, se observa que en la elaboración de las propuestas analizadas para buscar una solución común a la extinción de las obligaciones por medio de la compensación, se está consolidando la vieja tendencia de no romper con la influencia de la historia en el proceso de formación del derecho europeo. Nos encontramos ante una manifestación tardía de todo el proceso codificador que comenzó allá en el siglo diecinueve, continuo en el veinte, y ahora también, en el veintiuno, con carácter supranacional. Este proceso viene a confirmar aquel otro que comenzó con la compilación del derecho privado en el *Corpus Iuris Civilis*, su posterior estudio por los glosadores, comentaristas, humanistas, racionalistas, etc., hasta llegar a la Pandectística y a la Escuela Histórica alemana y posteriores codificaciones civiles europeas.

En definitiva, aun cuando resulta obvio recordarlo, no se ha inventado nada nuevo, jurídicamente hablando, en materia de compensación. Salvo matices fruto de la evolución económica y como resultado de la ingeniería jurídica, seguimos dando unas soluciones similares a las del derecho romano. Además, no olvidemos la íntima relación existente entre sociedad y derecho, de ahí que las condiciones en las que se formó el derecho romano contrasten con las actuales circunstancias del tráfico jurídico en el ámbito europeo. Pero las propuestas de regulación futura sustancialmente no difieren prácticamente en nada de las soluciones romanas justinianas. El concepto, las clases, los requisitos, los efectos, la finalidad, los supuestos excluidos de compensación, etc., siguen siendo básicamente los mismos en el siglo VI d.C., que hoy y que previsiblemente que en un futuro, si alguno de estos Proyectos llega a tener vigencia internacional. Las posibles diferencias que pueden existir entre los Proyectos, o entre estos y el derecho romano, son, no diré que intranscendentales pero si menores, pues llevan a resultados semejantes. Y baso esta afirmación en que ninguno agota totalmente la posible regulación de la compensación, más bien se limitan a incluir unas reglas básicas en materia de requisitos y efectos<sup>81</sup>, así como en concepto y clases.

---

<sup>81</sup> Opinión que mantiene PARRA LUCÁN, *La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación*, cit., p.431, para los PECL, y que entiendo extensible al resto de propuestas de armonización.



## Principio nominalista y variedad del costo de la moneda

Virginia Abelenda

En la época actual se ha llegado a hablar de “guerra de monedas”, a raíz de la política cambiaria puesta en práctica desde el 2010, que conducen a concluir que es muy poco probable que un mundo con políticas de “empobrecer a tu vecino” termine bien. Ello se evidencia a través de países que por un lado mantienen una moneda devaluada para exportar más, como los Países emergentes: China, India, Brasil; y por el otro, países desarrollados que bajan las tasas de interés a 0 (cero) unilateralmente, para “mover” la economía, y piden que los otros países suban el valor de su moneda para competir, pero además, los inversores obtienen allí créditos a baja tasa y luego invierten en los emergentes, provocando el alza de la moneda e inflación, por ello, se vaticinaba que el espectro de una guerra de divisas global estaba latente. Tal bajo costo y disponibilidad del crédito, por lo tanto, como ha sido sostenido, parecen haber concentrado su operatividad en los Países mayormente industrializados, para contrastar los riesgos de recesión, y no parecen haber colocado entre sus objetivos el desarrollo de las economías emergentes para involucrarlas en un crecimiento común. Es decir, la situación favorable a los deudores, o aún más, la “presión al endeudamiento” de estos años, no ha favorecido la deuda de América Latina, o de los otros Países emergentes fuertemente endeudados.<sup>1</sup>

Al centro de los hechos emerge también la revaluación de la moneda de referencia de los contratos de préstamo internacional, inducida mediante la política de aumento de las tasas de intereses. Esta revaluación, ha influido en el pasado en modo excesivo sea sobre la onerosidad real de los intereses como también en la restitución del capital, causando un serio agravio al deudor. Es verdad que variaciones de los valores de la moneda son muy comunes, como también lo son las devaluaciones, en particular cuando se busca acelerar los procesos de desarrollo

<sup>1</sup> Así, S. SCHIPANI, *Debito indebito? Debito sostenibile? Investimenti volatili? Cesure e continuità? Bassi tassi di interesse, per chi? Integrazione indispensabile. ‘Legge modello’ per l’unificazione del diritto delle obbligazioni in America Latina*, en *Roma e America* 23 (2007), 282.

de un País. Pero el problema, evidentemente, no es el del fenómeno en sí mismo, sino el de su dimensión. Desde algunas perspectivas puede depender de su previsión, pero de prever aquello que un sujeto diligente y experto suele o puede prever. En los préstamos a los Países en vías de desarrollo (PVD), por ejemplo, la referencia a una de las monedas más usadas en las operaciones económicas internacionales tiene sobre todo la función de quitar a tales operaciones los procesos de devaluaciones antes mencionados, y de buscar una referencia estable, por lo tanto, si supusiéramos que el acreedor hubiese previsto la valoración de la moneda de referencia, tendríamos que suponer también la previsión de la indicación de que tal moneda podría ser dañosa para la contraparte.<sup>2</sup>

Por varios motivos, por ende, como se ha sido precisado, se habría tenido que aplicar una adecuación valorativa que dejase indemne a la parte deudora. En primer lugar, así como la voluntad de las partes estaba orientada a la individualización de una moneda estable, respecto a la moneda del deudor de la cual se preveía su devaluación, si la moneda escogida no cumplía más la función de parámetro de referencia estable para la cual había sido escogida, el deudor podía afirmar *non in haec foedera veni*, y se debería haber cumplido una interpretación correctiva directa a restablecer la onerosidad que tenía la deuda para la parte deudora en el momento en el cual había sido escogida como moneda de referencia.<sup>3</sup>

Se ha señalado también, respecto a la buena fe, que una interpretación correctiva podría hoy encontrar conformidad en la siempre difundida valoración del principio de buena fe, como criterio de interpretación del contrato, y de valoración de la acción de las partes, sobre todo, en la situación en que el poder de una de ellas se acreciente en márgenes notables de discrecionalidad, en función de reequilibrar la diferencia de fuerza de las partes.<sup>4</sup>

En segundo lugar, la excesiva e imprevisible onerosidad sobreviniente no puede ser puesta a cargo del deudor, sino que habría debido ser corregida por parte de un árbitro neutral. Contra la aplicación de tal principio, aunque se trate de obligación pecuniaria, no puede ser invocado el principio nominalista, también porque la variación se ha hecho presente por un evidente cambio unilateral de la política financiera de los USA, con participación de todos los países

2 SCHIPANI, *Principios y reglas relativos a la deuda externa. Perspectiva romanista-civilista*, en Suplemento especial de la revista jurídica argentina *La Ley*, (A.A. ALTERINI, coord.), Buenos Aires 2004, 16.

3 SCHIPANI, *Principios y reglas relativos a la deuda externa. Perspectiva romanista-civilista* cit., 16.

4 SCHIPANI, *Principios y reglas relativos a la deuda externa. Perspectiva romanista-civilista* cit., 16-17.

más industrializados, sin que la parte representada por los PVD, tuviese algún vínculo con el ordenamiento monetario del gobierno del cual ha sido tomada la decisión de tal cambio. Sería también deber de los acreedores, proceder a brindar inmediatas informaciones y volver a las negociaciones a fin de reducir el impacto del hecho dañoso que el sistema al cual pertenecían había producido.<sup>5</sup>

En un texto del Digesto 13, 4, 3, Justiniano utiliza una parte de la obra de Gayo de comentario al edicto provincial:

En este texto, Gayo, evidenciada la variedad de los precios de las cosas en cada una de las ciudades y regiones, y dirigida a la consideración del arbitrio del juez, no pone en discusión el rol que el poder del dinero despliega (cfr. Paul., D. 18, 1 pr.), pero nota que aunque parezca que es uno y el mismo su valor en todas partes, sin embargo, en unos lugares se encuentra más fácilmente y con menores intereses y en otros con más dificultad y con mayores usuras, es decir, observa que el dinero también tiene diversos costos, constituidos por la disponibilidad mayor o menor y por las diversidad de tasas de interés a las cuales se lo puede obtener en los distintos lugares o tiempos, y así, diferente puede ser también entonces el esfuerzo que debe cumplir el deudor para procurárselo. Gayo, de frente a un eventual reclamo al principio nominalista que tiene claramente presente, indica, por ende, la necesidad de remitir del mismo modo a la valoración del juez la re-determinación de una prestación pecuniaria (además, se trata en el caso, de una obligación de estricto derecho como aquella nacida de *stipulatio* a la que se refiere el fragmento citado), para cumplir la cual el deudor, por un hecho del acreedor, encuentra el dinero más costoso.<sup>6</sup>

Además, una opinión de Servio, presente en D. 19, 2, 15, 2 (Ulp., 32 ad ed.), en el ámbito de un *iudicia bonae fidei*, y en el marco del trabajo interpretativo dirigido a determinar cuál es el contenido de la *ex fide bona oportere*, abre un camino distinto, acogido por Ulpiano y después por Justiniano, prefiriéndolo, en la situación examinada, a otros:

Inicialmente, Ulpiano se plantea el problema de cuál sea la extensión de la prestación del arrendador, o sea si él debe garantizar cualquier cosa al arrendatario en el caso en que haya intervenido la *vis* de una ruinosa tempestad. Para afrontar este problema, Ulpiano deroga el precedente parecer de Quinto

5 SCHIPANI, *Principios y reglas relativos a la deuda externa. Perspectiva romanista-civilista* cit., 17.

6 SCHIPANI, *Principios y reglas relativos a la deuda externa. Perspectiva romanista-civilista* cit., 18.

Mucio<sup>7</sup>, y se apoya en el parecer diversamente enfocado, de Servio. Servio distingue entre aquello que obliga al propietario-arrendador y aquello que obliga al colono-arrendatario, poniendo a cargo del primero el garantizar también la disponibilidad de la cosa arrendada aún respecto de la violencia-factor externo al cual no se puede resistir, que es ejemplificada en aquella de los ríos, de las cornejas, de los estorninos y de las incursiones enemigas, y poniendo a cargo del segundo los vicios, alteraciones que surgían de la cosa misma, en su proceso productivo, ejemplificados en el vino que se vuelve ácido, los frutos que se dañan a causa de ciertos gusanos o de hierba infectante. Servio parece querer alejarse de toda valoración, no sólo subjetiva, sino también inmersa en la investigación de la misma relación de causalidad con la conducta de los contratantes, él se concentra sobre el tipo contractual, sobre el rol de cada contratante, es decir, que la buena fe implica que cada uno deba garantizar en el cuadro de una correcta individualización de las respectivas prestaciones, definiendo que el que da un fundo en arrendamiento para que sea cultivado debe garantizarlo también frente a la *vis cui resisti non potest*, mientras que el que cultiva debe cargar con los *vitia qua ex ipsa re orientur*. De este modo, remite al juez sólo la tarea de subsumir los eventos concretos para los cuales ofrece ejemplos de una y otra categoría. Algunas dificultades conexas a tal subsunción están luego a la base de las integraciones que siguen el parecer de Servio, a veces corrigiéndolo un poco, como incluyendo en la *vis* el derrumbe del terreno que haya destruido la cosecha, o la enfermedad que haya arruinado las olivas o el calor del sol, si supera lo previsto, o el terremoto, mientras no se encuentra *vis* si el calor del sol no está fuera de lo usual o tropas (no enemigas) de paso realizan robos. Ulpiano, entonces, al examinar un ejemplo de un colono que sufrió intempestivamente la destrucción del cultivo a causa de la violencia de una ruinosa tempestad,

7 Cfr. SCHIPANI, *Principios y reglas relativos a la deuda externa. Perspectiva romanista-civilista* cit., 18-19, quien afirma que ha sido con el surgir de los juicios de buena fe que ha ido madurando la reflexión de Quinto Mucio de fijar como regla a la cual son sometidas las partes el *culpam praestare*, que después se integra con la regla *casus a nullo praestantur*, y se precisa su contenido incluyendo en la culpa la impericia, y en el *casus* no sólo la fuerza mayor, sino también todos los otros acontecimientos no debidos a culpa. Se formó así el principio cuya elaboración por parte de Ulpiano ha sido colocado por Justiniano entre las *regulae iuris antiqui* (D. 50, 17, 23). De allí que, salvo las hipótesis de responsabilidad por sólo dolo, y el diverso acuerdo entre las partes, con tal que no exoneren el *dolum praestare*, la obligación se determina entonces dentro de los confines de la conducta diligente, experta, etc. Por lo tanto, no será incumplimiento cuando el sujeto había obrado según tales modelos adecuados a las circunstancias concretas, o sea, haya realizado el esfuerzo de diligencia que el contrato exigía de él. Y esto se refleja sobre cualquier tipo de prestación, aunque con las necesarias distinciones.

utiliza una autorizada cita que señala una línea interpretativa consolidada, e introduce la general distinción mencionada, por la cual concluye que es el arrendador el que tiene que garantizar la disponibilidad de la cosa, incluyendo el poder disfrutar del fundo, para cultivar y las condiciones externas del cultivo, su capacidad productiva.<sup>8</sup>

Con base en el texto de Gayo, hecho propio por Justiniano, se debe reconocer un principio de readecuación de la relación de crédito en relación con las mutantes y más gravosas circunstancias en las cuales el cumplimiento de una deuda pecuniaria, no menos que en el caso de otras cosas ciertas y fungibles, debe efectuarse. Tiene una base adecuada, por ende, ya en las fuentes del derecho romano, el principio por el cual el nominalismo que caracteriza las obligaciones de dinero debe, en presencia de ciertos presupuestos, ser corregido en sentido valorativo. O sea, allí cuándo también la obligación pecuniaria, por motivos dependientes del acreedor, se vuelve más gravosa para el deudor (por ej., porque el cumplimiento sea requerido en condiciones nuevas, en las cuales el dinero sea más caro), el importe de ella debe ser corregido por el juez, quien es llamado a operar según criterios que corrijan los efectos de las oscilaciones del valor del mismo dinero cuando éstas superan los límites del riesgo y peligro conexo a la naturaleza del contrato, es decir, cuando intervienen hechos extraordinarios bajo el perfil de su medida.<sup>9</sup>

Pero también con base en la perspectiva de Servio-Ulpiano, hecha propia asimismo por Justiniano, se ha sostenido que, en el ámbito de los juicios de buena fe relativos a cosas fructíferas que una parte, después de haber pagado, coloca a disposición de otra que con la actividad productiva obtiene frutos, esta parte debe hacerse cargo de las consecuencias dañosas derivadas de causas endógenas a la propia actividad, el acreedor, todas las otras. Y, en este sentido, se subraya que ya al inicio del proceso de codificación moderna, todos los juicios son de buena fe, si bien es mucho más amplia la perspectiva puesta al principio del sistema jurídico romano en la expresión de las antiguas fórmulas: *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Por lo tanto, en relación a los hechos que, en el curso del cumplimiento de los contratos, produzcan una reducción de las

8 SCHIPANI, *Principios y reglas relativos a la deuda externa. Perspectiva romanista-civilista* cit., 19-20.

9 SCHIPANI, *Debito indebito? Debito sostenibile? Investimenti volatili? Cesure e continuità? Bassi tassi di interesse, per chi? Integrazione indispensabile. 'Legge modello' per l'unificazione del diritto delle obbligazioni in America Latina* cit., 277.

ventajas o produzcan daños, está ya sólidamente afirmado en las fuentes del derecho romano, al lado del principio de la responsabilidad por culpa o dolo de las partes, coordinado con el criterio del interés (*commodum*), aquel de la iniciativa negocial y de la auto-responsabilidad.<sup>10</sup> En concreto, en relación con los préstamos recibidos, los PVD deben hacerse cargo de las consecuencias de cuanto tiene origen en su actividad, o en el sistema al que pertenecen; el acreedor, en cambio, país industrializado o ente del sistema financiero internacional, todas las otras, y, en primer lugar, de acuerdo con la cuestión en examen, las consecuencias del sobreviniente sustancial incremento del valor real de los intereses pactados sobre los préstamos efectuados, así como aquello del capital a restituir, que, sea que hayan sido queridos por el acreedor, o que hayan dependido de caso fortuito, no puede hacer pagar al deudor. Ello parece del todo coherente, además, con el rol -y entonces también con la responsabilidad- del manejo de la economía mundial que se quiere por algunos países realizar, también a través de las instituciones financieras internacionales.<sup>11</sup>

- 
- 10 SCHIPANI, *Debito indebito? Debito sostenibile? Investimenti volatili? Cesure e continuità? Bassi tassi di interesse, per chi? Integrazione indispensabile. 'Legge modello' per l'unificazione del diritto delle obbligazioni in America Latina* cit., 277.
- 11 SCHIPANI, *Principios y reglas relativos a la deuda externa. Perspectiva romanista-civilista* cit., 20-21; ID, *Debito indebito? Debito sostenibile? Investimenti volatili? Cesure e continuità? Bassi tassi di interesse, per chi? Integrazione indispensabile. 'Legge modello' per l'unificazione del diritto delle obbligazioni in America Latina* cit., 276-277, 283-284, agrega otros ejemplos del derecho romano, entre otros, ya en aquel desde el inicio del II s. a.C. la prohibición de intereses usurarios, que había sido establecida por la ley de las XII Tablas y luego reafirmada en otras leyes sucesivas, es recogida en su naturaleza de principio general, que tiene alcance necesariamente para todos y no puede, por ende, limitarse a obligar a los ciudadanos para los cuales la ley es creada. Necesidad ésta ligada a la movilidad del capital que de lo contrario se sustrae fácilmente a tal prohibición, cuando opera de frente a los extranjeros, y crea así injusticia y disparidad (Liv. 35,7,2-5). Se debería considerar también, según el A., la llamada 'deuda odiosa', y otras figuras que derivan de una profundización de un notorio principio del derecho romano (cfr. D. 12,1,27, presente en las Siete Partidas 5,1,3, y por San Alfonso), que pone en discusión la responsabilidad que las comunidades, o los pueblos, tengan por las deudas contraídas por cuantos hayan operado en su nombre, y en particular por gobiernos tiránicos, que no hayan usado tales fondos en ventaja de las comunidades. Es, sin embargo, necesaria, la contextualización de este fragmento en relación a la resistencia del derecho romano hacia la representación directa, y el recurso, en edad clásica, a una *actio in factum* que se extrae precisamente de la ventaja que los ciudadanos hayan recibido, además del surgimiento de una obligación civil si *ad utilitatem civitatis pecuniae versae sunt*, y la perspectiva justiniana a la cual se refieren los desarrollos sucesivos. La perspectiva de «derecho común a todos los hombres» pone en primer plano a los pueblos concretos y a los hombres mismos también en las relaciones internacionales y obliga a rever radicalmente el sentido de los reconocimientos que operan entre gobiernos, si no el sentido de los reconocimientos que los

Ahora bien, la propuesta jurídica de recurrir al procedimiento consultivo ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) por el problema de la deuda externa de los PVD, ha sido atacada siempre desde el punto de vista que el reconocimiento formal efectuado por los Estados deudores de sus obligaciones anteriores (plan Brady y otros acuerdos) constituiría el saneamiento de la presunta ilicitud original del alza unilateral de las tasas de interés, la que ha sido reclamada en innumerables ocasiones por Argentina y por los demás Estados deudores de América Latina.<sup>12</sup> La difusión de esos nuevos títulos o bonos de la deuda en los mercados de valores, vendidos entre innumerables tenedores ("el dentista belga") -supuestamente de buena fe- reforzaría esa argumentación. Pero estos argumentos fueron rechazados por la doctrina, que supo traer a colación las normas de derecho común aplicables a situaciones semejantes, como la del art. 723 del Código civil Argentino, que decía así: "Si el acto de reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber.", norma ahora reproducida en el art. 735 del nuevo Código Civil y Comercial Argentino, actualmente vigente: "Reconocimiento causal. Si el acto del reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse al título originario, si no hay una nueva y lícita causa de deber." Resulta entonces evidente, que esta norma fue diseñada para prevenir la usura encubierta en los reconocimientos de obligaciones cuando éstas fueren más gravosas para el deudor, situación similar a la que se da a escala global con la deuda externa.<sup>13</sup>

En todo caso, se trata siempre de la misma deuda, ahora redistribuida y aún no cuestionada en su legitimidad, deuda "purificada" a través del pasaje inicial por el filtro de su colocación por medio de bonos en los mercados de valores,

---

gobiernos hacen de las obligaciones de los precedentes gobiernos tiránicos, las condiciones en las cuales tales declaraciones son cumplidas, y por lo general solicitadas.

- 12 V. Deuda Externa. Suplemento especial de la revista jurídica argentina *La Ley* cit., en especial v. ESPECHE GIL, M.A., *La Doctrina Espeche. Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa*, págs. 55-65.
- 13 La fuente del art. 723 del anterior Código Civil Argentino es el Código civil francés, art. 1337: "Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.", de donde surge el carácter meramente declarativo del reconocimiento de obligaciones en nuestra legislación, y concordaba además con los arts. 499, 500 y 3789, cfr. BUERES A.-HIGHTON E., *Código civil 2A*, Buenos Aires 2008, págs. 711-712.

vendidos entre innumerables tenedores -supuestamente de “buena fe”, que actuaría como reconocimiento formal efectuado por los Estados deudores de sus obligaciones anteriores, saneándose de este modo, también criticable como fue dicho desde el punto de vista del derecho, la fundada presunción acerca de la ilicitud original del alza unilateral de las tasas de interés. Por ello, resulta muy paradójico que tanto el juez neoyorquino T. Griesa como los llamados “fondos buitre” haya exigido, por ejemplo, que Argentina deba pagar de “buena fe”, o sentarse con sus acreedores preexistentes y negociar su pago de “buena fe”, ya que la buena fe implicaría también revisar el origen –lícito o no- de esa deuda, y, en su caso, su corrección o re-cálculo, o, directamente, su reducción y/o restitución de lo ya pagado con creces y de más (por lo tanto, indebido).<sup>14</sup>

En fin, en este sentido, es de destacar que el art. 1011 del nuevo Código Civil y Comercial Argentino, establece la obligación de renegociar en buena fe si los intereses suben más de aquellos del mercado (usurarios): “*Contratos de larga duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.*”<sup>15</sup>

14 V. el mío, «*Pari passu* y *par condicio creditorum* en la restructuración de las deudas de bonos soberanos. Aportes del derecho romano, en *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Universidad Externado de Colombia 2013, 304-305; asimismo, SCHIPANI, *Debito indebito? Debito sostenibile? Investimenti volatili? Cesure e continuità? Bassi tassi di interesse, per chi? Integrazione indispensabile. ‘Legge modello’ per l’unificazione del diritto delle obbligazioni in America Latina* cit., 278.

15 V. R. LENER-E. CORAPI, *Trasparenza nei contratti bancari e finanziari*, en *Atti del Congresso Internazionale “Nuovo Codice Civile Argentino e Sistema Giuridico Latinoamericano”*, Roma, 7-9 mayo 2015 (en prensa).

# Responsabilidade do sócio e da sociedade empresária em execução

*Hugo de Brito Machado Segundo*

Mestre e Doutor em Direito.

Advogado em Fortaleza.

Membro do ICET – Instituto Cearense

de Estudos Tributários.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, de cujo Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) foi Coordenador.  
*Visiting Scholar* da *Wirtschaftsuniversität*, Viena, Áustria.

*Raquel Cavalcanti Ramos Machado*

Mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Doutora em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo.

Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários.

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.  
*Visiting Scholar* da *Wirtschaftsuniversität*, Viena, Áustria.

## Introdução

Questão de grande atualidade, no Direito Brasileiro, diz respeito à responsabilidade de sócios e dirigentes pelas dívidas das pessoas jurídicas que integram ou dirigem, notadamente quando estas adotam formas jurídicas limitadoras de tal responsabilidade. O uso eventual de formas jurídicas de maneira abusiva ou fraudulenta, para frustrar o adimplemento de dívidas, tem levado o legislador a criar mecanismos destinados a combatê-las, os quais nem sempre são proporcionais. É importante encontrar um ponto de equilíbrio que garanta, de um lado, a livre iniciativa e a segurança jurídica necessária a que se façam investimentos

e se assumam riscos, mas iniba, de outro, a adoção de práticas abusivas destinadas a esvaziar a tutela jurisdicional executiva e, com ela, a própria segurança jurídica e a livre iniciativa que as formas societárias visam a garantir.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, que prevê, em seu art. 133, o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, o assunto ganha maior relevo, sendo relevante notar, ainda, a existência de manifestação do Supremo Tribunal Federal concluindo pela inconstitucionalidade de norma que praticamente abolia a distinção entre a pessoa jurídica e seus integrantes, para fins de responsabilidade tributária, algo que revela não só a consciência da importância das estruturas societárias contemporâneas, mas também, de outro lado, uma pressão, em princípio legítima mas que precisa ser calibrada adequadamente, pela sua desconsideração em alguns casos. É do que trata, em linhas gerais, o presente texto, que procura fazê-lo a partir de uma breve consideração histórica do surgimento das formas societárias nas quais a responsabilidade de sócios é limitada.

## **1. Surgimento de sociedades comerciais e a inexistência de limitação à responsabilidade de seus membros**

Há alguma controvérsia, na literatura especializada, a respeito da existência, no Direito Romano, de sociedades dotadas de personalidade jurídica. A propósito da figura da *societas* romana, registra J. X. Carvalho de Mendonça ser objeto de controvérsia se as sociedades no Direito Romano tinham personalidade jurídica. Parece que não gozavam de um patrimônio distinto do patrimônio dos sócios, administrado por um ou alguns deles. Todos conservavam a propriedade pro-indiviso da quota que conferiam: *memo societatem contrahendo rei suæ domino esse disinit* (ULPIANO, na Lei 13, § 2.º Dig., *de præscrip, verbis*). Ora, o ente sem patrimônio próprio não pode ser considerado pessoa jurídica.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, t. III, p. 82.

Existem, é certo, elementos que permitem a conclusão oposta, notadamente em Paulo<sup>2</sup> e em Caio<sup>3</sup>, como registra o próprio Carvalho de Mendonça<sup>4</sup>. Para Savigny, por exemplo, desde os tempos antigos se encontram, entre os romanos, associações de caráter permanente, confrarias de sacerdotes e de artesãos, sem que, contudo, em um primeiro momento, se cogitasse de personalidade jurídica, precisamente à míngua de *capacidade para a propriedade*<sup>5</sup>. Aos poucos, porém, com o passar do tempo e o surgimento de necessidades e exigências para cujo atendimento a personalidade jurídica seria adequada, traços característicos das pessoas jurídicas foram surgindo, seja no âmbito das próprias entidades públicas, seja no plano de associações de sacerdotes ou mesmo artesãos. Em suas palavras,

Una *lex vectibulici*, dada bajo el reinado de Trajano, permite á las ciudades de Italia manumitir sus esclavos, y bajo Adriano, un senado-consulto extendió estas facultades á las ciudades de las provincias (I); finalmente, Marco Aurelio permitió también á los colegios manumitir sus esclavos y adquirir como patronos.

Como se vê, ainda que se reconheça uma forma embrionária de personalidade jurídica, parece incontroverso que ainda não havia, à época, a possibilidade de limitação da responsabilidade dos integrantes da sociedade. Tampouco havia uma nítida distinção entre o Direito Civil e o Direito Comercial, visto que as *societas* eram figura de “Direito Comum”, embora pudessem ter escopo mercantil<sup>6</sup>. Aliás, as pessoas jurídicas reconhecidas pelo Direito Romano, das quais trata Savigny, são precipuamente entidades políticas (Cidades, o Fisco, etc.), diferenciando-se bastante das pessoas jurídicas de direito privado dedicadas a atividades mercantis<sup>7</sup>. Semelhantes a essas eram as *societas*, que, a rigor, con-

2 Lei 1, §1º, Dig., *pro socio*.

3 Lei 2, Dig., *pro socio*.

4 MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, t. III, p. 83.

5 SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Góngora y Compañía, 1879, t. II, p. 65.

6 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. 3, p. 6-7.

7 “Los jurisconsultos romanos tenían un espíritu demasiado práctico para asentar reglas generales que, vista la gran diversidad de las personas jurídicas, habrían tenido una aplicación muy limitada. Por lo demás, todo cuanto encontramos en sus escritos se refiere, no á la totalidad de las personas jurídicas, ni tampoco a todas las corporaciones, sino a las comunidades solas, es decir, á los municipios y á

sistiam na regulação das relações internas entre sócios de um empreendimento. A sociedade, com o desenvolvimento da empresa em seu aspecto externo, com a disciplina das relações externas da entidade com terceiros, deu-se no âmbito da Idade Média<sup>8</sup>. O mesmo pode ser dito do desenvolvimento do Direito Comercial, que no período do Império Romano ainda não gozava de autonomia em relação ao Direito dito “comum”. Porém, novamente com Carvalho de Mendonça, vale a advertência de que isso não diminui a importância do Direito Romano para o enfrentamento do assunto, pois,

Se é certo que o direito comercial formou-se como reação ao direito romano, não se conclui que o direito romano deixasse de tomar parte na sua construção. Não se pode dispensar o direito romano nos estudos científicos do direito comercial, onde se infiltram seus princípios.<sup>9</sup>

Tanto é assim que o próprio Carvalho de Mendonça, ao examinar as sociedades comerciais em geral, recorre a institutos hauridos do Direito Romano. É o caso de quando afirma que, para a compreensão da sociedade, é preciso voltar-se “à noção romana, que, nas relações dos sócios entre si, reconhecia a fraternidade. ‘Cum societas ius quoda modo fraternitatis in se habet’ (PAPINIANO, na lei 63, princ., Dig, pro socio)”.<sup>10</sup> As próprias sociedades anônimas, vale frisar, têm seus primórdios identificáveis no Direito Romano, embora parte da literatura especializada prefira identificar seu surgimento nos bancos públicos do período medieval, ou, de forma ainda mais clara, na figura da Companhia das Índias Orientais, fundada em 1602<sup>11</sup>. Como a maior parte das realidades culturais ou naturais, há um fluxo de alterações pequenas, graduais e constantes, que tornam difícil, e às vezes até arbitrário, identificar o surgimento de determinada figura, seja ela uma

---

las colonias de Italia, y más tarde a las ciudades de las provincias.” SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Góngora y Compañía, 1879, t. II, p. 114.

8 BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Buenos Aires: Uteha, traducción de Felipe de Solá Cañizares, 1960, v.1, p. 204.

9 MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, t. I, p. 52.

10 MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, t. II, p. 14 e 15.

11 MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, t. III, p. 270.

criação jurídica, seja uma palavra, um idioma, ou mesmo uma espécie animal<sup>12</sup>. O importante é observar, no caso de institutos jurídicos, a forma como ele surgiu, e a razão de ser das mudanças que sofreu ao longo do tempo, para que se lhe dê um mais adequado tratamento na contemporaneidade.

## **2. Limitação da responsabilidade como imposição da necessidade de segurança quanto aos riscos do negócio**

A evolução na realidade fático-social, no período que se segue à queda do Império Romano, levou, gradualmente, ao reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades, à diferenciação entre as sociedades comerciais e as demais, e, posteriormente, em relação a alguns tipos societários, à limitação da responsabilidade de sócios pelos débitos da sociedade. É importante compreender as razões disso.

Vale lembrar que personalidade jurídica e limitação de responsabilidade societária são duas coisas diferentes, não necessariamente relacionadas<sup>13</sup>. No que tange ao reconhecimento da personalidade jurídica, compreendendo-se a sociedade não apenas como um patrimônio destacado, mas especialmente como uma estrutura normativa<sup>14</sup>, trata-se de medida destinada a permitir que se atribuam direitos e obrigações especificamente relacionados à atividade exercida por meio da sociedade, que assim não se mesclam a outros que com ela não guardam relação. No dizer de Carvalho de Mendonça, o reconhecimento “da personalidade não somente concorre para fortalecer essas sociedades, mantendo o seu crédito e desenvolvendo o seu poder, como também imprime exata orientação para a fixidez dos princípios que disciplinam a relação entre elas, os sócios e terceiros e entre êstes e aquêles.”<sup>15</sup>

Já a limitação da responsabilidade tem finalidade um tanto diversa, e por isso mesmo não está presente em todos os tipos societários. Nas sociedades de pessoas, em regra o que prevalece é a noção de confiança recíproca entre

12 DEEMTER, Kees Van. *Not exactly. In Praise of vagueness*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 9.

13 CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las. *Derecho societario*. Parte general. Buenos Aires: Heliasta, 1994, p. 28.

14 CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las. *Derecho societario*. Parte general. Buenos Aires: Heliasta, 1994, p. 26.

15 MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, t. III, p. 76.

os sócios, daí porque na maior parte delas a responsabilidade dos membros é ilimitada. Já nas sociedades de capital, o relevante é reunir capital em torno de um empreendimento comum, e para isso a limitação da responsabilidade dos investidores é fundamental, para lhes afastar do risco de perder mais do que a própria quantia investida. Como lembra Brunetti, “*no es posible reunir los capitales necesarios, si el capitalista no tiene la seguridad de que sólo va a arriesgar la postura que ha puesto en juego.*”<sup>16</sup> Por isso, o exemplo por excelência de sociedade na qual a responsabilidade do investidor é limitada ao capital investido é a sociedade anônima, da qual a Companhia das Índias Orientais é o exemplo histórico por excelência. Diante dos riscos inerentes às empreitadas nas quais a Companhia se envolvia, seria difícil obter os investimentos necessários se não se desse aos investidores a segurança da limitação daquilo que seria perdido no caso de um grande revés<sup>17</sup>.

Daí a celeuma, há muito presente na literatura especializada, no Brasil, sobre a natureza da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, se de pessoas ou de capital, visto que nela há a limitação da responsabilidade, própria das últimas, mas por igual a exigência de confiança recíproca entre os sócios, inerente às primeiras. Por isso mesmo, Francisco Campos escreve que a sociedade limitada “na sua origem foi concebida como forma atenuada de sociedade de pessoas, flutuando entre esta e a sociedade anônima sem se confundir com uma ou com outra, embora participe, em certo grau, da natureza de ambas.” Por tais razões, a seu ver, trata-se de uma sociedade de capital<sup>18</sup>.

O surgimento das sociedades limitadas, posterior ao das Companhias, e, mais recentemente, no Brasil, o advento da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI (Lei 12.441/2011), são indicadores de que a limitação da responsabilidade daqueles que participam de determinado empreendimento é algo necessário ao florescimento da atividade econômica no mundo contemporâneo, visto que se alastrou mesmo para os negócios de amplitude menor e levados a cabo por um comerciante individual. Para que alguém se aventure em

16 BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Buenos Aires: Uteha, traducción de Felipe de Solá Cañizares, 1960, v.1, p. 156-157.

17 Bento de Faria observa, por isso, que as palavras *sociedade* e *companhia* já foram sinônimos, equiparação que já naquela época era considerada por ele como indevida, visto que a Companhia é uma das espécies de sociedades, cujas características as diferenciam das demais. FARIA, Antonio Bento. *Código Commercial Brasileiro anotado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1920, v.1, p. 359.

18 CAMPOS, Francisco. *Direito comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 454.

um novo empreendimento, dando cabimento a qualidades úteis à coletividade, como a ousadia e a criatividade, assumindo riscos, é preciso que haja um certo controle e alguma previsibilidade, senão de todos os fatores de risco, pelo menos da magnitude das perdas a que se está sujeito.

Não é o propósito deste pequeno texto, por certo, aprofundar as noções teóricas e os traços particulares de cada tipo societário, e de suas relações com o surgimento de regras limitadoras da responsabilidade de seus integrantes. O relevante é notar que a necessidade de viabilizar o exercício econômico que floresceu ao final da Idade Média levou ao aprimoramento de tais realidades jurídicas, as quais não podem simplesmente ser suprimidas, ou injustificadamente relativizadas ou flexibilizadas.

### **3. Abusos no uso das formas jurídicas e proteção ao direito à tutela jurisdicional relativamente a terceiros**

Não se pode negar, porém, que a existência de sociedades comerciais dotadas de personalidade jurídica e, mais que isso, disciplinadas de modo a limitar a responsabilidade de sócios e dirigentes, pode servir de meio para que se realizem práticas abusivas ou fraudulentas, destinadas a lesar terceiros, notadamente credores.

Existem, como se sabe, aquelas situações nas quais os dirigentes, que atuam como órgãos da pessoa jurídica, atuam extrapolando os poderes que possuem. Em tais situações, responsabilizá-los não significa flexibilizar a regra segundo a qual a pessoa jurídica tem existência diversa da de seus membros, tampouco tornar ilimitada uma responsabilidade que seria limitada. Na verdade, tendo o dirigente (seja integrante do quadro societário ou não) praticado ato que não pode ser considerado como imputável à pessoa jurídica, sua responsabilidade é decorrente da infração de seus deveres enquanto representante (ou presentante, como queria Pontes de Miranda<sup>19</sup>). Não se trata de desconsideração da personalidade jurídica, mas de responsabilização por um ato que não pode ser imputado à representada, mas sim ao representante. Ainda que a pessoa jurídica também responda, seja por conta da teoria da aparência, ou da culpa na eleição do diretor que cometeu a infração, a responsabilidade deste é fruto do ato imputável especificamente a ele. No dizer de Fran Martins, o sócio-gerente "que agir

---

<sup>19</sup> MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. I, p. 412.

contra os dispositivos do contrato ou da lei, que é a norma pública que regula, não só a formação da sociedade, como o seu funcionamento, se torna passível de responder solidária e ilimitadamente pelos atos praticados.”<sup>20</sup>

Além dessas hipóteses, pode ocorrer de a sociedade como um todo ser instrumento para a prática de atos fraudulentos, servindo de escudo para encobrir irregularidades praticadas por seus integrantes, ou para blindar-lhes o patrimônio. Em situações assim, não bastaria responsabilizar dirigentes. Embora elas pudessem ser enquadradas nas já vetustas figuras da fraude, da fraude à lei, da simulação ou do abuso de direito, o Código Civil atual cuidou de estabelecer, em seu art. 50, o seguinte:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Pùblico quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Note-se que são figuras distintas, a responsabilidade de sócios e dirigentes, nos termos do contrato social ou dos estatutos, bem como da legislação própria de cada sociedade, de um lado, e a desconsideração da própria personalidade jurídica, de outro. Esta última, mais extrema, aplica-se apenas nos casos de abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, irregularidades que fazem com que desapareça, para efeitos jurídicos, a própria distinção entre a sociedade e aqueles que a compõem ou dirigem.

Esse tipo de preocupação fez surgir, por igual, disposições na legislação tributária, notadamente no que tange ao custeio da seguridade social, como o art. 13 da Lei 8.620/93, que estabelecia:

Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

---

<sup>20</sup> MARTINS, Fran. *Sociedade por Quotas no Direito Brasileiro e Estrangeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. II, p. 717.

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa.

Essa disposição foi revogada pela Lei 11.941/2009, mas, enquanto vigorou, levou a que muitas execuções fiscais fossem movidas não apenas contra pessoas jurídicas, mas igualmente contra seus integrantes. O parágrafo único, no que tange a controladores, administradores, gerentes e diretores, ainda exige a presença de dolo ou culpa para atribuir responsabilidade, o que sem dúvida é um excesso se comparado às demais normas relativas à matéria (v.g., o art. 135, III, do Código Tributário Nacional), mas pelo menos não é tão contundente quanto o *caput*, que responsabiliza todos os sócios de sociedades limitadas pelos débitos da pessoa jurídica junto à Seguridade Social.

Embora já tenha sido revogada, e se limite a dívidas para com a Seguridade Social, essa disposição é aqui colhida como amostra, para exame mais detido, por duas razões. A primeira diz respeito ao fato de se estar diante de uma restrição ou uma exceção à legislação societária movida pelo “interesse público” ou pelo “interesse coletivo” subjacente às pretensões do credor, eventualmente frustradas pela existência de regras que limitam o acesso a patrimônios diversos daquele destacado para o exercício da atividade empresarial. A segunda se relaciona ao fato de que a disposição legal em referência pode representar medida desproporcional e exagerada, ainda que os fins a serem por ela perseguidos sejam, em tese, válidos, levando a que se malfiram disposições constitucionais que protegem o livre exercício da atividade econômica. Como o assunto já foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal, vale a pena analisar o que a Corte deliberou a respeito.

#### **4. Entendimento do Supremo Tribunal Federal**

A disposição legal referida na parte final do item anterior, o art. 13 da Lei 8.620/93, teve sua validade questionada perante o Poder Judiciário, chegando a questão à apreciação do Supremo Tribunal Federal. É relevante notar, a propósito, que havia um argumento de ordem formal, ligado à competência da *lei complementar* para o disciplinamento do assunto, por se tratar de responsabilidade *tributária* (CF/88, art. 146, III, “b”). O Supremo Tribunal Federal, porém, não obstante tenha acolhido esse argumento, foi além e consignou que mesmo

veiculada em lei complementar a disposição em comento seria inválida, por impactar o direito fundamental à livre iniciativa, cujo exercício, em larga medida, depende da existência de pessoas jurídicas e da possibilidade de que, em algumas delas, a responsabilidade de membros seja limitada, como visto anteriormente. No entender da Corte, a disposição se “reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.”<sup>21</sup>

Afigura-se correta a decisão do Supremo Tribunal Federal. A disposição legal em exame, de fato, implica a total, absoluta e incondicional desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária, no que tange a contribuições previdenciárias. Sócios são tratados como se a sociedade sequer existisse, independentemente de terem ou não poderes de gerência que eventualmente teriam sido exorbitados, ou de a pessoa jurídica ter patrimônio suficiente ou não para o adimplemento da dívida. Se respondem solidariamente, sempre, tem-se situação na qual, pelo menos para o credor tributário, as pessoas jurídicas de direito privado, no caso das sociedades limitadas, simplesmente inexistem.

O que se depreende dessa afirmação, calcada na importância das pessoas jurídicas e da limitação da responsabilidade de membros, em algumas delas, para o adequado exercício de atividades econômicas, constitucionalmente garantidas, é que o legislador não é livre para, a seu talante, suprimir a figura das pessoas jurídicas do âmbito do direito brasileiro, bem como a possibilidade de que em algumas delas se limite a responsabilidade de sócios no que tange às dívidas da sociedade.

Eventuais abusos devem ser combatidos em cada caso concreto, cabendo o ônus da prova ao credor que alegar a existência de condições que autorizem a desconsideração, nos termos do art. 50 do CPC. No que tange aos credores tributários, além do referido artigo da lei civil, que é igualmente invocável, há as disposições dos art. 134, VII e 135, III, do CTN, as quais fornecem elementos, no plano do direito material, para que se responsabilizem sócios ou dirigentes de pessoas jurídicas em situações anômalas.

---

<sup>21</sup> STF, Pleno, RE 562.276, repercussão geral-mérito, DJe 27, publicado em 10/2/2011, RDDT 187, p. 186-193.

Do ponto de vista processual, o novo Código de Processo Civil trata de ambiente adequado onde a questão pode ser suscitada, seja para conduzir à desconsideração da pessoa jurídica como um todo, seja para que se alcancem terceiros, ainda que sem a desconsideração da personalidade jurídica societária, como se dá em relação a dirigentes, administradores e representantes que extrapolem suas atribuições legais, contratuais ou estatutárias. Confira-se:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Tais disposições deixam claro que a consideração da pessoa jurídica como uma entidade dotada de direitos e obrigações, distinta dos membros que a integram, é a regra. O art. 133 do CPC/2015 não trata dos requisitos de direito material para a desconsideração (que constam, v.g., do art. 50 do Código Civil),

mas estabelece um procedimento no âmbito do qual o assunto será discutido. Ao dispor sobre o procedimento, o CPC/2015 indica uma série de aspectos importantes, tais como a necessidade de o requerente demonstrar a configuração dos requisitos autorizadores da desconsideração, concedendo ainda oportunidade para que os requeridos ofereçam alegações e provas em contrário. Reforça-se, com isso, a ideia de que a desconsideração é exceção, e, principalmente, de que sua decretação há de ser feita à luz de cada caso, mediante demonstração específica de que a pessoa jurídica vinha sendo utilizada de maneira abusiva e indevida. Não se pode, como regra, estabelecer a supressão das pessoas jurídicas, como consignou o STF no RE 562.276, mas se pode, à luz das particularidades de cada situação concreta, demonstrar-se – e o ônus é de quem pretende a desconsideração – a presença de vícios que autorizem, no todo ou em parte, a desconsideração da personalidade jurídica, ou o atingimento do patrimônio pessoal de sócios e representantes, ainda que com a subsistência desta.

## **Considerações finais**

Do que se viu ao longo deste pequeno trabalho, a existência de pessoas jurídicas dedicadas à atividade comercial, e a possibilidade de, em algumas delas, se limitar a responsabilidade de sócios, é uma exigência necessária ao adequado desempenho da atividade econômica nos moldes do mundo contemporâneo, de sorte a que seja dotada de maior eficiência e organização, bem como para que se controlem os riscos a fim de que se viabilizem os investimentos, como a História o demonstra. Nessa condição, seria inconstitucional, por ofensa ao princípio da livre iniciativa econômica, lei que suprimisse pessoas jurídicas do direito brasileiro, ou as desconsiderasse de forma absoluta e geral, como foi o caso do art. 13 da Lei 8.620/93, de invalidade já reconhecida pelo STF.

Possíveis abusos e desvios no uso de pessoas jurídicas podem ser coibidos, em cada situação concreta, com apoio no art. 50 do Código Civil e 133 do Código de Processo Civil, mas tais exceções de rigor confirmam a regra, que é o respeito à existência de pessoas jurídicas como entes distintos.

Publicación que presenta Maria Olga Gil Garcia, doctora en derecho, facultad de derecho. universidad de burgos, para el congreso sobre las relaciones comerciales. contribución de derecho romano a la globalización contemporánea que se celebrará en Belem de Para, Brasil, dias 29/30/31 de agosto 2016:

*La Editio Rationum del argentarius como medio de prueba y su semejanza con el tratamiento de las certificaciones y los extractos bancarios actuales aportados en juicio.*

## 1. Introducción

Todos conocemos de la existencia de los *Codex accepti et expensi* en Roma, libros imprescindibles para la llevanza de la contabilidad tanto de los *paterfamilias*, como de los comerciantes<sup>1</sup>. La fuerza probatoria del *Codex* radicaba en la titularidad del libro, en la honorabilidad que significaba la figura del *paterfamilias* para el mundo romano que incluso le otorgaba carácter sagrado<sup>2</sup>. Honorabilidad que se extiende a los *argentarii* y por la que sus documentos bancarios gozan de

- 
- 1 TORRENT, A. *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005. Voz “*Codex Accepti et expensi*”. Era un libro de caja, de ingresos y gastos, en el que se registraban las entradas (haber o *acceptum*) y las salidas (debe o *expensum*) necesario para elaborar los censos periódicos y controlar la actividad económica, tanto de los *paterfamilias* como de los comerciantes.
  - 2 HERRERO CHICO, R., “*Argentarii. Obligaciones y privilegios (un estudio sobre la banca en Derecho Romano)*” Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos, VII, 1978. p 282. MORENO NAVARRETE, M.A. *La prueba documental en el proceso. Estudio histórico-jurídico y dogmático*, Madrid, 2001, p. 55.

más prestigio y certeza que otros documentos cualquiera. Tal era la exactitud y la lealtad con que se llevaban los libros que les conferían un valor probatorio de primer orden<sup>3</sup>. Hoy, que no atravesamos una época de gran prestigio para la Banca, observamos cómo y a pesar de ello, sus documentos también siguen teniendo mucho valor en pleito, como tendremos ocasión de comprobar.

En Roma, estos *codex* servían para constituir las obligaciones de su titular, en concreto, en las *obligationes litteris contractae*, el acreedor registraba en sus libros un crédito contra el deudor y este registro probaba la existencia de la deuda<sup>4</sup>. Por el contrario, si el deudor registraba la entrega patrimonial a favor de otro, extinguía la deuda (*expensilatio*). De ahí, que fuera utilizado por los banqueros por esa misma necesidad mercantil y en interés de sus clientes. Esta llevanza de los libros contables acabó convirtiéndose en un deber del banquero<sup>5</sup>. Así los *argentarii* elaboraban el *Liber rationum* o libro de cuentas, análogo en contenido y estructura al *codex accepti et expensi*<sup>6</sup>, en el que cada cliente tenía una cuenta abierta a su nombre, con anotaciones en cuenta que se llamaban *arcaria* o créditos. Este trabajo contable que realizaban para sus clientes, les generó otro deber consecuencia del anterior, que consistía en aportar en juicio los extractos de cuenta o *editio rationum* cuando así les era requerido. El banquero se veía obligado a exhibir las cuentas de sus clientes (*edere* y *exhibere* sus *rationes accepti et expensi*)<sup>7</sup> en los pleitos en los que intervenían contra terceros, e incluso contra el propio banquero.

3 MARTIN MOLINA, P.B. VEIGA COPO, A.B, “Los libros de contabilidad: un apunte histórico”. Boletín de la Facultad de Derecho UNED. Nº 13. 1998. pp 395 y ss. Existen libros contables de los banqueros desde la Baja Mesopotamia, incluso en el Código de Hammurabi, como documentos contables pertenecientes a los Templos. En la antigua Grecia los primeros banqueros fueron sacerdotes, y los primeros bancos los templos. Ya en Grecia, en torno al siglo V antes de nuestra era, con el uso del dinero, ya están documentados dos libros de contabilidad los *efemérides* o diarios, y los *trapedzitika grammata* o libros de cuentas. Anotaban en sus registros todas las cantidades que pasaban por sus manos, con las fechas de entrada y salida.

4 Encontramos una referencia a su contenido como prueba en (Gayo 3. 131) cuando refiere que en los contratos reales del mutuo, los créditos del libro de Caja no constituyen obligación, que nace de la *datio rei*, pero suministran una prueba de esa obligación contraída.

5 HERRERO CHICO, “Argentarii ...”, cit.. p.281.

6 DE SARLO, L., *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Florencia, 1935. p. 36 documento particular.

7 FERNANDEZ BARREIRO, A., *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969. pp 127 y ss

Actualmente, esta última obligación referida, persiste aunque de manera diferente<sup>8</sup>. En lo que atañe a la aportación en juicio de las cuentas, posiblemente sea más amplia que lo que fue en Roma, pese a las limitaciones que suponen la protección de los derechos fundamentales de las que hoy gozamos. Así, concretamente, el artículo 18 de la Constitución Española de 1978, aunque protege la intimidad del individuo, no alcanza al secreto total de sus cuentas y así en algunos casos decae, por ejemplo cuando la información se solicita por la Administración principalmente tributaria, como tendremos ocasión de comprobar. Por otra parte, la obligación de colaboración con la justicia permanece y se extiende constitucionalmente a todos los ciudadanos y a los poderes públicos<sup>9</sup>.

La intención de este estudio será indagar cuál fue la fuerza probatoria de estos documentos cuando son aportadas en sede judicial, y compararla con la que pueden tener dos documentos bancarios actuales, como los extractos bancarios y las certificaciones bancarias, el primero privado y el segundo público, que recogen una información exhaustiva de los movimientos de sus clientes con el dinero depositado en su entidad.

## **2. Codex accepti et expensi y Codex rationum. Contenido obligacional y probatorio.**

Nuestro objeto es estudiar los documentos bancarios precisamente cuando se aportan en sede judicial, para ello, y antes de adentrarnos en más detalles, deberemos hacer unas consideraciones relacionadas con su función en el proceso, en el que constituyen un elemento probatorio esencial<sup>10</sup>, los mismos libros

---

8 Con carácter general el deber de exhibición de documentos se encuentra regulado en la LECiv de 2000, art. 328 a 332. En estos artículos se establece todo un régimen jurídico sobre la aportación de documentos de forma forzosa, incluso si ésta está en manos de terceros.

9 El artículo 118 de la CE, que se refiere a la colaboración con la justicia advierte de esta obligación que tenemos todos ciudadanos y poderes públicos, de prestar la colaboración requerida por los tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

10 Respecto a su carácter probatorio ARANGIO-RUIZ, V. *Instituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1949, p. 328 refiere que las anotaciones en el Codex accepti et expensi se consideraban documento probatorio, también en ALVAREZ, MIRTA BEATRIZ. “La prueba documental en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Argentino”. *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno*, Madrid, 2000, p. 60.

del banquero servirán de prueba<sup>11</sup>. Así, en Roma los *codex* de los que se extraen en los *edicta rationae* daban prueba de hechos, pero con una peculiaridad, en muchas ocasiones eran constitutivos incluso de actos jurídicos, como sucedía cuando eran origen de los contratos literales, que ya hemos mencionado, de los que surgían las *obligationes litteris contractae*. En D. 2.13.10.2 se hace referencia al *codex rationum* del *argentarius* que estaría compuesto de *tabulae* (D.2.13.6.6), en las que constarían las diferentes inscripciones obligacionales<sup>12</sup>.

Se dice que el *codex* tiene “un valor probatorio superior al de nuestros libros de contabilidad actuales en la medida en que toda anotación hecha con el consentimiento del deudor, se consideraba como causa de obligación”<sup>13</sup>. Pero atribuirles mayor valor probatorio, que a nuestros libros actuales<sup>14</sup>, quizá sea excesivo. Lo que observamos es que tienen un contenido más amplio, ya que por una parte son fuente de obligaciones y por otro, prueba de ellas y no sólo de ellas, sino de los demás hechos contables que quedan reflejados en sus tablas. En otras palabras, por un lado, tienen un contenido dispositivo, en un plano sustancial y, por otro lado, valor probatorio, en un plano procesal, y ambos obedecen a dos funciones distintas: la constitutiva (perfección de ciertos negocios) y la probatoria (tanto en el tráfico jurídico cotidiano como cuando resulta necesario acudir a juicio)<sup>15</sup>.

11 PEÑALVER RODRIGUEZ, M.A. “La banca en Roma”. *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias* T. III. Madrid, 1988. p. 1538, dado que su propio negocio dependerá de la confianza y veracidad de los mismos.

12 FERNANDEZ BARREIRO, A, *La previa...* op.cit. pp. 160-161. Se trataba de un libro Mayor propio del negocio bancario en el que se sentaban por orden cronológico (*cum die et consule*) las diferentes partidas (*rationes*) referentes a las operaciones de diversa índole pero, en todo caso, siempre de carácter pecuniario o de géneros, que efectuaba el *argentarius*.

13 MARTIN MOLINA, P.B-VEIGA COPO, A.B, *Los libros de contabilidad...* cit. p. 399, además relacionan este valor con la *transcriptio nominum*, un texto de Pseudo Asconio considera el *chirographum* como un documento único de reconocimiento de deuda que queda en poder del acreedor y atestigua el negocio que han celebrado. El *Singraphum* se redacta en términos objetivos, en doble original que firman los interesados y cada uno de ellos conserva un ejemplar, que puede atestiguar negocios que no se han celebrado. Estos documentos se admiten en Roma con eficacia probatoria por influencia de las prácticas jurídicas de las provincias orientales.

14 Respecto a la fuerza de nuestros libros contables el Artículo 31 del Código de Comercio ley 19/1989 de 25 de julio cuando refiere el valor probatorio de los libros contables no señala que será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho. No olvidemos que los libros bancarios serán un tipo de libros contables.

15 DE SARLO. L., *Il documento oggetto ...op. cit p.110.*

Ahora bien, es importante reseñar una diferencia entre los distintos libros contables mencionados “En el tráfico bancario aparece contrapuesto el *codex rationum* al *codex accepti et expensi* en el que sólo se hacía mención de los negocios referentes a obligaciones literales (*expensilatio*, *acceptilatio*, *transcriptio nominum –a re o a persona-* y posteriormente también *mutuum* y *depositum*). El *codex accepti et expensi* tenía así relevancia propiamente jurídica, en tanto que el *codex rationum* era utilizado como medio de prueba y a efectos de realizar las operaciones necesarias para la compensación bancaria”<sup>16</sup>. Cada banquero llevaba paralelamente<sup>17</sup> un diario especial o *Liber rationum*, libro de cuentas por cliente, del que elaboraba extractos de cuenta o *editio rationum*, a petición de sus clientes. El *codex accepti et expensi* era más un libro doméstico: era un monumento religioso que debía conservar el recuerdo de la vida y de los intereses de la familia, así los romanos tenían a honra mantener este carácter sagrado, consignando allí sus actos con una lealtad y una regularidad escrupulosa y ejemplar<sup>18</sup>. De ahí, que en nuestro estudio nos centremos más en el *codex rationum* y su *editio*, más próximos a nuestros documentos bancarios<sup>19</sup>.

### **3. Fuente o medio de prueba.**

Una vez sentada la premisa del doble carácter obligacional o constitutivo y el probatorio de los *codex*, vamos a centrarnos en este último. Como tal, tiene un aspecto extraprocesal y otro intraproceso. En el tráfico jurídico cotidiano

16 FERNANDEZ BARREIRO, A, *La previa información del adversario....* cit. p. 161.

17 MARTIN MOLINA-VEIGA COPO, *Los libros de contabilidad:....* . cit. p. 399.

18 HERRERO CHICO, “*Argentarii. Obligaciones y...*” cit. p 282.

19 FERNANDEZ BARREIRO. La previa..... cit. p. 161. respecto al origen considera que el del *codex rationum* probablemente fue griego, mientras que el *accepti et expensi* lo fue latino. El autor indica que así como son diferentes desde el punto de vista del tráfico bancario, no lo son tanto cuando obedecen a la llevanza de libros contables, de *rationes* de terceros, como le sucede no sólo al argentario, sino que también pasa en el caso de las cuentas del tutor (D.26,7,46,5), cuentas que implican un deber de dación, *reddere rationes*. Casos en los que tiene un contenido genérico y una función probatoria, fuera del mero tráfico bancario. SALAZAR REVUELTA, M., “El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca: precedentes romanos”. RIDROM, Octubre, 2013. p. 107 cita 24. dice que del análisis de los textos relativos al edicto de *ratinonibus edendis* no se desprende que se utilizaran unos libros especiales para la actividad bancaria y efectivamente esto no era así puesto que no eran específicos, la llevanza de libros contables también era tarea de otros sujetos como señalamos en cit. 27.

constituye prueba de los hechos contables que contiene, y como tal despliega su eficacia jurídica, pero cuando existe controversia y nace la necesidad de aportar datos contables en un pleito, esa fuente de prueba, debe convertirse en un medio de prueba. Como dice DOMINGUEZ TRISTAN resulta incuestionable la importancia práctica de las *rationes* como elemento probatorio en el proceso<sup>20</sup>. Para ello, debemos señalar la diferencia entre estos términos. Así, la fuente de prueba será ese elemento real, ese hecho, anterior al proceso que no tiene porqué ser ni siquiera jurídico, (en la prueba que nos ocupa tiene un contenido contable, además de jurídico) mientras que el medio de prueba serán aquellas actividades procesales, necesarias para que ese hecho sea verificado y constituya una prueba, de forma que provoque la convicción en el juzgador. Así podemos decir, que la fuente es anterior al proceso, sin embargo, el medio sólo se comprende intraproceso. En palabras de CARNELUTTI<sup>21</sup> la fuente es lo sustancial y material, el medio es lo adjetivo y formal. En este sentido podríamos convenir que en Roma la fuente, el origen de los hechos contables estará en los *Codex*, aunque sólo será el *Codex Rationum* el que afecte a los procesos en los que interviene el *argentarius* o sus clientes. En este caso el medio de prueba para aportarlo en juicio será la *editio rationum* del *argentarius*, que presentará en juicio por indicación de su cliente contra terceros (se entiende que el dueño de esa información contable es el depositante) o bien cuando no lo hace de forma voluntaria atendiendo al *decretum* redactado por el pretor (*Ulp. 4 ad ed. D. 2, 13,8,1*). *Is autem, qui in hoc edictum incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest: et ideo licet interesse desit vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque diminutionem.*

Como tal medio de prueba tiene unos contenidos normativos obligatorios, que encontramos en la *Editio formulae et instrumentorum*, dentro del título “*De edendo*” del Digesto, junto a la *editio rationum* del argentario. Contenidos que resultan tan atinados, que combinan el interés de los clientes con el debido

20 DOMINGUEZ TRISTAN, P. El secreto bancario: precedentes romanos. *La actividad de la banca en Roma y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*. Vol. II, Murcia, 2015. p.549.

21 CARNELUTTI, F. *La prueba civil*, Buenos Aires, 1982. pp.70-71: “Llamo por mi cuenta medio de prueba a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar, y fuente de prueba al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad”. SENTIS MELENDO, S. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1979. pp. 147-150 dónde se describe la diferencia entre medios y fuentes de prueba con amplia referencia doctrinal.

secreto del banquero<sup>22</sup>. En él vemos que se exigía que en cada cuenta constase el día y el nombre del empleado ante quien fue abierta (D 2, 13, 1, 2), se fijaba el lugar de comunicar las cuentas en aquél lugar dónde se ejerció de banquero (D.2.13.4 .5). Si se le solicitan en otro lugar, no está obligado salvo que se le requiera copia que se abonará a expensas del solicitante (D.2.13.4 (Ulp. 4 ed.) y ha de concederse tiempo para presentarlas (D.2.13.5 (Paul.3 ed.) Respecto al contenido de las cuentas, según Labeón (D.2.13.6.3 y 4) se refieren a lo que una y otra parte han de dar o cobrar recíprocamente a causa de préstamos, obligaciones y pagos. No hay cuenta si sólo es un simple pago de lo debido. El banquero si debe comunicar la asunción de deudas, pues éste es negocio propio del banquero. Además se exige al banquero que exhiba las cuentas, se le castiga si deja de hacerlo por dolo; pero responderá de culpa salvo la próxima al dolo. También incurre en dolo el que dejó de comunicar las cuentas o el que exhibió maliciosamente y el que no exhibió totalmente (D 2.13.8). Acción que se incoa contra el banquero por daño injusto, por la cuantía del interés del demandante en que se le comunicasen las cuentas. Sucederá cuando por carecer de las cuentas en las que fundar su demanda, hubiera perdido su litigio (D. 2.13.10.4)

Este asunto contra el banquero no prospera si este último puede probar que hubiera vencido en el litigio en el que perdió, o si probado debidamente ha sido un problema de juicio, dado que no se hizo caso de esta prueba. Cabe acción si se consiguen las cuentas o documentos o testigos que no tenía a su disposición en el pleito anterior, y esto puede suponer haber vencido en aquel pleito. (D 2.13.10. Gai. 1 ed. prov.) Esta acción caduca al año D 2.13.13 (Ulp. 4 ed.) y D.2.13.4.1 (Ulp. 4 ad ed.).

Pero si hay algo por lo que son bien importantes las cuentas del banquero es porque son medio de prueba del pago del deudor al acreedor. Es más, el deudor, desprovisto de otra prueba puede pedir al banquero, en pendencia del juicio la *editio*, y literalmente la publicación de las *rationes*. Prueba de que un tercer sujeto, el argentario, convencía de la certeza de los hechos transcritos en las *rationes*, como un mecanismo extraordinariamente similar a algunos practicados

22 DOMINGUEZ TRISTAN, El secreto bancario: ... cit. p. 554. Además de su opinión refiere la de CERAMI-DI PORTO-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo histoirico.*, Torino, 2004. P. 186 y SORIANO CIENFUEGOS, C. *Banca, navegación y otras empresas*, México, 2007. p 110, en el sentido de que la regulación pretoria fue magistralmente completada por la actividad interpretativa de los juristas que logró equilibrar la exigencia de la afirmación y consolidación de la banca con la protección de los intereses de los clientes.

por los banqueros en derecho positivo contemporáneo<sup>23</sup>. Estamos, por tanto, ante un supuesto de exhibición de cuentas por un tercero cuyos elementos fundamentales ya señaló CARNELUTTI, válidos para entonces como para hoy, serán la indicación del autor del documento, el medio documental utilizado, el contenido (la declaración de hechos, actos o negocios jurídicos), el lugar y fecha, y por último la suscripción autógrafa o por representante<sup>24</sup>.

#### 4. Codex Rationum y *editio rationum*.

El Codex *rationum* goza de gran importancia, no sólo en el tráfico mercantil, sino también desde el punto de vista procesal, puesto que de él nace un documento que será el que se aporte en juicio: la *editio rationum*, que en el caso concreto del *argentarius* es el reflejo de una de sus obligaciones como banquero, el deber de *edere rationes* del edicto, que como Labeón enseña en D.2.13.6.3 servirá para justificar las actuaciones que realizaban los particulares con sus activos, dar, recibir y prestar, y que habían ido recogiendo cronológicamente los *argentarii*, en sus libros contables<sup>25</sup>. Obligación de llevanza de los libros<sup>26</sup> que se

23 SANTORO, V., *Il banchiere nell'interposizione nei pagamenti, a Roma ed oggi*. Testo della Relazione tenuta all'Università degli Studi di Salerno in occasione del Convegno Soggetti e responsabilità nell'impresa: un prospettiva storico-comparatistica, Salerno, 28 de aprile 2008. p.6.

24 CARNELUTTI, F. *La prueba...* cit. p. 177 y SENTIS MELENDO, S. *La prueba: los grandes temas ...* cit. p.147 y ss.

25 ANDREAU, J., *Banque et affaires dans le monde romain. IV<sup>e</sup> siècle av. J.-C.- III<sup>e</sup> siècle ap. J.- C.*, Paris, 2001. p. 93: «Le banquier n'était tenu de produire (*edere*) que ce qui concernait le compte du client; ou bien il en fournissait une copie, ou bien il permettait la consultation de l'original, mais en se limitant aux écritures du compte du client –écritures considérées, d'une certain façon, comme étant la propriété du client. Cette production du registre ou d'une copie conforme n'impliquait ni que le compte fût clos, ni que le solde fût réglé par le client ou par le banquier».

26 En principio las puede pedir el cliente del banquero a su propio *argentario*. Se dispone en el edicto, que el banquero comunique las cuentas, y no hace al caso que el litigio sea con el mismo banquero o con otra persona. Por ello, se hace exhibir las cuentas tan sólo a los banqueros y no a otras personas distintas. En este sentido estamos con FERNANDEZ BARREIRO, A. ob. cit. pp. 202 y ss cuando referido a D. 2, 13, 9, 2 entiende que los *nummularii* estaban afectados por el deber de *edere rationes*, dado que estos no eran una categoría distinta de banqueros, sino una denominación genérica de que designaba conjuntamente a *argentarii* y *nummularii*. Escribe Pomponio que los cambistas también sean obligados a comunicar las cuentas porque al igual que los banqueros las confeccionan, también reciben y entregan dinero, valiendo como prueba de ello sobre todo la escritura de sus libros. Y muy a menudo se recurre a la fe de los mismos (D. 2.13.9.3) porque el oficio y servicio de los banqueros es de interés público, y tienen como principal deber el confeccionar diligentemente las cuentas de

completaba con las de rendir cuentas o *editio rationum*, y la de hacer la compensación de su deudas con sus acreedores<sup>27</sup>. Según DE SARLO la *editio rationum* será uno de esos documentos que deben ser exhibidos en juicio, sobre los que recae un condominio posesorio que se resuelve creando una copia del original, creando así un documento del documento<sup>28</sup>.

Respecto al primero, PEÑALVER señala que el término *edere* tiene un significado casi exclusivamente procesal<sup>29</sup> para fundamentar y complementar la *editio actionis* del procedimiento formulario, por la que el pretor obligaba a informar al adversario, de la fórmula y los medios de prueba de carácter documental (*instrumenta*) que pretendía utilizar contra él en el futuro proceso, antes de exigirle comparecer en la fase *in iure*. Es curioso comprobar como con esta práctica se da cumplimiento a diferentes principios de nuestro proceso civil actual, los referidos a las partes, así el principio de dualidad de posiciones (actora y demandada), de contradicción (dando derecho a ser oído al demandado, conociendo para ello cuales son los materiales probatorios que le comprometen y evitando la indefensión) y de igualdad de armas (puesto que tiene un tiempo para solicitar lo que a su derecho convenga)<sup>30</sup>. Principios que se conceptualizan mucho más tarde, cuando a finales del siglo XVIII en las universidades alemanas nace el derecho procesal como asignatura autónoma. Nuestra propia Ley de

---

sus negocios (D. 2.13.10. 1 y 2). Es decir, tanto el demandante como el demandado podrán pedir sus cuentas al argentario quien tiene obligación de confeccionarlas y exhibirlas. Hoy día, las partes que intervienen en el proceso pueden solicitar a su Banco los datos que quieren aportar en juicio, y esto no reviste mayor inconveniente cuando son pleitos con terceros. Otra cosa es, en otros supuestos, en los que hemos encontrado jurisprudencia constitucional, uno cuando el Banco requiere a un cliente y utiliza para ello certificaciones de deuda intervenidas por Notario, y otro cuando una de las partes es la propia Administración.

- 27 GUILLARD, E., *Les banquiers athéniens et romains*, Paris, 1875. p. 52. HERRERO CHICO, "Argentarii.... cit. p. 28.
- 28 DE SARLO. L., *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Florencia, 1935. p. 159. Así el banquero emite copia de sus libros contables, y el cliente tiene su *editio rationem*.
- 29 PEÑALVER RODRIGUEZ, M.A. "La banca en Roma". *Estudios en Homenaje...* cit. p. 1548.
- 30 La exhibición documental preliminar al juicio ya se trataba en el art. 497 4 y 5 de nuestra antigua LECiv y en la nueva LEiv de 2000 art. 256.1.<sup>1º</sup> a <sup>7º</sup>. Si esta diligencia preliminar que solicita documentos contables, es admitida y acordada por el Tribunal (al estimarla pertinente, puesto que concurren, justa causa e interés legítimo) de ser desobedecida por la parte requerida, acarreará la consecuencia de que podrán tenerse por ciertos todos aquellos documentos contables que sean presentados por el solicitante.

Enjuiciamiento Civil actual, e incluso la anterior, recoge este deber genérico de presentar documentos con la demanda y la contestación<sup>31</sup>.

El objeto de esta prueba será buscar la verdad de los hechos que en el proceso civil sólo serán aquéllos hechos que aportan las partes, y que fundamentan la *causa petendi*. Con esta actuación preprocesal se pueden verificar, que no investigar<sup>32</sup>, los hechos controvertidos, que previamente han sido aportados por las partes y no otros. Cuestión que servirá para declarar la pertinencia o no de los medios de prueba que se soliciten.

Esta obligación pretoria de *edere actiomen et instrumento* impuesta al demandante perseguía diferentes fines, el primero y principal que el demandado litigue (*contendere*) con todos los medios probatorios que necesite, concediéndole un tiempo para que analice sus posibilidades y arme su defensa. Parece ser que la *editio rationum* era una especial *editio instrumentum* referida concretamente a los libros contables. Mientras la *editio ratiom* teníá por objeto el dotar a alguien –demandante o demandado- de un elemento de prueba, intra o extra porcesal, sin embargo, la *editio instrumentorum* únicamente perseguía informar del futuro pleito al demandado con los indicios de prueba requeridos, de ahí su complementariedad. La *editio rationum* se refería a una clase especial de documentos, de daciones de cuentas, a las que resultaba obligado el argentario<sup>33</sup> de tal manera que mientras el deber de *edere instrumenta* impuesto al demandante tenía carácter general, en el caso del argentario se extendía a la exposición de los libros contables. La legitimación para pedir estas cuentas sólo la tenía el demandado, salvo reconvención.

La *editio rationum* del *argentarius* tenía como fin no sólo *edere*, o presentar las cuentas, sino que el *argentarius* está obligado a *exhibere*, es decir, a presentarlas, bien originales o copias en juicio, e incluso en ocasiones a *reddere* o determinar

31 El art. 265.1 se refiere a aquellos documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial efectiva.

32 La investigación de los hechos no debe ser objeto del proceso civil, sí del proceso penal en el que buscamos la verdad de los hechos sin que las partes puedan limitar esta facultad. De ahí que en civil hablemos de que el juez sólo debe verificar que no investigar los hechos que se someten a su juicio.

33 FERNANDEZ BARREIRO. A, La previa..... cit. p. 82 y DE SARLO, I. *Il documento oggetto ...* cit. p 197 y ss. También estaban obligados a *reddere rationes* los siguientes sujetos: *negotorium gestor, procurator, maritus qui uxoris res extra dotem constitutas administravit, tutor el curator, heres fiduciarius, hereditatis possessor y servus qui res domini administravit*.

el saldo ó *reliquum*<sup>34</sup>. En este sentido, FERNANDEZ BARREIRO entiende que la causa de este deber del banquero nace de las poderosas exigencias procesales derivadas de las prácticas negociales del tráfico mercantil, en las que los *argentarii* debían de tener una intervención sumamente importante, tanto en su tarea como agentes de mediación en múltiples operaciones comerciales, como en todo tipo de negocios de carácter patrimonial, siendo gestores cualificados y de relevancia<sup>35</sup>. La seguridad en el tráfico bancario es el verdadero fundamento del deber de *edere rationes* impuesto al *argentarius* quien por su profesión interviene en muchos negocios administrando dinero y bienes, gestionando negocios ajenos, de lo que por supuesto debía dejar constancia.

Otro fin de la *editio rationum* era evitar pleitos temerarios y provocar el allanamiento a las pretensiones del actor (*cedere*), dado que con esta aportación documental, la petición resultaba sólidamente fundada. Para este fin también se obligaba al demandado, en fase *in iure*, a prestar el juramento *iuriandum calumniae*, previsto para evitar una innecesaria e injustificada oposición del demandado<sup>36</sup>. Y también se añade otro fin: evitar la falsificación de los documentos durante el tiempo que mediaba entre la comunicación y el juicio, falsificación que estaba

34 Respecto a la diferencia entre los términos *edere* y *reddere rationes*, si acudimos a las fuentes queda claro que una cosa es enseñar las cuentas con detalle, y otra determinar sólo el saldo que arrojen. Lo primero está más próximo a los extractos bancarios, y lo segundo a las certificaciones. Así si observamos en D 50,16, 89,2 (Pomp. 6 Sab.) que se nos dice que “Entre presentar y rendir las cuentas hay mucha diferencia, y aquél a quien se le manda que las presente no debe devolver lo sobrante; porque también se considera que el banquero presenta la cuenta, aunque no paga el sobrante que queda en su poder”. En el mismo sentido (D. 34,3,8,5 Pomp. Ad Sab.) “Aquel a quien se le haya mandado dar cuentas, no se considera que cumple, si entrega lo sobrante sin haber presentado las cuentas.” En la misma línea D. 40,7,6,7 (Ulp. 27 Sab.).... Pero la condición de haber de rendir cuentas, por lo que ciertamente atañe a los remanentes, consiste en dar el dinero; más lo que se refiera a la entrega de los mismos libros de las cuentas, y al repaso y examen de las cuentas ya su puntualización y discusión, contiene un hecho” . Y por fin, también en D. 35,1,82 (Calistrato II *quaest.*)”...luego ¿qué se comprenderá si hubiere dado las cuentas?... Unos entienden que será entregar los remanentes, como si no hubiera diferencia entre entregar los remanentes y dar las cuentas..... Se comprende en las palabras dar cuentas, tanto presentar el remanente como las cuentas para leerlas, examinarlas e incluso poner reparos.

35 FERNANDEZ BARREIRO. A, La previa....., cit. pp.141-142.

36 GARCIA CAMIÑAS, J. El *iuriandum calumniae* en la *editio actionis* y en la *editio rationum* del *argentarius*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, 2004. p. 369. El demando podía oponerse y esperar a que el pleito continúe dado que el *onus probandi* recaía en el demandante, aunque no tuviera razón alguna para mantener el proceso. Con el juramento se pretendía evitar esta actuación pasiva del demandado.

gravemente penada como *delictum* e incluso *crimen*<sup>37</sup>. Circunstancia que en caso del argentario resultaba penada especialmente, tanto por la exhibición con dolo malo, como la no exhibición completa o la exhibición maliciosa (D 2.13.8. Ulp.).

## 5. Procesos romanos en los que se aplica esta prueba y su valoración como documento.

La aparición del documento escrito en Roma como prueba, se debe a la redacción por escrito de la fórmula, dejando atrás los ritos orales. En el procedimiento formulario los medios de prueba eran confesiones, testigos, inspección ocular, peritos junto con el que nos ocupa, de documentos o *instrumenta*. En este procedimiento rige la libre valoración y apreciación de prueba<sup>38</sup>. Posteriormente, en la *cognitio extra ordinem*, los medios de prueba se mantienen, pero el proceso se presenta con unos principios con los que la cambia su esencia, se cambia de un proceso dispositivo a inquisitorio, de prueba libre a tasada, de doble fase a fase única... y en él adquiere más valor el documento, frente a la testifical que había sido la prueba más utilizada. Las pruebas documentales de los banqueros, presentaban una especialidad, no requerían de su aseveración por testigos, ya que en ellas se presumía la buena fe. En el Principado, los banqueros incluso gozaban de una organización propia y el *collegium argentariorum*, bajo la supervisión del Prefecto de Roma. Su importancia y el uso continuo de sus servicios en la práctica negocial motivaron, sin duda, que el valor probatorio de sus libros contables en los litigios fuera más definitivo; D. 13, 2 9,2 *in fine* se refiere a esa fe que da prueba del contenido de estos. No podemos olvidar que a partir del siglo I a.C. los banqueros influyeron en la redacción de normas legales

37 FERNANDEZ BARREIRO. La previa..... cit. pp 88-89 cita a DE SARLO *Sulla repressione penale del falso documentale in diritto romano*. RDPC, 14. 1937, p. 317 y ss.

38 SALAZAR REVUELTA, M., “El deber de información, transparencia ... cit. p. 94 Como señala la autora se ha de destacar, la figura del pretor y su labor edictal en la creación de particulares regímenes jurídicos que responden a las demandas de tutela de nuevas situaciones que se presentan en una sociedad caracterizada por la progresiva expansión económica. Esta labor se concreta en unos nuevos instrumentos procesales que encuentran acomodo en el proceso formulario, sin duda más acorde –por su flexibilidad y sencillez en cuanto a su tramitación- a las distintas situaciones que se presentan en la realidad económico-social. Dichas creaciones pretorias en el concreto sector de la banca están igualmente conectadas con las exigencias de una nueva economía basada en la actividad mercantil y en los intercambios comerciales a gran escala.

y jurisdiccionales, y que su poder fue creciendo a la vez que las necesidades imperiales. El mismo Justiniano dedicó su Novela 136 a *De argentarium contractus* que comienza alabando a los banqueros por su utilidad, les concede el cobro de un ocho por ciento de interés y ejecución privilegiada cuando concurren con otros acreedores frente al mismo deudor<sup>39</sup>.

Por otro lado y desde un punto de vista de la competencia objetiva, el banquero está bajo una jurisdicción especial, la del prefecto urbano (D. 1, 12, 1, 9 y D. 1, 12, 2) y quien además de conocer de los litigios en los que intervienen, procura que se comporten con probidad, no haciendo negocios prohibidos<sup>40</sup>, aspecto que no sabemos si resultó un privilegio para estos ciudadanos, que podían sortear así la jurisdicción ordinaria.

## 6. Documento público o privado

Hoy tiene mucha trascendencia la diferencia entre documento público o privado, por la fuerza probatoria que les acompaña, los primeros están intervenidos por funcionario dotado de fe pública, y tienen fuerza de prueba tasada y los segundos no. Sin embargo, en Roma, los documentos contables llevados por argentarios eran documentos privados en el proceso romano clásico, dado que se redactaban por las partes, sin intervención de funcionario, además no existían documentos públicos como tales, aunque en ellos intervenga el argentario, a quien se le presumía buena fe. El *tabellio* es el primer funcionario con esa función y nacerá a partir del siglo III. Lo importante en este caso no era el tipo de documento, sino dar certeza a estos *instrumenta* por su autenticidad y autoría, de ahí la importancia de la producción de documentos intervenidos por argentarios en los pleitos, su obligación de exhibición y las sanciones que acarreaba tanto la no aportación de la *editio* solicitada por el *decretum* del pretor, como la emisión de una *editio* parcial o la *editio* maliciosa. Pero si bien no era una prueba documental pública, su tarea era reconocida como de servicio público con

39 GUILLARD, E., *Les banquiers* .... cit. pp. 94 y siguientes, capítulo III de la primera parte, titulado *Avantages concédés par la loi aux argentarii* explica con detalle que tras la formulación de esta novela nacen presunciones en favor de los banqueros.

40 SALAZAR REVUELTA, M., "El deber de información,... cit. p. 96. La competencia de este funcionario público no sustituirá, sin embargo, -por lo menos hasta mitad del siglo III d. C.- a la jurisdicción ordinaria del pretor, concurriendo ambas paralelamente.

pleno valor de prueba escrita<sup>41</sup>. Su creciente influencia a partir del desarrollo económico de los siglos II y I a. C y su prestigio, así como su intervención cada vez mayor en el tráfico comercial de la época hizo que fueran considerados documentos reputados. Esta situación de confianza motivó que el valor de su intervención en los procesos ayudados por sus libros bancarios cada vez fuera mayor (D. 2, 13, 9, 2): “cuya prueba se contiene en la escritura y en los libros de ellos; y muy frecuentemente se recurre a la fe de éstos”.

En el procedimiento formulario la valoración del juzgador era libre, pero en la *cognitio extra ordinem* se aproxima más a lo que hoy llamamos valor de prueba tasada, o más adecuadamente sana crítica, dado que como expresa CUENCA en la *cognitio extra ordinem* los medios de prueba y sus reglas no eran tan eficaces como para poder coartar el poder de apreciación del juez<sup>42</sup>.

Hoy la prueba bancaria referida a extractos, que son cierta suerte de *rationes*<sup>43</sup>, tienen la consideración de prueba documental privada, es decir, se admite prueba en contrario y es de valoración libre, pero es diferente con las certificaciones bancarias intervenidas por Notario, que hoy si son consideradas documento público, por tanto con valor de prueba tasada (art. 317.3 relacionado con el art. 320.2 Ley de Enjuiciamiento Civil). En la Ley de Enjuiciamiento anterior como en Roma, no era prueba documental pública, pero el valor que se da a esta prueba era indudable hasta el punto de cuestionarlo vía Recurso de Amparo núm. 1065/1993, fundamento jurídico II, (siguiendo la doctrina que sentó la STC 14/1992), en él se planteó un caso en el que el cliente negaba la cuantía de la suma reclamada por la entidad bancaria en la documentación que ésta aportó al juicio con dudas respecto al valor de esta prueba documental, a lo que el tribunal respondió que el art. 1435 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil no obligaba al juzgador a dar por probada la deuda reclamada. En consecuencia, según la sentencia constitucio-

41 SALAZAR REVUELTA, M., “El deber de información,.. cit. p.110.

42 CUENCA, U. *Proceso Civil Romano*, Buenos Aires, 1957 p. 156 “el principio de prueba legal no existió propiamente en el Derecho probatorio del nuevo proceso, pues su aparición corresponde al proceso romano canónico, por influencia del germano”. JEAN CHARRIAUD J., “La legislación Francesa y Española sobre los libros de cuentas de los mercaderes en los tiempos modernos (siglos XVI-XVIII)” *La actividad de la banca en Roma y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*. Vol. II, Murcia, 2015. p. 40 citando a HEVIA BOLAÑOS, I. *Primera y segunda parte de la curia Filipica*, Madrid, 1652. P. 21 nos indica que ya en esta época en España los libros de cuentas de los banqueros eran documentos públicos y daban fe debido a la intervención de la autoridad pública en su constitución y en su nominación.

43 En palabras de MARTIN MOLINA, VEIGA COPO, *Los libros de contabilidad: ...* cit. p. 399 llama *editio rationum* a los extractos de cuenta.

nal, la norma cuestionada no consagraba un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito, que pudiera contrariar el art. 14 de la Constitución, pues no invertía la carga de prueba, ni otorgaba a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público, y eso pese a que no existía principio contradictorio. Pero la siguiente Ley de Enjuiciamiento Civil, la actual, del año 2000, zanja este asunto cuando otorga a la certificación bancaria el carácter de documento público, con fuerza plena en derecho, en favor de las entidades bancarias.

Pese a todo, se sigue cuestionando el valor de esa prueba, y cada vez surge jurisprudencia menor que lo pone en duda, porque se alega que estas certificaciones de deuda obedecen a la suscripción de contratos de adhesión, en los que se refleja que caso de saldo deudor se permite a la entidad bancaria fijar, sin contradicción alguna, la liquidación de la deuda a reclamar. Incluso se añade que en caso de reclamación judicial, las partes convienen que el saldo líquido exigible adeudado será el que arroje la contabilidad de la Caja, que hará fe en juicio, y se acreditará mediante certificación expedida por la misma, sin posibilidad de ser impugnada o no admitir su contenido, reconociendo el saldo y todo ello por anticipado, con plena eficacia en juicio. Así esta cláusula se viene considerando como abusiva ya que según la ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación la determinación de deuda en operaciones crediticias, que por ende exigen una actividad liquidadora, esta cuantía no puede ser establecida exclusivamente por una sola parte contratante, sin posibilidad de intervención o impugnación por la contraparte, ya que es contraria no sólo al artículo 1256 del Código Civil que proscribe dejar a una de las partes el efectivo cumplimiento de los contratos, sino que igualmente es contraria al principio de justo equilibrio de prestaciones, y el artículo 10 bis de la ley 26/1984 considera abusiva toda aquella cláusula que no negociada individualmente esté en contra y en perjuicio del consumidor causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes y por consiguiente es un pacto nulo por aplicación del artículo 8-2º de la citada ley 7/1998<sup>44</sup>. “En este ámbito,

---

44 AP Vizcaya (Sección 3ª), en sentencia núm. 198/2006 de 22 marzo, AP Valencia 10/07/2002, decir tanto la parte como el órgano judicial tendrían que estar y pasar por el certificado que emite la propia Caja, sin posibilidad de contradicción en proceso judicial, aspecto contrario al derecho fundamental de defensa y de tutela judicial efectiva, sentado en el artículo 24 de la Constitución Española. La AP Valencia (Sección 9ª), en sentencia núm. 07/2005 de 28 septiembre desestimó la reclamación de cantidad por considerar como abusiva la cláusula de fijación unilateral de saldo líquido exigible reconociéndole por anticipado plena eficacia en juicio.

está fuera de duda la exigencia de que entre en juego el principio general de la buena fe objetiva, dado que quien contrata con un banquero se encuentra, muy a menudo con condiciones generales o modelos contractuales uniformes, pre-dispuestos unilateralmente, que lo sitúan en una clara posición de desigualdad. Ello representaba en Roma, como hoy, uno de los desafíos más importantes del que conocemos con el nombre de derecho del consumidor<sup>45</sup>. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el banquero incurría en responsabilidad si presentaba una *editio rationum* parcial o maliciosa, y que su poder frente a los clientes era menor que el actual (hoy el banquero ayudado por medios informáticos de contabilidad y por su influencia, se presenta en una situación de ventaja frente a sus clientes), podremos suponer que la *editio* no era un documento probatorio tan indiscutible, como las actuales certificaciones bancarias intervenidas por fedatario público, lo que coloca al cliente de la banca romana en una situación más favorable que al actual, al menos desde la óptica del derecho del consumo.

En cuanto al mero extracto bancario, éste es un documento privado, por lo tanto y como no lleva antefirma, firma, ni rúbrica que identifique al emisor, cuando queremos aportar este documento a un pleito necesitamos que la entidad ratifique su contenido ante el juzgado correspondiente y ser tenido en consideración como cualquier documento privado. Así el art. 326 Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando refiere su fuerza probatoria advierte que los documentos privados harán prueba plena en el proceso si su autenticidad no es impugnada por la parte a quien perjudiquen<sup>46</sup>. En este sentido también es interesante traer a colación la jurisprudencia constitucional<sup>47</sup> que responde a la cuestión de si el requerimiento de aportar extractos de cuentas de bancos e instituciones de crédito dirigido por la Intervención General del Estado en un procedimiento contencioso administrativo, relacionado con la actividad financiera de la empresa recurrente, debe ser obedecido o no en defensa del derecho fundamental a la intimidad del art. 18 de la CE interpretado con arreglo al art. 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El Tribunal resuelve que no hay intromisión, puesto que tal artículo prohíbe las injerencias en la intimidad «arbitrarias o ilegales»; mientras que, a su vez, el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982 dispone que «no se

45 SALAZAR REVUELTA, M., “El deber de información, transparencia... cit. p. 91.

46 Referido a los términos del artículo 319 del mismo texto legal.

47 En la desestimación del Recurso de Amparo núm. 677/1986, relacionada con la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/84 de 26 de noviembre.

reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley » que en este caso es la ley general presupuestaria respecto a la Agencia Tributaria. Además refiere el alto Tribunal que no fue requerido para detallar los movimientos de sus cuentas bancarias, sino sólo a presentar determinados «extractos» de las mismas, lo que nos recuerda la limitación estricta a sólo lo pertinente, que ya estaba presente en la normativa romana antigua, (D.2.13.10.2). El art. 31 CE, es el que sirve de apoyo para la actividad inspectora de la Administración, cuando señala el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y por su aplicación encontrar el fundamento de la actividad de control financiero frente a una Entidad perceptora de ayudas o subvenciones públicas.

Además fuera del ámbito procesal, la legislación en el artículo 93 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, de la General Tributaria regula las «obligaciones de información», estableciendo en su apartado 1 la obligación general de proporcionar información a la Administración tributaria respecto a toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o bancarias o de crédito con otras personas, precepto que se completa en su apartado tercero al determinar que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en dicho artículo no puede ampararse en el secreto bancario<sup>48</sup>. En el mismo sentido se crea el Punto neutro judicial, integrado por un conjunto de bases de datos a las que puede acceder el Secretario Judicial y el funcionario judicial autorizado por éste, para servicio de los órganos judiciales, de las que no son titulares pero con cuyos organismos o entidades hay suscrito acuerdos o convenios. El Consejo General del Poder Judicial está así relacionado con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, los Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Dirección General del Catastro, Fondo de Garantía Salarial, Instituto Nacional de Empleo y Tesorería General de la Seguridad Social y además, con los Convenios de colaboración suscritos con la Asociación Española de Banca y con la Confederación Española de Cajas de Ahorro. Con las entidades banca-

<sup>48</sup> Se fija un procedimiento específico para los casos de requerimientos individualizados relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro, cuentas de préstamos y créditos y demás operaciones activas y pasivas de los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y cuantas entidades se dediquen al tráfico bancario o crediticio.

rias tiene acceso a dos informaciones, la de la Caja de Depósitos y Consignaciones, en la que se ingresan las cantidades que se solicitan por los tribunales para ejecución o medidas provisionales y, por otro lado, la información que dan estas entidades para proceder a los embargos de cuentas bancarias.

Con ello, queremos concluir, que así como en Roma sólo tiene legitimidad para solicitar la *editio rationum* del *argentarius* los afectados por esa relación mercantil, en la actualidad esa posibilidad de pedir datos al banquero se abre a la Administración Pública, frente a la que cede nuestro derecho a la intimidad, sin que esto quiera suponer que no deba ser así, más dada la conformación de nuestro estado como social, tal y como reza el artículo primero de nuestra Carta Magna. Sin embargo, no deja de ser curioso que en D. 2, 22, 4, 2 se diga que cualquiera que es demandado por el fisco, ha de ser demandado no en virtud de un extracto, ni de una copia de alguna escritura, sino en virtud del instrumento auténtico. Parece indicar que esas *rations* pueden ser aportadas sólo cuando existe un principio de prueba, que debe ser corroborado con ellas.

## 7. Relación con nuestros medios de prueba actuales.

Si revisamos concretamente los medios de prueba actuales, estos vienen descritos claramente en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, en cuyo primer párrafo los enumera: interrogatorio, documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos. Los documentos bancarios pueden ser aportados como documentos privados, y en alguna ocasión, cuando media intervención de notario, como documento público, es el caso de las certificaciones. Pero en su párrafo segundo nos confunde, cuando añade los llamados medios innominados de prueba, los “medios de reproducción de la palabra o sonido,... imagen, medios de archivo de la palabra” y los que más nos interesan a este fin: “datos, cifras y operaciones matemáticas con fines contables....”. Y asumiendo que éstos últimos pueden ser los que se refieren a algunos de nuestros documentos bancarios nos genera cierta inquietud. Así, el primer párrafo, describe claramente medios de prueba, pero el segundo nos confunde cuando, en realidad parece referir documentos en distintos soportes, es decir, no lo que se desprende de su literalidad: medios de prueba, sino posibles y futuras fuentes de prueba<sup>49</sup>.

---

49 MONTERO *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Valencia, 2014. P. 234

Las fuentes de prueba son cambiantes por su propia naturaleza, no pueden ser iguales en una población que asienta su derecho en la oralidad, que cuando escribe, y por otro lado, tienen que ser diferentes, por los distintos soportes en los que descansan. Ya en el propio devenir del Derecho Romano, el proceso se apoya primero en la oralidad en fuentes de prueba testificales, para después pasar a ser documentales, escritas. El documento adquiere mayor valor probatorio si lo referimos a la época postclásica. El documento escrito en origen tiene escaso valor probatorio y el que adquiere lo hace por unión a la testifical, y será a partir de la época postclásica cuando adquiere mayor importancia, como consecuencia del influjo sobre Roma de la práctica contractual escrita en las provincias<sup>50</sup>.

Es previsible que las fuentes de prueba cambien mucho más con la tecnología que nos aguarda, y quizá hoy ni imaginemos que pruebas existirán en unas décadas, como consecuencia de esta era informática. Sin embargo, sea cual sea la fuente de prueba, en ocasiones deberemos traerla a juicio, y los medios de prueba del momento deberán dar cabida a cualquier fuente de prueba. Con ello, la discusión en torno a sí las enumeraciones legales de medios de prueba podía considerarse *numerus apertus* o *numerus clausus*, carecen de contenido si advertimos que las fuentes de prueba son extrajurídicas y las leyes no pueden pretender enumeraciones taxativas de ellas, porque son cambiantes. Lo que deben regular las leyes son los medios de prueba, como actividad que hay que realizar para incorporar la fuente al proceso, aunque no estamos de acuerdo con MONTERO cuando dice que estos serán *numerus clausus* por aplicación del principio de legalidad, dada la contradicción existente en la propia ley de enjuiciamiento<sup>51</sup> y que ahora tratamos.

Hoy la doctrina se decanta por la aplicación a los medios de prueba de un principio de legalidad estricto, el derecho procesal es derecho necesario, pero este principio decae cuando el legislador, preocupado por lo cambiante de las fuentes

50 TORRENT, A. Manual de Derecho Romano Privado, Madrid, 2008 p. 167. Dónde además advierte que a partir del siglo III se redactan documentos escritos públicos en forma de declaraciones *apud acta* ante funcionarios públicos o funcionarios capacitados para ello, los cuales servían como medios probatorios formando parte de los protocolos. Antes del siglo III el documento era privado y en él se recogía el contenido de algunos negocios jurídicos solemnes, así como contratos realizados como consecuencia de obligaciones anteriores. Podían ser llevados ante el juez, quien tras comprobar que eran auténticos les podía conferir carácter válido como prueba. Los documentos realizados ante el *tabularius* eran guardados en copia por éstos. Se extiende con el tiempo la práctica de que los negocios más importantes debían otorgarse ante funcionarios y mediante documentos públicos.

51 MONTERO *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios...* cit. p. 641.

de prueba redacta el art. 299 de nuestra ley Rituaria y en su último párrafo pre-tende adelantarse al futuro con una redacción sumamente abierta e inconcreta: “Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba” y añade “adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias” sin decir cuáles o ni siquiera a qué principios procesales deben responder estas actuaciones procesales.

Por tanto, cabría preguntarse de que vale un principio de legalidad de aplicación en apariencia tan estricto con los medios de prueba actuales, si luego la previsión legal a futuro es tan indeterminada, que deja en manos del juez la capacidad de decidir, cuáles van a ser esas fuentes de prueba, y cómo se tendrán que aportar en proceso, convirtiendo así al juez en una suerte de legislador improvisado de cada caso concreto. Por otra parte, si nos acercamos al modo de proceder romano, en cuyo derecho los medios de prueba no estaban sujetos al principio de legalidad estricto, tal como lo entendemos actualmente, sin embargo, se iban dotando de las normas y principios necesarios para transformar los hechos en pruebas. Sirva como ejemplo el caso que nos ocupa, de los libros de los banqueros, y lo hacen poniendo su atención (quizá ni siquiera de forma consciente) en lo principal: una aplicación de los principios del proceso civil en relación con las partes, que ya hemos referido, dualidad, contradicción e igualdad, así como principios tan claros como el que los hechos deben ser probados por quien los aduce (carga de la prueba), aportados al pleito por las partes (principio dispositivo y de aportación de parte), sin que el juez ni pueda, ni deba investigar nada<sup>52</sup> fuera de los hechos concretos de controversia. Principios ya presentes en el procedimiento formulario respecto al *onus probandi, ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (Paulo D. 22.3.2) y que se mantienen en la *cognitio extra ordinem*, no así en la proposición de prueba donde se pasa al principio inquisitivo, alejándose del dispositivo, ni en la valoración que cambia de la libre apreciación a la aplicación de la prueba tasada o reglada.

Nos vamos a detener en esta variación última porque supone un giro muy interesante desde el punto de vista de lo que aporta el Derecho Romano como línea evolutiva del derecho y su relación con el régimen político imperante. En la *cognitio extra ordinem* se aplican principios que también se asemejan a los procesos basados en la verdad objetiva o material aplicada al proceso civil, como son algu-

---

52 Con aplicación sólo en el proceso civil, no así en el penal cuyos principios rectores serán otros.

nos de los principales que analiza MONTERO AROCA en este último siglo<sup>53</sup>. Así, en el caso del derecho socialista soviético se imponía a los órganos judiciales la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para esclarecer las circunstancias reales del asunto civil, las relaciones jurídicas entre las partes, sus derechos y obligaciones, dejando de lado que el proceso civil debe atender a la tutela de los derechos subjetivos de los particulares. Es decir, acordaban de oficio, los medios de prueba. Este principio de búsqueda de la verdad material, también se incluye en los códigos italiano y alemán de la etapa fascista, así el *Codice di procedura civile* de 1940 en su punto fundamental nº 12, junto con el aumento de los poderes del juez, y en la Exposición de motivos de la Ley alemana sobre modificación del procedimiento civil de 1933, se concede la posibilidad de acordar pruebas de oficio en asuntos civiles. Incluso en el código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en su art. 34.2 se refiere a la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes. Pero como advierte el mismo autor, ésta pretendida búsqueda de la verdad objetiva es más grave de lo que pudiera parecer, pues en el proceso civil se busca la justicia del caso concreto, y no podemos desconocer los principios esenciales, como el principio dispositivo y el de contradicción. No debemos olvidar que estamos ante un proceso que procura satisfacer el interés particular, no el general de las acciones públicas del proceso penal, estamos en el proceso civil que a su vez está relacionado esencialmente con la libertad del individuo y la tutela judicial de sus intereses, ambos derechos fundamentales de la persona. Por lo tanto, son los litigantes los que deciden la *causa petendi* y con ella, los hechos que deben ser probados y no otros. Sobre esos hechos relacionados con la causa de pedir es sobre los que girará la prueba, y sólo aquella prueba que las partes estimen. Así, el ordenamiento jurídico romano más genuino, el del procedimiento formulario y el actual, protegen la autonomía de la voluntad y la libertad del individuo para ejercitar sus derechos subjetivos propios. *Ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest* (Javoleno, D. 10, 3,18)<sup>54</sup>.

## 8. Conclusiones

Observamos que los libros de los banqueros tienen un contenido más amplio que el actual, ya que por una parte son fuente de obligaciones y por otro, prue-

53 El Proceso Civil....cit. p. 623.

54 La potestad del juez no puede ir más allá de lo que ha sido sometido a juicio.

ba de ellas y no sólo de ellas, sino de los demás hechos contables que quedan reflejados en sus tablas. En otras palabras, por un lado, tienen un contenido dispositivo, en un plano sustancial, y por otro lado, valor probatorio, en un plano procesal, y ambos obedecen a dos funciones distintas la constitutiva (perfección de ciertos negocios) y la probatoria (tanto en el tráfico jurídico cotidiano como cuando resulta necesario acudir a juicio).

Como prueba el origen de los hechos contables estará en el *Codex*, aunque sólo será el *Codex Rationum* el que afecte a los procesos en los que interviene el argentario o sus clientes. En este caso el medio de prueba será la *editio rationum* del *argentarius*, que presentará en juicio por indicación de su cliente contra terceros (se entiende que el dueño de esa información contable es el depositante) o bien cuando no lo hace de forma voluntaria atendiendo al *decretum* redactado por el pretor. Por otro lado, la *editio* no era un documento probatorio tan indiscutible, como las actuales certificaciones bancarias intervenidas por fedatario público, lo que coloca al cliente de la banca romana en una situación más favorable que al actual, al menos desde la óptica del derecho del consumo.

Ya del Derecho romano aprendemos que las fuentes de prueba pueden ser diversas y no se pueden tasar, pero los medios de prueba tampoco pueden ser tasados, ni lo fueron entonces, ni siquiera lo pueden ser hoy. Los libros contables bancarios son un ejemplo palpable de lo dicho, dado que las fuentes y los soportes varían y los medios se deben adaptar a ellas, resultando lo más importante saber a qué principios procesales queremos acercarnos y si finalmente respetamos la libertad del individuo en la protección procesal de sus derechos subjetivos.

Y como última reflexión compartimos la de MURILLO y esperemos que este trabajo sirva aunque sea mínimamente “para demostrar, una vez más, que de la historia se aprende; que el derecho romano aún tiene “vigencia” no como precedente invocable en sede procesal pero sí como conjunto de normas en las que aprender”<sup>55</sup>.

Dra. Olga Gil García

---

<sup>55</sup> MURILLO VILLAR, A. “La responsabilidad del banquero por los depósitos de los clientes. Una reflexión desde las fuentes romanas”. *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*, Navarra, 2015. p. 115.

## Bibliografia

- ALVAREZ, MIRTA BEATRIZ. "La prueba documental en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Argentino". *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno*, Madrid, 2000.
- CARNELUTTI, F. *La prueba civil*, Buenos Aires, 1982.
- CUENCA, U. *Proceso Civil Romano*, Buenos Aires, 1957 .
- DE SARLO. L., *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Florencia, 1935.
- DOMINGUEZ TRISTAN, P. El secreto bancario: precedentes romanos. *La actividad de la banca en Roma y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*, Vol. II. Murcia, 2015.
- FERNANDEZ BARREIRO. A., *La previa información del adversario en el proceso privado romano*. Pamplona. 1969
- GARCIA CAMIÑAS, J. El *iuriurandum calumnae* en la *editio actionis* y en la *editio rationum* del *argentarius*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, 2004.
- GUILLARD, E., *Les banquiers athéniens et romains*, Paris, 1875.
- HERRERO CHICO, R., "Argentarii. Obligaciones y privilegios (un estudio sobre la banca en Derecho Romano)" Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos, VII, 1978.
- JEAN CHARRIAUD J., "La legislación Francesa y Española sobre los libros de cuentas de los mercaderes en los tiempos modernos (siglos XVI-XVIII)" *La actividad de la banca en Roma y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*. Vol. II., Murcia, 2015.
- MARTIN MOLINA, P.B. VEIGA COPO, A.B, "Los libros de contabilidad: un apunte histórico" Boletín de la Facultad de Derecho. UNED. Nº 13-1998.
- MONTERO *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Valencia, 2014.
- MORENO NAVARRETE, M.A. *La prueba documental en el proceso. Estudio histórico-jurídico y dogmático*, Madrid, 2001.

MURILLO VILLAR, A. "La responsabilidad del banquero por los depósitos de los clientes. Una reflexión desde las fuentes romanas". *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*, Navarra, 2015.

PEÑALVER RODRIGUEZ, M.A. "La banca en Roma". *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias* T. III. Madrid, 1988.

SALAZAR REVUELTA, M., "El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca: precedentes romanos". RIDROM, Octubre, 2013.

SENTIS MELENDO, S. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1979.

SORIANO CIENFUEGOS, C. *Banca, navegación y otras empresas*, México, 2007.

TORRENT, A. *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005.

# “La Responsabilidad de los dueños de posadas, establos y navíos. Antecedentes Romanistas y su recepción en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.”

Por: Mariana Verónica Scondal<sup>1</sup>

## I. Introducción

El Derecho Romano consagró la responsabilidad de los dueños de posadas, establos o navíos, cuando por su culpa, o de sus dependientes se hubiera cometido un daño a las mercaderías dejadas en esos lugares, así surgió el pacto de *recepta nautarum, cauponum, stabularium*. En un primer momento a los damnificados se les concedió la *actio locati* o la *actio conducti* o en su defecto, si el transporte era gratuito la *actio depositi*, pero las mismas resultaban insuficientes. Es por ello, que el pretor otorgó una *actio in factum*, que fue la *actio de recepto*, que era más amplia que las anteriores. En el Derecho Justiniano se configuró como un hecho ilícito cuasidelictual la responsabilidad de los *nautae, caupones, y stabularii*, por los daños cometidos por sus dependientes.

El Código Civil Argentino de Vélez establecía en el artículo 1113 la responsabilidad por el hecho de otro en los casos que la ley autorizaba al damnificado a reclamar a quien, sin haber realizado el acto que causa daño, debía indemnizarlo, debido a su vinculación con el victimario, es decir, que hacía referencia a la relación de dependencia genérica. Luego contempló algunas situaciones de dependencia en particular, como el caso del artículo 1118 por el cual resultaban responsables del daño causado por sus agentes o empleados, los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públí-

<sup>1</sup> Profesora Ajunta de Derecho Romano y Jefa de Trabajos Prácticos Ordinaria de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires, Flores y Católica de Salta; integrante como investigadora formada del Proyecto de Investigación “Una mirada romanista a al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” (D - 001).

cos de todo género, y el artículo 1119, 1º parte, sobre la responsabilidad de los capitanes de buques y patrones de embarcaciones, respecto de los perjuicios ocasionados por su tripulación.<sup>2</sup>

Actualmente el Nuevo Código Civil y Comercial en el Libro III “De los Derecho Personales”, en el Título IV, “Contratos en Particular”, en el Capítulo 11, “Depósito”, en la Sección 1, trata sobre las “Disposiciones generales” en los artículos 1356 a 1366. En la Sección 3, regula sobre el “Depósito Necesario” y hace mención en el art. 1369 al depósito en hoteles y el art. 1370, establece la responsabilidad del hotelero por los daños y pérdidas sufridos por los viajeros en sus cosas. No se hace referencia específica respecto al tema de la responsabilidad de los dueños de navíos o embarcaciones, pero en mismo Libro III, en el Título IV “Contratos en particular”, en el Capítulo 7, sobre “Transporte”, en la Sección 1º, trata sobre las “Disposiciones generales”, los art. 1280 a 1287. En la Sección 2º, sobre el “Transporte de personas”, en el art. 1291, se establece que el transportista responde por siniestros que afecten al pasajero y por la avería y pérdida de sus cosas. Por último en la Sección 3º, sobre el “Transporte de cosas”, el art. 1306 dispone que el transportista está obligado a entregar la carga en el mismo estado en que la recibió y agrega el art. 1310 que el transportista puede convenir que responde si se prueba su culpa en caso de cosas frágiles, mal acondicionadas, sujetas a fácil deterioro, de animales o de transportes especiales.<sup>3</sup>

## **II. Antecedentes Romanísticos de la Responsabilidad de los dueños de posadas, establos y navíos por los daños causados por sus dependientes**

Los *caupones* eran los comerciantes al minoreo, taberneros, posaderos o mesoneros. Etimológicamente proviene del griego *capelos*, que portaba una significaci-

<sup>2</sup> LLAMBÍAS, J.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Tomo IV.- A.; Bs. As. 2005, Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, pág. 218. “Vélez siguió la inspiración del Código Francés (art. 1384), de los Códigos de Luisiana (art. 2299), de Nápoles (art. 1388), Sardo (art. 1502) Holandés (art. 1403) y del Proyecto de Código Civil Español de García Goyena (art. 1901)”. ALTERINI, A., AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R.; *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Bs. As. 1996, Ed. Abeledo Perrot, pág. 692. TRIGO REPRESAS, F.; y LÓPEZ MESA, M.; *Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo IV*; Bs. As., 2011, La Ley, págs. 799 y 824 y ss.

<sup>3</sup> BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado, concordado*. Tomo I, Bs. As. 2015, Ed. Hammurabi, págs. 706 y ss. y 739 y ss.

ón peyorativa, equivalente a falsificadores, en alusión a la difundida corruptela de adulterar el alcohol que se servía a la concurrencia en esos sitios. La voz *stabularii*, significaba mesonero de segunda o dueño de un prostíbulo. Tanto los *caupones* como los *stabularii*, poseían un establo anexo a sus negocios. Los *nautae*, del griego antiguo *naútes*, eran los marineros o transportistas marítimos.<sup>4</sup>

Las personas que debían realizar un viaje por tierra o por agua, corrían una serie de riesgos. Si tenían que atravesar una ciudad ya sea a caballo o con un carroaje, la travesía abarcaba más de una jornada, por lo que se veían obligados a pasar la noche en un albergue, y sus bienes, tanto los que llevaban consigo, como también el vehículo y los caballos eran guardados en una caballeriza corriendo grandes riesgos. Con más razón quienes debían efectuar un viaje en una nave, corrían el peligro de la seguridad de los bienes transportados en ella. Por ello, el Derecho Romano reguló la responsabilidad de los *caupones*, *stabularii* y *nautas*.<sup>5</sup>

El pretor protegió a los viajeros concediéndoles acciones que se dirigirán contra los dueños de posadas, caballerizas y de navíos, respondiendo no sólo por los hechos propios sino también por sus empleados, esclavos o un tercero cualquiera. Sobre ellos pesó una responsabilidad más acentuada ya que se celebraba un pacto expreso, aunque no formal entre las partes, denominado *receptum res salva fores*, por el cual el, *caupa*, el *stabularius* y el *nauta*, asumían la responsabilidad de salvaguardar las mercaderías recibidas para ser transportadas por mar, así como las demás cosas introducidas en la nave, posada o establo por sus respectivos clientes. Esta concepción sobre el modo de concluir el *receptum* se apoya etimológicamente en el significado del verbo *recipere* traducido como “prometer” o “prometerse”. De las múltiples acepciones que tiene este verbo, la doctrina ha venido refiriendo al *receptum nautarum*, *cauponum et stabulariorum* por un lado, el sentido material de “aceptar” o “recibir” y, por otro, el técnico-jurídico de “prometer” u “obligarse”, conectado a este último, el significado de “responder de”. No hay, ninguna contradicción entre estos sentidos, ambos implican la recepción de las cosas con la

<sup>4</sup> TRIGO REPRESAS, F.; y LÓPEZ MESA, M.; *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo IV, op. cit., págs. 1182 y 839. MURILLO VILLAR, A.; *La responsabilidad en la Glossa Magna con respecto a los nautae, stabularii y los caupones*, en *La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno*, Burgos, 2001, Ediciones de la Universidad de Burgos, pág. 164.

<sup>5</sup> DI PIETRO, A. G.; *Los Riesgos de los viajeros en el Derecho Romano*, Buenos Aires 2003, en Revista Prudentia Iuris, Nº 51, Ed. Facultad de Derecho y ciencias Sociales de la UCA, pág. 6. ARANGIO RUIZ, V.; *Instituciones de Derecho Romano*, Traducción de la 10º edición italiana por José Caramés Ferro, Buenos Aires, 1986, Ed. Depalma, págs. 373 y 427.

correlativa obligación de devolverlas intactas. Siendo en su origen el *receptum* un pacto expreso, más tarde comenzó a surtir sus efectos de una forma tácita a través de la mera aceptación de las cosas introducidas en la nave, posada o caballeriza. Este paso habría estado en la interpretación amplia de la cláusula *receptum salvum fore*, entendiendo el *receptum* en el sentido de recibir las cosas depositadas (D. 4.9.1.8). El *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* se inserta en la parte introductoria del Edicto, en la rúbrica de *receptis* (§49), junto con el *receptum arbiri* y el *receptum argentarii*, con lo cual lo ubican al mismo dentro del llamado “período comercial”, que la doctrina lo sitúa entre la mitad del siglo III a.C y mitad del siglo II d.C. aproximadamente.<sup>6</sup>

6 SALAZAR REVUELTA, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum cauponum et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia en el Derecho Romano*, en Anuario de la Facultade de Dereito de la Universidad da Coruña, Nº 10, 2006, págs. 1085 y ss. “Si bien no existen testimonios directos que nos confirmen la existencia de determinadas formalidades en la conclusión del *receptum*, tesis recientes sostienen su carácter formal, basándose en la aparición en las fuentes extrajurídicas del verbo *recipere* junto con otros que sí conllevan la realización de determinadas solemnidades (por ej.: *spondere, promittere, polliceri*). No tan reciente es la teoría de Huvelin que entiende que el *receptum* se comprendió primitivamente en una *stipulatio*, antes de convertirse en un pacto provisto de una acción por el derecho pretoriano”. “El texto del D. 4.9.1.8 revela dos fases distintas en el modo de contraer el *receptum*: una primera, en la que no se podía prescindir de una declaración expresa (y, quizás solemne) de la asunción de la responsabilidad por parte del *nauta, caupo, o stabularius*; y una segunda en la que, sin embargo, sería suficiente la entrega de las cosas para hacer nacer la responsabilidad”. LENEL, O; *Essai de reconstitution de l' Edit Perpetuel*, Traducido por Frédéric Peltier, Tomo I, Paris 1901, Ed. Larose & Forcel. DI PIETRO, A. G.; *Los Riesgos de los viajeros en el Derecho Romano*, op. cit., pág. 6. “Este edicto (Lenel, E. P. § 49) era conocido en la época de Augusto, ya que hay referencias de Labeón, su contemporáneo (D. 4.9.1.4 y D. 4.9.3.1). En un principio se debió referir al caso del transportista marítimo, pero luego se lo extendió al mesonero y al dueño de la caballeriza (Lenel, E. P. § 49, nº 14). Más tarde, se llegó a entender como tácita a la declaración pactada, surtiendo efectos de garantía por la mera aceptación de las cosas introducidas en la nave, el mesón, o la caballeriza.” BURILLO LOSHUARTOS, J.; *Los pactos en el Derecho Romano*, Anales de la Universidad de Murcia – Derecho, Vol. XXII, Nº 3-4, Murcia, 1964, Ed. de la Universidad de Murcia, págs 164. “Siguiendo una práctica del derecho helenístico, el conductor podía asumir una responsabilidad total si hacía una declaración expresa en ese sentido (*receptum*) que podía ser de carácter general, mediante un anuncio fijado en el establecimiento (*res salvas fore*). La agravación de la responsabilidad fue motivada por la falta de confianza que inspiraba el ambiente de los *nautae, caupones y stabularii*, del que se hace eco Ulpiano.” SALAZAR REVUELTA, M., *La Responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, Madrid, 2007, Ed. Dykinson, págs.41 y ss. CARAVAJAL, P.; *El receptum nautarum y el Papirio Grenf. II* 108, Revista de Estudios Histórico- Jurídicos (Sección Derecho Romano), XXVIII, Valparaíso, Chile, 2006, págs. 146 y ss. “El estudio del transporte marítimo romano de la época clásica se concentra en el estudio de la institución pretoriana del *receptum nautarum*, que su punto de partida es D. 4.9.1.pr. El sentido de *recipere* puede oscilar entre varios significados materiales que más o menos pueden unificarse en la expresión recibir hasta el sentido más abstracto, bastante marginal dentro de todo el abanico, de prometer. A partir del análisis de documentos griegos, se determinó que *recipere* tenía un sentido genérico y ambiguo equivalente a garantizar. Desde aquí podían tener lugar dos sentidos concretos en el ámbito jurídico: uno, que efectivamente correspondía a la aceptación puramente

El pretor otorgó la *actio de recepto*, que era una *actio in factum* de derecho honorario, (D. 4.9.1 pr.; D. 4.9.1.6, D. 4.9.1.7, D. 4.9.1.8, D. 4.9.3.1 y D. 4.9.4.2). Ulteriormente se planteó la utilidad de la intervención pretoria, ya que se podía accionar por la misma causa a través del *ius civile*, debido a que si el transporte marítimo se encuadraba en un arrendamiento de la totalidad de la nave (*locatio conductio rei*), el conductor tiene a su disposición la *actio conducti* para reclamar las cosas que le falten; en cambio si el armador ha tomado las cosas en arrendamiento para transportarlas, se podía ejercer contra él la *actio locati*; pero si el transporte era gratuito era la *actio depositi* la que procedía. Pero este jurista consideró necesario el surgimiento de la acción de *recepto*, ya que en la *locatio – conductio* se respondía más allá del dolo o de la culpa, quedando obligado por el *furtum* (Gayo 3. 205- 206), y en el depósito sólo hasta el límite del dolo, en cambio por esta acción pretoriana se respondía en cualquier caso y además *sine culpa* de la destrucción o el daño de las cosas que recibió. Por lo tanto, la *actio de recepto* era más amplia e introdujo una responsabilidad especial. “El *nauta*, el *caupo* y el *stabularius* reciben paga no por la custodia, sino el *nauta*, para que transporte a los pasajeros; el *caupo*, para que consienta que los caminantes hagan parada en el mesón; el *stabularius*, para que permita que las caballerías están en sus establos; y sin embargo, están obligados por razón de la custodia” (D. 4.9.5.pr), ya que el principal le aseguraba al viajero que sus cosas estarían “salvas”, obligándose a devolverlas en tal estado, al final del contrato. Al viajero no le interesaba si el hecho dañoso respecto de la cosa le correspondía al principal, a los empleados tuyos e incluso al hecho de otros viajeros (D.4.9.1.8 *in fine* y D. 4.9.2). La responsabilidad abarcaba la custodia, iba más allá de que hubiera dolo o culpa del que las recibió o de sus empleados, comprendiendo también el caso de *furtum* por parte de un tercero (*casus minor*). La única causal de eximición total de esta responsabilidad, era si algo hubiera ocurrido por desgracia inevitable (*casus maior*), es decir, si las cosas perecían por naufragio o por fuerza de piratas, o si en el mesón o en la caballeriza hubiera ocurrido un caso de fuerza mayor. (D.

---

material de recibir y otro, en cambio, que se refería a la aceptación más abstracta de garantizar o prometer. En los demás casos relacionados con las obligaciones en que se puede observar este término, adquiere sólo un valor genérico como asumir o hacerse responsable por parte del deudor.” SALAZAR REVUELTA, M.; *Responsables sine culpa en el contrato de transporte y alojamiento en la Roma de la época comercial*, Revue Internationale des Droits, de l’ Antiqué, Nº 55, Bélgica 2008, Ed. Office International des Périodiques, pág. 445. “El *receptum nautarum* emerge junto con el contrato de transporte de mercancías y/o personas por mar; mientras que el *receptum cauponum et stabularionum* va necesariamente ligado al correspondiente contrato de alojamiento de viajeros y/o recepción de caballos y sus monturas.”

4.9.3.1).<sup>7</sup> La severidad de esta responsabilidad sólo se observa dentro del estricto ámbito del ejercicio de la empresa o negocio de que se trate: *navis, caupona o stabulum* (D.4.9.3.2 y D. 4.9.7.pr.). De modo que el *periculum* que surge a cargo

7 SALAZAR REVUELTA, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum cauponum et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia en el Derecho Romano*, op. cit., págs.1087 y ss. “La responsabilidad *ex recepto* tenía un carácter riguroso, debido a la imposibilidad por parte del *nauta, caupo o stabularius* como *domini negotii*, de liberarse de la misma a través de la *noxalis deditio* del esclavo o *filiusfamilias* autor del hurto o daño (D.4.9.3.3). En la parte final de este pasaje del Digesto se confirma que si la actividad negocial se ejercita sin la voluntad del titular del negocio, éste podrá ver reducida su responsabilidad en los límites del peculio. Sólo aquí se observa una atenuación de la rigurosa responsabilidad asumida a través del *receptum*.” “La fuerza mayor eximia totalmente de responsabilidad a *qui recipit salvum fore*; pero también éste podría rehusarla o limitarla mediante una explícita declaración “de descargo” comunicada preventivamente al cliente (D. 4.9.7.pr.)”. “Podemos deducir de las fuentes jurídicas que se trata de un pacto autónomo, respecto de la relación contractual en que normalmente se configuraba el transporte marítimo: *locatio-conductio navis; locatio conductio mercium vehendarum* o, también, depósito: *si gratis susceptae sint*. Así se desprende de D.4.9.3.1”. SALAZAR REVUELTA, M.; *Responsables sine culpa en el contrato de transporte y alojamiento en la Roma de la época comercial*, op. cit., págs. 446 y ss. “El hecho de convenir o no una *merces* por el transporte repercute en el tipo de responsabilidad del *exercitor*, que en caso afirmativo llegaría a la *culpa levís*, mientras que al contrario sólo alcanzaría el *dolo*”. “A diferencia del transporte marítimo que puede reconducirse a diferentes esquemas contractuales (*locatio conductio mercium vehendarum*, o *locatio conductio navis o locorum in navem*), resulta más sencillo el encuadramiento de las actividades comerciales ligadas al transporte por tierra dentro de la única figura de la *locatio conductio rei*, en cuanto que la obligación fundamental que de ellas deriva consistiría en poner a disposición del viajero un *locus* (*caupona* o *stabulum*) a cambio de un precio cierto. Aquí, la responsabilidad de *capuones* y *stabularii* vendría limitada a los criterios subjetivos del dolo y de la culpa por los hechos ilícitos imputables tanto a ellos, como a sus empleados o auxiliares. Esta responsabilidad del *ius civile* no estaría exenta de problemas probatorios en cuanto a la determinación del sujeto concreto que hubiera cometido el hurto o el daño en los bienes de los clientes alojados en el establecimiento comercial, e igualmente, en torno a la valoración del comportamiento del deudor. No es de extrañar la necesidad de que interviniere en la jurisdicción pretoria introduciendo el práctico instrumento jurídico del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* que, ajeno a la causal negocial, introduce una responsabilidad de tipo objetivo.” “Por lo tanto la regulación pretoria del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* aparece íntimamente ligada al transporte marítimo y terrestre (D. 4.9.1.pr y D. 4.9.31).” BURILLO LOSHUERTOS, J.; *Los pactos en el Derecho Romano*, op. cit., pág 165. “Parte de la doctrina configura a este tipo de *recepta* como un pacto defendido con la *actio in factum de recepto*.” DI PIETRO, A. G.; *Los Riesgos de los viajeros en el Derecho Romano*, op. cit., págs. 6 y ss. “El contrato que se celebraba con el *nauta*, el *caupo* o el *satabularius*, era propiamente una locación (*locatio-conductio*), modernamente locación de obra. Para este contrato existía una responsabilidad por la custodia, por la cual se respondía más allá del dolo o de la culpa, quedando obligado a responder por el *furtum* (Gayo, 3. 205-206). De este modo el *ius civile* protegía al perjudicado en sus cosas. Ello podía ocurrir por la *actio locati* en caso de que el simple viajero sufriera el daño o también por la custodia (caso del que arrendó toda la nave y luego comprobara que le faltaban cosas del cargamento)”. DI PIETRO, A., *Institutas de Gayo. Texto traducido con notas de autor*, La Plata 1967, Ed. Librería Jurídica, pág. 265. SALAZAR REVUELTA, M., *La Responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, op. cit., págs. 46 y ss.

del armador, o del dueño de la posada o caballeriza, debe considerarse como sinónimo de riesgo empresarial. Se trata de un criterio objetivo de imputación de la responsabilidad que hace responder al titular de la empresa de los hurtos o daños producidos en las cosas de los clientes, no porque exista un comportamiento negligente de su parte, sino por el simple hecho de que estos eventos se hayan producido en el desarrollo de la propia actividad comercial.<sup>8</sup>

La *actio de recepto* trajo ventajas procesales respecto de las acciones *bonae fidei*. En primer lugar, el actor sólo tendría que alegar que había entregado al comerciante demandado las mercancías, *salvum fore*, y que habían sido restituidas en estado defectuoso, incompletas o simplemente no fueron restituidas. La carga de la prueba se invertía, siendo el demandado el que tenía que alegar la eximente de fuerza mayor o probar el comportamiento doloso o negligente del demandante. Por su parte el *iudex* tampoco tenía que entrar a valorar la causa de la pérdida o el daño, sólo se limitaba a verificar la existencia del *receptum* entre las partes y fallar en consecuencia (D. 4.9.6.2). Además la acción de *recepto* no sólo evitaba al demandado dificultades probatorias, sino que como acción resarcitoria le aseguraba una indemnización al *simplum*, pero del total valor de las cosas perdidas o deterioradas, cuya estimación tenía lugar al momento de la sentencia, y era reipersecutoria, la podían ejercer los heredero del perjudicado, aunque no contra los herederos del principal responsable (D. 4.9.3.4 y D. 4.9.7.6). No se consideraba relevante a efectos de otorgar la protección pretoriana que el cliente que concluía el *receptum* y consignaba las cosas sea o no propietario de las mismas (D. 4.9.1.7 y D. 4.9.4.1). Por el contrario, en el *iudicium bonae fidei* derivado de las acciones civiles *locati*, *conducti* o *depositi* era admisible una disminución del *quantum indemnizatorio*, ya que en estos *iudicia* el juez podía tener en cuenta toda una serie de circunstancias que atenuaban o evitaban la *condemnatio*. Las acciones del *ius civile* se referían no sólo a las mercancías transportadas y demás enseres de los pasajeros, sino también a su propia

<sup>8</sup> SALAZAR REVUELTA, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum cauponum et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia en el Derecho Romano*, op. cit., págs. 1086 y ss. “Estamos en presencia de una responsabilidad absoluta y objetiva (*sine culpa*) de las personas que están al frente de un negocio de transporte o alojamiento, por la no restitución como consecuencia de hurto y en los casos en los que las mercancías o efectos entregados por sus clientes hayan sido devueltas dañadas o defectuosas (D.4.9.5.1 y D. 4.9.1.6.)” TALAMANCA, M.; *Elementi di Diritto Privato Romano*, Milano 2001, Giuffrè Editore, pág. 315. TALAMANCA, M.; *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano 1990, A. Giuffrè Editore, pág. 609.

persona, y así servían para hacer valer las prestaciones recíprocas que surgían de la relación contractual.<sup>9</sup>

Por consiguiente, resultaban obligados los responsables de la custodia. En caso del transporte marítimo, alguien podía ser el *exercitor* (armador del buque), pero podía poner al frente de la nave a otra persona, llamada *magister navis* (capitán de la nave), y ocurría lo mismo en el caso de la posada o de la caballeriza, su dueño podía poner a alguien al frente de ella que era el *institor* (encargado), en estos casos si bien el responsable directo es quien se encuentra al frente del negocio, por las *actiones addiectiae qualitatis*, se agregaba la responsabilidad del principal que respondía por sus dependientes. Se actuaba por la *actio exercitoria* en el supuesto del transporte marítimo (D.14.1.1.pr.; D.14.1.1.2; D. 14.1.1.12, 13, 14 y 15; D. 14.1.1.25; D. 14.1.3; I. 4.7.2 y Gayo 4.71) y por la *actio institoria* respecto del dueño de la posada o caballeriza (D. 14.3.1; D. 14.3.3; D. 14.3.5.1 y 2; D. 14.3.5.4; D. 14.3.5.6; D. 14.3.5.12 y 13; D. 14.3.15; D. 14.3.11.2, 3 y 4; D. 14.3.13 y Gayo, 4.71). Para el supuesto del transportista marítimo si bien en el Edicto se hablaba de *nautae* (marineros) de manera general, el responsable era el que “mandaba en la nave” (*magister navis, exercitor*), aún cuando en la nave existieran custodios especiales (*navium custodes*), la acción se daba contra el principal, porque era éste quien los colocaba en tal cargo y permitía así que en ellos se confiara, aunque el mismo capitán o el piloto ejercieran la “interposición de su mano” (D. 4.9.1.3). De la misma forma ocurría con los *caupones* y *stabularii*, se trataba del dueño del negocio o de aquél a quien éste puso al frente del mesón o de la caballeriza (*instidores*), ellos eran los responsables en cambio no lo eran los que cumplían tareas subordinadas, tales como los porteros, cocineros y los semejantes a estos (D. 4.9.1.5).<sup>10</sup>

9 SALAZAR REVUELTA, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum cauponum et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia en el Derecho Romano*, op. cit., págs. 1091 y ss. DI PIETRO, A. G.; *Los Riesgos de los viajeros en el Derecho Romano*, op. cit., pág. 7.

10 DI PIETRO, A. G.; *Los Riesgos de los viajeros en el Derecho Romano*, op. cit., págs. 6 y ss. SALAZAR REVUELTA, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum cauponum et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia en el Derecho Romano*, op. cit., págs.1088 y ss. “Concretamente la palabra *nauta* que en el derecho clásico se refería al simple marinero, en el edicto fue empleada como sinónimo de *exercitor navis* o armador (D. 4.9.1.2). Lo que demuestra que el edicto sobre el *receptum* debió surgir en época anterior al comercio de la época clásica, menos desarrollado, donde el *exercitor* era además marinero, esto es, tenía que dirigir él mismo su nave. Los orígenes más remotos de la responsabilidad *ex recepto* vendrían referidos al *recepto nautarum*, en una época seguramente anterior al siglo I a.C. dado que la figura jurídica no debió ser utilizada para el transporte fluvial y sí para el marítimo, por razón de los mayores peligros que éste representaba” “Debemos considerar probable la opinión tradicional

Las cosas que se encontraban comprendidas de acuerdo a lo que disponía el Edicto eran: “lo que de cualquiera que hubiesen recibido para que estén a salvo”, por lo tanto podía ser una simple mercancía o cualquier otra cosa. Se terminó extendiendo incluso a cosas que no estaban amparadas por el *receptum*. Para el jurista Viviano estaban comprendidas “aquellas cosas que se asemejaban a las mercaderías, como los vestidos que se usaban en las naves (o en las posadas) y las demás cosas que se tenían para el uso cotidiano” (D. 4.9.1.6 y D. 4.9.4.2). Una vez asumido el *receptum res salva fores*, los *nautae*, *caupones* y *stabularii*, resultaban responsables desde el momento en que las reciben, aun cuando todavía no estaban embarcadas y hubieren perecido en la ribera. (D. 4.9.3.pr).<sup>11</sup>

---

que sostiene la anterioridad de este edicto respecto del que introduce la *actio exercitoria* en el último siglo de la *Respublika* (D. 14.1.1.9) o en la 2º mitad del siglo II a. C. Aunque no se puede establecer con seguridad la fecha de aparición de esta acción y su relación temporal con la acción de *recepto*, ambas vendrían recogidas en el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano dada su diversa finalidad práctica, junto con las *acciones in factum fruti et damni adversus nautas, caupones et stabularios*, cuya datación podemos situar con anterioridad a nuestro edicto.” ÁLVAREZ, M.; *Temas de Derecho Privado Romano. Familia. La concepción romana de comunidad familiar en el orden patrimonial. El filius familias como instrumento de adquisición del pater. Acciones adiectitiae qualitatis*, Buenos Aires 1999, Ed. de la Universidad de Belgrano, pág. 120 y ss. DI PIETRO, A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, Buenos Aires 2004, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, pág. 175. “Hay que resaltar que en principio las acciones eran dirigidas contra el *filius*, careciendo de practicidad ejecutiva, salvo que contara con un peculio castrense o cuasicastrense. Pero en este caso se agregaban o se añadian estas *acciones* dirigidas contra el *pater*. En la época clásica la fórmula se redactaba mediante la técnica pretoria de la “transposición de personas”, de tal modo que, si bien aparecía el nombre del *filius* o del esclavo en la *intentio*, el que resultaba responsabilizado en la *condemnatio* era el *pater* o el *dominus*. Cuando desaparece el procedimiento formulario la acción era dada directamente contra el *pater* (I. 4.7.8).” ARANGIO RUIZ, V.; *Instituciones de Derecho Romano*, op. cit., pág. 107.

11 SALAZAR REVUELTA, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum cauponum et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia en el Derecho Romano*, op. cit., págs.1092 y ss. “La solución de Ulpiano es la de considerar que la responsabilidad *ex recepto* nace únicamente del hecho de llevar o cargar las cosas en la nave, esto es, de su introducción en la misma. Se hace eco así de la opinión que con anticipación Viviano había apuntado (D.4.9.4.2). El jurista hace una interpretación extensiva del objeto del *receptum* destinando a la protección edictal no sólo a las mercancías introducidas en la nave para su transporte, sino también a las demás cosas de uso cotidiano de los viajeros, como ropa, enseres o provisiones diarias, aunque estas cosas hubieran sido introducidas en la nave después de embarcadas las mercancías objeto del transporte y aunque, respecto a ellas, no se hubiera pagado *vectura* alguna; ya que se consideran accesiones de los bienes objeto del transporte. Ulpiano utiliza el verbo *infero* que se traduce por “llevar dentro”, “cargar”, o “introducir”, para explicar que la responsabilidad *ex recepto* alcanza también a aquellas cosas, que no habiendo sido *adsignatae*, han sido *illatae* (o *collatae*), introducidas en la nave aunque no hayan sido *impositae*. Esto se apoya en D. 4.9.3.pr., donde Pomponio extiende esta responsabilidad a las cosas que aun no habiendo sido introducidas en la nave, hubieran perecido *in litore*. El término *recipere* debe ser entendido en sentido amplio, comprendiendo también aquellos casos en los que las mercancías aun sin ser introducidas en la nave se encuentran en un lugar

Se trataba entonces de un simple acuerdo al que el pretor otorgó tutela jurisdiccional a través de la *actio de recepto*, basada en el hecho de que las cosas o mercancías hayan sido *recepta salvam fore* y no hayan sido restituidas, independientemente de la causa y comportamiento del cargador. A través del *receptum* se asumía una responsabilidad por custodia, ya que la cláusula *salvum fore recipiunt*, era una cláusula de asunción expresa de todo *periculum*, exceptuando solo los casos de *damnum fatale* en virtud de una *exceptio* introducida a partir de Labeón (D.4.9.3.1 *in fine*). Por consiguiente, de pacto autónomo, adherido al contrato de transporte o de alojamiento, el *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* pasó a convertirse en *naturale negotii*, como cláusula de estilo implícita en el propio acuerdo entre el cargador y el transportista, o entre el posadero o el *stabularius* y sus respectivos clientes. Aunque algunos autores sostengan que esta transformación sólo pudo haber tenido lugar en época postclásica o justiniana, hoy la mayoría de la doctrina entiende que debió ser en el derecho clásico tardío cuando el *receptum* comenzara a realizarse tácitamente.<sup>12</sup>

Independientemente de la *actio de recepto*, y supuestamente anterior a ella, el pretor protegió a los viajeros por medio de una *actio in factum*, por la cual los *nautae, caupones* y *satabularii* resultaban responsabilizados por el *furtum* (D. 4.9.1.1 y

---

controlado por el *nauta* o sus auxiliares: como la costa, el muelle, o el puerto. La entrega de las cosa, aquí se ha de considerar tácita, siempre que el *nauta* personalmente o a través de sus empleados a bordo hubiera asumido la responsabilidad por la custodia respecto de ellas. En consecuencia, tanto el simple hecho de introducir las cosas en la nave, posada o establo, como enviarlas para su introducción, aun sin consignación expresa, hace surgir la responsabilidad por custodia del *exercitor* “.

12 SALAZAR REVUELTA, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum cauponum et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia en el Derecho Romano*, op. cit., págs.1086 y ss. “La autonomía del *receptum* se infiere de la existencia de un específico edicto del pretorio que lo contempla y nos ha llegado por los comentarios de los jurisprudentes en el título del Digesto *Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant* (D. 4.9); de la concesión de una *actio in factum* determinada expresamente para estos casos en D. 4.9.1.pr.: “si los marineros, venteros y mesoneros no restituyesen lo de cualquiera que hubieren recibido para que esté a salvo, daré acción contra ellos” e igualmente, de la posibilidad recogida en la misma *laudatio edicti* de optar por concluir el *receptum* o no; decisión que se deja al arbitrio de los propios *nautae, caupones* o *stabularii* (D. 4.9.1.I)”. “La tendencia evolutiva experimentada en el régimen del *receptum*: que de la declaración expresa del *exercitor*, acabó por requerir únicamente el simple hecho de la aceptación a bordo de la nave, posada o establo, de las mercancías, equipaje o animales de los clientes, bien por el propio *exercitor*, o por alguno de sus empleados o auxiliares a los que les otorgó la tarea específica de custodiar estas cosas. De esta aceptación derivó implícitamente la responsabilidad *ex recepto*. Los que consideran que aún en la época de Ulpiano no habría operado dicha transformación, configurándose todavía el *receptum* como pacto independiente aducen lo expresado en D. 47.5.1.4.” SALAZAR REVUELTA, M.; *La responsabilidad Objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, op. cit. págs. 98 y ss.

D. 4.9.7. pr.), o por el *damnum* causado con *iniuria* (D. 4.9.6 y D.4.9.5.1), cometidos por ellos o por sus empleados, respecto de las cosas de sus clientes. Estas acciones figuran en D. 4.9, en donde son tratadas de manera confusa y luego en D. 47.5 aparece propiamente la *actio furti adversus nautas, caupones et stabularios*.<sup>13</sup>

En el caso del *furtum*, el principal respondía por la sustracción de las cosas realizada en cuatro supuestos, los dos primeros corresponden cuando el *furtum* era cometido directamente por el principal o por sus subordinados; los dos últimos estaban referidos a los hurtos cometidos con la complicidad, ayuda o consejo (*ope consilio*) del principal o sus empleados. (D. 47.5. 1. pr; D. 47.5.1.6; Lenel E.P. § 136.9). Así se extiende a los dueños de navíos, posadas y establos la responsabilidad refleja (*in eligendo*) respecto de sus dependientes. Se les debía a los principales imputar a su culpa el que empleó a tales hombres, y por esto aunque hubieren fallecido, no quedará relevado de responsabilidad (D. 4.9.7.4, D. 4.9.7.1 y D. 4.9.1.1). Respecto al transportista marítimo respondía por los hechos cometidos por los marineros, es decir por todos aquellos que “en aquella nave hubiese para servir a la navegación” (D. 47.5.1. pr.), pero no por el realizado por un pasajero, aquí no regía la culpa *in eligendo*, dado que el principal no podía rechazarlos, ni tampoco elegirlos (D. 47.5.1.6). Cabe agregar que el transportista sólo respondía si el daño había sido causado en la misma nave, fuera de ella, a pesar de que el perjuicio fuere causado por los marineros, no respondía (D.4.9.7.pr). Si hubiese prevenido el transportista a los pasajeros que cuidasen sus cosas ya que él no respondería por el daño, y los viajeros asintieron al aviso, no quedaba responsabilizado por el *furtum* (D. 4.9.7.pr.). En el caso de los posaderos y de los dueños de caballerizas, respondían por el *furtum* cometido por sus empleados, y también de los que estaban en el lugar para habitarlo, pero no era responsable por el hecho de los pasajeros, porque no se consideraba que el *caupo*, o el *stabularius* eligiera para sí pasajero, ni podía rechazar a los viajeros, pero a los que habitaban perpetuamente los elegía en cierto modo y debía responder por el hecho de los mismos (D. 47.5.1.6). La *actio furti* por responsabilidad refleja era por el *duplum* (D. 47.5.1.2). Cuando se producía el daño causado con *iniuria* a las cosas de los viajeros, el pretor concedía la *actio utilis* de la *Lex Aquilia*, siendo las penas el mayor valor que hubiese tenido la cosa dentro

13 DI PIETRO, A. G.; *Los Riesgos de los viajeros en el Derecho Romano*, op. cit., págs. 7 y 8. BONFANTE, P.; *Instituciones de Derecho Romano*, Traducción de la 8º edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid 1965, Ed. Reus, pág. 534.

del año anterior al perjuicio acaecido, en caso de la muerte de un esclavo ajeno o animal cuadrúpedo contenido en rebaño ajeno (Cap. I de la *lex*), o el valor que tuviese dentro de los últimos 30 días en el caso de otros daños (Cap. III); (Lenel, E.P. § 76). El ejercicio de estas acciones no se podían acumular. Si se había iniciado la *actio de recepto*, no se podía intentar la *actio furti*, ni la *actio utilis legis Aquiliae* (D. 4.9.3.5: “se deberá contentar con una u otra”). Respecto de las acciones penales, si se había descubierto al ladrón o al causante del daño, el viajero perjudicado podía demandar a éstos o al principal, pero no podía acumularlas. Si se ejercitaba la acción contra el principal y era condenado, “debemos ceder nuestras acciones”. En cambio, si resultaba absuelto el principal, se le concedía una excepción al subordinado, “para que no se litigue muchas veces sobre el mismo delito”. Ocurría igual, si el dependiente demandado había sido absuelto: se le concedía la excepción al principal (D. 4.9.6.4). Si se probaba que el ladrón fue el propio principal, se podía actuar contra él por las acciones civiles, es decir, por la *actio furti* o la *actio legis Aquiliae*, pero sin acumularlas a la *actio in factum* por estos delitos (D. 47.5.1.3).<sup>14</sup>

El régimen justiniano se caracterizó por la desaparición de la neta diferenciación entre las distintas acciones que el derecho clásico concretaban la responsabilidad del *nauta*, *caupo* y *stabularius*. La separación entre las acciones penales *in factum* y sus correspondientes civiles, por lo que se refería a la noxalidad, también devino más tenue (D. 47. 5.1.5). La evolución de esta responsabilidad se refleja

14 DI PIETRO, A. G.; *Los Riesgos de los viajeros en el Derecho Romano*, Buenos Aires, 2003, op. cit., págs. 8 y 9. SALAZAR REVUELTA, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum cauponum et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia en el Derecho Romano*, op. cit., págs. 1086 y ss. “Además de los cambios en la forma de concluir el *receptum*, en la época clásica tardía y que llevan al *praestare custodiam* a integrarse en la estructura contractual, la responsabilidad *ex recepto* sufre una sustancial transformación: de garantía contractual a obligación legal. Ello es consecuencia de la progresiva confusión que se produce entre la *actio de recepto* y las *actiones peneles in factum* dada la tendencia postclásico- justiniana a construir acciones generales de responsabilidad rompiendo el esquema riguroso de los tipos clásicos. La responsabilidad objetiva que conlleva el *receptum* nacería, entonces, del simple hecho de que los objetos recibidos en la nave, posada o cuadra hubieran sido dañados o hurtados. Esta tendencia explica que las únicas referencias que tenemos de la *actio damni in factum* se encuentren el título “*Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant*” del Digesto (D. 4.9.6 y 7) y se manifiesta, en la misma denominación de este título: donde ha desaparecido la expresión *salvum fore* de la rúbrica edictal: “*quod cuiusque salvum fore receperint*.” SCHIPANI, S.; *El Sistema Romano de la Responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad*, en *La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, 1995, Ed. Abeledo Perrot, pág. 21 y ss. TALAMANCA, M.; *Elementi di Diritto Privato Romano*, op. cit., págs. 327 y ss. TALAMANCA, M.; *Istituzioni di Diritto Romano*, op. cit., págs. 633 y ss. SALAZAR REVUELTA, M.; *La Responsabilidad Objetiva en el trasporte marítimo y terrestre en Roma*, op. cit., págs. 170 y ss.

hacia la concepción bizantina, ya que Justiniano la englobó en la categoría de los cuasidelitos en I. 4.5.3 y en su correspondiente D. 44.7.5.6: “En efecto, como la acción establecida contra el principal (*nauta, caupo, o stabularius*) no proviene ni de un delito, ni de un contrato, y sin embargo, hasta cierto punto, tiene culpa por haber empleado a malas personas, queda obligado como por un delito”<sup>15</sup>

Serrao opina que es posible evidenciar en el pasaje del texto de D. 4.5.3, en cuanto a la reconstrucción de la disciplina del *quasi delictum* o *quasi maleficium* dos partes yuxtapuestas que se corresponden con dos responsabilidades divergentes: por un lado, la primera parte del texto (*Item- exerceret*) hace coincidir al *ex quasi ex delicto teneri* con la concepción clásica de la responsabilidad objetiva, según el criterio de imputación objetiva del riesgo empresarial: el *exercitor* resultaba obligado *quasi ex delicta* si cualquiera de sus dependientes pertenecientes a la empresa hubiera cometido el hecho delictivo. La segunda parte (*cum enim- videtur*) conectaría, en cambio, la responsabilidad del *exercitor* *quasi ex maleficio* a un criterio subjetivo de negligencia o imprudencia, que el autor califica de “*culpa in eligendo*” o “*culpa in vigilando*”, por el hecho de haber contratado al servicio de su empresa a hombres malos (*mali homines*).<sup>16</sup> Efectivamente, en el derecho clásico el pretor creó primero con las acciones *in factum adversus nautas, caupones et stabularius* en el ámbito penal y, posteriormente, en el contractual, con la *actio de recepto*, sentando un criterio de imputación de la responsabilidad por el

15 SALAZAR REVUELTA, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum cauponum et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia en el Derecho Romano*, op. cit., págs.1097 y ss. “Es obvio que la flexibilidad del nuevo proceso justificaría la aplicación de los principios propios de las acciones civiles a las pretorias; suaviza, por otro lado, la distinción entre el *ius civile* y el *ius honorarium*”. DI PIETRO, A. G.; *Los Riesgos de los viajeros en el Derecho Romano*, op. cit., pág 9. ARANGIO RUIZ, V.; *Instituciones de Derecho Romano*, op. cit., pág. 421. SALAZAR REVUELTA, M.; *La Responsabilidad Objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, op. cit., págs. 206 y ss.

16 SERRAO, F.; *La responsabilità per fatto altrui in Diritto Romano*, Riv. dir. nav., 1965, págs. 32 y 33. SERRAO, F.; *Impresa, Mercato, Diritto. Reflexione minime*, en seminarios Complutenses de Derecho Romano XII, 2000, págs., 108 y ss. FERCIA, R.; *Criteri di responsabilità dell' modelli culturali dell' attribuzione di rischio e regime della nossalità nelle azione penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Italia 2002, Ed. G. Giappichelli, 16 y ss, 42 y ss. Y 51 y ss. “Prefiere hablar, más que de *culpa in eligendo* o *in vigilando*, de *culpa in habendo/utendo/adhibendo*, porque del texto se desprende claramente que la responsabilidad deriva no de la mala elección de los auxiliares, sino de haber utilizado *mali homines* para el ejercicio del negocio.” SALAZAR REVUELTA, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum cauponum et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia en el Derecho Romano*, op. cit., págs.1099 y ss. “A estas predisposiciones de reconducir la responsabilidad objetiva a presunciones de culpa obedecen a la interpolaciones que encontramos en D.4.9.7.4 y D. 47.5.1.5 y 6. En cualquier caso, se trata de una responsabilidad objetiva que aparece en las fuentes “enmascarada” por referencias más o menos explícitas a la culpa.”

riesgo empresarial, sin necesidad de indagar en la conducta o comportamiento del titular del negocio, a quien las normas edictales le hacían directa y objetivamente responsable. Pero, en el derecho justiniano se utilizó como nuevo criterio sistemático: la culpa. Se tendió a subjetivar el *periculum navis exercendae*. Así, la responsabilidad por custodia pasó a ser considerada un tipo particular de *diligentia*, (*diligentia exactissima*), con su único límite en el *casus maior*. Sin embargo, no se trató más que de un criterio de responsabilidad formalmente subjetivo, ya que sustancialmente seguía siendo objetivo.<sup>17</sup>

### III. Derecho Intermedio: Las Siete Partidas

Estos preceptos fueron receptados en el Derecho Intermedio en las Siete Partidas, en la Partida V “De las vendidas, e de las compras”, Título VIII “De los logueros e de los arrendamientos”, ley 26 “Como los ostaleros e los aluergadores, e marineros son tenudos de pechar las cosas que perdieren en sus casas e en sus nauios aquellos que ay recibieren”, por lo cual disponía que “Los que van de camino han de dar sus cosas a guardar, e aquellos que y fallaren fiándose de ellos, sin testigos e sin otro recabo....E guisada cosa es, que pues que fian en ellos los cuerpos, e los aueres, que los guarden legalmente a todo su poder, de guisa que no reciban mal nin daño. E lo que diximos en esta ley entendiéndose de los osteleros e de los tauerneros, e de los señores de los nauios....”<sup>18</sup>

- 17 SALAZAR REVUELTA, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum cauponum et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia* op. cit., págs.1099 y ss. “El carácter objetivo de la responsabilidad ex recepto del derecho clásico permaneció influenciado y, a veces confundido con las acciones penales *in factum*, si bien insertado en un nuevo concepto de responsabilidad contractual que comenzaba en la época postclásica a reelaborarse según criterios subjetivos”. SCHIPANI, S.; *El Sistema Romano de la Responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad*, op. cit., págs. 30 y ss. TALAMANCA, M.; *Elementi di Diritto Privato Romano*, op. cit., págs. 343 y ss. TALAMANCA, M.; *Istituzioni di Diritto Romano*, op. cit., págs. 663 y ss.
- 18 MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.; *Códigos Antiguos de España*, Tomo I, Madrid 1885, Ed. Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal, págs. 541 y ss. “También completa el tema en la Partida V, Título VIII, Leyes 27, 28 y 29 y en la Partida V, Título IX “De los nauios e del precio dellos”, en las leyes 1 a 14”. TRIGO REPRESAS, F.; y LÓPEZ MESA, M.; *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo IV*, op. cit., pág. 1186. COMPAGNUCCI DE CASO, R.; *La Responsabilidad de los hoteleros*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 18, Buenos Aires 1998, Ed. Rubinzel- Culzoni, pág. 150.

## **IV-Artículos 1118 Y 1119, 1º parte del Código Civil de Vélez: La responsabilidad de los dueños de hoteles y embarcaciones.**

Se ha criticado la inclusión de los artículos 1118 y 1119, 1º parte, bajo el título de los cuasidelitos, ya que al existir una duplicidad normativa en la materia, hizo dudar a la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad. La mayoría de los autores consideraban que la responsabilidad de estas personas era contractual, mientras que la minoría indicaba que, siendo una norma de excepción, el damnificado podía optar por cualquiera de las dos acciones, por la aquiliana o la contractual.<sup>19</sup> Vélez, siguiendo a Freitas, confundió así la materia de la responsabilidad por los hechos ilícitos, y legisló sobre responsabilidad contractual dichos artículos en cuestión, que no tenían equivalente en ninguna de las otras fuentes consultadas.<sup>20</sup>

- a) *La responsabilidad de dueños de hoteles, casas de hospedaje y establecimientos públicos:* el art. 1118 del Cód. Civil establecía: “Los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públicos de todo género, son responsables del daño causado por sus agentes o empleados en los efectos de los que habiten en ella, o cuando tales efectos desapareciesen, aunque prueben que les ha sido

19 CIFUNTES, S., y SAGARNA, F.; *Código Civil: comentado y anotado*. Tomo II. Arts. 801 a 1136, op. cit., págs. 824 y ss. TRIGO REPRESAS, F.; y LÓPEZ MESA, M.; *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo IV*, op. cit., págs. 1207 y ss. LLAMBÍAS, J.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo IV-A*, op. cit., págs. 411 y ss. “Aguilar explicaba que ciertas responsabilidades del depositario y del transportador sean tratadas como generadoras de hechos ilícitos cuasidelictuales porque en ellas promediaba un hecho extraño al incumplimiento y al contrato, anterior a ambos o coetáneo con el incumplimiento (*culpa in eligendo o in vigilando*), en tanto la culpa contractual era siempre posterior al contrato y anterior o coetánea con el incumplimiento, consistente, en todo caso, en un hecho del mismo obligado que generaba la responsabilidad directa y no la indirecta que era a la que se referían los mencionados artículos del viejo Código Civil”. LLAMBÍAS, J.; *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II-B. Artículos 896 a 1136*, op. cit., págs. 516 y ss. ORGAZ, A., *Responsabilidad por el hecho ajeno*, Buenos Aires, 1931, La Ley, Tomo 50, págs. 124 y ss. “Los Artículos 1118 y 1119 estaban legislando justamente sobre responsabilidad contractual, el primero, el 1118, relativo al contrato de depósito; y el 1119 al contrato de transporte. Estas responsabilidad no tienen entonces, una apropiada ubicación en el Título de los actos ilícitos que no son delitos.” ALTERINI, A., AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R.; *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, op. cit., págs. 700 y ss.

20 ORGAZ, A., *Responsabilidad por el hecho ajeno*, op. cit., pág. 126. TRIGO REPRESAS, F.; y LÓPEZ MESA, M.; *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo IV*, op. cit., págs. 1186 y ss.

imposible impedir el daño". Se reglaba los efectos de la responsabilidad civil del hotelero, reenviando a las regulaciones relativas al depósito necesario, según lo disponía el art. 1120: "las obligaciones de los posaderos respecto a los efectos introducidos en las posadas por transeúntes o viajeros, son regidas por las disposiciones relativas al depósito necesario".<sup>21</sup> La idea de nuestro Codificador de regular la responsabilidad del hotelero como un supuesto de depósito necesario, parece haber sido que el depositante no se encontraba en libertad de elegir con quién contrataba la custodia de sus bienes, hallándose compelido a celebrar el negocio jurídico por una causa de fuerza mayor. Esto era así, porque en los tiempos de Vélez, en cada sitio existía sólo una posada, y el viajero se veía obligado a confiar en un posadero cuya fama era generalmente dudosa.<sup>22</sup>

21 TRIGO REPRESAS, F., y LÓPEZ MESA, M.; *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo IV*, op. cit., págs. 1207 y ss. "Por esto, para la mayoría de la doctrina considera que se trataba de una responsabilidad contractual, ya que la obligación de seguridad del hotelero, paralela a la obligación de hospedar y brindar servicios ofrecidos se basaría en el factor de atribución objetivo de garantía, obligándose el establecimiento de hospedaje a brindar seguridad a su huésped. Salvat por su parte fundaba esta responsabilidad en un factor de atribución subjetiva, en la culpa *in eligendo* por parte de los hoteleros. Existía una posición sincrética, adoptada por parte de la doctrina, que admitía la opción entre ambas responsabilidades es decir, la contractual y la extracontractual, por lo que el art. 1118 era una cláusula que permitiría saltar lo dispuesto en el art. 1107 del Cód. Civil y obraba como una excepción al principio general. Kemelmajer de Carlucci consideraba que la ubicación metodológica y la tradición romana permiten sostener que eras éste un caso donde el damnificado tenía el derecho de optar. También Enrique Banchio postulaba que en los supuestos de los art. 1118 y 1120 la obligación del posadero no residía en el contrato de depósito sino en su carácter de principal o patrono de las personas de que se sirve". SALVAT, R.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuente de las Obligaciones. Tomo IV*, op. cit., págs. 178 y ss. "Considera que la norma del art. 1118 del Cód. Civ. establecía una presunción de culpa de parte del dueño del hotel o posada; la culpa consistía en una mala elección de las personas ocupadas por ellos como agentes o empleados (*culpa in eligendo*)."  
LLAMBÍAS, J.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo IV-A*, op. cit., págs. 412 y ss. LLAMBÍAS, J.; *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II-B. Artículos 896 a 1136*, op. cit., pág. 517. BORDA, G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo III*, op. cit., pág. 264.

22 TRIGO REPRESAS, F.; y LÓPEZ MESA, M.; *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo IV*, op. cit., págs. 1187 y ss. "El Código de Napoleón, siguiendo a Pothier, reguló la responsabilidad del hotelero como una caso de depósito necesario, agravando la condición de este particular depositario al cargarlo con la responsabilidad por caso fortuito. Ello, al punto que autores como Colin & Capitant, han expresado su opinión de que la situación del hotelero o mesonero equivale a la del locador de obra, en cuanto a la guarda de los efectos del viajero". CIFUENTES, S., y SAGARNA, F.; *Código Civil: comentado y anotado. Tomo II. Arts. 801 a 1136*, op. cit., pág. 824 y ss. "La responsabilidad de los hoteleros y dueños de hospedaje, estaba regulada en los arts. 2229 y ss. del Cód. Civ.(Capítulo VI, Del Depósito necesario, Título XV, Del Depósito, Sección III, De las obligaciones que nacen de los contratos, Libro

Los requisitos para que se configurara esta responsabilidad eran: 1) que el damnificado se alojara en el establecimiento del demandado en calidad de viajero, huésped, o residente accidental. 2) que el daño incidiera en los efectos del viajero o residente, por haber sido destruidos, deteriorados, o desaparecidos (incluía los automotores art. 2231 Cód. Civ.). Los daños personales están al margen de este sistema, y su reparación se regía por los principios de los arts. 1109 y 1113, 1º parte. En consecuencia, el ámbito de aplicación de los arts. 1118 y 2229 y ss. abarcaban dos casos: 1) los daños que los agentes o empleados causaban en los efectos de los que habitan en los hoteles, casas de hospedaje o establecimientos; 2) la desaparición de tales efectos. Establecida la responsabilidad del dueño del hotel o alojamiento, mediante la comprobación de los dos supuestos mencionados anteriormente, se podía eximir acreditando: 1) que el daño era obra del propio damnificado, (art. 2236, *in fine* Cód. Civ.). 2) que el daño era efecto de un caso fortuito o fuerza mayor. A este supuesto se asimilaba el caso de provenir el daño de familiares o visitantes de los viajeros (art. 2230, *in fine* Cód. Civ.). No se estimaba que era caso fortuito el hurto cometido por personas distintas a aquéllas; sólo el robo con amenaza de armas o mediante escalamiento irresistible eximía al deudor. 3) Si se trataba de efectos de gran valor de los que regularmente no llevaban consigo los viajeros (art. 2235 Cód. Civ.) y no eran manifestados al hotelero, por lo tanto era culpa del damnificado por omitir dicha manifestación. No constituía una causal de exoneración la mera ausencia de culpa que intentaba probar el hotelero.<sup>23</sup>

- b) *La responsabilidad de los capitanes de barcos, patrones de embarcaciones y agentes de transporte terrestre:* lo que disponía el art. 1118 del Cód. Civil, era aplicable a los capitanes de buques y patrones de embarcaciones, respecto del daño causado por la gente de la tripulación en los efectos embarcados, cuando esos efectos se

---

II, De los Derechos Personales en las relaciones civiles)”. “Resulta aplicable a la prestación que dimana del contrato de hotelería la Ley 24.240 de Defensa del consumidor”. ALTERINI, A., AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R.; *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, op. cit., págs. 788 y ss.

23 LLAMBÍAS, J.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Tomo IV-A, op. cit., págs. 415 y ss. “Las dos primeras causales resultan de una lisa y llana aplicación de los principios generales de la obligación de custodia que pesa sobre cualquier depositario, la última, es particular del depósito necesario que rige a los hoteleros (art. 1120 Cód. Civ.)” LLAMBÍAS, J.; *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II-B. Artículos 896 a 1136, op. cit., pág. 518. TRIGO REPRESAS, F., y LÓPEZ MESA, M.; *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo IV, op. cit., págs. 1232 y ss.

extravían; y a los agentes de transportes terrestres, respecto del daño o extravío de los efectos que recibían para transportar (art. 1119 del Cód. Civ.). Dicha responsabilidad se extendía al armador del buque, conforme a lo dispuesto por el art. 174, 1º parte *in fine*, de la Ley de Navegación (20.094/73) que dice: “El armador es responsable... por las indemnizaciones a favor de terceros a que haya dado lugar (el capitán) por hecho suyo o de sus tripulantes”; y en su caso, de ser personas distintas, también al propietario o transportador (art. 181).<sup>24</sup> Antes la responsabilidad del armador, propietario o capitán de embarcaciones estaba legislada en el Código de Comercio, pero luego fue regulada por la Ley de Navegación 20.094/73 en los arts. 174 a 182 y concordantes, en donde se estableció un límite de responsabilidad (art. 175), entre otros para los créditos provenientes de “muerte o lesiones corporales de cualquier persona” y “pérdida de bienes o de derechos, o daños sufridos en ellos” (art. 177, inc. 1 y 2). En cuanto a los agentes de transporte terrestre, regían los arts. 162, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 186 y 199 del Cód. Comercial, y de manera similar a los casos anteriores mencionados. Resultó notoriamente ampliada la responsabilidad impuesta por el art. 336 de la Ley de Navegación, según el cual: “Respecto de los efectos personales que el pasajero tenga a bordo bajo su guarda inmediata, el transportador responde solamente por el daño que se pruebe ocasionado por el hecho suyo, del capitán o de los tripulantes”. Cabe agregar que, los riesgos de la navegación no configuran eximiente de responsabilidad, pues el patrón o práctico que dirige la embarcación debe conocer las anormalidades de la zona y ese conocimiento le permite prever sus posibles contingencias y actuar con

<sup>24</sup> TRIGO REPRESAS, F.; y LÓPEZ MESA, M.; *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo IV, op. cit., págs. 700 y ss. LLAMBÍAS, J.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Tomo IV-A, op. cit., pág. 420. LLAMBÍAS, J.; *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II-B. Artículos 896 a 1136, op. cit., pág. 520. BORDA, G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Tomo III, Buenos Aires, 1998, op. cit., pág. 266. CIFUENTES, S., y SAGARNA, F.; *Código Civil: comentado y anotado*. Tomo II. Arts. 801 a 1136, op. cit., págs. 828 y ss. “Los mismos deben responder por los efectos embarcados cuando se extravíen, como así también de todo daño que padecza el viajero en sus cosas (sin perjuicio de la responsabilidad por los daños en la persona del pasajero). Esta responsabilidad sería contractual frente al pasajero siempre que los capitanes de buques o patrones de embarcaciones hayan contratado con los pasajeros, caso contrario regirá la norma en cuestión”. SALVAT, R.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuente de las Obligaciones*. Tomo IV, op. cit., págs. 180 y ss. ALTERINI, A., AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R.; *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, op. cit., págs. 788 y ss.

la cautela requerida frente a la posibilidad de un evento.<sup>25</sup>En lo que respecta al transporte aéreo, no incluido expresamente en el artículo 1119 del Cód. Civ., la responsabilidad se rige por lo establecido en el Código Aeronáutico (dec. Ley 17.285/67), en sus arts. 140 y siguientes que establecen una indemnización tarifada de hasta el equivalente en pesos moneda nacional de dos argentinos oro por kilogramo de peso bruto, según la cotización que éstos tengan en el momento de ocurrir el hecho dañoso, por las mercancías y equipajes; indemnización que además queda limitada al equivalente de cuarenta argentinos oro en total, “en lo que respecta a los objetos cuya guarda conserva el pasajero” (art. 145 Cód. Aeronáutico). Dicha limitación de responsabilidad queda excluida “cuando el daño provenga del dolo del transportador o de algunas de las personas bajo su dependencia, actuando en ejercicio de sus funciones” (art. 147). Y a la inversa, el transportador “no será responsable si prueba que él y sus dependientes han tomado todas las medidas para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas (art. 142); y su responsabilidad se atenúa o queda eximida, “si prueba que la persona que ha sufrido el daño lo ha causado o contribuyó a causarlo” (art. 143), y en los supuestos de echarazón o de cualquier otro daño o gasto extraordinario producido intencional y razonablemente por orden del comandante de la aeronave, para evitar los efectos de un peligro inminente o atenuar sus consecuencias para la seguridad de la aeronave, el perjuicio “será soportado por la aeronave, el flete, la

---

25 TRIGO REPRESAS, F., y LÓPEZ MESA, M.; *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo IV*, op. cit., págs. 700 y ss. “Respecto de la responsabilidad del capitán de un buque, la jurisprudencia ha entendido que el capitán es la persona encargada de la dirección y el gobierno del buque y por ende, máximo y último responsable, siendo él a quien le corresponde decidir lo que considere conveniente y oportuno, bajo su responsabilidad personal. Se ha juzgado que si el capitán del buque contaba con la autoridad y facultades para adoptar las medidas que evitaran el siniestro y no lo hizo, su responsabilidad no es susceptible de ser compartida, aun cuando haya habido condiciones desfavorables que pudieran atribuirle a otros.” “Es necesario destacar que la responsabilidad de los capitanes de buques, embarcaciones estaba regulado por el artículo 1624 *in fine* del Código Civil, (Capítulo VIII De la Locación de servicios, Título VI, De la Locación, Sección III, De las obligaciones que nacen de los contratos, Libro II, De los Derechos Personales en las relaciones civiles.” CIFUENTES, S., y SAGARNA, F.; *Código Civil: comentado y anotado. Tomo II. Arts. 801 a 1136.* op. cit., págs. 824 y ss. ALTERINI, A., AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R.; *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, op. cit., págs. 788 y ss. GARRONE, J. y CASTRO SAMMARTINO, M.; *Manual de Derecho Comercial*, Bs As, 1996, Ed. Abeledo Perrot, págs.836 y ss.

carga y el equipaje registrado, en relación al resultado útil obtenido y en proporción al valor de las cosas salvadas"(art. 154).

## **V. El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.**

El Nuevo Código Civil y Comercial legisla en Libro III de los "Derechos Personales," en el Título V de las "Otras Fuentes de las Obligaciones," en el Capítulo I sobre la "Responsabilidad Civil", en la Sección VI sobre la "Responsabilidad por el hecho de terceros". El art. 1753 trata en general sobre la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente y establece: "El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente."<sup>26</sup>Por consiguiente, esta responsabilidad indirecta objetiva comprende a los dependientes y a las personas que no siendo dependientes son utilizadas por el principal para realizar distintas tareas. Esta es la estructura del vínculo obligacional como fundamento de la responsabilidad. Se recepta además el límite causal tradicional reconocido: se responde cuando el hecho dañoso se produjo en ejercicio o con motivo de las funciones y se precisa que la responsabilidad del principal es concurrente con la del subordinado, es decir, tiene causa fuente diferente. En el mismo Libro III, pero en el Título IV, "Contratos en Particular", en el Capítulo 11, "Depósito", en la Sección 1, "Disposiciones generales" en los arts. 1356 a 1366, se establece que "hay contrato de depósito cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos". En la Sección 3, regula sobre el "Depósito Necesario" y hace mención en el art. 1369 al depósito en hoteles, que tiene lugar por la introducción en ellos de los efectos de los viajeros, aunque no los entreguen expresamente al hotelero o sus dependientes y aunque aquéllos tengan las llaves de las habitaciones donde se hallen tales efectos. El art.

---

<sup>26</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN; 1<sup>º</sup> edición, Buenos Aires 2014, Ed. Infojus, pág. 296 y 303. BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado, concordado. Tomo II*, Bs. As. 2015, Ed. Hammurabi, págs. 182 y ss.

1370, establece que el hotelero responde por los daños y pérdidas sufridos en: a) los efectos introducidos en el hotel; b) el vehículo guardado en el estacionamiento, garajes u otros lugares adecuados puestos a disposición del viajero por el hotelero. Se exime de esta responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad del hotel, y tampoco responde por los objetos dejados en los vehículos de los viajeros, art. 1371, este eximente no rige para los garajes, lugares o playas de estacionamiento que prestan sus servicios a título oneroso (art. 1375). Los viajeros que lleven consigo efectos de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros deben hacerlo saber al hotelero, y guardarlos en cajas de seguridad que se encuentren a su disposición en el establecimiento. En este caso, la responsabilidad del hotelero se limita al valor declarado de los efectos depositados, art. 1372. Si los efectos de los pasajeros son excesivamente valiosos en relación con la importancia del establecimiento, o su guarda causa molestias extraordinarias, los hoteleros pueden negarse a recibirlas, art. 1373. Excepto en esos casos, toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del hotelero se tiene por no escrita, art. 1374. El art. 1375 establece que estas normas se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud, y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares, que presten sus servicios a título oneroso. Ya que el depósito es regulado como contrato consensual, dado la desaparición de la categoría de contratos reales, se lo presume oneroso. En la Sección 4, de este mismo Capítulo 11, trata sobre “las casas de depósito”, el art. 1376, establece que los propietarios de las mismas son responsables de la conservación de las cosas allí depositadas, excepto que prueben que la pérdida, la disminución o la avería ha derivado de la naturaleza de dichas cosas, vicio propio de ellas o de los de su embalaje, o de caso fortuito extremo a su actividad. El art. 1377 dispone que los propietarios mencionados en el artículo anterior deben: a) dar recibo por las cosas que le son entregadas para su custodia, en el que se describa su naturaleza, calidad, peso, cantidad o medida; b) permitir la inspección de las cosas recibidas en el depósito al depositante y a quien éste indique.<sup>27</sup> Nada dice en este capítulo sobre la responsabilidad de los dueños de buques o embarcaciones, pero podemos mencionar que el Capítulo 7, sobre “Transporte”, en la Sección 1º, “Disposiciones generales”, el art. 1280, establece que hay contrato de transporte cuando una parte llamada transportista o porteador se obliga a trasladar personas o cosas de un lu-

<sup>27</sup> BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado, concordado. Tomo I*, op. cit., págs. 706 y ss. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN; op. cit., págs. 235 y ss.

gar a otro, y la otra, llamada pasajero o cargador, se obliga a pagar un precio o flete. El art. 1281 dispone: excepto lo dispuesto en leyes especiales, las reglas de este Capítulo se aplican cualquiera que sea el medio empleado para el transporte. La Sección 2º, legisla el “transporte de personas”, el art. 1291 establece que además de su responsabilidad por incumplimiento del contrato o retraso en su ejecución, el transportista responde por los siniestros que afecten a la persona del pasajero y por la avería o pérdida de sus cosas. El art. 1286 regula la responsabilidad del transportista por los daños causados a las personas transportadas, que está sujeta a lo dispuesto en los arts. 1757 y siguientes, es decir, que son aquellos que legislan sobre la responsabilidad objetiva derivada de la intervención de cosas y ciertas actividades riesgosas o peligrosas, por las cuales responde el dueño y guardián de la cosa o quien realiza, se sirve u obtiene provecho de la actividad, por sí o por terceros. La Sección 3º, trata sobre el “transporte de cosas”, en el art. 1306 se establece que el transportista está obligado a entregar la carga en el mismo estado en que la recibió, excepto causa ajena. El art. 1310 agrega que en caso de cosas frágiles, mal acondicionadas para el transporte, sujetas a fácil deterioro, de animales o de transportes especiales, el transportista puede convenir que responde si se prueba su culpa.<sup>28</sup>

28 BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, Comparado, Concordado. Tomo I*, op. cit, págs. 739 y ss. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN; op. cit, págs. 224 y ss. El art. 1292: las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista de personas por muerte o daños corporales se tienen por no escritas. El art. 1293 regula la responsabilidad por el equipaje. Las disposiciones relativas a la responsabilidad del transportista de cosas por la pérdida o deterioro de las cosas transportadas, se aplican a la pérdida o deterioro del equipaje que el pasajero lleva consigo, con la salvedad de lo previsto en el art. 1294, que establece que el transportista no responde por pérdida o daños sufridos por objetos de valor extraordinario que el pasajero lleve consigo y no haya declarado antes del viaje o al comienzo de éste. Tampoco es responsable por la pérdida del equipaje de mano y de los demás efectos que hayan quedado bajo la custodia del pasajero, a menos que éste pruebe la culpa del transportista. El destinatario no está obligado a recibir cosas con daños que impidan el uso o consumo que les son propios. Sobre el transporte de cosas, el art. 1309: el porteador que entregue las cosas al destinatario sin cobrar los créditos propios o los que el cargador le haya encomendado cobrar contra entrega de la carga, o sin exigir el depósito de la suma convenida, es responsable frente al cargador por lo que le sea debido y no puede dirigirse contra él para el pago de sus propias acreencias. Mantiene su acción contra el destinatario. Art. 1311: la indemnización por pérdida o avería de las cosas es el valor de éstas o el de su menoscabo, en el tiempo y el lugar en que se entregaron o debieron ser entregadas al destinatario. Art. 1312: estipula que en el transporte de cosas que, por su naturaleza, están sujetas a disminución en el peso o en la medida durante el transporte, el transportista sólo responde por las disminuciones que excedan la pérdida natural. También responde si el cargador o el destinatario prueban que la disminución no ha ocurrido por la

## V. Conclusiones

Por la intensificación de la actividad comercial, el pretor creó primero en el ámbito penal las acciones *in factum adversus nautas, caupones et stabularius* y, luego, en el ámbito contractual creó la *actio de recepto*, tomando un criterio objetivo de imputación de la responsabilidad basado en el riesgo empresarial en la etapa del derecho clásico. En cambio el derecho justiniano utilizó un criterio de imputación subjetivo basado en la *culpa in eligendo*, por el cual los *nautae, caupones, y stabularii*, eran culpables por haber elegido como empleados a malos hombres y también por el deber de custodia. Estos criterios romanos fueron receptados en el Derecho Intermedio en las Siete Partidas y posteriormente Vélez Sársfield los acogió en el viejo Código Civil, en los artículos 1118 y 1119, 1º parte, regulando la responsabilidad de los hoteleros, dueños de hospedaje o establecimientos públicos, capitanes, patrones de buques o embarcaciones y de agentes de transportes, por los daños que sufren en sus cosas o efectos. Estas responsabilidades tenían una doble regulación, dado que las mismas se encontraban legisladas como cuasidelitos y también eran reguladas en el ámbito de las obligaciones que nacen de los contratos de depósito y de locación<sup>10</sup>, respectivamente. En la actualidad el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino derogó la duplicidad normativa existente sobre el tema en el viejo Código de Vélez. No la reguló como una responsabilidad nacida de un cuasidelito, sino que la legisló como una responsabilidad contractual derivada de las obligaciones que surgen del contrato de depósito necesario y del contrato de transporte respectivamente.

## VI. Bibliografía

\*Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R.; *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Buenos Aires 1996, Ed. Abeledo Perrot.

\*Álvarez, M.; *Temas de Derecho Privado Romano. Familia. La concepción romana de comunidad familiar en el orden patrimonial. El filius familias como instrumento*

---

naturaleza de las cosas o que, por las circunstancias del caso, no pudo alcanzar la magnitud comprobada. Art. 1313: los que realizan habitualmente servicios de transporte no pueden limitar las reglas de responsabilidad precedentes, excepto en el caso del art. 1310.”

*de adquisición del pater. Acciones adiectitae qualitatis*, Buenos Aires 1999, Ed. de la Universidad de Belgrano.

\*Arangio Ruiz, V.; *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires 1986, Ed. Depalma.

\*Bonfante, P.; *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid 1965, Ed. Reus.

\*Borda, G.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo III*, Buenos Aires, 1998, Ed. Perrot.

\*Bueres, A., *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado. Tomos I y II*, Buenos Aires 2015, Ed. Hammurabi.

\*Burillo Loshuertos, J.; *Los pactos en el Derecho Romano*, Anales de la Universidad de Murcia – Derecho, Vol. XXII, Nº 3-4, Murcia 1964, Ed. de la Universidad de Murcia.

\*Caravajal, P.; *El receptum nautarum y el Papirō Grenf. II 108*, Revista de Estudios Histórico- Jurídicos (Sección Derecho Romano), XXVIII, Valparaíso, Chile, 2006.

\*Cifuentes, S., y Sagarna, F.; *Código Civil: comentado y anotado. Tomo II. Arts. 801 a 1136*. Buenos Aires 2011, Ed. La Ley.

\**Código Civil y Comercial de La Nación*; 1º edición, Buenos Aires 2014, Ed. Infojus.

\*Compagnucci de Caso, R.; *La Responsabilidad de los hoteleros*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 18, Buenos Aires 1998, Ed. Rubinzal- Culzoni.

\*Cornejo, R.; *La Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno*, Bs. As, 1943, Ed. Depalma.

\*Di Pietro, A., *Institutas de Gayo. Texto traducido con notas de autor*, La Plata 1967, Ed. Librería Jurídica.

\*Di Pietro, A.; *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, Buenos Aires 2004, Ed. Ábaco de R. Depalma.

\*Di Pietro, A. G.; *Los Riesgos de los viajeros en el Derecho Romano*, Buenos Aires, 2003, en Revista Prudentia Iuris, Nº 51, Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UCA.

\*Fercia, R.; *Criteri di responsabilità dell' modelli culturali del' attribuzione di rischio e regime della nossalità nelle azione penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Italia 2002, Ed. G. Giappichelli.

\*García del Corral, D. I.; *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona 1897, Ed. Lex Nova.

\*Garrone, J. y Castro Sammartino, M.; *Manual de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1996, Ed. Abeledo Perrot.

\*Lenel, O; *Essai de reconstitution de l' Edit Perpetuel*, Traducido por Frédéric Peltier, Tomo I, París 1901, Ed. Larose & Forcel.

\*Llambías, J.; *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II-B. Artículos 896 a 1136*, Buenos Aires, 1992, Ed. Perrot.

\*Llambías, J.; *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo IV-A*, Bs As. 2005, Ed. Lexis Nexis- Abeledo Perrot.

\*Martínez Alcubilla, M.; *Códigos Antiguos de España, Tomo I*, Madrid 1885, Ed. Administración Arco de Santa María.

\*Moisá, B.; *La responsabilidad por el hecho ajeno. Nota al fallo Gallardo, Julia y otro c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios*, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Buenos Aires, 2010, RCyS 2010-XII, 71, La Ley.

\*Murillo Villar, A.; *La responsabilidad en la Glossa Magna con respecto a los nautae, stabularii y los caupones*, en *La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno*, Burgos, 2001, Ediciones de la Universidad de Burgos.

\*Orgaz, A., *Responsabilidad por el hecho ajeno*, Buenos Aires, 1931, La Ley, Tomo 50.

\*Parellada, C.; *Responsabilidad y dependencia en Derecho de daños. En Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, 1989, Ed. La Rocca.

\*Salas, A.; Trigo Represas, F. y López Mesa, M.; *Código Civil y Leyes Complementarias Anotadas*. Tomo IV-A, Buenos Aires, 1999, Ed. Depalma.

\*Salazar Revuelta, M.; *Configuración Jurídica del Receptum nautarum caupo-num et stabulariorum y evolución de la Responsabilidad Recepticia en el Derecho Romano*, en Anuario de la Facultade de Dereito de la Universidad da Coruña, Nº 10, España, 2006, Ed. Universidad de la Coruña Servicios de Publicaciones.

\*Salazar Revuelta, M.; *Responsables sine culpa en el contrato de transporte y alojamiento en la Roma comercial*, en Revue Internationale des Droits de l' Antiqué, Nº 55, Bélgica, 2008, Ed. Office International des Périodiques.

\*Salazar Revuelta, M.; *La Responsabilidad Objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, Madrid, 2007, Ed. Dykinson.

\*Salvat, R.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuente de las Obligaciones*. Tomo IV, Buenos Aires, 1958, Editorial Tipográfica Editora Argentina.

\*Schipani, S.; *El Sistema Romano de la Responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad*, en *La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, 1995, Ed. Abeledo Perrot.

\*Schipani, S.; *Código Civil de la República Argentina. Con la traducción de Idelfonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas*, Buenos Aires 2007, Rubinzal - Culzoni editores.

\* Serrao, F.; *La responsabilità per fatto altrui in Diritto Romano*, Riv. dir. nav., 1965.

\*Serrao, F.; *Impresa, Mercato, Diritto. Reflexione minime*, en Seminarios Complutenses de Derecho Romano XII, 2000.

\* Talamanca, M.; *Elementi di Diritto Privato Romano*, Milano 2001, Giuffrè Editore.

\* Talamanca, M.; *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano 1990, A. Giuffrè Editore.

\*Trigo Represas, F.; y López Mesa, M.; *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo IV, Buenos Aires 2011, Ed. La Ley.

# Os desafios para o Direito na sociedade contemporânea

*Newton de Lucca*

Desembargador Federal do TRF da 3<sup>a</sup> Região.  
Professor Titular da USP.

## I. Agradecimentos iniciais

Sejam as minhas palavras iniciais de agradecimento aos organizadores desta justa homenagem prestada ao eminente e saudoso jurista paraense professor Clóvis Cunha da Gama Malcher, nesta ocasião em que se comemora o centenário de seu nascimento.

Era escusado dizer que me sinto honrado e feliz pelo amável convite formulado... Embora não tenha tido o privilégio de ter conhecido pessoalmente nosso ilustre homenageado, sei que ele foi um homem profundamente vocacionado para o sacrossanto exercício da jurisdicção.

Penso poder comprovar o que estou a lhes dizer com esta maravilhosa passagem de Stendhal, segundo a qual "*Vocação é a felicidade de exercer o ofício da paixão*"... O professor Clóvis Cunha da Gama Malcher exerceu, com paixão, a docência por ter sido sempre vocacionado para ela...

Se o tivesse conhecido pessoalmente, tenho a certeza de que seríamos grandes amigos... Sei que ele enfrentou corajosamente, em determinados momentos, a ditadura militar, emprestando seu apoio às atividades de pessoas que lutavam pela liberdade na Universidade Federal do Pará.

Tal ocorreu entre os anos de 1973 e 1977, quando foi reitor da universidade, exatamente no período em que ela sofria delicados momentos de repressão. Pelo que sei, Clóvis Cunha da Gama Malcher, plenamente engajado com os destinos dela, trazia em seu DNA o mais acendrado amor à liberdade.

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito, Clóvis Cunha da Gama Malcher destacou-se, também, como advogado militante em Belém, além de consultor geral do Município e secretário de Estado de Interior e Justiça.

Aposentou-se apenas aos 90 anos de idade, podendo-se dizer, como o fez São Paulo, ter “*combatido o bom combate, completado a carreira e guardado a fé*”. Não contente com isso, porém, ele ainda continuou sendo consultor do escritório de advocacia, fundado por seu pai, José Carneiro da Gama Malcher, um dos advogados pioneiros do Estado do Pará.

Recebi este honroso convite, como não poderia deixar de ser, não na doce ilusão de que seria a pessoa mais adequada para participar desta solenidade de abertura, mas como uma espécie de homenagem, ainda que não de todo merecida, a quem tanto amor sempre teve — e continua a ter, mais do que nunca — pela terra e pela gente paraense...

## **II. Considerações Introdutórias**

Estamos no início do século XXI, mas não tão no início. Quinze anos já decorreram, desde as primícias não apenas de um novo século, mas de um novo milênio, do qual tanto se esperava, pois as ânsias por um novo período para a história da humanidade expandiram-se com todas as forças a partir da Declaração Universal dos Direito Humanos, de 1948, ganhando especial impulso a partir da queda do muro de Berlim, em 1989, pondo fim à chamada “Guerra Fria”.

Mas o 11 de setembro, de um lado, e as guerras do Afeganistão e do Iraque, de outro, logo mostraram que, em vez de caminharmos adiante, estávamos retrocedendo, ou indo “*a passo di gambero*”, como iria assinalar Umberto Eco, em sua famosa obra...<sup>1</sup>

Com efeito, uma análise da sociedade contemporânea, por mais superficial que seja, não deixa de revelar esse quadro verdadeiramente confrangedor, já posto em realce, há algum tempo, por Octavio Paz, outrora aquinhoad com o Nobel de Literatura:

“O agressivo recrudescimento dos particularismos raciais, religiosos e linguísticos ao mesmo tempo que a dócil adoção de formas de pensamento e conduta erigidas em cânones universais pela propaganda comercial e política, a elevação do nível de vida e a degradação do **nível da vida**; a soberania do objeto e a desumanização daqueles que o produzem ou o utilizam; o predomínio do coletivismo e a evaporação da noção de próximo. Os meios se transformaram em fins: a política econômica em lugar da

---

<sup>1</sup> “A passo di Gambero. Guerre Calde e Populismo mediatico”, Milão: Bompiani, fevereiro de 2006.

*economia política; a educação sexual e não o conhecimento através do erotismo; a perfeição do sistema de comunicações e a anulação dos interlocutores; o triunfo do signo sobre o significado nas artes, e, agora, da coisa sobre a imagem..."*

O citado autor, escrevendo a propósito da crescente desigualdade entre países ricos e pobres, em luminosa análise da sociedade contemporânea,<sup>2</sup> ao observar o último parágrafo da seção *Burgueses e proletários* do *Manifesto Comunista* de Karl Marx, pôs em destaque a circunstância de que haveria sua plena aplicabilidade às relações hoje existentes entre nações ricas e pobres, afirmando que “*bastaria substituir as palavras classe por nação, burguesia por países desenvolvidos, proletariado e operários por países subdesenvolvidos, para pensar que se trata de um texto sobre a realidade atual.*”

E o que se pode esperar do futuro? Caberia, então perguntar...

Seja-me permitido valer-me das sábias considerações de Norberto Bobbio:

“*O futuro da terra só pode ser objeto de uma aposta; ou, para quem não se contenta com uma aposta, e acredita que isso esteja em nossas mãos, de um empenho. Os sinais premonitórios são tanto negativos quanto positivos. Sem dúvida, um dos mais preocupantes sinais negativos é a crescente desigualdade entre países ricos e pobres, que é condição permanente de domínio dos primeiros, e de conflitos entre os segundos.*”

Quanto ao sinal favorável, ao contrário, não obstante o seu espírito confes-sadamente pessimista,<sup>3</sup> sustenta Bobbio ser “*a intensidade cada vez maior com*

2 No livro “Signos em Rotação”, Editora Perspectiva, coleção debates, artigo com o mesmo título do livro, São Paulo, 1972, p. 97, assinala esse grande e já saudoso autor mexicano: “*Não tenho outro remédio senão repetir, sem qualquer alegria, for the sake of the argument, alguns fatos conhecidos por todos: a ausência de revoluções em países que Marx chamava de civilizados e que hoje se chamam de industriais e desenvolvidos; a existência de regimes revolucionários que aboliram a propriedade privada dos meios de produção sem abolir contudo nem a exploração do homem nem as diferenças de classe, hierarquia ou função; a substituição quase total do antagonismo clássico entre proletários e burgueses, capital e trabalho, por uma dupla e feroz contradição: a oposição entre países ricos e pobres, e as querelas entre Estados ou grupos de Estados que se unem ou separam, que se aliam ou se combatem movidos pelas necessidades da hora, da geografia e do interesse nacional, independentemente dos sistemas sociais e das filosofias que dizem professar*”.

3 Depois de referir-se ao seu «pessimismo biológico», deixando em suspenso a questão de ser um pessimismo biológico ou cultural, diz-nos Bobbio (ob. cit. pp. 152/153): «*Mas faço a distinção, de qualquer modo, entre o pessimismo cósmico – que deriva da profunda convicção, que me acompanhou durante toda a vida, da radical inexplicabilidade e insuperabilidade do mal em suas formas de mal ativo, a maldade, e de mal passivo, o sofrimento, um e outro em relação de recíproca interação – e o pessimismo histórico, que se fundamenta na constatação do triunfo do mal sobre o bem e nos deixa sempre com a respiração em suspenso, em angustiada espera por um mal cada vez maior: depois de Auschwitz e da bomba de Hiroxima, a acumulação nos arsenais*

*que no campo internacional vem sendo reproposto o tema da garantia dos direitos do homem, a começar pela Declaração Universal de 1948, que apontou uma meta ideal e traçou uma possível linha de desenvolvimento do direito internacional em direção à afirmação de um direito cosmopolítico, já previsto por Kant.*

Essa ideia kantiana de um direito cosmopolítico resgata, de maneira admirável, aquela utopia imaginada por Cícero, há mais de vinte séculos, da *communis humani generis societas*, ou, em vernáculo, sociedade mundial do gênero humano.

Quais respostas o Direito nos dará, neste século XXI, sobre o que resta das nossas utopias?... Estamos mergulhados no oceano da *pós-modernidade* — ou *modernidade líquida*, segundo a expressão cunhada pelo sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Bauman<sup>4</sup> — onde pouco ou nenhum espaço parece haver para as utopias. Nela tudo se torna volátil, etéreo, fugaz, carecendo a vida humana de raízes firmes, de consistência e de estabilidade.<sup>5</sup>

Neste contexto, para que servem as utopias?... Eis a pergunta à qual o escritor Eduardo Galeano soube tão bem responder nesta famosa passagem:

*“A utopia está lá no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.”*

---

*do mundo todo de armas cada vez mais letais, das quais pode advir o fim da humanidade, o “fim da história”, não no sentido de sua realização, mas de seu aniquilamento». Finalizando, fazendo a evocação da metáfora da caverna de Platão, segundo entendi, remata Bobbio: «E não deixarei de falar do pessimismo existencial, compreendido como a sensação, que sempre tive acutíssima, da falência de qualquer esforço para sair da caverna (o que explica o meu pessimismo da vontade)».*

4 Autor, entre outros, dos seguintes livros: *Globalização: as Consequências Humanas*, tradução de Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Zahar, 1998; *Modernidade e Ambivalência*, tradução de Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Zahar, 1999; *Modernidade Líquida*, tradução de Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001; *Amor Líquido*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2004; *Ética pós-moderna*, tradução de João Rezende Costa, 3<sup>a</sup> ed., São Paulo: Paulus, 2006; *Tempos líquidos*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2007; *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2008; *Medo líquido*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, além de *Comunidade, Em busca da política, Europa, Identidade, O mal-estar da pós-modernidade, Modernidade e holocausto, Vidas desperdiçadas, Vida líquida*, todos editados pela Zahar.

5 Cf., a propósito, meu livro *Da ética geral à ética empresarial*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 123, nota nº 6, no qual afirmei ser razoável supor-se que essa concepção de Bauman esteve anteriormente presente em Marx, quando, segundo M. Berman (1982), aquele autor mencionava a ação do éter nas revoluções modernas, desfazendo progressivamente aquilo que era considerado sólido.

Dos nossos sonhos e das nossas utopias, hão de ficar, talvez, mais coisas más do que boas... Por isso mesmo, na epígrafe de um de meus poemas, evoquei esta comovente passagem de Shakespeare (na peça Júlio César, ato II, fala de Marco Antônio):

*“O mal que os homens fazem vive depois deles. O bem que puderam fazer permanece quase sempre enterrado com os seus ossos.”*

Se tivesse a ventura de ser um filósofo do Direito, a minha situação estaria, com certeza, bem mais confortável. Como disse Bobbio,<sup>6</sup> o filósofo do Direito é um especialista em nada, estando autorizado, com muita frequência, ao contrário do que sucede com os seus colegas juristas, a se ocupar de tudo. Mas, como não me considero — e não o sou, efetivamente — nem jurista, nem, muito menos, filósofo do Direito, mas tão somente um observador perplexo — e, mais do que perplexo, estarrecido e mesmo estupefato — da irremediável falência dos valores humanos, em pleno século XXI, nada mais natural que me atenha, com todo o cuidado, aos acanhados limites de minha modesta condição de singelo observador...

Tomo emprestadas, então, por um momento, as precisas palavras de Ulrich Beck: “A velha sociedade industrial baseada na distribuição de bens, foi sendo substituída por uma nova sociedade de risco, estruturada na distribuição de males.”

Despiciendo assinalar, aliás, que seria necessário um autêntico tratado — e não simplesmente uma exposição tão modesta como esta — para que se fizesse um elenco de todos esses males que afligem a sociedade contemporânea, muito particularmente a brasileira, esta mergulhada num imenso oceano de acrasia ética, onde até mesmo o acendrado amor pelo estudo aprofundado tornou-se coisa totalmente supérflua e descartável...

Atrevi-me a dizer, certa vez, que nossa sociedade trata os bandidos como poetas e os poetas como bandidos... Claro que, como não poderia deixar de ser, houve quem se irritasse com essa minha *boutade*, mas a irritação decorreu, muito provavelmente, da verdade que ela continha...

Basta ver, por exemplo, que dos 81 senadores e mais de 500 deputados federais integrantes do Congresso Nacional brasileiro, aproximadamente uma centena e meia deles — vale dizer, 25% do total das suas duas Casas — são alvos de pelo menos uma ação penal, tramitando no Supremo Tribunal Federal ou em fase de investigação. A chamada “Operação Lava Jato” — uma espécie de irmã siamesa

6 «*De senectute e altri scritti autobiografici*», Einaudi, Turim, 1996, pp. 169 e 170.

da operação “Mani Puliti” italiana (ou “mãos limpas” em nosso vernáculo) — já arrastou cerca de vinte parlamentares brasileiros para o âmbito do Poder Judiciário, estando entre eles os presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, senador Renan Calheiros e deputado Eduardo Cunha, respectivamente...

Algum espírito mais desavisado poderia atribuir a culpa ao povo brasileiro já que a nossa Constituição proclama, no art. 1º, que: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

A par da retórica enganosa e cínica desse dispositivo da Constituição brasileira, a respeito da qual falar-se-á mais adiante, cabe assinalar que a teoria da representação popular, sabiamente desenvolvida pela burguesia ascendente para minar as forças do poder aristocrático tradicional, acha-se em plena decadência, neste século XXI, em que, mesmo nos países mais desenvolvidos do mundo, a democracia oficial parece estar cada vez mais distante da democracia real, ainda que o cinismo dos tempos atuais se esmere em obnubilar a distinção entre a forma e o fundo dos conceitos.

A semântica do cinismo a que me refiro corresponde, de certo modo, à “razão cínica”, de que nos fala o filósofo esloveno Slavoj Zizec, tema sobre o qual pretendo voltar nas linhas conclusivas da presente exposição.

Por ora, apenas como um exemplo, para não receber a increpação de ser “politicamente incorreto” no âmbito da sociedade brasileira, teria de substituir a palavra *bandido* por *infrator*, como estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, em se tratando de *crianças infratoras* e de *adolescentes infratores...*

É que parecia haver uma crença — tão jovial quanto pitoresca, sob todos os aspectos — de que o som dessa última palavra (*infratores*) pudesse amenizar os assombrosos índices de criminalidade infantil e juvenil que assolam o País... *Simples assim*, como virou moda dizer...

Assim, em meio a tantos temas que poderiam ser escolhidos para esta aula, desde a disciplina jurídica da concorrência empresarial ao direito do consumidor; do direito ao meio ambiente, objeto da recente encíclica papal, “*Laudato, Si*”, ao chamado ativismo judicial; da grave questão da destruição da biosfera e dos esforços da Organização das Nações Unidas para estabilizar em nível mundial o volume de emissões de gases-estufa; da proteção à biodiversidade existente do planeta; do magno problema do combate à corrupção, ao tráfico internacional de drogas e ao terrorismo; todos eles de notória importância e atualidade, resolvi ficar, talvez, com o mais instigante e intrigante deles, qual

seja, o que nós podemos esperar do Direito neste século XXI, se é que possamos dele esperar, efetivamente, alguma coisa...

### **III . Considerações introdutórias sobre o tema escolhido**

Era escusado dizer que o título: “Os desafios para o Direito na sociedade contemporânea” pressupõe que o conceito de Direito já seja do conhecimento de todos, o que está longe de ser verdadeiro, dado que os juristas e os filósofos do Direito jamais se puseram de acordo com o real sentido e alcance desse conceito.

Sabe-se, aliás, da confusão ainda hoje existente quando determinados conceitos hauridos da cultura continental são justapostos ou contrapostos àqueles oriundos da tradição anglo-saxônica.

Socorro-me, novamente, de Norberto Bobbio:

*"No que se refere ao significado da palavra ‘direito’ na expressão ‘direitos do homem’, o debate é permanente e confuso. Contribuiu, para aumentar a confusão, o encontro cada vez mais frequente entre juristas de tradição e cultura continental e juristas de tradição anglo-saxônica, que usam frequentemente palavras diversas para dizer a mesma coisa e, por vezes, acreditam dizer coisas diversas usando as mesmas palavras. A distinção clássica na linguagem dos juristas da Europa continental é entre ‘direitos naturais’ e ‘direitos positivos’. Da Inglaterra e dos Estados Unidos — por influência, creio, sobretudo de Dworkin —, chega-nos a distinção entre moral rights e legal rights, que é intraduzível e, o que é pior, numa tradição onde direito e moral são duas esferas bem diferenciadas da vida prática, incompreensível: em italiano, a expressão ‘direitos legais’ ou ‘jurídicos’ soa redundante, enquanto a expressão ‘direitos morais’ soa contraditória. Não tenho dúvidas de que um jurista francês teria a mesma reticência em falar de droits moraux e um alemão, de moralische Rechte. E então? Devemos renunciar a nos entendermos? O único modo para nos entendermos é reconhecer a comparabilidade entre as duas distinções, em função da qual ‘direitos morais’ enquanto algo contraposto a ‘direitos legais’ ocupa o mesmo espaço ocupado por “direitos naturais” enquanto algo contraposto a ‘direitos positivos’. Trata-se, em ambos os casos, de uma contraposição entre dois diversos sistemas normativos, onde o que muda é o critério de distinção. Na distinção entre moral rights e legal rights, o critério é o fundamento;*

*na distinção entre ‘direitos naturais’ e ‘direitos positivos’, é a origem. Mas, em todos os quatro casos, a palavra ‘direito’, no sentido de direito subjetivo (uma precisão supérflua em inglês, porque right tem somente o sentido de direito subjetivo) faz referência a um sistema normativo, seja ele chamado de moral ou natural, jurídico ou positivo. Assim como não é concebível um direito natural fora do sistema das leis naturais, também não há outro modo de conceber o significado de moral rights a não ser referindo-os a um conjunto ou sistema de leis que costumam ser chamadas de morais, ainda que nunca fique claro qual é o seu estatuto (do mesmo modo como, de resto, nunca ficou claro qual é o estatuto das leis naturais).”*

Na sequência de seu pensamento, prossegue esse autor peninsular:

*"Estou de acordo com os que consideram o ‘direito’ como uma figura deônica, que tem um sentido preciso somente na linguagem normativa. Não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta. A não usual expressão ‘direitos morais’ torna-se menos estranha quando é relacionada com a usadíssima expressão ‘obrigações morais’. A velha objeção segundo a qual não podem ocorrer direitos sem as obrigações correspondentes, mas podem ocorrer obrigações sem direitos, deriva da confusão entre dois sistemas normativos diversos. Decerto, não se pode pretender que a uma obrigação moral corresponda um direito legal, já que a uma obrigação moral pode corresponder apenas um direito moral. O costumeiro exemplo de que a obrigação moral de dar esmolas não faz nascer direito de pedi-las é impróprio, porque esse exemplo mostra apenas que de uma obrigação moral não nasce uma obrigação jurídica. Mas pode-se dizer o mesmo do direito moral? Que sentido pode ter a expressão ‘direito moral’ se não a de direito que corresponde a uma obrigação moral? O que, para os juristas é, um ius imperfectum pode ser um ius perfectum do ponto de vista moral. Sei muito bem que uma tradição milenar nos habituou a um uso restrito do termo ius, limitado a um sistema normativo que tem força de obrigatoriedade maior do que todos os demais sistemas, morais ou sociais; mas, quando se introduz a noção de ‘direito moral’, introduz-se também, necessariamente, a correspondente ‘obrigação moral’. Ter direito moral em face de alguém significa que há um outro indivíduo que tem obrigação moral para comigo. Não se quer dizer, com isso, que a linguagem moral deva se servir das duas*

*figuras deônticas do direito e da obrigação, que são mais adequadas à linguagem jurídica; mas, no momento mesmo em que nos servimos delas, a afirmação de um verdadeiro direito implica a afirmação de um dever e vice-versa. Se a afirmação do direito precede temporalmente a do dever ou se ocorre o contrário, eis um puro evento histórico, ou seja, uma questão de fato: para dar um exemplo, um tema bastante discutido hoje é o de nossas obrigações, de nós contemporâneos, em face das futuras gerações. Mas o mesmo tema pode ser considerado do ponto de vista dos direitos das futuras gerações em relação a nós. É absolutamente indiferente, com relação à substância do problema, que começemos pelas obrigações de uns ou pelos direitos dos outros. Os pôsteros têm direitos em relação a nós porque temos obrigações em relação a eles ou vice-versa? Basta colocar a questão nesses termos para compreendermos que a lógica da linguagem mostra a absoluta inconsistência do problema."*

Seja como for, porém, ciência ou prudência, sabemos que ele deverá ter uma finalidade e esta não poderá ser outra senão a de construir uma sociedade justa, fraterna e igualitária, ainda que assimétricas possam ser nossas concepções em torno do que seja *justo, fraternal e igualitário...*

Arrisco-me a dizer, então, que o Direito é — ou, pelo menos, deveria ser — aquele ramo do conhecimento humano que busca encontrar soluções para o bem-estar de toda a humanidade...

A partir de tais considerações, parece-me que o nosso principal desafio será o de saber se tal *desideratum* — o bem-estar da humanidade — está sendo alcançado com as normas existentes em cada país e, bem assim, as editadas no âmbito do direito internacional.

A tal indagação parece-me que a resposta há de ser, peremptoriamente, negativa. Assistimos, diariamente, à progressiva degradação do meio ambiente, à desagregação dos valores fundamentais da pessoa humana, ao crescimento da fome e da miséria em várias partes do mundo, para ficar apenas em alguns poucos exemplos...

Nesse contexto, cabe naturalmente uma outra pergunta: qual será o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário diante das crises que se multiplicam na sociedade contemporânea?...

Claro está que esse tema — fundamental sob todos os aspectos —, para conforto e alívio de todos, há de ficar para uma outra palestra...

## **IV. Breves considerações sobre a realidade brasileira**

Não pretendo, em tão curto espaço de tempo, fazer uma análise crítica da realidade brasileira, tarefa que extrapolaria os lindes de uma simples aula, ainda que magna... Será, antes, o desabafo de um professor de Direito, desejoso, desde logo, de apresentar suas sinceras desculpas por esta singela exposição, pelo seu tom ácido, desencantado, amargurado e, portanto, necessariamente pessimista, como não poderia deixar de ser...

Sei que estarei incorrendo, de certo modo, numa espécie de “contradição semântica”, vamos chamar assim, pois professor, como sempre costumo dizer, é quem professa, quem acredita, resultando daí que um professor pessimista não deixa de ser, até certo ponto, uma contradição nos próprios termos.

Em minha defesa, se é que tenho alguma prestável, contra essa acusação que eu mesmo me fiz, é que entre tantos autores que admiro, encontrei admiráveis defesas do pessimismo.

Um deles, Octavio Paz, tão bem difundido entre os brasileiros pelo eminente e querido Prof. Celso Lafer, dizia ser pessimista por uma espécie de fatalidade congênita. E dava suas explicações para isso.

Outro autor, igualmente meu guru, é Norberto Bobbio, que dissertou, com sua grande genialidade, sobre os vários tipos de pessimista existentes, concluindo que ser pessimista era uma espécie de “dever cívico”...

Tentarei, então, comentar quais as principais contradições existentes no sistema jurídico brasileiro...

Um estrangeiro que se proponha a ler a Constituição Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988, chegará, muito provavelmente, a conclusões absolutamente erráticas em relação à realidade brasileira. Ela completou 27 anos no último dia 5 de outubro. Uma das constatações, que me parece irrecusável, é a de que a efetivação de todas as garantias constitucionais parece ser um ideal ainda muito distante, bastando mencionar, a propósito, a existência de mais de uma centena de dispositivos que precisam ser regulamentados. Cerca de noventa deles acham-se em fase de tramitação no Parlamento Nacional.

Permito-me contar aqui duas anedotas que circulam a propósito da Constituição de 1988.

Na primeira delas, o cidadão procurava nas estantes o exemplar da Constituição na seção de livros jurídicos. Inconformado, após quase meia hora de procura em vão, resolveu perguntar ao funcionário da livraria o porquê de não

encontrar o exemplar da Constituição, tendo recebido como resposta o seguinte: “*Meu Senhor, a seção de livros de ficção científica fica no subsolo da nossa loja...*”

Na segunda — tão pertinente quanto a primeira —, ocorre a mesma situação, mas a resposta do funcionário da livraria foi um pouco diversa: “*Meu Senhor, a nossa seção de periódicos fica em outro lugar...*”

Tais anedotas facilitam-me o trabalho de tentar explicar o que se passa no Brasil em relação à eficácia da nossa Constituição Federal. Um dos nossos maiores escritores de todos os tempos terá sido, inegavelmente, Machado de Assis. Numa tentativa de simplificação das coisas, acho que poderia dizer que Eça de Queirós está para Portugal assim como Machado de Assis está para o Brasil. Dois escritores geniais, em síntese.

Entre os maravilhosos escritos de Machado de Assis (contos, romances e poemas) há um conto, intitulado “*O Espelho*”, de que se valeu o eminent professor Fábio Comparato, para fazer uma penetrante análise da nossa realidade.

Assinalou ele, então, o seguinte:<sup>7</sup>

“Se lançarmos os olhos para o Brasil, haveremos de reconhecer, sem maior esforço de análise, que as Constituições aqui promulgadas apresentam-se, invariavelmente, pela alma exterior de que falava o narrador de ‘*O Espelho*’, como indumentárias de gala, exibidas com orgulho aos estrangeiros em comprovação de nosso caráter civilizado. São vestes litúrgicas, envergadas por doutores e magistrados nas cerimônias de culto oficial. Para o dia a dia doméstico, contudo, preferimos, como é natural, usar trajes mais simples e cômodos.”<sup>8</sup>

A fim de facilitar a compreensão de tal análise, seja-me permitido fazer um rápido resumo do conto de Machado de Assis...

Jacobina era um homem de 45 anos, de origem humilde, que conseguiu subir na vida graças à nomeação que obteve para um posto militar. Estando reunido com

7 *Brasil: A Ausência de República e de Democracia – O Direito e o Aveso*, originalmente publicado na revista *Estudos Avançados*, editada pelo Instituto de Estudos Avançados da USP, v. 23, nº 67, e, posteriormente, com ligeiras modificações, em *Rumo à Justiça*, São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 343 e ss.

8 Para os que desejam aprofundar-se nesse conto magistral de Machado de Assis, *O Espelho*, que tão bem dissecia a dualidade da máscara com que se veste o homem, tal como naquela oportunidade, recomendo a análise do professor Alfredo Bosi, in Machado de Assis, *O enigma do olhar*, 1<sup>a</sup> ed., 3<sup>a</sup> impr., São Paulo: Editora Ática, 2003, pp. 73 e ss., especialmente, pp. 102 e ss.

mais quatro amigos, debatendo sobre a alma, o universo e outros assuntos, manteve-se a maior parte do tempo calado, demonstrando desinteresse sobre o tema...

Quando, porém, um dos presentes exigiu que ele externasse sua opinião, Jacobina diz que contaria um episódio de sua vida, pretendendo defender sua teoria de que cada pessoa possui, na verdade, duas almas: uma exterior e outra interior.

E a história de Jacobina foi, mais ou menos, a seguinte... Aos 25 anos, fora nomeado Alferes da Guarda Nacional, o que lhe garantira considerável mudança em sua posição social. Passou a desfrutar do orgulho de sua família e das pessoas mais próximas, pois, agora, era o "Sr. Alferes". Sua tia Marcolina, sabedora da situação de que desfrutava seu sobrinho, ao convidá-lo para visitar o sítio em que morava, oferece-lhe um grande espelho, proveniente da Família Real Portuguesa, seguramente a melhor mobília da casa, colocando-o no quarto destinado a Jacobina.

A partir desse momento, tudo começa a mudar em sua vida. A percepção que Jacobina tinha de si mesmo passou a ser aquela que outros tinham dele, e não mais aquela que ele tinha de si próprio...

Algum tempo depois de chegar ao sítio, sua tia Marcolina resolveu viajar. Com a ausência dela, os escravos fugiram do sítio e Jacobina viu-se, de repente, absolutamente sozinho. Na aspereza dessa solidão, sente-se angustiado por ter perdido aquela sua "alma exterior", que nada mais era do que a imagem que os outros faziam dele. Quando ele decide olhar o espelho, deu-se conta de que a imagem por este refletida, estava diferente, deteriorada e difusa, assim como era a imagem que ele fazia de si mesmo quando estava na ausência dos outros.

À míngua da nitidez necessária para que pudesse enxergar a si mesmo, Jacobina resolveu vestir sua farda, olhando-se novamente no espelho. Enfim, a imagem agora era nítida e com absoluta clareza de pormenores. Recuperada, assim, a "alma exterior" — alimento da sua "alma interior" —, Jacobina logrou escapar da angústia e da solidão nos dias que se seguiram. Terminada sua história, Jacobina vai-se embora, deixando perplexos os amigos com seu impressionante relato de que nós possuímos duas almas...

É claro que não me considero com a autoridade do professor Fábio Konder Comparato na interpretação desse conto de Machado de Assis — e, muito menos ainda, da que fazem outros grandes acadêmicos das nossas Letras, professor Fábio Lucas, de um lado, e professor Alfredo Bosi, de outro —, mas me parece indubitável que, em última análise, Machado de Assis deixa claro que, em "O Espelho", nossa "alma externa", ligada à condição e ao prestígio sociais, à

imagem que as outras pessoas fazem de nós, é muito mais importante do que a nossa própria "alma interna", correspondente à nossa verdadeira personalidade.

Um dos exemplos da "alma externa" da Constituição brasileira pode ser encontrado no art. 5º, encartado entre os "Direitos e Garantias Fundamentais". Diz tal artigo:

*"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)"*

Vários incisos desse artigo 5º ainda não foram regulamentados, embora já tenham se passado quase trinta anos da promulgação da nossa Constituição. Destaco, exemplificativamente, os seguintes:

*Inciso VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;*

Até hoje, porém, ainda não dispomos de uma lei, disciplinando a liberdade de consciência e de crença. Tramitam várias propostas no Parlamento Nacional, parecendo que a de nº 160, de 2009, que dispõe sobre as Garantias e Direitos Fundamentais ao Livre Exercício da Crença e dos Cultos Religiosos, estabelecidos nos incisos VI, VII e VIII do art. 5º e no § 1º do art. 210 da Constituição da República Federativa do Brasil, é a mais adiantada delas...<sup>9</sup> Mas o nosso Congresso Nacional, infelizmente, parece estar mais ocupado com outras questões internas...

*Inciso XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;*

Ao que consta, cerca de treze propostas sobre o tema foram apresentadas no Congresso logo nos quatro anos seguintes à promulgação da CF. A maioria delas foi arquivada. Anterior à disposição, há sobre o tema a lei 5.764 de 1971, que definiu a política Nacional de Cooperativismo.

<sup>9</sup> Em 22/10/2015, a chamada "Lei Geral das Religiões", como é conhecido esse PL da Câmara 160/09, foi aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sendo enviada, nesta data, ao Relator atual, deputado Marcelo Crivella.

Mas o exemplo mais gritante de todos, a meu ver, está na ausência de uma regulamentação dos arts. 220 e 221 da Constituição,<sup>10</sup> que cuidam da adequação dos programas de rádio e televisão aos grandes valores republicanos e democráticos, assim como a concessão, a permissão e a autorização para o serviço de transmissão sonora e de imagens permanecem inteiramente controladas, quer por interesses pessoais de políticos, quer pelos dos grandes empresários...

Com tais considerações, tento atender ao comando dado pelo eminent professor Fábio Konder Comparato — meu orientador do mestrado e do doutorado no passado, mas, igualmente, um dos meus gurus do presente — a todos os intelectuais do Brasil: “*Denunciar sem tréguas a ilegitimidade absoluta da organização política brasileira, à luz dos grandes princípios éticos.*”<sup>11</sup>

Na conclusão desse seu estudo verdadeiramente seminal, assim concluiu o citado professor:

“*Na oração fúnebre que proferiu em homenagem à memória dos seus compatriotas mortos no primeiro ano da Guerra do Peloponeso, Péricles fez o elogio da democracia ateniense. Afirmou, entre outras coisas, que em Atenas os que participavam*

10 “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embargo à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

11 Cf. o ensaio intitulado “O Direito e o Avesso”, publicado originalmente na revista “Estudos Avançados”, do Instituto de Estudos Avançados da USP, v.23, n.67, com versão ligeiramente modificada, publicada no livro “Rumo à Justiça”, São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 343 e ss.

*do governo da cidade podiam ocupar-se também de seus afazeres particulares, e aqueles que se dedicavam a atividades profissionais absorventes mantinham-se sempre a par dos negócios públicos. E concluiu: ‘Somos, com efeito, os únicos a pensar que um homem alheio à política merece ser considerado, não um cidadão pacífico e ordeiro, mas um cidadão inútil’.*

## V. Considerações sobre o século XXI

O título da presente exposição — Os desafios — impõe-me um esclarecimento inicial quanto à espécie de previsão histórica que tento, despretentosamente fazer... Com efeito, Karl Jaspers, em estudo fundamental,<sup>12</sup> distinguia dois tipos dessa previsão: a puramente especulativa (*dachtende Prognose*) e a de natureza instigante (*ervezkende Prognose*).

Na primeira, o observador coloca-se à margem do mundo, postando-se como espectador do “teatro da História”. Na segunda, muito mais abrangente e difícil, a par da razão raciocinante, existe a presença da sensibilidade axiológica e o irrecusável juízo ético. Esta segunda forma de previsão histórica, como nos diz o professor Fábio Konder Comparato, “é instigante da ação, pois supõe em cada um de nós a consciência de que somos sempre, respeitadas certas condições, senhores do nosso próprio destino.”

Não obstante meu expresso reconhecimento de que me faltariam envergadura e talento para esse segundo tipo de previsão histórica, não posso deixar de formular meu juízo crítico sobre o que acontece na sociedade contemporânea...

O professor e constitucionalista J.J. Gomes Canotilho, em recente palestra feita aqui no Brasil,<sup>13</sup> revelou sua preocupação com os ditames impostos pela economia mundial. Afirmou, entre seus “augúrios preocupantes”, que teríamos perdido os ideais de liberdade, de igualdade e de fraternidade, vivendo, na verdade, o tempo da “pós-política, do ódio à democracia e da crise da representatividade da classe política”.

Asseverou, também, a melancólica perda de espaço dos textos constitucionais da Europa, que procuraram salvaguardar os direitos humanos, para “o mundo cruel da realidade”, que prioriza, sobretudo, a estabilidade econômico-

12 Die geistige Situation der Zeit, 1931.

13 Refiro-me à palestra de encerramento do 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional, organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

-financeira, ressaltando que, “*na verdade, quem tem força normativa hoje são os tratados internacionais, os acordos de colaboração e os memorandos de entendimento que acabam entrando no orçamento e que acabam restringindo as liberdades conquistadas nos textos constitucionais.*”

Identificando que estariamos vivendo numa “terceira modernidade”, na qual existe uma “*trágica comunhão da desatenção com despreocupação*”, acabamos indo do “*Yes, we can*”<sup>14</sup> para o “*There is no alternative*”...<sup>15</sup>

## **VI . Conclusões**

Nas linhas conclusivas desta minha modesta fala, gostaria de deixar consignado, tal como o fiz numa de minhas últimas obras, que temos uma alternativa entre as duas grandes correntes históricas existentes para o desfecho da História da Humanidade...

Qual delas irá prevalecer neste século XXI?... A que se funda no poderio bélico, na exploração do homem pelo homem, na dominação tecnológica e na progressiva concentração do poder econômico, tal como tem se verificado nos últimos tempos? Ou, ao revés, será aquela mais antiga que, fundada na transcendente dignidade da pessoa humana, ainda sonha com a sociedade mundial do gênero humano, de que nos falava Cícero?...

Apesar do meu confessado pessimismo, julgo possível que se faça a escolha desse segundo caminho... Escusava dizer que, para tanto, torna-se absolutamente indispensável e urgente pensarmos num amplo programa de reconstrução ética do mundo, a começar no recesso dos nossos lares, prolongando-se nas escolas, nas repartições públicas e nas empresas, cabendo especial papel a ser desempenhado pelas Faculdade de Direito de todo o mundo...

Seja-me permitido encerrar esta minha singela exposição, utilizando-me de uma passagem do Padre António Vieira, tantas vezes utilizada por mim ao cabo das minhas palavras: “*Se eu não vos convenci de nada, espero que não vos tenha aborrecido muito...*

---

<sup>14</sup> “Sim, nós podemos”, em vernáculo, foi o lema da primeira campanha vencedora de Barack Obama à presidência dos Estados Unidos.

<sup>15</sup> Em vernáculo: “Não há alternativa”.

# Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: breves pontuações sobre sua incompatibilidade com o processo laboral

Ney Maranhão<sup>1</sup>

Não poderia ser diferente: princípio minha singela manifestação consignando a mais profunda gratidão ao meu querido amigo, Dr. André Augusto Malcher Meira, pelo honroso convite. É mesmo enorme a minha felicidade por participar de obra que homenageia o centenário do grande jurista paraense **Clóvis Cunha da Gama Malcher**. Homenagem decerto justa e merecidíssima!

Para tanto, reservaram-me a espinhosa tarefa de tratar da possível compatibilidade do novel incidente de desconsideração da personalidade jurídica com os domínios do **processo do trabalho**. Tentarei ser o mais breve e claro possível neste arrazoado. Isso não me impede, entretanto, para manter a integridade e garantir a força da minha argumentação, que antes eu busque traçar algumas premissas de pensamento.

Assim, convém registrar, de início, que o **processo do trabalho constitui subsistema processual portador de destacada autonomia científica**, na medida em que, animado por princípios próprios, incorpora uma fisiologia por demais diferenciada, porque sensível às necessidades do direito material (social) que busca realizar. É que, como se sabe, a processualística laboral nasceu vocacionada a dar eficácia concreta a verbas de cunho alimentar, de regra vindica-

1 Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (2016), com estágio científico junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA) (out-2014/fev-2015). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Roma – La Sapienza (Itália) (2011). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (2009). Ex-bolsista CAPES. Professor convidado do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e da Universidade da Amazônia (UNAMA) (em nível de pós-graduação). Professor convidado das Escolas Judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª (SP), 8ª (PA/AP), 14ª (RO/AC) e 19ª (AL) Regiões. Membro Fundador do Conselho de Jovens Juristas do Instituto Silvio Meira, sendo Titular da Cadeira nº 11. Juiz do Trabalho (TRT da 8ª Região/PA-AP). Email: [ney.maranhao@gmail.com](mailto:ney.maranhao@gmail.com)

das por trabalhadores desprovidos de recursos técnicos, cognitivos e financeiros. Daí a simplicidade, informalidade e celeridade de sua dinâmica processual, em colorido bem mais acentuado quando em contraposição, por exemplo, com o processo civil. Abro um parêntese para destacar que a afirmação da existência de um manancial principiológico próprio em nenhum momento quer significar que tais vetores normativos seriam exclusivos do processo laboral, assertiva que decerto configuraria rematado equívoco científico. Em verdade, tão somente desejo enfatizar que tais diretrizes principiológicas lhe são preponderantes, a ponto de influenciarem de maneira decisiva todo o seu fluxo procedural. Tomemos o exemplo da celeridade processual. Veja-se que a Constituição Federal confere a todos o direito fundamental à *duração razoável do processo* em seu art. 5º, LXXVIII. O novo CPC, de sua parte, registra ser direito fundamental da parte a obtenção de decisão de mérito justa e efetiva em *tempo razoável* (art. 6º), cabendo ao juiz o poder-dever de velar pela *duração razoável do processo* (art. 139, II). A Consolidação das Leis do Trabalho, porém, é clara ao fixar que os magistrados trabalhistas velarão pelo *andamento rápido das causas* (art. 765). Perceberam? Há uma ênfase, uma tônica diferente. Em verdade, sempre houve uma ênfase diferente. E não se enganem: estamos ainda falando de *duração razoável*. A diferença é apenas no *grau* dessa duração razoável. É que, no processo do trabalho, *duração razoável sempre deve ser compreendida como duração célere*. Não é outro o motivo de grande parte dos atos processuais trabalhistas se sucederem no ambiente da audiência, sem grandes postergações, de modo concentrado, como veremos adiante. Aliás, a meu sentir, o próprio Código de Processo Civil passa a expressamente reconhecer tamanha autonomia científica do direito processual do trabalho, quando rezou, em seu art. 15, que “*na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*” (grifei).

Colho do ensejo para deixar fincada outra importante premissa de meu raciocínio: esse art. 15 do CPC não revogou o art. 769 da CLT. Recorde-se que a heterointegração do subsistema laboral é regrada, basicamente, por esse dispositivo celetista, que assim dispõe: “*Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*”. Aqui, uma pequena nótula histórica se impõe: a CLT veio à tona na década de quarenta, quando estava em vigor o CPC de 1939, lastreado que era em uma perspectiva individualista e formal de processo. Voltado para uma realidade diferente, visando a tutelar direitos sociais

emanados de uma relação jurídica intrinsecamente assimétrica, o legislador celetista gestou um processo de contorno outro, bem mais enxuto, gratuito, célebre, objetivo e informal que o processo civil. **Eis a própria ontologia do processo do trabalho.** A preocupação, portanto, foi a de criar mecanismos legais que evitassem, no trânsito de normas entre os sistemas, que a estruturação lenta do processo civil acabasse influenciando *negativamente* a dinâmica toda própria do processo laboral. Os filtros normativos da omissão e compatibilidade exerciam, assim, um nítido papel de *proteção* do sistema processual laboral, mantendo-o blindado de interferências indevidas vindas de outros sistemas, sobretudo do processo civil. A chegada do CPC de 1973 não mudou essa lógica. Embora encampando avanços na seara da instrumentalidade processual, tal diploma acabou ainda preso à essência individualista e formalista do código anterior. Mas o que balizaria a noção de “compatibilidade” prevista no art. 769 da CLT? Basicamente, *celeridade, oficialidade, simplicidade, oralidade, concentração dos atos em audiência, irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias e conciliação responsável*, diretrizes orientadoras do processo laboral e que dão identidade a esse instrumento de realização de justiça social. Portanto, é a confluência desses vetores normativos que dá vida a uma racionalidade toda própria ao processo do trabalho e que, em última instância, merece ser blindada de qualquer “investida deformadora”, de onde quer que venha, inclusive, vale dizer, do novo CPC.

A preocupação que ocorre aos processualistas laborais é que esse novo art. 15 só fala em omissão, quedando-se silente quanto ao requisito da compatibilidade. Com isso, alguns se açodaram em afirmar que tal enunciado normativo teria derogado o art. 769 da CLT, de sorte que, agora, havendo simples omissão, dever-se-ia inapelavelmente de canalizar os regramentos do CPC de 2015 perante os sítios do processo do trabalho. Essa tese, porém, felizmente, não vingou. Amplíssima maioria dos processualistas laborais tem asseverado que o art. 15 do novo CPC em nada afetou a juridicidade do art. 769 da CLT, seja porque não o fez expressamente, seja porque a regra celetista é específica. Ademais, o critério da *compatibilidade* decorre da própria lógica das coisas, não podendo ser afastado, já que não se pode ter por razoável a exegese que, no pretexto de colmatar lacunas em outro sistema, redunda em violação à sua própria estruturação essencial, implodindo-o. Enfim, o trânsito de normas serve, ao fim e ao cabo, para dar *coerência e integridade* ao sistema que as recepciona, nunca para o destruir ou desintegrar. **Logo, toda e qualquer disposição do novo CPC que se pretenda ser aplicada no processo do trabalho haverá de passar, sim, pelo**

**rigorosíssimo crivo da compatibilidade com os princípios e propósitos que o justifica e dirige.** Por sinal, essa é uma premissa sinalizada pelo próprio TST já no art. 1º, *caput*, de sua Resolução nº 139, de 10 de março de 2016.

É de se reconhecer, portanto, que o caráter privilegiado do crédito que corriqueiramente é discutido no processo do trabalho, porque de natureza alimentar, sempre demandou uma dinâmica processual toda diferenciada, evitando suspensões e estagnações indesejadas, de sorte que qualquer procedimento ou regra que destoe dos alvissareiros faróis da simplicidade, oralidade e celeridade, decerto hão de ser reputados como *incompatíveis* com o diferenciado perfil processual trabalhista, formatação jurídica célere essa que deve ser resguardada para o alcance dos objetivos que lhes são constitucionalmente próprios e reconhecidamente justificados, na medida em que destinados a realizar direitos fundamentais sociais.

Alerto que nisso não vai qualquer incompatibilidade com a Constituição Federal. Ao revés, o modelo constitucional de processo, através da versátil cláusula do devido processo legal, provê apenas um básico de regramento, permitindo que alguns sistemas processuais mantenham ou até mesmo desenvolvam particularidades cuja blindagem e proteção, frente a outros sistemas paralelos, é igualmente constitucional. De fato, aprouve ao legislador constituinte originário, por uma questão de opção política, apontar, expressamente, no Texto Magno, alguns dos componentes mínimos da cláusula do *due process of law* (juiz natural, contraditório e ampla defesa, publicidade dos atos, fundamentação das decisões etc.), cujo respeito gera a ideia do *modelo constitucional de processo*. Isso não quer significar, porém, impedimento a que outras construções possam ser erigidas, valendo-se da invejável fertilidade conceitual da cláusula do devido processo legal. Daí tomar a liberdade de concluir que esse *modelo constitucional de processo* há de ser encarado não como um ponto de chegada, mas, sim, como um ponto de partida. Logo, creio que, atento ao modelo constitucional de processo e à cláusula do devido processo legal, que permite a formação de dinâmicas processuais diferenciadas, o citado art. 15 do CPC apenas se ajusta à *ratio* do próprio art. 769 da CLT, que, à luz de uma *interpretação constitucionalmente dirigida*, a meu sentir, mesmo antes desse Novo CPC já permitia sadia comunicação horizontal entre os sistemas (vinda de normas do CPC, CDC, CPP etc.), desde que destinada a reforçar a específica dinâmica processual trabalhista.

Firmadas essas importantes premissas teóricas, convém avançar, enfim enfrentando o tema que me propuseram. E quanto ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, teria aplicação na processualística laboral?

Perceba-se, por primeiro, que a técnica da *desconsideração da personalidade jurídica* conta com expressa previsão legal em solo brasileiro (v.g., CDC, art. 28, § 5º; CC, art. 50). Em essência, sua formulação prestigia os princípios da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). Todavia, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2016) inova ao estabelecer um *procedimento especial* para a técnica da desconsideração da personalidade jurídica. A partir de agora, a *disregard doctrine* será levada a efeito mediante a instauração de *incidente processual* que comporte contraditório prévio, ampla dilação probatória e subsequente prolação de decisão interlocutória, passível de impugnação recursal. Isso significa que, no âmbito do processo civil, a desconsideração da personalidade jurídica passou a depender da deflagração de um específico e oficioso procedimento que resguarde aos sócios responsabilizados plena garantia de contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV), como expressão concreta do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Dispõe o novo Código de Processo Civil que o incidente de desconsideração de personalidade jurídica (IDPJ) será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo (art. 133, *caput*). O pedido de desconsideração de personalidade jurídica observará os *pressupostos previstos em lei* (art. 133, § 1º), aplicando-se também para os casos de desconsideração *inversa* da personalidade jurídica (art. 133, § 2º). Referido incidente revela-se cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134), sendo também aplicável aos juizados especiais (art. 1.062), operando a imediata suspensão do processo (art. 134, § 3º).

A instauração desse incidente fica dispensada quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida já na própria petição inicial, hipótese em que será citado o sócio (desconsideração típica) ou a pessoa jurídica (desconsideração inversa) (art. 134, § 2º). Esclarece o novo CPC, ainda, que o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica (art. 134, § 4º). Aberto o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias (art. 135). Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória (art. 136), sujeita a agravo (art. 136, parágrafo único). Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente (art. 137).

Exposta a regulação legal básica do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, tal qual disposta no novo CPC, não há mais como evitar a investigação central: **seria tal incidente efetivamente compatível com o processo do trabalho?** Nossa resposta é negativa – e por várias razões.

Primeiro, porque a **necessária suspensão do processo com a instauração do incidente atrita com a essência do processo do trabalho**. Veja-se o que regra o art. 799 da CLT: “*Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência. § 1º - As demais exceções serão alegadas como matéria de defesa. § 2º - Das decisões sobre exceções de suspeição e incompetência, salvo, quanto a estas, se terminativas do feito, não caberá recurso, podendo, no entanto, as partes alegá-las novamente no recurso que couber da decisão final*”. Confira-se também o disposto no art. 800 da CLT: “*Apresentada a exceção de incompetência, abrir-se-á vista dos autos ao exceto, por 24 (vinte e quatro) horas improrrogáveis, devendo a decisão ser proferida na primeira audiência ou sessão que se seguir*”. É de bom tom trazer à baila, ainda, o quanto regrado no art. 852-G do Texto Consolidado: “*Serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do processo. As demais questões serão decididas na sentença*”. Claro está, pois, que o processo do trabalho sempre se mostrou refratário a grandes frenagens processuais, estruturando-se, pois, na esteira de uma dinâmica procedural de fluxo sempre contínuo e intenso, em máximo prestígio à celeridade e efetividade processuais.

Segundo, porque a **exigência de iniciativa da parte para a instauração do incidente também atrita com a essência do processo do trabalho**. Deveras, desde sempre o processo laboral confere ao magistrado o poder-dever de deflagrar *ex officio* o cumprimento da sentença, concepção sincretista depois abraçada pelo CPC e hoje ampliada no NCPC (vide, v.g., o fim da ação cautelar autônoma). É o que vemos, em dimensão mais ampla, no art. 765, e em dimensão específica, no art. 878, *caput*, ambos da CLT, sendo este último assim vazado: “*A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior*”. Essa previsão legal está nitidamente escudada no princípio protetivo, que, nesse particular, promove sadia compensação jurídica diante da patente superioridade econômica do empregador e da indisponibilidade *prima facie* dos créditos trabalhistas. Aplicação genuína do princípio da *igualdade material* à luz da *dignidade humana* (CF, arts. 1º, III, e 5º, *caput*, c/c CPC, arts. 7º e 8º). É que a hipossuficiência do polo obreiro, para não gerar também perigoso quadro de

vulnerabilidade processual, legitima a adoção de *técnica proceduralista* onde o próprio magistrado, mercê da importância existencial do crédito perseguido e independente de postulações de quem quer que seja, recebe sobre si o inarredável *dever* de imprimir máxima celeridade ao cumprimento de título judicial materializador de direitos fundamentais sociais.

Terceiro, porque a previsão de atribuir ao *credor* o ônus da prova quanto aos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica também atrita com a essência do processo do trabalho. De fato, cumpre considerar a hipossuficiência técnica do credor trabalhista, que, de regra, frustra qualquer expectativa probatória desse jaez. É preciso considerar, igualmente, que, a rigor, no processo civil, a parte vulnerável ocupa o polo *passivo*, exatamente o contrário do que ordinariamente se sucede no processo laboral, onde a parte vulnerável amiúde ocupa o polo *ativo*. Com isso, quero enfatizar que tal distribuição probatória, no processo civil, encontra razão de ser porque geralmente nele o credor tem aptidão para se desvincilar a contento desse encargo, à dessemelhança do que sói acontecer, porém, no processo do trabalho, onde o credor é parte vulnerável e hipossuficiente. Há mais: o processo do trabalho rejeita a chamada teoria “maior” da desconsideração da personalidade jurídica, que exige prova contundente de confusão patrimonial, má gestão ou desvio de finalidade, como se vê do art. 50 do Código Civil, regramento consentâneo com relações jurídicas *simétricas*. Ao contrário, o processo laboral há de abraçar a teoria “menor”, cujo requisito é tão só o *inadimplemento* dos créditos trabalhistas pela pessoa jurídica, fato suficiente para legitimar desde logo a invasão patrimonial dos sócios. Essa é a linha teórica expressamente adotada pelos sistemas jurídicos consumerista (CDC, art. 28, § 5º) e ambiental (Lei nº 9.605/1998, art. 4º), mais próximos ao sistema juslaboral, porque também erigidos à luz de relações jurídicas reconhecidamente *assimétricas*. Afinal, como admitir tamanha incoerência do sistema jurídico, por exemplo, se se conferir ao consumidor o gozo de tamanha facilidade processual e negar-se o mesmo benefício ao trabalhador, imerso em idêntico cenário jurídico materialmente desequilibrado?...

Quarto, porque a exigência de contraditório prévio também atrita com a essência do processo do trabalho. Afinal, na processualística laboral, a regra é o contraditório *diferido*, bastando conferir que o devedor só discute a execução em sede de embargos e somente depois de integralmente garantido o juízo (CLT, art. 884). Ou seja, o contraditório só é exercido após o apresamento patrimonial. Trata-se de técnica que confere ênfase à efetividade e privilegia a dinâmica conci-

liatória que permeia todas as fases do processo do trabalho (CLT, art. 764, *caput* e § 3º), por quanto a constrição patrimonial, ao invés de insuflar discussões formais prolongadoras da vida processual, por vezes serve de fator persuasivo para um desfecho conciliatório do litígio. Bom dizer, ademais, que o contraditório pode ser dimensionado abstratamente pelo legislador ou concretamente pelo juiz, sendo que o contraditório prévio constitui apenas uma modalidade de exercício dessa relevante garantia constitucional (art. 5º, LV). A nulidade está, portanto, em *superímir* o contraditório, não em o dimensionar, tornando-o de exercício diferido no tempo. Logo, a técnica de ordenar o imediato apresamento patrimonial de sócios não implica necessária supressão de contraditório. Longe disso. Seu exercício continuará efetiva e plenamente garantido tão garantido *in totum* o juízo, para resguardo do crédito alimentar objeto de execução. Também não podemos cair em ingenuidades baratas: a prática forense tem demonstrando que, em circunstâncias como essas, a citação dos sócios tem o condão de promover rápida evasão patrimonial, especialmente com a retirada de valores depositados em instituições bancárias, medida que frustra por completo a efetividade jurisdicional.

Quinto, porque a possibilidade de recorribilidade imediata de decisão interlocutória também atrita com a essência do processo do trabalho. Com efeito, atente-se para o art. 893, § 1º, da CLT: “Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”. Ora, como admitir a aplicação do incidente de desconsideração de personalidade jurídica se vigora na dinâmica processual trabalhista a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias? No caso, a irresignação recursal deverá recair não sobre a decisão interlocutória que determina a pronta constrição patrimonial dos sócios, mas, sim, da sentença que julgar eventuais embargos à execução por eles opostos. Sistemática que, como temos destacado, alinha-se com importantes vetores de celeridade e efetividade processuais, conferindo ao processo do trabalho dinamicidade e fluidez verdadeiramente diferenciadas.

Registro que essa linha de franca *incompatibilidade* não expressa um pensamento isolado. Antes, é amplamente majoritário entre os processualistas laborais. Confira-se o **Enunciado nº 30 do FNPT** (Fórum Nacional de Processo do Trabalho – Curitiba/PR), como segue: “O incidente de desconsideração de personalidade jurídica (arts. 133 a 137 do NCPC) é incompatível com o Processo do Trabalho, uma vez que neste a execução se processa de ofício, a teor dos arts. 876, parágrafo único e 878 da CLT, diante da análise do comando do art. 889 celetista (c/c art. 4º,

§ 3º da Lei 6830/80), além do princípio de simplificação das formas e procedimentos que informa o processo do trabalho, tendo a nova sistemática processual preservado a execução dos bens dos sócios (arts. 789, 790, II e art. 792, IV, do NCPC)”. Trago a lume, também, o **Enunciado nº 45 da Jornada do TRT10/EJUD10 (DF)**, que tem estes termos: “*Não se adota o rito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica do CPC por incompatível com o processo do trabalho*”.

Consigno, ainda, que tal postura de incompatibilidade também não expressa frívola resistência acadêmica apenas da parte de processualistas laborais. Em verdade, há uma boa massa de pensadores compreendendo o mesmo em outros rincões processuais. Veja-se, por exemplo, a também contundente resistência em aplicar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito de **execuções fiscais**, consubstanciada no **Enunciado nº 54 da ENFAM** (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), assim redigido: “*O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015*”. Aqui, uma curiosidade: a CLT, em seu art. 889, estabelece que “*aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal*”. Ora, como permitir a incidência desse incidente no processo do trabalho se o próprio sistema jurídico expressamente apontado como referência para suprimento de lacunas na etapa executiva trabalhista – processualística da execução fiscal – não o admitir?... O crédito trabalhista, nesse contexto, seria usurpado do acentuadíssimo privilégio que lhe é conferido pelo próprio Código Tributário Nacional, em seu art. 186? Não nos parece minimamente razoável.

Por fim, insta trazer à luz a posição inicial do TST, publicada em sua polêmica **Resolução nº 139, de 10 de março de 2016**, que “*dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva*”. Ali, o TST estabeleceu, como simples diretriz de recomendação – e não poderia ser diferente, já que mera Instrução Normativa não se presta a legislar sobre *direito processual*, competência privativa da União (CF, art. 22, I) –, em seu art. 6º, *aplicar-se* ao processo do trabalho:

“(... ) o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:  
I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT;  
II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;  
III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).  
§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC”.

Perceba-se que mesmo o TST, órgão tendencialmente conservador, malgrado reconheça a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo laboral, **expressamente admitiu importantes adaptações à específica dinâmica do processo do trabalho**, seja para admitir sua instauração *ex officio*, seja para referir à possibilidade de emissão de tutela provisória cautelar – como o arresto de bens – para garantia de efetividade da execução trabalhista. Esse reconhecimento, por si, bem demonstra não só a delicadeza teórica do assunto, como também a própria força do requisito jurídico da *compatibilidade* nessa intrincada operação de heterointegração do subsistema processual trabalhista.

Em arremate, anoto que o fato de compreender incompatível com o processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica em momento algum significa que presto anuênciam com arbitrariedades judiciais. Por certo, a inclusão dos sócios na lide executiva deve ser levada a efeito através de decisão fundamentada (CF, art. 93, IX), seguida da efetiva citação de cada qual, para fins de oportuno exercício do contraditório e da ampla defesa, em modalidade *diferida* (CF, art. 5º, LV), inclusive quanto a uma tutela de urgência cautelar (arresto) possivelmente exarada (CLT, art. 765 c/c CPC, arts. 139, IV, e 300), para atender a uma prestação jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada às necessidades do direito material *social* que se busca implementar no âmbito do processo do trabalho (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII). Tudo, enfim, no escopo jurídico de assegurar o chamado **devido processo laboral** (CF, art. 5º, LIV).

A ver, pois, os próximos capítulos desta relevante discussão.

# Dos reflexos das regras das societas no exercício da atividade econômica contemporaneamente

João Luis Nogueira Matias<sup>1</sup>

## Introdução

Muitas são as fontes que permitem a delineação do perfil da *societas*, as sociedades que atendiam às demandas de exercício coletivo de atividades econômicas e não econômicas no direito romano.

A partir delas, pretende-se apontar as suas principais características, especialmente aquelas que influenciaram o exercício das atividades econômicas coletivas no direito contemporâneo.

O caráter *intuito personae* da *societas* era marcante, com grande repercussão em diversos aspectos de seu funcionamento, os quais serão pontuados e comparados com as regras dos modos coletivos de exercício da atividade econômica contemporânea. Também merecem destaque, na perspectiva de analisar a influência romano nos modelos contemporâneos, nuances da gestão e da responsabilização do sócio-gestor.

Atualmente, os instrumentos para o exercício das atividades econômicas de forma coletiva são as sociedades empresariais e as sociedades simples. É sabido que as sociedades empresariais foram moldadas ao longo da prática negocial medieval, não decorrendo de forma direta das *societas*. Contudo, não é possível negar que algumas das características que se consolidaram no perfil daquelas sociedades têm origem no direito romano. Mas, é nas sociedades simples que fica mais evidente a influência das características das *societas*.

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e da Faculdade 7 de Setembro. Pós-Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife (2003) da Universidade de Pernambuco. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2009). Juiz Federal.

Objetiva-se, portanto, que as principais características das *societas* sejam comparadas com as características das sociedades simples e com alguns aspectos das sociedades empresariais, com o objetivo de identificar a influência do direito romano no direito contemporâneo brasileiro, especialmente no Código Civil.

Ao final, serão apresentadas as conclusões.

## 1. Origem, espécies e características das *societas* romanas

O contrato de sociedade no direito romano tem reflexos significativos na regulação das sociedades contemporâneas, instrumentos para o exercício da atividade econômica em diversas ordens jurídicas.

No capítulo inicial, serão abordados a origem, espécies e as principais características das *societas* romanas.

### 1.1 Origem e espécies das *societas*

O contrato de sociedade no direito romano tem reflexos significativos na regulação das sociedades contemporâneas, instrumentos para o exercício da atividade econômica em diversas ordens jurídicas.

As origens das *societas* remontam a antiga "comunidade doméstica indivisa de herdeiros"<sup>2</sup>, conhecida como *consortium erctorum non cito*, em que os filhos her davam patrimônio do pai falecido, passando a administrá-lo em conjunto.<sup>3</sup> Com o passar dos anos, por meio de autorização do Pretor, foi autorizado o ingresso de não herdeiros na sociedade.<sup>4</sup>

Há teses que sustentam a origem diversificada da *societas*,<sup>5</sup> apontando específicas origens para cada modelo de *societas*, discussão que extrapola o objeto do presente artigo.

2 MARTÍNEZ, Jesús Daza e ENNES, Luis Rodríguez. *Instituciones de derecho privado romano*.

3ª Edición. Closas-Orcoyen, Madrid, 2001; FERRINI, Contardo. *Le origini del contratto di società in Roma*, in *Opere di Contardo Ferrini III: Studi varididirito romano e moderno suite obbligazioni, sul negozio giuridico, sulle presunzioni*. Milano, Hoepli, 1929, p. 17-48 e GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*, 4ª ed., Paris, Arthur Rousseau, 1906, p. 574.

3 VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Tradução de Jesús Daza Martínez. EditoraCivitas, Madrid, 1986, pág. 519.

4 WATSON, Alan. *Roman Law and comparativ law*. Athens, Georgia, 1991, página 65.

5 GIFFARD, A. *Précis de Droit Romain II: Obligations*, 2a ed., Paris, Dalloz, 1934, p. 74-75 e KASER, Max. *Derecho romano privado*. (tradução espanhola da 5a ed. alemã por José Santa Cruz Teijeiro, 2ª ed. Madrid, Reus, 1982, p. 202).

Entre as diversas formas de societas, pode-se apontar a sociedade de todos os bens (*societas omnium bonorum*), que é uma sociedade universal, porque os sócios contribuem com todos os bens presentes e futuros; a sociedade questuária (*societas quaestuaria*), que é constituída para certa actividade profissional ou económica dos sócios e compreende associação de certas operações (*societas alicuius negotiationis*), que dedica-se a determinada espécie de operações ou a sociedade de determinado negócio (*societas unius rei*), que é constituída para a realização de um negócio determinado ou de certa obra.<sup>6</sup>

Desta última, são exemplos as criadas para o exercício da atividade bancária<sup>7</sup> (*societas argentariae*) ou para o tráfico de escravos (*societas venaliciariae*)<sup>8</sup>. Já a sociedade de publicanos (*societas publicanorum*) tinha por objecto a prática de diversos negócios, como, v.g., a cobrança de impostos, a empreitada de grandes obras, fornecimentos públicos, etc.<sup>9</sup>.

## **1.2. Perfil das *societas romanas*: as principais características**

Apesar das diferentes espécies, do que decorriam diferenciadas normas de regência, possível é apontar regras gerais aplicadas às *societas*.<sup>10</sup>

Uma das características mais marcantes das *societas* é seu caráter *intuito personae*. Da previsão exposta em D,17,2,20, extrai-se a regra "o sócio do meu sócio não é meu sócio".

De UPLIANO (D, 17, 2, 44) extrai-se que é garantida a *actio pro socio* quando a associação tiver sido contraída com ânimo de sociedade.<sup>11</sup>

Também é decorrente do caráter personalístico a regra de que qualquer sócio pode revogar a sociedade, o que pressupõe consenso permanente. É a previsão de Gaio, 3, 151: "A sociedade perdura sem interrupção enquanto os sócios

<sup>6</sup> SANTOS JUSTO, Antônio. O contrato de sociedade no Direito Romano. (Breve referência ao Direito Português), pp. 11-49, Revista Direito Lusíada 12.

<sup>7</sup> UPLIANO, 17,2,52,5.

<sup>8</sup> ARANGIO-RUIZ, La società, cit., p. 141 e TORRENT, A. Manual de derecho romano, Zaragoza: Librería General, 1987. p. 441.

<sup>9</sup> ARANGIO-RUIZ, Op. cit, p. 27.

<sup>10</sup> BURDESE, A.. *Manuale di Diritto Privato Romano*. Torino, UTET, 1964, p. 546.

<sup>11</sup> BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, 10a ed., Torino, Giappichelli, 1946, p. 494.

mantiverem este acordo. Pois bem, quando algum sócio renuncia, a sociedade dissolve-se....."<sup>12</sup>

A ideia também é aceita por ULPIANO, que decreta textualmente que a *societas* dissolve-se “*pelas pessoas, pelas coisas, pela vontade e por ação; e, portanto, se tiverem perecido ou as pessoas ou as coisas, a vontade ou a ação, considera-se que a sociedade se dissolve*”, em D. 17,2,63.<sup>13</sup>

A previsão de extinção por incapacidade, prevista em GAIO, 3,153, que equipara a *capitis deminutio* à morte, também corrobora a tese.

Outra característica é a de que a sociedade deve ser constituída para fins previstos em lei, sendo nulas as sociedades para coisas não honestas, como dispõe ULPIANO, em D. 17,2,57 e D. 12,2,57.<sup>14</sup>

ULPIANO, em 17,2,29,2 também se posiciona contrariamente às sociedades leoninas.

Outra característica é a admissão de participação na sociedade com contribuições com recursos e com trabalho, prevista por ULPIANO em D. 17, 2, 57,7.

Sobre a repartição de perdas e ganhos, em GAIO 3,150, extrai-se que se nada for previsto no contrato, os ganhos e as perdas são comuns, em partes iguais.<sup>15</sup>

Sobre a personalização, por regra, as *societas* não eram personalizadas, mas a argentaria e a de publicanos eram pessoas jurídicas.<sup>16</sup>

Inexistem normas expressas a respeito da administração das *societas*,<sup>17</sup> podendo ser feita a sua regulação no contrato. Em D. 17, 2, 32, dispõe-se que na ausência das regras a obrigação de gestão cabe a qualquer dos sócios.

Sobre a responsabilidade pelas obrigações sociais, ao longo da evolução do direito romano foi prevista a responsabilização da própria sociedade e dos sócios ges-

12 PACCHIONI, G. *Corso di diritto romano* III. Torino, UTET, 1922, p. 251-2

13 SANTOS JUSTO, Antônio. Op. cit.

14 MARTÍNEZ, Jesús Daza e ENNES, Luis Rodríguez. *Instituciones de derecho privado romano*. 3<sup>a</sup> Edición. Closas-Orcoyen, Madrid, 2001, pág.376.

15 DEL CHIARO, Emile. *Le contrai de société en droit privé romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques*. Paris: Sirey, 1928

16 CERAMI, Pietro; DI PORTO, Andrea e PETRUCCI, Aldo. *Diritto Commerciale Romano. Profilostorico*. Seconda edizione. Giappichelli Editore, Torino, 2004 e VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Tradução de Jesús Daza Martínez. Editora Civitas, Madrid, 1986, pág. 524.

17 RIBEIRO, Renato Ventura. *Aspectos da societas romana*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 101 p. 627 - 649 jan./dez. 2006.

tores. Tão oscilante quanto foi a responsabilidade atribuída ao sócio-gestor, ora era vinculada ao dolo, ora se fazia presente quando da atuação meramente culposa.

Na obra de Justiniano, consolida-se a responsabilidade culposa, como se extrai do texto previsto em D. 50, 17, 23. Também se extrai a regra dos textos previstos em: D. 17,2,52, D. 17, 2, 25 e 26 e D. 17, 2, 35 e 36, entre outros.

O sócio responde pelo comportamento contrário aos deveres de lealdade e de *diligentia*, prevalecendo o interesse social sobre o interesse particular do sócio, como se extrai da regra do D. 17,2, 65, 5.<sup>18</sup>

A responsabilidade do sócio-gerente pode ser excluída nas hipóteses de caso fortuito e de força maior, na forma do D. 17, 2, 52, 3.

## **2. Do exercício das atividades econômicas não empresariais: as características das sociedades simples**

Na forma do artigo 983 do Código Civil de 2002, as sociedades simples podem constituir-se com um dos formatos previstos nos artigos 1039 a 1092, típicos das sociedades empresariais, sem que a opção altere a sua natureza, ou podem ser organizar na forma dos artigos 997 a 1038, disposições que lhes são específicas.

Para os fins do presente artigo, interessa a caracterização e análise das principais regras do regime típico das sociedades simples, o que se passa a fazer.

### **2.1. Da caracterização das sociedades simples**

A sociedade simples é o formato societário adequado para o exercício da atividade econômica não empresarial.

No regime do Código Civil de 2002 é prevista a dicotomia entre sociedade empresária e sociedade simples. As sociedades empresárias são definidas no artigo 982 do Código Civil como aquelas sociedades que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro. Sociedades simples são as que têm por objeto atividades que não obriguem à inscrição no Registro de Empresas Mercantis e atividades afins, conforme prevê o artigo 983, do Código Civil. Assim, as sociedades simples constituem o formato jurídico adequado ao exercício da atividade não empresarial, de forma coletiva.

<sup>18</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. Op. cit.

As cooperativas serão sociedades simples, em face da expressa determinação do artigo 982, parágrafo único, que dispõe que, independentemente de seu objeto, será sociedade simples a sociedade cooperativa.

O empresário rural pode se vincular ao regime empresarial ou não, faculdade que lhe foi conferida pelo legislador. Caso não se vincule ao regime empresarial, o exercício coletivo da atividade agrícola será realizado por meio da sociedade simples.

Também serão sociedades simples as sociedades organizadas para o exercício de atividades de natureza intelectual, artística, científica ou literária, desde que o exercício da profissão não constitua elemento da empresa, como já visto.

## ***2.2. Perfil organizacional das sociedades simples***

O contrato social das sociedades simples deve ser arquivado no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e deve conter: a qualificação dos sócios; a denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; o capital da sociedade; a prestação a que se obriga o sócio cuja contribuição se dá em serviços; as pessoas naturais encarregadas da administração e respectivos poderes e atribuições; participação dos sócios nos lucros e perdas; definição se os sócios respondem ou não pelas obrigações sociais, subsidiariamente.

Em relação a tais matérias, as modificações ao contrato somente podem ocorrer por unanimidade. As demais deliberações podem ser realizadas por maioria do capital social, caso o contrato não estipule que sejam aprovadas por unanimidade.

O sócio não pode ser substituído no exercício de suas funções sem o consentimento dos demais sócios, expresso em aditivo ao contrato. Até dois anos após a cessão, responde o cedente pelas obrigações que tinha como sócio.

O sócio cuja contribuição consistir em serviços, não poderá, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e dela excluído. A sua participação nos lucros é realizada na proporção da média do valor das quotas.

A participação nos lucros e nas perdas entre os sócios de capital se dará na proporção das quotas de cada sócio, salvo disposição em contrário. É nula a estipulação contratual que exclua a participação de qualquer dos sócios dos lucros e das perdas, podendo ser prevista a responsabilização solidária. O recebimento de lucros ilícitos acarreta a responsabilidade solidária dos administradores que

a realizarem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade.

O administrador da sociedade pode ser sócio ou não sócio, devendo ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probó costuma empregar na administração de seus próprios negócios. Competindo aos sócios a gestão da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, formando a maioria absoluta os votos correspondentes a mais da metade do capital. Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios, em caso de empate. Persistindo o empate, cabe ao juiz decidir. Nada dispendo o contrato social, a administração da sociedade compete a cada um dos sócios separadamente. Cabendo a administração, separadamente, a vários administradores, cada um pode impugnar operação pretendida por outro, cabendo a decisão aos sócios, por maioria de votos.

Responde por perdas e danos o sócio e o administrador que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar de deliberação (sócio) ou operação (administrador) que a aprova graças ao seu voto (sócio) ou que dela tome parte (administrador). Também responde o administrador que realiza operações sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria.

Não podem ser administradores, além dos impedidos por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos ou, por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação. No que couber, aplicam-se à atividade dos administradores as normas referentes ao mandato.

Aos administradores competem as funções definidas no contrato social. Em caso de omissão do contrato, os administradores podem realizar todos os atos que permitam à sociedade alcançar o objeto narrado no contrato social, com a exceção da alienação de bens imóveis, que depende da aprovação de sócios que representem a maioria do contrato social, a não ser que o objeto da empresa seja a alienação de bens imóveis. Os administradores não podem fazer-se substituir no exercício de suas funções, mas podem constituir mandatários da sociedade, especificando os atos e operações que poderão praticar.

Os administradores respondem, solidariamente, perante a sociedade ou perante terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

São obrigados os administradores a prestar contas de sua administração aos sócios, devendo apresentar-lhes o inventário, o balanço patrimonial e de resultado econômico anualmente. Os sócios, salvo disposição contratual diversa, pode a qualquer tempo examinar os livros e documentos e o estado da caixa e da carteira da sociedade.

O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio da sociedade ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.

A representação da sociedade compete aos administradores com poderes especiais, ou não os havendo, a qualquer deles.

No caso de morte de sócio, liquidar-se-á a sua cota, salvo se o contrato dispuiser diferentemente; se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade e se por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido. Os herdeiros do conjugue de sócio, ou o conjugue que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.

Além dos casos previstos em lei ou no contrato, qualquer sócio poderá retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação dos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa. Nos trinta dias posteriores à notificação, poderão os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.

A Exclusão judicial de sócio é admitida, como forma de proteção da empresa, nos casos de falta grave no cumprimento de seus deveres e em consequência de incapacidade superveniente. Sócios representativos da maioria do capital social remanescente, ou seja, do capital social após a exclusão da participação do sócio que se pretende excluir, estarão legitimados para propor a ação judicial.

Verificar-se-á, em balanço especial à data da resolução da sociedade em relação ao sócio (exclusão), o valor da cota do sócio a ser excluído, o qual deverá ser pago em dinheiro, no prazo de 90 (noventa) dias a partir da liquidação, salvo acordo ou estipulação contratual diversa. O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os sócios suprirem o valor da cota.

A retirada, exclusão ou morte de sócio não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

A dissolução da sociedade simples ocorrerá nos seguintes casos: quando do vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; por consenso dos sócios; por deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; caso não seja reconstituída a pluralidade de sócios no prazo de 180 dias, quando o sócio remanescente não teria requerido a transformação da sociedade em empresário individual ou em empresa individual de responsabilidade limitada e por extinção da autorização para funcionar.

Cabe, ainda, a dissolução judicial da sociedade simples, a requerimento de qualquer dos sócios, quando anulada a sua constituição e exaurido o fim social, ou verificada a sua inexequibilidade. Pode o contrato social estipular outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente, quando contestadas.

Ocorrida a dissolução, cumpre aos administradores providenciar imediatamente a investidura do liquidante e restringir a gestão própria aos negócios inadiáveis, vedadas novas operações. Caso sejam praticadas, responderão solidariamente, de forma ilimitada. Caso seja dissolvida de pleno direito, o sócio poderá requerer, desde logo, a liquidação judicial.

No caso de dissolução por extinção da autorização para funcionar, quando os administradores não procederem à liquidação da sociedade simples nos trinta dias seguintes a extinção ou o sócio não a tenha requerido, o Ministério Público, tão logo lhe comunique a autoridade competente, promoverá a liquidação judicial da sociedade. Caso o Ministério Público não requeira a liquidação no prazo de 15 (quinze) dias ao recebimento da comunicação da extinção da autorização, a autoridade competente nomeará interventor com poderes para requerer a medida e administrar a sociedade arte que seja nomeado o liquidante.

Caso o contrato social não indique, o liquidante será eleito pelos sócios, podendo ser um deles ou pessoas estranhas à sociedade. Pode ser destituído pelos sócios ou judicialmente, a requerimento de um ou mais sócios, na hipótese de justa causa.

A liquidação da sociedade simples segue o regramento previsto para as sociedades empresariais.

As sociedades simples podem aderir ao regime da pequena empresa, caso se enquadrem no faturamento estipulado na Lei Complementar 123/05.

### 3. O Exercício da atividade empresarial por meio das sociedades empresárias

Como antes indicado, as sociedades empresárias foram constituídas a partir da prática negocial medieval, mas é possível identificar alguns aspectos da organização das *societas* em sua estrutura, principalmente nas sociedades empresariais de pessoas clássicas. Destaque-se, contudo, que, contemporaneamente, os formatos societários mais utilizados são a sociedade limitada e a sociedade anônima.

A regra de proibição de sociedades leoninas reflete nas sociedades empresárias. É princípio geral que se aplica as diversas formas de exercício coletivo de atividades econômicas.

A possibilidade das sociedades empresárias serem pessoas jurídicas também. A personalização, na verdade, é a regra no direito brasileiro, somente a sociedade em conta de participação não é pessoa jurídica.

Já o caráter *intuito personae* não é marcante em nenhuma das duas formas societárias empresariais. Tal característica é presente nas sociedades de pessoas clássicas, como na sociedade em nome coletivo e na sociedade em comandita simples.

A sociedade anônima é por natureza capitalista, já a sociedade limitada, desde a sua origem, não se enquadrava nos moldes das sociedades de pessoas clássicas, sendo certo que, no regime do Decreto 3.708/19, era facultada a alteração do contrato social, em todo os seus aspectos, por mera maioria do capital social.

Como previsto no artigo 1057, do Código Civil, a sociedade limitada pode assumir perfil de sociedade de pessoas ou de capital, conforme definido no contrato social. Também é disposto que, na omissão do contrato, a alienação das quotas a quem já é sócio é livre, mas a terceiros somente pode ocorrer se não houver oposição de sócios que representem três quartos do capital social. Admite-se a livre venda das quotas, característica típica de sociedade de capitais, em que o caráter *intuito personae* é, evidentemente, afastado.

A incapacidade não é equiparada à morte, não implicando na extinção da sociedade, o que é mais uma evidência clara do caráter não personalista da sociedade limitada. A incapacidade pode ensejar a exclusão da sociedade somente quando a permanência do incapaz comprometer a continuidade da empresa. A regra é demonstração clara de que o caráter personalista

A responsabilidade atribuída aos sócios é restrita em ambas as sociedades. Ao valor do capital social, nas sociedades limitadas, e ao valor das ações subscritas, nas sociedades anônimas.

Quanto à responsabilidade dos administradores, não há previsão diante de atos regulares de gestão, mas faz-se presente quando da prática de atos dolosos ou culposos.

A repartição de ganhos e perdas é, em regra, proporcional às participações sociais, podendo ser pactuada divisão diferente no contrato social.

Muitas outras regras das sociedades empresariais decorrem da sofisticação da economia e da busca constante da eficiência como, por exemplo, as que decorrem da separação entre propriedade e poder, na sociedade anônima.

## Conclusão

Por conclusão, pode-se apontar:

As *societas* se caracterizam por alguns aspectos estruturais, entre os quais: o caráter *intuito personae*; a admissão de participação na sociedade com contribuições com recursos e com trabalho; os ganhos e as perdas comuns, em partes iguais, caso não haja previsão diferente no contrato social; possibilidade de personalização; regulação da administração no contrato; responsabilidade atribuída ao sócio-gestor vinculada ao dolo e à atuação meramente culposa.

As regras das *societas* influenciam de forma mais intensa as sociedades simples, o que pode ser constatado nas seguintes regras: o sócio não pode ser substituído no exercício de suas funções sem o consentimento dos demais sócios; a repartição nos lucros e nas perdas entre os sócios de capital se dará na proporção das quotas de cada sócio, salvo disposição em contrário, sendo nula a estipulação contratual que exclua a participação de qualquer dos sócios dos lucros e das perdas; os administradores respondem, solidariamente, perante a sociedade ou perante terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções; em caso de morte de sócio, liquidar-se-á a sua cota, salvo se o contrato dispuser diferentemente, entre outras.

As sociedades empresárias foram constituídas a partir da prática negocial medieval, mas é possível vislumbrar aspectos das *societas* romanas, principalmente nas sociedades empresariais de pessoas clássicas.

Contemporaneamente, as sociedades empresariais mais utilizadas são as sociedades limitadas e sociedades anônimas, que foram pouco influenciadas pelas regras das *societas*. É certo destacar que a sua evolução decorre da complexização da economia e da busca da eficiência econômica.

## Bibliografia

- ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli: Jovene Editore, 1982.
- BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, 10a ed., Torino, Giappichelli, 1946.
- BURDESE, A. *Manuale di Diritto Privato Romano*. Torino, UTET, 1964.
- CERAMI, Pietro; DI PORTO, Andrea e PETRUCCI, Aldo. *Diritto Commerciale Romano. Profilo storico*. Seconda edizione. Torino: Giappichelli Editore, 2004.
- DEL CHIARO, Emile. *Le contrai de société en droit privé romain sous la République et autemps des jurisconsultes classiques*. Paris: Sirey, 1928
- FERRINI, Contard. *Le origini dei contratto di società in Roma*, in FERRINI, Contard. *Studi vari didiritto romano e moderno suite obbligazioni, sul negozio giuridico, sullepresunzioni*. Milano: Hoepli, 1929.
- GIFFARD, A. *Précis de Droit Romain II: Obligations*, 2a ed., Paris, Dalloz, 1934,
- GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*, 4<sup>a</sup> ed., Paris, Arthur Rousseau, 1906.
- KASER, Max. Derecho romano privado, tradução espanhola da 5a ed. alemã por José Santa Cruz Teijeiro, 2<sup>o</sup> ed. Madrid: Reus, 1982.
- MARTÍNEZ, Jesús Daza e ENNES, Luis Rodríguez. *Instituciones de derecho privado romano*. 3<sup>a</sup> Edición. Madrid: Closas-Orcoyen, 2001.
- PACCHIONI, G. *Corso di diritto romano III*. Torino, UTET, 1922.
- RIBEIRO, Renato Ventura. Aspectos da *societas romana*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 627 - 649, jan./dez. 2006.

SANTOS JUSTO, Antônio. O contrato de sociedade no Direito Romano. (Breve referência ao Direito Português), pp. 11-49, Revista Direito Lusíada 12.

TORRENT, A. Manual de Derecho privado romano. Zaragoza: Librería General, 1987.

VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de derecho privado romano. Tradução de Jesús Daza Martínez. Madrid: Editora Civitas, 1986.

WATSON, Alan. Roman Law and comparativ law. Athens, Georgia, 1991.



# O estabelecimento empresarial em Roma

*Ana Patrícia Lima Freire*

## 1. Introdução

Nas sociedades primitivas não existia dinheiro e nem se chamava a uma coisa de mercadoria e a outra de preço, motivo pelo qual as pessoas permutavam o que lhes era inútil por aquilo que lhes serviria, designadamente alimentos e bens, servindo geralmente de unidade de valor as cabeças de gado.<sup>1</sup>

É pacífico que em meio a regras jurídicas primitivas, algumas surgissem para regular certas atividades econômicas nas antigas civilizações, a exemplo dos Códigos de Hamurabi e de Manu.

Sabe-se que no primeiro milênio a.C. os fenícios já praticavam um comércio variado e em larga escala, mesmo ausentes regras especiais aplicáveis às relações mercantis, mas foi entre os gregos que começou a aparecer alguns contratos, a exemplo do câmbio marítimo. Foi mesmo uma época em que mais se viu desenvolver a prática do comércio através das cidades situadas às margens de oceanos e mares e de onde floresciam uma série de usos e costumes. A Ilha de Rodes, por exemplo, era onde se via vários desses usos.<sup>2</sup>

Esses usos e costumes, notadamente relacionados ao tráfego marítimo, constituíam um arcabouço jurídico de leis destinadas a particulares de cada cidade, que celebravam entre si convênios e tratados como sendo normas a serem seguidas nas suas transações, inclusive dando o contorno e o sentido internacional a esse comércio, aplicando-se represálias aos mercadores infratores em casos de desobediência.<sup>3</sup>

---

1 GARRIDO, Manuel J. Garcia. El Comercio, los Negocios y las Finanzas em el Mundo Romano. Edita Fundación de Estudios Romanos, por Editorial Dykinson: 2001, p. 22.

2 MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 21<sup>a</sup> ed Revista e Atualizada. Forense. Rio de Janeiro, 1995, pp. 4 a 6.

3 Idem, *ibidem*.

Os romanos eram um povo guerreiro por natureza, mas em se tratando de usos e costumes podia-se dizer que foram paradigmáticos, pois absorveram muitas regras dos fenícios, como é o caso do instituto do *foenus nauticum*, algo relativo ao câmbio marítimo, e a *Lex Rhodia de Iactu*.<sup>4</sup> lei romana de inspiração fenícia que o Imperador Caracala fez se espalhar por todo o Império e que era aplicada pelo capitão do navio. Este podia alijar a mercadoria ao mar, quando constituísse perigo para a embarcação, o equivalente ao que hoje se chama de *avaria grossa*.<sup>5</sup>

Com o avanço da expansão e da integração de inúmeros territórios ao vasto Império Romano, o comércio teve um progressivo crescimento, intensificando-se não apenas em Roma mas entre as províncias acrescidas.<sup>6</sup>

O fato é que vitórias como o triunfo sobre Cartago, a invasão da Grécia e da Ásia abrem novos horizontes para o comércio e para a indústria pela enorme apropriação de riquezas, instituição de tributos aos territórios dominados e a mão-de-obra dos escravos capturados, tornando Roma o centro financeiro e do comércio internacional, em recuperação ao *deficit* registado em fins da era republicana.<sup>7</sup> Entretanto, seria então a conquista do Mediterrâneo, o período em que Roma chegou à sua máxima expansão, ao controlar as terras que compunham o perímetro desse Mar.<sup>8</sup>

As relações comerciais dos romanos, notadamente com os gregos do sul da Itália, fomentaram os intercâmbios e serviram para a criação de indústrias e manufaturas, ao passo que também se iria erguendo grandes construções, atraiendo inúmeros artesãos e operários da Itália para o centro de Roma.<sup>9</sup>

É nesse rico cenário que este trabalho se desenvolve e busca explorar os mecanismos e aparatos utilizados pelos romanos para explorar o comércio, se associar, firmar os contratos de sociedade e exercer a atividade empresarial.

4 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. Vol. I, 26<sup>a</sup> edição atualizada por Rubens Edmundo Requião. Editora Saraiva. São Paulo, 2005, pp. 8 e 9.

5 MARTINS, Fran. Ob.cit., pp. 4 a 6.

6 No período imperial, o poder romano chegou a sua máxima expansão, quando controlou todas as terras perimétricas do Mediterrâneo, ocupando uma área com cerca de 60 (sessenta) milhões de habitantes. Mare Nostrum. Roma e a conquista do Mediterrâneo. Fontes: [www.officinaartium.org/](http://www.officinaartium.org/) [www.dec.ufcg.edu.br](http://www.dec.ufcg.edu.br). Acesso em 15.05.2015.

7 GARRIDO, Manuel J. Garcia. Ob. Cit., pp. 18 e 19

8 Mare Nostrum. Fonte: [www.officinaartium.org/](http://www.officinaartium.org/) [www.dec.ufcg.edu.br](http://www.dec.ufcg.edu.br). Acesso em: 05.08.2015.

9 GARRIDO, Manuel J. Garcia. Ob.cit. p.18.

## 2. Notas sobre a importância do comércio em Roma

A evolução de Roma como *civitas* conduz a uma vida em cidade e abre espaço ao consumo e à proliferação do comércio entre terra e mar, devido à proximidade entre os principais portos e às interligações viárias que passaram a existir a despeito da famosa via Salária.<sup>10</sup>

A principal fonte de riqueza do Império Romano era a agricultura, que tinha no comércio sua forma de distribuição. Através dele e devido às redes de manufatura, Roma constituiu um forte relacionamento com outras civilizações. As grandes cidades dependiam dos alimentos que chegavam por via marítima, notadamente ao redor do Mediterrâneo, e o comércio desde Roma ultrapassava os limites do Império e também adentrava ao interior das regiões, garantindo o intercâmbio de produtos e pessoas seja por terra, seja por mar.

Devido a existência de uma diversidade de rotas marítimas combinadas com uma rede de estradas e a integração pelo mesmo idioma, mesma moeda, e uma política e sistema legal comuns nos territórios do vasto Império Romano, o comércio floresceu, expandindo-se para a Índia e depois com o Egito. Intensificou-se o intercâmbio comercial e cultural com a Ásia, China, África e resto da Europa, através de um comércio organizado e de intensas transações mercantis.

Também por meio do comércio, impulsionou-se a construção naval e o fortalecimento da economia com utilização de portos protegidos contra pirataria e com baixas cobranças alfandegárias.

A prática de atividades mercantis não era exercida diretamente pelos romanos, muitas vezes por seu estatuto jurídico não permitir, como é o caso dos magistrados e senadores por exemplo, outras vezes por questões amparadas por um direito de influência canônica que condenava a usura, concorrendo para que os cidadãos não se dedicassem ao comércio, atividade ao qual o lucro é um elemento essencial. Mesmo o tão desenvolvido comércio marítimo não era aceito pela aristocracia terrestre, que julgava o seu exercício indigno de um cidadão romano. Embora, o comércio de moedas fosse em larga escala praticado pelos *argentarii* e pelos *nummularii*, banqueiros e cambistas da época.<sup>11</sup>

Encontramos a seguinte lição de GARRIDO sobre o tema:

---

<sup>10</sup> Idem, pp. 16 e 17.

<sup>11</sup> MARTINS, Fran. Ob.cit., pp. 4 a 6.

*“(...) lejos de la imagen del esclavo, considerado como mercancía (...) está el artesano instruído en múltiples oficios y profesiones. Los destinados a las empresas industriales eran divididos en escuadras (*classes, decuriae*) bajo la dirección de un jefe, en ocasiones también esclavo (*praepositus*). Las maestranzas serviles formaban grupos especializados en los más variados oficios que se mantenían unidos durante años y que con frecuencia se alquilaban por sus dueños. Incluso los esclavos más instruidos y capaces eran nombrados factores y representantes de los dueños (...), en cuyo nombre contrataban y gestionaban toda clase de negocios. (...) As grandes obras que requerían el trabajo de muchos esclavos se encargaban a un empresario (*redemptor*) que contaba con numerosas maestranzas o que la arrendaba.”<sup>12</sup>*

Ainda neste autor, podemos ver que outros cidadãos romanos que, por seu estatuto jurídico, não podiam praticar o comércio:

*“Un costumbre tradicional prohibía a los que aspirasen a desempeñar cargos públicos el ejercicio del comercio o industria o recibiese una merces o compensación por un trabajo. Se criticaba a los magistrados que tuvieran un padre mercenarius o lo hubieran sido antes. En general se prohibía toda especulación comercial a los senadores. Una ley les prohibía participar en los concursos de obras públicas. Idéntica prohibición tenían los decuriones en las provincias. La prohibición se extendía también a los préstamos con intereses, que se limitaba en disposiciones imperiales a los que excediesen del 4%. Una ley Claudio del año 218 a.C. prohibía a los senadores ejercer el comercio marítimo con naves que transportasen más de 300 ánforas. Se consideraba que las que no excediesen de este límite podían dedicarse al transporte de las mercancías de las fincas de los senadores. (...) La prohibición se extendió a los hijos de los senadores. También se prohíbe a los gobernadores construir naves en las provincias en las que ejercen su mandato. Sin embargo, no siempre las leyes se cumplían en la práctica.”<sup>13</sup>*

Por tais razões então o comércio pelos romanos era feito através dos escravos, servos, estrageiros ou mesmo filhos, pois *paterfamilias* que podia beneficiá-los de um *pecus* (pecúlio) com certa quantidade de gado e assim encarregá-los do trabalho e da gestão da “empresa”. Mais tarde, se chamaria de “Pecúlio” a toda e qualquer quantidade de bens que o pai confiasse ao filho, escravo ou servo de con-

12 GARRIDO, Manuel J. Garcia. Ob. cit., p. 18.

13 GARRIDO, Manuel J. Garcia. Ob. cit., pp. 21 e 22.

fiança para instituição de um comércio em seu *dominus* e a ele prestando contas. Hoje em dia, numa interpretação alargada, chamamos a isso de “capital social”.

Os escravos careciam de personalidade jurídica, não lhes sendo, contudo, vedada a capacidade negocial posto que eram eles que celebravam os negócios jurídicos que beneficiavam apenas o seu *dominus*. Essa capacidade negocial era, contudo, instrumental, pois tudo que adquiriam se revertiam para o seu senhor e não podiam ser titulares (diretos) de direitos de propriedade,<sup>14</sup> mas não se olvide de que o aluguel de escravos representava um grande negócio e uma verdadeira estrutura nesse sentido.

### **3. Opiniões acerca da existência, em Roma, de um direito ou sistema jurídico próprios que tutelassem as relações mercantis**

Os estrangeiros que mercadejavam em Roma eram regidos pelo *jus gentium*, com normas diversas do *jus civile*, ambos subdivisões do Direito Privado, e as suas questões resolvidas pelo *praetor peregrinus*, nesse sentido estrito, para alguns doutrinadores, inexistiam no direito romano, regras especiais para regular as relações comerciais, sendo que as poucas existentes se encontravam incorporadas aos *jus civile*, a exemplo da *actio institoria*, que poderia ser proposta contra o proprietário de um estabelecimento (Taberna – Empresa), por atos praticados por um incapaz que dirigisse dito estabelecimento.<sup>15</sup>

Em Roma existiam regras como a *cessio bonorum*, pela qual o devedor insolvente era desapossado de todos os seus bens pelo Estado que os vendida em hasta pública. Mas há quem, como FRAN MARTINS, ainda entenda que esses fatos não eram suficientes para se afirmar que em Roma existiu um direito especial, diverso do direito comum dos cidadãos, a regular as transações comerciais e que no direito romano, regras especiais para regular as relações comerciais, sendo que as poucas existentes se encontravam incorporadas aos *jus civile*, a exemplo da *actio institoria*, que poderia ser proposta contra o proprietário de um

---

<sup>14</sup> SANTOS, José Eduardo Marques. O Negócio Jurídico em Roma. Tese de Mestrado em Direito Romano, 2002/2003, pp. 3 a 12.

<sup>15</sup> MARTINS, Fran. Ob. cit., pp. 4 a 6.

estabelecimento (Taberna – Empresa), por atos praticados por um incapaz que dirigesse dito estabelecimento.<sup>16</sup>

REQUIÃO entende que essas normas ou regras antigas não formaram um corpo sistematizado que pudesse ser considerado como de “direito comercial”, menos ainda os romanos o fizeram, já que Roma tinha uma organização social voltada para a propriedade rural e agricultura, pelo que não haveria preocupação primordial na formatação de um direito especializado para regular as atividades mercantis.<sup>17</sup>

ULHOA fundamentado em ASCARELLI, alude que sempre existiram regras antigas de direito mercantil, como o Código de Hamurabi por exemplo, mas sem que isso chegassem a formar um conjunto de normas sobre o comércio, sistematizadas e coordenadas por princípios comuns, senão a partir do advento das corporações medievais surgidas na segunda metade do século XII, quando então inicia-se o primeiro período histórico do direito comercial.<sup>18</sup>

Em PAES DE ALMEIDA vemos opinião semelhante, ou seja, mesmo que existissem fragmentos de regras comerciais nas legislações mais antigas, só na Idade Média, principalmente nas cidades italianas onde se desenvolviam fortemente o comércio terrestre e marítimo, surgiria a primeira sociedade eminentemente mercantil - a sociedade em comandita.<sup>19</sup>

Ainda segundo esse autor, ao se aproximar a decadência do Império, se pôde observar transformações acentuadas na estrutura econômica que deixavam prevalecer a expansão comercial. Isso se via no fato de que as leis que proibiam aos senadores e patrícios do “degradante” exercício do comércio, eram constantemente contornadas ou burladas, sob os auspícios de um intenso capitalismo mercantil e urbano, “que a demagogia procura enfrentar, dando dilacões aos devedores, e criando uma situação de relaxamento no cumprimento das obrigações, contra os credores, que os romanistas habitualmente registam.”<sup>20</sup>

16 REQUIÃO, Rubens. Ob. cit., pp. 8 e 9.

17 REQUIÃO, Rubens. Ob. cit., pp. 8 e 9.

18 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol 1, 11º ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 12 e 13.

19 ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das Sociedades comerciais: direito de empresa. 14º ed. rev. atuali. e ampli. de acordo com o novo Código Civil e a Lei n. 10.303/2001 (S/A). – São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 4 e 5.

20 Idem.

Para MAMEDE, Roma não teve efetivamente um Direito do Comércio e sua jurisprudência criou apenas algumas normas dispersas. Ele demonstra o significado de palavras extraídas do latim, que conduziam a significados diversos do que se passou a adotar posteriormente, ou seja: *commercium* é o ato de troca entre vivos; *nogotiatio* é o exercício de qualquer ato de indústria; *mercatura* é o sentido estrito da expressão “trafico de mercadorias”, e complementa, fundamentado em Alfredo Rocco, que os romanos não foram um povo de comércio, embora o *corpus iuris* registrem normas sobre barqueiros, estalajadeiros, etc.<sup>21</sup>

Para muitos autores, os romanos, mesmo cientes de que determinados eventos eram suscetíveis de criar, alterar e modificar relações jurídicas, ou seja, de produzir efeitos reconhecidos pelo direito, não lograram criar um conceito de negócio jurídico, nem tampouco formular uma teoria geral sobre o mesmo, já que se preocupavam em analisar o caso em concreto, o ato em particular. Embora, sua reconhecida competência em classificar cada categoria ou tipo negocial possibilitou a que no século XIX, por influência do liberalismo, os “pandectas” pudessem formular a moderna teoria do negócio jurídico.<sup>22</sup>

BOSCH é segura em afirmar que parte da doutrina romanística moderna vem defendendo, nos últimos anos, a tese favorável à existência de uma disciplina romana do comércio, um direito comercial romano que se fosse desenvolvendo a par do direito privado romano, estendendo-se durante a época clássica.<sup>23</sup>

Ora em Roma e sobretudo em Grécia, são certamente caracterizáveis normas e institutos que dizem respeito ao comércio e em particular ao comércio marítimo, a exemplo das “*dikai emporikai*” ou “ações comerciais”, que eram ações processuais céleres surgidas em Atenas no século IV.<sup>24</sup>

Aqueles que contraíssem acordos sob a base da *fides*, não tinham qualquer possibilidade de agir em julgamento, não se passando o mesmo em Roma. Entretanto, as relações comerciais não ficavam sem proteção, pois a obtinham, primeiramente através de compromissos e arbitragens ou através da jurisdição

<sup>21</sup> GLADSTON, Mamede. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2004, p. 31.

<sup>22</sup> SANTOS, José Eduardo Marques. Ob. cit., pp. 3 a 12.

<sup>23</sup> BOSCH, María José Bravo. La Responsabilidad de la Actividad Mercantil Terrestre en el Derecho Romano. Repositorio Universidade da Coruña. Rev. Ad. N° 10, 2006, pp. 99 - 110. Disp. em www.ruc.udc.es.

<sup>24</sup> BRETONE, Mario. Ob. cit., p. 98.

do Pretor (Urbano) pelas *legis actiones*, e depois, inaugurando uma nova fase, na figura do Pretor Peregrino.<sup>25</sup>

A expansão do tráfico mercantil atraiu pessoas de todas as regiões do Mediterrâneo criando relações jurídicas novas que precisavam ser regulamentadas, também se exigia uma nova organização territorial com desenvolvimento de infraestruturas viárias e de portos, de modo que esse desenvolvimento da economia produtiva teve como consequência a transformação do velho direito civil, através do resultado, sobretudo, do trabalho jurisprudencial dos Pretores, que mediante promulgação de *Éditos* tutelavam as relações havidas entre os empresários e negociadores romanos e peregrinos advindos de outras partes do Império ou do ultramar.<sup>26</sup>

As *fórmulas processuais* pretorianas asseguravam a justiça entre aqueles que praticavam o comércio e exerciam atividades empresariais, mesmo entre eles e os seus credores havia a proteção através das ações processuais que possibilitavam não apenas a tutela dos negócios, mas a reivindicação de direitos e créditos de modo a se garantir que as relações praticadas em Roma estivessem asseguradas sob a égide do direito privado, seja ele *Ius Civile* ou *Ius Gentium*.

Entendemos, pois, que os romanos não enxergavam de fato uma dicotomia que abarcasse o Direito Comercial e do Direito Civil como áreas próprias e independentes do Direito, por que isso não lhes era necessário, já que soluções práticas e rápidas eram criadas para resolver os conflitos, mas tal constatação não nos impede de enxergar a existência de relações comerciais e empresariais protegidas por ambos os ramos unidos num sistema em prol da melhor solução de direito, notadamente no campo litigioso em que são exemplo as *Acciones Adyecticias*.

#### 4. A *Societas romana*

Em Roma, os *negócios jurídicos* poderiam ser *formais* ou apenas *consensuais*. Os primeiros dependiam de que a vontade das partes fosse manifestada de acordo com uma forma prescrita no ordenamento jurídico, que poderia consistir no pronunciamento de certas palavras, em gestos ou por escrito.<sup>27</sup> Isso era regra no âmbito dos negócios sob a égide do *ius civile*, como o testamento, a *macipa-*

25 BRETONE, Mario. Ob. cit., p. 104.

26 BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez. Ob. cit. pp. 483 e 663.

27 SANTOS, José Eduardo Marques. O Negócio Jurídico em Roma. Tese de Mestrado em Direito Romano, 2002/2003, pp. 3 a 12.

tio, a *estipulatio*, dentre outros. Já no âmbito do *ius honorarium* (afeto ao Pretor Peregrino) e do *ius gentium* (direito do povo romano) os negócios eram somente consensuais ou não solenes, bastando que a vontade das partes pudesse ser exteriorizada de algum modo, estando livre o declarante escolher se a expressaria oralmente, por gestos ou na forma escrita.<sup>28</sup>

Havia ainda a diferença entre negócios *bonae fidei negotia* e os negócios *stricti iuris negotia*, distinção importante quando se tratava de questões processuais (*actiones*), pois revelava o alcance e conteúdo das obrigações.<sup>29</sup>

Em Roma quem detinha *personalidade jurídica* era o indivíduo (pessoa física ou natural) livre, cidadão romano e chefe de família, e a perda de uma dessas qualidades importava a perda da personalidade jurídica. Também detinha personalidade jurídica a reunião de pessoas físicas (capazes) para o desenvolvimento de objetivos comuns, nascendo de um reconhecimento legal (registro) e tratadas por *corpora*, *universitas* e *collegia*. A dissolução, por qualquer modalidade possível, importava a perda da personalidade jurídica.

Ao contrário do Direito moderno, para o qual a Sociedade é uma pessoa jurídica, no Direito Romano a Sociedade (*Societas*) não era uma pessoa jurídica ou moral,<sup>30</sup> ela era um Contrato, que requeria além de um consentimento inicial dos sócios, um consentimento continuado e permanente daqueles que queriam permanecer unidos a ela para realizar o fim social.<sup>31</sup>

Assim é que os romanos classificavam as pessoas jurídicas de direito privado da seguinte forma (i) *societates quaestuariae* (sociedades comerciais), assim tidas as corporações mercantis; (ii) *collegii* ou sociedades recreativas, organizações de classe, algo já conhecido nos primórdios e que em princípio, eram livres, mas devido à conspirações foram dissolvidos e os que permaneceram foram obrigados ao registro; (iii) *societas publicanorum*, constituídas por capitalistas, que antecipava os tributos ao tesouro, os quais seriam, posteriormente, cobrados dos contribuintes em potencial. Poderiam ser comparada a uma concessionária de serviços públi-

28 SANTOS, José Eduardo Marques. Ob. Cit. pp. 3 a 12.

29 Idem, *ibidem*.

30 CASTRO, Adauto de Souza & Crochiquia, Edson. ABC do direito romano. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, p. 323, *apud* BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez. Direito de Empresas em Roma. Projeção no Direito das Empresas Actual. Tradução e adaptação: Barbara Sofia Rodrigues Pinheiro. Oferta à Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito – Biblioteca. Cota D03-1849, p. 501.

31 BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez. Ob. cit., p. 499.

cos, mas em quase sua totalidade visam o lucro para seus sócios. Impuseram sua influência até o início do século V, sendo aos poucos substituídas por sociedades de *conductores* que recebiam determinada remuneração para arrecadar os tributos. Esses *conductores* acabaram por converter-se em funcionários de império.<sup>32</sup>

Como é sabido, são inerentes aos negócios jurídicos elementos como a vontade e a declaração, que pressupõem a existência de uma ou mais partes, representadas por sujeitos que gozam de personalidade jurídica, capacidade negocial e legitimidade.

É difícil precisar a origem do Contrato de Sociedade<sup>33</sup>, mas desde a República já se tem evidências jurisprudenciais de cidadãos que individualmente ou pela união com outros firmavam negócios mediante contrato para formação de uma Sociedade que executaria atividades por sua conta e risco, com a criação de estruturas empresariais e, para tal, elas precisavam ter capacidade jurídica para que mantivessem relações constitutivas, modificativas ou extintivas de direito.<sup>34</sup>

A Sociedade era então constituída através de um Contrato consensual, bilateral, perfeito e de boa fé, baseado na fraternidade (*fraternitas*), em virtude do qual duas ou mais pessoas (*socii*) se obrigavam reciprocamente a pôr em comum determinados bens ou trabalho, dividindo proporcionalmente ganhos e perdas, com vistas à obtenção de um fim patrimonial comum, em que surgiam obrigações próprias de Sociedade enquanto estivessem indicadas em seu objetivo.<sup>35</sup> O contrato de Sociedade também tinha que ser perfeito, ou seja, seu objeto deveria ser possível e lícito.

A primeira das formas rudimentares de Sociedade em Roma foi o Consórcio entre irmãos. Com a morte do *paternalias* se formava uma comunidade familiar integrada por seus filhos (co-herdeiros), mantendo-se o direito de copropriedade existente ao tempo do pai (*continuatio dominii*) e se os irmãos não divissem a herança se formava um *consortium ercto non cito*. Nesse consórcio permitiu-se depois ingressar estranhos à família (*consortium ceterorum*), cujo fundamento de

32 SILVA, Américo Luís Martins da. Sociedades Empresariais. Volume II. Sociedade Empresarial Personificada Anônima. Sociedade Empresarial Dependente de Autorização. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pp. 6 e 7.

33 TORRENT, Armando. Manual de Derecho Privado Romano, pp. 18 a 55.

34 BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez. Op. cit, p. 493 cita D. 14,3,1, Ulpiano Livro XXVIII *ad Edictum*.

35 JUSTO, A. Santos. Breviário de Direito Privado Romano. 1º Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 183 a 187.

ingresso seria apenas a expressão da vontade<sup>36</sup> (*societatem coire*) de seus membros manifestada solenemente perante o pretor, dando início ao que seria mais aproximado da sociedade consensual.

O Consórcio entre irmãos se regia pelas regras da solidariedade e qualquer um poderia ditar ordens aos escravos ou vender bens da comunidade fraterna formada com a morte do *paterfamilias*. Percebe-se que havia uma realidade indissociável relativa à posição patrimonial dos irmãos em relação à sua posição familiar, a justificar a contitularidade do patrimônio e a relevância para todos da ação de cada um<sup>37</sup>, algo sem qualquer relação com a sociedade.

Este tipo de sociedade familiar desaparece na época antiga mas deixa sua influência<sup>38</sup>, pois com o passar do passar do tempo, o Consórcio daria ensejo ao contrato consensual de uma *Societas*.<sup>39</sup>

Entretanto, na *Societas*, os sócios até podiam aportar todos os seus bens, como no Consórcio, mas o elemento pessoal, a fidelidade da pessoa à pessoa, embora não fosse algo irrelevante para a disciplina jurídica, nascia da vontade livremente expressada e não por se deter um *status* familiar. Assim, entre a *fraternitas* típica do consórcio doméstico e o mútuo consentimento para constituir a nova *societas*, grande diferença havia, mostrando uma realidade histórica que variava, no plano jurídico-formal, do indivíduo enquanto membro importante por integrar um grupo, para o indivíduo que tem importância por sua reconhecida individualidade.<sup>40</sup>

A Sociedade também se distinguia da associação privada, embora ambas fossem constituídas para alcançarem um fim comum através da reunião de várias pessoas. A Associação atuava no mundo jurídico como sujeito individual e autônomo (princípios de personificação), os bens aportados lhe pertenciam por ser ela um ente uno, podiam seus credores lhe demandarem, não se extinguia com a saída ou morte do associado e as decisões eram tomadas por maioria de

36 Algo que inicialmente não era valorizado em Roma

37 No mesmo sentido expõe BRETONE, Mario. Ob. cit. p. 101.

38 GARRIDO, Manuel J. Garcia. Derecho Privado Romano. I. Instituciones. Tercera edición, revisada. Dykinson: Madrid, 1985, p. 382.

39 BRETONE, Mario. Ob. cit., p. 102.

40 Idem.

votos (havia, é claro, a exigência de existência mínima de três associados para serem constituídas).<sup>41</sup>

A *Societas* não transcendia ao mundo exterior, suas relações eram internas e abarcadas por simples relação contratual entre os sócios, os bens aportados formavam patrimônio comum dos sócios que sofriam pessoalmente as demandas que lhes fossem propostas por terceiros, suas deliberações se davam pela expressão individual dos sócios, cuja saída ou morte implicava em extinção da sociedade.

Assim, nos parece certo afirmar que em sua primeira fase a *Societas* se constituía por *intuitu personae*, mais fundada na confiança recíproca ou nas qualidades pessoais dos sócios ou parceiros, e se perfazia verbalmente, pautada na *affectio societatis*, característica que ainda hoje se vê nas sociedades de pessoas.

Mesmo no período quirítario (*ius quiritum* ou *ius civile*) do Direito Romano, embora a *Societas* pudesse ainda ser constituída verbalmente, já se subordinava à determinadas formalidades (*a nexum* e *a sponsio*), sucedendo-se, esse período, ao da *obligatio litteris*, em que a obrigação decorria do contrato escrito, ou das *obligationes consensu*, em que se dá atenção e relevo à manifestação da vontade das partes.<sup>42</sup>

Tendo em que conta que os fins a que perseguiam poderiam ser muito diferentes, TORRENT cita Gayo (3,148) para distinguir as sociedades em dois grandes tipos: a *societas omnium bonorum* e a *societas unius negotiorum*, ou, de um outro ponto de vista, sociedades universais e sociedades particulares.<sup>43</sup>

A *societas omnium bonorum* era uma sociedade universal, em que os sócios se obrigavam a contribuir com todos os seus bens, presentes e futuros,<sup>44</sup> que ficavam à disposição da sociedade, formando um condomínio com os sócios, para depois se repartir proporcionalmente os ganhos e perdas. Sendo o tipo mais antigo de forma societária e o primeiro a ser reconhecido pelo *ius civile*, e sobre a qual se fundou a *actio pro sócio*,<sup>45</sup> “ação de boa fé” que o sócio podia

41 IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Editora Ariel Derecho: Barcelona, 2009, pp. 171 e 173.

42 ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das Sociedades comerciais: direito de empresa. 14º ed. rev. atuali. e ampli. de acordo com o novo Código Civil e a Lei n. 10.303/2001 (S/A). – São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 4 e 5.

43 TORRENT, Armando. Ob. cit., pp.15 a 35.

44 JUSTO, A. Santos. Breviário de Direito Privado Romano. Ob. cit., pp. 183 a 187.

45 TORRENT, Armando. Ob. cit., 23.

lançar mão para o exigir o cumprimento de obrigações assumidas no contrato e se o demandado fosse condenado incorria ele em declaração de infâmia.<sup>46</sup>

Nos primórdios da época clássica, a *societas omnium bonorum* era a única que gozava do *beneficium competentiae*<sup>47</sup> (benefício da competência) onde a condenação não poderia ultrapassar o limite do patrimônio do sócio.<sup>48</sup>

A *societas unius negotiationis*, ou *alicuius negotiationis* ou, ainda, *societas unius rei*, como as vezes era citada em algumas fontes, eram sociedades particulares, onde o fim precípuo era o lucro decorrente de atividades industriais ou comerciais determinadas, sendo muito abundantes em Roma, sendo exemplos as *societates venaliciae* constituídas para venda de escravos e a *societa argentaria* dedicada ao exercício da atividade bancária. De modo geral, tais sociedades eram designadas em Roma como sociedades comerciais ou *societates quaestuariae*.<sup>49</sup>

Com antes citado, o mercado de aluguel, compra e venda de escravos, enquanto principal força de produção do mundo romano, representava um grande negócio, por isso havia uma verdadeira estrutura nesse sentido, com a constituição de Sociedades para fazer frente às exigências de um intenso tráfico internacional que requeria que os comerciantes se associassem para poder concorrer ao maior numero possível de mercados, dividindo os riscos, lucros e prejuízos.<sup>50</sup>

A *vectigalia* era feita através de Sociedades constituídas para isso, assumindo grande prestígio entre os romanos a *societas publicanorum* ou *societas vectigalium*, sociedade capitalista de grande importância no final do período republicano, primeira com personalidade jurídica distinta da dos seus sócios<sup>51</sup> e que, pela natureza de suas atividades de arrecadação de tributos, gozavam de especial proteção do Estado.<sup>52</sup>

É que o Estado romano autorizava alguns de seus cidadãos os quais, assumindo qualidades de agente do fisco, podiam lançar e arrecadar tributos mediante pagamento de uma determinada quantia ao tesouro ou aos arrendatários de bens do fisco, sendo designados, por esse exercício de funções públicas, como

46 JUSTO, A. Santos. Breviário de Direito Privado Romano. Ob. cit., pp. 183 a 187.

47 TORRENT, Armando. Ob. cit., pp. 23 a 55.

48 JUSTO, A. Santos. Breviário de Direito Privado Romano. Ob. cit., pp. 183 a 187.

49 TORRENT, Armando. Ob. cit., p. 29.

50 Idem.

51 Idem.

52 ALMEIDA, Amador Paes de. Ob. cit.. pp. 4 e 5.

publicanos. Eles geralmente constituíam sociedades para tal fim, que incluíam, não raras vezes, a exploração de contratos de obras públicas e de fornecimento, e era composta por uma classe formada por banqueiros e capitalistas experientes em grandes operações por toda a bacia mediterrânea.<sup>53</sup>

Podemos aludir que o contrato de sociedade se distinguia dos outros contratos consensuais pela homogeneidade das obrigações dos sócios fundada no dever de aportar bens, capital ou trabalho, frente a heterogeneidade das obrigações dos demais contratos.<sup>54</sup>

TORRENT<sup>55</sup> estabelece que os elementos fundamentais do contrato de sociedade, estariam assentes no consenso, no aporte e no interesse comum ou fim patrimonial da Sociedade. O primeiro deles estaria presente em qualquer contrato consensual, é livre de forma e basta que as partes sejam capazes para manifestem sua vontade de se associar e aportar os bens ou trabalho que o contrato de perfaz.

Os aportes podiam consistir em bens reais ou créditos, ou seja, coisas corpóreas ou incorpóreas (*societas rerum*) ou trabalho manual, industrial ou intelectual (*societas operarum*) ou por ambas (*societas mixtae*), podendo, por isso, serem diferentes as contribuições consoante os sócios contribuam só com coisas, com trabalho ou com ambos,<sup>56</sup> respondendo cada um deles pelos riscos da evicção e por vícios ocultos. Não era exigida igualdade de aportes, mas sim sua valorização econômica para que se pudesse corretamente proceder à distribuição dos lucros e prejuízos.

O terceiro elemento essencial do Contrato de Sociedade retro apontado seria então a *finalidade*, ou seja, o interesse comum que as partes se propõem realizar, que deveria ser lícito (como hoje ainda o é) e susceptível de constituir uma utilidade ou vantagem patrimonial para todos os sócios,<sup>57</sup> sendo nula a constituição da chamada *societas leonina*,<sup>58</sup> na qual se reserva apenas perdas

53 SILVA, Américo Luís Martins da. Sociedades Empresariais. Volume II. Sociedade Empresarial Personificada Anônima. Sociedade Empresarial Dependente de Autorização. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pp. 6 e 7.

54 TORRENT, Armando. Ob. cit. 44.

55 TORRENT, Armando. Ob. cit. 49

56 JUSTO, A. Santos. Breviário de Direito Privado Romano. 1Ob. cit., pp. 183 a 187.

57 JUSTO, A. Santos. Breviário de Direito Privado Romano. Ob. cit., pp. 183 a 187.

58 TORRENT, Armando. Ob. cit. 52.

para algum ou alguns sócio, conquanto fosse admitida a fixação de participação desigual nos ganhos e perdas posto que diferente da estipulação leonina.<sup>59</sup>

Quanto ao um regime jurídico, destaca-se como (a) obrigações de cada sócio: contribuir com o que foi acordado (coisa ou trabalho); responder por evicção e pelos vícios ocultos da coisa entregue desde a conclusão do contrato ou a partir da entrega, respectivamente, se se tratar de coisa determinada ou genérica; e gerir os negócios sociais segundo os fins da sociedade e a sua responsabilidade depende de *culpa in concreto* devendo empregar a diligência que lhe é própria; e como b) direitos de cada sócio o reembolso dos gastos, a indenização dos danos que a gestão lhe cause e a participar proporcionalmente nos lucros e prejuízos, exceto se outra proporção for acordada.<sup>60</sup>

Não é ocioso repetir que o Contrato de Sociedade em Roma não criava uma pessoa jurídica<sup>61</sup> distinta dos sócios, a exceção da *societas publicanorum* e, para alguns autores, da *societas vectigalium*, e, em certo modo de ver, do instituto do *peculium*.

O que se formava, então, era apenas uma relação exclusivamente interna entre os sócios. Não haviam relações jurídicas reconhecidas entre a sociedade e terceiros, mas somente créditos e obrigações de cada sócio com aqueles. Assim, se um dos sócios firmasse um contrato com um terceiro, a correspondente relação jurídica surgia unicamente entre essas partes, embora devesse o sócio prestar contas aos demais.<sup>62</sup>

Isso quer dizer que só o sócio que participou do contrato poderia demandar e ser demandado pela outra parte e só em situações muito especiais, os efeitos de um negócio jurídico realizado por um sócio produziam efeitos na esfera jurídica dos outros, que podiam então demandá-los com a *actio institoria* ou *exercitoria*.<sup>63</sup>

Por oportuno, convém trazermos à baila o fato de que alguns autores chegam a assegurar que as sociedades anônimas evoluíram das *societas publicanorum*, embora outros entendam que fora a partir da *Banca di San Giorgio*, e outros que sustentam que só surgiram na era moderna com as Companhia Holandesa das Índias Orientais. Antes do antigo império romano, não se têm notícias de

59 JUSTO, A. Santos. Breviário de Direito Privado Romano. Ob. cit., pp. 183 a 187.

60 JUSTO, A. Santos. Breviário de Direito Privado Romano. Ob. cit., pp. 183 a 187.

61 Como salienta Juan Iglesias: En el Derecho romano antiguo, la LESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Editora Ariel Derecho: Barcelona, 2009, pp. 183 a 187.

62 JUSTO, A. Santos. Breviário de Direito Privado Romano. Ob. cit., pp. 183 a 187.

63 Idem.

sociedades assemelhadas às sociedades anônimas, por isso que estas podem sim ter evoluído a partir das instituições que emergiram do Direito Romano e que com elas guardam certa similaridade.<sup>64</sup>

As *societas publicanorum* ou *societas vectgalium* possuíam peculiaridades que as distinguiam das outras sociedades romanas, sendo algumas delas análogas às das sociedades anônimas contemporâneas, haja vista que eram dotadas de personalidade jurídica própria, não se dissolviam com o falecimento de um dos sócios, as dívidas sociais não constituíam dívidas dos sócios, demonstrando a limitação da responsabilidade de cada um deles, o sócio mais destacado poderia exigir para si a transferência da quota do sócio menos representativo, o que seria visto como transferibilidade das participações.<sup>65</sup>

Os sócios poderiam alienar sua participação na sociedade, isto é, a parte de cada sócio na sociedade representava valores cedíveis e negociáveis (embora não existisse indícios de sua representação em títulos negociáveis).<sup>66</sup>

Em apertada síntese, SANTOS JUSTO relaciona as várias causas para extinção do contrato de sociedade: “*cumprimento do prazo acordado, realização do fim; perda do património social ou subtração ao commercium; acordo de todos os sócios; renúncia de um dos sócios; morte ou capitis deminutio de um dos sócios; execução patrimonial ou confisco de um dos sócios; má condição económica de um sócio; exercício da actio pro socio. Com a extinção da sociedade, o condomínio dissolve-se, seguindo-se a liquidação e divisão dos bens sociais através da actio communi dividundo.*”<sup>67</sup>

## 5. O Estabelecimento Empresarial em Roma: a *Taberna Instructa* e a representação dos negócios empresariais terrestres

Sabemos então que a origem da congregação seja por associativismo, cooperativismo ou empresa já era disciplinada e o Código de Manu, em seu art. 204, assim

<sup>64</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. Sociedades Empresariais. Volume II. Sociedade Empresarial Personificada Anônima. Sociedade Empresarial Dependente de Autorização. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pp. 6 e 7.

<sup>65</sup> Idem.

<sup>66</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>67</sup> JUSTO, A. Santos. Breviário de Direito Privado Romano. Ob. cit., pp. 183 a 187.

dizia: “Quando vários homens se reúnem para cooperar, cada um com seu trabalho, em uma mesma empresa, tal é a maneira por que deve ser feita a distribuição das partes.”

Logo, o direito arcaico conhecia, pois, de questões afetas à cooperação associativa entre indivíduos. A atividade de empreender não era algo novo, já se tinha ciência de que civilizações antigas como a Mesopotâmica, bem como os egípcios, os fenícios, os cartagineses e os gregos já praticavam o comércio séculos antes, sendo então Roma uma das herdeiras dessas práticas e de seus usos e costumes, desenvolvendo-as nas zonas sob o domínio do Império.

É fato que a existência de empresas em Roma tem sido há muito negada pela maior parte dos romanistas, mas pesquisadores mais recentes, a exemplo de Francisco Ferrara (em sua obra de 1950) e Francesco De Martino (em sua obra de 1985) já passaram a admitir sua existência, reconhecendo estruturas empresariais em Roma, voltadas à prática do comércio e a realizações de negócios, podendo tal reconhecimento ser sustentado por vários exemplos.<sup>68</sup>

Os romanos definiram que o lugar físico onde se realizariam os negócios mercantis e industriais era a *Taberna Instructa* (ou a *Officina*), que era como se designava a empresa individual romana. Era a unidade jurídica e econômica, local onde eram levadas a efeito as atividades produtivas e negociais.<sup>69</sup>

A Empresa romana não requeria nenhum tipo de consentimento ou acordo inicial ou continuado dos seus criadores, apenas bastava a montagem de unidade física e a vontade das pessoas de produzirem e/ou negociarem externamente. Era de fato uma unidade ou complexo de bens organizado para produção e realização de negócios com terceiros independente do seu titular.

Convém já de logo relembrarmos que Sociedade é diferente de Empresa. No direito romano, como já dito, a *Societas* era um Contrato obrigando pessoas a aportarem capital e dividir lucros e perdas, e era possível que ela fosse proprietária de uma ou várias empresas, podendo estas ser dirigidas por pessoas que não fossem sócios.

Ao contrário da Sociedade, a Empresa não tinha forma contratual ou prazo de vigência, seus objetivos eram a produção e a riqueza para aqueles que a criavam e extinguia-se, em regra, pelo desaparecimento do patrimônio social, pela renúncia ou pela morte de algum sócio.<sup>70</sup>

68 BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez. Ob. cit., pp. 483 e 663.

69 Idem, p. 499.

70 BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez. Ob. cit., p. 499.

Entretanto, com a expansão dos negócios, os cidadãos romanos e os pais de família viram a necessidade de se fazerem representar nos inúmeros negócios que surgiam. Desta forma, passaram a separar parte de seu patrimônio e o entregava a um filho, um escravo ou servo de confiança, para que administrassem e pudesse utilizar livremente em seus negócios com terceiros. Eram os chamados pecúlios que os beneficiários poderiam utilizar esse para constituir empresas cuja estrutura poderia refletir a existência de duas pessoas, o dono (*dominus*) ou uma sociedade capitalista, e, um empresário, que é o administrador (filho, filha, servo ou um escravo de confiança).

O pecúlio abrandou, do ponto de vista patrimonial, por assim dizer, a *potesta* do *paterfamilias*. Não era requerida qualquer forma para a sua constituição, bastando a vontade do instituidor de entregar parte ou todo o patrimônio para ser administrado pelo filho, escravo ou preposto. Podia ser aumentado a qualquer tempo e, respeitados os direitos de terceiros com quem se tivesse negociado, podia ser revogado também a qualquer tempo.<sup>71</sup>

Contudo, era necessário uma estrutura de gestão e representação, motivo pelo qual a empresa individual romana (Taberna ou Oficina unidade física, jurídica e econômica onde eram realizadas a atividades de produção e comercialização de bens) seria representada ou apresentada externamente pelo *Dominus*, que era o dono ou titular e proprietário da empresa; pelo *Institutor*<sup>72</sup>, que era o administrador geral, encarregado das negociações com terceiros e de prestar contas financeiras ao *Dominus*, e também aquele que poderia exercê-la em qualquer outro lugar não determinado (poderia ser um filho ou um escravo especializado (*Párdula*) do proprietário, titular ou dono (*Dominus*) da *Taberna Instructa* espécie de empresa individual<sup>73</sup>; e pelos *Factores* de produção ou negócios.<sup>74</sup>

71 BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez. Op. cit, p. 493, onde o autor cita Dig. 14,3,1, Ulpiano Livro XXVIII *ad Edictum*.

72 Cfr. BOSCH, María José Bravo. Ob. cit, p.99. “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.”

73 Segundo consta em BOSCH, María José Bravo. Ob. cit, pp. 99 - 110. 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.

74 BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez. Op. cit, p. 493 onde o autor cita D. 14,3,1, Ulpiano Livro XXVIII *ad Edictum*.

A estrutura hierarquizada poderia ser representada de maneira ainda mais organizada, com entes designados por sua atuação na produção, comercialização e relações com terceiros assim esquematizado por BLAZQUÉS:

- Dominus: Taberna-Officina com Diretores gerais. Magister Officina com Institor Tabernae,
- Vida Interna: Factores produtivos com Artífices, Discípulos, Mercenários, Operários e Servos.
- Vida Externa: Factores de negócios com Institor Dominicae Mercis, Discípulos e Mercenários,

Quanto à responsabilidade pelos atos praticados por esses representantes/administradores, de certo que a constituição do *peculium* gerou a base para a representação limitada da empresa exercida a partir da formação desse patrimônio que poderia estar desatrelado do patrimônio pessoal do seu instituidor, gerando responsabilidades que seriam suportadas apenas pelo capital ou bens integrantes do pecúlio.<sup>75</sup>

A maioria dos estabelecimentos empresariais em Roma e em suas províncias anexas seriam familiares, em geral de porte pequeno ou médio, com a responsabilidade limitada ao pecúlio constituído. Podiam ter ou não escravos, mas o certo é que o exercício da atividade empresarial, fruto das operações e contratos decorrentes do tráfico negocial poderia gerar a qualquer delas, independentemente do porte, a concorrência de muitos credores. Isso leva a que os riscos empresariais viessem a ser regulados pelo Pretor.

Assim, para reconhecer a responsabilidade (limitada ou ilimitada) dessas empresas peculiares, dois critérios haviam que ser observados: (a) se o *dominus* concedeu autorização expressa e específica (*praepositio*) para que o *Institor* realizasse negócios em nome da empresa ou em seu nome (*dominus*), a empresa respondia pelas dívidas contraídas nessa operação, desde que realizada dentro dos poderes concedidos, e o *dominus* respondia com ela solidariamente, por confusão patrimonial; e (b) se o *dominus* era quem negociava diretamente com os factores de negócio e, de vontade própria, onde seria então responsabilizado

<sup>75</sup> BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez. Op. cit, p. 531, onde o autor cita Dig. 15,1,41, da versão castelhana do Digesto de Justiniano, ISBN 84-7016-133-4 (v.03), Publicación Pamplona: Aranzadi, pp. 578 e 579

diretamente pelos negócios que realizava, tanto pessoalmente, quanto através de possíveis representantes.

Sobre a *praepositio* outorgada pelo *Dominus* ao seu *Institor*, BOSCH assim leciona:

*"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 praepositio, 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 establecimiento. Las funciones a realizar por el institor nombrado en la praepositio deben ser permanentes, para que los terceros que vayan a realizar negocios con ellos vean claramente que es una persona autorizada por el dominus negotii. La praepositio no exigía un acto solemne, 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 contratasesen con el praepositus podían dirigir la actio institoria contra el que lo puso el frente del comercio terrestre."*<sup>76</sup>

Saliente-se que se o *dominus*, expressamente, de forma clara, legível e permanente, colocou na frente do estabelecimento que seu *Institor* não poderia celebrar contratos, quem contratasse com ele não teria direito a requerer, perante o Pretor, a *Actio Institor* por ter ciência da proibição, através do letreiro exposto no estabelecimento. Era essa a *empresa de responsabilidade limitada* constituída pela entrega de um pecúlio para administração, mas com a proibição de celebração de contratos;

Enfim, temos que na empresa peculiar de responsabilidade limitada o *dominus* constituía um *peculium* empresarial que era dotado de personalidade equiparada ao do homem e o entregava à administração de um *Institor* que lidava com os negócios e prestava contas a ele, e também poderia, se autorizado fosse, celebrar contratos com terceiros que obrigaria a empresa e, solidariamente, o *dominus*. Este *dominus*, quando não desejava mais a existência da empresa peculiar, tinha como meio jurídico apto a isso a revogação do pecúlio.

---

76 BOSCH, María José Bravo. Ob. cit, p.99.

## 6. Conclusão

É estimulante descortinar o que juridicamente dispunham os romanos para regular as demandas mercantis e as questões de responsabilidade, capacidade e boa fé nas relações afetas aos negócios naquela época.

Poder redescobrir o quanto fomos e ainda somos influenciados pela cultura e saber romanos e como era simples para eles desenvolver ferramentas para solução de todos os tipos de relações, especialmente as mercantis, nos leva a um plano de satisfação sem medida, pois podemos sempre ir buscar nessas fontes as fórmulas para as questões que hoje nos são apresentadas e com isso termos a certeza de que não estamos desamparados.

Nos anima que utilizemos a citação de AMÉRICO SILVA quando destacou o que sabiamente nos disse Waldemar Martins Ferreira em relação à visão dos romanos sobre as questões societárias e empresariais para concluir que disso tudo o que pudemos ver e descrever neste singelo texto se extrai a certeza de que “nem tudo que o mercantilismo contemporâneo revela é inédito.”.<sup>77</sup>

## Bibliografia

BARATA, Filipe Themudo. Navegação, Comércio e Relações Políticas: Os Portugueses no Mediterrâneo Ocidental (1385 – 1466). Fundação Calouste Gulbenkian – Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica. Coimbra: Imprensa de Coimbra. ISBN 972-31-0822-4.

BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 6<sup>a</sup> edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez. Direito de Empresas em Roma. Projecção no Direito das Empresas Actual. Tradução e adaptação: Barbara Sofia Rodrigues Pinheiro. Oferta à Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito – Biblioteca. Cota D03-1849.

---

<sup>77</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. Sociedades Empresariais. Op.cit, pp. 6 e 7..

BOSCH, María José Bravo. La Responsabilidad de la Actividad Mercantil Terrestre en el Derecho Romano. Repositorio Universidade da Coruña. Rev. Ad. Nº 10, 2006, pp. 99 - 110.

BRETONE, Mario. História do Direito Romano. Imprensa Universitária. Editorial Estampa. ISBN 972-33-0766-9.

CASTRO, Adauto de Souza & Crochiquia, Edson. ABC do direito romano. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. História do Direito Português. MARCOS, Rui Manoel de Figueiredo (colab.); 5º ed. Rev. e atul. Coimbra: Almedina, 2014.

DE MARTINO, Francesco. História Econômica de la Roma Antigua, Akal, D.L., Madrid, 1985.

FERRARA, Francesco. *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*, Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.

GALGANO, Francesco. História do Direito Comercial; tradução de João Espírito Santo. Supervisão e Notas de José J. Barros. Bolonha: Societá editrice il Milano, nova edição aumentada, 1980.

GARRIDO, Manuel J. Garcia. El Comercio, los Negocios y las Finanzas em el Mundo Romano. Edita Fundación de Estudios Romanos.

GLADSTON, Mamede. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2004.

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Editora Ariel Derecho: Barcelona, 2009.

JUSTO, A. Santos. Breviário de Direito Privado Romano. 1º Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Temas de Direito Privado, uma homenagem ao Professor Agerson Tabosa. Felipe Barroso (Org.) Revista Jurídica FA7, vol. 7, nº 1, Fortaleza: Bookmaker, 2010.

SANTOS, José Eduardo Marques. O Negócio Jurídico em Roma. Tese de Mestrado em Direito Romano, 2002/2003.

SILVA, Américo Luís Martins da. Sociedades Empresariais. Volume II. Sociedade Empresarial Personificada Anônima. Sociedade Empresarial Dependente de Autorização. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007

TORRENT, Armando. Manual de Derecho Privado Romano.



# ¿Cambio en el tiempo y el espacio?

*Luis Enrique Antúnez y Villegas*

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de  
la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

El origen y desarrollo de la civilización humana no pueden considerarse misterios totalmente resueltos y ello permite que pueda abordarse puntos de vista que o no han sido tomados en cuenta o se consideran fantasiosos. Es así que, si nos referimos al ámbito jurídico, especialmente al Derecho Comercial, podemos encontrar algunos temas de reflexión sobre nuestro presente. ¿Cómo se organizaron los primeros pobladores de Roma? Posiblemente, adquirieron conciencia de su situación, quizás tuvieron problemas que les eran comunes a pesar de las diferencias que pudiesen existir y siguiendo la costumbre general de elegir un Jefe, al que denominaron Rex, iniciaron lo que, más tarde sería una sociedad de gran significación en el tiempo y el espacio. Como lo relata Pomponio, al comienzo no se rigieron por leyes sino con la fuerza de los reyes. Agrega que Rómulo dividió al pueblo en 30 curias y atendía la administración por los paterfamilias de ellas. Estas decisiones se llamaron leyes curiadas, ejemplo que fue seguido por los reyes sucesores. Luego de diversas circunstancias encontramos la Ley de las XII Tablas, que origina el ius civile y del cual derivan las acciones, todo lo cual estaba a cargo de los Pontífices. El enfrentamiento entre patricios y plebeyos origina las normas denominadas Plebiscitos. Este entorno podría indicarnos que el interés era, al parecer, la regulación de la conducta de las personas en las actividades humanas derivadas de la vida en común. Las fuentes justinianas del Derecho Romano, me permiten presumir que, al menos en las etapas iniciales, esta nueva ciudad se organizó dentro de un esquema de valores morales,<sup>1</sup> surgidos de hechos derivados de la vida en común.

---

<sup>1</sup> Muchos estudiosos señalan que el origen deriva de costumbres religiosas, aspecto que, pienso, también concurrió en su desarrollo.

El tema, del Derecho Comercial, de Roma a nuestro presente es, de suyo, interesante en la medida que se trata de llevar a cabo una suerte de comparación jurídica y social entre dos modus vivendi. En la Roma antigua, las actividades humanas se sujetaban a la ley, con la regla “dura lex, sed lex”. El inicio de la consolidación de un nuevo pueblo exigía la existencia de reglas estrictas que buscaban la relación pacífica de sus componentes evitando distinciones y poderes que perturben el desarrollo del pueblo en su conjunto. ¿Podría, entonces, hablarse de una rama especializada como el Derecho Comercial? Es posible que, en la etapa de organización, sólo se estimaran las relaciones individuales y/o familiares, es decir, los actos que permitían solucionar problemas inmediatos y necesarios para la vida comunal. Siendo así, ¿podrían estimarse la permuta, el mutuo, la prestación de servicios como actividades comerciales? Considero que la respuesta es negativa en tanto que el pensamiento era el del desarrollo conjunto, lo que implica un principio de solidaridad que excluye el lucro. Es posible, entonces, estimar que la naturaleza humana y el contacto con pueblos distintos, originara la existencia de un medio de cambio que, en primera instancia, la constituyeron los metales preciosos y, posteriormente, la aparición de las monedas que, hoy, denominamos dinero, numerario, circulante. Igualmente, resulta probable que los metales preciosos y la moneda, despertaran el sentimiento de codicia y el afán de lucro, en muchos casos avaricia. Ello implica la necesidad de establecer reglas que permitan la actividad pacífica del intercambio. Este afán de lucro comienza a desarrollarse en el dominium, vocablo que abarca tanto a las personas como a las cosas. En el aspecto de la realidad social, el vocablo adquiere enorme importancia en la medida que significa autoridad con facultad de disposición y resulta que es el Pater Familias quien goza de la capacidad de ejercicio más amplia. Ciento es que el desarrollo de la vida cotidiana obliga a quienes se encuentran bajo el dominium del Pater a realizar actos que implican la adquisición de dominio sobre cosas pero esta actividad implica que la adquisición no es a título personal sino familiar. Esta costumbre hace, desde mi punto de vista, que el Pater Familias aparente ser el “dueño” de lo adquirido cuando, en realidad, la cosa adquirida no es de su “propiedad” sino de la Familia. Transcurre el tiempo, Roma se desarrolla económicamente, aumenta su dominio territorial y aparecen nuevas instituciones jurídicas; entre ellas el peculium el cual permite que los alieni iuris puedan actuar jurídicamente respecto de éstos. Por lo demás, la ampliación territorial romana, la incorporación de nuevos pueblos, el conocimiento de otros usos y costumbres dan lugar

a la aparición de nuevas formas de pensar y se despiertan las apetencias por lo exótico, las costumbres propias de Roma se relajan o se diluyen y surgen nuevos procedimientos procesales que, más allá de garantizar decisiones basadas en los antiguos valores, sirven para sostener la existencia de las personas o grupos de poder económico.<sup>2</sup> La situación descrita origina el cambio, lenta, pero decididamente, de las costumbres originarias, los conceptos del modo y forma de solucionar los conflictos y aparecen nuevas figuras de relación entre las personas y la satisfacción de sus necesidades. Si en los orígenes la entrega de una cosa a cambio de otra es la manera usual, con la aparición de la moneda, esta forma de intercambio varía y origina una forma nueva, la emptio venditio y se incrementan las sociedades que van más allá del intercambio individual. Esta situación permite presumir que, además de producir sentimientos de grandeza, orgullo nacional y voluntad hegemónica, paralela e imperceptiblemente, se extiende la sombra de la decadencia, una decadencia que no es explosiva ni cataclísmica y que tiene como corolario la división de Roma, en primer término y, luego su desaparición como eje socio económico. Si bien la cultura romana abarca numerosas actividades humanas relacionadas con la educación, ingeniería, comercio, industria y muchas otras, no puede negarse que nos ha dejado, como herencia viva, su actividad jurídica. Los valores e instituciones jurídicas del ius civilis que permanecen en nuestros sistemas legales. En este tiempo denominado moderno, encontramos en nuestros ordenamientos la permuta, la compra venta, la hipoteca, la prenda, el mutuo, el depósito, el comodato, la sociedad en el aspecto que, hoy, llamamos Derecho comercial . Curiosamente, el concepto de estas instituciones sigue siendo el que se tenía en la época de esplendor jurídico de Roma. Quiero decir, entonces, que nuestros actuales ordenamientos no han creado instituciones jurídicas nuevas pues estas siguen siendo las mismas de la antigüedad. Sigue nada más que los avances tecnológicos han originado nuevas formas de realizar contratos y que a muchos se les ha dado nombre en idioma anglo sajón pero que no constituyen conceptos jurídicos distintos a los ya conocidos. Así, por ejemplo, la denominada Tarjeta de Crédito no es más que un mutuo que tiene formas mecánicas y/o electrónicas para constituirlo y ejecutarlo; y el llamado contrato moderno, el Joint venture, por ejemplo, no es más que un contrato de sociedad.

---

<sup>2</sup> La expresión *mare nostrum*, resulta así muy significativa.

¿Qué es, entonces, lo que tenemos útil y práctico de Roma? Evidentemente, esa herencia viva de vocación por la Justicia, los principios y valores jurídicos, las instituciones y todo aquello que nos recuerda el deber de Justicia para todos, no para unos cuantos. Sin embargo, en el área del Derecho Comercial también tenemos una enseñanza que la estamos olvidando: tenemos los instrumentos para tener sociedades en donde la justicia se plasme en el bien común pero no los estamos usando para lograrlo e impedir la asimetría social que agobia a muchos pueblos de este mundo. Si nos referimos al mutuum, por ejemplo, encontramos que, en la Roma antigua, este contrato tenía su fundamento en el principio de solidaridad entre los integrantes de una colectividad: -te presto algo por cuanto lo necesitas y, en este instante, yo no lo requiero.- Cuando aparece la moneda surge, en inusitada avalancha, la avaricia. Igualmente, la codicia humana y la ambición de poder se acrecienta.<sup>3</sup> En los orígenes, el mutuo era un contrato que no generaba el pago de intereses y la obligación del deudor era devolver lo prestado en el modo y plazo pactado. Sin embargo, aparecen las familias de poder económico y los argentarii que, entre otras argucias, para evadir lo reprobable idearon entregar menos dinero a los prestatarios, los cuales reconocían documentalmente que el préstamo era mayor al dinero recibido. No olvidemos que surge, por ello, la *actio non numerata pecunia*. Se dieron épocas en que, el cobro de intereses se admite y otras en las cuales se prohíbe pactarlo y/o cobrarlos. Finalmente, en la época justinianea se determina que se podrá cobrar intereses en los mutuos dinerarios de acuerdo a una escala establecida que fluctúa entre el 6% y el 12% de acuerdo a la actividad o la condición social del prestamista.<sup>4</sup>

Este contrato, desaparecida Roma como eje socioeconómico, fue desarrollándose de diversas formas en todos los tiempos y pueblos y surgieron nuevas familias con el poder financiero suficiente para dedicarse a esta actividad que, en determinados momentos, se convierte en un financiamiento de la voluntad imperialista para conseguir nuevos territorios o el poder político. También aparece la esclavitud<sup>5</sup> de los pueblos conquistados o “descubiertos”. Concurrentemente a este movimiento comercial encontramos la agonía del pueblo romano y su desaparición como eje socioeconómico.

3 Esta expresión no significa que la ambición de poder y/o sus excesos no hayan existido en la época antigua. Recordemos, por ejemplo, los hechos producidos bajo Tarquino El Soberbio.

4 Tasa establecida con el ánimo de restringir el agio, que se había hecho común por los prestamistas.

5 Este vocablo, desde mi punto de vista, no debe confundirse con la condición de servidumbre de Roma.

En la era actual, encontramos que el contrato más utilizado es la compra venta, seguido del mutuo y puede decirse que, dadas las circunstancias, los fenómenos que existieron en tiempos de la civilización romana, se repiten o continúan. Nuestra época se caracteriza por el inusitado avance tecnológico que ha originado, con la ayuda de la propaganda publicitaria, nuevos bienes de consumo que las personas las entienden como de primera necesidad y la aparición de entidades multinacionales, muchas de las cuales tienen presupuestos que doblan el presupuesto de ciertos estados, las cuales usan su poderío financiero, para incorporar a gobernantes como medio de asegurar su dominio económico y social. Igualmente se utiliza una forma de contratación denominada “contratos masa” que, en verdad son contratos de adhesión en los cuales la libre voluntad de uno de los contratantes, prácticamente, deviene inexistente.

Este apretado resumen me permite señalar, salvo mejor parecer, lo siguiente:

- a) Las instituciones jurídicas romanas del ius civile continúan vigentes en la actualidad, quizá con leves modificaciones conceptuales o con variaciones de denominación derivadas de lo que, eufemísticamente se considera “moderno”

Es posible, entonces, que las necesidades humanas exigieran un intercambio de cosas, que llamamos permuto o trueque debido a la no existencia de dinero. Y Roma creció. Si surgieron problemas, se debieron a la ambición de poder político. Sin embargo, un pueblo en desarrollo debió haber tenido problemas derivados de las pasiones humanas individuales, los cuales debieron solucionarse con la intervención de la fuerza de los reyes o los sacerdotes de la época y, paso a paso, se esbozó el arte del Ius, como lo relata Pomponio. El crecimiento ciudadano, la aparición del dinero, la expansión territorial, trajeron la regulación de lo que denominamos contratos en tanto aparecían formas de intercambio para la satisfacción de las necesidades y, en los casos de diferendo, se establecieron criterios reguladores bajo la guía del concepto Iustitia. No obstante, encontramos que, en determinados momentos, eclosionaron ambiciones humanas que provocaron reacciones de grupos humanos, originando hechos que dieron como resultado cambios económicos y sociales y nuevas formas y costumbres que no guardaban relación coherente con los conceptos tradicionales y, por consiguiente, contradictorios con las normas establecidas. Crece Roma, llega a su esplendor y aparece su declive. No obstante nos dejó una herencia invaluable: la idea de la Justicia y su medio conductor: el Derecho.

Lo que se denomina cultura occidental, desde el punto de vista jurídico, heredó los principios y valores romanos, el valor Iustitia y el Ius, al menos, a nivel teórico. La historia conocida, nos muestra la discordancia entre la teoría y la realidad. Retrocediendo en el tiempo, me permito recurrir a A.G. Hamman, que cita a Cipriano quien esboza un cuadro pesimista de la comunidad:

*“Cada uno quiere aumentar su fortuna. Los cristianos olvidan lo que sus antepasados han hecho en la época apostólica y que ellos deberían continuar haciendo; arden en el deseo de las riquezas: sólo en esto piensan. Se necesita más piedad en los sacerdotes, más integridad en la fe en los ministros de Dios, más caridad fraternal, más orden en las costumbres. Los hombres se adornan con frivolidad sus barbas, las mujeres ostentan su vanidad. Se casa a los infieles y se entrega a los paganos las cosas sagradas.”<sup>6</sup>*

Se describe así una época, (Siglos III y IV de nuestra era) de desorden, amoral de cierta forma, que se produce en África del Norte y, probablemente, en todo el imperio. Este devenir recuerda que las “civilizaciones, nacen se desarrollan y desaparecen”, como indicaba Oswald Spengler. Si es así, el resumen del transcurrir de Roma indica la existencia de etapas: la formativa – que algunos describen como la Época Antigua-; el desarrollo (la cual podría estimarse en la Res Pública y que habría alcanzado su apogeo con la denominada Pax Romana y, finalmente, la Decadencia que podríamos ubicarla desde el gobierno de Caracalla hasta Justiniano. Ahora bien, si nos remitimos al quehacer jurídico, inevitablemente debemos determinar cuáles son sus valores y su finalidad. La observación empírica nos permite señalar que, en el desarrollo de los pueblos y de la humanidad en general, se producen hechos. Éstos pueden ser producto de la naturaleza y otros por la actividad humana. Los primeros, a su vez, pueden ser eventuales y periódicos y, de manera semejante, podemos indicar que, igualmente, lo son aquellos producidos por la actividad humana. En cuanto a la primera clasificación, muchas veces nos referimos a las “leyes de la Naturaleza”, esto es en relación a sus lapsos periódicos y a los eventuales los denominamos “causas de fuerza mayor” o “actos de Dios”. Los actos de la actividad humana ocurren de otra manera. En oportunidades son imitación de lo que muestra la naturaleza y, en otras, son el resultado del factor psicológico, propio de la especie. En este último caso surgen criterios estimativos que, finalmente, de-

---

6 Op. Cit. Pag.

sebocan en juicios de valor: distinguir lo útil de lo inútil. Lo conveniente de lo inconveniente, lo bueno de lo malo, lo legal de lo ilegal. Estas distinciones originan criterios estimativos que, con el transcurrir del tiempo desarrollan abstractaciones que llegan a establecer valores que sirven como normas de conducta para las relaciones interpersonales y colectivas. Estos principios constituyen la esencia de las normas y buscan mantener una situación de concordia en el grupo social. El genio del pueblo romano ha consistido en la sistematización de las actividades humanas para darles un concepto, un tratamiento determinado y un medio que sirva para solucionar los conflictos que pudieran surgir sin perder de vista los valores establecidos. En esta oportunidad me tomo la libertad de expresar puntos de vista relacionados con la actividad humana que comprende el Derecho de Obligaciones y Contratos que inciden en los denominados negocio, comercio, industria que, hoy en día, aparecen como factores de lo que ha dado en llamarse globalización.

1. **¿Qué hemos heredado del Derecho Romano?** Quizá resulte redundante, pero es importante reiterarlo: valores morales y jurídicos; conceptos de instituciones jurídicas, tales como “*obligatio*”, “*contractus*” (*emptio venditio*, *mutuum*, *depositum*, “*societas*”, “*locatio conductio*” *locatio conductio operarum*, *do ut des*, *do ut facias*, *Facio ut des*, *Facio ut facias*) *possessio*, *dominium*, *detentio* etc.) los procedimientos para solucionar conflictos (*legis actiones*, *per formulas*. *Cognitio extraordinem*), y muchos otros más. *¿Qué es lo que tienen en común las instituciones indicadas?*: Los valores de honestidad y Justicia, aún cuando me permito expresar mis reservas respecto del último sistema procesal. Ello debido a sus audiencias privadas y el cobro de tasas. En relación a la honestidad, es conveniente señalar que “es propio del hombre la diligente investigación de la verdad...”<sup>7</sup>. Admitir la existencia de valores morales y jurídicos, nos lleva a determinar la existencia de deberes y derechos de los seres humanos. Y, así, llegamos a un punto inicial: la decisión<sup>8</sup> Decidir implica, entonces, comparar la

7 Ciceron. *De Officiis*. Editorial Tecnos. Madrid. 1989. Pag. 10

8 Puede indicarse que este acto humano consiste en escoger un camino o para hacer o no hacer algo, determinar una resolución respecto de una situación determinada, dar una respuesta que solucione un problema o conflicto. Esta decisión debe ser el resultado de una evaluación (si es honesto o no, legal o ilegal, útil o inútil) del objeto de la decisión. Luego, preguntarse si el objeto produce o no

utilidad que el objeto tenga para la colectividad y si colisiona o no con la honestidad. Sin embargo, habría que añadir un punto adicional: el caso de que, dadas dos cosas honestas, cuál es la más honesta o si dadas dos cosas útiles, cuál es la más útil.

En suma, es el ser humano quien debe decidir si cumple o no sus deberes y si actúa conforme a sus valores morales y/o los jurídicos, pero es innegable que los valores y normas de conducta propuestos en el sistema jurídico romano buscan establecer un orden en justicia.

Por cierto la sola existencia de valores y normas, no basta para que tales valores y principios mantengan la paz social. Se requiere la voluntad humana de cumplirlos y, si no lo hicieren, recibir la sanción pertinente. Esto nos lleva a observar y analizar nuestra actual realidad.

Evaluar nuestra realidad, nos lleva al análisis de los entornos, científicos, tecnológicos, educacionales, académicos, laborales, sociales, industriales, agrícolas que, de muchas formas, se encuentran relacionadas con la actividad comercial y cuyos usos y costumbres, inciden directa o subliminalmente en la psique humana y, por cierto, en lo que se denomina el bien común, el cual exige la existencia de valores y reglas que lo promuevan y medios que garanticen su cumplimiento.

En el ámbito científico, encontramos investigaciones de índole química y médica, tales como productos destinados suprimir los síntomas de enfermedades (diabetes, SIDA), nuevas técnicas quirúrgicas, nuevas formas de restauración ósea, el desarrollo del genoma humano, la descripción del ADN, los transgénicos; en el ámbito tecnológico nuevas y poderosas armas de guerra, la computadora personal – que no corresponde a ninguna necesidad económica o social– y permitió que ejecutivos tuviesen un artefacto que les permite recuperar información que han almacenado y, de alguna manera tener el control de sus labores. El teléfono celular que, si observamos la actual conducta

---

beneficio a la sociedad comodidad o medios que permitan acrecentar la ayuda a uno mismo o a los suyos, sin perjuicio a los demás. Hay algo más: Si el objeto que produce utilidad entra en conflicto con la honestidad. En este sentido el deber se cumple por una razón plausible. El derecho consiste en un beneficio que alcanza a todos los componentes de una colectividad, bajo el principio “*ubi idem ratio, ibi idem ius*”. El derecho de una persona exige el cumplimiento de un deber: respetar el derecho de cada persona y que respeten el mío.

de las personas, vemos una suerte de dependencia extremada que, desde mi punto de vista, suprime el contacto personal con otros seres humanos e, incluso, con el entorno del usuario. Tanto así que el mercado doméstico (quizá por el elevado precio, carencia de utilidad, dificultad de uso) se deprimiera. Es más, el uso de Internet ha llevado al abandono del uso correcto de algunos idiomas, la lectura de libros y el desuso de la facultad psicológica del raciocinio en tanto que es más rápido y fácil apretar un par de botones para acceder a un conocimiento muy superficial y enciclopédico de los temas que se buscan.<sup>9</sup>

Muchos hechos que, a la mayoría de las personas, les resulta indiferente devienen de la concentración en pocas manos de los recursos, sean financieros, fabriles, naturales y, por ello, me permito citar al Dr. Joseph Stiglitz, premio Nobel de Economía y profesor en la Universidad de Columbia:

*“Hoy estamos presenciando el resultado de un sistema capitalista que desemboca en una rápida concentración de la riqueza y los ingresos” “Hoy, muchos sectores (telecomunicaciones, televisión por cable, buscadores de internet, productos farmacéuticos y muchos más) no se pueden ver desde el lente de la competencia. En estos sectores la competencia que existe se llama oligopolio, no es la competencia pura que aparece en los libros de texto. Parte del incremento del poder de mercado es el resultado de los cambios tecnológicos y de la estructura económica... Algunas empresas como Microsoft o las farmacéuticas son buenos ejemplos. Estas empresas han aprendido a crear y mantener barreras de entrada a los competidores, a menudo sostenida con la ayuda de fuerzas políticas conservadoras que justifican la laxitud en la lucha contra los monopolios”<sup>10</sup>*

Otro Premio Nobel, Paul Krugman, señala algo semejante en uno de sus artículos en el New York Times. Indica que empresas como Verizon casi pueden establecer el precio que quieran a sus clientes y los

9 Un curioso caso ha sucedido en mi país cuando un candidato a las elecciones generales, sotuvo haber obtenido el grado académico de Doctor, en una Universidad europea. Investigado el hecho, se comprobó que su tesis era una copia, obtenida en internet, de páginas enteras de la obra de un afamado personaje, cuyo libro era accesible por ese medio. Incurrió en lo que, popular o estudiantilmente, se conoce como “copia y pega”

10 Project Syndicate.

salarios que prefieran a sus empleados ya que tienen una posición de dominio en el mercado.

De acuerdo a estas expresiones, en cuanto a la economía mundial, encontramos que, a diferencia de la época romana,

1. La concentración de recursos bajo dominio exclusivo de monopolios u oligopolios.
2. Esta concentración permite que los mencionados monopolios u oligopolios, puedan impedir o eliminar cualquier competencia.
3. Que, el ser humano pierda la relevancia que debería tener en la medida que ha perdido capacidad de decidir, lo cual permite decir que, prácticamente, desde su nacimiento, está sometido a soportar condiciones tanto económicas como financieras impuestas por poderes distintos de los que puedan existir en su colectividad.
4. Que, por ejemplo, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compra venta Internacional de Mercaderías resulten letra muerta en la vida real comercial.<sup>11</sup>

No obstante lo expuesto, creo que algunos hechos que atañen a mi entorno merecen ser anotadas:

1. El Perú tiene un territorio que reúne diversas regiones climáticas y poblacionales. Nuestra Amazonía, es una extensión de reserva de agua y de producción agrícola. Nuestra zona andina es, igualmente, agrícola y de reservas mineras. La región costera es, también agrícola y de amplios recursos pesqueros en el Mar de Grau. Ha sido de público conocimiento que se han presentado manifestaciones de diversas comunidades oponiéndose a explotaciones mineras que alteran su medio ambiente y ponen en peligro la salud de sus integrantes o perjudican sus actividades agrícolas o ganaderas. Estas noticias revelan

---

<sup>11</sup> No obstante, me resulta curioso que ya en esta Convención, se utilice la frase “nuevo orden económico internacional”, que, con ligeras alteraciones suenan a “nuevo orden mundial”, “globalización”, que promueven los medios de comunicación que, igualmente, pertenecen a grupos monopólicos u oligopólicos internacionales o nacionales.

que la actividad de los grupos económicamente concentrados no toman en cuenta la dignidad de las personas y que, muchas autoridades burocráticas, llevan a cabo decisiones autoritativas pretiriendo a las personas y el respeto y conservación de la naturaleza.

2. Es más, una potencia, como consecuencia de la guerra de Las Malvinas, organizó apresuradamente tres seminarios sobre sus repercusiones<sup>12</sup>, de donde surgió el llamado Diálogo Interamericano. A la fundación de este “diálogo” concurrieron representantes de los grupos financieros que habían promovido e intervenido en los seminarios. Este grupo propuso crear organismos internacionales para vigilar las actividades de las FF.AA. de los países iberoamericanos y dirigir su modernización. Igualmente, que estuviese a cargo de la OEA tal supervisión la que podía intervenir militarmente cuando lo estimase necesario. Además, “recomendar” a las entidades financieras internacionales que condicionen sus ayudas a drásticas reducciones de los presupuestos militares de las naciones que recibían dichos beneficios. Este hecho me lleva a preguntarme si la política de una potencia la determinan sus dirigentes políticos<sup>13</sup> o sus grupos financieros transnacionales. Podría decirse que los hechos indicados no guardan relación con el Derecho Comercial. Sin embargo encontramos ejemplos de cómo, en realidad, se limitan las actividades comerciales internacionales mediante acciones agresivas de diversa índole.<sup>14</sup>
3. Otra situación, en relación a los consumidores, se presenta cuando productos farmacéuticos ocasionan daños graves. La FDA de los EE.UU., autorizó la comercialización para fines experimentales de una droga dyethylstibesterol (DES)<sup>15</sup>. Se comprobó que a hijas de mujeres que habían utilizado tal fármaco, les había producido adenocarcinomas

12 Entre junio y agosto de 1982.

13 Se supone que éstos son elegidos por la mayoría de los integrantes de su país. No obstante, la elección es el resultado de manipulaciones publicitarias u otros medios, por decir lo menos, curiosos.

14 Puede mostrarse, como violatoria de la libertad de comercio, el “embargo” establecido a la República de Cuba derivado de la diferencia de pensamiento económico político de los países involucrados. Este hecho llevó a que muchos países iberoamericanos, mejor dicho, sus comerciantes no pudieron comerciar o intercambiar sus productos con Cuba. Existen más ejemplos de lo mismo en sus diversas formas.

15 La droga circuló entre 1941 a 1971. La autorización se dio en 1947. La FDA canceló la autorización en 1971.

cuyos síntomas aparecían entre los 10 y 12 años además de otros tipos de anomalías en sus órganos genitales.<sup>16</sup> Este hecho nos lleva a preguntarnos si las empresas involucradas actuaron con la debida diligencia y responsabilidad frente a la sociedad o, simplemente, buscaron el lucro apetecido.

4. Otro hecho que se ha generalizado es el de usar una sociedad constituida con un objeto lícito para realizar, total o parcialmente, actos ilícitos. En el caso de mi país, esta figura trae como consecuencia la disolución de tal sociedad por decisión judicial, aparte de las acciones penales pertinentes que correspondieran a los autores de los actos ilícitos.

Este breve resumen de los hechos que se observan en la actualidad puede llevarnos a lo siguiente:

- A. Las instituciones jurídicas del ius civil romano, permanecen en nuestros ordenamientos y aparecen reguladas en los Códigos Civiles de nuestros países ibéricos e iberoamericanos, conservando su naturaleza.
- B. Las actividades que llamamos comerciales usan las instituciones jurídicas civiles como las normas aplicables a su giro.
- C. En el ámbito internacional se comprueba la existencia de sociedades que, manteniendo un centro de constitución y desarrollo de actividades realizan éstas constituyendo monopolios u oligopolios que abarcan territorios distintos al de su domicilio.
- D. Como consecuencia de lo expuesto en el acápite anterior, puede comprobarse que su actividad excede de su objeto social en la medida que pueden fijar precios e, inclusive, salarios al desaparecer las posibilidades de competencia. Igualmente, pueden crear situaciones favorables a su interés lucrativo interviniendo ante las autoridades gubernamentales proponiendo medidas políticas de Estado, sean nacionales o internacionales con resultados favorables.

---

<sup>16</sup> Las empresas involucradas fueron Abbot Laboratories y Sindell. (Rev. De la Facultad de Derecho y C.P. de la UNMSM. Vol. 59 (Nº2) 2002. Pags. 108-109).

- E. Lo que se utiliza como “globalización del progreso” muestra que se ha creado una tendencia al consumismo materialista y, moralmente, al hedonismo. Siendo así se encuentra que no existe un mercado competitivo compuesto de muchos compradores y vendedores en el cual las cosas ofrecidas deberían ser casi iguales. Esta idea carece de vigencia.
- F. La situación actual, desde esta perspectiva, se asemeja a la época final de la Pax Romana y al comienzo de la época de la decadencia de Roma.
- G. Finalmente, debemos preguntarnos si podemos hablar de un singular Derecho Comercial. La frase antedicha, curiosa y calladamente, está siendo sustituida por Derecho Corporativo; las instituciones que utilizan los comerciantes son, esencialmente, las de nuestros Códigos Civiles; los acuerdos como los TLC, en su mayoría, son contratos de adhesión que contienen normas que no expresan un acuerdo equitativo, cuando menos. Inclusive, los términos establecidos no se cumplen.
- H. Estando a lo expuesto, en este ámbito no debemos ceñirnos a las comparaciones jurídicas únicamente. Para entender el presente debemos analizar el ayer con su carga teórica, social, emocional con el respeto a la dignidad de las personas, sin olvidar los usos y costumbres de los diversos pueblos. Sólo así podemos aspirar a establecer normas comunes de mutuo beneficio, sin el peligro de hegemonías.

Aristóteles preguntaba *i*Qué es lo bueno hacia lo cual se dirige el comportamiento humano? Su respuesta es que, observando la naturaleza esencial, a través de su comportamiento cotidiano lo bueno puede ser descubierto. Podría entonces concluirse que se trata de la felicidad como un fin. Sin embargo, el concepto de felicidad es diverso. La mayoría quizás la encuentre en el disfrute y el placer y que la felicidad puede obtenerse si se dispone del dinero suficiente. Sin embargo, el dinero no es un fin sino un medio. En el nivel de la oligarquía económico financiero, hoy, es posible que el dinero sea considerado un fin. De allí que sus actos los lleven a una suerte de atesoramiento de dinero. Para tal efecto, utilizan todos los medios que sirvan para ese atesoramiento. La pregunta es: *i*es ese afán bueno para quienes no tienen ese poder? Creo que la respuesta es obvia. Esta reflexión me

lleva a preguntar, ¿cuál es el papel que nos corresponde desempeñar? Creo que nuestra actividad profesional y docente nos impone el deber de actuar con solidaridad y responsabilidad social, propugnando el valor Justicia, ejerciendo el arte del Ius, con la fuerza de nuestra voluntad solidaria con la humanidad, con el respeto a la dignidad de los humanos, “separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo a las penas sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”<sup>17</sup>

---

17 D.1.1.1. Ulpianus

# XVIII Congreso Internacional y XXI Congreso Iberoamericano de derecho romano

*“La posesion en el nuevo codigo civil y comercial de  
la nacion, y su raiz romanista”*

Universidad Nacional de La Rioja  
República Argentina

Abog.Micieli Laura Liliana  
Abog.Vedia Adrian Gustavo  
Sr. Brizuela David

## Introducción

El Derecho es la herramienta de la que se sirve la sociedad para regular las conductas de su comunidad. Pero se debe adaptar a los cambios que con el paso del tiempo, surgen en las destinatarias de aquellas regulaciones.

En ese proceso de evolución normativa, nos encontramos ya desde hace ya más de una década, proceso que como corolario nos trae un nuevo Código Civil y Comercial, que viene a ser el resultado de este movimiento de adaptación del derecho a los procesos sociales que regula.

Ante la sanción del nuevo Código Civil Argentino, hemos seleccionado para profundizar y analizar su raíz romanista la PROBLEMÁTICA POSESORIA. El objetivo de nuestro trabajo es poner al descubierto esta influencia romanista, la cual aún continúa en el Nuevo Código Civil . Es un desafío desentrañar si la postura de los legisladores fue continuar con la concepción del Federico Carlos de Savigny o la de Rudolf Von Ihering o quizás adoptaron una posición ecléctica como la de Saleilles.

Dejaremos de lado el tratamiento del debate ideológico o conceptual sobre la Posesión, pues excede los objetivos de este Trabajo y si abordaremos los cam-

bios generados en nuestra legislación civil sobre la cuestión Posesoria, desen- trañando la pervivencia de la influencia del Derecho Romano en este tópico.

## 1. Nociones preliminares

El hombre se sirve de los elementos que la naturaleza le brinda para poder desarrollarse como persona; esto ha sido así desde la existencia de la humanidad.

Aquella relación tuvo recepción jurídica en el mundo romano, los que debían dar respuesta a los conflictos que surgían por aquella vinculación entre el sujeto y el objeto.

“En sus orígenes, el concepto de posesión solo era como parte integrante del de propiedad. Así poseer una cosa corporal es tener su física disponibilidad; en fin, detenerla materialmente con la voluntad de disponer. En su origen las cosas se adquirían por ocupación cuando era todavía primitivo el estado social humano y las cosas se conservaban y perderían mediante la posesión. El concepto jurídico de la posesio recién aparece con las tierras comunes (*ager publicus*) como derecho de disfrute (*possesio vel ususfructus*), reconocido éste a los particulares por las providencias dictadas por las autoridades administrativas del Estado (los cónsules, los censores), y cuyas concesiones (*assignatio*) el poder público las otorgaba para el mejor aprovechamiento de la tierra”<sup>1</sup>

Siguiendo la línea de pensamiento de este autor, la propiedad y la posesión se confundían en materia de derecho privado, pero una obra que ha delineado claramente los orígenes de la posesión y su escisión del concepto de propiedad fue Savigny, en su Tratado de la Posesión, que en sus nociones sobre la posesión, trata la Historia de este instituto.

Se puede señalar que aquellas Tierras que eran ocupadas por las personas, no constitúan desde aquel instante su dominio, pero mediante acciones se les otorga ciertas prerrogativas que emanaban del solo hecho de la posesión.

Este es para el pensamiento de la pandectística alemana, el que sostiene el fundamento de que posesión y propiedad no son lo mismo, formando así una serie de análisis respecto a este hecho.

---

<sup>1</sup> MIGUEL ANGEL RISSI, Tratado de Derecho Privado Romano Ed. Aristides Quillet, S.A., Buenos Aires; 1936 - pág. 231.

Teniendo entonces como punto de partida que la posesión puede o no derivarse de la propiedad, la misma de manera autónoma a aquel derecho real genera consecuencias jurídicas, es decir, derechos, éstos son los que los romanos llamaban *jus possessionis*, que no se debe confundir con el *jus possidendi*, que diferenciaremos:

### **1. A) *El Ius possidendi y El Ius possessionis***

El *ius possidendi* es el derecho de poseer. El poseedor legítimo será quien ostentará éste derecho de poseer, es decir, quien tiene el título suficiente y modo suficiente.

El *ius possessionis* importa el o los derechos derivados de la posesión. Es decir que, a partir de esa relación real, se contará con la posibilidad de poder ejercer acciones posesorias y de usucapir.

Esta diferencia ha sido receptada normativamente, y en nuestro ordenamiento actual, cuestionado el *ius possidendi*, debe ser dirimido en un juicio petitorio; en tanto que el *ius possessionis*, en uno posesorio o en un interdicto, y posteriormente, en una acción real. O bien en una acción real, directamente.

El derecho de poseer y los derechos de la posesión deben diferenciarse del derecho a la posesión. Este derecho lo tiene quien cuenta con título suficiente pero aún no ha adquirido la posesión (modo suficiente).

No podemos avanzar en el análisis del instituto de la posesión, sin referirnos a su diferencia con las demás relaciones de un sujeto respecto de una cosa.

### **1. B) *Relaciones de poder: posesión, tenencia y otros institutos***

Como punto de partida para el análisis de las relaciones de poder, al ser relaciones de hecho y no de derecho, citamos a una concepción que tuvo surgimiento en Roma.

Así las fuentes decían que ‘possessionem enim rem facti, non juris esse’ o la posesión no es un derecho sino un hecho (Paulo fr. 9, SS3 D., DEL ADQ. VEL. AMIT. POS. 41,2 – L12, SS1, D, eodem- Papiniano, Fr.19, D, qui ex caus. Maj., IV, 6: Possessio plurimum facti habet.

Pero en el Derecho Romano, es probable que en tiempos de Cicerón no se hiciera diferencia entre Posesión y Detención, en cambio, ya en Pegaso la división entre Tenencia y Posesión se establece claramente.

En la doctrina actual ha ganado terreno la expresión relaciones reales como género abarcativo de todas aquellas relaciones de hecho entre el sujeto y la cosa que merecieran regulación jurídica, sin perjuicio de su calidad de posesión o tenencia reconozca un origen lícito o ilícito, y así la receptó el Proyecto de 1998.

Hoy, el Código las define como aquellas relaciones o vínculos de índole jurídica que tiene una persona con una cosa<sup>2</sup>. Tiene que existir un interés jurídico; solamente serían relaciones de poder aquellas que importen un vínculo jurídico con la cosa y no meramente un vínculo fáctico o de hecho.

En definitiva, si bien es necesario comprender la existencia de múltiples relaciones del hombre con las cosas en el mundo real, a los efectos jurídicos hay que reducirlas a aquellas categorías que trascienden el orden común y merecen ser captadas y reguladas por la ley.

El artículo 1908 dispone: “las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y tenencia”, desechando la mera yuxtaposición local por carecer de interés jurídico<sup>3</sup>.

## 2. Posesión

Quien trabajó los conceptos romanistas para desentrañar una verdadera conceptualización y sistematización jurídica de la posesión, fue Savigny.

En su obra expone que “todas las definiciones de la posesión, cualquiera sea la diferencia que presenten en la expresión, y en el fondo, tienen por base un punto común, sobre el cual debe fundarse toda observación en esta materia. Todas reconocen en la posesión de una cosa aquel estado en el cual no solo es físicamente posible al poseedor ejercer su influencia en la cosa poseída, sino poseída, sino también impedir toda influencia extraña” (Fridrich Karl Von Savigny, Tratado de la posesión según los principios del Derecho Romano, Ed. Helisasta, Bs. As. 2012).

Así para este Autor, la posesión es un poder de hecho que corresponde a la propiedad como estado de Derecho. Ha sentado que detentar es algo meramente fáctico, poseer es detentar con voluntad y con título, con causa.

---

2 Entendida ésta como bien material susceptible de valor económico. Artículo 16 del Código Civil y Comercial.

3 Artículo 2240 del Código Civil y Comercial.

Surgiendo entonces los elementos de la posesión en la doctrina savingyana, siendo tales el Corpus, y el animus, los que podemos puntuar como señorío de hecho, y voluntad fáctica de control.

El concepto del artículo 1909 hace referencia a estos dos elementos esenciales: la cosa que se tiene por sí o por otro y al comportamiento que corresponde al ejercicio de un derecho de propiedad, es decir: una relación real exteriorizadora de un derecho real que se ejerce por la posesión. El Código adopta claramente la postura doctrinal amplia (Gatti, Allende, Laquis) de considerar poseedores a todos los titulares de derechos reales, con exclusión, caro está, de aquellos que, como la hipoteca, no se ejercen por la posesión. Empero, si bien el poseedor se comporta como titular de un derecho real, puede no serlo. La posesión sólo atiende al hecho de la relación con la cosa, sin importar el derecho que subyace<sup>4</sup>.

#### **Características de la posesión.**

- Es una relación de poder.
- Por esa relación, una persona tiene una cosa bajo su poder.
- La persona, por si o por medio de un representante, tiene la cosa y se comporta como titular de un derecho real sobre ella, independientemente de que lo sea o no.

#### **Elementos de la posesión.**

- Corpus. Elemento material que se traduce en el hecho por el cual una persona tiene una cosa<sup>5</sup> bajo su poder. Mariani de Vidal lo define como: "...la posibilidad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento, independientemente del poder de disponer por actos jurídicos de ella"<sup>6</sup>.
- Animus. Elemento volitivo, intelectual o psicológico de la posesión, conocido con el nombre de *animus domini* o *animus rem sibi habendi*<sup>7</sup>, que consiste

4 POSSESSORES SUNT POTIORES, LICET NULLUM IUS HABEANT. Ulpianus, D. 7. 6. 5. Pr. Los poseedores están en condición más favorable, aun cuando no tengan ningún derecho.

5 POSSIDERI POSSUNT, QUAE SUNT CORPORALIA. Paulus, D. 41. 2. 3. Son susceptibles de posesión las cosas corpóreas.

6 POSSESSIO PLURIMUM FACTI HABET. Papinianus, D. 4. 6. 19. La posesión tiene muchísimo de hecho.

7 CCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, sala 4º, 9/5/2008, Lexis N° 1/70044762-1).

en la intención del sujeto de comportarse como titular de un derecho real sobre la cosa, se tenga o no el derecho de propiedad.

## **2. A) Diferencia con la tenencia**

Antes de la reforma introducida en el Código Civil por la ley 17.711, la distinción entre posesión y tenencia era tajante, no sólo en cuanto al concepto, sino fundamentalmente en cuanto a sus efectos y las defensas posesorias que se concedían en uno u otro caso; con las modificaciones efectuadas en el régimen de las acciones policiales, de los interdictos y el alcance del artículo 470, en estos aspectos se han acortado las diferencias.

La tenencia<sup>8</sup> es una relación de poder por la cual una persona, por si misma o a través de otra persona, de manera consciente tiene una cosa bajo su poder, pero reconoce que otra persona es la poseedora, vale decir: reconoce la posesión en otro (Borda). Mariani de Vidal señala “El tenedor tiene el corpus al ejercer un poder físico efectivo sobre la cosa, pero carece de animus domini, pues reconoce la propiedad en otro”.

Tal como sucede en materia posesoria, la relación real de tenencia es independiente del derecho real o personal que detenta el tenedor. En este sentido Rivera diferencia el derecho a tener la cosa del hecho de la tenencia: en el primer caso hay que atender al contrato (locación, comodato, depósito, etc.) o al derecho real (prenda por ejemplo) que legitima la relación real; en el segundo únicamente al corpus y al animus.

La tenencia no ofrece ninguna clasificación. Se ha desechado aquella división doctrinal de: tenencia interesada y tenencia desinteresada, clasificación que cobraba importancia a la hora de fijar la legitimación activa para el ejercicio de las acciones posesorias.

## **3. Servidumbre de la posesión**

Partimos del concepto de Papiniano: Possessio non tantum corporis, sed et juris est, o la posesión no es solamente de hecho, sino de derecho. No obstante que el derecho pretorio establece que una persona en vez de ejercer en el hecho

---

<sup>8</sup> Cuyo concepto está explicitado en el artículo 1910.

de un derecho de propiedad, puede que tenga sobre la cosa ajena el ejercicio de un hecho (posesión incorporal) de un derecho real (las servidumbres), que lógicamente es de menor amplitud. En este caso el poseedor, siendo un simple detentador de la cosa, si es turbado en su posesión injustamente, los Romanos por extensión le acordaron lo mismo las medidas posesorias.

Esta situación definida hoy en el artículo 1911, es una relación de poder en la que una persona tiene una cosa bajo su señorío y se caracteriza porque el sujeto se encuentra en una relación de subordinación respecto del poseedor<sup>9</sup> y por el carácter provisorio y temporario de la relación de poder. Un análisis detenido de la cuestión permite comprender –criticar- que en realidad se trata de casos de tenencia a los que la ley les otorga un tratamiento y/o régimen legal diferente al de la posesión en nuestra normativa actual. Ejemplo: En el caso del hospedaje que no es otra cosa que un contrato por el cual una de las partes adquiere la tenencia de la cosa, pero resulta que según el CCC no habría tenencia sino servidumbre de la posesión. La servidumbre de la posesión ya se encontraba regulada en el Código Civil de Vélez, por lo que resulta criticable la reforma y la nueva redacción del Código Civil y Comercial, por cuanto debió haber sido superador del error en vez de agravarlo, máxime si ahora se agrega el servicio como un nuevo supuesto de servidumbre.

#### 4. Presunciones

**Presunción de posesión** (art. 1911)<sup>10</sup>: En aquellos derechos que se ejercen por la posesión, esta relación con la cosa cumple una función exteriorizadora del derecho real de que se trate. Dado el sistema de presunciones que se establece en el Código respecto de la posesión, la relación entre el sujeto y la cosa se presume licita y por ende que el poseedor es titular de un derecho real sobre ella. En todo caso se tratará de una posesión estable ejercida por el titular de dominio o por quien se halla en vías de usucapir.

<sup>9</sup> Tal como lo establecía Borda, Guillermo A. en su Tratado de Derecho Civil. Derechos reales. Buenos Aires, Perrot, 1976. T. I. Pág. 209

<sup>10</sup> “La posesión sería la cara visible de una moneda cuya otra cara estaría representada por el derecho de donde emana aquella posesión. El ordenamiento jurídico, al contemplar la posesión, centra su atención en la cara visible, sin averiguar si la moneda tiene efectivamente otra cara (el derecho) o se halla en blanco (si posee sin derecho alguno)”.

El *animus domini* se verá exteriorizado con la realización de actos posesorios. Al ser éste un elemento subjetivo, mientras permanezca en la esfera interna de la persona, será insuficiente a fines de la relación real que requiere hechos externos que la manifiesten<sup>11</sup>.

Von Ihering, quien elaboró la doctrina objetiva, centra su atención en el corpus y desvaloriza la intencionalidad del sujeto, tornándola como irrelevante al ser muy subjetiva. El corpus se tiene conscientemente y se realizan respecto de la cosa actos posesorios, razón por la cual el sujeto tendrá siempre la posesión, salvo que una disposición legal determine que, para ese caso concreto, hay simple tenencia.

Esa concepción de Ihering fue tenida por Bibiloni en su Anteproyecto<sup>12</sup> y el Proyecto de 1936, aunque con una finalidad declarada más amplia: proteger no sólo a quien posee como medio para usucapir, sino a quien ejerce un poder efectivo, pleno o no, respecto de todas o de algunas de las facultades inherentes al dominio<sup>13</sup>.

A partir de esta relación con la cosa, el artículo 1911 del Código también presume la posesión, empero, ésta es una presunción relativa (*iuris tantum*). En caso de duda, se presumirá que existe posesión y no tenencia. Es decir, que en los casos de duda sobre cuál ha sido la causa por la cual una persona comenzó su poder de hecho sobre una cosa, quien pretende que la causa de la detención solo daba lugar a la tenencia debe probarlo, pues nuestra ley presume la posesión y o la tenencia y es de dicha premisa que debe partirse en la solución del conflicto y establecerse si quien invoca posesión permaneció en ella por el término requerido por la ley<sup>14</sup>.

En cuanto al objeto considero menester destacar la diferencia entre el objeto de los derechos reales y el objeto de la posesión en cuanto este último queda circunscrito a las cosas materiales en tanto los derechos reales pueden tener como asiento también los derechos. Empero, este artículo no incluyó los requisitos que

11 Tal como lo manifiesta Alterini, Código Civil anotado, t. IV-A, p. 71).

12 “(...) Sea cual fuere la causa de la posesión, debe ser amparada: el poseedor, esto es, el que tiene una cosa bajo su poder, posee porque posee” · Reforma del Código Civil. Anteproyecto, nota al Título 2º, Libro III.

13 Informe de la Comisión Reformadora de 1936: Reforma del Código Civil. Antecedentes, p. 143.

14 SC Mendoza, sala 1º, 19/4/2004, expte. 74.287, en j 75599/34696, LS, 335-190.

preveía tanto el Código de Vélez como en el Proyecto de 1998 (artículo 1950) de tratarse de cosas determinadas y que estén en el comercio<sup>15</sup>;

- Presunción de comienzo (art. 1903 y 1914);
- Presunción de legitimidad<sup>16</sup> (art. 1916);
- Presunción de Buena fe/ Mala fe (art. 1919);
- Presunción de continuidad (art. 1930).

## 5. Las defensas de la posesión y de la tenencia

En el Derecho Romano, la posesión se defiende por medio de interdictos, con los cuales se protege a quienes están poseyendo, de sustracciones o perturbaciones injustas por parte de otro.

Además estos interdictos contaban con otra función en aquel sistema: cuando era discutida la propiedad de la cosa, antes de iniciar la reivindicatio, era necesario determinar quién era el poseedor que será demandado por ella.

Podemos considerar a los interdicta como la orden dada por el Magistrado Romano en la etapa in iure del proceso ordinario formulario, a petición de un ciudadano, con el objeto de poner fin a una controversia, disponiendo la exhibición de cosas o personas, la restitución de cosa, o la abstención de realizar determinados actos.

Circunscribiéndonos a la defensa de la posesión, los principales interdictos que se otorgaron en el Derecho Romano fueron los interdictos de recuperación de la posesión, los de retener la posesión, que funcionaban contra las turbaciones que sufriera un poseedor y otros casos en particulares.

Así los **interdicta recuperandae posesiones**, funcionaban como remedios ante la pérdida de la posesión. Históricamente surgieron ante la situación de indefensión en la que se encontraban los favorecidos por la nueva distribución de la tierra (*ager publicus*) en la reforma agraria, quienes era poseedores a los que

15 Recordemos que están fuera del comercio aquellas que integran el dominio público del estado, aquellas que a pesar de formar parte del dominio privado del estado son indisponibles y las que han sido excluidas del dominio de los particulares.

16 POSSESSOR IN NON INCUMBIT NECESSITAS PROBANDI POSSESSIONES AD SEPTE PERTINERE, QUUM TE IN PROBATIONE CESSANTE, DOMINIUM APUD EUM REMANEAT. C. 4. 19. 2. No le incumbe al poseedor la necesidad de probar que las posesiones le pertenecen, pues dejando tú de hacer la prueba, queda el dominio en su poder.

ante cualquier despojo no tenían la posibilidad de iniciar una reivindicación. También se encontraban en indefensión los clientes que recibían la tierra de sus patronos en precario, pero que se negaban a entregárselas a su requerimiento.

Se advierte que hay tres tipos de interdictos para recuperar la posesión: el interdicto *unde vi* (para remediar la situación de un poseedor expulsado violentamente) el interdicto de precario (ante la existencia de una obligación de devolver que es incumplida ante el primer requerimiento), y el interdicto clandestina *possessioni* (cuando la privación de la posesión sea de manera oculta y maliciosa)

Los **interdicta retienedae possessionis**, fueron otorgados por los pretores para retener la posesión ante una disputa, o contienda, ya que impide perturbar al vencido. Cabe destacar que en estos interdicta la posesión exigida solo era considerada en sus elementos *corpus animus*, pero no interesaba si era de mala fe o se buena fe para que pueda gozar de protección.

El *interdictum uti posideti*, es concedida ante las perturbaciones a la posesión de una cosa mueble, siempre y cuando aquella posesión no sea viciosa. Los requisitos formales dificultaron su aplicación, hasta que con Justiniano se unificó con el interdicto *uturbi*. El remedio era el cese se las molestias, y la indemnización del daño.

El *intrdictum uturbi*, era el otorgado al poseedor sin vicios, para defenderla siempre y cuando las haya tenido por más de un año, pudiendo añadirse el tiempo como continuador de la posesión del anterior poseedor.

Los **interdicta adiscendae possessionis**, eran aquellos otorgados a quienes no han gozado de la posesión de la cosa objeto del litigio.

Así pueden señalarse, los interdicta *quorum bonorum* (para aquel *bonorum possessor*, con respecto a la herencia como universalidad), los interdicta *quod legatorum* (para que el legatario restituya bienes al *bonorum possessor* sin su autorización), el Interdicto Salviano (del arrendador para recuperar la *possession* del fundo del que no abona el arriendo) y el *interdictum possessorio* (a favor del *bonorum emptor* para que logre la posesión de los bienes que se le adjudican en virtud de la *bonorum venditio* con motivo de un deudor insolvente)

Este repaso por los efectos jurídicos que generó en Roma la posesión de manera autónoma del derecho real de propiedad, nos indican que de este hecho de la posesión ha sido considerado relevante, y merecedor de protección interdictal.

Este esquema de ataques a la posesión, con su correspondiente remedio legal, ha sido adoptado ya en el Código de Vélez, pero debemos analizar como ha quedado configurado en el nuevo régimen legal civil de nuestro estado.

Si bien nuestro nuevo Código alude a “acciones posesorias”, al regular específicamente las defensas que pueden esgrimirse en virtud de una turbación<sup>17</sup> o un desapoderamiento<sup>18</sup> zanja la discusión doctrinaria sobre la inexactitud de su denominación. Establece bajo ese título que serán objeto de protección tanto la posesión como la tenencia. A su vez, a estas relaciones reales deben sumarse los servidores de la posesión. Es decir, que la única relación real que no se encontraría contemplada, por su mismo ámbito de aplicación, es la yuxtaposición local.

El legislador exige que las actividades descriptas, como actos materiales<sup>19</sup>, sean ejecutadas por una persona con la intención<sup>20</sup> de hacerse de la posesión de la cosa y contra la voluntad de su poseedor o tenedor.

Los fundamentos de las defensas de las relaciones reales se encuentran plasmados en el primer artículo que trata esta temática, el artículo 2238. La norma prescribe que su finalidad es “mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder”.

La ley confía la protección de las relaciones reales a la justicia y no a la autoridad propia del titular de una relación real. Así, se repudian las vías de hecho, con excepción de los supuestos legalmente regulados.

Por “título valido” debe entenderse al acto jurídico real del cual deriva un derecho a la posesión.

- 
- 17 Agresión de menor grado. No provoca el resultado previsto en el desapoderamiento, la exclusión absoluta del poseedor o tenedor. Se trata de una actividad que obstaculiza o torna más gravosa la relación de poder y genera un cambio en la situación de hecho, porque el poseedor o tenedor no pueden ejercer sus prerrogativas de la manera como lo venían haciendo hasta el momento de la molestia. Empero, Las conductas que dan origen a la turbación en las relaciones de poder, en caso de perdurar en el tiempo ante la inactividad del titular de aquellas bien pueden confluir en el desapoderamiento. Por este motivo suele afirmarse que la turbación es un despojo en marcha.
  - 18 Agresión mayor. Se la define por su resultado final o consecuencia: exclusión efectiva o potencial del poseedor o tenedor de su relación de poder con la cosa y no, por los medios empleados para concretarlas (la violencia, la clandestinidad, el abuso de confianza, el hurto y la estafa).
  - 19 Los hechos deben examinarse con pautas objetivas, de acuerdo a la conducta exteriorizada y a sus resultados concretos, con total independencia del eventual convencimiento de su ejecutor de la legitimidad de tal proceder.
  - 20 No hay turbación o desapoderamiento cuando se trate de actividades consentidas, autorizadas, permitidas o toleradas por el titular de la relación de poder. Los actos que se realicen deben ser contra la voluntad del poseedor o tenedor.

En ese marco de aplicación no se hace referencia al título suficiente, por cuanto la posesión puede ser transmitida antes de que aquél se confeccione<sup>21</sup>. Es más, cualquier título que tenga por finalidad transmitir un derecho real que se ejerza por la posesión, por sí solo, no importa que el accipiens adquiera la posesión<sup>22</sup>.

i) El Código Civil y Comercial de la Nación.

Dando acogida favorable a la crítica doctrinaria y jurisprudencial respecto a la regulación anterior en materia de defensa de las relaciones reales y de acciones reales, se han regulado las acciones posesorias y las acciones reales en forma conjunta al finalizar el tratamiento de todos los derechos reales.

En el Libre Cuarto, bajo el Título XIII denominado Acciones posesorias y acciones reales, en el Capítulo I se regula lo atinente a las Defensas de la posesión y la tenencia (arts. 2238 a 2246); en el 2, las Defensas del derecho real (arts. 2247 a 2268), y en el 3, las Relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales.

El Capítulo 2 se subdivide en cinco secciones: en la 1º regula las Disposiciones generales; en las 2º, la Acción reivindicatoria; en la 3º, la Acción negatoria; en la 4º, la Acción confesoria, y en la 5º, la Acción de deslinde.

ii) El Código Penal.

En el Título VI del Libro Segundo del Código Penal, bajo el título Delitos contra la propiedad, se protege la relación con las cosas que encuadraría en los supuestos sometidos a análisis precedentemente.

En relación a las cosas muebles, los artículos 162 y 163 bis regulan el delito de hurto, que se asemeja en la órbita civil a la desposesión clandestina; en los artículos 164 a 167 bis, el de robo, que se asemeja a la desposesión violenta de muebles, y en el artículo 173, inciso 2º, el de defraudación, que encuadraría en el abuso de confianza.

Respecto de los inmuebles, los artículos 181 y 182 hacen lo propio con el delito de usurpación, aludiendo al despojo total o parcial bajo la forma de “violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad”.

21 MARIANI DE VIDAL, Marina, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias* cit., t. 5, p. 258.

22 LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, Jorge H., *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, t. IV-A, p. 221.

El artículo 34, incisos 6º y 7º, trata la legítima defensa, que es una protección extrajudicial de similar alcance a la de nuestro Código Civil y Comercial.

El artículo 29 de ese ordenamiento de fondo establece que la sentencia condenatoria podrá ordenar la restitución de la cosa obtenida por el delito o su indemnización, en caso de que ello fuera imposible.

iii) El Código Procesal Civil y Comercial.

En el Libro Cuarto, Título I, legisla el plexo normativo de forma la temática de los interdictos. El artículo 606 estipula que “Los interdictos sólo podrán intentarse: 1) para adquirir la posesión o la tenencia; 2) para retener la posesión o la tenencia; 3) para recobrar la posesión o la tenencia; 4) para impedir una obra nueva”. Ergo, encontramos que el Código Procesal regula cuatro tipos de interdictos: el de adquirir (arts. 607 a 609), el de retener (arts. 610 a 613), el de recobrar (arts. 614 a 618) y el de obra nueva (arts. 619 y 620).

Los siguientes regulan sobre la caducidad (art. 621), la acción real posterior (art. 622), el trámite de las acciones posesorias (art. 623), el trámite de la denuncia de daño temido (art. 623 bis) y lo atinente a la oposición a la ejecución de reparaciones urgentes (art. 623 ter).

Las defensas de las relaciones reales y las acciones reales se encuentran legalizadas juntamente.

Es dable señalar algunos de los avances que nos ha propiciado el nuevo Código:

- Se conservan las tres acciones clásicas;
- Se incluye la acción de deslinde como acción real;
- Se distinguen las tres acciones reales clásicas en función de la finalidad que persiguen y la lesión que las habilita;
- Se han delimitado las legitimaciones activas de cada una de las defensas;
- Se esclarece el supuesto de la legitimación active en caso de existir varios titulares, admitiéndose el ejercicio de las acciones por cada uno de ellos frente a terceros o a sus cotitulares;
- Se consagra la imprescriptibilidad de las acciones reales;
- Se exige que la titularidad del derecho base a la acción persista al momento del dictado de la sentencia;

- Se establece la opción entre la indemnización sustitutiva o la acción real;
- Se especifica que la indemnización sustitutiva agota la posibilidad de entablar la acción real;
- Se permite, en el caso de no resultar satisfecha la pretensión buscada, requerir la ejecución de la sentencia.

## **6. Protección judicial de la posesión y la tenencia en nuestro sistema**

El nuevo Código ha simplificado significativamente el régimen de las defensas posesorias. Ha suprimido o erradicado del sistema a las acciones posesorias, dejando única y exclusivamente vigentes a las acciones policiales o señoriales, sólo que ha confundido los nombres. Por tanto, en el sistema del Código sólo existen acciones policiales, pero en vez de llamarlas policiales, las denomina posesorias.

El objeto de protección son la posesión y la tenencia. Estas acciones<sup>23</sup> judiciales podrán entablarse ante una turbación o un desapoderamiento con la finalidad de mantener o recuperar el objeto conculado.

Se aspira a que frente al conflicto, la autoridad judicial restaure el orden quebrantado, volviendo las cosas al estado anterior al ataque y ordenando la reparación de los daños que se hayan verificado en el caso concreto.<sup>24</sup>

Los hechos que general la interposición de estas acciones son la turbación<sup>25</sup> y el desapoderamiento<sup>26</sup>. Técnicamente se especifica que estas defensas “Se otorgan ante actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o tenedor”. Es decir que, para que sea viable la acción es menester que los actos

<sup>23</sup> El artículo 2238, en el tercer párrafo, estipula que la defensa será denominada “acción posesoria” cuando el hecho que se protege es la posesión; en tanto que la tenencia será denominada como una defensa de la tenencia.

<sup>24</sup> RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Buenos Aires, La Ley, 2014, T. V. Pág. 909.

<sup>25</sup> Exclusión no absoluta del poseedor o del tenedor de la cosa objeto de la relación real.

<sup>26</sup> Ha de entenderse como la exclusión absoluta del poseedor o del tenedor de la cosa objeto de la relación real.

que importan la turbación o el desapoderamiento, deben haberse producido o su producción debe ser inminente.

Agregándose que su ejecución debe haber sido hecha contra la voluntad del poseedor o tenedor y que si quien despoja o turba no tiene por intención hacerse poseedor de la cosa, la acción deberá ser juzgada como acción de daños, tal como lo establece el artículo 2238 in fine.

Relacionando los hechos que general las defensas de la posesión y de la tenencia, puede afirmarse que ante la turbación, la defensa a interponerse es la de manutención; en tanto que, ante el desapoderamiento, es la de recuperación.

Si quien es demandado no tiene en miras el transformarse en poseedor de la cosa, se estará frente a una acción de daños más no frente a una acción posesoria o de defensa de la tenencia.

**II. Naturaleza jurídica de las acciones posesorias.** Las acciones posesorias reguladas en el Código unificado son en verdad acciones policiales, señoriales o interdictos. Ello es así en virtud de que se encuentran legitimados para ejercerlas no sólo los poseedores calificados, sino también cualquier otro poseedor e incluso se encuentran amparados los tenedores. Ésta amplitud de la legitimación activa y de la protección de las relaciones de poder le otorgan a las “acciones posesorias” la naturaleza de policiales, señoriales o interdictos, independientemente de la nomenclatura o nomen iuris que el nuevo Código adopte. Si, por el contrario, las acciones posesorias fuesen en verdad posesorias, los tenedores quedarían excluidos de su tutela.

**III. Clasificación de las acciones que tutelan los derechos reales y las relaciones de poder.**

- Acciones policiales, interdictos o acciones señoriales. Son acciones que pretenden la conservación o restitución de la posesión o tenencia sobre una cosa, y que se caracterizan porque la legitimación activa es amplia, es decir que tiene acción tanto el poseedor como el tenedor.
- Acciones reales o petitorias. Son acciones que pretenden hacer valer los derechos reales, se caracterizan porque la legitimación activa es restringida.

Mientras que en las acciones posesorias es decisiva la prueba de la posesión o de la tenencia, en las acciones petitorias es decisiva la prueba de titularidad

del derecho real o del derecho a poseer; en ese contexto el art. 2270 dispone “...En las acciones posesorias es inútil la prueba del derecho real, más el juez puede examinar los títulos presentados para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión”. Empero, de forma excepcional el nuevo Código permite producir en el juicio posesorio referente a los títulos o instrumentos a fin de apreciar la naturaleza, extensión o eficacia de la posesión. Complementariamente, el art. 2239 establece “Un título válido no da la posesión o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa...”.

Mientras las acciones reales se sustancian por el trámite del juicio ordinario, (salvo la acción de deslinde que tiene trámite diferenciado conforme al art. 736 y CC. del CPCC) las acciones posesorias se sustancian por el trámite del juicio de conocimiento más abreviado o el que determine el Tribunal, así lo dispone el art. 2246 al consagrar “las acciones posesorias tramitan por el proceso de conocimiento más abreviado que establezcan las leyes procesales o el que determina el juez, atendiendo las circunstancias del caso”.

El objeto de la pretensión, a diferencia del Código anterior, no prohíbe la acumulación de la acción de daños y perjuicios a las acciones posesorias, por lo tanto, podrían, en principio, acumularse. Quedando ello supeditado al trámite de cada Provincia.

Mientras las acciones reales pueden acumularse a los daños y perjuicios sin ningún tipo de límite en el monto del reclamo resarcitorio; las acciones posesorias solo pueden acumular los daños y perjuicios en la medida que la indemnización no exceda los 250 ius.

#### **IV. Requisitos de las acciones posesorias<sup>27</sup>.**

- a) La actuación de la persona que realiza la turbación o despojo debe ser siempre contra la voluntad del poseedor o tenedor. Esto es así por lo prescripto por el art. 2238
- b) El turbador o despojante debe actuar con intención de poseer. Delo contrario la acción que corresponde articular es la de daños y perjuicios, actuando el art. 2238 in fine C Civil y Comercial
- c) La conducta del turbador o despojante debe consistir en actos de posesión ( art. 2238, primer párrafo del C Civil y Comercial)

---

<sup>27</sup> LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. Derechos Reales. Buenos Aires, Zavalía, 1989, T. II. Pág. 375 a 376.

## 7. Conclusion

Podemos concluir que a la luz de la Reforma del Código Civil la POSESION, podemos sostener que si bien la metodología de redacción del Código, ha quitado las citas que en el Código de Vélez, referían a los principios Romanistas en la materia, podemos advertir con este somero análisis de algunos aspectos generales del instituto, que la concepción o idea romana de esta Relación entre el sujeto y el objeto, ha mantenido la esencia en cuanto protección autónoma e independiente del derecho Real de propiedad.

Es así que se ha puesto hincapié en la protección jurídica de la que es merecedora el hecho de la posesión, pues en esto la legislación ha dado un avance sobre lo regulado por Vélez en cuanto estos interdictos, regulándolos conjuntamente con la relaciones de tenencia, y determinando su procedencia. Si bien pervive en lo intrínseco de la norma, esa idea de protección a este hecho.

En nuestro país, se puede notar como en la actualidad es enorme el número de situaciones de señorío jurídico respecto de bienes, sin que exista el trasfondo de un derecho de dominio, como es el caso de la mayoría de las viviendas en la Provincia de La Rioja, son merecedoras de protección. Pero esto no es nuevo, sino que es una concepción que ya tenía una clara aplicación en el mundo Romano. Nos remitamos a las fuentes prioritarias que inspiraron esta Institución para interpretar su aplicación

Podemos afirmar que la concepción que han plasmado nuestros legisladores en relación a la situación Posesoria es la misma que expuso el Derecho Romano y que desarrollo Federico Carlos de Savigny.

## 7. Bibliografia

BORDA, Guillermo a. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Buenos Aires, Perrot, 1976; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Derechos reales. Buenos Aires, Perrot, 1976; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Buenos Aires, Perrot, 1978; BORDA, Guillermo A. Manual de Contratos. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

BRANDRAN, Juan Pablo. Acciones posesorias y reales –teoría Y práctica-. Editorial Lerner. Córdoba, 2015.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Sistemas de Derecho Civil, 6º ed., Tecnos, Madrid, 1997.

GABAS, Alberto A. Juicios Posesorios. Acciones e Interdictos. Buenos Aires, Hammurabi, 2012.

HIGHTON, Elena I., Derechos Reales, Ariel, Buenos Aires, 1979.

IHERING, Rudolph von, La posesión, trad. De Posada A., Reus, Madrid, 1926.

KIPER, Claudio M., en ZANNONI, Eduardo A. (di.) y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 2005; KIPER, Claudio. Derechos Reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de La Nación (Ley 26.994), Rubinzel – Culzoni. Santa Fe, 2015.

LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, Jorge H., Código Civil anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.

LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. Derechos Reales. Buenos Aires, Zavalía, 1989.

MOLINARIO, Alberto D., Interpretación de la protección posesoria actual en función de la historia interna, separata Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 1963.

PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, Claudio M.; DILLON, Gregorio A. y CAUSSE, Jorge R., Derechos reales, Depalma, Buenos Aires, 1995.

RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Buenos Aires, La Ley, 2014.

# A regulamentação dos juros no direito romano

Myriam Benarrós<sup>1</sup>  
Beatriz Batista Garcia<sup>2</sup>

## 1. Panorama dos juros no direito romano

O tema dos juros, principalmente os relacionados ao empréstimo de dinheiro, constantemente desafia o legislador, pois o mutuário sempre se encontrou em uma posição economicamente mais frágil, possibilitando o mutuante explorar seu poder na relação jurídica. Assim, para prevenir abusos usurários em relação à parte em desvantagem, a regulamentação do juros teve que ser imposta, em detrimento da autonomia contratual. E, desde os primórdios do direito romano isso ocorreu, por exemplo, por meio do combate as taxas excessivas de juros ou de usura<sup>3</sup> e dos mecanismos de tutela ao devedor, os quais serão estudados no presente artigo.

Cabe, no momento, fazer a breve ressalva de que no direito romano a expressão “*usurae*”, derivada etimologicamente de “*usus*”, significava simplesmente juros, e não juros excessivos ou usurários como se entende atualmente<sup>4</sup>. A usura ou juros no caso do mútuo correspondia então apenas ao preço atribuído ao uso

1 Mestre pela Università di Roma ‘La Sapienza’, Professora da Faculdade Metropolitana de Manaus–FAMETRO

2 Mestranda em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

3 R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, London, Oxford University, 1996, p. 166. De acordo com o autor, o direito romano é marcado pela ênfase na autonomia das partes contratantes para regular seus próprios negócios, não havendo, geralmente, a reconsideração judicial dos contratos. No entanto, tal afirmativa possui uma exceção: a regulamentação dos juros.

4 U. BRASIELLO, *Usura*, in AZARA, Antonio e EULA, Antonio (org.), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XX, 3<sup>a</sup> ed., Torino, Unione Tipografico, 1957, pp. 368-371. Assim também determina *Oxford Latin Dictionary*, Oxford, Oxford University, 1968, p. 2110.

da quantia ou coisa fungível emprestada ao devedor para compensar os ricos<sup>5</sup> e à falta de benefícios que o mutuante tem com a privação do capital ou da coisa emprestada<sup>6</sup>, conforme será melhor analisado.

Observa-se que os juros não estavam presentes apenas nos empréstimos, cita-se, por exemplo, a existência das *usurae pupillares*, sendo juros que um curador deveria responder caso negligentemente emprestasse dinheiro para devedores insolventes ou o usasse em proveito próprio<sup>7</sup>. Também existiam juros *post item contestatam*, admitidos em alguns negócios, como no caso dos juros que os gestores devem pelo uso em favor próprio, ou pela falta de utilização do dinheiro do administrado<sup>8</sup> ou, ao contrário, que esse deve ao gestor<sup>9</sup> por quantias por ele

5 O pagamento de juros para compensar o risco do mutuante é perceptível, por exemplo, no fragmento D. 17.2.67.1: “Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam foeneraverit, usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine faeneraverit: nam si suo nomine, quoniam sortis peniculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet”: “Si uno de los socios, que no eran socios dotados los bienes, hubiere prestado á interés dinero común, y hubiere percibido intereses, debe repartir los intereses, solamente si hubiere prestado en nombre de la sociedad; porque si en su propio nombre, puesto que á él le habrá pertenecido el riesgo del capital, debe retener él los intereses”. Cf. tradução de I. García del Corral, *Cuerpo del derecho civil romano*, t. I, Barcelona, 1897, p. 884.

6 M. SALAZAR REVUELTA, *La gratuitade del mutuum en el derecho romano*, Jaén, Universidad de Jaén, 1999.

7 A. BERGER, *Encyclopedic dictionary of roman law*, Philadelphia, The Americam Philosophical Society, 1953, p. 754. Cf. Também cf. D. 26.7.7.10.

8 D. 17.1.10.3 – “Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi penderet, sed et si pecuniam meam faenor dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus debere eum praestare quantumcumque emolumendum sensit, sive ei mandavi sive non, quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat: quodsi non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentantur. Denique Papinianus ait etiam si usuras exegerit procurator et in usus suos convertit, usuras eum praestare debere”. Cf. I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo cit.*, t. I, p. 848): “Si mi procurador tuviere dinero mío, me pagará ciertamente intereses por la mora. Pero también si dió dinero mío á interés, y percibió los intereses, diremos consiguientemente, que debe él entregar cuanto emolumento percibió, ya si se lo mandé, ya si no, porque conviene á la buena fe que no obtenga lucro de cosa ajena; pero si no comercio con el dinero, si no que lo invirtió en sus propios usos, será demandado por los intereses, que dentro de la tasa legal fuesen frecuentes en aquellas regiones. Finalmente, dice Papiniano, que aunque el procurador hubiere cobrado intereses y los haya invertido en sus propios usos, debe el responder de los intereses.

9 D. 17.2.67.2 – “Si quid unus ex sociis necessario de suo impedit in communi negotio, iudicio societatis servabit et usuras, si forte mutuatus sub usuris dedit: sed et si suam pecuniam dedit, non sine causa dicetur, quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere, si alii mutuum dedisset [...]” Cf. I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo cit.*, t. I, p. 884): “Si uno de los socios gastó de lo suyo por necesidad alguna cosa en un negocio común, lo recobrará por la acción de sociedad, y también los intereses, si pagó habiendo acaso tomado en muto á interés, pero también si dió dinero suyo, no sin causa se dirá que también deberá percibir los intereses, que podría obtener, si á otro se lo hubiese dado en muto”.

gastas. Observa-se que na época de Justiniano<sup>10</sup>, admitia-se que fossem cobrados juros de 12% sobre a condenação pecuniária quando essa não tivesse sido paga no prazo de quatro meses<sup>11</sup>.

Os juros geralmente eram provenientes de um acordo entre as partes, principalmente mediante *stipulatio*<sup>12</sup>. Então, em geral, um pacto informal simples (*usurae ex pacto*) conexo a um contrato *stricti iuris* não era suficiente para tornar os juros devidos<sup>13</sup>. Entretanto, observa-se que se os juros fossem pagos espontaneamente não poderiam ser repetidos<sup>14</sup>, no direito justinianeu tal hipótese configurava uma *obligatio naturalis*.

Como exceção ao disposto, cita-se os juros *officio iudicis*, que eram aqueles prometidos com um simples pacto acrescentado a um negócio de boa-fé<sup>15</sup> (contratos subordinados aos *iudicia bonaे fidei*<sup>16</sup>), principalmente, se o pagamento de juros fosse já considerado um costume<sup>17</sup>. Ressalta-se que tal exceção não se

10 CI. 7.54.3pr. – “Sancimus, ut si quis condemnatus fuerit, post datas a nobis quadrimestres indutias centésimas quidem usuras secundum naturam iudicati eum compelli solvere, sed tantummodo sortis et non usurarum, quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt [...]”. Cf. I. GARCÍA DEL CORRAL (Cuerpo cit., t. V, p. 261): “Mandamos, que, si alguno hubiere sido condenado, sea él ciertamente compelido, después del plazo de cuatro meses dado por nosotros, á pagar intereses conforme á la naturaleza de la cosa juzgada, pero solamente del capital y no de los intereses, que en virtud del primitivo contrato fueron comprendidos en la condenación”.

11 A. BURDESE, *Manuale di Diritto Privato Romano*, 4º ed, Torino, UTET, 2002, pp. 573-574. Assim também afirma A. BERGER, *Encyclopedic*, cit., p. 754. E também C. 7.54.

12 A. BERGER, *Encyclopedic*, cit., pp. 753, 754. Os juros não eram determinados apenas por *stipulatio*, havendo também os juros estipulados pela lei, e algumas espécies peculiares, como nos *usurae pupillares*, já citados no presente artigo.

13 Assim, de acordo com as sentenças de Paulo (2.14.1), pertencentes ao direito pós clássico romano “si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti: ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur” (Sententiarum receptarum libri quinque - qui vulgo Julio Paulo adhuc tribuntur, in *Rivista di diritto italiano*, n. 1, 2001, disponível [on-line] em: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano0102paulisententiae.pdf>).

14 CI. 4.32.3 - *Quamvis usurae foenebris pecuniae citra vinculum stipulatione peti non possunt, tamen ex pacti conventione solutae neque ut indebitae repetuntur, neque in sortem accepto ferendae sunt*—Aunque sin el vínculo de la estipulación no se pueden pedir intereses del dinero prestado, sin embargo, los pagados en virtud de la convención de un pacto ni se repiten como indebidos, ni han de ser aplicados para pago del capital. Cf. D. 12.6.26pr. – “Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit...” - Si alguno pagó, no el capital, sino intereses no debidos, no podrá repetirlos, si pagó los del capital debido; . Ver Ver I. GARCÍA DEL CORRAL, Cuerpo cit., t. IV, p. 482; t. I, p. 711.

15 A. BURDESE, *Manuale* cit., pp. 573-574.

16 Ver também M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 658.

17 A. BERGER, *Encyclopedic*, cit., p. 753.

aplica ao empréstimo de dinheiro, pois, o mútuo era um contrato de direito estrito (*stricti iuris*)<sup>18</sup>. Dessa forma, era necessário que as partes, afora ao contrato, celebrassem uma *stipulatio*, sendo o mutuante, apenas em relação à cobrança de juros, protegido pela *actio ex stipulatu*.

Ademais, em alguns casos específicos também era possível o estabelecimento do juros mediante simples pactos, como em empréstimos concedidos por cidades<sup>19</sup>, ou, no período pós clássico, de empréstimos de coisas fungíveis que não fossem dinheiro, ou também, sob a égide de Justiniano, os empréstimos feitos com banqueiros<sup>20</sup>.

Na mesma linha, observa A. Burdese que nas fontes encontramos a distinção entre *usurae in obligatione* e *usurae quae officio iudicis praestantur*<sup>21</sup>; entende-se *in obligatione* os juros cuja prestação está contemplada em específico negócio jurídico formal, a *stipulatio* ou o legado *per damnationem*, de modo que sua exigência é independente da obrigação principal, como no caso do mútuo<sup>22</sup>. Já os juros *quae officio iudicis praestantur* eram acionáveis apenas em conjunto com a obrigação principal.

## 2. O conceito de juros e de anatocismo

Uma discussão doutrinária relevante diz respeito à natureza jurídica dos juros no direito romano. Seriam eles frutos civis do capital da mesma forma que

18 J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 483.

19 C. Vittoria, (*Le usurae usurarum convenzionali e l'ordine pubblico economico a Roma*, in Labeo – Rassegna di diritto romano, v. 49, n. 3, 2003, Napoli, Jovene, 2003, p. 306), dispõe ser possível o pacto nu nos empréstimos feitos aos *civitates*. De acordo com Paulo em D. 22.1.30, no mútuo concedido pelas cidades os juros são devidos mesmo quando decorrentes de um pacto nu: “etiam ex nudo pacto debentur ciritatibus usurae creditarum ab iis pecuniarum”.

20 A. BERGER, *Encyclopedic*, cit., p. 753.

21 A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 573-574. Cf. D. 19.1.49.1 – “Pretii sorte, licet post moram, soluta usurae peti non possunt, quum hae non sit in obligatione, sed officio iudicis praestentur” - § 1- Pagado, aunque despues de la mora, el importe del precio, no pueden reclamarse los intereses, como quiera que estos no se hallen en la obligación, sino que se paguen por ministerio del juez. Ver I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo* cit., t. I, p. 948..

22 A. BERGER, *Encyclopedic*, cit., p. 754, quando discorre sobre “usurae quae in obligatione consistunt”.

o são nos dias atuais<sup>23</sup>? Antes de responder a pergunta, é necessário examinar o conceito de fruto.

A definição de fruto, em um sentido mais amplo, compreendia todos os produtos da natureza que viessem a operar um aumento de riqueza<sup>24</sup>; por exemplo, o fragmento D. 50.16.77 atribuído a Paulo, relaciona a definição de fruto como algo predominantemente proveniente da natureza<sup>25</sup>. Também pode-se mencionar um conceito menos lato de fruto, sendo tudo o que provinha *ex ipso corpore* de um objeto material<sup>26</sup>.

De qualquer forma, pode-se dizer que, no direito romano, os frutos estavam muito ligados a uma noção naturalística, de maneira que uma coisa para ser fruto de outra deveria derivar dela corporalmente<sup>27</sup>. Assim, nesse sentido, A. Guarino conclui que certamente os juros resultantes do capital emprestado não fizeram parte de nenhum dos tipos de frutos<sup>28</sup>.

Pompônio corroborou tal entendimento, como se percebe pelo importante fragmento: “D. 50.16.121 - «Usura» pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione”<sup>29</sup>.

23 A. BERGER, *Encyclopedic*, cit., p. 478. Destaca-se então que tal nomenclatura (*fructus civiles*, constrapostos aos frutos *naturales*) é moderna.

24 J. L. ALMEIDA NOGUEIRA, *Estudos sobre “fructuum perceptivo”*, Revista da faculdade de direito de São Paulo, São Paulo, v. 12, 1904, pp. 219-281, p. 221.

25 D. 50.16.77 – «Frugem» pro reditu appellari non solum quod frumentis aut leguminibus, verum et quod ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Julianus scribit, fruges omnes case, quibus homo vescatur, falsum esse; non enim carnem, aut aves ferasve, aut poma fruges dici. «Frumentum» autem id case, quod arista se teneat, recte Gallum definisse, lupinum vero et fabam fruges potius dici, quia non arista, sed siliqua continentur; quae Servius apud Alfenum in frumento contineri putat”. Cf. I. GARCÍA DEL CORRAL (Cuerpo cit., t. VI, p. 222): “Se llama fruto por rendimiento no solo a los que se adquieren en granos o en legumbres, sino tambien a lo que por el vino, por bosques talares, canteras de creta, o de piedra. Juliano escribe, que es falso que sean frutos todas las cosas con que el hombre se alimenta; porque no se dice frutos a la carne, o a las aves, a las fieras, o a las frutas. Pero Galo definió perfectamente que es grano lo que se contiene en espiga, y que el altramuz y la haba eran llamados mas bien frutos porque no se contienen en espiga, sino en vaina; cuyas cosas opina Servio en sus Notas a Alfeno, que se comprenden en la palabra grano”.

26 J. L. ALMEIDA NOGUEIRA, *Estudos*, cit., p. 222.

27 R. CARDILLI, *Dalla regola romana dell'usura pecuniae in fructu non est agli interessi pecuniari come frutti civili nei moderni codici civili*, in Roma e America. Diritto romano comune, n. 5, Roma, Mucchi, 1998, p. 9.

28 A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12<sup>a</sup> ed., Napoli, Jovane, 2001, p. 319.

29 Cf. I. GARCÍA DEL CORRAL (Cuerpo cit., t. VI, p. 929): “el interés que percibimos del dinero no entra en los frutos, porque no proviene del mismo capital, sino de otra causa, esto es, de nueva obligación”. Da mesma forma, dispõe a tradução inglesa de A. WATSON: “the interest which we receive on money is not the category

Mesmo que se afirmasse que os juros poderiam nascer, ou ser provenientes do capital (como em D. 22.1.33pr.<sup>30</sup>), não eram considerados frutos, já que na realidade não nasciam naturalmente do capital, como se plantações fossem, mas surgiam de maneira jurídica, por causa de uma obrigação estabelecida entre as partes<sup>31</sup>. O dinheiro era considerado uma matéria naturalmente estéril, sem a capacidade de produzir frutos<sup>32</sup>. E, provavelmente por essa razão que o fragmento mencionado (D. 50.16.121) usa a expressão “*id est, nova obligatione*” para diferenciar os juros dos frutos.

Outra possível razão para o uso da expressão latina citada estaria ligada ao contrato de mútuo. Provavelmente Pompônio se referia ao empréstimo de dinheiro, já que muito recorrente. No mútuo, como visto, os juros eram produtos de uma *causa obligationum* autônoma, isto é, da *stipulatio usurarum*, diversa da que fundamenta a obrigação principal de restituição da coisa fungível<sup>33</sup>.

Por outro lado, cabe relatar a aparente posição minoritária de H. Hulot, que ao traduzir o fragmento D. 50.16.121 o faz de maneira diversa, disponde serem os juros frutos civis quando traduz o fragmento mencionado acima<sup>34</sup>.

A interpretação, talvez, mais correta acerca da natureza jurídica dos juros no direito romano seja aquela que não os considera como frutos, mas sim semelhantes a esses<sup>35</sup> (estando *loco fructuum* ou *pro fructibus*<sup>36</sup>), recebendo, muitas vezes, o mesmo tratamento jurídico. Isto é perceptível nos títulos “*De usuris, et fructibus, et causis et omnibus accessionibus, et mora*” e “*De usuris et fructibus*

---

of produce, because it does not arise by the process of reproduction, but for a different reason, that is, a new obligation” (*The Digest of Justinian*, vol. IV, Philadelphia, University of Philadelphia, 1998, p. 943).

- 30 D. 22.1.33 - *Si bene collocatae sunt pecuniae publicae, in sortem inquietari debitores non debent, et maxime si parient usuras...*”. Cf. I. García del Corral (*Cuerpo cit.*, t. II, p. 90): “Si están bien colocados los caudales públicos, los deudores no deben ser molestados por el capital, y principalmente si produjeren intereses...”
- 31 Então, segundo essa interpretação, Pompônio teria utilizado o sentido estrito de fruto, não entrando os juros nos frutos porque não provém do mesmo corpo. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, T. XXIV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 79.
- 32 R. CARDILLI, *Dalla regola romana*, cit., p. 10.
- 33 R. CARDILLI, *Dalla regola romana*, cit., p. 11.
- 34 “Les intérêts que l'on perçoit d'une somme d'argent ne sont pas mis au nombre des fruits; par la raison qu'ils ne proviennent pas du corps de la chose même, mais d'une autre cause, c'est-à-dire d'une constitution (ainsi ce ne sont pas des fruits naturels, mais purement civils)” (*Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, Metz & Paris, Behmer et Lamort, 1803, pp. 617-618).
- 35 J. C. MOREIRA ALVES, *Direito*, cit., p.150.
- 36 A. BERGER, *Encyclopedic*, cit., p. 478. Também A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 319.

*legatorum seu fideicommissorum*", respectivamente do Digesto (D. 22.1) e do Codex (C. 6.17). Neles fica evidente que os juros não se inseriam como espécie do gênero frutos, mas deles se aproximavam.

Nos juros, por exemplo, estava presente a periodicidade<sup>37</sup> também encontrada nos frutos. As fontes consideravam portanto equiparados aos frutos os proveitos além da produção natural da coisa, obtidos extrinsecamente<sup>38</sup>, por meio de transações legais.

Ulpiano claramente os equiparou, ao mencionar que os juros assumem a vez dos frutos conforme D. 22.1.34: "*usurae vicem fructum obtinent, et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris iudiciis bonaे fidei servatur. Hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus*". Interessante notar que o fragmento menciona a equiparação de juros e frutos nas obrigações subordinadas ao juízo de boa-fé, colocando fim à possível ideia de que os juros seriam frutos no caso de tais contratos em que não era necessário haver a *stipulatio* para determinar o seu pagamento.

Ademais, em diversos fragmentos fica implícita a ideia acima mencionada. Cita-se, por exemplo, D. 22.1.16.1: "*Quum usurae pretii fundi ab eo, qui a fisco emerat, peterentur, et emtor negaret traditam sibi possessionem, Imperator decrevit, iniquum esse, usuras ab eo exigi, qui fructus non percepisset*"<sup>39</sup>. Neste trecho o jurisconsulto Paulo mostra que era possível uma compensação entre os juros e os frutos, o que também demonstra a equiparação entre ambos. Também, pode ser mencionada a passagem de Ulpiano contida em D. 7.5.3, que traz a mesma ideia de viabilidade de compensar os juros, só que, no caso, com os frutos obtidos em usufruto<sup>40</sup>.

37 Cf. A. BERGER (*Encyclopedic*, cit., p. 753) os juros são considerados uma quantia (*usuraria pecunia*) paga de maneira periódica em bens fungíveis, geralmente em dinheiro, pelo devedor (*usurarius*) ao credor, representando um produto proveniente do próprio capital.

38 J. L. ALMEIDA NOGUEIRA, *Estudos*, cit., p. 222.

39 De acordo com I. García del Corral (*Cuerpo* cit., t. II, p. 86): "Cuando se pidiesen los intereses del precio de un fondo a aquel que lo había comprado al fisco, y el comprador dijese que no le había sido entregada la posesión, el Emperador decretó que era injusto que se exigieran intereses del que no hubiese percibido los frutos".

40 "Post quod omnium rerum usus fructus legari poterit an et nominum? Nerva negavit: sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari, idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit et remittendas ei usuras". Cf. I. García del Corral (*Cuerpo* cit., t. I, p. 518): "Después de cuyo Senadoconsulto podrá legarse el usufructo de todas las cosas; pero acaso también el de créditos? Nerva lo negó, pero es más verdadero, lo que estiman Cassio y Próculo, que puede legarse. Pero el mismo Nerva escribe, que también al mismo deudor puede legarse el usufructo, y que se le han de condonar los intereses".

O fato das fontes demonstrarem que era factível a compensação entre frutos e juros mostra que realmente tinham um sentido diverso. Entretanto, resta claro que possuíam um regime jurídico semelhante, ou melhor, eram a ambos aplicadas as mesmas regras jurídicas<sup>41</sup>.

No que toca ao anatocismo ou à capitalização de juros, também chamado de juros compostos (*usurae usurarum*), pode ser definido como juros calculados sobre próprios juros devidos, ou seja, a incidência de juros sobre os juros da dívida principal, que foram por ela incorporados em razão do seu inadimplemento. Será melhor analisado posteriormente, mas cabe relevar que este mecanismo foi proibido em Roma. No entanto, diante das exigências do mercado, acabava existindo na prática.

### 3. O contrato de mútuo e a regulamentação dos juros no direito romano

#### 3.1. O mútuo

A regulamentação dos juros no direito romano é uma temática ligada à figura contratual do mútuo. Observa E. Volterra que o mútuo é um contrato que deve ser inserido na categoria dos contratos reais (*re contrahitur obligatio*) cuja noção foi evoluindo do direito clássico àquele justinianeu, pois, Gaio, com efeito, nas suas *Institutiones* classifica nessa categoria somente os *mutui datio*, mencionando, também, a *solutio indebiti*, pondo, porém, em relevo aquelas características que a colocam no âmbito das *obligationes re*, mas a excluem da categoria dos *contractus*, em consideração da falta de um acordo visando a constituir um vínculo obrigacional<sup>42</sup>.

Nas Instituições de Justiniano, no título *Re contrahitur obligatio*, as figuras são ampliadas, já que os compiladores acrescentam, nessa categoria, o comodato, o depósito e o penhor<sup>43</sup>. Alguns autores modernos colocam também entre os contratos reais a *fiducia*<sup>44</sup>.

Da análise do texto gaiano e daquele justinianeu se nota uma diversidade conceitual entre o pensamento de Gaio e aquele dos compiladores bizantinos.

41 R. CARDILLI, *Dalla regola romana*, cit., p. 27.

42 Cf. Gai 3.90 e Gai 3.91.

43 Cf. I. 3.14.

44 E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, Edizioni Ricerche, 1972, p. 481.

Gaio concebe a figura do contrato real somente quando um sujeito transfere a outro sujeito a propriedade de certa quantia de coisas fungíveis, estabelecendo-se a restituição de uma mesma quantidade de coisas, do mesmo gênero e qualidade.

Para os compiladores bizantinos o contrato real se materializa, unicamente, através de figuras taxativamente determinadas, nas quais um sujeito transfere a outro uma coisa em propriedade ou em posse ou, simplesmente, em depósito, convencionando-se a custódia da coisa e a sua restituição (no depósito), o uso da coisa e a sua restituição (no comodato) e, enfim, o exercício de várias faculdades sobre a coisa (no penhor), como no caso em que o credor pignoratício tenha o seu crédito satisfeito e, portanto, seja obrigado a restituir a coisa ao devedor; ou, segundo as épocas históricas, não sendo o crédito satisfeito poderá o credor exercer o *ius vendendi*, ou, com base na *lex commissoria*, tornar-se proprietário da coisa<sup>45</sup>.

Contudo, a característica comum a todas as figuras classificadas na categoria dos contratos reais é o fato de que a *obligatio* surge apenas quando, após a *conventio* entre os sujeitos, ocorre a passagem da propriedade da coisa, com a efetiva *datio* por parte do mutuante ao mutuário; assim sendo, observa-se que nesses contratos o acordo entre as partes não é suficiente para que se constitua uma relação obrigacional, o contrato se aperfeiçoa somente com a *datio* da coisa, nesse sentido, as disposições de D. 2.14.17pr<sup>46</sup> e D. 44.7.52.1.

O mútuo é um contrato unilateral pelo qual um sujeito, o mutuante, transfere a propriedade a outro sujeito, o mutuário, de certa quantidade de dinheiro ou de coisas fungíveis, obrigando-se esse último a restituir uma coisa da mesma espécie, quantidade e qualidade (*tantundem*). Momento de aperfeiçoamento do contrato é a transferência da propriedade das coisas do mutuante ao mutuário; no mútuo nasce uma obrigação somente para o mutuário, sendo o instituto o mais típico dos contratos unilaterais.

No que concerne à origem do mútuo, releva J. C. Moreira Alves, que não sabemos muito, possivelmente, no começo era considerado um simples pacto, sem eficácia obrigatória e, logo, desprovido de *actio ex contractu*; assim sendo, nos primórdios, para que o empréstimo fosse sancionado por uma *actio* era ne-

45 E. VOLTERRA, *Istituzioni* cit., p. 481, nt 2.

46 D. 2.14.17pr. - “Si tibi dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligation ultra decem. Re enim non potest obligation contrahi, nisi quatenus datum sit”. Cf. I. GARCÍA DEL CORRAL (Cuerpo cit., t. I, p. 281): “Si yo te diera diez y pactare que se me deban veinte, no nace obligación mas que por diez. Porque no puede contraerse una obligación real, sino por cuanto se haya dado”

cessário que se utilizasse a *sponsio*, prometendo o mutuário, através da *sponsio*, que restituiria o equivalente à coisa recebida em empréstimo; desse modo, o mutuante tinha a ação, decorrendo essa da *sponsio* e não do mútuo, para compelir o mutuário a restituir o equivalente do que fora recebido<sup>47</sup>.

E. Volterra, por sua vez, salienta que as fontes não confirmam a teoria de que em origem o mútuo teria consistido em uma simples *datio* da coisa, surgindo do enriquecimento ilícito do *acciōens* a obrigação para ele de restituir a coisa. Em primeiro lugar, afirma E. Volterra, dos fragmentos dos juristas do II século d.C. parece ser uma consolidada convicção o fato de que o acordo era elemento essencial do mútuo<sup>48</sup>. Em segundo lugar, prossegue o autor, a proibição do injusto enriquecimento não existe no direito romano antigo; por último, a simples *datio*, que se identifica com a *traditio*, não pode por si só ter outros efeitos que não sejam a transmissão da propriedade e não pode comportar uma obrigação de restituição da coisa. Para que surja uma obrigação é necessário que no momento em que ocorre a *traditio* se tenha a *conventio* relativa à restituição<sup>49</sup>.

O mútuo, em vista disso, compõe-se de dois elementos: a *datio rei*, i.e., a *traditio* da soma ou de coisas fungíveis e a *conventio*, o acordo entre as partes concernente à restituição da soma ou das coisas; ambos são elementos essenciais do contrato. A *datio* determina a soma objeto da *obligatio*, tal montante não pode ser superior à quantidade de dinheiro ou de coisas transferidas pelo mutuante ao mutuário.

As coisas objeto da prestação do mútuo, segundo uma regra geral, devem pertencer ao mutuante que no momento do contrato as transfere, em propriedade, ao mutuário, portanto, é necessário que o mutuante seja o proprietário e

47 J. C. MOREIRA ALVES, *Direito*, cit., p. 483.

48 D. 12.1.32: "Si et me, et Titium mutuam pecunia rogaverit, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulates sis, quem putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti; sed proprius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi, - hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest -, sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddit bonus et aequum est". Cf. I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo* cit., t. I, p. 682): "Si á mí y á Ticio nos hubiere pedido dinero en mútuoi, y yo hubiere mandado que un deudor mío te lo prometiera, y tú hubieras estipulado, creyendo que él era deudor de Ticio, iacaso te obligarás á mí favor? Lo dudo, si verdaderamente no contrataste conmigo negocio alguno; pero es más probable, que yo juzgue que te obliges, no porque te presté el dinero, - porque esto no puede verificarse sino entre los que consienten-, sino porque es bueno y equitativo que por ti se me devuelva aquel dinero mío, que fué á tu poder".

49 E. VOLTERRA, *Istituzioni* cit., p. 482.

tenha capacidade para alienar as coisas objeto do contrato<sup>50</sup>. Em alguns casos, porém, terceiros punham a coisa a disposição do mutuário, com o consentimento do mutuante, nesses casos, os juristas romanos admitiram o surgimento de um contrato de mútuo, como resulta de D. 12.1.11, em que Tício recebe de Caio uma coisa com a autorização para vendê-la e para reter o preço a título de mútuo, ou, em D. 12.1.15, em que Tício autorizava Caio a cobrar de Mévio uma quantia que lhe era devida, bem como a retê-la a título de mútuo.

Quanto à tutela do crédito do mutuante este não possui uma *actio* específica, ele deverá utilizar a *condictio* que surge do inadimplemento de qualquer dever jurídico de dar reconhecido pelo *ius civile*. A *condictio* possuía duas formas e dois nomes: a) a *actio certae creditae pecuniae*, quando o objeto da obrigação era dinheiro; b) a *condictio certe rei* ou *triticaria*, quando o objeto do contrato fosse outra coisa.

V. Arangio-Ruiz observa que da análise da estrutura das fórmulas, principalmente da fórmula da *actio certae creditae pecuniae*, deriva uma consequência aparentemente aberrante: a total gratuidade do mútuo. A gratuidade do mútuo não deve, porém, conduzir-nos à ideia de que o direito romano não admitia o empréstimo a juros, se uma proibição jamais existiu teve duração breve e a legislação buscou, principalmente, limitar a taxa de juros. Na verdade, a gratuidade indica, somente, que do ponto de vista formalístico e processual, com a *condictio* não se pode pleitear uma soma maior daquela recebida com a *datio*, a partir da qual surge a *obligatio*. No direito romano para que se possa ter o resultado econômico de um empréstimo a juros é necessário que a *datio* seja acompanhada de uma específica *stipulatio usurae*<sup>51</sup>; neste caso, o mutuante podia promover contra o devedor inadimplente, contemporaneamente, duas ações: a *condictio para a sors* (o capital) mutuada e a *actio ex stipulatu* para as *usurae*<sup>52</sup>.

A necessidade de que o empréstimo a juros tivesse que ser tutelado por duas ações diversas, na prática influenciou a aplicação do contrato de mútuo, provavelmente, sustenta V. Arangio-Ruiz, o mútuo permaneceu fonte exclusiva de

50 Note-se que em relação ao mutuário o SC Macedoniano, no tempo do imperador Vespasiano, proibiu que se fizesse empréstimo de dinheiro aos *filii famílias*. No caso de infração ao senatusconsulto, o credor, quando acionasse o *pater famílias* ou o *filius famílias*, veria o seu direito paralisado pela *exceptio senatusconsulti Macedoniani*.

51 A expressão ‘usurae’, que deriva etimologicamente de ‘usus’, para os Romanos significa simplesmente ‘juros’, e não ‘juros excessivos’ que nos modernos denominamos, com efeito, juros usurários. Ver U. BRASIELLO, verbete ‘Usura’, in *Nov.Digesto Italiano*, XX, 1957, pp. 368-371.

52 V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 304-305.

obrigação somente nos casos em que o empréstimo era verdadeiramente gratuito, pois, todas às vezes em que fosse necessário se proceder à *stipulatio usurae*, prometia-se, também, nas formas solenes da *verborum obligatio*, o capital; tal procedimento consta das tábuas de Transilvânia, documento do ano 162, que atesta a aplicação prática do direito romano no II século d.C., nessas encontramos mencionados conjuntamente o mútuo e a *stipulatio usurae*<sup>53</sup>.

### 3.2. A regulamentação dos juros

A configuração jurídica do mútuo, como vimos, não deve nos induzir a pensar que na economia romana não fosse praticado o empréstimo a juros, na verdade, essa atividade foi praticada largamente em todas as classes sociais de Roma desde a época mais antiga.

Inicialmente, os problemas ligados à tutela e à repressão jurisdicional do *faenus* estão correlacionados às reivindicações da plebe entre os séculos V e III a.C., portanto, um período em que, segundo grande parte da doutrina, o empréstimo servia para garantir a sobrevivência ou o pagamento de dívidas preexistentes, certamente, esse não utilizado em setores produtivos, nem finanziava atividades comerciais. Assim sendo, pode-se supor que somente na primeira metade do III século o *faenus* teria perdido a sua originária característica de ‘empréstimo de consumo’, logo, totalmente improdutivo; somente com essa mudança se começaria a admitir a previsão dos juros. L. Solidoro nota que a Lei das XII Tábuas atesta o retorno a “uma economia legata a modeste attività agropastorali: occorre attendere il finire del IV secolo per l’emersione di segnali di piena ripresa, quale la costruzione della via Appia, probabilmente voluta da Appio Claudio il Cieco, al fine di incrementare le relazioni commerciali tra Roma e Capua, cui era dedita la plebe urbana (liberti, mercanti, banchieri)<sup>54</sup>. ”

53 CIL III, Pars Posterior, *Tabelae Ceratae Dacie, Crediti*, editit Th. MOMMSEN, 1873, p. 935: *Denarios sexaginta qua die petierit probos recte dari fide rogavit Iulius Alexander, dari fide promisit Alexander Caricci (stipulatio sortis); et se eos denarius sexaginta, qui supra scripti sunt, mutuos numeratos accepisse et debere se dixit (causa stipulationis, empréstimo) et eorum usuras ex hac die in dies triginta centesimas singulas dari.. fide rogavit Iulius Alexander, dari fide promisit Alexander Caricci (stipulatio usurarum).* Ver também V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit., p. 305-306 nt 1.

54 L. SOLIDORO, *Tassi usurari e giurisdizione*, in *Diritto@Storia Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 7 (2008), Memorie//MMD-Giuramento della plebe sul Monte Sacro. Disponível [on-line] in <http://www.dirittoestoria.it/7/Memorie/Solidoro-Tassi-usurari-giurisdizione.htm>

Tácito nos *Anais* (Ann. VI.16.2<sup>55</sup>) registra que já as XII Tábuas<sup>56</sup> fixavam uma taxa máxima de juros, a esse propósito M. Talamanca assevera: “Già XII Tab. 8.18 fissavano tale tasso ad un oncia per asse, e cioè ad un dodicesimo: *fenus unciarium*. È dubbio se il tasso si rapportasse al mese od all’anno, ed all’anno di dieci mesi (típico dell’antico calendario romano) od a quello di dodici mesi: a seconda dell’ipotesi seguita, la norma avrebbe fissato um interesse variabile dall’8,33 al 100% annui<sup>57</sup>.”

As *Duodecim Tabularum Leges* fixavam, portanto, o limite máximo dos juros em 1/12 do capital; a maioria da doutrina reputa que após um ano o devedor tinha que restituir o dobro do capital recebido, sendo a taxa de juros, ao mês, de 8,33%. A sanção à infringência ao dispositivo das XII Tábuas consistia na possibilidade para o mutuário em mover contra o mutuante uma ação para compelí-lo a devolver em múltiplo (o quádruplo, provavelmente dispunha a lei) a quantia paga, em excesso, a título de juros<sup>58</sup>.

Várias outras disposições, posteriormente, trataram dos juros. Uma *Lex Licinia Sextia*, em 367 a.C., teria ordenado que os juros, já pagos, fossem computados no capital; poucos anos após, em 357 a.C., uma *Lex Duilia Menenia* teria reconfirmado o limite do *fenus unciarium*; em 347, um plebiscito de *fenore semunciarium* teria reduzido os juros a metade, i.e., 50% ao ano; por fim, em 342 uma *Lex Genucia* teria proibido os juros.

V. Arangio-Ruiz releva que sobre a exatidão da *Lex Genucia* existem muitas dúvidas já que, em seguida, foram elaboradas diversas disposições contra a usura sem nenhuma referência a essa suposta proibição<sup>59</sup>. Temos, ainda, em 118 a.C. uma *Lex Porcia fenebris*, proposta por Catão, o Velho; em 104 a.C., uma *Lex Marcia* mencionada por Gaio (Gai 4.23) que teria concedido contra os agiotas a *manus injectio pura*. C. Fadda tratando da ação que acarretava a condenação

55 Tac., Ann. VI.16.2: *Vetus urbi faenebre malum et seditionum discordiarumque creberrima causa eoque cohiebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus. Nam primo duodecim tabulis sanctum ne quis unciario faenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur.*

56 XII tab. 8.18: *XII tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret.* Ver K. G. Bruns; T. Mommsen, *Fuentes Iuris Romani Antiqui* (FIRA), 5 ed., Freiburg im Breisgau, 1887, p. 31.

57 M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 545.

58 J. C. MOREIRA ALVES, *Direito* cit., p. 485.

59 V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit., pp. 304-305 nt. 1.

do usurário *in quadruplum*<sup>60</sup>, levanta a hipótese de que talvez fosse a *Lex Marcia* aquela que previa a *manus injectio pura in quadruplum* popular<sup>61</sup>.

No final da República, em 88 a.C., encontramos a *Lex Cornelia Pompeia unciaria*, em que a *uncia* era concebida não mais ao mês, mas ao ano. Essas leis eram *leges minus quam perfectae*, portanto, não acarretavam a nulidade da *stipulatio usurarum*, mas fixavam uma *pena* para o transgressor<sup>62</sup>.

No principado e também na época imperial, a taxa usual era constituída pelos *centesimae usurae* (12% ao ano<sup>63</sup> ou 1% ao mês), conforme disposto em *Pauli Sententiae 2.14.2-4*<sup>64</sup>. Embora os romanistas duvidem da autenticidade do fragmento mencionado, os juros superiores a 12% ao ano acarretavam a nulidade da estipulação, sendo que quando pagos, tinham que ser computados no capital, ou caso já não fosse possível teriam que ser devolvidos com a *conditio indebiti*<sup>65</sup>.

No império cristão, o Imperador Justiniano, influenciado pela doutrina da Igreja, reduziu a taxa de juros legal para 6%, em algumas hipóteses até de 4%, admitindo, em casos determinados, uma variação da taxa de juros, como no

60 LAURA SOLIDORO leciona que “quadruplator, in relazione ai processi (pubblici), era denominata la persona che avesse conseguito la quarta parte del patrimonio del reo, attraverso la delazione di un crimen, o che avesse accusato coloro che poi venivano condannati nella misura del quadruplo per gioco d’azzardo, o per avere praticato l’usura ad un tasso superiore rispetto al mos maiorum, e per altri crimini dello stesso genere, attraverso l’esercizio di una azione penale (privata?) a ‘legittimazione generale’”. Ver L. SOLIDORO, *Tassi usurari* cit., parag. 3-Le sanzioni per gli inosservanti: le procedure rimesse all’iniziativa dei privati.

61 C. FADDA, *L’Azione Popolare*, *Studia Juridica*, XXVI, Roma, L’Erma di Bretschneider, 1972, p. 21.

62 M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 545.

63 M. TALAMANCA, *Instituzioni* cit., p. 546.

64 Cf. *Pauli Sententiae 2.14.2-4*: “2. Usurae supra centesimam solutae sortem minuant, consumpta sorte repeti possunt / 4. Usurde, quae centesimam excedunt, per errorem solutae repeti possunt” - 2. Os juros pagos acima da centésima diminuem o capital, com o capital já pago podem ser repetidos / 4. Os juros que excedem a centésima pagos por erro podem ser repetidos. E R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations* cit., p. 170.

65 Ver também, D. 12.6.26pr: “Si sortem quis, sed usuras indebitas solvit,, repetere non poterit, si sorte debite solvit; sed si supra legitimum modum solvit, Divus Severus rescripsit, quo iure utimur, repeti quidem non posse, sed sorti imputandum; et si postea sortem solvit, sortem quase indebitam repeti posse. Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae quase sors indebita repetuntur. Quid, si simul solverit? Poterit dici, et tunc repetitionem locum habere”. Cf. I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo* cit., t. I, p. 711): “Si alguno pagó, no el capital, sino intereses no debidos, no podrá repetirlos, si pagó los del capital debido; pero si los pagó en más de la cuantía legítima, contestó por rescripto el Divino Severo, de cuyo derecho usamos, que ciertamente no pueden ser repetidos, sino que han de ser aplicados al capital; y si después pagó el capital, puede repetirse el capital, como no debido. Por consiguiente, también si antes hubiere sido pagado el capital, los intereses pagados sobre la cuantía legítima se repiten como capital no debido. ¿Qué, si al mismo tiempo hubiere pagado los unos y el otro? Podrá decirse, que también entonces tiene lugar la repetición”. Também cf. M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 546.

caso daqueles *qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari*<sup>66</sup>, que podiam cobrar até 8% de juros, assim como os banqueiros<sup>67</sup>. Ademais Justiniano estabeleceu que quando os juros fossem pagos, deixariam de ser devidos no momento em que atingissem importância igual à do capital objeto do mútuo<sup>68</sup>.

O princípio da gratuidade era afastado em dois tipos de mútuos: o *fenus nauticum* e os mútuos concedidos pelas *civitates*.

O *fenus nauticum*<sup>69</sup>, também denominado *pecunia triectia*, foi um instituto muito difuso na Grécia que os Romanos importaram no final da República. Trata-se de um empréstimo em dinheiro mediante o qual se dava certa soma a um capitão de navio ou a um mercador para que a transportasse por via marítima, ou em espécie, ou convertida em mercadoria, de modo que chegando ao porto de destino, o mutuário realizasse operações comerciais com o dinheiro recebido do mutuante, ou com as mercadorias compradas com o dinheiro do empréstimo; o credor assumia todos os riscos da navegação e receberia a quantia emprestada de volta, somente, se viagem tivesse um êxito positivo. O grande risco que o mutuante assumia justificava a aplicação de taxas de juros muito elevadas, no direito justinianeu a taxa de juros é o dobro da taxa legal de 6%<sup>70</sup>. Ressalta, ainda, V. Arangio-Ruiz que existia um direito especial a penhorar as mercadorias adquiridas com a quantia emprestada, aliás, alguns autores afirmam que da análise de casos descritos pelos oradores áticos a propriedade das mercadorias era do credor até o momento em que o armador pagasse o capital e os juros devidos<sup>71</sup>.

Quanto ao mútuo concedido pelas cidades os juros são devidos mesmo quando decorrentes de um pacto *nu* conforme consta em D. 22.1.30: *etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditarum ab iis pecuniarum* – também

<sup>66</sup> Cl. 4.32.26. Tradução do fragmento in I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo cit.*, t. IV, p. 487): “y que los que dirigen talleres, ó se dedican á alguna negociación lícita, moderen su estipulación hasta el ocho por ciento anual”.

<sup>67</sup> Nov. 136.4. Tradução do fragmento in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo cit.*, t. IV, p. 481.

<sup>68</sup> Nov. 121.2. Tradução do fragmento in I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo cit.*, t. IV, p. 419.

<sup>69</sup> Sobre o *fenus nauticum*: “D. 22.2 - De Nautico Foenore”.

<sup>70</sup> Cl. 4.32.26 - [...] in triectitiis autem contractibus vel specierum foenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari, nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum. Cf. I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo cit.*, t. IV, p. 487): “[...] pero que en los contratos de préstamos marítimos, o en las entregas de especies á interés, sea lícito estipularlos solamente hasta el uno por ciento mensual, sin que excedan de este, aunque esto había sido permitido en las antiguas leyes”.

<sup>71</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit., p. 306.

em virtud de nudo pacto se deben á las ciudades intereses de las cantidades prestadas por ellas<sup>72</sup>.

#### 4. Os meios de proteção do devedor no direito romano

A licitude dos juros pedidos pelas somas ou coisa fungíveis mutuadas sempre foi objeto de discussão desde os tempos mais remotos, já Aristóteles afirmava que “[...] é com razão que nos repugna a usura, porque ela procura uma riqueza que provém da própria moeda, a qual não mais se aplica para o fim para o qual foi criada. Ela só foi criada para a função de troca; e a usura a multiplica por si mesma: [...]”<sup>73</sup>.

A hostilidade a esse tipo de negócio parece estar baseada no fato de que esse constitui um meio para se ter lucro a partir do estado de necessidade econômica em que frequentemente se acha aquele que recorre a outros para obter um empréstimo.

O direito romano das obrigações, na sua fase inicial, aplica esquemas rígidos que visam o cumprimento da obrigação por parte do devedor, garantindo o pleno exercício do direito de crédito. Essa rigidez se manifesta na Lei das XII Tábuas quando trata da execução do devedor inadimplente, pois, na *tabula tertia* está previsto o direito do credor de dispor do corpo do devedor para satisfazer o seu crédito e, se muitos forem os credores, poderão esses esquartejar o corpo do devedor em tantas partes quantos são os credores ou, se preferirem, vendê-lo a um estrangeiro<sup>74</sup>. Contudo, ainda no período arcaico e principalmente no clássico, por motivos de ordem política, essas disposições foram lentamente atenuadas.

R. Cardilli salienta que o problema do *aes alienum* se mistura desde a primeira secessão da plebe em 494 a.C. com o conflito entre esta e o patriciado, sendo significativo que conjuntamente com os problemas da terra aquele da dívida seja indicado constantemente nas fontes e, que: *La realtà del faenus che prende la forma giuridica del nexum non può essere aggredita, ma solo ridimensionata nei suoi effetti connessi al tasso d'interessi imposto al 'debitore' con la lex publica o con il plebiscito. [...]. Il momento di tutela più forte è in ogni caso realizzato attraverso l'assoggettamento del faenerator alla manus injectio, prima*

72 Ver I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo* cit., t. II, p. 90.

73 ARISTÓTELES, *Política* - 1.3.23, trad. port. Nestor Silveira Chaves, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2011, p. 38.

74 XII tab. 3.1-2-3-4-5-6. Cf. K.G. BRUNS - Th. MOMMSEN, *Fontes Iuris Romani Antiqui* (FIRA) cit., pp. 19-20.

*iudicati per il pagamento del quadruplo, poi pura per la restituzione degli interessi comunque esatti con la lex Marcia<sup>75</sup>.*

As leis limitativas dos juros, porém, não extirparam o grave problema do endividamento da plebe, nem diminuíram as tensões sociais conexas com esse endividamento, somente com a *Lex Poetelia Papiria*, em 326 a.C., que aboliu o *nexum*, alterando o conceito de obrigação de vínculo estritamente pessoal para vínculo patrimonial, ter-se-á uma solução mais eficaz ao problema do endividamento da plebe<sup>76</sup>.

J.C. Moreira Alves assevera que a *Lex Poetelia* surgiu da reação à crueldade dos credores e, portanto, está embasada no *favor debitoris*. Na república, encontram-se várias disposições que combatem a usura, essas estabelecem um limite à taxa de juros e sanção por sua inobservância, como se pode constatar na *Lex Marcia*.

A execução pessoal do devedor persiste quando requerida pelo credor, por isso, uma *Lex Julia* da época de Augusto, permitiu que o devedor se subtraísse à execução sobre sua pessoa, desde que ele cedesse todos os seus bens ao credor, evitando, assim, a infâmia que decorria da venda dos bens do devedor insolvente<sup>77</sup>. Já o fragmento D. 42.1.27, atribuído a Modestino, faz menção a leis e constituições que proíbem o anatocismo: “*Praesens provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones [...]*”, ou seja, de acordo com a tradução espanhola: “*El Presidente de una província condeno á intereses de los intereses contra las leyes y las sacras Constituciones [...]*”<sup>78</sup>; o imperador Marco Aurélio por decreto estabeleceu que o credor que, com violência, se apoderasse de coisa que lhe era devida perderia o seu direito de crédito<sup>79</sup>.

75 R. CARDILLI, *Plebiscita et leges antiusura. Leges fenebres, ius civile ed ‘indebitamento’ della plebe: a proposito di Tac. Ann. VI,16,1-2*, in *Diritto@Storia Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 7, 2008, pp. 1-2.

76 R. CARDILLI, *Plebiscita et leges antiusura* cit., pp. 17-18.

77 J. C. MOREIRA ALVES, *As normas de proteção ao devedor e o ‘favor debitoris’ do direito romano ao direito latino-americano*, in *Debito Internazionale. Principi generali del Diritto*, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani “Roma e America”, n. 8, Padova, Cedam, 1995, p. 81.

78 I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo* cit., t. III, p. 367.

79 D. 4.2.13: *Exstat enim Decretum Divi Marci in haec verba: “Optimum est, ut, si quase putas te habere petitiones, actionibus experiaris”. Quum Marcianus diceret: “vim nullam fecit”, Caesar dixit: “tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo iudice temere possidere, vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.* Cf. I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo* cit., t. I, p. 346): “*Porque hay un Decreto del Divino Marco*

Quanto ao anatocismo, i.e., os juros sobre juros, este foi proibido por um *senatusconsulto* na República<sup>80</sup>, o que não se mostrou tão eficaz, já que havia muitas forças político-econômicas em Roma, difíceis de serem controladas<sup>81</sup>.

A primeira proibição explícita de se exigir juros sobre juros veio do imperador Diocleciano, sendo imposta a pena de infâmia, o que também ocorria, conforme visto, aos que cobrassem juros acima do limite consentido, que ainda era de 1% ao mês em tal época<sup>82</sup>.

O anatocismo também foi estritamente vedado pelo imperador Justiniano, inclusive em relação aos juros já pagos<sup>83</sup>. No entanto, não foi determinado, como no caso do imperador Diocleciano, apenas um remédio a ser acionado pelos privados, com o objetivo de, por via indireta, privar de relevância jurídica o acordo em que fora estabelecido o anatocismo<sup>84</sup>. Muito mais do que isso, no império justinianeu determinou-se a nulidade das convenções entre os privados, em que o devedor tivesse que pagar juros sobre juros<sup>85</sup>.

Todavia, de acordo com C. Vittoria, na prática o anatocismo ocorria<sup>86</sup>, servindo como um meio de reequilíbrio das anomalias derivadas da grande oscilação monetária e da inflação<sup>87</sup>. A infração à vedação intensificava-se, mais especifi-

---

concebido em estos términos: “Es lo mejor, que, si juzgas que tienes algunas peticiones que hacer, ejercites tus acciones”. Como dijese Marciano: “no hice ninguna fuerza”, el Cesar dijo: “¡Crees tú que solamente hay fuerza, si los hombres fueran heridos? También hay fuerza siempre que alguno pide no por medio del juez lo que juzga que se le debe. Así, pues, si se me hubiere probado que alguien posee ó recibió, temerariamente sin intervención de ningún juez, alguna cosa de su deudor, ó el dinero adeudado que voluntariamente no se lo pagó por el mismo, y que á si proprio se administró justicia sobre este asunto, no tendrá derecho á su crédito”.

80 J. C. MOREIRA ALVES, *Direito*, cit., p. 486.

81 C. VITTORIA, *Le usurae usurarum*, cit., p. 306.

82 C. VITTORIA, *Le usurae usurarum*, p. 316. E cf. Cl. 2.11.20: “*Improbum fenus exigebus et usuras usurarum illicite extintibus infamiae macula inroganda est*”.

83 Cl. 4.32.28; D. 12.6.26.1. Ver também A. BERGER, *Encyclopedic*, cit., p. 362.

84 C. VITTORIA, *Le usurae usurarum*, cit., p. 321.

85 Cf. Cl. 4.32.28.

86 Segundo a autora, a doutrina chega a sustentar ter sido a *versura* por exemplo, uma maneira de camuflar a cobrança de juros sobre juros, opinião com a qual não concorda, já que considera ser mais realista que o termo *versura* fosse apenas sinônimo de *foenus* (C. VITTORIA, *Le usurae usurarum*, cit., p. 299). A *versura* era a conversão de um empréstimo com a cobrança de juros, em outros empréstimo com uma diferente taxa de juros. (A. BERGER, *Encyclopedic*, cit., p. 762). Ou melhor, era uma operação pela qual um sujeito pegava dinheiro emprestado de um terceiro para sanar pregressas dívidas.

87 C. VITTORIA, *Le usurae usurarum*, cit., pp. 299-302.

camente, em períodos de grave crise econômica. Nestes, diante da grande desvalorização da moeda, o único meio do credor não ter seu investimento completamente esvaído acabava sendo a exigência de mais juros. Na falta de uma estabilidade econômica, tornava-se incerto ao mutuante, credor de juros simples, se iria empobrecer recebendo apenas o valor nominal da dívida; os juros compostos mostravam-se uma opção aos que não podiam cobrar o valor efetivo da dívida. Conclui-se, então, que a regulamentação acabava sendo verdadeiramente cogente em certos períodos, a depender da situação e necessidades do mercado<sup>88</sup>.

No período clássico, embora a regra geral fosse de que não se admitia o pagamento parcial da dívida, foi reconhecido a algumas pessoas o benefício de serem condenadas somente nos limites de quanto pudessem pagar (*condemnatio in id quod facere possunt*). A. Guarino explica que a concessão do *beneficium competentiae* visava evitar a execução pessoal do devedor, ou a *bonorum venditio* e a decorrente infâmia<sup>89</sup>.

Foram, contudo, sob a influência da doutrina cristã, os imperadores cristãos que ampliaram, consideravelmente, a proteção ao devedor, o qual passa a ser considerado a parte mais frágil na relação jurídica obrigacional. Várias disposições visam amenizar os efeitos do exercício do direito de crédito, subtraindo os devedores a situações vexatórias e tentando preservar a sua liberdade. Consta, ainda, em uma constituição de Graciano Valentiniano e Teodósio que os imperadores do baixo império concediam moratórias<sup>90</sup>.

Justiniano introduz no direito romano a *datio in solutum necessaria*<sup>91</sup> que determinou que o devedor, proprietário de imóveis, que não tivesse dinheiro para restituir a quantia devida com base em um contrato de mútuo, poderia, se não conseguisse vender os seus imóveis, dirigir-se ao juiz competente e, feita a avaliação, dar os melhores em pagamento. Na Novela 115, cap. 5, Justiniano estabelece que dentro dos nove dias a partir da morte do devedor, o credor não poderia demandar os herdeiros, parentes ou fiadores, por débitos do falecido,

88 C. VITTORIA, *Le usurae usurarum*, cit., pp. 312-317.

89 A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 805.

90 Cf. C.Th. 1.2.8: *Universa rescripta, quae in debitorum causis super praestandis dilationibus impetrata sunt, rescindantur, cum sit acerbius perurguendus, qui mansuetudinis nostrae pudore fatigato non quid utilitatibus publicis, sed quid suis fraudibus conveniret, aspergit.*

91 Cf. Nov. 4.3.

sob pena de nulidade do ato praticado<sup>92</sup>; a providência visava resguardar essas pessoas durante o período de luto<sup>93</sup>.

Certo é que no direito romano, principalmente do baixo império, encontramos vários instrumentos de proteção ao devedor, tais como a proibição da usura no sentido moderno, assim como a vedação ao anatocismo<sup>94</sup>; no campo das garantias reais a proibição da *Lex commissoria*. Com efeito, o imperador Constantino proibiu, com eficácia retroativa, a *Lex commissoria*, convenção muito usada no Oriente, através da qual o credor, se seu crédito não fosse satisfeito, se tornava, para pagar-se, proprietário da coisa dada em penhor ou em anticrese<sup>95</sup>; o pacto comissório, ainda que previsto pelas partes, era nulo. A proibição da utilização do pacto comissório, nas garantias reais, tem seu fundamento no fato de que seria ele extremamente gravoso para o devedor, pois que o valor da coisa poderia superar o montante do crédito a ser satisfeito.

Deve-se observar, porém, que apesar da tendência dos imperadores cristãos de proteger o devedor o direito romano não chegou a admitir que acontecimentos imprevistos pudessesem modificar substancialmente as condições em que o contrato fora celebrado e pudessesem exonerar o devedor das obrigações contraídas, ou, pelo menos, atenuar-lhe as consequências<sup>96</sup>.

Não há dúvida de que as providências contra a *voracitas creditorum* se justificam como punição à malícia dos credores; as constituições imperiais que vedam o cárcere privado, as torturas, o impedimento do sepultamento do devedor<sup>97</sup> se apresentam como reação à barbárie em séculos de crise moral e econômica; a lei imperial de Marco Aurélio é providência de manutenção do princípio de que cabe ao Estado, e não ao credor por suas próprias mãos, executar o devedor. As normas que se fundam no *favor debitoris* estabelecem providências que são favoráveis ao devedor por levarem em conta o interesse deste, sendo, portanto, menos onerosas possíveis às limitações a sua liberdade em face do credor. O

92 Cf. Nov. 115.5.

93 J. C. MOREIRA ALVES, *As normas de proteção* cit., p. 83.

94 Cf. D. 12.6.26.1; e C. 4.32.28.

95 Cf. CI. 8.34(35).3.

96 J. C. MOREIRA ALVES, *As normas de proteção* cit., p. 86.

97 Cf. CI. 9.19.6.

*favor debitoris*, por isso mesmo, é manifestação específica, no âmbito do direito das obrigações, do *favor libertatis* em sentido amplo<sup>98</sup>.

## 5. Panorama dos juros no direito atual<sup>99</sup>

A distinção entre juros e frutos do direito romano, baseada principalmente em D. 50.16.121 durou aproximadamente até o final do século XIX, quando muitas codificações modernas começaram a considerar os juros como frutos *civis*<sup>100</sup>, isto é, rendimentos obtidos da coisa como correspécitivo pela utilização por pessoa diversa do proprietário<sup>101</sup>, em contraposição aos frutos naturais. Essa mudança não foi abrupta, pois foi a própria linha de ideia romana, de equiparação dos juros aos frutos que contribuiu com a nova consideração dos juros, além do assunto ter sido maturado ao longo dos anos na Idade Média e Moderna, conforme demonstrou R. Cardilli<sup>102</sup>.

Os juros podem ser convencionados pelas partes ou estabelecidos pela lei. E quanto ao seu fundamento, podem ser remuneratórios (ou compensatórios) e moratórios. Estes conceituam-se como um resarcimento do devedor pelo descumprimento parcial da obrigação, mais frequentemente, pela demora na devolução do capital alheio, representando também uma penalidade ao devedor, que privou o credor da utilização de seu capital. Já os compensatórios decorrem do rendimento advindo do uso consentido do capital alheio<sup>103</sup>.

98 J. C. MOREIRA ALVES, *As normas de proteção* cit., p. 118.

99 Interessante panorama atual acerca da conceituação e regulamentação dos juros no direito europeu está em Clive, Eric e Von Bar, Christian (org.). *Principles, definitions and model rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vols. III, Munique, Sellier, European Law Publishers, 2009, pp. 2466-2474.

100 R. CARDILLI, (*Dalla regola romana* cit., p. 4). Assim determina, por exemplo, o código civil italiano em seu artigo 820: “Sono frutti naturali quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o no l’opera dell’uomo come i prodotti agricoli, la legna, i parti degli animali, i prodotti delle miniere, cave e torbiere. Finché non avviene la separazione, i frutti formano parte della cosa. Si può tuttavia disporre di essi come di cosa mobile futura. Sono frutti civili quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia. Tali sono gli interessi dei capitali, i canoni enfiteutici, le rendite vitalizie e ogni altra rendita, il corrispettivo delle locazioni”. Também definiram os frutos *civis*, distinguindo-os dos naturais os códigos *civis* francês, venezuelano, peruano, chileno, boliviano, equatoriano, dentre outros.

101 F. AMARAL, *Direito civil - introdução*, 7<sup>a</sup> ed., São Paulo, Renovar, p. 368.

102 R. CARDILLI, *Dalla regola romana* cit., p. 31-53.

103 L. A. SCAVONE JUNIOR, *Juros no direito brasileiro*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, pp. 90-114.

Quanto aos meios de proteção do devedor no direito brasileiro, existem vários, que não merecem aprofundamento no presente momento. Destaca-se apenas que, igualmente ao direito romano, também há a vedação ao pacto comissório subsiste em vários códigos modernos, v.g., o código civil brasileiro em seu artigo 1428<sup>104</sup>. E quanto à usura (termo aqui usado não no sentido antigo romano, mas sim como juros abusivos), no direito brasileiro a sua prática pode ser qualificada como crime<sup>105</sup>, conhecido também como crime de agiotagem<sup>106</sup>.

Por último cabe fazer um breve parênteses sobre a prática do anatocismo. Atualmente, a capitalização de juros é normalmente verificada em contratos de financiamento por instituições financeiras. O artigo 4º da Lei da Usura (Decreto 22.626/33) estabelece ser proibido contar juros sobre juros, no entanto, determina que é possível a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano. Tal exceção, de acordo com a interpretação do Superior Tribunal de Justiça significa que a capitalização anual de juros é permitida, seja para contratos bancários, ou não bancários<sup>107</sup>, o que vai de acordo com o artigo 591 do Código Civil<sup>108</sup>.

Assim, de acordo com o disposto acima, conclui-se como regra geral que é proibida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Todavia, o artigo 5º da Medida Provisória 1.963-17, de 31 de março de 2000, permitiu às instituições financeiras o anatocismo com recorrência anterior a um ano<sup>109</sup>. Dessa maneira, conforme a súmula 539, do Superior Tribunal de Justiça, em contratos bancários celebrados após o dia de edição da medida provisória, é

104 “Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”.

105 Para saber mais sobre o crime de usura no direito brasileiro, ver M. P. PIMENTEL, *Crime de usura*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 70, 1975, pp. 313-326.

106 É crime contra a economia popular, de acordo com o artigo 4º da Lei 1.521/51, *in verbis*: “Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;”.

107 STJ, 2ª Seção, REsp 973.827-RS, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 27/06/2012 (Informativo 500).

108 “Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

109 “Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”.

possível incidir os juros sobre juros inclusive mensalmente, desde que expressamente pactuados<sup>110</sup>.

## 6. Bibliografia

Almeida Nogueira, José Luiz, *Estudos sobre “fructuum perceptivo”*, Revista da faculdade de direito de São Paulo, São Paulo, v. 12, 1904, pp. 219-281.

Amaral, Francisco, *Direito civil - introdução*, 7<sup>a</sup> ed., São Paulo, Renovar, 2008.

Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14<sup>a</sup> ed., Napoli, Jovene, 2006.

Aristóteles, *Política*, trad. port. N. Silveira Chaves, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2011.

Berger, Adolf, *Encyclopedic dictionary of roman law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.

Brasiello, Ugo, ‘Usura’, in Azara, Antonio e Eula, Antonio (org.), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XX, 3<sup>a</sup> ed., Torino, Unione Tipografico, 1957, pp. 668-671.

Burdese, Alberto, *Manuale di Diritto Privato Romano*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, UTET, 2002.

Cardilli, Riccardo, *Plebiscita et leges antiusura. Leges fenebres, ius civile ed ‘indebitamento’ della plebe: a proposito di Tac. Ann. VI,16,1-2*, in *Diritto@Storia Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 7, 2008.

Cardilli, Riccardo, *Dalla regola romana dell’usura pecuniae in fructu non est agli interessi pecuniari come frutti civili nei moderni codici civili*, in Roma e America. *Diritto romano comune*, n. 5, Roma, Mucchi, 1998, pp. 3-54.

Fadda, Carlo, *L’Azione Popolare*, in *Studia Juridica*, XXVI, Roma, L’Erma di Bretschneider, 1972.

<sup>110</sup> A Súmula 541 do STJ determina que a “previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”. A súmula 530 complementa a citada, afirmando que na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada, aplica-se a taxa de mercado divulgada pelo Banco Central, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.

- Guarino, Antonio, *Diritto privato romano*, 12<sup>a</sup> ed., Napoli, Jovane, 2001.
- Moreira Alves, José Carlos, *Direito Romano*, 14<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- Moreira Alves, José Carlos, As normas de proteção ao devedor e o ‘favor debitoris’ do direito romano ao direito latino-americano, in *Debito Internazionale. Princípi generali del Diritto, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani “Roma e America”*, n. 8, Padova, Cedam, 1995.
- Pontes de Miranda, Francisco Cavalcante, *Tratado de direito privado*, T. XXIV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- Salazar Revuelta, María, *La gratuitade del mutuum en el derecho romano*, Jaén, Universidad de Jaén, 1999.
- Scavone Junior, Luis Antonio, *Juros no direito brasileiro*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- Solidoro, Laura, *Tassi usurari e giurisdizione*, in *Diritto@Storia Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 7, 2008, disponível [on-line] in <http://www.dirittoestoria.it/7/Memorie/Solidoro-Tassi-usurari-giurisdizione.htm>
- Talamanca, Mario, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- Vittoria, Clara, *Le usurae usurarum convenzionali e l'ordine pubblico economico a Roma*, in Labeo – Rassegna di diritto romano, v. 49, n. 3, 2003, Napoli, Jovene, 2003, pp. 291-322.
- Volterra, Edoardo, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, Edizioni Ricerche, 1972.
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990), London, Oxford University Press, 1996.

# Algunas consideraciones sobre las ferias y los mercados en Derecho Romano y su recepción en Derecho Español

María del Carmen López-Rendo Rodríguez  
María José Azaustre Fernández

## 1. Origen y tipología del mercado en Roma

Desde un punto de vista económico el mercado designa tanto el intercambio de bienes y servicios entre particulares como el lugar donde se producen estos<sup>1</sup>. Prácticamente desde siempre existió un mercado en Roma, denominándose *nundinae* los días en que éste se celebraba. **Macrobio** alude a ellas como “*los días en que los aldeanos y los labriegos se reúnen para atender sus asuntos privados y el comercio*”<sup>2</sup>, recogiendo las diversas opiniones acerca de los orígenes de esta institución, que algunos remontan a Rómulo, quien, tras instituir los sacrificios y los colegios sacerdotales, habría añadido las *nundinae*, mientras que otros, como Casio, retrasan su aparición a Servio Tulio, quien lo habría creado para que la gente acudiera a la ciudad para arreglar sus asuntos o incluso, como Gémino, a la expulsión de los reyes, pues la mayoría del pueblo, al evocar la memoria de Servio Tulio, le rendía honras fúnebres durante las *nundinae*. El lugar

1 Así **Escríche**, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1874, t. 4, p. 112, define el mercado como *la concurrencia de gente á un paraje determinado y en días fijos para comprar y vender mercaderías, y el sitio público en que se verifica tal reunión*.

2 *Saturnales*, I,16,6. **Besnier**, M., voz *Nundinae*, “Dictionnaire de antiquités grecques et romaines”, **Daremburg**, C.- **Saglio**, E. t. IV,1, Akademische Druck-Verlaganstalt, Graz, 1969, pp. 120, refiere que en las *nundinae*, además de suponer un alto en los trabajos del campo, los ciudadanos se aplicaban a otras actividades: sería el día de acudir a los baños (aspecto también destacado por **Huvelin**, P., *Essai historique sur le Droit des marchés & des foires*, Arthur Rousseau ed., Paris, 1897, p. 84) los niños no tendrían colegio y los amigos se reunirían en comidas más sumptuosas que de ordinario. La limitación de los intercambios a mercados celebrados cada ocho días refleja una sociedad en la que el papel del intercambio era marginal, interno, no especulativo, episódico y complementario de la actividad agrícola y pastoril (**Cerami**, P.- **Petrucci**, A. *Diritto Commerciale Romano. Profilo Storico*, 3<sup>a</sup> ed., Giappichelli ed., Torino, 2010, p. 21).

de celebración del mercado era el foro y así, indica **Varrón** que la palabra *forum* designa el lugar donde se pueden tratar (*conferrent*) los desacuerdos y a donde se puede llevar (*ferrent*) lo que se quisiera vender<sup>3</sup>.

Puede comprobarse como la finalidad perseguida a través de las *nundinae* era doble, económica y política; doble vertiente que aparece reflejada en los escritos de los autores clásicos.<sup>4</sup> Más adelante, la concesión de este derecho permitiría a las autoridades romanas tener bajo control los sitios donde se realizaban actividades de intercambio, dado el recelo que los puntos de encuentro despertaban en las propias autoridades<sup>5</sup>. La propia expansión romana dio lugar al desarrollo de mercados locales para abastecer a los ejércitos, sirviendo también como factor de romanización<sup>6</sup>.

La distinción entre feria y mercado suele referirse, fundamentalmente, a la mayor importancia económica de las primeras, siendo también determinante su mayor o menor duración y periodicidad<sup>7</sup>; también ha destacado la doctrina mercantilista cómo los mercados tienden a satisfacer necesidades de consumo, mientras que las ferias suponen más bien un intercam-

3 De *ling. lat.*, 5.32. También enumera distintas plazas existentes en Roma: el *Forum Bovarium* (foro de los bueyes), el *Forum Holitorium* (de las verduras) y, situado a lo largo del Tíber, el *Forum Piscarium* (del pescado). Existía también el *Forum Cuppedinis* o plaza de las golosinas en el que se vendían mercancías variadas. Posteriormente, todo lo que correspondía a la alimentación fue reunido en un único lugar denominado *Macellum*. Sobre la etimología de la palabra "forum" afirma **Guillén, J.** (*Urbs Romana: vida y costumbres de los romanos*, t. I, Salamanca, 1977, p. 23): "foro" significa literalmente "lugar situado fuera" y primitivamente se decía del cercado que rodeaba la casa y la tumba; y como a las afueras de la ciudad se celebraban las ferias y los mercados, "forum" ha tenido fortuna para indicar "plaza de mercado" donde se reunía el pueblo para comerciar o para otros negocios".

4 Así, **Macrobio** (*Saturnales*, 1.16.34), dice que las *nundinas* fueron instituidas para que los campesinos trabajaran en los campos ocho días, y al noveno acudieran a Roma al mercado y a enterarse de las leyes, y para que pudieran presentarse ante una concurrencia más numerosa los decretos del pueblo y del senado; doble faceta que también aparece en **Séneca**, *Epist.* 118.3.; **Columela**, *De re rustica*, lib.1, *praef.*, y **Dionisio de Halicarnaso**, 7.58.3. Al relatar el proceso de elaboración de la ley de las XII Tablas, destaca este último el gran desconocimiento de las reglas jurídicas por la mayor parte de la población, comerciantes y labradores que bajaban a la ciudad muy esporádicamente para los mercados, excepción hecha de los patricios, que las conocían por sus estancias en la ciudad (Dion. Hal., 10.1.4).

5 En este sentido, **Cabillo, C.**, *Los fora de la época imperial: los ejemplos alpinos y sardos*, "VELEIA", 26, 2009, p. 289, **Brüggemann**, *op. cit.*, p. 160 y **Chauvali**, *op. cit.*, p. 382.

6 **MacMullen, R.**, *Rural romanization*, "Phoenix", vol. 22, nº 4, 1968, pp. 337-341.

7 **Brüggemann**, T., *Nundinae als Bindeglied zwischen römischer Administration und indigenen Gesellschaften im antiken Nordafrika*, "Differenz und Integration", 6, Vol. 4, No 1, 2004, pp. 156; **Vicente y Gella, A.**, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 4<sup>a</sup> ed., Zaragoza, 1960, p. 105.

bio entre comerciantes<sup>8</sup>. En este sentido, la presencia de ferias propiamente dichas en Roma es controvertida. Por una parte, la propia existencia de dos vocablos (*mercatus* y *nundinae*) parece abonar la existencia diferenciada de ambas instituciones. Sin embargo la cuestión no es pacífica, y mientras un sector niega que se pueda hablar de ferias en la Roma Antigua, habida cuenta de la descentralización del comercio, las limitaciones en el comercio con el exterior y el sentido unidireccional de este hacia las grandes ciudades, especialmente Roma, como grandes centro de consumo<sup>9</sup>; otro parece decidido a admitirlas, ligándolas, en ocasiones, a festivales religiosos<sup>10</sup>; eso sí, reconociendo que no llegaron a tener para el comercio romano un papel equiparable a las grandes ferias de la Edad Media<sup>11</sup>.

Junto a los mercados de las ciudades existían otros en propiedades particulares. El Digesto refleja la celebración de mercados particulares ya en la República; concretamente, en un dictamen emitido por Quinto Mucio Scaevola relativo a la interpretación de un fideicomiso en el que una mujer encomienda a su heredero que, de las rentas de su comedor y su granero, entregue después de su muerte al sacerdote, sacristán y libertos de un determinado templo,

8 Alvarez del Manzano, *Códigos de Comercio españoles y extranjeros comentados, concordados y anotados*, t. VI, Madrid, 1914, p. 105; Díaz Ruiz, E., *Irreivindicabilidad de los bienes adquiridos en ferias y mercados*, "RDM", 233, 1999, p. 1.120; Sánchez-Apellaniz, M., *Sobre las ferias y en especial las de muestras*, "RDM", 76, 1960, p. 373.

9 Así, Gaudemet, J., *L'Empire Romain a-t-il connu les foires?*, "La Foire", Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1953, pp. 25-42 considera que la institución no existió en Roma salvo en las fronteras orientales del Imperio; Gilisen, J. *La notion de la foire à la lumière de la méthode comparative*, *ibid.*, pp. 333-342 para el que no concurren en Roma las notas característicos de las ferias, sobre todo la de la incapacidad de esta para asegurar el mercado permanente, lo que no se produce cuando los comerciantes tienen la seguridad de encontrar, en todas las épocas del año, compradores en un lugar determinado *como ocurría en la Roma antigua*. Huvelin, *op. cit.*, p. 80 y ss., reconoce la existencia de las ferias en los períodos iniciales y de declive de Roma, negándola en cambio durante su apogeo, sustituida por el comercio permanente. Mercantilistas como Sánchez-Apellániz, *op. cit.*, p. 367, niegan las ferias en Roma, limitándose a mencionar dentro del mundo antiguo las habidas en la India, Egipto y, posteriormente, las de fenicios, griegos y árabes.

10 De Neeve, *Ancient periodic markets: festivals and fairs*, «Athenaeum», 66, 1988, pp. 391-416. De Ligt, L., *Fairs and Markets in the Roman Empire*, Giessen, Amsterdam, 1993, p. 14, distingue entre auténticas ferias (reuniones comerciales de frecuencia corta celebradas a intervalos regulares en la que está involucrada la distribución de mercancías no destinadas al consumo en el propio lugar) y los mercados de comida ligados a festivales religiosos.

11 En este sentido, De Ligt, *op. cit.*, p. 101 y ss., que destaca como principal diferencia entre las ferias medievales y las romanas el carecer estas últimas de un equivalente al sistema de pago y de crédito al de la Baja Edad Media.

diez denarios *el día de las ferias que allí estableció*<sup>12</sup>. También los testimonios literarios –además de las fuentes epigráficas, muy abundantes en la provincia de África- corroboran la existencia de mercados particulares<sup>13</sup>, normalmente concedidos a grandes señores territoriales. **Plinio el Joven**<sup>14</sup> da noticia de la solicitud de autorización al Senado para celebrar mercado en sus tierras formulada por el senador Soller, a la que se opuso vehementemente la ciudad de Vicentia. Por su parte, **Suetonio** refiere como el mismísimo emperador Claudio solicitó de los cónsules el permiso necesario para celebrar mercados en sus propiedades particulares<sup>15</sup>. Las diversas motivaciones de los grandes propietarios para instaurar mercados en sus tierras, además de la búsqueda del beneficio económico<sup>16</sup>, han sido objeto de especial atención doctrinal, sin que parezcan haberse alcanzado conclusiones definitivas<sup>17</sup>.

- 
- 12 D. 33,1,20 (*Scaevola libro 18 digestorum*). Aclara **Cuiacii** (*op. cit.*, t. 7, p. 1.324) que la institución debió de contar con el permiso del Príncipe –más correcto sería entender que de los cónsules o del Senado, al tratarse de la época republicana- pues *sine permisso principis nec in agro suo instituere nundinas licet*. Observa **Marco Simón**, F., *Ante dies novem: sobre un cómputo temporal mencionado en algunos textos mágico-religiosos*, “Pal. Hisp.” 10, 2010, p. 583, que nos encontramos aquí ante una nueva acepción del término *dies nundinarum*, escogido en ocasiones para aludir a la ejecución de un compromiso o contrato. Esta misma acepción es, como veremos, la utilizada en D. 45,1,138, pr.
- 13 Todavía bajo el Código de Comercio de Rusia de 1893 se permitía a los nobles establecer en sus fincas lugares para la celebración de ferias y mercados (cfr. **Álvarez del Manzano**, *cit.*, p. 612, nota 1).
- 14 *Epp. 5.4.* El episodio ha sido ampliamente analizado por **De Ligt**, *op. cit.*, p. 202 y ss.
- 15 **Suet.**, *Vit. Caes., Claudio*, 12.
- 16 Vid. **Shaw, B. E.**, *Rural markets in North Africa and the political economy of the roman Empire*, “Antiquités africaines”, 17, 1981, p. 57 y ss., quien excluye de estas motivaciones la obtención de beneficios económicos directos por la percepción de tasas sobre transacciones allí realizadas; efectivamente, la legislación imperial las impide (C. 4,60,1), así como el interés del comercio. Para **CHAQUALL**, *op. cit.*, p. 378, la percepción de *vectigalia* que mencionan algunas fuentes se refiere al arrendamiento de impuestos públicos en favor de grandes propietarios, nunca a impuestos privados, de los que no existe constancia en ninguna parte del Imperio. **De Ligt**, *op. cit.*, pp. 168 y ss. alude a posibles beneficios económicos *indirectos*, como el arrendamiento de *tabernae* a los mercaderes para instalar sus puestos.
- 17 Entre tales motivaciones estaría desde el fomento de la autonomía del propio dominio, un ideal en el pensamiento aristocrático romano según reflejan las obras de Catón y otros escritores, que recomiendan al buen terrateniente ser vendedor(**Catón**, *De agricult.*, 2.7: *Patrem familias vendacem, non emacem esse oportet*; **Gabba**, E., *Mercati e fiere nell'Italia romana*, “Studi Classici e Orientale”, vol. 24, 1975, p. 153; **García Morrillo**, *Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privada*, Universidad de Barcelona, 2005, p. 186) de modo que con mercados propios el terrateniente atraería a comerciantes itinerantes, evitando el peligroso transporte a la ciudad; hasta la intención de asegurarse la provisión de fuerza de trabajo adicional, dada la costumbre de los trabajadores de congregarse en el mercado para ofrecer sus servicios; o el de hacer posible la percepción de rentas e impuestos, sobre todo cuando, a falta de ciudades, se hacía necesario el mercado periódico para asumir sus funciones;

## 2. Ferias y mercados en las distintas regiones del Imperio.

La celebración de mercados y ferias presenta una fisonomía propia en cada una de las regiones del Imperio, teniendo en cuenta, además el origen prerromano de alguna de ellas<sup>18</sup>. Comenzando por Italia, centro del Imperio, hay que tener en cuenta el marcado carácter local de sus ferias, a diferencia de las celebradas, por ejemplo, en Grecia<sup>19</sup> o en Asia. Se dieron en la península Itálica ferias ligadas a festivales religiosos<sup>20</sup>, como las de Fregellae<sup>21</sup>, o en Roma, siguiendo a los juegos (*Ludi Apollinares* en Julio, *Romani* en Septiembre y *Plebei* en Diciembre) pero sin alcanzar el relieve que estas tuvieron en Grecia. No obstante, tuvieron importancia para el conjunto de Italia

---

pasando por quienes consideran que a veces, los grandes señores se aseguraban, fundando aldeas en lugares de mercado, que cualquier tipo de desarrollo urbano en sus dominios quedaba bajo su control. Recientemente se ha sugerido que el verdadero interés sería asegurar que los colonos empleaban el máximo de tiempo cultivando las tierras (Shaw, *cit.*, p. 57; Columela, *De re rust.* 11.1, recomienda al capataz permanecer el mayor tiempo posible en la hacienda de la que está encargado, no frecuentando la ciudad ni los mercados sino para vender o comprar lo que sea preciso). Finalmente, algunos ven en las *nundinas* privadas la expresión del deseo de los grandes terratenientes de convertir sus dominios en sociedades en miniatura, equipadas con lo necesario para atender las necesidades religiosas, sociales y económicas de la fuerza de trabajo, y en las que ellos serían el soberano absoluto, haciendo también surgir un sentido de comunidad (De Ligt, *cit.*, p. 179 y ss.)

- 18 Cfr., en relación a la Galia, **Huvelin**, *op. cit.*, p. 136.
- 19 **Gabba**, *op. cit.*, p. 155 explica este fenómeno atendiendo a la menor importancia de los santuarios italianos y al hecho de que estos, a diferencia de Grecia, tampoco eran estructuras económicas y administrativas independientes.
- 20 Cagnat y Besnier, voz *mercatura*, en « Dictionnaires de antiquités grecques et romaines », dir. Daremburg-Saglio, Akademische Druck-Verlaganstalt, Graz, 1969, y t. III-2, p. 1.770, refieren para la época antigua la existencia de grandes ferias en fechas especiales, así, las reuniones de la Liga Latina, el 13 de agosto en el templo de Diana, cerca del Monte Aventino; en Etruria, cerca del templo de Voltumna, que frecuentaban los romanos, en el país de los Volsinii.
- 21 Estrabón, 5.3.10; De Ligt, *cit.*, p. 59.

las ferias de *Campus Macri* y *Cremona*<sup>22</sup> y, con alcance más restringido, la de *Consilinum*<sup>23</sup>.

La celebración de *nundinae* o mercados periódicos “de ciclo corto” en Italia está ampliamente documentada desde la antigüedad; baste recordar las referencias literarias referidas al principio de estas líneas. Últimamente suele destacarse la existencia de unos *indices nundinarii*, especialmente en las regiones del Lacio o la Campania. Se trata de unas inscripciones epigráficas en las que aparecen, a modo de calendario, el día de mercado correspondiente cada población<sup>24</sup>. Igualmente destacable es la presencia en tales mercados de vendedores ambulantes<sup>25</sup>. Recientemente se ha insistido en que el desarrollo del comercio permanente, en contra de lo que en su día defendió **Huvelin**, no supuso en Roma la desaparición de las ferias y mercados, sino que estos siguieron representando un papel complementario, si bien pudieron experimentar algunos cambios, destacándose, por ejemplo, la relación entre *nundinae* y ventas por subasta<sup>26</sup>.

En el caso de Hispania no se encuentran más que referencias marginales a ferias y mercados. **Estrabón**, en su *Geografía*, no menciona más mercado que el

22 Gabba, *op. cit.*, pp. 156 y ss. Sobre la primera *vid.* Ortalli, J., *I Campi Macri. Un mercato panitalico sulla via della lana*, “La lana nella Cisalpina Roma. Economia e Società. Studi in onore di Stefania Pesavento Mattiali (Atti del Convegno Padova-Verona, 18-20 Mayo 2011), Padova, 2012, p. 197 y ss. y De Ligt, *op. cit.*, pp. 59 y 83; Varrón, *De re rust.*, 2. praef. 6 (*tibi, Niger Turrani noster, qui vehementer delectaris pecore, propterea quod te empturientem in campos Macros ad mercatum adducunt crebro pedes*). El SC. Volusiano del 56 d.C. (FIRA, I-2, nº 54) exime a Allitoria Celsilla de la prohibición de comprar edificios para su posterior demolición, establecida en el SC. *De aedificiis non deruendis*, (SC. Hosidiano, entre el 44-56 d.C) para frenar la especulación urbanística, con relación a ciertos edificios ubicados en *Campi Macri*, en el lugar de unas ferias que habían desaparecido hacía años. Gabba, *cit.*, p. 59, explica la decadencia de esta feria por la urbanización de la región Octavia Augustea sobre la vía Emilia en el s. I a.C., de la que quedó fuera *Campi Macri*. Respecto a la feria de Crémona, se sabe que se desarrollaba a finales de Octubre, que afluían a ella comerciantes de toda Italia y que fue reconstruida tras su destrucción en el año 69 d.C. por las tropas de Antonio Primo (Tact., Hist., 3.30.1; Dión Cassio 64.15.1), aunque sin alcanzar su antiguo esplendor.

23 En ella los padres vendían a sus hijos como esclavos para librados del pesado trabajo del campo, a pesar de las prohibiciones de los emperadores. En los últimos siglos del Imperio, ante la autosuficiencia de los grandes latifundios del Sur de la península, una feria interregional anual bastaba para los intercambios básicos (cfr. Gabba, *cit.*, p. 159).

24 CIL IV- 4.182; De Ligt, *op. cit.*, p. 113 y ss; Gabba, *op. cit.*, p. 147 y ss.; García Morcillo, *op. cit.*, p. 180 y ss.

25 A la venta ambulante se refieren D. 14,3,5,4 y 5,1,19,2.

26 García Morcillo, *op. cit.*, p. 176; De Ligt, *op. cit.*, p. 60, contrario a la interpretación de la decadencia de la feria de *Campi Macri* como indicio del declive de las ferias en Italia en el Principado, toda vez que estas continuaron existiendo en Roma, durante los *Ludi*; a pesar de la falta de noticias sobre las ferias en Italia hasta el s. VI.

de Hispalis<sup>27</sup>, al que también se refiere el *Breviarium Eborense*<sup>28</sup>. Sabemos que el proceso de romanización dio lugar a la creación de numerosos *fora* como lugares de mercado, de los que da noticia Ptolomeo<sup>29</sup>. En general, pocos datos sobre el mercado aporta la legislación municipal romana. La *lex Coloniae Genetivae Iuliae sive Ursensis*, dispone en su párrafo 81 que los duunviros y ediles deben hacer jurar a los ayudantes encargados de ingresar dinero público en una reunión pública celebrada en un día de mercado en el foro, que guardarán este dinero y mantendrán una contabilidad apropiada, contemplando también las funciones de los ediles en la supervisión de la recaudación de impuestos en el mercado<sup>30</sup>. En época posterior, la *Lex Romana Visigothorum* castiga a ser azotado en el mercado a quien, tras haber sido reclutado, permaneciere en su casa (L.R.W., 9.2.4).

La escasez de noticias sobre ferias y mercados es general en la parte occidental del Imperio, excepción hecha de Italia; no obstante, existen algunas referencias aisladas, por ejemplo, en algunas inscripciones en la Galia<sup>31</sup>; también se sabe de alguna ciudad como, *Batavodurum*, en la orilla izquierda del Rhin, que gozaba de *ius nundinarum*<sup>32</sup>. Otro ejemplo lo encontramos en la orden que

- 
- 27 Estrabón, *Geografía*, 3.2.1. Hispalis fue una colonia romana (*Colonia Iulia Romula*) instaurada por César en el 45 a.C., Con el tiempo cedió en renombre a la colonia de Betis, si bien mantuvo su posición como plaza de comercio marítimo (Strabon, *Géographie*, l. III-IV, trad. Laserre, ed. Les Belles Letres, Paris, 1966, p. 31, n. 2). Se mencionan algunas ferias prerromanas en la Península Ibérica, como las de Rosas, fundada por los Rodios y las de Tarteso, por los fenicios (cfr. *Observatorio Pintoresco*, Biblioteca Nacional de España, nº 1, 1837, pp. 81-82).
- 28 *Breviarium Eborense*, lect. III, citado por De Ligt, op. cit., p. 62 y 251. La referencia se hace a la historia de las mártires Justa y Rufina, siendo Diocleciano emperador, que se encontraban vendiendo cerámica en el mercado de Hispalis el día siguiente del festival del dios pagano Salambo.
- 29 Blázquez, J.M., *Historia económica de la Hispania Romana*, ed. Cristiandad, Madrid, 1978, pp. 142-3, señala los siguientes: *Forum Limicorum* (Ptol. 3.6.43) en Ginzo de Limia; *Forum Gigurrorum* (Ptol. 3.6.37), en Valdeorras; *Forum Bibalorum* (3.5.42), *Forum Narbasorum* (Ptol. 3.6.48), en Monforte de Lemos y *Forum Augstarum*, que daría lugar a la *Colonia Liviosa Forum augustana* (Plin. NH.25) en Lazuza, Alicante.
- 30 Pocas son las referencias al mercado de otras leyes municipales de Hispania; así, la *Lex Imitana* solo menciona los días feriados en los que no se debe juzgar (parr. 92).
- 31 Concretamente en Aix-les-Bains, en La Graufenesque y en Autún (cfr. De Ligt, cit., p. 118).
- 32 A partir del 104 d.C. la ciudad pasaría a denominarse *Ulpia Noviomagus*. No obstante, se discute la fecha de concesión del privilegio. Para Bowman, A.K., Champlin, E. y Lintott, A., *The Cambridge Ancient History*, t. X, 2<sup>a</sup> ed., Cambridge, 1996, p. 532, el *ius nundinarum* data de la segunda mitad del siglo II d.C.; para otros, la ciudad, como capital de los bátavos, tenía el privilegio de *nundinas habere* ya en tiempos de Agripa, y se hace notar que el nombre de *Batavodurum* puede leerse como “Mercado Bátavo” (<http://www.livius.org/no-nz/nijmegen/nijmegen.html>).

da Constantino respecto a la reconstrucción de Aquas Iasas, en la Pannoia Superior, destruida por un incendio, en la que aparece la concesión del derecho a celebrar mercados los domingos<sup>33</sup>.

En la provincia de África varias fuentes epigráficas de la época del Principado dejan constancia de la celebración de mercados en los dominios de grandes señores territoriales. El más conocido es un senadoconsulto (*de nundinis saltus Beguensis*, 138 d.C.) por el que el Senado<sup>34</sup> permite a Lucilio Africano celebrar mercado en dicha región, siendo destacable el hecho de que se contempla expresamente la seguridad o paz en el camino al mercado<sup>35</sup>:

*de ea re ita censuerunt : | permittendum Lucilio Africano, c(larissimo) v(iro), in provincia Afric(a), regione Beguensi, territorio Musulamiorum, ad Casas, | nundinas IIII non(as) Novemb(res) et XII k. Decembr(es) et ex eo om|nibus mensibus IIII non(as) et XII k. sui cuiusq(ue) mensis in|stituere et habere, eoque vicinis advenisq(ue) nundinandi | dumtaxat causa coire convenire sine iniuria et in | comodo cuiusquam liceat.*

Otras concesiones de este tipo se realizaron entre los siglos II y III d.C. en favor de Antonina Saturnina en Aïn Meshira<sup>36</sup>, de Phosphorus en Aïn Melouk (quienes, además, construyeron un *vicus* en el lugar del mercado) y de Munatius Flavianus, en Aïn Kerma; esta última reviste gran interés, por cuanto el otorgamiento del *ius nundinarum*, mediante rescripto del emperador Probo (287-289 d.C.), contiene, además, una exención de impuestos (*nundinas Emadaucap/ens(es) immu/n(e)s*)<sup>37</sup>, de donde se deduce que el resto de los mercados estaban sujetos a tributación.

33 CIL III, 4.121: *Imp(erator) Caes(ar) Fl(avius) Val(erius) Constantinus pius felix maximus Aug(ustus) aquas Iasas oliv vi (i)gnis consumptas cum porticibus et omnib(us) ornamenti ad pristinam faciem restituit, provisione etiam pietatis sue nundinas die Solis perpeti anno constituit curante Val(erio) Catullino v(iro) p(erfectissimo) p(rae)p(osito) (vel potius pr(aesidi)) p(rovinciae) P(annoiae) superitoris.*

34 CIL VIII, 11.451. El recurso al Senado hace que algunos piensen aquí en la posible implicación de algún impuesto (Abbot-Johnson, *Municipal Administration in the Roman Empire*, Princeton, 1926, p. 139, n.º 9); para otros demostraría que el otorgamiento del *ius nundinarum* competía al Senado en las provincias senatoriales, y exclusivamente al emperador en las imperiales.

35 Huvelin, *cit.*, p. 113.

36 CIL VIII, 8.280.

37 De esta inscripción se ocupan Shaw, *op. cit.*, p. 59 y ss., Chaquali, M., *Les nundinae dans les grands domaines en Afrique du Nord à l'époque romaine*, « Antiquités africaines », 38-39, 2002, p. 377, De Ligt, *op. cit.*, p. 169, Nollé, *op. cit.*, p. 119 y ss. y Brüggemann, *op. cit.*, p. 175 y ss. Apoyándose en la tarifa de impuestos de Zraia y en la economía pastoril local, Shaw y Brüggemann deducen que la exención de impuestos probablemente se encontraría referida a los animales conducidos hacia el norte a través del paso de Aïn Kerma. Por su parte Nollé extrae algunas interesantes conclusiones: en primer lugar, al

También existen testimonios de mercados celebrados en el territorio de una ciudad, concretamente en *Castella Mastarense* y *Tidditanorum*, en el territorio de Cirta (Argelia)<sup>38</sup>, y de la gran feria anual de Vannisei, en la llanura de Hassawana (Mauritania), probablemente de origen prerromano, en la que se darían cita diferentes tribus. En la inscripción, sin embargo, no se menciona la concesión de un privilegio por las autoridades romanas<sup>39</sup>.

Con relación a la parte oriental de Imperio, existen varios ejemplos de concesiones del derecho a celebrar mercados, (en algunas raras ocasiones también acompañados de privilegios de inmunidad), vinculados, a veces, a templos<sup>40</sup>. En primer lugar, la concesión de Tito Aurelio Fulvio Beonio Antonino, procónsul de Asia en el año 134-5 d.C., a la villa de los Arillenoi, en el territorio de la ciudad de Sardi, del derecho a celebrar un mercado anual de siete días, concediendo a esta última la facultad de oponerse en el plazo de treinta días<sup>41</sup>. Más adelante, en una carta del año 209 d.C. al procónsul Q. Cecilio Secundus Servilianus, la ciudad de Mandragoreis suplica la concesión del derecho a realizar mercado tres veces al mes<sup>42</sup>, asegurando que no se perjudicará el mercado de la vecina ciudad de Magnesia, ni los intereses del fisco<sup>43</sup>. Medio siglo después el

---

tratarse de una exención de impuestos el único competente para concederla era el emperador –es más, presupone que el mercado ya existía-, pero la petición no se formularía directamente ante este, sino ante el Gobernador provincial; por otro lado, la tramitación del rescripto se desarrolló con notable lentitud (habían pasado cinco años desde la muerte del Emperador Probo, concedente del privilegio).

- 38 CIL VIII-6357. Cfr. Nollé, *op. cit.*, p. 148 y ss.
- 39 Sobre la feria de Hassawana vid. Shaw, *op. cit.*, p. 51 y ss., De Ligt, p. 63 y Nollé, *cit.*, p. 153 y ss. y Brüggemann, *op. cit.*, p. 160 y ss. En la inscripción se dice que ciertas deidades (Jupiter, Juba, el Genius Vanisnesi y el Dii Ingriozoglezim) mandaron a las tribus de Hassawana establecer los mercados. Observa Nollé que esta regulación del mercado es, al propio tiempo, un tratado de paz.
- 40 También está bien documentada la existencia de mercados, fundamentalmente en Grecia, en las fuentes literarias, al respecto vid. De Ligt, *op. cit.*, p. 52 y ss. y De Neeve, *op. cit.*, p. 393 y ss.
- 41 Citada por Sugliani, A., *Komai e katoikiae in Asia Minore fra Repubblica e Imperio*, “Provinciae Imperii Romani Inscriptionibus descriptae”, Barcelona, 2007, p. 1.434), quien observa que este procedimiento (con derecho de oposición de la ciudad) no se ve confirmado por documentos posteriores con el mismo contenido.
- 42 Señala Nollé, p. 45, que es propio del mundo griego y de Asia la división del ciclo lunar en tres décadas, presentándose como un ritmo más natural frente al de ocho días de los romanos o al de siete de los cristianos.
- 43 Vid. NOLLÉ, *cit.*, p. 11 y ss. Interpreta la referencia a los “intereses del Fisco” en el sentido de que los impuestos recaudados por ventas en el mercado irían al *Fiscus*, no al *Aerarium*, también en provincias senatoriales como Asia.

Emperador Valeriano, en un Edicto fechado entre el 253 y 259 d.C., confirma un privilegio concedido siglos atrás por el rey Antíoco a la ciudad siria de Baetocaece y su templo de Baal<sup>44</sup>; finalmente el procónsul de Asia concede, por epístola, el derecho de mercados a Tetrapyrgia (269-270 d.C.)<sup>45</sup>.

Por último, hay que señalar que está especialmente documentada, en la parte oriental del Imperio, la existencia de ferias de mayor o menor alcance, pudiéndose destacar las *panégyris* de Éfeso, Elea, y Delos; la feria de Scaptopara en la Tracia, la de Aegea en Cilicia, visitada por muchos comerciantes de las provincias occidentales; las de Terebinth y Gaza, en Palestina, la de Imma en Antioquía, en Mesopotamia las de Batnae y, ya en el período bizantino, las de Edesa<sup>46</sup>.

### 3. Regulación jurídica de ferias y mercados en Derecho Romano.

El comercio, para su desarrollo, precisa de unas condiciones de seguridad para el desenvolvimiento de las transacciones. Surgen así las normas sobre la “paz del mercado” en las que el Estado interviene, precisando dónde, cuándo y quienes pueden celebrar mercado, estableciendo normas de policía, creando magistrados específicos que velan por su cumplimiento<sup>47</sup>, a veces con jurisdic-

44 *Imp(erator) Caesar | Publius Licin-nius Valerianus | Pius Felix Aug(ustus) et Imp(erator) | Caesar Publius Licinius | Gallienus Pius Fel(ix) Aug(ustus) et Licin-nius Cornelius Saloni(n)s | Valerianus nobilissimus Caesar | Aurelio Marea et aliis: | regum antiqua beneficia, consuetu-dine etiam insecuri temporis {temporis} adpro-bata, is qui pr ovinciam regit, remota | violentia partis adversae, incolumia | vobis manere curabit.* | En el privilegio original se eximía en los mercados a los viajeros de los impuestos regulares y a los habitantes de la villa del deber de hospitalidad a soldados y oficiales. La villa, posteriormente incorporada al territorio municipal de Apanea, siguió disfrutando de privilegios de inmunidad. Ante el riesgo de perderlos, apeló al emperador, quien, como se ha señalado, los confirma. La inscripción en piedra, encontrada en 1774, contiene en griego el texto del privilegio original concedido por Antíoco (CIL III, 184)

- 45 Al igual que en el caso de Mandragoreis, en la petición se comunica que el mercado de la villa no interferiría con el de ninguna otra ciudad de Meonia. De esta inscripción deducen Abbot-Johnson, *op. cit.*, p. 487, que la ciudad o villa debía solicitar al gobernador de la provincia el privilegio de establecer una feria o mercado en su distrito. Para De Ligt, *op. cit.*, p. 160 y ss. queda claro que el concedionario del privilegio es la propia ciudad, pues el autor de la petición, Domitius Rufus, propietario del territorio en el que estaba enclavada, actúa en nombre de esta, como mero patrono.
- 46 Un amplio estudio de las diversas fuentes literarias que demuestran la existencia de esas y otras ferias en la parte oriental del imperio puede verse en De Ligt, *op. cit.*, p. 64 y ss.
- 47 En la Grecia clásica, los funcionarios encargados de estas tareas recibían el nombre de *agoranomoi*.

ción especial, y dictando normas para la seguridad de los caminos de ida y vuelta<sup>48</sup>; aspecto esencial de la intervención estatal es, también, el de la percepción de impuestos por las actividades desarrolladas en el mercado. Por último, las transacciones allí efectuadas en ocasiones dan lugar a acciones o normas especiales, que a veces se incorporan al derecho común. El derecho del mercado comprende, pues, la regulación de toda una serie de aspectos, de Derecho Público y de Derecho Privado<sup>49</sup>. En el presente apartado trataremos de realizar un breve recorrido cronológico por aquellas normas del Derecho Romano con más relevancia para ese “derecho del mercado”.

La primera fuente jurídica que menciona el mercado es la Ley de las XII Tablas, la cual, al regular la *legis actio per manus injectionem* establece que dentro de los sesenta días que el deudor ha de permanecer en el poder del acreedor, se ha de conducir a éste al mercado cargado de cadenas durante tres *nundinae*, por si alguien se aviniera a pagar su deuda (XII Tablas, 3.5)<sup>50</sup>.

La existencia de los días de mercado fue además, desde un primer momento, muy relevante desde el punto de vista del Derecho Público y así, cuando cierto acto requería una publicidad especial, se exigía el transcurso de tres días de mercado, aspecto que posteriormente también contemplará la legislación municipal<sup>51</sup>. Efectivamente, el *trinundinum* era el plazo que debía mediar entre la publicación del proyecto de ley (*rogatio*) y su votación; entre la proclamación de candidaturas -que también había de tener lugar en un día de mercado- y la elección de los magistrados; entre la acusación de un ciudadano y el enjuiciamiento por la asamblea. No es pacífico, ni permaneció invariable a lo largo de toda su

48 En este sentido, cfr. García de Valdeavellano, L.G., *El mercado. Apuntes para su estudio en León y Castilla durante la Edad Media*, 2<sup>a</sup> ed., Universidad de Sevilla, 1975, p. 167.

49 Cfr. Cuiacio, J., *Opera omnia, in decem tomos distribuita*, apud Vincentium Pauia, Neapol, t. I., 1758, p. 887 (*nundinae etiam pertinet ad jura publica municipiorum*)

50 «Erat autem ius interea paciscendi ac NISI PACTI FORENT, HABEABANTUR IN VINCOLIS DIES SEXAGINTA. INTER EOS DIES TRINIS NUNDINIS CONTINVI AD praetorem IN COMITIUM PRODVCEBANTUR, QVANTAEQUE PECVNIAE IVDICATI ESSENT, PRAEDICABATVR. TERTIIS AVTEM NVUNDINIS CAPITE POENAS DABANT, AVT TRANS TIBERIM PEREGRE VENVM IBANT » (Gell. 20.1.46.47; Girard-Senn, *Les lois des Romains*, 7<sup>a</sup> ed., Jovene ed., Camerino, 1977, p. 34)

51 Así, la *Lex Coloniae Genetivae Iuliae sive Ursonensis* antes citada.

historia, la calificación de las *nundinae* como *fasti* o *nefasti*, a efectos comiciales ni judiciales<sup>52</sup>.

Los magistrados específicos encargados de la policía del mercado, fueron en Roma los ediles curules, competentes para conocer de las controversias en las que resultaba involucrada la *cura urbis* y la *cura ammonae*<sup>53</sup>. Estos magistrados impusieron en su edicto la conocida obligación de anunciar los vicios y defectos de las mercancías en las compraventas de esclavos y animales, concediendo poste-

- 
- 52 Para **Cuiacio**, *op. cit.*, t. 1, p. 887; t. 10, pp. 662 y 1034, partiendo de los testimonios de **Festo**, cabría distinguir tres fases: los antiguos habrían querido que las nundinas fueran feriadas. A partir de la *lex Hortensia* se convierten en días *fasti* para que los campesinos que acudían al mercado pudieran arreglar sus controversias. Tras la Const. de Valentiniano y Valente (C. 4,60) se restaura el régimen antiguo, no pudiendo demandarse a los que acuden al mercado por deudas privadas. Para la opinión mayoritaria, según **Besnier** (*op. cit.*, pp. 120-121), antes de la *Lex Hortensia de nundinis*, promulgada a propuesta del dictador Q. Hortensio, autor también de la *lex Hortensia de plebiscitiis*, del mismo año que ésta, (para algunos se trata de la misma ley, cfr. **Macrobio**, *Sat.*, 1,16,30 y **Mommsen**, *Droit Public Romain*, t. 6,1, p. 428) los días de mercado no serían judiciales ni comiciales -para impedir que en las asambleas políticas la plebe, que afluía a la ciudad los días de mercado, obtuviera la mayoría en contra de la aristocracia urbana-. La *lex Hortensia* habría proclamado las *nundinae* como *dies fasti*, aptos para la administración de justicia, así como *dies comitiales*. Para **Mommsen**, *loc. ult. cit.*, sin embargo, la *lex Hortensia* solo declararía los días de mercado *fasti*, pero no *comitiales* (en igual sentido **Rotondi**, G., *Leges publicae populi romani*, Hildesheim, 1966, pp. 240-1). **Laya**, A., *Lois romaines sous la République*, Genève, C.H. Gruaz ed., 154, pp. 125-6, solo indica que tras la *lex Hortensia* se podría administrar justicia tras la hora determinada para la venta de las mercancías, sin pronunciarse sobre el carácter comicial de las *nundinas*. Finalmente, para **Huvelin**, *cit.*, p. 91, al principio, comicios y las actuaciones judiciales podían celebrarse en las *nundinae*, estableciéndose una especialización por la *lex Hortensia* como consecuencia del progreso comercial y distinguiendo definitivamente los días de mercado y audiencia judicial y los de reunión política.
- 53 Sobre la cuestión de si el poder jurisdiccional de los ediles curules existe desde el momento de la creación de esta magistratura -D. 1,2,2,26 (**Pomponius**, *l. singulari chiridii*) Liv. 6,42,13-14- o se afirma progresivamente en la práctica *vid.* **Impalamenti**, G., *Leditto degli edili curuli*, Padova, Cedam, 1955, p. 109 y ss., para quien la *iurisdictio* de estos magistrados resulta de una evolución de sus originarias facultades coercitivas, establecidas para el cumplimiento de las tareas encomendadas que, con el tiempo, darían lugar a un cambio en la opinión pública, que solicitaba del magistrado hacer valer una verdadera pretensión. **Pugliese**, G., *Il proceso civile romano. II- Il proceso formulare*, t. I, Giuffrè ed., Milano, 1963, pp. 106-7 y 143, concluye que la competencia de los ediles curules se delimitaba por elementos materiales (conclusión del contrato en el mercado, la muerte o lesión de un hombre libre por parte de animales), mientras que la del pretor lo hacía en función de elementos personales (ciudadanía de las partes). Sobre la cuestión de si la *maior potestas* pretoria podría dar lugar a una concurrencia de ambas jurisdicciones aplica el principio de especialidad, estimando que en las materias de su competencia los ediles tendrían una reserva. Otra cuestión controvertida es si la competencia de los ediles curules se limitaba a las ventas producidas en el mercado o se extendía a todas las materias comprendidas en su edicto (*vid.* **Mommsen**, *Droit Public*, t. IV, p. 193 y 196, n. 3)

riormente las acciones *redhibitoria y quanti minoris* contra el vendedor infractor<sup>54</sup>, posteriormente recogidas en el libro 21 del Digesto, ya como derecho común.

Un aspecto importante de la intervención del poder público en los mercados ha sido el de la percepción de impuestos. Puede diferenciarse a estos efectos, como hace **Huvelin**, entre aquellos impuestos de alcance general que se aplicaban a mercancías vendidas en los mercados, como la *centesima rerum venalium*, introducida por Augusto, que gravaba las ventas de edificios, terrenos, animales y ventas en subasta<sup>55</sup>, la *quinta et vicesima venalium mancipiorum* sobre las ventas de esclavos<sup>56</sup> y el *portorium*, impuesto sobre la circulación de las mercancías<sup>57</sup>; y aquellos otros específicos sobre los mercados<sup>58</sup>. Entre ellos se encuentran la *vectigal pro edilibus* establecida sobre los comestibles vendidos en Roma<sup>59</sup>, la *vectigal foricularii et ansarii pro mercalium* sobre las mercancías destinadas a la

54 De “codificación del Derecho de los mercados” califica **Huvelin** la parte traslaticia del edicto de los ediles curules, incorporado como apéndice al *Edictum Perpetuum* por Salvio Juliano (*op. cit.*, p. 115).

55 La base imponible era el precio de adquisición. El tipo, inicialmente de un 1%, fue reducido por Tiberio al 0,5%, suspendido desde Calígula hasta Nerón y posteriormente elevado al 1%. Con Diocleciano ascendería hasta el 2,5%.

56 Sujeto pasivo eran los compradores, si bien Nerón dispuso que en adelante el impuesto lo satisfarían los vendedores. El tipo de gravamen era de un 4% sobre el precio de venta; con el tiempo se iría aumentando hasta un 20%.

57 Se trataba de un impuesto indirecto, que para muchos se remonta a la Monarquía, bajo el que se comprendían una serie de hechos imponibles generados por el paso de la mercancía a través de fronteras o líneas aduaneras, peajes y consumo de ciertos productos. (*Vid. Zamora Manzano, J. L., Algunos aspectos sobre el régimen fiscal aduanero en el Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 25 y ss.; *Laet, S. J., Portorium. Étude sur l'organisation douanière chez les romains, surtout à l'époque du haut-Empire*, De Tempel, Brugge, 1949, *Cagnat, Studio storico sulle imposte indirette presso i romani, sino alle invasioni dei barbari, secondo i documenti letterari ed epigrafici*, trad. D'Errico, Arnaldo Forni ed., Bologna, 1977; *Muñiz Coello, J., El sistema fiscal en la España Romana, República y Alto Imperio*, Huelva, 1980, p. 225 y ss.). La base consistía en un porcentaje sobre el precio del producto, aunque la tasa variaba según las provincias (5 % en Sicilia, 2,5% en la Galia, 2 % en Hispania, etc) y se eleva al 12,5% con Teodosio.

58 En el Pap. Ox. 1562 verso aparece un ejemplo de resumen anual de los impuestos recaudados en un determinado mercado (Oxirrinco) en el 135-6 d.C. (texto transscrito y comentado por **REA**, J.R., *P. Lond. Inv. 1562 verso. Market taxes in Oxyrhynchus*, “ZPE”, 46, 1982, pp. 191-209).

59 **Suet.**, Calícola, 3. Introducido por Calígula y en algunas fuentes calificado como *portorium* (**Plin. Hist. Nat.** 19, 4, 56) fue sumamente impopular, lo que condujo a su supresión, aunque es posible que ciertas materias primas siguieran gravadas mucho tiempo (*Cagnat, cit.*, p. 603; **Huvelin, cit.**, p. 104; *Laet, op. cit.*, p. 346). Se discute si la abolición de este impuesto corresponde a Vespasiano o a Nerón. **García Morcillo, cit.**, p. 109 y *El Macellum Magnum y la Roma de Nerón*, IBERIA, 3, 2000, p. 281 sugiere que la inauguración del *Macellum Magnum* ofrecería un marco ideal para la liberalidad fiscal de Nerón, deduciendo que la medida habría afectado en exclusiva al mercado de Roma.

venta<sup>60</sup>, y el *siliquaticum*, un impuesto sobre las ventas hechas en los mercados, establecido en tiempos de Valentiniano<sup>61</sup>. También afectaba a la actividad de los comerciantes la *collatio lustralis*, a pagar cada cinco años, y que gravaba el ejercicio de cualquier actividad comercial o artesanal<sup>62</sup>.

El Código Teodosiano contiene alguna norma con incidencia en el régimen del mercado. Así, realiza una minuciosa regulación de los días feriados y las controversias que pueden ser sustanciadas en determinados días (C.Th., 2,8, *De feriis*), contiene disposiciones sobre la protección a los mercaderes (C.Th. 1,10,4) y sobre los impuestos que habían de pagarse, a propósito de los privilegios de los veteranos (C.Th. 7,20,2).

Mención aparte merece la Novela XV de Valentiniano (444-5 d.C.), reguladora del impuesto sobre las ventas (*siliquae*). En su apartado quinto encontramos una disposición restrictiva de la libertad de horario y de emplazamiento del comercio, pues, para facilitar la labor de quienes habían de recaudar el impuesto, manda realizar una reordenación de las *nundinae* de las ciudades, de modo que ningún comerciante pudiera comprar o vender fuera de los momentos y lugares establecidos<sup>63</sup>.

60 Humbert, voz «*ansarium*», “Diccionnaire des antiquités...”, cit., t. 1, p. 280; Cagnat, *Studio...cit.*, p. 603; Laet, cit., p. 347 y ss. El *ansarium* lo pagaba el comprador y el *foricularium* el vendedor. En época de Diocleciano, supone el pago de una cantidad por el establecimiento de un puesto en el mercado. En fuentes posteriores, y a propósito de los privilegios de los veteranos, se alude al impuesto que debía pagarse por colocar un puesto en el mercado con el nombre de *proponenda*: C. Th. 7,20,2; CJ. 12,46,4: *In quibuscumque nundinis interfuerint, nulla proponenda dare debebunt*.

61 Parece que su tarifa inicial era de la vigesimocuarta parte del importe de la venta, y había de ser pagado tanto por el comprador como por el vendedor. En este impuesto se encuentra el origen de los impuestos medievales sobre las transacciones en toda Europa (Mayer, *op. cit.*, t. I, p. 311, Huvelín, *op. cit.*, p. 105 y 584)

62 El impuesto, denominado en Oriente *chrysargira*, data de la época de Constantino, y tiene como base imponible los beneficios derivados del comercio o de las actividades profesionales. Su antecedente es la *vectigal professionibus vel officiis* de Calígula, y se había de satisfacer en oro o plata (Aparicio Pérez, A. *Las grandes reformas fiscales del Imperio Romano (Reformas de Octavio Augusto, Diocleciano y Constantino)*, Universidad de Oviedo, 2006, p. 106).

63 Al respecto vid. Gabba, p. 142, n. 21 y Cerami-Petrucci, *op. cit.*, pp. 34-35, n. 53. La constitución prescribía rigurosas formas de publicidad del acto de transferencia, bajo pena de nulidad: *insinuatio apud acta municiaria* para los inmuebles y expedición de recibo fiscal para los muebles. El procedimiento ha recibido críticas por el obstáculo que supuso para la actividad comercial (Cerami-Petrucci, *loc. ult. cit.*, Cagnat-Besnier, *Dictionnaire... cit.*, p. 1.777) El texto habla solo del *siliquaticum*, pero hay que entender que se extiende al resto de impuestos (Huvelin, *cit.*, p. 107).

Nov. Val. XV.5- Sed haec, quae tam salubriter ordinamus, in omnibus provinciis atque urbibus una eademque volumus ratione servari: quod absque ullius erroris impedimento explicabitur, si certae nundinae civitatibus earumque territoriis ordinentur. Iubemus enim et in oppidis et in regionibus certo loco ac tempore emendis atque vendendis rebus per honoratorum dispositionem nec non ordinum seu civium sub praesentia moderatoris provinciae manifesta definitione constitui. Nulli itaque mercatori praeter hanc observationem nisi ad designata loca temporibus praestitutis ad negotiationis suae species distrahendas pasim licebit accedere, uti certa ratio emendi atque vendendi ibi constare possit, ubi nundinandi ius provincialium tractatu fuerit deputatum et id, quod praeberti supra statuimus, facilius eorum, qui praepositi fuerint, valeat diligentia reperire. Quae vero ex his supplenda et minutius ordinanda sunt, amplissima.

Poco después, una Constitución de Teodosio y Valentíniano (Nov. Val. XXIV) de 25 de abril del 447 d.C., establece las sanciones correspondientes a quienes abandonen las ciudades y practiquen el comercio en aldeas u otros lugares con el propósito de evadir el impuesto<sup>64</sup>.

Por lo que se refiere al derecho del mercado contemplado en el *Corpus Iuris*, cabe destacar, en primer lugar, que la regulación sobre días feriados y no feriados también se recoge en diversos pasajes del Digesto y del Codex<sup>65</sup>. En D. 2,12,3,2 (*Ulpianus, l. II ad edictum*) Ulpiano admite que se puede juzgar en día feriado a quien, con ocasión de las *nundinae*, hubiere ejecutado algo *contra la común utilidad*, de donde se deduce que no se puede juzgar los días de mercado lo actuado contra la utilidad privada<sup>66</sup>. Otra mención a las *nundinae* la encontramos en D. 17,2,69 (*Ulpianus, l. XXXII ad edictum*), donde se concede acción de sociedad

64 Estas actividades propias del “mercado negro” dan lugar al pago del impuesto en oro en la cantidad que la justicia determine, siendo posible la imposición de fuertes multas.

65 Cfr., por ej., D. 2,12,3,2, sobre las causas por las que se comparece ante el Pretor aún en días feriados; D. 2,13,9, sobre los asuntos referentes a la disciplina militar, también perseguitables en días feriados, y C. 3, 12 (*De feriis*).

66 D. 2,12,3,2 (*Ulpianus libro secundo ad edictum*) Item in eum, quí quid nundinarum nomine adversus communem utilitatem acceperit, omni tempore ius dicitur. Hay que destacar que tal norma no se contempla en la regulación de los días fasti y nefasti que realiza el Código Teodosiano. El pasaje puede relacionarse con lo manifestado por Festo, *De verb. sign. l. XI*, sobre el motivo por el que los antiguos querían que los días de mercado fueran nefasti a efectos judiciales: *Nundinas feriarum diem esse voluerunt antiqui, ut rustici convenirent mercandi, vendendique causa, eumque nefustum, ne si liceret cum populo agi, interpellarentur nundinatores*. Respecto al lugar en que se puede demandar al vendedor, especialmente en caso de venta

y de venta contra el socio de una sociedad constituida para comprar, en la que se hubiere convenido que uno pagase a los demás las ferias, esto es *las comidas*, y no las hubiere pagado. Muy interesante es otro pasaje de Ulpiano recogido en D. 41,2,6,<sup>67</sup> de donde resulta que quien acude a las ferias retiene la posesión *solo animo* (como respecto a los pastos que son solo para invierno o verano<sup>68</sup>, el esclavo que huye o el que esconde un tesoro mientras se va de viaje<sup>69</sup>).

De especial importancia resulta D. 45,1,138,pr. (*Venonius, l. quarto stipulationum*), donde se reproducen los distintos pareceres de las escuelas sabiniana y proculeyana respecto al día en que debe cumplirse la obligación de entrega de cosa determinada, cuando esta se hubiere acordado realizar “en los días de una determinada feria”: desde el primer día, a juicio de los sabinianos, o cuando concluya la feria, según la opinión de los proculeyanos, parecer al que se adhiere Venuleyo<sup>70</sup>. Este fragmento del Digesto, por otra parte, resulta expresivo de la práctica de elección de las *nundinae* para la realización de determinadas operaciones negociales y financieras<sup>71</sup>. Hasta hace poco, generalmente ligado a las dificultades en el transporte público desde las aldeas hasta los lugares de mercado, que solía restringirse al día de celebración de éste, era habitual que el mayor número de transacciones financieras en una localidad se registrase el día de mercado<sup>72</sup>.

---

ambulante, conviene tener presente lo dispuesto en D. 5,1,19,2: puede demandarse en el mismo lugar donde hizo la venta, si allí tuvo arrendada por ejemplo, una tienda, puesto o almacén.

67 D. 41,2,6,1(*Ulpianus, libro 70 ad Edictum*) *Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit <abit>: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.*

68 D. 41,2,3,11 (*Paulus libro 54 ad edictum*)

69 D. 41,2,44 (*Papinianus libro 23 quaestionum*)

70 D. 45,1,138 (*Venonius libro quarto stipulationum*) pr. *Eum, qui certarum nundinarum diebus dari stipuletur, primo die petere posse Sabinus ait: Proculus autem et ceteri diversae scholae auctores, quamdiu vel exiguum tempus ex nundinarum spatio superesset, peti posse existimant. Sed ego cum Proculo sentio.* Señala De Ligt que nos encontramos ante la única referencia a la actividad financiera de las ferias romanas (*op. cit.*, p. 104, n. 163).

71 García Morcillo, *op. cit.*, p. 181.

72 Por eso, en ciertos lugares en los que el día de mercado coincide en domingo, permanecen abiertos en una localidad bancos, notarías... Resulta interesante leer la descripción que de un día de feria en la Galicia de los años 60 realiza *Lisón Tolosana, Antropología cultural de Galicia*, Akal, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004, pp. 63 y ss.: “Por la mañana todos los caminos conducen a la *feira* o fiera. Hombres y mujeres se aproximan andando, guiando a los animales que llevan a vender. Otros cabalgan y muchos se sirven de los autobuses que, con rótulos pintados en los que se lee Feria, hacen cuantos viajes son necesarios

La regulación específica del *ius nundinarum* aparece en D. 50,11 (*De nundinis*). En primer lugar, se recoge un texto de **Modestino**, del que se deduce, por un lado, que el derecho a celebrar ferias ha de ser impetrado al Emperador; por otro, se hace constar que quien haya resultado beneficiado con dicho privilegio pero que no haya usado durante diez años la concesión que obtuvo, pierde el derecho a utilizarla:

D. 50,11,1 (*Modestinus libro tertio regularum*) *Nundinis impetratis a principe non utendo qui meruit decennii tempore usum amittit.*

Suele afirmarse que aproximadamente hasta el s. III d.C., la competencia para otorgar el *ius nundinarum* correspondía al Senado en el caso de las provincias senatoriales, y al Emperador en las Imperiales; posteriormente, dado el declive del Senado, sería competente el Emperador<sup>73</sup>. No obstante se encuentran varias concesiones, efectuadas por procónsules o gobernadores provinciales, a varias ciudades de Asia y Africa<sup>74</sup>. Del análisis de los testimonios epigráficos relacionados en el apartado anterior podría concluirse que la intervención personal del emperador en la concesión del *ius nundinarum* sería necesaria cuando se pidiese, además, el privilegio de exención de impuestos<sup>75</sup>, o cuando el solicitante fuese un particular. La ciudad – no los simples *vicus* o los *castella-*, como pusiera de relieve **Huvelin**<sup>76</sup>, tiene derecho a celebrar mercados, por lo que no

---

(...) En el día de la feria se despliegan, además, otras actividades (...) La feria obsequia al notario con uno de los días de mayor actividad. La gente del contorno reserva para este día todas las diligencias necesarias para la celebración de contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales. Los Abogados se desplazan a las ferias si no residen en el pueblo en que se celebran; pero además, abren bufete ferial en capitales de partido judicial en las que hay colegas residentes". Sobre celebración de mercado en domingo **De Neeve**, *cit.*, p. 398, n. 30.

73 **Chaquali**, *op. cit.*, p. 381; **Shaw**, *op. cit.*, p. 48.

74 En Asia el más antiguo sería el de Mandragoreis, en el 209 d.C. (**Nollé**, *op. cit.*, p. 39). También se registra alguna concesión por el gobernador provincial en Africa, el caso del *Castellum Mastarensis* (Cfr. **Nollé**, *op. cit.*, p. 150).

75 **Nollé**, *op. cit.*, p. 31, nota 37, apoyándose en todos los supuestos conocidos de concesiones de inmunidad fiscal: al municipio de Baetocaece en Siria, al propietario Munatius Flavianus en Cirta y la exención de impuestos (*pecora in nundinium immunita*) de la tarifa de impuestos de Zraia (CIL VIII, 4.508). Sobre esta última *vid.* **Zamora Manzano**, *op. cit.*, p. 66, y **Nollé**, pp. 31 y 126. Explica este autor que mediante la inmunidad establecida en las aduanas para la *pecoras in nundinium* se pretendía evitar la doble imposición, pues sin la exención se gravaría primero con el *portorium* y después, con el impuesto sobre las ventas en el mercado.

76 *Op. cit.*, p. 110.

es necesaria su solicitud. Y para los *castella* o *vici* basta el permiso del procónsul, o del Gobernador Provincial.

Por lo que se refiere al segundo aspecto contemplado en el texto de **Modestino**, se ha sugerido que acaso fuera el temor que suscitaba el potencial subversivo del mercado el que motivaba esta prescripción del privilegio por no uso durante diez años<sup>77</sup>. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico no puede perderse de vista que el plazo de diez años coincide con el establecido por Justiniano para la extinción *inter praesentes* de determinados derechos, como el

usufructo o las servidumbres (C. 3,34,13)<sup>78</sup>.

Aparece después un texto de **Calistrato** que subraya la utilidad social del comerciante como mediador entre la ciudad y el campo<sup>79</sup>. Efectivamente, el jurista de la época de los Severos se hace eco de la teoría política de Platón formulada en *La República*, según la cual un Estado correctamente administrado exige una división de funciones, de modo que los campesinos han de limitarse al cultivo de los campos y los artesanos a su oficio, debiendo ser otros, los comerciantes, *de cuerpo más débiles y menos aptos para cualquier otro oficio*, quienes se encarguen de su venta en los mercados de la ciudad, permaneciendo en el mercado y adquiriendo a cambio de plata lo que unos necesitan vender y vendiendo, también con plata, lo que otros necesitan comprar; de otra manera los campos quedarían desatendidos generándose graves calamidades para la república<sup>80</sup>:

D. 50,11,2 (*Callistratus libro tertio de cognitionibus*) *Si quis ipsos cultores agrorum vel pescatores deferre utensilia in civitatem iusserit, ut ipsi ea distrahant, destituetur annonae praebitio, cum avocentur ab opere rustici: qui confessim ubi detulerint mercem, tradere eam et ad opera sua reverti debeant. Denique*

77 En este sentido, **Shaw**, *op. cit.*, p. 49, nota 6.

78 **Huvelin**, *op. cit.*, p. 111 y **Glück**, *Commentario alle Pandette*, t. I, trad. Ferrini, Leonardo Vallardi ed., Milano, 1888, t. I, *cit.* p. 470 destacan las analogías entre servidumbres y *ius nundinarum*. El problema del tiempo para el cese del privilegio por no uso ha sido muy controvertido entre los juristas, por no haber más previsión que la de D. 50.11. Señala **Glück** que la doctrina mayoritaria defiende la prescripción decenal por no uso en el caso de los privilegios afirmativos, observando que el D. 50.11.1 tiene alcance general para todos los privilegios por proceder del *Libri regularium* de Modestino, libro que contiene principios de alcance general. Para otros juristas los privilegios afirmativos prescriben por no uso de 30 años, siendo el plazo del privilegio de la feria sería la excepción que confirma la regla; siendo de aplicación general la constitución que establece la prescripción de los derechos a los 30 años (C. 7,39,3).

79 **Cerami-Petruccio**, *op. cit.*, p. 33.

80 **Platón**, *La República*, 2,371 c-d.

El Codex contiene también un título para las ferias y mercados (C. 4,60, *De nundinis*)<sup>81</sup> con la prohibición establecida por Valentiniano y Valente (fechada entre 365-380 d.C.), de demandar en feria o mercado a los que allí contraten, para no impedir su normal desenvolvimiento. La norma se encuentra en consonancia con D. 2,12,3,2, donde se recoge el parecer de Ulpiano de que en los días feriados solo puede demandarse al que con ocasión del mercado ejecute algo contra la común utilidad<sup>82</sup>. Al propio tiempo se impedía el establecimiento de exacciones privadas por el desarrollo de tales mercados o por la colocación de los puestos<sup>83</sup>.

*Imperatores Valentinianus, Valens. Qui exercendorum mercatum aut nundinarum licentiam vel veterum indulto vel nostra auctoritate meruerunt, ita beneficio rescripti potiantur, ut nullum in mercatibus atque nundinis ex*

81 En algunas ediciones el C. 4,60 lleva por rúbrica *De nundinis et mercationibus o mercatoribus* (v. gr. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Código, t. I, trad. García del Corral, Barcelona,1892). Para **Cuiacio** debería decir “mercatibus” en lugar de “mercatoribus” (*op. cit.*, vol. II, p. 298)

82 Cuiacio, cit., t. 2, p. 299: *Et nundinarum ergo dies feriati, quatenus privati debiti causa nundinatores enim non licet.*

83 El Estado defendía así su propio monopolio fiscal sobre tales actividades (*García Morcillo*, *op. cit.*, p. 187).

*negotiatorum mercibus convenient, vel in venaliciis aut locorum temporalis  
quaestu et commodo privata exactione sectentur, vel sub praetextu privati  
debiti aliquam ibidem concurrentibus molestiam possint inferre. \* Valentin.  
et Valens aa. ad Probum PP. \*<>*

En la constitución se recuerda, como vemos, que la licencia para el establecimiento de ferias o mercados puede proceder o de un privilegio antiguo o de una nueva concesión del Emperador.

El Codex recoge, además, en un título que lleva por rúbrica *De commerciis et mercatoribus*, una Constitución de Honorio y Teodosio del año 408 ó 409 d.C. (C. 4,63,4), expresiva del recelo de las autoridades romanas ante el potencial peligro del mercado desde un punto de vista político. Se trata aquí de impedir que tales lugares sirvieran como centros de espionaje entre diversos reinos; prohibiéndose la celebración de mercados más allá de las ciudades indicadas en el tratado con el rey de los persas, con severas multas en caso de infracción<sup>84</sup>.

Por último, una Constitución de Justiniano del 537 d.C. (Nov. 51.1) prohíbe efectuar pignoraciones en los mercados -donde principalmente tenían lugar-, así como en los campos, ciudades, aldeas, etc, en pro de otras personas<sup>85</sup>.

#### 4. Recepción en el Derecho Español.

Resulta imposible, en el marco de estas notas, realizar un pormenorizado análisis del derecho del mercado en España contenido en los fueros y cartas pueblas

<sup>84</sup> De Lig, *op. cit.*, p. 51, propone una interesante interpretación alternativa del precepto, entendiendo *nundina exercere* como *comerciar*, de modo que la Nov. 51.1 simplemente prohibiría negociar más allá de Nisibis, Callicimun y Artaxata. El propósito de la norma (ciertamente, como indica este autor, no incluida dentro del título dedicado a "Ferias y mercados") sería confinar todo el comercio romano-persa a un número limitado de ciudades, no solo el desarrollado en mercados periódicos. Pero puede subrayarse que según la norma la prohibición se establece "a fin de que no se escudriñen los secretos de otro reino", siendo precisamente las ferias en el mundo antiguo lugares abonados para el intercambio de información (De Neeve, *op. cit.*, p. 397, respecto a las *panégyris*). Gaudemet, *op. cit.*, p. 40, también parece entender el precepto en el sentido de prohibición de acudir a las ferias, no del comercio en general.

<sup>85</sup> Propterea sancimus nullam omnino pignorationem in nostra republica praevalere, neque in mercatis (hoc quod maxime ibi praesumptum invenimus) neque in agris neque in civitatibus neque in vicis, neque in civibus neque in vicaneis neque in agricolis neque alio omnium quocumque modo vel tempore, sed praesumentem alium pro alio secundum pignorationis formam aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam passo, et cadere etiam actione quam habuit adversus eum pro quo exactionem fecit

de la Edad Media<sup>86</sup>. En general estos textos contemplan normas sobre la paz del mercado, imponiendo en unas ocasiones la prohibición de llevar armas, estableciendo en otras un agravamiento de las sanciones cuando los delitos se hubieran cometido en el lugar o en día de mercado<sup>87</sup>, garantizando la seguridad en los caminos de ida y vuelta, la protección al comerciante contra demandas por deudas no contraídas en el mismo<sup>88</sup>, concediéndose, en ocasiones, privilegios de franquiza. En algunos casos, puede comprobarse cómo se contempla el mercado como lugar de publicidad a efectos jurídicos<sup>89</sup>. Por ello centraremos la atención en el estudio del cuerpo legal donde se manifiesta de forma más palmaria la recepción del Derecho Romano en materia de ferias y mercados que es, sin duda alguna, el Código de las Siete Partidas, así como su incidencia en la legislación posterior.

El Código alfonsino dedica un título completo a la materia (“*De los mercaderes, et de las ferias et de los mercados en que compran et venden las mercaderías, et del diezmo et del portazgo que han a dar por razón dellas*”<sup>90</sup>). Comienza el preámbulo de dicho título dando un concepto de comerciante, que será completado

86 Para ello puede verse la monografía de García de Valdeavellano, ya citada.

87 Prohibiciones que aparecen, por ejemplo, en los fueros de León de 1020 (**Muñoz Romero**, Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los Reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra, Madrid, 1970, p. 87)

88 Por ejemplo en el Fuero de Jaca de 1238 (**Muñoz Romero**, *cit.*, p. 244), o en los Furs de Valencia de 1261, nº 75.1. **Sancho de Sopranis**, H., *Historia social de Jerez de la Frontera al fin de la Edad Media*, t. I, *La vida material*, Centro de Estudios Jerezanos, 1959, p.70 recoge el pregón de las ferias de Jerez de 1494, unas de las de mayor renombre en España, con privilegio desde 1286- en el que se notifica “*a los mercaderes de cualesquier nación o condición que sean, cristianos o moros que a las dichas ferias vinieren o trageren cualquier mercaderías para vender enellas, que durante el tiempo de las dichas ferias y tres días después non serán presos sus cuerpos nin embargados sus bienes nin cosa alguna delo suo en ninguna manera por debdas que ellos deban al rei e reina nuestros señores ni a otras personas algunas en manera alguna, nin por alguna cabsa nin razón de represalias que sean mandadas hacer por sus altezas, ni por esta cibdad...salvo si la debda se hubiera hecho en feria*”, sancionando a los infractores con pérdida de la tercera parte de sus bienes. Otras veces se prohíbe la aprehensión del comerciante, por ejemplo, en los Fueros concedidos en 1113 a los pueblos del Obispado de Compostela por Diego Gelmírez (**Muñoz Romero**, p. 409).

89 El Fuero Viejo de Castilla dispone que se pregone en el mercado si alguno es *juzgado por malfetria que fijo* (2.1.5); establece la irreivindicabilidad frente al vendedor de buena fe de objetos vendidos en el mercado procedentes de hurto o pérdida (2.3.1) y el deber de pagar inmediatamente las deudas contraídas en feria (3,4,5)

90 Part. 5,7. Ya se ha destacado la marcada recepción del Derecho Romano en relación a otras disposiciones del mismo título, concretamente respecto al portazgo (**Zamora Manzano**, *cit.*, p. 131 y ss.). También cabe destacar como las Partidas siguen la sistemática del Codex al tratar del portazgo inmediatamente después del derecho a celebrar mercados.

en la ley I, en el que cabe destacar, como uno de sus rasgos definitorios, el hacer sus compras o ventas en las ferias o mercados más que en los otros lugares.

Pero es la ley III la que reviste una mayor relevancia en la recepción del Derecho Romano<sup>91</sup>:

Part. 5,7,3: *Ferias, o mercados, en que usan los omes a fazer vendidas, e compras, e cambios, non las deuen fazer en otros lugares, si non en aquellos que antiguamente las costumbraron fazer. Fueras ende, si el Rey otorgasse por su priuillejo poder a algunos lugares de nuevo, que las fiziesen. E avn dezimos que en estas ferias atales, que son fechas nueuamente, que non deuen fazer los Señores del lugar do se fazen las ferias, premia ninguna a los mercadores que a ellas vinieren; demandandoles ningun tributo, de las cosas que traxeren, por razón de la feria, nin de otra cosa; si non de aquellas que les otorga el priuillejo, por que les fue otorgada la feria. E maguer ouiessem a dar debdo conocido que fuese de ante fecho que la feria fuese establecida, al Señor del lugar, o a otro qualquier de los moradores en el; no los deuen traer a juyzio sobre ellos, nin prenderles, sin tomarles ninguna de las cosas suyas, en quanto la feria durare. Pero los pleitos, e las debdas, que los mercadores fizieren, después que vinieren a las ferias nuevas, o a las otras viejas; o las que ouieren fechas, a otra parte, a que prometieron de cumplir, e de pagar en ellas; tenudos son de las cumplir; e si non quisieren, puedenlos apremiar los Alcaldes, e los Mayorales de las ferias, que los cumplan. Otrosi dezimos, que si algund ome, o Concejo, ouiere priuillejo, que pueda fazer feria nueva, assi como sobredicho es, e después que lo ouiere, pasaren diez años que non usen del, que de allí adelante non le deue valer.*

Varias son las cuestiones que conviene destacar de esta ley de Partidas. En primer lugar, tal y como se prescribía en la Constitución de Teodosio y Valentiano, la ley restringe el comercio a un lugar determinado: las ferias y mercados deben celebrarse en los lugares establecidos por la autoridad esto es, los determinados por la costumbre inmemorial o por la carta de concesión del privilegio

91 Sobre la recepción del Derecho romano en materia mercantil, *vid. Goldschmidt, L. Storia Universale del Diritto Commerciale*, 1<sup>a</sup> trad. italiana Pouchain-Scialoja, Unión Tipografico-Editrice Torinese, Milano-Napoli-Palermo-Roma, 1913, p. 100 y ss. Explica que el resurgimiento comercial de la Baja Edad Media encuentra sus primeras normas en el Derecho Romano, que continuaba existiendo aunque escasamente conocido y con una aplicación preferentemente mecánica, respaldada a partir del siglo X por la elaboración científica; *Rehme, P., Historia del Derecho Mercantil*, p. 73. *Ripert, G. y Roblot, R., Traité de Droit Commercial*, t. II, 15<sup>e</sup> ed., L.G.D.J., París, 1994, pp. 11-12 afirman que la única contribución del derecho romano al comercial es la técnica general de las obligaciones y contratos.

(lo que se conoce en derecho germánico como *Marktzwang* o mercado coactivo<sup>92</sup>). En Part. 1,11,1 se excluye expresamente la posibilidad de celebrar mercado dentro de la Iglesia; dicha prohibición aparece también en las constituciones sinodales y en la literatura posterior<sup>93</sup>.

En segundo lugar, y al igual que sucedía en el *Codex justinianeo*, aparecen como fuentes del derecho a celebrar ferias, la costumbre inmemorial<sup>94</sup> y la concesión del Rey. Aclara **Gregorio López** que la disposición se refiere a las ferias y mercados que gozan de algún privilegio, y no a aquellos que comúnmente tienen lugar dos veces por semana sin privilegio alguno, pues siendo esos mercados cosa de mero hecho, podrían celebrarse sin privilegio<sup>95</sup>. La disposición está en consonancia con lo dispuesto en Part. 2,1,2, donde, tras señalar como atributos exclusivos del rey el derecho a *fazer ley e fuero nuevo*, así como *fazer justicia e escarmiento*, se indica que:

“otrosi ha poderío de poner portadgos e otorgar ferias nuevamente, en los lugares que entendiere que lo deue fazer, e non otro ome ninguno”

---

92 El confinamiento del comercio al lugar de mercado (que aparece también en algunos fueros, como los de Uclés, Usagre, Cuenca, Plasencia o Guadalajara, cfr., **García de Valdeavellano**, *cit.*, pp. 142-145) no es privativo de España; sobre la pervivencia de esta norma romana en las épocas carolingia y franca *vid.* **Huvelin**, *cit.*, pp. 97 y 584.

93 A título de ejemplo sirva la Const. del Cardenal Regino en el Obispado de Orense: *En contra de los que venden o compran en la Iglesia. Otrosi ponemos sentencia de excomunión y de una libra de cera para la fabrica de la misma Iglesia en todos aquellos y aquellas hombres como mujeres de cualquier estado o condición que sean que hizieren ferias o mercados o venden o compran algunas cosas dentro en la Iglesia* (**Manrique de Lara**, Constituciones Sinodales del Obispado de Orense, Consello de Cultura Gallega, Lugo, 1994, fo. xxxv). También los tratadistas recogen esta prohibición: cfr. por ej. **Borrell**, C., *De regis catholici praestantia*, apud Hieronymum Bordonum, Mediolani, 1611, p. 213 y **Caponi**, I., *Discrepationum forensium*, t. II, Lugduni, 1677, pp. 215, n. 71; **Caponi**, *cit.* p. 117; **Hevia Bolaños**, J., *Laberinto de Comercio Terrestre y Naval*, Imprenta de Ulloa, Madrid, 1790, l. I, cap. X, nº 7.

94 La costumbre inmemorial se presume siempre justo título del *ius nundinarum* y siempre con causa (**Alciato**, A., *Responsa*, Vico, Frankfurt am Main, 2005, p. 173, quien se apoya en D. 43,20,3,4, que considera constituido con arreglo a derecho el acueducto de cuyo origen no hay memoria). El argumento es tenido en cuenta por escritores posteriores, así, **Borell**, *cit.*, p. 212, nº 13 –al que se adhiere **Caponi**, *cit.*, p.115- tras definir como mercados solemnes los concedidos por privilegio del Príncipe, con inmunidades y derechos de jurisdicción, considera que también pueden ser fruto de concesión tácita, por prescripción inmemorial, citando el caso del Marqués de Montferrato (*infra*, n. 102)

95 Es común citar aquí D. 1,1,5 (*Herm.*, l. *primo iuris epitomarium*): *Ex hoc iure gentium introducta... commercium*.

El hecho de que se subraye que sólo el rey, con la salvedad mencionada de la costumbre inmemorial, es la autoridad competente para la concesión de un *ius nundinarum*, ha de entenderse en el marco general del fortalecimiento del poder real, experimentado a partir del siglo XIII en varios países europeos<sup>96</sup>. En este contexto, el viejo Derecho Romano (particularmente D. 50,11,1) resultaba particularmente adecuado para esta nueva realidad. El derecho del soberano a fundar mercados y a percibir gabelas por las transacciones allí efectuadas es calificado de regalía<sup>97</sup>. No obstante, se siguieron celebrando nuevas ferias y mercados por mera autorización de señores territoriales y concejos, según informa **Gregorio López**. Para comprobarlo basta acudir a las actas de las Cortes de Castilla, especialmente en los reinados de Juan II y Enrique IV, en las que figuraba como constante petición de los procuradores la supresión de ferias y mercados frances<sup>98</sup>, creados por los señores para atraer la población y enriquecer sus estados merced a las exenciones para sus pobladores, en perjuicio del comercio de otras villas. Asimismo, constan concesiones de mercado a partir del siglo XIII por personas distintas del Rey, pese a lo dispuesto en las Partidas<sup>99</sup>.

A continuación, análogamente a lo dispuesto en C. 4,60, se prohíbe demandar a los mercaderes por el tiempo que dure la feria o mercado, prohibición

96 Para Francia, **Huvelin**, *cit.*, p. 186. Destaca **García de Valdeavellano** (*cit.*, p. 82 y ss.) que en Castilla y León nunca se llegó a un desmembramiento del poder real con dimensiones comparables a las de Francia durante el apogeo del feudalismo; observando, por ejemplo, como nuestros privilegios nunca contemplaban la acuñación de moneda.

97 **García de Valdeavellano**, *Curso de historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Revista de Occidente, Madrid, 1975, pp. 600 y 602 y **Huvelin**, *op. cit.*, p. 187.

98 Así ocurrió en las Cortes de Burgos de 1420, Salamanca de 1439 y de Madrid de 1433 y 1435. Juan II puso coto a la libertad de celebrar ferias y mercados frances y dispuso que cualesquiera personas que fuesen a comprar o vender en las ferias, pagasen alcabala en el lugar de donde salieren con sus mercaderías. En las Cortes de Toledo de 1436 los procuradores pidieron la revocación de tal medida, pero el rey la mantuvo por estimarla buena y justa. Nuevas peticiones de supresión de ferias y mercados frances se registrarán con Enrique IV en las Cortes de Madrigal de 1438, Valladolid de 1451, Burgos de 1453, Toledo de 1462, y Nieva de 1473, promulgando entonces una ley que prohíbe ferias y mercados frances salvo en Medina del Campo. Todavía se reiteraría la petición en las Cortes de Toledo de 1480, en el reinado de los Reyes Católicos (**Colmeiro**, *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla, Parte II*, Madrid, 1884; **Espejo, C.- Paz, J.**, *Las antiguas ferias de Medina del Campo*, Valladolid, 2003, p. 10).

99 Así, **García de Valdeavellano**, *El mercado...cit.*, p. 102, cita una autorización de 1249 del Papa Inocencio IV al Maestre y a los caballeros de la Orden militar de Santiago para establecer ferias en sus territorios y el establecimiento en el siglo XV por parte del Arzobispo de Santiago don Rodrigo Luna de dos ferias anuales y un mercado semanal en su villa de Caldas de Reyes, garantizando la seguridad de los que a ellos acudiesen.

que se refiere tanto a los tributos por razón de las cosas que trajeren a la feria, como a las deudas contraídas con anterioridad a la misma, salvo que procedan de delito, aclara Gregorio López<sup>100</sup>, con el señor del lugar o cualquiera de sus habitantes. En comparación con el *Corpus Iuris Civilis* la prohibición resulta ampliada, pues allí se limitaba a deudas que se tuvieran con el concesionario del privilegio. Diferente es, sin embargo, el régimen de las deudas contraídas en la propia feria o mercado o pagaderas en este; de no ser atendidas, puede instarse el apremio a los alcaldes y los mayoriales de las ferias.

Por último, la recepción en las Partidas de los textos romanos, más concretamente, del D. 50,11,1, se manifiesta en la prescripción decenal por falta de uso del privilegio de celebrar ferias. Se ha destacado cómo la reintroducción por los juristas de esta prescripción extintiva responde al interés de la realeza en hacer decaer las antiguas ferias, y afirmar su autoridad sobre las creadas directamente por ella<sup>101</sup>. La disposición se encuentra en consonancia con lo establecido en Part.

100 En D. 2,12,3,2 se permitía demandar incluso en día de mercado por asuntos de utilidad pública.

101 **Huvelin**, *op. cit.*, p. 186, quien destaca que en Francia, coincidiendo con el renacimiento de los estudios de Derecho Romano, se reintroduce la prescripción decenal por no uso, de la que no existen ejemplos desde la época romana hasta el siglo XII. Al hilo de esta cuestión, suscitó especial preocupación la cuestión de la libre revocabilidad del privilegio de mercado por parte del Príncipe. Para Accursio, (*Glossa in Digestum Novum*, “Corpus Glossatorum Juris Civilis”, IX, Iuris Italici Historiae Instituta Taurinensis Universitatis, 1968, p. 245) se podría revocar en menos de diez años si se había concedido en utilidad particular, pero si se había otorgado para la utilidad general se convertía en perenne y no era revocable; Alciato, *op. cit.*, p. 173-4, a propósito del litigio entre el Marqués de Monferrato y Ponte Sturae (localidad que había pasado a potestad del Marqués por vía de tratado y a la que concedió derecho de mercado, confirmando una costumbre inmemorial) concluye que ni se podía revocar sin causa el privilegio concedido por contrato (se apoya en D. 50,9,5 sobre rescisión de decretos solo por causa de utilidad pública) ni revocar el *ius nundinarum* por la sedición de algunos, pues deberían sufrir la pérdida del mercado quienes no pudieron actuar contra los sediciosos sin grave peligro. Tampoco podría el Príncipe recurrir a la cláusula de plena potestad, pues tal cláusula no era sino violencia; señalando que nunca había sido utilizada por el pueblo romano. Grocio, H. (*Del Derecho de la guerra y de la Paz*, trad. Torrubiano Ripoll, t. II, ed. Reus, Madrid, 1925, p. 262) distingue entre los beneficios concedidos por los príncipes por su propia voluntad sin cláusula de precario, solo revocables como castigo o por utilidad pública, con compensación si es posible, de los privilegios que solo quitan la traba de la ley sin contrato, libremente revocables. Bodin, J., *Los seis libros de la República*, entiende que así como la facultad de dar leyes y conceder privilegios corresponde en exclusiva al rey, solo a él corresponde determinar la necesidad o no de suprimirlos. Glück, *op. cit.*, p. 458 y ss., realiza una exhaustiva clasificación de las causas de pérdida del privilegio, distinguiendo entre las relativas a la propia naturaleza del privilegio; las referentes a la voluntad del Príncipe (revocación), considerando que los privilegios otorgados por mera liberalidad pueden revocarse a placer, mientras los concedidos por contrato oneroso solo por causa grave (más tarde se criticaría la libre revocación basada en la presunción de una cláusula de precario-cfr. Ferrini, el propio traductor- pues, salvo inclusión expresa el precario no se presume, asemejándose a una donación, contrato que debe ser respetado por los

3,18,42, que lleva por título “*Quales previllejos valen, et por quàles cosas se pueden perder*”. La ley comienza distinguiendo entre los privilegios de “franqueza, que son de quitamiento de pecho de rey”, o de portazgo, o, en general, que libere de alguna obligación debida al rey, los cuales se pierden por no uso durante treinta años, de aquellos que implican un permiso para realizar algo antes prohibido, como el *ius nundinarum*, que prescriben por no uso durante diez años:

Part. 3,18,42 ”...Otrosi previllejos hi ha de otra manera que da el rey en que otorga á aquellos que los da que fagan alguna cosa nuevamente que non podien hacer sin mandado dél, asi como feria ó mercado, ó si les mandase que vendiesen alguna cosa que era ante vedada, ó que sacasen alguna cosa del regno que por vedamiento non osasen ante sacar, ó si usasen vender por una medida et les otorgase que vendiesen por otra, ó otras cosas qualesquier que fuesen destas maneras; tales previllejos como estos duran para iempre si usan dellos hasta diez años desde el día que les fueron dados; mas si hasta este tiempo non usasen dellos, dende adelante piérdense et non deben valer. Otrosi decimos que si alguno toviere previllejo et usare mal dél, asi como si pasare á mas ó ficiere mas cosas que en el previllejo fueren dadas, tal previllejo piérdese et lo que por él fue dado; ca derecha cosa es que los que usaron mal de la gracia ó de la merced que los reyes les hicieron, que la pierdan”.

De este modo, a la única causa de prescripción del derecho prevista en el Codex, el transcurso de diez años sin ejercitarse, se ha añadido el abuso en el ejercicio del privilegio<sup>102</sup>. Por otra parte, la doctrina introdujo algunas ex-

---

súbditos y el Soberano); finalmente estarían las causas relativas a la voluntad del concesionario: abuso en el ejercicio del privilegio (con cita de CJ. 11.43.3); mal uso reiterado con graves consecuencias para el público, previa intimación del soberano; y renuncia expresa o tácita (no uso). Los privilegios afirmativos, como los de mercado (aquellos que confieren la facultad de hacer algo otro modo vetada por el derecho común) precisan para su extinción que no haya faltado ocasión al privilegiado de usar de su privilegio (así, no se pierde la jurisdicción porque desde hace tiempo no se cometan delitos); que ningún impedimento obste su ejercicio (feria anual que no se puede celebrar por la peste); que no sea meramente voluntario; no uso durante el tiempo previsto por la ley y que alguien tenga interés en el cese del privilegio. Finalmente, Windscheid, B., *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda-Bensa, UTE, Torino, 1930, p. 474, entiende que la disposición que anula un privilegio ni está más limitada en su libertad que cualquier otra norma ni se vincula al consenso del privilegiado.

102 Es decir, “*como excediendo de su tenor y haciendo más de lo que por él se concede*”, como aclarará, siglos más tarde, Hevia Bolaños en su *Laberinto*. Como ejemplos de abuso en el ejercicio de los privilegios enumera Gregorio López el de las órdenes religiosas que dejan de observar la regla primitiva, cuando el privilegio fue concedido en atención a su austerioridad de vida; la pretensión del que está exento de pagar tributos de que otros, alegando su privilegio, no paguen lo que deben; los escolares que no viven

cepciones a ese límite temporal, no decayendo el derecho del concesionario cuando el derecho no se hubiera podido ejercitar por razón de guerra, peste o por alguna causa similar; cuando el privilegio se hubiera concedido a la Iglesia, no decayendo entonces por no uso hasta los cuarenta años, y si el concedente hubiera exigido o reservado tributos para sí<sup>103</sup>.

Por otro lado, la ley cuarta del mismo título establece la seguridad de los caminos de ida y vuelta a la feria, razonando que “*las tierras, e los lugares en que usan los mercadores a leuar sus mercadurías, son por ende mas ricas, e mas abundadas, e mejor pobladas: e por esta razón debe placer a todos con ellos*”. Subyace aquí el pensamiento platónico sobre la necesidad de los negociantes en una ciudad, según nos fue trasmítido por **Calistrato** en el Digesto, y se encargó de recordar la Glosa. No obstante, conviene precisar que no siempre ha sido vista la afluencia de comerciantes a una ciudad de una manera tan favorable. A veces se considera más conveniente que la ciudad sea capaz de autoabastecerse, para el caso de guerras u otras calamidades. Por otro lado, la presencia de mercaderes procedentes de tierras extrañas conlleva el peligro de corrupción de las costumbres; así lo refleja **Gregorio López** en su Glosa, apoyándose en Aristóteles y Sto. Tomás<sup>104</sup>. Pero en este caso, el trato favorable de la disposición hacia el mercader es evidente: en caso de robo, se admite su juramento sobre la cantidad y género de las mercancías que portaba, debiendo los ladrones hacer la restitución, más el abono de daños, en base a esta declaración, y si no pudieren ser habidos, responde el concejo, o el señor, en cuyo señorío fue cometido el robo.

Respecto a otras normas romanas relativas al mercado, cabe señalar, por un lado, que no se menciona expresamente el caso del *profectus ad nundinas* como uno de los supuestos de retención de la posesión *solo animo*, si bien cabe entenderla comprendida dentro de la disposición general de la Part. 3,30,12 (“De

---

honestamente o faltan a la disciplina escolástica. Ahora bien, la pérdida del derecho sólo procede si el abuso es contrario al derecho común, pues si es conforme a él, no se pierde.

103 *Vid.*, por ej., **Borrell**, *op. cit.*, p. 110.

104 “*No obstante, mayor consideración merece una ciudad cuando abunda en productos de su propio territorio, que no si se provee de ellos por el comercio; lo primero parece ser mas seguro tanto á causa de las eventualidades de las guerras, como por los riesgos que ofrecen los caminos: es esto también más útil para la conservación de la ciudad, dado que en el caso contrario necesita para los abastos, de la concurrencia de tratantes, lo que produce el continuo roce con extranjeros, circunstancia que espone á la corrupcion de costumbres, según dice Aristot. en su política; porque necesariamente ha de suceder que los naturales presencien la práctica de diferentes leyes, y de varios usos, distintos de aquellos bajo los cuales han sido educados, así se expresa Santo Tomás, 2. De regim. Príncip. Cap 3*”.

cómo retiene home la posesión de la cosa después que es ganada”), según la cual, una vez ganada la tenencia de alguna cosa, siempre ser puede ser tenedor de ella con la voluntad, aunque no se tenga corporalmente<sup>105</sup>. Por otro, se contemplan en Part. 5,5,65 las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris* para el caso de vicios en la compraventa; sin embargo, no se regulan como normas especiales del comercio, sino que revisten un carácter general.

La limitación del número de mercados francos fue una petición constante de los procuradores en las Cortes de Castilla. Enrique IV prohíbe en las Cortes de Nieva de 1473 la celebración de ferias o mercados francos, a excepción de la de Medina, sancionando la infracción con pérdida de bestias y mercaderías, de bienes muebles y raíces, destinándose por terceras partes a la Cámara Real, el acusador y el Juez que conociere del caso<sup>106</sup>. Los Reyes Católicos refrendarán la protección otorgada por Enrique IV a los mercaderes que acudieran a las ferias de Segovia, Medina del Campo y otras ciudades de la Corona, así como la prohibición de demandarles salvo que lo sean por deudas propias<sup>107</sup>. La disposición fue recogida por Alfonso Díaz de Montalvo en las Ordenanzas Reales de Castilla, pasando a la Nueva Recopilación, y de ahí a la Novísima<sup>108</sup>. El proceso de fortalecimiento del poder real se acentúa: ya no se incluye la costumbre como

105 Sí menciona expresamente este supuesto el *Código de las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el IX, con la glosa de Gregorio López vertida al castellano y comentada por Santpons de Barbá, Martí de Eixala y Ferrer Subirana*, t. II, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1844, p. 834, nota 35.

106 Ordenanzas Reales de Castilla, 6,7.1

107 Ordenanzas Reales de Castilla, 6,7.6: *El Señor Rey Don Enrique nuestro hermano, en las Cortes que hizo en Nieva, año de setenta y tres, à petición de los Procuradores de las Ciudades, y Villas de nuestros Reynos, tomó su guarda, y seguro amparo, y defendimiento real, todas y cualesquier personas y à sus bienes de los que fuesen à las ferias de Segovia, y de Medina del Campo, y de Valladolid, y de otras Ciudades, y Lugares de la nuestra Corona Real que tienen otorgadas ferias antes del año de lxxiiij, así por el dicho señor Rey don Enrique, como por otros Señores Reyes de gloriosa memoria nuestros progenitores: y mandó que por obligaciones, ni por deudas que cualesquier Concejos, ni personas singulares debiesen à cualesquier personas, ni por sus cartas: ó otras sentencias, que sobre ello tuviesen los acreedores, no pudiese ser fecha toma, ni represaría, ni ejecucion, ni prisón en las dichas personas de los que fuesen à las dichas ferias por ida à las dichas ferias, y por la estada y tornada dellas; salvo si fuere por deuda propia aquellos que por sí se han obligado estoncés, que se haga por via ordinaria, y no en otra manera, so pena que cualesquier que lo contrario fizieren, cayan è incurran en las penas que caen los que quebrantan tregua, y seguro puesto por su Rey señor natural; y demás, que las justicias que sobre ello fueren requeridas luego que lo supieren tornen, y restituyan los tales bienes á los que les fueron tomados; y delibren las personas sin costa, y dilación alguna, que pierdan los oficios y paguen las costas dobladas al que rescribio el daño.*

108 Nueva Recopilación, 9,20,1; Novísima Recopilación, 9,7,1 y 2.

posible fuente de franqueza; sólo se admite el privilegio confirmado por el rey y asentado en sus libros<sup>109</sup>.

El asturiano **Juan de Hevia Bolaños**<sup>110</sup> dedica el cap. X del lib. I de su *Laberinto del comercio terrestre y naval* a “Ferias y Mercados”, realizando una exposición sistemática de la materia. El jurista hace derivar de la autoridad de Platón la recomendación de dar buen trato al comerciante, por las ventajas derivadas de la afluencia de mercaderes a ferias y mercados<sup>111</sup>:

“y así se ha de procurar por los que gobiernan a los pueblos, que vengan Mercaderes, y Negociadores á ellos, y á sus mercados, y ferias, á vender lo que tuvieran, procurando que sean bien tratados, y despachados, sin compelerles á ello, ni á venderlo á menosprecio, ni hacerles molestia, ni detenerlos por la utilidad pública del comercio, que no se consuma, según Platón, entre los Griegos, estimado por de mucha prudencia, y autoridad, referido, y loado por un Jurisconsulto”.

Distingue el ilustre jurista entre ferias y mercados francos, y aquellos que no lo son. Los primeros solo pueden celebrarse en virtud de privilegio del Rey o de costumbre inmemorial, a la que resulta equiparada, conforme al Derecho Civil, Real, leyes de Partida y su glosa Gregoriana. Tal requisito no es necesario en las ferias y mercados no francos, “porque el comercio es de derecho de las gentes”. En los primeros no pueden ni los señores ni los pueblos apremiar a los mercaderes y a las personas que a ellos acudieren, ni demandarles ningún tributo por razón de la feria; tampoco se les puede demandar, ejecutar o embargar por deudas, con tres excepciones: las contraídas en la propia feria, las procedentes de delito y las derivadas de rentas o derechos Reales. Recoge, asimismo, el principio de la seguridad en el camino de los mercaderes y de las personas que van o vuelven

<sup>109</sup> De este modo dirá **Donato** (*Scholia sive dilucidationes eruditissimae in latinos plerosque Historiae Romanae Scriptores*, Venetia, 1640, p. 462) que en su tiempo solo el Rey puede conceder el *ius nundinarum* en Francia, añadiendo que lo mismo sucede en España (con cita de la ley de Partidas) y en Italia respecto al Sumo Pontífice y los Duques.

<sup>110</sup> Sobre este jurista, cfr. **García Sánchez**, J., *Juan de Hevia Bolaño: asturiano, autor de la Curia Filipica y del Laberinto de Mercaderes*, “Boletín del RIDEA”, vol. 49, nº 146, 1995, pp. 505-582.

<sup>111</sup> Lib. I, cap. X, nº 6, p. 303. No obstante, en *La República* Platón se limita a recomendar que sean los comerciantes y no los campesinos quienes atiendan en los mercados, sin referirse a la seguridad de los mercaderes en los caminos de ida y vuelta al mercado.

de las ferias. Concluye el capítulo con una referencia a las disposiciones sobre las causas de prescripción del privilegio, reiterando las previstas en las Partidas.

Llegada la época de la codificación, la institución de la feria había perdido importancia, circunstancia que parece reflejarse en la escasa atención que le presta el Código de Comercio de 1829<sup>112</sup>. Por lo que se refiere al régimen de concesiones de ferias y mercados, así como el restablecimiento de los antiguos en desuso, la R.O. de 17 de mayo de 1834 la declaraba privativa de la Corona. Pero con el triunfo del *laissez faire* la libertad de establecer ferias y mercados sin autorización del Gobierno se sancionó por R.D. en 1853. Tras diversas vicisitudes legislativas, el art. 67 de la Ley Municipal de 1870 declara la exclusiva competencia de los Ayuntamientos en todo lo relacionado con ferias y mercados<sup>113</sup>; competencia refrendada en el Estatuto Municipal de 1924.

A fines del siglo XIX firmaba **Huvelin** el acta de defunción de ferias y mercados, sustituidos por el comercio permanente, motivo por el cual también habrían desaparecido, en su opinión, en los días de apogeo del Imperio Romano<sup>114</sup>. No obstante, al día de hoy seguimos conociendo ambas instituciones, aunque con las lógicas modificaciones. Incluso en las ciudades se observa la presencia de mercados semanales. Y respecto a la feria, cabe observar que es precisamente en el siglo XIX cuando comienzan a desarrollarse las ferias de muestras. Hoy en día, la feria subsiste a través de la especialización (y así se habla de feria del libro, de ferias de muestras, agroalimentarias, etc.). Pese a la existencia de establecimientos permanentes en los centros urbanos, en los que poder encontrar dichos artículos, los compradores acuden a ellas por la mayor variedad de productos y

---

112 Solo alude a las ferias y mercados el parr. 2º del art. 237, al autorizar a los comerciantes a contratar de palabra en ferias o mercados si los intereses no superaban los 3000 reales (fuera de estos lugares se limitaban a 1000).

113 Escribe, *op. cit.*, t. II, voz “ferias y mercados”, p. 979. La L. de 25 de septiembre de 1863 limita esta libertad, al conceder a las Diputaciones la facultad de acordar el establecimiento de ferias y mercados con aprobación del gobernador. La Ley municipal de 21 de octubre de 1868 devolvería esta facultad a los Ayuntamientos, aunque sujeta a la aprobación de la Diputación y ésta a la del gobernador.

114 También **Garrigues**, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, t. II, 1947, p. 69, defendía su significación puramente histórica, afirmando que la feria y el mercado eran instituciones nacidas y desarrolladas “en la infancia del comercio”.

por la presencia de comerciantes de otros lugares; a estos, a su vez, les favorece la publicidad y la posibilidad de analizar la competencia que facilita la feria<sup>115</sup>.

Respecto a la autoridad competente para permitir la celebración de ferias y mercados, hoy en día hay que tener en cuenta el artículo 38 CE, que establece el deber de los poderes públicos de garantizar el ejercicio de la libertad de empresa y la defensa de la productividad<sup>116</sup>; el 82 Ccom, que dispone que la autoridad anunciará el sitio y la época en que habrán de celebrarse las ferias y sus condiciones de policía; el 25.2.g) LBRL, que establece la competencia del Municipio en materia de “abastos, mataderos, ferias y mercados”; el R.D. 2.621/1983, de 29 de septiembre, de Regulación de las Ferias Comerciales Internacionales y las leyes específicas de cada Comunidad Autónoma, al amparo de la competencia que les confiere el art. 148.1.12 en materia de ferias interiores<sup>117</sup>.

La normativa privada sobre contratación en ferias o mercados se reduce a unas pocas normas del Código Civil y el de Comercio (además de las normas sobre venta ambulante de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista). El Ccom tiene una rúbrica específica, “De los demás lugares públicos de contratación, de las ferias, mercados y tiendas” (lib. I, tit. 5, sec. 3º)<sup>118</sup>, ocu-

115 Destacan **Espejo** y **Paz** el papel de dirección del gusto público de las ferias (cit., p. 1). Sobre su revitalización en los últimos años, pese al desarrollo del transporte y los sistemas electrónicos de venta, *vid. Díaz Ruiz*, cit, p. 1.117

116 Nuestro TC ha destacado la relevancia que para el funcionamiento de la economía de mercado tiene la actividad de promoción, organización y celebración de las ferias comerciales (S.T.C. 84/1993 de 8 marzo, RTC 1993\84).

117 En la STC. 84/1993 de 8 de marzo, decidía el TC sobre la constitucionalidad de la L. catalana 9/84, de 5 de marzo, de Regulación de Ferias Comerciales (derogada por L. 8/94 de Actividades Ferieales de Cataluña). Se impugnaba, entre otros, el art. 5 que prohibía a los organizadores de ferias oficiales la obtención de lucro. Para el Tribunal no se vulnera la libertad de empresa al regir la prohibición sólo para ferias oficiales (que permiten a sus organizadores la obtención de subvenciones y otras ventajas). Destaca la argumentación del Tribunal en favor de la promoción del comercio: “el legislador catalán ha querido que la organización de las ferias comerciales que regula dicha Ley, por su indudable interés público, sea lo más abierta y lo menos gravosa posible. Y en correspondencia con estas finalidades, ha excluido el eventual beneficio de todos (instituciones feriales y «otras entidades organizadoras») cuantos quieran promover las ferias comerciales; pues no parece discutible que si se admite un margen de lucro empresarial por parte de las entidades organizadoras de los certámenes, ello puede condicionar no sólo el mismo proyecto de la organización ferial, sino también el acceso a las ferias por parte de los expositores y de los visitantes, al hacerlo más gravoso”. La prohibición de lucro para los organizadores, recuerda la del C. 4,60,1 para los concesionarios del *ius nundinarum* de realizar cualquier exacción sobre los mercaderes por razón del mercado o la colocación de sus puestos.

118 Según la Exposición de Motivos del Proyecto de 1882, las normas de contratación en ferias y mercados deben quedar dentro del C. Com. con preferencia al Derecho administrativo, pues “consideradas las

**pándose los artículos 82 a 84 de las compraventas en feria o mercado<sup>119</sup>.** No es específica la aplicación a estas adquisiciones del régimen de irreivindicabilidad de los artículos 85 y 86 Ccom, que supone una excepción respecto al principio del 464 CC<sup>120</sup>. El Cc se refiere a las ferias, además, en el art. 1955 (que se remite al 464) y en el 1493, que exceptúa de la obligación de saneamiento por vicios ocul-  
tos, las ventas de animales y ganados realizadas en feria.

---

ferias y mercados como reuniones públicas en donde los negociantes pueden dar fácil salida a sus mercancías y los consumidores hallar las que no les ofrece el comercio sedentario, es incuestionable que constituyen unos centros de contratación mercantil”.

- 119 Pueden celebrarse al contado o a plazo; en el primer caso el contrato se cumplirá el mismo día de su celebración o en las 24 horas siguientes, de lo contrario se considerará nulo, y los gajes, señales o arras quedarán a favor del que los hubiere recibido (art. 83). El artículo 84 establece la competencia del Juez municipal del pueblo en el que se verifique la feria para conocer de los contratos celebrados en ellas, si su cuantía no supera las 1.500 ptas. La jurisprudencia ha entendido que la referencia del art. 82 al “sitio y época en que haya de celebrarse la feria” excluye la extensión de las normas excepcionales aplicables en las ferias a contratos celebrados fuera del recinto y tiempo de las mismas (cfr. Vila Florensa, “Comentarios al Código de Comercio”, coor. Baldo del Castaño-Rueda Martínez, t. I, Atelier, Barcelona, 2002, p. 535 y S. A. P. Oviedo de 24 de enero de 1995 allí citada).
- 120 La Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1882 justificaba esta disposición en la falta de consideración de las leyes de Partida hacia los intereses del comercio, que precisa que los compradores puedan adquirir las mercancías que el vendedor tiene en su poder, con la seguridad de disfrutarlas tranquilamente, sin temor reclamaciones de un tercero. En efecto, la legislación histórica mantenía la inseguridad de todo comprador, si es de buena fe y con justo título, durante tres años de legítima y pacífica posesión, y si carecía de tales requisitos o la cosa fuere hurtada o robada, durante treinta años. Sobre esta cuestión, cfr. Díaz Ruiz, E. *op. cit.*, pp. 1.117-1.138, quien, en general, se inclina por otorgar a las ventas realizadas en ferias y mercados no ocasionales y desde luego en los permanentes el referido privilegio, siempre que el vendedor se dedique habitual y profesionalmente a este comercio.

# Relaciones entre el comercio, las pandemias, la genética y los derechos humanos: de la peste antonina al virus del zika

*Luis Gómez-Ojero y Martínez*

Aunque se haya calificado en ocasiones a Brasil como la “Zona Cero” de inicio de la pandemia del virus Zika, el virus no es originario ni de Brasil ni de Sudamérica sino un completo “extranjero”. De hecho el virus del Zika fue detectado por primera vez en un simio, en África, en el estado de Uganda, en 1947. Precisamente por ello el virus lleva el nombre del bosque llamado “**Z i i k a**” en el que fue descubierto, situado al sur de la capital de ese país, Kampala<sup>1</sup> y que parece pertenecer al “Uganda Virus Research Institute”(Instituto de investigación de virus de Uganda). Posteriormente, en 1952, el Zika se detectó en el ser humano en Uganda y la República Unida de Tanzania y después se han ido registrado brotes de enfermedad por este virus en África, las Américas, Asia y el Pacífico. Ello no obstante, según la Organización Mundial de la Salud, el primer caso humano de la “fiebre del zika” fue registrado en 1968.

Como es bien sabido el virus del Zika está asociado a malformaciones congénitas de los fetos cuyas madres han contraído dicho virus y que en la mayor parte de los casos se traducen en una microcefalia congénita del nasciturus, en otros en abortos espontáneos e, incluso, en otros, en el denominado “síndrome de Guillan-Barré”.

Actualmente no parece existir tratamiento ni vacuna contra el virus del Zika y, por ello, la única alternativa que ofrecen las autoridades es adoptar medidas más extremas para evitar ser picado por el mosquito que lo transmite, el mosquito Aedes aegypti, usando repelentes y mosquiteros, aunque especialistas de Naciones Unidas estudian utilizar la radiación nuclear para reducir la pobla-

<sup>1</sup> Artículo titulado “Zika: el bosque de Uganda de donde salió el virus que afecta a América Latina”, publicado en la B.B.C. el día 30 de enero de 2.016. Consultado el 15 de abril de 2.016 en la web: [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160129\\_salud\\_uganda\\_bosque\\_zika\\_virus\\_enfermedad\\_lv](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160129_salud_uganda_bosque_zika_virus_enfermedad_lv)

ción del principal vector del virus. Aunque no se le está dando mucha difusión, también se ha descubierto que el virus del Zika podría propagarse mediante contacto sexual, lo que aumentaría el índice y la rapidez de contagio<sup>2</sup>.

No es la primera vez que la humanidad se enfrenta a una pandemia semejante a lo largo de la historia. De hecho, el ejemplo que, si bien lejano, merece la pena citar por su importancia y alcance y por haberse desarrollado en pleno Imperio Romano, es el de la denominada peste Antonina.

La Peste Antonina azotó Roma en el año 164 d.C. devastando las tropas del segundo emperador Lucio Aurelio Vero que regresaban desde los confines del imperio tras su batalla contra los Partos. Esta peste, también conocida como la Plaga de Galeno, "viajó" con los legionarios en su camino de regreso y se diseminó por todos los territorios recorridos durante el camino de vuelta y, dos años después, tras su llegada a la capital del Imperio, hizo estragos en Roma. Desde allí se extendió rápidamente a todo el mundo conocido, causando tantas bajas que, según algunos historiadores, "de las ciudades salían carretas repletas de cadáveres".

Las fronteras romanas habían ido expandiéndose de forma continua hasta el año 161 D.C., año en que una tribu germánica se hizo fuerte en la barrera nordeste de Italia. Tras ocho largos años en los que el temor y el caos impidieron a los romanos una acción defensiva, finalmente, la fuerza del ejército imperial hizo mella sobre el frente invasor, obligándolo a retroceder. Ello no obstante, algunos historiadores opinan que si los invasores germánicos retrocedieron fue en parte debido a las bajas que sufrieron a causa de la propia peste.

Según el historiador romano Casio, la peste volvió a estallar nueve años más tarde llegando a causar la cifra nada desdeñable de 2000 muertes diárias en la capital del Imperio.

Por lo que al tema tratado en este artículo resulta relevante, más allá del lugar exacto del origen, es necesario señalar que si desde Roma se difundió ampliamente a todo el mundo conocido, fue gracias a los diferentes mecanismos de interconexión imperial, es decir, gracias a la gran red viaria terrestre formada por sus célebres calzadas romanas, a su expansión naval o también, indudablemente, gracias al comercio a gran escala a lo largo de todo el Imperio.

---

<sup>2</sup> Artículo titulado "EEUU estudia 14 nuevos casos de Zika por transmisión sexual". Publicado en el diario "EL MUNDO" el 24/02/2016 a las 08:57 horas. "(...) La principal causa de contagio es la picadura de mosquito, aunque se estudian casos de transmisión sexual de hombres a mujeres (...)" Consultado el 3.03.2016 en la web: <http://www.elmundo.es/salud/2016/02/24/56ccfde1ca4741796c8b46c1.html>

Tal y como narraba Amiano Marcelino (23.6.24), de aquella forma, la plaga “llena de enfermedad y muerte a todo el territorio situado entre la tierra de los persas, el Rhin y las Galias”, es decir, todo el Imperio.

La lógica de unificación del territorio romano contribuyó a una rápida difusión de la enfermedad, tal cual como pasaría hoy en día con una crisis similar a gran escala, que en el siglo XXI sería favorecida por nuestra cultura y economía mundial globalizada e interconectada, en la que prácticamente casi todos los Países del Mundo, de una forma u otra, mantienen continuos intercambios comerciales o pertenecen a tratados comerciales bilaterales o multilaterales.

Se trata en cualquier caso de una mecánica expansiva favorecida por el comercio internacional que no solo se produjo en los tiempos del Imperio Romano, sino que ha venido reproduciéndose de forma más menos periódica, en diferentes etapas históricas.

Sirva, a título de ejemplo, el hecho de que en agosto de 1899, al recibir la notificación oficial de la existencia de peste en Oporto, el gobierno brasileño adoptara de inmediato medidas que afectaron al comercio internacional entre ese país y el resto del mundo para intentar prevenir el contagio. De hecho, Brasil estableció que todos los buques que hubieran salido de los puertos portugueses, así como también de puertos españoles como el de Vigo, a partir del mes de agosto, serían sometidos a una cuarentena y estarían sujetos a una estricta desinfección. Ante la agravación de la situación, días más tarde dicha medida también se hicieron extensivas a los buques procedentes de puertos españoles de Bilbao, Santander y la Coruña.

Incluso días mas tarde, el gobierno brasileño, tras descubrir que se había producido el resurgimiento de la epidemia de peste en Oporto, adoptó medidas de restricción del tráfico comercial marítimo aún más intensas, llegando a emitir una ordenanza prohibiendo "la entrada en los puertos nacionales de toda y cualquier mercancía embarcada en Leixões".

No cabe duda de que aquella fue una decisión difícil que perjudicó el Libre Comercio y los intereses económicos de Portugal y Brasil, dado el intercambio comercial existente entre ambos países, pero también es cierto que fue comprensiblemente realizada haciendo primar el Derecho a la Salud y la Integridad física de los ciudadanos brasileños.

Otro tanto se produjo en el puerto de Santos que, recordemos, como sin duda sabrán los lectores brasileños, en el año 1870, se había convertido en un centro económico pasando a convertirse el segundo puerto exportador de café

brasileño, con un enorme volumen de operaciones de importación y exportación (Para dar una idea del volúmen de operaciones contabilizados por sacos de 60 kilogramos, en el año 1870 se registró un movimiento de 437.580 sacos que, después, en 1880, ascendieron a 1.804.328 sacos llegando a alcanzar en el año 1899 la increíble cifra de 5.742.362 sacos).

Llama la atención como la interrelación entre las pandemias y la relaciones comerciales entre los países del mundo vuelva a reproducirse ahora, nuevamente, en el Siglo XXI, tras la aparición en escena del virus del Zika.

Con respecto a relación entre Derechos Humanos, las inversiones y el Libre Comercio, en la actualidad, los Tratados de Libre Comercio ponen de relieve la tendencia que ha caracterizado a los países latinoamericanos en los últimos años en el marco de las regulaciones previstas por la Organización Mundial del Comercio, en el que, a costa de atraer inversión extranjera, se han minimizado los controles sobre el capital, se ha relativizado la normativa laboral y ambiental y se ha aumentado desproporcionadamente la protección de los inversores en perjuicio del medioambiente y, en ocasiones, del propio Derecho Humano a la Salud. La regulación de la inversión extranjera se basa en cuatro principios fundamentales, entre los que se encuentra la “prohibición de expropiación directa o indirecta”, hecho que presupone que los Estados no puedan desarrollar normativa que comporte una reducción de los beneficios esperados por las empresas porque ello podría constituir una especie de “expropiación indirecta”. A título de ejemplo y aunque resulte sorprendente, la promulgación de una ley para proteger el medio ambiente puede ser considerada una expropiación indirecta si supone una pérdida de beneficios futuros para un inversor. En segundo lugar, entre los principios fundamentales de la regulación de la inversión extranjera, se encuentra también un especial mecanismo de solución de controversias en virtud del cual las empresas inversoras tienen legitimación activa para demandar a los Gobiernos ante Cámaras o Colegios arbitrales internacionales reclamándoles compensaciones en caso de incumplimiento de sus compromisos. Este tipo de mecanismos otorga a las multinacionales y empresas extranjeras foros especiales en los que dirimir sus controversias con los Estados al margen de los controles públicos y sustituyendo las legislaciones y jurisdicciones nacionales.

Uno de esos “foros arbitrales especiales” es el Centro Internacional para la Resolución de Disputas en Inversión (CIADI). Este centro resolvió, sin circunloquios, sobre los derechos de la empresa METALCLAD, llegando a manifestar que la sociedad civil se había opuesto públicamente de forma “amplia y agresiva”.

va” y que las autoridades competentes “estaban en realidad fuertemente influidas por las presiones sociales y sus consecuencias políticas (...)”<sup>3</sup>. Sorprendentemente, dicho tribunal arbitral no llegó ni tan siquiera a ponderar los perniciosos efectos ecológicos de la inversión de METALCLAD y, finalmente, México fue condenado a pagar más de 16 millones de dólares a dicha empresa por haber impedido la instalación de un vertedero de desechos tóxicos <sup>4</sup>. Con semejante laudo arbitral quedó claro que los intereses de los inversores, amparados por el Derecho al Libre Comercio y la Libertad de Empresa, primaban sobre el Derecho Humano a la Salud y a un medio ambiente sano. Por ello se puede afirmar que los Tratados de Libre Comercio, tal y como se encuentran configurados, corren el riesgo de servir para excluir o desconocer la obligación general de garantía del libre ejercicio de un buen número de Derechos Humanos poniendo en riesgo la tutela que el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos debiera garantizar a los ciudadanos de los Países miembros de la misma.

En cualquier caso, lo antedicho es muestra de una clara y fuerte colisión entre el Derecho al Libre Comercio y la Libertad de Empresa de un lado y el Derecho Humano a la Salud de otro. Esta colisión se torna aún más controvertida e importante si el Derecho Humano a la Salud se ve afectado o amenazado por el riesgo de contagio en caso de pandemias, como ocurre en el caso del Zika. Ello aún más, si cabe, si a la colisión entre los citados Derechos añadimos el Derecho Humano a la Vida y a una existencia Digna, puesto que los efectos que el virus del Zika pueden conllevar el fallecimiento del *nasciturus* infectado o, de sobrevivir y llegar a nacer, afectar, de forma irreversible a sus futuras condiciones de vida, desencadenando deformidades, microcefalia o, incluso, la grave patología denominada “**síndrome de Guillain-Barré**”. Unas condiciones de vida que pese a deber ser consideradas por la sociedad como perfectamente dignas y no dar

- 
- 3 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, METALCLAD CORPORATION Demandante y ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CASO No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000. Las citas textuales corresponden en su orden a Párr. 107, 111 y 112.[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542\\_Sp&caseId=C155](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caseId=C155). [Consulta: 12 de marzo de 2009]. Para un análisis sobre la relación entre los DDHH e intereses comerciales y de inversión, puede verse la obra de Pipan, Anita, titulada “*Los derechos humanos y la OMC*”, Buenos Aires/Madrid; Edit. Ciudad Argentina, 2.006.
- 4 *El depósito de residuos tóxicos de Metalclad, en Guadalcazar, San Luis Potosí*”. En Salazar, Hilda y Carlsen, Laura (Eds.). *Respuestas sociales ante la integración: impactos socioambientales del TLCAN*. México: Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio, 2001. P. 17-21.

lugar a ningún tipo de discriminación quizá puedan, inevitablemente, ser consideradas como intolerables por la propia persona que las padezca.

Recordemos que el CDESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) ha sostenido que los Estados “deben velar por que en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho (Humano) a la salud”, añadiendo, en relación con la negociación de otros instrumentos internacionales, que “los Estados Partes deben adoptar medidas para cerciorarse de que esos instrumentos no afectan adversamente al derecho a la salud” así como que “tienen la obligación de velar por que sus acciones en cuanto miembros de organizaciones internacionales tengan debidamente en cuenta el derecho (Humano) a la salud”.

Por consiguiente, los Estados Partes que sean miembros de instituciones financieras internacionales, sobre todo del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deben prestar mayor atención a la protección del derecho a la salud influyendo en las políticas y acuerdos crediticios y las medidas internacionales adoptadas por esas instituciones<sup>5</sup>. Desde mi punto de vista la promoción de la protección al Derecho Humano a la Salud no debería restringirse solo a entes financieros internacionales públicos y públicos privados, sino que debe extenderse a cualquier tipo de unión económica, asociación de comercio, tratado de libre comercio etc...

No es baladí recordar que el MERCOSUR (acrónimo de “Mercado Común del Sur”) fue creado mediante un proceso de integración regional que aglutinó inicialmente un primer grupo formado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay al que después se sumaron Venezuela y Bolivia, si bien ésta última se encuentra en proceso de adhesión. Como la propia institución declara, desde su creación, el MERCOSUR “tuvo como objetivo principal propiciar un espacio común que generara oportunidades comerciales y de inversiones a través de la integración competitiva de las economías nacionales al mercado internacional. Como resultado ha establecido múltiples acuerdos con países o grupos de países, otorgándoles, en algunos casos, carácter de Estados Asociados –es la situación de los países sudamericanos–. Estos participan en actividades y reuniones del bloque y cuentan con preferencias comerciales con los Estados Partes”.<sup>6</sup>

5 CDESC, Observación General N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (**artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**). Párr. 39.

6 Página oficial del Mercosur. Apartado “MERCOSUR - En pocas palabras”. Consultado el 15 de marzo de 2.016 en la página web: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3862/4/innova.front/en-pocas-palabras>

Llama positivamente la atención que precisamente una organización nacida para favorecer el comercio y las inversiones entre diversos países esté sirviendo de base institucional para alcanzar acuerdos de cooperación en la lucha contra el virus del Zika. Tanto es así, que en diversos medios de comunicación acaban de publicarse recientemente noticias cuyos titulares se repiten bajo la consigna: “**Ministros de Salud del Mercosur realizan cumbre por Zika**”<sup>7</sup> o “**Mercosur busca frenar el virus del zika en la región**”.<sup>8</sup>

A la luz de lo anterior es pues evidente que en el concreto caso del MERCOSUR, lejos de cumplir su función esencialmente mercantil al amparo de el Derecho a la Libertad de Empresa y al Libre Comercio, ante el virus del Zika, dicha institución está -al menos en apariencia- decantándose por el Derecho Humano a la Salud y a la Integridad Física de los ciudadanos.

No obstante lo anterior, las reacciones de los países y tratados de libre comercio no están siendo homógenas ni coincidentes puesto que, por ejemplo, en Ciudad de Panamá (Panamá), las autoridades no preveen llevar a cabo restricción alguna en el tránsito de personas y ya en febrero de 2.016 daban por sentado que el virus fuera a entrar y a expandirse por todo el país, momento para el que se estaban preparando con la finalidad de minimizar en lo posible el impacto.<sup>9</sup>

7 Publicado el día 3 de febrero de 2.016 en el Diario digital “VOZ DE AMÉRICA”. Consultado el 15 de mayo de 2.016 en la página web: <http://www.voanoticias.com/a/zika-cumbre-ministros-salud-montevideo/3174881.html>; Publicado el día 28.01.2016 - 09:04h PST, en el Diario Digital “VEINTE MINUTOS” en cuyo texto se refiere, entre otras circunstancias, que los “Los ministros de Salud del Mercosur se reunirán el miércoles en Montevideo para intercambiar información científica y coordinar acciones contra el virus zika, dijo el jueves el ministro del área...”. Consultable en la página web: <http://www.20minutos.com/noticia/35011/0/ministros-de-salud-del-mercosur-realizaran-cumbre-por-zika/#xtor=AD-1&xts=513357>. Consultada el 5.02.2016.

8 “Mercosur busca frenar el virus del zika en la región. América Latina busca una estrategia común para combatir el virus”. Artículo publicado el 03 Feb 2016 / 01:51 PM / en “LA PRENSA”. Consultado el 24.03.2016 en la web: <http://www.laprensa.hn/mundo/926042-410/mercosur-busca-frenar-el-virus-del-zika-en-la-reg%C3%BDn>

9 Ciudad de Panamá, Panamá. Las autoridades panameñas consideran que el virus del zika, actualmente concentrado en la comarca indígena de Kuna Yala, terminará propagándose al resto del país, donde ya se han confirmado 50 casos, manifestó este lunes una fuente oficial.“Hay que ser claros, él (virus Zika) va a entrar (al resto del país), se va a propagar”, dijo Israel Cedeño, jefe de Epidemiología del Ministerio de Salud, en una entrevista en el canal TVN-2.“La idea y el trabajo es minimizar ese impacto porque no vamos a restringir ni podemos prohibir que la gente salga o llegue a Guna Yala, así que lo más seguro es que (el virus) va a entrar y estamos preparándonos para que cuando suceda”, añadió. Según Cedeño, hay 50 casos confirmados de zika, todos contenidos en la región indígena caribeña de Guna Yala, por donde se ha ido extendiendo. El virus que se transmite por un mosquito, generó consternación internacional por la sospecha de que frena el desarrollo del cerebro de fetos cuando contagia a mujeres

Lo que es indiscutible es que, reproduciéndose patrones de otras épocas históricas, el tráfico comercial marítimo y la globalización están de nuevo favoreciendo la expansión de la Pandemia del Zika. De hecho, como dice Cedeño, "todo indica que el virus zika entró a Panamá por Colombia, ya que los indígenas cruzan mucho al país sudamericano y, además, llegan "muchos barcos comerciales pequeños que atracan en los diferentes puertos" de Guna Yala.

A la luz de lo anterior es pues claro que uno de los puntos comunes entre la Peste Antonina en época del Imperio Romano, la Peste bubónica en el siglo XIX y XX y el virus del Zika en el siglo XXI, es la interrelación de dichas pandemias con el comercio, el tránsito comercial terrestre y marítimo y la globalización moderna -o su equivalente en tiempos del Imperio Romano, al que nos hemos referido antes al mencionar su "lógica unificadora"-.

Sin embargo no son aquellos los únicos puntos en común de las pandemias, puesto que existe otro muy importante que consiste en cómo las pandemias, si bien en la regulación de aspectos no siempre coincidentes, han producido o favorecido importantes cambios en la legislación de las diferentes épocas históricas.

Así, en el Imperio Romano, la Peste Antonina producía, entre otros, modificaciones en el Derecho Romano que regulaba los actos funerarios, enterramientos

---

en la fase inicial del embarazo. La comarca de Guna Yala, conformada por una franja estrecha de tierra y un archipiélago de cientos de islas al noreste del país, está habitada por indígenas de la etnia Kuna. La zona es visitada por miles de turistas nacionales y extranjeros y en ella se produce un fluido intercambio comercial con Colombia, con la que hace frontera. Para Cedeño, todo indica que el virus zika entró a Panamá por Colombia, ya que los indígenas cruzan mucho al país sudamericano y, además, llegan "muchos barcos comerciales pequeños que atracan en los diferentes puertos" de Guna Yala. AFP. Ciudad de Panamá, Panamá. Las autoridades panameñas consideran que el virus del zika, actualmente concentrado en la comarca indígena de Kuna Yala, terminará propagándose al resto del país, donde ya se han confirmado 50 casos, manifestó este lunes una fuente oficial". Hay que ser claros, él (virus Zika) va a entrar (al resto del país), se va a propagar", dijo Israel Cedeño, jefe de Epidemiología del Ministerio de Salud, en una entrevista en el canal TVN-2. "La idea y el trabajo es minimizar ese impacto porque no vamos a restringir ni podemos prohibir que la gente salga o llegue a Guna Yala, así que lo más seguro es que (el virus) va a entrar y estamos preparándonos para que cuando suceda", añadió. Según Cedeño, hay 50 casos confirmados de zika, todos contenidos en la región indígena caribeña de Guna Yala, por donde se ha ido extendiendo. El virus que se transmite por un mosquito, generó consternación internacional por la sospecha de que frena el desarrollo del cerebro de fetos cuando contagia a mujeres en la fase inicial del embarazo. La comarca de Guna Yala, conformada por una franja estrecha de tierra y un archipiélago de cientos de islas al noreste del país, está habitada por indígenas de la etnia Kuna. La zona es visitada por miles de turistas nacionales y extranjeros y en ella se produce un fluido intercambio comercial con Colombia, con la que hace frontera. Para Cedeño, todo indica que el virus zika entró a Panamá por Colombia, ya que los indígenas cruzan mucho al país sudamericano y, además, llegan "muchos barcos comerciales pequeños que atracan en los diferentes puertos" de Guna Yala. AFP."

tos y el transporte de cadáveres. En tal sentido Cascón A. Picón, en su “Historia Augusta”, explica como cuando “*surgió una epidemia tan grande que los cadáveres se transportaron en distintos vehículos y carroajes*”, los Antoninos promulgaron entonces **leyes severísimas respecto a la inhumación y a las sepulturas**, pues prohibieron que nadie las construyera a su gusto, reglamentación que se observa todavía hoy. Por cierto, dicha epidemia acabó con muchas miles de personas, muchas de ellas de entre los primeros ciudadanos”<sup>10</sup>.

Es más, como explica García del Corral en su “Cuerpo del Derecho Civil Romano”, las leyes aún se mantienen en el Digesto y regulan de forma precisa las penas establecidas para aquellos que ocupaban nichos vacíos para el sepelio de sus fallecidos y los lugares específicos en donde se permitía hacerlo, así como aquellas estrictas normas que surgieron para establecer los requisitos del traslado de cadáveres, que debía realizarse con la autorización de las autoridades locales competentes y jamás transitando por las ciudades para prevenir todo eventual contagio.<sup>11</sup>

Por otra parte, como vimos anteriormente, en la época en la que la Peste Bubónica amenazaba en el siglo XIX con expandirse a Brasil, dicha pandemia llevó al gobierno brasileño a adoptar nuevas regulaciones que restringieron el tráfico comercial marítimo llegando incluso a emitir una ordenanza prohibiendo la entrada en los puertos nacionales de toda y cualquier mercancía embarcada en Leixões.

Hoy en día, de nuevo, en pleno siglo XXI, el virus del Zika parece estar propiciando un cambio legislativo como medida de lucha contra la expansión de la pandemia y minimización de sus efectos. Para ello se ha reabierto de nuevo la regulación de un asunto tan delicado como lo es el del aborto y los métodos anticonceptivos, que siempre ha estado rodeado de una gran polémica social, jurídica y religiosa.

Partiendo del análisis de la cuestión a partir del discurso internacional de los Derechos Humanos, según un artículo de prensa publicado el 6 de febrero de 2.016, la propia O.N.U. habría instado recientemente “*a los países afectados por el virus del zika a garantizar el acceso a métodos anticonceptivos y al aborto*”<sup>12</sup>, reclamando el alto comisionado para los Derechos Humanos, el

10 Cascón A, Picón V. “Historia Augusta”. Akal, Primera Edición, Madrid 1989.

11 García del Corral I. “Cuerpo del Derecho Civil Romano”. Jaime Molinas Editor, Barcelona 1883.

12 Publicado en la web de la O.A.C.N.U.D.H. el 19.02.2016 y consultado el 25.05.2016 en la web: <http://www.oacnudh.org/?p=kvdxgbayepn&paged=3>. “Defender los derechos humanos es esencial para una respuesta de salud pública eficaz, lo que requiere que los gobiernos garanticen a hombres, mujeres y

Sr. Zeid Ra'ad Al Hussein, que "Las leyes y políticas que restringen el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva vulneran las leyes internacionales y deben revisarse urgentemente". Según Al Hussein, "las embarazadas, debido a la posible asociación del zika con la microcefalia fetal, son el principal grupo de riesgo del virus que ha puesto en alerta global a las autoridades sanitarias. En América Latina, donde se concentra el brote, la mayoría de los países restringen, o directamente prohíben, la interrupción voluntaria del embarazo".<sup>13</sup>

En la misma línea que la O.N.U., en un Comunicado de Prensa, la Organización de Estados Americanos(O.E.A.), calificó la epidemia de Zika en diversos países de América como "una oportunidad para igualar derechos" señalando que en casos de mujeres embarazadas infectadas "**sería justificable la interrupción legal del embarazo**" (aborto). Tal afirmación, que fue rápidamente criticada por la Iglesia Católica<sup>14</sup>, se justificaba en "el riesgo para la vida de la

---

adolescentes el acceso a información y servicios de salud sexual y reproductiva de calidad, integrales y asequibles, sin discriminación," dijo Zeid, y señaló que los servicios integrales de salud sexual y reproductiva incluyen la anticoncepción -incluyendo la anticoncepción de emergencia-, el cuidado de la salud materna y los servicios de aborto seguro en toda la extensión de la ley."

- 13 Artículo publicado, por MARÍA R. SAHUQUILLO, en Madrid, a 6 FEB 2016, a las 00:09 CET horas, en el diario "EL PAÍS". Consultado en la página web que sigue el día 20.04.2016: [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/02/05/actualidad/1454686710\\_453844.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/02/05/actualidad/1454686710_453844.html)
- 14 Denuncian "golpe de estado jurídico" para aprobar aborto en toda América. Por David Ramos REDACCIÓN CENTRAL, 23 May. 16 / 01:12 pm ([ACI](#)). Consultado el 23.05.2016 en la página web: <https://www.aciprensa.com/noticias/denuncian-golpe-de-estado-juridico-para-aprobar-aborto-en-toda-america-68711>/"La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) podría abrir las puertas al aborto en todo el continente, reinterpretando la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), advirtieron recientemente diversos líderes pro-vida. Para uno de ellos, el organismo internacional está ejecutando un "golpe de estado jurídico" contra los derechos humanos. El 19 de mayo, la Corte IDH abrió un proceso abierto de consultas sobre tres artículos del Pacto de San José. Entre estos figura el artículo 4.1, que reconoce el derecho a la vida desde la concepción."Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente", indica el artículo que podría interpretar la Corte IDH. La plataforma pro-vida CitizenGO lanzó una campaña de recolección de firmas exigiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que respete el derecho a la vida desde la concepción. Para Gualberto García Jones, director ejecutivo de International Human Rights Group y experto en derechos humanos, la consulta iniciada por la Corte IDH "no es nada más que un intento de democratizar su golpe de estado". En declaraciones para ACI Prensa, García Jones advirtió que "la Corte Interamericana pretende nada más y nada menos que un golpe de estado jurídico a los derechos humanos, protegidos por la mayoría de las constituciones nacionales y por la misma convención interamericana sobre los derechos humanos". En vez del derecho a la vida quiere imponer el derecho al aborto, en vez del derecho a la integridad familiar quiere la destrucción del concepto de familia, en vez de la libertad religiosa quiere imponer su versión religiosa a la fuerza", denunció. El mexicano Carlos Alberto Ramírez Ambriz, presidente del movimiento pro-vida Dilo Bien Internacional, advirtió a su turno que la Corte de San José "se convierte, poco a poco, en un instrumento más de la cultura de la muerte". Ramírez Ambriz recordó el

mujer desde la perspectiva de su dignidad, sus condiciones materiales de vida y existencia, pero sobre todo, por su capacidad de decisión autónoma sobre su vida y salud y sobre el futuro de su descendencia y núcleo familiar".<sup>15</sup>

---

cuestionado fallo de la Corte IDH contra Costa Rica por prohibir la fecundación in vitro, a fines de 2012, que "atenta contra el derecho humano a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona". "Ahora la 'tremenda corte' sale con la puntada de querer interpretar el derecho a la vida, como si tal derecho tuviera la necesidad de ser interpretado, haciendo un llamado para que 'expertos' den su opinión y se forme un nuevo criterio". El presidente de Dilo Bien Internacional recordó a los miembros de la Corte de San José que "el derecho a la vida es inalienable y no necesita interpretación. Lo que necesita es una protección jurídica universal que impulse el desarrollo poblacional de las naciones. Es un exigencia que la sociedad moderna pide y debe ser atendida". Julia Regina de Cardenal, fundadora y presidenta honoraria de la Fundación Sí a la Vida de El Salvador, lamentó que una organización como la Corte de San José, "creada para defender derechos humanos", tenga entre sus miembros "representantes que están a favor de legalizar el negocio de asesinar cruelmente a seres humanos por nacer y que, además, daña a la madre". Esta situación, lamentó, "es totalmente incoherente". "Matar es matar. No puede haber casos excepcionales para decidir por la vida de un ser humano. La violencia y la muerte nunca pueden ser solución", señaló. La también salvadoreña Sara Larín, presidenta del movimiento VIDA SV, advirtió que este "intento de desproteger al concebido en la Convención Interamericana es contrario a la ley superior establecida en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que garantiza el derecho a todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica". "El inicio de la vida humana desde la fecundación es un dato biológico objetivable, a partir de ese momento ya existe un nuevo organismo con genoma humano, es decir una persona sujeta de derechos", explicó.

- 15 Comunicado de Prensa del Centro de Noticias de la O.E.A. número C-051/2.016, del día 26 de abril de 2.016 en el que consta la Declaración del Secretario General de la OEA sobre la Epidemia del virus del Zika Consultado el 22 de mayo de 2.016 en la web:[http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-051/16](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-051/16). "Una oportunidad para igualar derechos, empoderar comunidades y dejar atrás el miedo. OEA convocará foro regional sobre epidemia e igualdad de derechos La epidemia del virus del Zika se torna global. Si bien comenzó en la región, la interconectividad del mundo en que vivimos la llevará a otras partes del mundo. Y es crítico que también las lecciones que emergen de nuestra región lleguen al resto del globo. Estar a la altura de las circunstancias históricas depende de nosotros y de las decisiones que se tomen ahora depende lo que pase en otras regiones del mundo a donde este problema sanitario llegará indefectiblemente. Por ello, la responsabilidad no es sólo con nuestra gente sino con toda la humanidad. La epidemia del Zika y la confirmación de su neuro-tropismo (avidez del virus por la infección del tejido nervioso), aumentan el riesgo de afecciones neurológicas aun no bien comprendidas, al tiempo que hace visible la diferencia en términos de acceso a información calificada, servicios de salud y como consecuencia de ello decisiones conscientes de las mujeres y su entorno. Nuevamente—el aborto inseguro, la atención deshumanizada del nacimiento, el tratamiento de las emergencias obstétricas, el escaso acceso a los modernos métodos anticonceptivos, afectan a las mujeres más vulnerables. La reacción es el miedo, que lleva a la desesperación e incluso, a acciones desesperadas frente a un probable desenlace desfavorable del recién nacido —microcefalia, desestructuración cerebral u otra variante. Frente a este panorama desolador, marcado por la angustia y el miedo, las mujeres que disponen de un buen control prenatal y el acceso a servicios de salud pueden, por el contrario, tomar decisiones informadas que luego, facilitan la toma de decisiones con menor riesgo. Frente a esta flagrante desigualdad de oportunidades, sólo el desarrollo de políticas públicas inclusivas e integrales puede posibilitar primero un freno y luego revertir el actual estado de vulnerabilidad frente a la epidemia. Las políticas públicas para que sean exitosas deben incorporar a todos los actores que rodean a la mujer y su familia en la atención de salud, incluyendo a: •El entorno familiar—comunidad, • las instituciones prestadoras de servicios que incluyen la rectoría sanitaria —en general ministerios- y • los profesionales y

Teniendo en cuenta que la ciencia genética, si bien con ciertas limitaciones<sup>16</sup>, proporciona ya la posibilidad de realizar tests genéticos de pre-embarazo o post-embarazo para detectar la presencia del virus del Zika y que, incluso, la medicina actual permite detectar malformaciones congénitas en el feto, el aborto o la adopción de medidas preconceptivas para evitar el contagio o la concepción de hijos infectados con el Zika, representan varias hipótesis científicamente practicables. De hecho, un laboratorio de Texas recientemente ha ideado un sistema para “detectar el material genético del virus, su ácido ribonucleico (ARN), de manera que puede determinar directamente si una mujer embarazada, cualquier otro adulto o un niño tienen el zika<sup>17</sup>.

---

equipos de salud. Dadas las condiciones de vulnerabilidad mayor en los sectores más amenazados, se debe tener un enfoque de discriminación positiva, invirtiendo mayores recursos técnicos y humanos para fortalecer las políticas públicas de salud sexual y reproductiva y en particular el control pre-embarazo, control pre natal, siendo la captación precoz un elemento importante, la atención humanizada e institucional del parto y el control perinatal del recién nacido y luego el niño o niña. En este contexto, frente a la probabilidad incrementada en situaciones concretas de infección con natal por Zika, sería justificable la interrupción legal del embarazo, por el riesgo para la vida de la mujer desde la perspectiva de su dignidad, sus condiciones materiales de vida y existencia, pero sobre todo, por su capacidad de decidir autónoma sobre su vida y salud y sobre el futuro de su descendencia y núcleo familiar. Es un tema de equidad y derechos, pero también, una oportunidad histórica para dar un salto cualitativo en la lucha constante por el derecho a la salud integral, universal, de calidad y con seguridad. Recientemente la Organización Panamericana de la Salud (OPS) ha alertado sobre la emergencia epidémica "Pidan a sus gobiernos que aseguren que todas las personas tengan acceso a y estén cubiertos por, un sistema de salud bien financiado y bien organizado, que les ofrezca servicios de calidad e integrales, que esté basado en un enfoque de atención primaria, y que es lo suficientemente resiliente como para resistir los potenciales embates que pueden resultar de las emergencias de salud, epidemias de gran escala y desastres", dijo Carissa F. Etienne , su directora. Desde la OEA colaboraremos en este esfuerzo, convocando un foro regional con todos los actores involucrados para abordar así un tema clave de igualdad de derechos en el camino a lograr día a día Mas Derechos para Más Gente".

- 16 “El virus Zika fuera de América”. Publicado en la Revista Médica “EL SEVIER” por el Servicio de Medicina Preventiva y Epidemiología, Hospital Clínic; Departamento de Salud Pública, Universidad de Barcelona; Instituto de Salud Global de Barcelona (ISGlobal), Barcelona, España. Publicado el Consultado el 18.05.2016 en la web: <http://www.elsevier.es/es-revista-medicina-clinica-2-articulo-el-virus-zika-fuera-america-S0025775316000853> “Las pruebas diagnósticas confirmatorias son, por ahora, complejas, y solo se realizan en laboratorios de referencia. No existen aún pruebas comerciales para diagnosticar esta infección. En la fase aguda se emplea la PCR-RT, que detectará la presencia de ARN del virus Zika en suero en los primeros 3-5 días de la enfermedad. Este período de detección puede prolongarse si se realiza la PCR-RT en orina. La serología suele ser positiva a partir del quinto día tras el inicio de los síntomas. Debido a la probable reacción cruzada con otros Flavivirus o con la vacuna de la fiebre amarilla, los resultados deben interpretarse siempre con cautela (puede haber falsos positivos) y confirmarse tras emplear técnicas de seroneutralización.”
- 17 “Dos hospitales de Texas crean una prueba rápida del zika”. Publicada el 24/02/2016 a las 00:04 en el diario “EL MUNDO”. Consultado el día 26.03.2016 en la página: <http://www.elmundo.es/inter>

Otra cuestión diferente, que no es objeto de valoración en el presente artículo, es si desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista ético el aborto está permitido en los Países firmantes la Convención Interamericana de Derechos Humanos y si resulta procedente a la luz de dicha Convención.

Sin llegar a pronunciarse sobre el argumento, si se puede, en cualquier caso, hacer una breve aproximación a la misma desde el punto de vista del Derecho Comparado.

En primer lugar hay que recordar que los Derechos del *nasciturus* no tienen un tratamiento uniforme ni siquiera desde la perspectiva de los Derechos Humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948, aún admitiéndose su controvertida naturaleza de Derecho Consuetudinario -cosa que en estrictos términos jurídicos es muy discutible-, no reconoce, al menos de forma expresa, ningún Derecho al *nasciturus*.

Es probable que en su fecha de aprobación no se contemplara expresamente al concebido no nacido, bien para facilitar su firma sobre un argumento tan polémico o bien por el momento histórico y científico en el que los conocimientos sobre genética, genómica y pruebas pre-conceptivas y prenatales o no existían o estaban todavía poco desarrollados y no se había llegado a suscitar controversias que hoy se plantean.

Otro tanto puede afirmarse del Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos entrado en vigor en 1.976 (PIDCP), que hace continua alusión a conceptos como “persona humana”, reconoce Derechos Civiles y Políticos a “toda persona” y, en un ámbito más relacionado con el asunto que vamos a estudiar en este punto reconoce, en su artículo 6 que “...el derecho a la vida es inherente a la persona humana y en su artículo 16 “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”<sup>18</sup>

---

nacional/2016/02/24/56cce56c46163f1c178b4612.html. “El test está diseñado para detectar el material genético del virus, su ácido ribonucleico (ARN), de manera que puede determinar directamente si una mujer embarazada, cualquier otro adulto o un niño tienen el zika. Cada partícula viral contiene genes con su ARN y esas secuencias de ARN se detectan directamente en el líquido amniótico, en caso de un embarazo, o en la sangre, la orina o el líquido cefalorraquídeo. Los dos hospitales, que comenzaron a colaborar en este proyecto hace solo unas semanas, recuerdan que hasta el desarrollo de esta prueba los médicos enfrentaban la posibilidad de largas esperas para obtener los resultados de los test de laboratorios locales y estatales y de los Centros de Prevención y control de Enfermedades (CDC).

18 “Preámbulo. Los Estados Partes en el presente Pacto, Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos

Así pues, como vemos, si bien el PIDCP reconoce el Derecho a la Vida como un Derecho Humano inherente y predictable a toda “persona humana” y, como tal, le reconoce también, como ser humano, el Derecho Humano a la Personalidad Jurídica, no puede servir de anclaje para determinar desde cuándo existe “la persona” y desde cuándo ésta puede ser titular de derechos y obligaciones y, por tanto, de Derechos Humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1.950, establece en su artículo 1, la obligación de respetar los Derechos Humanos respecto a “toda persona” que se encuentre bajo la jurisdicción de alguno de las Altas Partes Contratantes del dicho Convenio.

El Duodécimo Protocolo a dicho convenio declara también en su preámbulo el principio fundamental según el cual “*todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho a la misma protección por la ley*”, si bien no aclara desde cuándo ostentan ese Derecho Humano a una tutela judicial efectiva a la Igualdad ante la Ley<sup>19</sup>.

Por su parte, la Carta De Los Derechos Fundamentales De La Unión Europea (2010/C 83/02), tampoco arroja ningún concepto que, más allá del vacío término de “persona” como titular de Derechos Fundamentales, pueda aclarar nada sobre el momento en el que esa “persona” sea digna de disfrutar de esos Derechos Fundamentales.

Curiosamente es la **Convención Interamericana de Derechos Humanos del 1.969** el instrumento de Derecho Internacional que, aunque circunscrita a su aplicación a los Países firmantes, la que, tras establecer el concepto de persona, concebido como todo ser humano<sup>20</sup>, le atribuye un Derecho Humano

---

iguales e inalienables; Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”, “Artículo 2.... Apartado a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;” “Artículo 6. 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. “Artículo 16. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

- 19 Considerando el principio fundamental según el cual *todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a la misma protección por la ley*; (Protocolo nº 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1.950, hecho en Roma, 4.XI.2000). 99 ARTÍCULO 1 Obligación de respetar los derechos humanos Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 1.950.
- 20 PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS CAPITULO I - ENUMERACION DE DEBERES Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su

**a que se le reconozca su propia personalidad jurídica y establece a partir de la concepción su Derecho a la Vida.** Entender que la vida o el Derecho a la Vida como Derecho Humano existe desde el momento de la concepción es, probablemente, uno de los reconocimientos más amplios efectuado por un instrumento jurídico en el ámbito internacional al concebido-no nacido.

Además de ese reconocimiento esporádico y poco frecuente en instrumentos de ámbito internacional existen también disposiciones normativas de ámbito doméstico infra estatal, como en alguno de los Estados de Estados Unidos, que definen al “unborn child” (niño no nacido) como “persona” y completan el concepto explicando que el *nasciturus* es un “organismo individual de la especie homo sapiens, en el útero”, situándolo en un periodo muy amplio, esto es, “en cualquier fase de la gestación” y, lo que es más importante, “desde la fertilización hasta el nacimiento”.<sup>21</sup> Desde este punto de vista, el concebido no nacido, como persona, disfruta de un mayor y más completo espectro de tutela jurídica, incluyendo, como no puede ser de otro modo, su Derecho Humano a la Vida. **La concreción y el posicionamiento de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y la de algunos estados de los Estados Unidos, contrasta fuertemente con la Constitución Española de 1.978 (CE),** en la que la definición del Derecho a la Vida como Derecho Fundamental de su artículo 15 es bastante más amplia y poco definida. Tanto es así, que sin hacer ni tan

---

libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. CAPITULO II - DERECHOS CIVILES Y POLITICOS Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Artículo 4. Derecho a la Vida1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 Al 22 De Noviembre De 1969).

21 The bill also amends the wrongful death statute to include “unborn child” within the definition of “person” for purposes of the statute. This change allows a wrongful death action for the death of an unborn child caused by the wrongful act or omission of another. “Unborn-child” is defined as a living individual organism of the species homo sapiens, *in utero*, at any stage of gestation from fertilization to birth.

siquiera mención expresa a la persona, al concebido no nacido y, por supuesto, mucho menos al *concepturus*, declara que “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*” Esa amplitud es probablemente intencional y finalizada a permitir su interpretación adecuada con el devenir de los tiempos. En el marco de la interpretación de nuestra Constitución Española procede estudiar la Jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. Dicho tribunal, con la Sentencia de 11 de abril 53/1985 dictada a raíz de la Ley de Despenalización del Aborto, estableció que el Derecho a la vida debía ser considerado como “un Derecho Fundamental, esencial y troncal”.

GOYANES explica que partiendo “del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, ha de concluirse que la vida del *nasciturus* constituye un bien jurídico protegido por el citado precepto (Art. 15 CE): lo que implica para el Estado dos obligaciones”, a saber, “abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso material de gestación y establecer un sistema legal para la defensa de la vida”, teniendo en cuenta, eso sí, que “esta defensa no reviste un carácter absoluto, pues hay situaciones singulares o excepcionales en las que castigar el incumplimiento de la Ley resultaría *inadecuado*”, específicamente hay situaciones de colisión con el Derecho a la Vida y dignidad de la mujer/madre<sup>22</sup>. Vemos pues que en el Derecho Constitucional Español existe una tutela de la Vida como Derecho Fundamental del *nasciturus* durante la gestación que tiene una serie de excepciones matizadas por la Ley Orgánica 2/2.010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LOSSR 2.010) que debe ser analizada junto al Real Decreto 825/2.010 de 25 de junio, que se ocupa del desarrollo parcial de la citada Ley Orgánica.

Hecho el anterior inciso, es necesario continuar recordando que el sistema español de regulación de la interrupción del embarazo, **en fuerte contraste con el de la mayor parte de los países latinoamericanos**, es “mixto”, es decir, que combina un “sistema de plazos”, que rige hasta la decimocuarta semana de gestación, y un “sistema de indicaciones”, que se extiende hasta la vigésimo segunda semana de gestación.

---

<sup>22</sup> SÁNCHEZ GOYANES ENRIQUE, “Constitución Española Comentada”, 1.998, Editorial Paraninfo, página 73 y siguientes.

Sentado lo anterior, veamos cómo puede encajar la **tutela del nasciturus en el Derecho Español y en el ámbito de la interrupción del embarazo por infección del virus del Zika y los Derechos Humanos** empleando el criterio interpretativo que más nos acerca a la *ratio legislatoris* y para lo que, a mi modo de ver, sin perjuicio de otros, podría servir el fragmento del preámbulo correspondiente de **LOSSR 2.010**.

En el desarrollo de la gestación, «tiene –como ha afirmado la STC 53/1985– una especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre». El umbral de la viabilidad fetal se sitúa, en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología, en torno a la vigésimo segunda semana de gestación. Es hasta este momento cuando la Ley permite en España la interrupción del embarazo siempre que concurre alguna de estas dos indicaciones: «que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada», o «que exista riesgo de graves anomalías en el feto».

En el Derecho Español pues, salvo diverso criterio jurisprudencial, la constatación de infección por virus del Zika y que, por ésta, existiera riesgo de microcefalia congénita, comportaría un derecho de la mujer gestante a interrumpir el embarazo.

Estos supuestos de interrupción voluntaria del embarazo de carácter médico se regulan con las debidas garantías a fin de acreditar con la mayor seguridad posible la concurrencia de la indicación. A diferencia de la regulación vigente, se establece un límite temporal cierto en la aplicación de la llamada indicación terapéutica, de modo que en caso de existir riesgo para la vida o salud de la mujer más allá de la vigésimo segunda semana de gestación, lo adecuado será la práctica de un parto inducido, con lo que el derecho a la vida e integridad física de la mujer y el interés en la protección de la vida en formación se armonizan plenamente. **Más allá de la vigésimo segunda semana**, la ley configura dos supuestos excepcionales de interrupción del embarazo. El primero se refiere a aquellos casos en que «se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida», en que decae la premisa que hace de la vida prenatal un bien jurídico protegido en tanto que proyección del artículo 15 de la Constitución (STC 212/1996). El segundo supuesto se circunscribe a los casos en que «se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico». Su comprobación se ha conferido al juicio experto de profesionales médicos conformado de acuerdo con la evidencia científica del momento.

En el supuesto inmediatamente anterior, la posibilidad de llevar a cabo la interrupción del embarazo en Territorio español se relativizaría bastante en el caso de infección por Zika y dependería en buena suma de la consideración de la microcefalia o del síndrome de Guillain-Barré como “enfermedades extremadamente graves” por un comité clínico.

Para hacer una valoración exhaustiva que incluya toda la regulación sobre la interrupción del embarazo, es también necesario traer a colación los artículos 13 y 14 de la LOSSR 2.010, según los cuales, en síntesis, la mujer gestante, cumpliendo unos requisitos formales y de edad, es, de facto, libre de interrumpir el embarazo antes de las 14 semanas de gestación<sup>23</sup>.

Habida cuenta de lo anterior, se observa como el Ordenamiento Jurídico Español haría prevalecer los Derechos Fundamentales de la Madre sobre los del *nasciturus* de forma absoluta y a discreción libre de la madre gestante hasta la decimocuarta semana. Eso quiere decir que, **desde la concepción y hasta la decimocuarta semana de gestación, el Derecho Humano a la Vida del concepturus carece completamente de tutela en el Derecho Español** y se encuentra en manos de la madre (**En estos casos, bastaría pues que la Madre gestante tuviera la convicción de haber sido infectada por el virus del Zika para poder**

---

23 **Artículo 13. Requisitos comunes.** Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo: Primero.—Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección. Segundo.—Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado. Tercero.—Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley. Cuarto.—En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo. **Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.** Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención. (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE-A-2010-3514 BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 55 Jueves 4 de marzo de 2010 Sec. I. Pág. 21009).

**interrumpir el embarazo, sin necesidad siquiera de manifestarlo).** Del mismo modo, también puede afirmarse que los Derechos Fundamentales de la madre, si bien sigue pudiendo interrumpir el embarazo, se relativizan en su primacía frente al Derecho Fundamental a la Vida del *nasciturus* a partir de la decimocuarta y hasta la vigésimo segunda semana de gestación. En esta fase, **de la semana décimo cuarta a la vigésimo segunda, la tutela del Derecho Fundamental a la Vida del nasciturus es, pues, relativa, pero al menos existiría.**

A partir de la vigésimo segunda semana de gestación y hasta el momento del parto, la intensidad de la tutela del Derecho a la Vida del *nasciturus* aumenta considerablemente, si bien siempre condicionada a la eventualidad de que existe un riesgo para el Derecho Fundamental del Derecho a la Vida de la madre.<sup>24</sup>

A la luz del examen del derecho comparado aplicado a una hipotética interrupción del embarazo por malformaciones genéticas o congénitas derivadas de microcefalia causada eventualmente por el virus del Zika, se pone de manifiesto el fuerte contraste que existe entre la legislación positiva sobre Derechos Humanos en la mayor parte de Europa y en España frente a la predominante en los países firmantes la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Ello quiere decir que, de llevarse a cabo la iniciativa impulsada por la O.N.U. y propugnada por la O.E.A., se constataría como, efectivamente, las pandemias pueden llegar a producir profundos cambios legislativos en las zonas en las que producen sus efectos.

Cabe también preguntarse si en los países latinoamericanos, de llegar a aceptarse un cambio legislativo tan drástico que permitiera el aborto en caso de infección por el virus del Zika en los países firmantes la Convención Interamericana de Derechos Humanos, estos adoptarían un propio modelo legislativo

---

24 **Artículo 15. Interrupción por causas médicas.** Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.
- b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.
- c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

o se inspirarían, en todo o en parte, en otros modelos ya existentes como el Español, según un sistema mixto de “indicaciones” y “plazos”.

**Luis Enrique Gómez-Ojero y Martínez**

Abogado Colegiado en España y en Italia  
Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca  
Master en Abogacía Internacional por la  
Universidad de San Pablo CEU  
Ex – Miembro del Comité Directivo de la  
Cámara de Comercio Española en Italia

## Bibliografía

**Bancalari A.** Orden Romano e Imperio Global, la romanización de Augusto a Caracalla. Editorial Universitaria, 1era Edición, Santiago de Chile, 2007.

**Birley AA.** Marco Aurelio: Una biografía. Editorial Gredos, 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2009.

**Brenes Hernández, P.** (2007). La reglamentación del aborto terapéutico en América Latina. San José: Colectiva por el Derecho a Decidir.

**Carcopino J.** La vida cotidiana en Roma en el auge del Imperio. Ediciones Temas de Hoy, 1era Edición, Madrid 2001.

**Cascón A, Picón V.** Historia Augusta. Akal, 1era Edición, Madrid 1989.

**Cunha C B, Cunha B A.** The great plagues of the past: remaining questions. En: M. Drancourt, D. Raoult Eds. Paleomicrobiology: past human infections. Elsevier, New York; 2007:

**De Samosata L. Alejandro** o el falso profeta. Gredos, 1era Edición, Madrid 1988.

**Fauci AS, Morens DM.** Zika virus in the Americas – yet another arbovirus threat. N Engl J Med. DOI: 10.1056/NEJMmp1600297.

**Fraschetti A.** Marco Aurelio: La miseria de la filosofía. Marcial Pons Editores, 1era edición, Madrid 2014.

**García del Corral I.** Cuerpo del Derecho Civil Romano. Jaime Molinas Editor, Barcelona 1883.

**Gibbon A.** The decline and fall of the Roman Empire. Wordsworth Editions, 1th Edition, Hearthfordshire 1998.

**González Vélez, A. C.,** coord. (2008). Causal salud: interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos. [México, D. F.]: Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres.

**Littman R J, Littman M L.** Galen and the Antonine plague. American J Philol 1973; 94.

**Marcelino A.** Historias. Akal, 1era Edición, Madrid 2002.

**Palacios Zuloaga, Patricia,** "La Aplicabilidad del Derecho a la Vida al Embrión o Feto en la Jurisprudencia Internacional", Anuario de Derechos Humanos 1, 2005.

**Roberts J.** Oxford dictionary of the classical World. Oxford University Press, Oxford 2007.

**Sánchez Goyanes Enrique,** "Constitución Española Comentada", 1.998, Editorial Paraninfo, página 73 y siguientes.

**Silver M.** Antonine plague and deactivation of Spanish mines. Arctos, Acta Philologica Fennica 2011; 45:

**Woolf G.** Becoming Roman: The origins of provincial civilization in Gaul. Cambridge University Press, 1th Edition, Cambridge 2003.



# La influencia del derecho romano en el concepto de seguridad jurídica

Por Carmen MEZA  
INGAR  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
PERU

## I. Introducción

Para estudiar la influencia del Derecho Romano en el concepto de “seguridad jurídica” presento algunos análisis de la legislación peruana, desde el siglo XIX, particularmente, referidos a los derechos de las personas y al derecho familiar, incluyendo parte del derecho sucesorio, por tratarse de instituciones con 2000 años de antigüedad y en cuya elaboración los juristas peruanos se han inspirado en los codificadores romanos.

El transcurso del tiempo y el Derecho Comparado nos invitan a pensar en modificar parte del articulado del Derecho Civil, para que la normatividad incorpore las nuevas tecnologías en algunos de sus institutos y también para que el debate nacional difunda los derechos y la población utilice los mecanismos para desarrollar actividades jurídicas que los oriente hacia el desarrollo de la comunidad familiar y de la sociedad en general.

## II. El concepto de capacidad

La República dio al Perú la oportunidad de legislar y así tuvo su Código Bi NACIONAL, de la Confederación Peruano Boliviana, que tuvo breve vigencia de diciembre de 1836 a mayo de 1837. El principal aporte de este Código lo contiene el art. 467 que estipula que los “indios” residentes a distancia de más de una legua de sus respectivos cantones, la ley les concede el privilegio de pronunciar sus testamentos por palabra o por escrito, bastando la presencia de dos testigos vecinos. Y, esta disposición tiene pleno vigor en las comunidades nativas hasta la fecha.

Pese a que la legislación peruana regula sobre testamentos “escritos”, los nativos y comuneros respetan la voluntad testamentaria expresada oralmente.

Es en verdad un aporte de los legisladores de la Confederación, el reconocimiento de los derechos del indio, pues en el siglo XIX no se encuentra otras referencias ni menciones del indio en los articulados de los códigos.

En 1852 se promulgó el primer Código Civil de una nación de Sud América, legislando sobre personas libres y esclavos.

El código peruano clasificaba a las personas según su estado civil, en nacidos y por nacer, capaces e incapaces, mayores y menores, varones y mujeres. Regulaba, asimismo, sobre el status de los siervos, esclavos y libertos.

Se inspiraron los legisladores en normas de Gayo, Florentino y Marciano (I):

Gaius, Libro I. Institutionum.- Summa itaque de iure personarum divisio haec est; quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.

Nos enseñaba Gayo que la principal división es que todos los hombres son o libres o esclavos.

Florentinus, Libro IX. Institutionum.- Libertas est naturalis facultas ciui, quod cuique facere libet nisi si quid vi, aut iure prohibetur.

Se refiere al concepto de libertad y es Marciano el que define quiénes son los ingenuos, los nacidos de madre liberada, ingenui sunt qui ex matre libera nati sunt; sufficit enim liberam fuisse co tempore, quo nascitur, licet ancilla concepit; et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum qui nascitur, liberum nasci. Nec interest, iustis nuptiis cocepit, an vulgo, quia non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est.

Marciano explica que basta que el hijo haya nacido en tiempo en el que la madre es libre, y no importa si lo concibió en justas nupcias o no porque la calamidad de la madre no debe perjudicar al que se encuentra en el vientre.

Para tener una idea de la realidad peruana del siglo XIX leemos el art. 633 que prohíbe que sean testigos testamentarios:

1.-Los menores de 18 años

2.-Las mujeres

.....

7.-Los esclavos

Nótese que la mayoría de edad era a los 21 años de edad, sin embargo se admite como testigos a quienes gozaban de capacidad relativa, mas no a las mujeres.

Dos años después de promulgado el Código Civil Peruano de 1852, el Presidente Ramón Castilla decretó la libertad de los esclavos, el 9 de diciembre de 1854.

Se iniciaba la “igualdad de todos los Peruanos”, pero quedaba pendiente el estudio de los derechos de la mujer casada así como los derechos ciudadanos de hombres y mujeres, pues en el siglo XIX, la votación política reconocía derechos solo a varones mayores de edad y con la condición que sean contribuyentes del fisco (2).

Una situación peculiar fue la ley electoral de 1931 que otorgaba el voto vecinal o municipal a las mujeres mayores de edad y si fueren casadas. La Constitución Peruana de 1933 recogió dicho precepto, sin embargo desde 1917, en el Perú no se convocababa a votación municipal, los ediles eran nominados por el Gobierno de turno, es decir se trataba de una ley similar a un saludo a la bandera.

Un importante cambio social ocurrió en las legislaturas de 1954 y de 1955, dando como resultado la Ley 12391 de 7 de setiembre de 1955, con la reforma de la Constitución de 1933, con relación al voto femenino. Como consecuencia de esta reforma las peruanas, mayores de edad, votaron en 1956 eligiendo a 8 diputadas y 1 senadora, que entregaron al Perú la Ley de Abandono de Familia y el Código de Menores de 1962.

El Código Civil de 1936 en su art. 8 preceptuaba: “Son personas capaces de ejercer los derechos civiles las que han cumplido 21 años”.

En 1977 se modificó dicho precepto de orden legal que discriminaba a jóvenes padres de familia y trabajadores con el problema económico de la imposibilidad de retirar su propio dinero de los Bancos, que admitían el ahorro de menores, pero no el retiro de los depósitos. Esa injusticia social tuvo solución con el Decreto Ley N° 21994, cuya iniciativa del ante proyecto fue presentado por la autora de estas líneas en el Congreso Nacional de Abogados de 1969.

Igualmente, fue notable la modificatoria del Código Civil de 1936 en el año de 1969 sobre la disposición de bienes de la mujer casada. El Código del 36 otorgaba al marido el título de jefe del hogar y administrador de los bienes. La modificatoria obligaba que la disposición de los bienes comunes tuviera la aprobación de la mujer.

Se avanzaba en el ejercicio de los derechos de la ciudadanía, pero fue la Constitución de 1979, en vigor desde 1980 que reconoció el “voto universal”, es decir, incluyendo el derecho de los analfabetos y analfabetas, vale decir, de todos los peruanos.

El Código Civil de 1936 había mejorado el status de la mujer, en comparación a la legislación décimo nónica, pero no plenamente. Recordamos que el Código pre citado de 1852 consideraba al matrimonio una unión perpetua del hombre y

la mujer, en una unión legítima, pero la relación interna del grupo familiar reposaba en el principio de sumisión de la mujer al marido y de los hijos a los padres.

El Código Civil de 1936 recoge las enmiendas sobre “divorcio” de 1930 ( 3 ), pero mantiene la subordinación económica de la mujer al marido y clasifica a los hijos en legítimos e ilegítimos.

Es la Constitución de 1979 la que declara la igualdad de derechos y el Código Civil de 1984, respeta dichos principios, con excepción del art. 21 sobre inscripción de hijos extra matrimoniales, a quienes para colocar los apellidos exigían la presencia de los padres. Nótese que todos los ciudadanos deben tener nombre, aunque no todos tengan entroncamiento familiar, o podría tratarse de los casos en los que los recién nacidos forman parte de los hogares dirigidos solo por mujeres o cuyos padres los han abandonado, o, en algunos casos, los progenitores hayan fallecido prematuramente.

En la redacción del Código Civil de 1984 hubo falta de sistemática, y algunos errores de concepto, que probablemente tuvieron lugar en la corrección final por el Ministro que firmó la autógrafo, pues el Código fue elaborado por una Comisión nombrada en 1966 y luego tuvo tres Comisiones Revisoras de 1980, 1982 y 1984, que no publicaron sus actas.

En el año de 2006, 24 de abril, se modificó por Ley 28720 el pre citado artículo 21 del primigenio Código de 1984 ( 4 ).

En la lista de incapaces, figuran los que están privados de discernimiento, situación que se estudia en el Derecho Romano: si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto( en casos de los dementes o los que carecen de discernimiento, los tutores tendrán potestad sobre ellos y sus bienes).

Hay incapaces relativos y absolutos de conformidad con la edad, los primeros son los que han cumplido 16 años y los absolutamente incapaces los que tienen menos de 16 años de edad. Pero los que tienen discernimiento si son adolescentes padres de familia, si tuvieran más de 14 años de edad, hombres y mujeres, pueden inscribir a sus hijos en los Registros de Estado Civil.

### **III. Los bienes del matrimonio en el Perú**

En realidad, hay una serie de derechos entre los cónyuges, que no pueden legislarse, sobre todo los de orden moral o de la vida misma, de carácter doméstico. El diálogo es personalísimo y depende de la cultura y costumbres del marido y mujer y depende del derecho no escrito o referido, aunque hay leyes que no

pueden dejarse de cumplir, como la de la fidelidad o la que preceptúa asistencia mutua entre los cónyuges y la norma referida a los alimentos de los hijos.

La ley regula, asimismo, los bienes del matrimonio en sociedad de ganancias o en el sistema de separación de patrimonios, pero prohíbe contratar entre cónyuges, sobre bienes sociales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 312 del Código Civil Peruano, en vigor y que se inspira en Ulpiano, cuando declara : "Ha de saberse que la donación entre cónyuges está prohibida, con el efecto de que el acto sea inválido de propio derecho, por lo cual, si se dona un objeto, la entrega del mismo nada vale, y si se prometió darlo en estipulación, la obligación no vale.

Es que las donaciones entre cónyuges, -en todos los tiempos-, favorece el enriquecimiento de una familia, a costa de otra.

#### **IV. Los testamentos en la legislación peruana**

En el Perú, desde la muerte de una persona, se transmiten sus bienes, derechos y obligaciones a sus sucesores.

Dada la compleja realidad del país, multi cultural, esta institución jurídica ha decaído en cuanto su plena vigencia, en muchas familias se encuentra en desuso, particularmente si los padres de familia, saben que su cónyuge y sus hijos son sus "herederos forzados". Sin embargo, en estos casos, tramitados ab intestato, generan mayor carga procesal en los juzgados o en las notarías.

De todos modos hay personas, que teniendo cuantiosos bienes, en un testamento pueden constituir legados o también otorgar mayores cuotas a alguno de sus herederos, situación que debe difundirse, para colaborar con el bienestar social.

La Ley General de Sociedades también legisla sobre las Sociedades Anónimas Cerradas, las que dada su naturaleza, no admiten que las acciones de los socios pasen a formar parte de la masa hereditaria. Cuando fallece un socio, por disposición estatutaria, compran las acciones del difunto, pagando el valor de dichas acciones a sus herederos. Si se tratare de una inversión cuantiosa, los herederos no podrán cumplir sus derechos expectacarios.

Muchas veces la clasificación de testamentos, como por ejemplo, los ológrafos, o lo denominados cerrados, podrían generar algunos conflictos, entre los herederos, dadas las formalidades de dichos documentos.

La legislación peruana consagra los testamentos escritos, pero la realidad nacional informa que en las comunidades alto andinas y en comunidades nativas, el testador dice a viva voz su última voluntad. No se escribe el testamento,

pero la familia cumple la voluntad del difunto y lo manifiestan los testigos presenciales, muchos vecinos de sus respectivas comunidades rurales.

La legislación formal cumple con las garantías de la seguridad jurídica, incluso cuando los testadores son de edad avanzada. Más allá de la ley, en dichos casos de ciudadanos o ciudadanas mayores de 70 años, por acuerdo del Colegio Nacional de Notarios, se les requiere la presentación del certificado médico, expedido por un psiquiatra. Así, se certifica la buena salud del testador y se evitará los procesos de nulidad de testamentos.

La petitio hereditatis del Derecho Romano está regulada en el Código Civil Peruano de 1984 y el título de heredero se obtiene por la ley y también por voluntad del testador.

En el caso de herederos en línea recta no hay límite, para reconocer los derechos hereditarios, por representación. En el caso de la representación en línea colateral solo pueden ser representados los hermanos por su o sus hijos, salvo disposición distinta del testador.

Para difundir las bondades del testamento, es necesario ampliar su ejecución y protocolización con las nuevas tecnologías modernas.

## V. Conclusiones

1.-El Derecho Romano está presente en la legislación peruana.

2.-Dada la falta de sistemática de algunos Libros del Código Civil Peruano de 1984, urge una revisión general, particularmente en Derecho de Personas, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.

3.-Los temas de capacidad e incapacidad obligan a re pensar en las instituciones tutela y curatela, ya que en la primera institución se constata que solo los niños con patrimonio tienen tutores. Los tutores de instituciones no cumplen a cabalidad su función a favor de los menores.

La curatela no cumple sus fines, pues no hay supervisión.

4.-El Código Civil de 1984 considera solo dos formas de regímenes económicos del matrimonio. De acuerdo al Derecho Comparado se podría estudiar la posibilidad de incluir los “acuerdos pre nupciales” previos a la celebración del matrimonio.

5.-Urge estudiar el perfeccionamiento del Libro de Sucesiones, difundiendo ampliamente las formas de elaborar testamentos y la constitución de fundaciones a favor de colegios o de instituciones de la cultura.

## **VI. Notas de pie de pagina**

(1).- García del Corral, Ildefonso: “El Digesto de Justiniano”, páginas 82, 83, 84, 85.

(2).- Villarán, Manuel Vicente: “Costumbres Electorales”

(3).- En sesiones de 1918 -1920 Las Cámaras aprobaron un Proyecto de Ley que secularizaba el matrimonio e introducía el divorcio. Observada, entonces, por el Ejecutivo, fue promulgado en 1930 por Decreto Ley N° 6889, por el gobierno de facto de Luis Sánchez Cerro. Completaron dicha norma las Leyes Nos. 7282, 7893 y 7894

(4).-En algunos debates de las comisiones revisoras se escuchaba opiniones diversas sobre los nombres de los recién nacidos fuera de matrimonio, pero viendo las páginas telefónicas se podía constatar la presencia de muchos homónimos. Más aún, el nombre completo, es decir, nombres y apellidos son necesarios para la identificación de todas las personas. Cuando se publicó el Código Civil de 1984, no se publicó la “Exposición de Motivos”, originando muchas dudas sobre las orientaciones de los debates, en temas de esta naturaleza, vinculados a los Derechos Humanos.

## **VII. Referencias bibliograficas**

Adame Goddard, Jorge: “Cuatrocientos casos y respuestas de los juristas romanos”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2013

Alzamora Valdez, Mario: “Derechos Humanos”, Ediciones San Marcos, Lima, 1992

Cornejo Chavez, Héctor: “Derecho Familiar Peruano”, 2 Tomos, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998

Fernández Sessarego, Carlos: “Derecho de las Personas”, Lima, 2008

García del Corral, Ildefonso: “El Digesto de Justiniano” Libro I, basado en la obra traducida de los idiomas originales al alemán por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990

Meza, Carmen; Hampe, Teodoro: “La Mujer en la Historia del Perú (siglos XV al XX)”, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2007

Meza Ingar, Carmen: “Más allá de la Igualdad”, Amaru Editores, Lima, 1986

Rascón García César; García González, José María: “Ley de las Doce Tablas” Estudio preliminar y observaciones, Traducción. Ediciones Tecnos, Clásicos del Pensamiento, Cuarta Edición, Madrid, 2011

Villarán, Manuel Vicente: “Costumbres Electorales”, en la Antología: Pensadores Peruanos del siglo XX, compilador Loayza Saavedra, Rodolfo, Editorial San Marcos, Lima, 2009



