

# EL PODER DEL FACTOR DE COMERCIO EN LA ETAPA PREVIA A LA CODIFICACION MERCANTIL

## CONTENIDO Y LIMITES

ARTURO PRADO PUGA  
*Universidad de Chile*

### I. PLANTEAMIENTO

El perfil que marcan las orientaciones históricas acerca de la figura del factor enlaza de modo particular con los antecedentes romanos del *institor*.<sup>1</sup>

Esta afirmación parece haber ganado carta de naturaleza tanto en los ámbitos científicos como en los jurisprudenciales,<sup>2</sup> los cuales se remiten a este antecedente para hacer referencia a la venerable antigüedad de la figura y de los principios que la regulan.

Limitándonos a poner de relieve las notas más fundamentales que presenta el factor en esta etapa, hemos considerado que el punto central de la exposición gira en torno al tema de la *praepositio*<sup>3</sup> romana, llamada a ser el cauce de las directrices jurídico-políticas en que se orienta la responsabilidad del principal o *dominus negotiis*.

Para precisar aún más los fines que perseguimos con la exposición, nos hemos dejado guiar por una ruta en parte ya cubierta por la doctrina que se estima más autorizada,<sup>4</sup> intentando aproximarnos a aquellos criterios de solución establecidos de cara a la actividad de carácter contractual que suscita el factor en esta etapa.

A este planteamiento obedece la exposición que sigue.

### II. ASPECTOS INSTITUCIONALES: REFERENCIA A LOS PROBLEMAS A QUE DA LUGAR EL FACTOR EN ESTA ETAPA

#### A) *Delimitación de la figura*: su posición jurídica como auxiliar

Los antecedentes que poseemos del factor y que nos permiten delimitar su posición jurídica nos llegan principalmente a través del conducto de la compilación justinianea que se ocupa de esta figura al tratar de la acción *institoria*. Libro XIV, Título III.<sup>5</sup>

La figura que se analiza se hace presente como aquella que se coloca al frente (*praepondere*) de una hacienda o empresa mercantil terrestre o en un ramo de su actividad por cuenta del propietario o titular de establecimiento con el cual originalmente se

<sup>1</sup> MENENDEZ, A. *Auxiliares del empresario* R.D.M. N° 78 (enero-marzo 1959), p. 290 nota 25. "Sería necesaria una investigación histórica más seria, pero parece suficiente esta referencia para afirmar que nuestra institución del factor no es más que el sedimento de la figura romana del *institor* elaborada en una evolución práctica y doctrinal de varios siglos".

<sup>2</sup> Vid. S.T.S. 30-IX-1960. R. 2834  
19-VI-1981. R. 2530  
5-IV-1982. R. 1940

<sup>3</sup> Acerca de la traducción del término *institor* por el de factor Vid. VALBUENA, M. de. *Diccionario Universal Latino-Español* (Madrid, 1819) p. 379; Ch.

SHORT, L.T.; CHARLTON, A. *Latin Dictionary* (Oxford, 1958) p. 969; *The Oxford English Dictionary* Vol. V (Oxford, Reprint 1978) p. 353. Real Academia Española, *Diccionario de Autoridades*, Tomo III (Madrid, 1732), p. 707.

<sup>4</sup> Nos ha servido especialmente la exposición de HUVELIN, P. *Etudes d'Histoire du Droit Commercial Romain* (París, 1929) pp. 160-183.

<sup>5</sup> La edición que utilizamos en este capítulo es el *Digesto Justiniano*, versión castellana de D'ORS, A.; HERNANDEZ TEJERO, A.; FUENTESESA, P.; GARCIA-GARRIDO, P. y BURILLO, J. (Pamplona, 1968).

vincula a través de un lazo de potestad para luego extenderse, como se verá, a sujetos no sometidos a este régimen.

*Institor*, según Paulo, D. 14.3.18, es aquel “a quien se pone al frente de una tienda o en un lugar (cualquiera) para comprar o vender, y también aquel a quien se encarga de tal negocio sin establecer un lugar determinado”.

A él se refiere también Ulpiano, en D. 14.3.3, señalando<sup>6</sup> “(el factor) se llamó ‘institor’ porque insta gestionando un negocio y no importa que haya sido puesto al frente de un comercio o de cualquier otra negociación”.

La doctrina se refiere también al *institor* como aquella persona colocada en la “dirección de un establecimiento” o “aquel que gestiona o administra los negocios de un comerciante”.<sup>7</sup>

El Digesto, por su parte, se ciñe a un criterio casuístico para determinar los casos y situaciones en que se entiende que concurre la calidad de *institor*.

Los supuestos apuntados por la fuente destacan, como denominador común, las funciones que éste desarrolla, por regla general vinculadas al cambio y compraventa de bienes, características que parecen mantenerse en los distintos tipos de tráfico en que éste se coloca.<sup>8</sup> Más bien, el sentido que alcanzan estas funciones tiende a destacar su amplitud: D. 14.3.4. “Así pues, al nombrado para encargarse de un negocio de cualquier tipo se le llamará propiamente factor”.

Lo importante según Cuj<sup>9</sup> es que el *institor* está colocado para obtener una ganancia (*propter quaestum*) en favor del *dominus*.

Aparte de esta característica de apoderado, al cual se le encomienda la dirección y administración de todo un establecimiento o una parte de él, resulta interesante por último destacar el carácter estable y permanente de sus funciones. Esto último encuentra explicación por la relación interna de potestad que acompaña a la figura en sus orígenes. Parece también razonable sostener que la estabilidad se justifica desde el momento que el factor ejerce, más que un cometido singular, una verdadera actividad.

De ahí que fallecido el *dominus* los herederos sigan sujetos a la responsabilidad derivada de la *praepositio*, en tanto no se revoque el encargo haciendo pública esta medida según se desprende de D. 14.3.5.17 y D. 14.3.15.<sup>10</sup>

Se trata de una peculiaridad típica de esta figura que no ha perdido hasta la fecha su vigencia.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> CERVENCA, G. *Voz: Institore* (Diritto Romano) N.N.D.I. T. VIII (Torino, 1957) p. 756, expresa que por una parte está la interpretación ulpiana en el sentido de que el término *institor* deriva del verbo “instare” que es estar encima, atender, y que está indicando que el *institor* propiamente “atiende” a la gestión de negociar (*Institor appellatur est eo, quod negotio gerendo instet*). Sin embargo, citando a Klingmuller (nota 5) apunta que “la interpretación ulpiana del término “institor” no recoge el significado original de la palabra y ello porque “instare” viene usado por Ulpiano en un sentido traslativo (esto es, en el sentido de atender a).

El significado original del verbo es, en cambio, aquel de estar encima (*stare su*), o en alguna cosa (qualche cosa); por tanto *institor* sería aquel que está dentro de la tienda del comerciante al cual gestiona sus negocios”.

<sup>7</sup> CERVENCA, G. *Voz: Institore o.c.*, p. 757.

Vid. SOLAZZI, G. “L’eta della actio exercitoria” *Scritti di Diritto Romano* T. IV (1938-1947) (Nápoles, 1962) p. 258. “Rigorosamente si chiama institor che e preposto ad una taberna e de questi senso della parola l’azione ha preso el nome d’institoria”.

<sup>8</sup> Ejemplos que apuntan en esta dirección: D. 14.3.4: “porque con frecuencia también algunos entregan mercancías a hombres honrados para que las vendan en sus casas”. Y D. 14.3.5.7: “Escribió Labeón que si un comerciante enviase como viajante a su esclavo para comprar mercancías y remitírselas, también debe ser considerado factor”.

<sup>9</sup> CUJ, E. *Manuel des Institutions Juridiques des Romains* (Paris, 1928) p. 404.

<sup>10</sup> Vid. GLUCK, F. *Comentario alle Pandette* Libri XIV-XV. Traducción y notas de BONFANTE, P. (Milano, 1906) pp. 68-69. La tesis es sin embargo controvertida.

<sup>11</sup> Vid. Art. 290 del Código de Comercio.

## B) Vinculación original al ámbito familiar romano

El modo de actuación con eficacia directa para otro fue en principio rechazado por el Derecho Romano.<sup>12</sup>

Rige en este aspecto como regla general la exclusión de la representación con eficacia directa considerada como una intromisión en la esfera ajena (*alteri stipulari nemo potest*).<sup>13</sup>

Se trata con todo de una regla que reconoce numerosas excepciones nacidas de la práctica, y que reciben una concreta sanción por el pretor y la jurisprudencia.<sup>14</sup>

Pero entre los motivos para excluir del escenario jurídico la actuación con eficacia directa para otro destaca sin duda la composición de la familia romana y la repugnancia en delegar la voluntad del *pater familias* en personas extrañas a ella.

Adscrito a esta directriz cobra relieve el desarrollo de las actividades de gestión satisfechas en buena medida por sujetos sometidos a nexos de potestad.

En este ámbito es posible pensar en los orígenes del *institor*, que, al igual que la figura del denominado *magister navis* o patrón de nave, atiende a las necesidades de auxilio del *pater familias* con carácter de agentes jurídicos, es decir, como elementos activos del tráfico comercial.

## C) El factor y la responsabilidad patrimonial: problemas que trae consigo

A pesar de lo expuesto, el desarrollo de las actividades de gestión a través de sujetos como el *institor* presenta graves inconvenientes derivados de la incapacidad patrimonial que les afecta, en tanto es el *pater familias* quien concentra la posición de titular exclusivo del patrimonio familiar. A él compete la administración y disposición del caudal doméstico, siendo incompatible su gestión con la intervención de cualquier otro.<sup>15</sup>

El carácter dependiente que representa el *institor* frente al *pater familias* y la rígida configuración que presenta esta "sociedad doméstica"<sup>16</sup> asoman en un doble ámbito.

a) Desde el punto de vista activo, esto es, en cuanto a la adquisición de los derechos y acciones, el juego de los principios derivados de la *potestas* del *pater* y la circunstancia de no poder ser titulares de un patrimonio autónomo, al menos hasta que no existe la institución de los peculios, les convertía, en cuanto actuaban, en meros órganos o *longa manus* de este, dando cabida a que los derechos, acciones y adquisiciones revirtieran directamente en el patrimonio familiar, quedando por consiguiente directamente legitimado para exigir su cumplimiento.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Vid. RICCOBONO, S. "Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in Diritto Romano" en *Studi di Diritto Commerciale in onore Cesare Vivante* V. II (Roma, 1931) p. 131.

<sup>13</sup> Así lo señala el texto de *Gayo Institutas*, texto traducido y anotado por DI PIETRO, A. (La Plata 1975) p. 177; II 95. "De todo lo que precede, resulta que no podemos por ninguna causa adquirir por intermedio de hombres libres que no estén sujetos a nuestro Derecho, ni que poseamos de buena fe, ni tampoco por intermedio de esclavos ajenos respecto de los cuales no tenemos el usufructo ni la justa posesión".

<sup>14</sup> Para un desarrollo de las distintas áreas donde tienen lugar estas excepciones Vid. ORESTANO, R. Voz: *Rappresentanza* (Diritto Romano) N.N. D.I. T. XIV (Torino, 1957) pp. 797 s.

<sup>15</sup> JÖRS, P. - KUNKEL, W. *Derecho Privado Romano* (Barcelona-Madrid, 1965) pp. 90-91. El D.

41.1.10.1 contiene el principio "Filius nihil suum habere potest".

<sup>16</sup> Expresión de BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho Romano* (Madrid, 1929) pp. 80-81; BIONDI, B. *Istituzioni di Diritto Romano* (Milano, 1956) p. 549, compara esta autoridad paterna con los poderes que tiene un magistrado sobre los ciudadanos.

<sup>17</sup> Así *Gayo Institutas, o.c.*, p. 114. II. 86. "No adquirimos solamente por nosotros mismos, sino también por aquellos que están bajo nuestra "potestas", bajo nuestra "manus" o "in mancipio", así como también por los esclavos cuyo usufructo tenemos por los hombres libres y esclavos que poseamos de buena fe".

Destacan este carácter de "órgano" del *institor* KASER, M. *Derecho Privado Romano* (Madrid, 1982) pp. 62 s., BURDESE, A. *Manuale de Diritto Privato Romano* (Torino, 1964) p. 242.

b) Desde el punto de vista pasivo, de las deudas y cargas surgidas a raíz de negocios de obligación, conjuntamente con el carácter personal de la titularidad que rodea como regla a este vínculo, predomina la idea de que estas personas podían mejorar la condición paterna (*meliolem facere*), pero no empeorarla (*deteriolem facere*),<sup>18</sup> con lo cual las consecuencias dimanantes de estos actos eran inoponibles al *pater*.

Este principio, que en forma inicial pudo haber estado dirigido a beneficiar al *pater*, se reveló más tarde, sobre todo con el auge y prosperidad del comercio, como fuente de graves inconvenientes para las relaciones de tráfico.

El contraste a esta regla se debió a la actividad de adaptación del derecho a las necesidades del tráfico desarrolladas por el pretor, al arbitrar unas acciones edictales de responsabilidad, y que la doctrina posterior dominó "*actiones adiecticiae qualitatis*".<sup>19</sup>

Precisamente este aspecto es el que contribuye a darle vigor y realce a esta figura.

#### D) Remedios arbitrados por el Pretor: referencia a las acciones institoria y exercitoria

Los problemas expuestos en los apartados que preceden se fueron superando en el terreno obligatorio, modificando al concurrir ciertos requisitos, por razones que la doctrina calificó de "equidad natural",<sup>20</sup> el rigor del principio de irresponsabilidad paterna por los débitos contraídos por las personas sometidas a potestad doméstica, entre los que se cuenta en una primera época, como hemos señalado, el propio *institor*, y en otro orden el *magister navis* o patrón.<sup>21</sup>

Así lo hace patente este pasaje de Ulpiano al señalar:

D. 14.1.1: Nadie puede ignorar la manifiesta utilidad de este edicto: como por las exigencias del tráfico marítimo contratamos con patrones de nave, ignorando a veces su condición y cualidades, era justo que el que lo nombró patrón para la nave quedara obligado, como se obliga el que puso al frente de un comercio o negocio a un factor; pues es más apremiante el contratar con un patrón que con un factor, ya que las circunstancias permiten que cualquiera pueda informarse de la condición del factor y contrate con él, pero no así respecto al patrón, pues a veces el lugar y el tiempo no permiten pensarlo más detenidamente".

Más adelante, el D. 14.3.1 agrega:

"El pretor consideró justo, que así como nos beneficiamos con los actos de los ("institores", es decir) factores, así también quedemos obligados y se nos pueda demandar por los contratos celebrados por ellos".

Las causas jurídicas en virtud de las cuales se concedían estas acciones podían obedecer a motivos de naturaleza variada. De igual manera, según los casos, varían la extensión y el grado de responsabilidad del *pater* o *dominus negotii*, sin perder de vista que en principio sigue latente la consideración de que se trata de una excepción a la regla de la no responsabilidad.

Los factores que parecen determinar su aplicación son agrupados por Huvelin<sup>22</sup> en dos categorías: "o el *pater* familias encargaba a su hijo o a su esclavo determinados

<sup>18</sup> D. 50.17.133. "Nuestros esclavos pueden mejorar nuestra contradicción pero no empeorarla".

<sup>19</sup> Vid. GUARINO, A. *Voz: Actiones adiecticiae qualitatis* N.N.D.I. T. I (Torino, 1957) p. 271.

<sup>20</sup> Expresión de GLUCK, F. *Comentario o.c.*, p. 3.

<sup>21</sup> Otra de las fuentes que recoge esta materia son las *Instituciones de Justiniano*. Libro IV. Título Séptimo, párrafo segundo. La edición que consultamos es la de HERNANDEZ-TEJERO, F. (Madrid, 1961) p. 249. Vid. DI PORTO, A. *Impresa collectiva e schiavo "manager" in Roma Antica* (II sec. A.C. -II

sec. D.C.) (Milano, 1984) y Recensión de esta obra A. Burdese en *Labeo* N° 32 (1980) pp. 204-215.

<sup>22</sup>HUVELIN, P. *Derecho Romano* T. IV (Montevideo, 1978), p. 184, GUARINI, A. *Actiones o.c.*, p. 271, destacan que en esta materia no se formó un principio general, mas el *praetor urbanus*, a sugerencia de la jurisprudencia, introduce en su edicto la promesa de toda una serie de acciones concebidas para hacerlas valer ante el *pater familias* los acreedores de sus sometidos.

negocios, sin entregarle un patrimonio especial, o le constituía una masa de bienes distinta del resto de su patrimonio”.

No es éste el lugar oportuno para ocuparse con detalle de estas acciones que, por lo demás, cuentan con un tratamiento parejo en nuestra doctrina.<sup>23</sup>

Ateniéndonos por consiguiente a esta consideración, nos limitamos a hacer una referencia breve a las acciones adyecticias denominadas *institoria* y *exercitoria*, únicamente en aquello que nos permita una comprensión más global del tema que aquí tratamos.

La idea central de estas acciones giraba en torno a una autorización para llevar a cabo los actos inherentes y necesarios que facultaban la realización de algún negocio desarrollado en un área de carácter mercantil.

Con ellas se conseguía hacer efectiva la responsabilidad del paterfamilias o del principal —*dominus negotii*— cuando éste actuaba en calidad de naviero —*exercitor navis*—<sup>24</sup> al colocar al frente del comando de una nave a un hijo suyo o bien a un esclavo con carácter de *magister navis*.<sup>25</sup> Asimismo se admite esta acción cuando el *pater* o *dominus* confiaba la gestión y explotación de algún negocio o establecimiento mercantil terrestre a algún *institor* o factor.

En la medida que estos actos y contratos se celebran en la órbita de la denominada *praepositio*, el pretor facultaba a los terceros contratantes a proceder en contra del *pater*, *dominus* o *exercitor navis* en forma adyecticia.

Lo que está claro es que al conceder esta acción se tiene particularmente en cuenta que el encargado, *institor* o *magister navis*, no representa su propio interés sino el de aquel que lo designa para dirigir la nave o el establecimiento ajustando su actuación a los términos de la *praepositio*.

No obstante, al no estar admitida la representación de efectos directos la actuación del *institor* o del *magister navis* se lleva a cabo íntegramente a nombre propio aunque fuese reconocible y evidente que ésta lo era por cuenta e interés del principal o naviero.<sup>26</sup>

Esta circunstancia —según se desprende de la fuente— debía quedar claramente expresada.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> VALIÑO DEL RIO, E. “Las acciones adiecticiae qualitatis y sus relaciones básicas en el Derecho Romano” A.H.D.E. N° 37 (1967) pp. 339-346; N° 38, (1968) pp. 377-480.

<sup>24</sup> El Digesto 14.1.1.15 se refiere a esta figura con cita de Ulpiano: “Llamamos naviero a aquel a quien corresponden todas las utilidades y ganancias, ya sea propietario de la nave, ya haya tomado la nave en arrendamiento a su riesgo temporal o indefinidamente”.

<sup>25</sup> El Digesto 14.1.1 se refiere a él como aquel “a quien se encomienda toda la nave”. Sobre esto, Vid. DOMINICIS A. DE, *Voz: Magister N.N.R.* (Torino, 1957) pp. 26-28 N.N.D.I. Vid. GUARINO, A. “Magister e Gubemator Navis”. *Labeo* N° 11 (1965) pp. 36-42.

Señalemos que las funciones que caracterizan al *magister navis* es el tener conferido el mando o gestión económica de la empresa naviera y la celebración de contratos propios al giro de ésta, usualmente arriendo de naves, transporte de mercancías o pasajeros para comprar aparejos, pero aunque el patrón hubiese sido encargado (sólo) de comprar o vender mercancías, también por este concepto obliga al naviero”.

<sup>26</sup> Esto se advierte lucidamente en el fragmento de la jurista Scevola en D. 14.3.20 en el cual se contempla el supuesto de que el *institor* había actuado en el ejercicio de sus funciones por cuenta e interés del *dominus negotii*:

“(Cierta persona) puso a un liberto como factor al frente de una mesa de cambio con la que negociaba; este liberto hizo un documento a favor de un (tercero), con estas palabras: “Octavio Terminal, Gestor de negocios de Octavio Félix, saluda a Dionisio Félix: Tienes en la mesa de cambio de mi patrono mil denarios que deberé entregarte la víspera de las calendas de Mayo”. Se preguntó si, habiendo fallecido (aquella persona) sin heredero y vendidos sus bienes, podía ser demandado Terminal en virtud este documento. Respondió que con estos términos, ni podría ser obligado (por acción de) derecho (civil), ni tampoco podía ser demandado justamente porque aquella lo había escrito para cumplir como factor y dar cuenta del estado de la mesa de cambio”.

<sup>27</sup> Se trata, sin embargo, de una materia no pacífica en la doctrina. Vid. HUVELIN, P. *Etudes o.c.*, p. 165, en la cual cita la opinión por una parte de Schlossman, que estima innecesaria en el supuesto de la acción *exercitoria* la declaración de que el propósito trata a nombre del preponente para convertirlo en deudor, por cuanto los romanos rechazan la idea de representación. En contrario cita a Lenel quien señala que los terceros deben saber que tratan con un simple propósito de *exercitor*. Los términos del edicto, sostiene este autor en apoyo de su tesis, prevén que la acción no se conceda sino en razón de los actos realizados, *ejus rei nomine cui ibi praepositus fuerit*, opinión esta última que comparte HUVELIN.

Ahora bien, para hacer efectiva la responsabilidad adyecticia el tercero contaba con dos acciones: una, contra el propio factor o patrón de la nave que actuaba a nombre propio en la dirección del establecimiento o el comando de la nave, aunque representando el interés del principal o del naviero. Por este motivo, a esta acción directa se añadía otra, contra aquel por cuya cuenta e interés se llevaba a cabo la actuación.<sup>28</sup>

Lo anterior pone de manifiesto que las acciones adyecticias operan de forma complementaria, incorporándose a las acciones directas o como señala d'Ors, "se agrega" a las acciones contra el mismo que contrajo la obligación (en un régimen que reconoce ya la capacidad de los hijos de familia).<sup>29</sup>

La fuente justiniana refiriéndose a esta característica destaca —con expresión de Paulo— D. 14.1.5.1: "que este edicto no substituye la acción sino que la acumula".<sup>30</sup>

Por último, en cuanto al régimen que distingue estas acciones, la doctrina las clasifica dentro de las denominadas "acciones con transposición de personas".<sup>31</sup>

Significa esto que no siendo sino "simples modificaciones de las acciones ordinarias derivadas de las relaciones contractuales o similiares a las contractuales"<sup>32</sup> para hacer efectiva la acción en contra del *pater* o el *dominus negotii* se requería una especial redacción de la fórmula. Así, la *intentio* se dirigía en contra del *praepositus* como contrayente de la relación básica negocial; la modificación entraba a operar en ese momento con la transformación de la condena (*condemnatio*), a través de la sustitución del nombre del sujeto que concluía el negocio por la designación del *praeponeus* —*pater* o *dominus*— para que, de esta forma, pudiera satisfacerse al acreedor actuando contra el patrimonio de quien, en último término, era el verdadero interesado en la negociación.

#### E) Ampliación de los supuestos originales de estas acciones: la "actio ad exemplum institoriae"

De lo que llevamos visto hasta aquí, la figura del factor enlaza con unas acciones provenientes del hecho de ocupar una posición que lo sitúa al frente de una explotación mercantil.

Las especiales características de la familia romana hacen necesaria la creación de las acciones *exercitoria* e *institoria* que, como se advierte, son anteriores al concepto jurídico de representación.

En este contexto, y como medio de dinamizar el tráfico, los requerimientos de cooperación ajena pronto hicieron necesario admitir la designación con carácter de *institor* o *magister* a individuos ajenos a los vínculos de potestad familiar que caracterizan a estas figuras en sus orígenes.

Precisamente, el reconocimiento a la institución de la representación de efectos directos comienza a vislumbrarse con la admisión de la gestión de asuntos a través de individuos que primero se encuentran en posición de dependencia social con la familia<sup>33</sup> para luego desplazarse y adaptarse a la actividad de personas libres o extrañas a ella.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> No obstante como señalan JORS, J. - KUNKEL, W. *o.c.*, p. 378 "si el acreedor estimaba que demandando directamente a quien había contratado con él tendría éxito podía proceder así, pero, por regla general, sólo la acción contra el *pater* tenía eficacia práctica".

<sup>29</sup> D'ORS, A. *Derecho Privado Romano* (Pamplona, 1986) p. 295.

<sup>30</sup> Por esta razón P. Bonfante en las notas al *Comentario* de GLUCK, F. *o.c.*, p. 5 nota b) manifiesta que el reconocimiento de una verdadera y propia representación no se tiene todavía, según el concepto moderno de este medio jurídico, porque la acción pretoria contra el llamado *dominus negotii* no elimina la

acción civil que en base al negocio se puede dirigir contra el *filius familias* que lo ha concluido, o contra el extraño en el caso en que se hubiese hecho.

<sup>31</sup> Vid. HUVELIN, P. *Etudes o.c.*, pp. 168-176.

<sup>32</sup> KASER, M. *o.c.*, p. 222. Por su parte E. CUQ *o.c.*, p. 406, destaca cómo la condena estaba subordinada a una doble prueba: de la existencia del contrato y de la calidad de la persona que se obliga.

<sup>33</sup> Acerca de este paso gradual Vid. ORESTANO, R. *Voz: Rappresentanza o.c.*, p. 798.

<sup>34</sup> RICCOBONO, S. *o.c.*, p. 132, denomina a este paso una grave derogación al principio del *ius civile* -ya apuntado por nosotros- y un progreso notable

La ampliación sobreviene hacia el fin de la era republicana y es destacada por Gayo al afirmar que "la acción institoria procede contra aquel que ha puesto a su *filius* o a su esclavo o a un extraño, sea éste un esclavo o un hombre libre".<sup>35</sup>

Presenta esta expansión algunas consecuencias particulares que podemos sintetizar del modo siguiente:

a) La variación obliga a recurrir a un tipo de reglamentación de base contractual, configurada según Serrao<sup>36</sup> como un "contrato de arriendo de cosa, (o de obra), con el propietario del esclavo, o de *locatio operarum*, o de mandato con un hombre libre". El tránsito hacia la etapa intermedia confirmará esta última especie como la figura prevalente en el ámbito de las relaciones principal-factor.

Con ello se produce aquel proceso que la dogmática moderna caracteriza como movimiento del *status* al contrato, significando con ello que la evolución del derecho es un proceso hacia la libertad, esto es, hacia el reconocimiento de la fuerza que posee la voluntad individual como fuente creadora de vinculaciones jurídicas.<sup>37</sup>

b) Las características de las acciones adyecticias, como en el caso de la *institoria*, es que permiten dirigirse contra el principal sobre la base de los efectos de los contratos. Por su virtud la acción nacida *ex contractu* se amplía con carácter adyectivo, legitimando la acción contra el principal.

c) Por último, el derecho postclásico admite una nueva ampliación al extenderse por Papiniano, en el S. III, la aplicación de la acción a quien actúa, no ya como *institor* sino como *procurator* o mandatario.

La extensión se acomoda en forma útil y de ahí el nombre con que se le conoce como *actio ad exemplum institoriae*, que los postclásicos denominan *actio quasi institoria*, en tanto se dirige contra el *quasi institor*.<sup>38</sup>

Así, el D. 14.3.19 destaca que: "Contra el que nombró procurador para recibir cantidades en préstamo, se dará la acción útil a semejanza de la institoria".

Propósito de esta extensión es la aplicación de las reglas admitidas para el *institor* en la medida en que la configuración de la relación entre *dominus* e *institor* rebasa su ámbito institucional de origen.

De esta manera, al transferirse el mecanismo de estas acciones a otras formas de cooperación como sucede con el *procurator* encuentra cabida la afirmación que ve en la

---

hacia el reconocimiento de la representación de la eficacia directa. En igual sentido, LEITCH, P.S. *Storia del Diritto Italiano I. Diritto Privato, Parte Terza "Le Obbligazioni"*, (Milano, 1948) p. 17, apunta que la concesión en el Derecho justinianeo de acciones útiles para encubrir a la regla antigua constituye "la introducción larvada de la representación directa".

<sup>35</sup> GAYO, *Institutas*, IV. 71 o.c., p. 315.

<sup>36</sup> SERRAO, F. Voz: *Institore*, (Storia) en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXI (Milano, 1971) p. 827. Sin embargo, JORS, J.- KUNKEL, W. o.c., p. 381 nota dos, rebaten la tesis, al parecer bastante generalizada, de que la "actio institoria" se concediera en un principio sólo cuando el dependiente era el hijo de familia o un esclavo del principal, y que por analogía se extendiera a los institores libres en el curso de la época clásica. Añaden que "las necesidades del comercio a las cuales ambas deben su existencia, eran independientes por completo del nexo de potestas".

<sup>37</sup> La expresión pertenece a SUMMER MAINE, H. *Ancient Law* (London, 1905) p. 151. El *status* es algo ajeno al querer del sujeto que, sin embargo, engendra obligaciones y derechos (v. gr. *status civita-*

*tis, status familiae*); en tanto que el contrato crea derechos y origina obligaciones por obra de nuestra propia voluntad. Reproducido por S. Rodota, *Il Diritto privato nella società moderna*. "Dallo status al contratto". (Bologna, 1971) pp. 241-242.

<sup>38</sup> Vid. KASER, M o.c., p. 224. La idea básica de estas acciones permitió que en supuestos análogos pero que en rigor caían dentro del ámbito de la representación indirecta se reconociera una acción útil en contra del *dominus* en base al contrato de un *procurator* encargado de una rama o sector de la administración por los débitos contraídos. Por ser parte ORESTANO, R. Voz: *Rappresentanza* o.c., p. 799, señala que "en cualquier caso la acción contra el *dominus*, no elimina sin embargo la acción directa en contra del *institor*, *magister* o el *procurator* cuando siendo personas libres hubiesen concluido negocios por cuenta de éste.

Por lo demás, agrega, el pretor tuvo el cuidado de regular mediante acciones útiles la relación inversa, esto, es la del *dominus* contra el tercero, en el caso que el factor o el *magister navis*, personas libres, no estuvieran en condiciones de ejercitar las acciones derivadas de los negocios por fallecimiento, ausencia o muerte".

acción *institoria* la larvada introducción de la representación directa,<sup>39</sup> produciéndose de esta manera la primera brecha a la regla del *ius civile* de que nadie puede ser obligado por el negocio concluido por otro.

### III. LA EXTENSION DEL PODER DEL FACTOR: DELIMITACION DE SU CONTENIDO A TRAVES DE LA *PRAEPOSITIO*

#### A) *La praepositio* como elemento esencial de responsabilidad: Concepto y características

Hemos visto que como condición fundamental para el ejercicio de las acciones *institoria* y *exercitoria* se encuentra la designación del *institor* o *magister navis* a través de la "puesta al frente", *praepositio*.<sup>40</sup>

La *praepositio* es, por consiguiente, portadora del elemento esencial<sup>41</sup> de responsabilidad adyecticia del *pater* o *dominus negotii*.<sup>42</sup>

La noción de *praepositio* parece ser un concepto sobreentendido en las fuentes, que lo da por supuesto, motivo por el cual el Digesto ni lo define ni señala cuáles son sus requisitos.<sup>43</sup>

La doctrina más autorizada se refiere a ella como aquel "acto de 'puesta al frente' de un establecimiento marítimo o terrestre con más o menos limitaciones".<sup>44</sup>

También se ha señalado que *praepositio* "quiere decir tanto de acuerdo con el significado puramente gramatical de 'posición delante de', 'al frente de', como colocación manifiesta y ostensible en un puesto o destino. En su concreta acepción jurídica puede definirse como colocación notoria que una persona hace de otra extraña, o de un *filius familias eius*, o de un esclavo propio en el puesto de administrador general de su patrimonio (*procurator omnium bonorum*), de gerente de un comercio, almacén u otro centro o área de negocios (*institor*) o de capitán de una embarcación destinada al comercio (*magister navis*)".<sup>45</sup>

Como se advierte, el alcance de este concepto es básico para determinar el motivo por el cual se extienden al principal o al naviero las consecuencias jurídicas de los negocios celebrados por el *institor* o *magister*. Se trata en síntesis de un medio revelador de la existencia cierta de un poder conferido al encargado y que sustenta, por ende, la objetiva confianza de los terceros que con él contratan.<sup>46</sup>

<sup>39</sup> Así, BONFANTE, P. en las notas al *Comentario*, de GLUCK, F. *o.c.*, 5, literalmente afirma "Siffatti istituti hanno una immensa importanza storico-giuridica perche costituiscono el primo avanzarsi della rappresentanza nel campo del diritto privato, cioe della possibilità di far ricadere gli effetti del negozio giuridico direttamente sulla persona in nome della quale si agisce".

<sup>40</sup> Conforme lo señala D'ORS, A. *o.c.*, pp. 295 y 595, la expresión *praeponere* se refiere al que está "al frente del negocio" y *praepositus* como el "encargado del negocio". Para VALIÑO, E. *o.c.*, p. 361, el término significa "colocación para funciones permanentes". En el mismo sentido GUTIERREZ ALVIZ y ARMARIO, F. *Diccionario de Derecho Romano* (Madrid, 1982) p. 551.

<sup>41</sup> Destacan este carácter con referencia al *exterior*, DE MARTINO, F. "Ancora sull 'Actio Exercitoria" N° 4 (1958) p. 276; PUGLIESE, G. "In tema di 'Actio exercitoria'", *Labeo* N° 3 (1957) p. 316.

<sup>42</sup> Cabe hacer notar que no es éste el único lugar donde se hace presente. Así por ejemplo la *praepositio* opera en el ámbito del *procurator*. Sobre esto Vid. SERRAO, F. *Il Procurator* (Milano, 1947) p. 187.

<sup>43</sup> VALIÑO, E. *o.c.*, p. 357.

<sup>44</sup> *Ibidem*, *o.c.*, p. 356. El autor destaca que "El problema de que se entiende por *praepositio* constituye el punto fundamental del que se ocupan los juristas en el título de *exercitoria actio* y en el de *institoria actio*: la referencia a las relaciones básicas (compraventa, arrendamiento, mutuo, etc.) es mínima y adicional".

<sup>45</sup> ARIAS RAMOS, J. "El transporte marítimo en el mundo romano" en *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Prof. Ignacio Serrano*. T. II (Valladolid, 1965), p. 46.

<sup>46</sup> *Ibidem*. "Ella revelaba al que negociaba con el *magister* la existencia de la concesión de poder, basaba su confianza y le prometía la vía de efectividad judicial de las repercusiones contra el naviero poderdante".



No señala el Digesto las formas o medios de la exteriorización de esta *praepositio*. La doctrina, aunque no de manera unánime, da a entender que bastan las meras apariencias externas para revelar la existencia de este poder concedido por el principal,<sup>47</sup> determinando así el encauzamiento de los beneficios y responsabilidades en su patrimonio.

De ahí que la fuente D. 14.1.1.12 señale respecto del *magister* el interés por tutelar la confianza de los terceros contratantes destacando que “el nombramiento del patrón proporciona a los contratantes una regla cierta” (*praepositio certam legem dat contrahentibus*).

En este supuesto, la responsabilidad del naviero o *exercitor* aparece determinada por el acto de establecimiento del *praepositus* en el comando de la nave cuya gestión se confía.<sup>48</sup>

Se quiere destacar además con ello que la colocación en funciones cuyo ejercicio se recomienda tanto al *institor* como al *magister* puede ser tanto la consecuencia de un acto expreso que por el modo de operar podía quedar sujeto a una manifestación a través de anuncios o carteles. Pero también podía suceder que ésta se constituyera de forma tácita, supuesto que parece ser el más frecuente a la luz de la definición que hemos citado, derivada de la simple colocación o “puesta al frente” en la gestión continuada de una determinada esfera negocial sin necesidad de un acto específico de voluntad.

Digamos que, en principio, la *praepositio* está exenta de toda formalidad. Si como veremos en relación al *institor* se exigen algunas solemnidades de publicidad, éstas sólo tienen como finalidad exteriorizar aquellas circunstancias que la reglamentan ampliando o restringiendo el alcance del poder derivado de esta *praepositio*, a través de la inserción de unas cláusulas especiales que la doctrina conoce *lex praepositionis*.<sup>49</sup>

Parece ser, con todo, que la regla general para perfeccionar la investidura del encargado de la nave o del negocio sigue siendo la colocación de forma tácita al frente del asunto encomendado.

De ahí que la delimitación de los confines de la *praepositio* se haga de una manera objetiva, siendo la propia naturaleza del negocio encomendado la que determina su extensión y alcance.

“Todo esto significa —destaca Valiño— que, salvo los signos en contra, las apariencias bastan al tercero porque se entiende que implican *voluntad* de apoderamiento del dueño y determinan, sin más para los terceros contratantes, las adecuadas acciones contra el que colocó al *praepositus*”.<sup>50</sup>

## B) La *praepositio* del *institor*: alcance y contenido de sus poderes.

### a) Consideraciones generales

Hemos señalado que la referencia a la responsabilidad adyecticia contra el *dominus negotii* sólo encuentra cabida en tanto la gestión realizada por el *institor*, o en su caso el *magister navis*, aparezca respaldada por la existencia de una *praepositio*, concediéndose la acción solamente en razón de los actos llevados a cabo dentro de esa esfera.

<sup>47</sup> Así lo estima VALIÑO, E. *o.c.*, p. 357. En cambio GLUCK, F. *Commentario o.c.*, p. 54, afirma que la designación de *institor* se logra por regla general mediante un acto escrito de poder.

<sup>48</sup> Afirma PUGLIESE, G. *o.c.*, pp. 311-312, que los efectos de esta designación no son exclusivamente internos entre el *exercitor* y el *magister navis*, por cuya virtud se confiere a este último una determinada competencia, mas se dirige a los terceros en general, autorizando a confiar en el ámbito de responsabilidad de *exercitor* además de la del propio *magister*.

<sup>49</sup> Acerca del significado de esta *lex praeposi-*

*tionis* Vid. GLUCK, F. *Commentario o.c.*, p. 55, para quien el término tiene el carácter de “instrucciones” acerca de la gestión del establecimiento, respecto de las limitaciones que eventualmente pueden ser colocadas para hacerlas valer ante terceros. El significado de esta expresión puede también consultarse en DARENBERG, Ch. y SAGLIO, E. *Voz: Institoria actio y Voz lex praepositionis, Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*. T. II, Parte Segunda, (París sin fecha) pp. 545 y 1121 respectivamente. Vid. GUTIERREZ ALVIZ, F. *Diccionario o.c.*, p. 418.

<sup>50</sup> VALIÑO, E. *o.c.*, p. 358.

La doctrina ha puesto de relieve que en un comienzo la “puesta al frente” estaba ligada a un acto de instalación real en el negocio encomendado como complemento de la voluntad de apoderar. Este supuesto parece extraído a partir de la figura del *magister navis*, al cual se colocaba al frente del comando de la nave como señal ineludible de la voluntad de confiarle su gestión.<sup>51</sup>

Parece ser que este criterio sufrió una modificación, ya que, si en un principio la *actio institoria* se concedió para el denominado *praepositus tabernae*, lo que daba la idea de un acto de instalación real en tienda o local determinado, el concepto evolucionó hacia el ejercicio de la función directiva en interés del *dominus*.<sup>52</sup>

La fuente con fragmento Paulo, destaca a este respecto D. 14.3.4: “porque con frecuencia también algunos entregan mercancías a hombres honrados para que las vendan en sus casas. El lugar de vender o comprar no cambia la clase de acción siempre que de uno u otro modo conste que el factor compró o vendió”.

Por esta razón, el ámbito de la actividad del *institor* es, como apunta Cervencia, “de naturaleza variada, pudiendo ejercer sus funciones tanto como dirigente de una tienda o almacén o como encargado de ejercitar un comercio ambulante”.<sup>53</sup>

Ahora bien, la designación del *institor* y la extensión y contenido de sus poderes arrancan de una doble forma de exteriorización que delimita su ámbito de actuación.

Esta actuación puede estar reglamentada a través de la expedición de instrucciones concretas que establecen el modo de conducir la gestión o bien la colocación de limitaciones que especifiquen el alcance de sus facultades ya sea ampliándolas o restringiéndolas, formalizadas en lo que —como hemos dicho— se conoce como *lex praepositionis*.<sup>54</sup>

De no existir estas instrucciones o límites, el *institor* goza en virtud de la *praepositio* de un poder general extendido a todos los actos pertinentes de la esfera negocial donde ha sido colocado.<sup>55</sup>

Actuando dentro de esa esfera, pero solamente en ella, su actividad comporta la eficacia de las obligaciones contraídas y los beneficios derivados en el patrimonio principal.

Sin embargo, en muchas ocasiones, como veremos a continuación, la concesión de la acción *institoria* depende de la valoración concreta que le asigne el pretor, determinando si el acto o el negocio celebrado pertenece o no a la actividad para la cual el *institor* o en su caso el *magister navis* ha sido designado.

Lo que está latente en esta fuente es el carácter restringido con el que se admite la acción en tanto ella importa, como hemos visto, una derogación al principio de irresponsabilidad pasiva, prevaleciendo siempre el criterio de protección a la individualidad.

Esbozadas estas líneas generales, veamos ahora cómo operan estos supuestos en concreto.

#### b) Existencia de limitaciones e instrucciones expresas que reglamentan los poderes de actuación del factor.

Hemos dicho que el *dominus negotii* puede expedir unas instrucciones a las que debe atenerse el *institor* colocadas en los poderes que derivan de la *praepositio*. También puede estrechar el alcance de su contenido restringiendo su ámbito que, de otro modo, se extendería a todos aquellos actos comprendidos en la dirección y administración ordinaria del establecimiento.

<sup>51</sup> *Ibidem. o.c.*, p. 358. “Respecto a la *actio exercitoria*, no parece existir duda de que el acto de instalarse en la nave del patrón debe ser el complemento necesario de la voluntad del *exercitor* de darle un poder determinado: la nave es el *locus praepositionis*”.

<sup>52</sup> Vid. SOLAZZI, S.S. *o.c.*, p. 258, quien apunta a que la acción nacida para los contratos del

*institor* propiamente dicho se extendió a los contratos de los “preposti” sin taberna, más con el fin de recabar una ganancia (*quaestus*) en un círculo de negocios.

<sup>53</sup> CERVENCA, G. *Voz: Institore, o.c.*, p. 756.

<sup>54</sup> SERRAO, F. *Voz: Institore, o.c.*, p. 829, la denomina *Conditio praepositionis*.

<sup>55</sup> DE SEMO, G. *Voz: Institore, N.D.I. T. VI* (Torino, 1938), p. 1154.

Estas instrucciones o limitaciones se caracterizan porque sólo alcanzan relieve jurídico y son eficaces frente a terceros, sujetas a la previa condición de que se hagan públicas.

De lo contrario, al no cumplir estos requisitos son ineficaces y el principal no podrá excusar su responsabilidad frente a terceros, en tanto el acto quede comprendido en el ámbito del encargo.

La publicación de ellas es por consiguiente una carga impuesta al principal que se materializa, en la medida que sus destinatarios son siempre indeterminados, a través de anuncios y carteles.<sup>56</sup>

De la proyección de estas instrucciones o limitaciones, la fuente se ocupa estableciendo un criterio negativo.

Así el D. 14.3.11.2 señala: "Pero si alguien no quiere que se contrate, debe prohibirlo (públicamente), pues si no lo hace se obligará por el mismo nombramiento que hizo".

Este mismo criterio asoma en D. 15.1.47: "Siempre que en una tienda existiese un cartel en estos términos: 'prohibido que se haga negocio con mi esclavo Januario', consta que el dueño sólo consigue con él, no poder demandarlo por la acción institoria pero puede serlo por la acción de peculio".

De los supuestos anotados en el texto se puede deducir que las limitaciones o instrucciones colocadas en el poder quedan sujetas en cuanto a su eficacia al cumplimiento de dos requisitos: que estén establecidas de forma clara e indubitada y que su exhibición sea continua y permanente.

La primera característica se manifiesta en la fuente en el terreno casuístico, buscando el señalamiento efectivo del hecho publicado, protegiendo al tercero a través de este recurso de cualquier error acerca del alcance de la *praepositio* y de las facultades que competen al factor.

A este principio se refiere Ulpiano en D. 14.3.11.3 al señalar que "prohibir públicamente lo entendemos en el sentido de hacerlo en carteles claros donde con facilidad pueda leerse bien, como los que se colocan delante de la tienda o del lugar donde se ejerce el negocio, y no en lugar escondido sino en uno visible".<sup>57</sup>

En seguida se pregunta acerca de la lengua en que debe estar escrito el texto de la *lex praepositionis* reforzando, como se desprende, la orientación dirigida a dar la mayor claridad posible al anuncio: D. 14.3.11.3: "¿Deberá estar escrito en griego o en latín? Opino que conforme a las condiciones de la localidad, para que nadie pueda excusarse con su ignorancia de la escritura. Desde luego, si alguno dijere 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".

La segunda característica se pone de relieve también con fragmento de Ulpiano en D. 14.3.11.4 al señalar: "Conviene que la prohibición quede expuesta permanentemente pues si contrató durante el tiempo en que no estaba expuesta cuando ya se borró la prohibición, tendrá lugar la acción institoria".

Como se puede apreciar, los efectos de esta prescripción son sujetar la oponibilidad

<sup>56</sup> Con relación al *magister navis*, DE MARTINO, F. "Ancora sull' o.c.", p. 277, señala que si el *exercitor*, queriendo poder dictar una *lex praepositionis*, en la cual especificase el poder conferido al *magister*, tal *lex*, añade, no tenía otra finalidad que aquella de dar a conocer a los terceros la voluntad del *exercitor*, y por consiguiente, señala, no requería de forma particular; mas el documento escrito, agrega, debía ser frecuente para encontrarse a disposición de los contrayentes, los

cuales antes de proceder a la conclusión de contratos con el *magister navis* podían considerar oportuno informarse acerca de los límites del acto de *praepositio*.

<sup>57</sup> A esto se refiere BERGER, A. Voz: *Proscribere legem* *Encyclopedia Dictionary of Roman Law* (Philadelphia, 1953) p. 652, "To make a statute public. The text was written on boards publicly displayed in the forum so that it could be plainly read from level ground (de plano). D. 14.3.11.3".

de la prohibición a la exposición continua del anuncio que la contiene. De otro modo, la responsabilidad del principal se mantiene incólume. Compete a este último la vigilancia del cumplimiento de esta formalidad.<sup>58</sup>

En cuanto a la inserción de modalidades o instrucciones que reglamenten esta actuación también aparece sujeta a igual procedimiento D. 14.3.11.5: “¿Qué ocurre si el principal quiso que se contratara con el factor de un cierto modo, o con la intervención de determinada persona, o con entrega de prenda o sobre determinada cosa? Será muy justo que se observen los términos del nombramiento”.

Otra modalidad apuntada por la fuente reside en la designación de una pluralidad de factores que limitan el contenido de la función a los términos señalados por la *praepositio* D. 14.3.11.5: “Asimismo, si alguno tenía muchos factores y quiso que se contratara o con todos a la vez o con uno solo; pero si inhabilitó formalmente a uno para que no se contratara con él, no debe quedar obligado por la acción institoria”. Incluso esta limitación puede estar referida a personas singulares: Así, agrega, “porque también podemos prohibir que contrate una determinada persona o una determinada clase de hombres o negociantes, o permitirlo sólo a ciertas personas”.

Por último, en cuanto a la facultad de designar sustituto que pareciera estar admitida en el caso del *magister navis* (D. 14.1.1.5) sin ser unánime, la doctrina hace presente la diferencia que opera entre la *praepositio* de esta figura que sí la admite, y la del *institor*.<sup>59</sup>

c) *Inexistencia de estas cláusulas. Delimitación casuística de la extensión y alcance de los poderes.*

El problema de los límites que marcan el alcance de los poderes del *institor* adquiere mayor complejidad cuando los confines de la *praepositio* nos sitúan en el terreno que delimita la franja existente entre los actos permitidos al factor en virtud del encargo y aquellos que permanecen al margen de su contenido.

Este planteamiento nos exige tener en cuenta que la configuración de este ámbito queda sujeta a unos criterios primordialmente desarrollados por la fuente en el terreno casuístico.

Lo que podríamos considerar regla general que inspira el Edicto aparece recogida en el D. 14.3.1:

“El pretor consideró justo, que así como nos beneficiamos con los actos de los (“institores”, es decir) factores, así también quedemos obligados y se nos pueda demandar por los contratos celebrados por ellos”.

A esta fórmula de alcance general le sucede en el plano de aplicación práctica una acción que se limita, en lo que se refiere a su ejercicio, a los casos en que existe un enlace entre el acto celebrado por el factor y la actividad que le compete a través de la *praepositio*.

Conforme a este criterio el D. 14.3.5.11. establece que: “no todo lo que se hace con el factor obliga al que lo nombró, sino sólo si contrató respecto a aquello de lo que el factor había sido encargado, es decir, respecto a aquel negocio para el que había sido nombrado”.

En este contexto debemos señalar que la actuación del factor se desarrolla en un tráfico negocial concreto y, por consiguiente, cualquiera que sea el criterio de interpre-

<sup>58</sup> Agrega el D. 14.3.11.4:

“Por tanto, si el principal de comercio hubiese expuesto realmente la prohibición, pero otro la quitó o por el mucho tiempo o por la lluvia o por otra causa semejante sucediera que la prohibición dejase de estar expuesta o que no fuese visible se ha de decir que queda obligado el que lo nombró al factor. Pero si el

mismo factor quitó el anuncio para defraudarme, el dolo de éste, debe perjudicar al que lo nombró, a no ser que participase en el dolo el que contrató”.

<sup>59</sup> Sobre esta característica que se apunta con diferencia con el *magister navis*. Vid. DE MARTINO, F. “*Ancora sull’ o.c.*”, pp. 278 s., y PUGLIESE, G. *o.c.*, p. 314; HUVELIN, P. *Etudes o.c.*, p. 166.

tación que se adopte acerca de su actuación, esta delimitación habrá de operar sobre aquellos actos que tengan una referencia directa e inmediata con la función.

De ahí que el texto apunte claramente cuál es la idea que preside la concesión de esta acción y señala D.14.3.5.12: "Por consiguiente, si lo encargué de la venta de mercancías, estaré obligado en su nombre por la acción de compra; asimismo, si acaso lo hubiera encargado de comprar me obligare tan sólo por la acción de venta. Pero no deberá quedar obligado si lo encargó de comprar y el factor hubiese vendido, ni tampoco si lo encargó de vender y el factor hubiese comprado. Así lo aprueba Casio".

Por la serie considerable de casos es imposible establecer en forma previa el alcance y contenido exacto que comprende la *praepositio*, con la cual su determinación más aproximada surge de unos criterios de valoración, esto es, lo que razonable y objetivamente puede hacer el *institor* para desempeñar la función que le ha sido encomendada.

Por este motivo, la fuente dilucida a través de una casuística aleccionadora los casos específicos en que el factor está facultado para la realización de determinadas operaciones, si quedan o no comprendidas entre sus facultades y si, en definitiva, obligan o no al principal.

Un ejemplo concreto, conectado con la realidad cotidiana (que este derecho concebido para su aplicación jamás pierde de vista), son los supuestos —tal vez los más frecuentes a lo largo del proceso de evolución de esta figura— relacionados con préstamos concedidos o solicitados por el *institor*.<sup>60</sup> La referencia a este supuesto también se advierte con relación al *magister navis*.

Cabe en esta dirección señalar que los criterios empleados para discernir cuáles son los límites en que la actividad del factor compromete la responsabilidad del principal han servido para que Bonfante,<sup>61</sup> partiendo de una visión retrospectiva afincada en el Código de Comercio italiano de 1882, destaque cómo el Derecho Romano ilustra la distinción teórica entre actos calificados como pertenecientes y aquellos que con carácter necesario presentan una conexión meramente accidental, tomando como punto de partida los ejemplos que suscita la fuente justiniana.

Siguiendo el camino trazado por esta doctrina no resulta difícil advertir el enlace con las categorías empleadas por la doctrina mercantil moderna, situándonos así en los casos en que el principal resulta obligado o bien exento de la responsabilidad derivada de los negocios celebrados a través de factores.

En los ejemplos que se anotan dicha distinción aparece lúcidamente expuesta, con lo cual una vez más se confirma la hipótesis señalada en un comienzo acerca de los claros antecedentes romanos tanto de la figura como del problema que se viene analizando.<sup>62</sup>

Veámos cómo operan en la fuente:

1) El *dominus* responde *siempre* cuando el préstamo solicitado constituye el objeto propio del negocio encomendado al factor.

D.14.3.5.2:

"También escribió Labeón que, si alguno hubiese puesto al frente de un negocio de préstamo con interés, o para cultivar los campos, o para hacer los pagos, se obliga por el todo".

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, la S.T.S de 2 de abril de 1862 hace una expresa referencia a estos supuestos de "levantamiento de empréstitos" por un factor tomando como base las reglas del Digesto que aquí se comentan.

<sup>61</sup> BONFANTE, P. en notas al *Commentario de GLUCK*, F o.c., p. 77 nota dos.

<sup>62</sup> De ahí que DE SEMO, G. Voz: *Institoria* o.c., p. 1155, destaque la continuidad de las directri-

ces que disciplinan al *institor* romano frente a la figura moderna, reglas que, según afirma, se transmiten con modificaciones no esenciales al derecho intermedio y sustancialmente acogidas por nuestro sistema legislativo (se refiere al Código de Comercio italiano de 1882). Puede consultarse además: GORDON, W.M. "Agency and Roman Law" en *Studi in Onore di C. Sanfilippo*, Vol. III (Milano, 1983) pp. 341-349.

2) En otros supuestos crediticios el sentido de la solución varía.

Son dos las hipótesis que se consideran:

a) El principal ha prohibido al factor la celebración del contrato. En tal caso como señala el texto no procede la acción *institoria* en su contra D. 14.3.5.13.

b) El principal nada ha dicho, pero el mutuo se presenta como necesario para la subsistencia del negocio o para desarrollar regularmente su giro propio. En tal caso la doctrina desprende una especie de consenso tácito<sup>63</sup> del cual deriva la responsabilidad del principal.

La fuente cita a este respecto el caso del préstamo para comprar mercancías, para pagar alquiler de la tienda (D. 14.3.5.13), y el caso del hijo que puesto por el padre como factor recibe un mutuo para la compra de mercancías de las que el padre sale fiador y cuyo importe pasa a incorporarse al negocio (D.14.3.19.2).

c) Puede ocurrir que aquel que actúa al frente del establecimiento como factor sea un hijo de familia. Si éste recibe un mutuo, en principio puede excepcionar su devolución por vía del Senado Consulto Macedoniano. Sin embargo, la fuente D.14.6.7.11 estima que, salvo prohibición expresa, si ha sido designado por consentimiento del *pater* para negociar tanto con mercancías propias como las de peculio se reputa que en ese supuesto está autorizado el préstamo y se deroga la excepción concediendo la acción.

Por su parte, el acreedor debe estar atento a que el préstamo se conceda para un propósito relativo a la negociación encomendada al factor. Mas esta diligencia no llega a imponer la obligación de vigilar su empleo (D. 14.1.7.2).

A título ilustrativo, por último, señalemos que a este elenco de casos se agregan aquellos relacionados con la actividad del *magister*, relativamente a la responsabilidad surgida para el *exercitor* por los actos pertenecientes al comercio marítimo.

En esta dirección, De Martino<sup>64</sup> llega a la conclusión a partir de las fuentes de que el *exercitor* se obliga por aquellos actos que tienen relación con la actividad normal del tráfico marítimo, como el transporte de personas, de mercancías, la compra y venta de éstas, los gastos para la navegación y la reparación de la nave y los mutuos contraídos con tal finalidad.

Agrega este autor, en otra sede, que “las fuentes justinianas tienden a alargar los principios clásicos respecto de la responsabilidad del *exercitor*, concediendo la acción para todos los contratos estipulados por el *magister navis*, mientras que, según la jurisprudencia clásica, tales límites eran muy rigurosos y derivaban del acto de *praepositio* en el cual específicamente venían enumeradas las actividades consentidas al *magister*”.<sup>65</sup>

En este sentido, cobra especial interés el criterio casuístico empleado para fijar los márgenes de la actividad del *magister navis*, determinando correlativamente la responsabilidad que corresponde al *exercitor*.

En este ámbito se advierte que el texto toma un sesgo parecido al predicado con respecto al *institor*.

En principio, la acción —siguiendo la orientación tradicional de esta fuente— se condiciona al núcleo de operaciones que pertenecen al área de negocios para la cual el *magister navis* había sido designado, que, como señalaba De Martino hace un momento, están en correspondencia con la “actividad normal del tráfico marítimo”.

La determinación de estas facultades desde una perspectiva indudablemente casuística parece encabezar la atención de la regla justiniana al señalar D. 14.1.1.7: “No

<sup>63</sup> GLUCK, F. *Commentario o.c.*, p. 58.

<sup>64</sup> DE MARTINO, F. “Ancora sull’ o.c.” p. 278. Vid. HUVELIN, P. *Etudes o.c.*, p. 164. Vid. POWELL, R. “Contractual, Agency in Roman Law and English Law” en Butterworth’s, *South African Law Review*, pp. 41, 53-54 cit. en *The Law of Agency* (London, 1961) p. 41. “The concept of usual authority, howe-

ver, was to be found in Roman Law; for the authority of a master of a ship (*magister navis*) or the manager of a business (*institor*) was limited to the usual course of his business”.

<sup>65</sup> DE MARTINO, F. *Voz: Exercitor*; N.N.D.I. T. VI (Torino, 1957, p. 1089.

por cualquier causa da el pretor acción contra el naviero, sino sólo por razón del negocio que fue encomendado al patrón, es decir, si éste hubiese sido puesto para aquel negocio...” En seguida apunta por vía ejemplar a un conjunto de operaciones que podríamos designar como propias del comercio marítimo y que el texto recoge con base a un criterio de dependencia razonable y objetiva a este tipo de actividad. Así cita el arriendo, el transporte, la compra de cosas útiles para la navegación o los gastos destinados a reparar la nave. Incluso, y siguiendo en este terreno, puede suceder que por la naturaleza de la actividad marítima el patrón se vea obligado a solicitar préstamos. El texto reconoce la eficacia obligatoria de estos actos y la consiguiente repercusión en la esfera del naviero en la medida que se trate de necesidades surgidas *con ocasión* de la navegación (D. 14.1.1.8.9.11 y D. 14.1.1.7.).

Retengamos de esto que siempre que la actuación del *magister* responda a la esfera de su nombramiento y a las facultades derivadas de él, se establece una responsabilidad para el naviero, con lo cual la regla básica será precisamente la esfera negocial que se le asigne para su gestión.

Esta interpretación opera con alcance genérico cuando el D. 14.1.1.12 señala que: “Así, pues, el nombramiento proporciona a los contratantes una regla cierta...”, que permite saber qué clase de actividades se incluye en el ámbito de facultades del patrón. Añade el texto, “por lo cual, si lo puso al frente de una nave sólo para que cobre fletes y no para que dé en arrendamiento (quizá porque el mismo naviero había arrendado, y si sólo le encargó de arrendar y no de cobrar los fletes, debe decirse lo mismo)”, reglas que se rematan en el fragmento final al señalar que “...no obligará al naviero si se excede en sus atribuciones”.

Digamos, para finalizar, que en caso de existir eventuales limitaciones a la *praepositio* del *magister* el texto omite la regulación de los medios de formalizar y darlas a conocer a terceros como ocurre con las del factor.<sup>66</sup>

La doctrina ha afirmado<sup>67</sup> que, para conceder la acción contra el *exercitor*, no es determinante que el tercero conozca con quién trata y cuáles son los límites de la *praepositio*.

Al tercero no le debe bastar, sin embargo, su propio conocimiento, pesando sobre él la carga de cerciorarse que contrata con un *magister navis* y acerca de la extensión de sus poderes.

En este sentido, se indica que la eventual ignorancia de éste de nada le ayuda.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> *Ibidem*. Voz: *Exercitor o.c.*, p. 1091, destaca que una antigua interpretación limita el principio conforme al cual se da lugar a la responsabilidad del *exercitor*, cuando por su culpa se hace imposible que el tercero contratante conozca los límites de la *praepositio*. A pesar de ello, agrega, no existen vestigios que puedan extenderse al *exercitor* reglas que fueron afirmadas en la práctica de las relaciones con los factores.

<sup>67</sup> *Ibidem*. En esta dirección el autor se refiere al conocimiento o *scientia* del tercero al tratar con un “preposto” y al conocimiento de los términos de la *praepositio*.

El relieve de la *scientia*, según señala, aparece en las fuentes solamente a propósito de un mutuo *reficiendae navis*. Agrega que en líneas generales esta *scientia* del tercero no es relevante; relevante es, en cambio, el hecho objetivo que el contrato recaiga en los límites de la *praepositio*. Corresponde por tanto al tercero, el cual, en la actividad viva del tráfico, no podía ser inexperto como tampoco en sus usos y debía saber bien cuándo se encontraba y trataba con un *magister*, informarse acerca de los poderes que a éste le correspondían en virtud de la *praepositio*.

<sup>68</sup> Así PUGLIESE, G. *o.c.*, p. 312.

## SITUACION DEL PROBLEMA EN EL DERECHO INTERMEDIO HASTA LA ETAPA DE LA CODIFICACION

### I. LA EVOLUCION POSTERIOR DEL FACTOR A PARTIR DE LA ETAPA ROMANA

#### A) *Permanencia de la configuración romana del factor*

El predominio del Derecho que surge a partir de la Compilación justiniana, como ingrediente que marca la evolución del factor hasta su incorporación en los Códigos, obedece sin duda a la recepción de que es objeto primero en la obra de los glosadores y posteriormente en la de los postglosadores y comentaristas.

El denominado renacimiento jurídico<sup>1</sup> trae consigo una revitalización de los estudios de Derecho Romano. Su aplicación obedece a las notas de racionalidad y universalidad que ofrece este Derecho, lo cual colabora eficazmente en su implantación paulatina como Derecho Común de todos los ordenamientos,<sup>2</sup> al tiempo que se acomoda a las circunstancias surgidas a partir de la resurrección del comercio.<sup>3</sup>

Se trata de una época en la cual coexisten pluralidades de ordenamientos integrados a aquello que se ha denominado "Sistema de Derecho común".<sup>4</sup>

Entre las fuentes de producción normativa corresponde hacer hincapié en aquellas que conforman el sedimento histórico del Derecho Mercantil (costumbres recogidas en ferias y mercados, decisiones de órganos corporativos, etc.) y que posteriormente pasan a formar parte del núcleo fundamental de los primeros textos que se ocupan de cuestiones relativas a la actividad del comercio y de los mercaderes.

Aparecen los *Tractatus*<sup>5</sup> en forma de comentarios singulares a materias propias del tráfico mercantil y a sus instituciones más clásicas (el propio factor, la letra de cambio, el contrato de seguro marítimo).

La mutación de las circunstancias económicas y de modo particular el desarrollo que alcanzan las ciudades italianas (especialmente la "República de Venecia") y la expansión hacia un tráfico de ámbito cada vez más internacional muestra la insuficien-

<sup>1</sup> CALASSO, F. *Medioevo del Diritto- Le Fonti* (Milano, 1954), p. 354.

<sup>2</sup> DIEZ PICAZO, L. "El Sentido Histórico del Derecho Civil". R.G.L.J. Separata (Noviembre, 1959) p. 31.

<sup>3</sup> En este sentido BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. "Origen Histórico del Derecho Mercantil" en *Estudios en Homenaje a Joaquín Garrigues* (Madrid, 1971) p. 25, destaca citando a Von Savigny a propósito de la recepción del Derecho Romano en Italia, durante el S. XII y el nacimiento de la Escuela Jurídica de Bolonia "los derechos populares germánicos no eran apropiados a esta situación y tampoco bastaba ya el escaso conocimiento del Derecho romano que hasta entonces había servido; sólo eran del todo sufi-

cientes las fuentes todavía conservadas de ese Derecho y bastaba con utilizar adecuadamente esas fuentes; así por medio de un trabajo científico se estaba en posesión de un derecho que satisfacía plenamente a la necesidad recientemente surgida".

<sup>4</sup> CALASSO, F. *Medioevo del Diritto, o.c.* pp. 387; 470 ss.

<sup>5</sup> Vid. CALASSO, F. *Il negozio giuridico. Lezioni di Storia del Diritto Italiano* (Milano, 1959) p. 312. Estos *Tractatus*, según señala, surgen como elaboraciones que tienen "por objeto la exposición de un sector definido de la fenomenología jurídica que se revela a los ojos del teórico como una unidad orgánica a un análisis particular con una técnica y terminología propia".



cia del *ius commune* surgido de la Compilación, el cual paulatinamente empieza a resultar inadecuado para atender estos nuevos condicionamientos.<sup>6</sup>

Pese a estas lagunas, el Derecho Romano de la Compilación justiniana pervive, y el examen de los primeros textos del *ius proprium* de los comerciantes que tratan de la actividad como fenómeno económico no logra desligarse de esta raigambre civil "adaptando" en buena medida las instituciones que en estos textos comienzan a aparecer acaudaladas por una rica casuística jurisprudencial.

#### B) Aplicación del Derecho de la Compilación. Referencia a los textos de los glosadores e innovaciones que éstos introducen

La exaltación del Derecho Romano como fuente de inspiración directa del régimen jurídico del factor se advierte con claridad en los textos de las escuelas de los glosadores que tratan de esta figura y de sus peculiares características.

En particular y sin pretender una catalogación exhaustiva de estas fuentes, lo cual escapa a nuestro propósito y preparación, podemos destacar, sin embargo, algunos criterios a los que interesa prestar atención.

De modo congruente con ello, los autores que tratan del tema del factor adjudican a esta figura la condición de apoderado general del principal puesto al frente del establecimiento o de cualquier otra negociación.<sup>8</sup>

El principal resulta obligado dentro del ámbito que corresponde al tráfico que se encomienda al factor en tanto no reglamente la contratación a través de una *lex praepositio* hecha de forma pública<sup>9</sup> o bien cuando exista una prohibición expresa de contratar,<sup>10</sup> la cual debe quedar expuesta durante todo el tiempo que dure la gestión.<sup>11</sup>

Aunque nos limitemos a resaltar estas líneas fundamentales de la disciplina dispensada por esta escuela, no podemos dejar de referir que la lectura de estos textos insinúa una mayor elaboración con respecto a las formas como la voluntad del principal se exterioriza y que conducen al establecimiento de la *praepositio*.

<sup>6</sup> Recuérdese que aparte de la *lex Rhodia de iactu*, y las acciones *exercitoria*, *institoria* y *tributoria* y el *foenus nauticum*, son pocos los fragmentos del Digesto que se ocupan de instituciones consideradas como propiamente mercantiles.

<sup>7</sup> La recepción del Derecho de la Compilación en las obras de los mercantilistas clásicos ha sido expuesta con amplia documentación por FIGA FAURA, L. "Los civilistas y la evolución histórica del Derecho Mercantil" A.D.C. N° 37 (enero-marzo, 1984) pp. 369-388. Señala este autor (p. 383) que la aparición entre otras figuras del factor o *institor* en los textos mercantiles obedece a una cuestión "meramente terminológica", consistente en la reducción de las palabras utilizadas por los comerciantes de la época a la figura jurídica que mejor encaja, que no es otra que la existente en el *Corpus Iuris*. En definitiva, concluye este Derecho, "no es más que el *ius commune* complementado para algunas normas que no persiguen ni consiguen desvirtuarlo".

<sup>8</sup> AZZON DE PORCI, *Summa Azzonis, Locuples Iuris Civilis Thesaurus (Venetiis, 1581)* folio 342.: N° 10 "Institor enim dictus est ex eo, quod negotio gerendo instet. Nec refert, tabernae sit praepositus, an cuilibet negociationi"; ODOFREDUS,

*Lectura Super Codice I. Prima Pars Super Codice* Libro III (Lugduni, 1552- Reimpresión, Bologna 1968), folio 223: "Verus institor est, qui prepositus alicui negotiatione".

<sup>9</sup> ODOFREDUS, *Lectura Super Digesto veteri* II - (Lugduni, 1552 Reimpresión, Bologna, 1968) Libro XIII folio 62. "Qui preponit aliquem certo loco videtur permittere cum eo contrati nisi contrarium literis publice et legitime proscripta contra qua scripturan non cadit ignorantia don ec durat secus si fuerit extincta nisi dolus contrahentibus affuerit hoc dicit". "De quo palam prascripta erit".

<sup>10</sup> AZZON DE PORCI, *o.c.*, folio 342: N° 15 "Et si denunciaruit alicui me cum eo contrahere, non tenebor ei institoria". "Na et certa personam possú prohibere contrahere, vel certum genus hominum, vel negociatori et certis hominibus permittere".

<sup>11</sup> *Ibidem.*, "no prohibui in secreto, sed palam, et in eui dentí, scriptura facta ante locú in quo negotiatio exercetur, non in loco remotó nó poterit quis excusari ignorantia". Agrega a continuación, "Item oportet durare praescriptionem in id tempus, quo contractum est alioquin si tunc erat obscurata praesciptio, vel sublata vetustate, vel pluvia, vel simili casu, vel ab extraneo, tenebitur praeponeus institoria".

Así las fuentes consultadas distinguen los casos en que se producen situaciones dirigidas de modo directo e inmediato a exteriorizar esta voluntad en orden a asumir los beneficios y responsabilidades provenientes de la actividad del factor, separado de aquellos casos en que la función encomendada deriva de una voluntad emitida de forma tácita.<sup>12</sup>

De cualquier manera —a reserva de que existan limitaciones o prohibiciones— la responsabilidad del principal no se modifica, quedando obligado por todos los actos provenientes de la gestión del establecimiento.<sup>13</sup>

Parece ser suficiente esta referencia para señalar que esta manifestación técnicamente más perfecta de voluntad advierte una clara influencia del pensamiento que empieza a ver en esta figura la fisonomía de un mandatario general investido de la representación del principal.<sup>14</sup>

## II. LAS CIRCUNSTANCIAS HISTORICO-JURIDICAS QUE EXPLICAN LA PERVIVENCIA DE LA FIGURA

Entre las circunstancias que contribuyen a resaltar la figura jurídica del factor, tiene interés destacar, como toda institución de honda difusión práctica, las vicisitudes históricas que jalonan su desarrollo.

Reconociendo que su estudio sistemático pertenece a otra disciplina, conviene apuntar al respecto la existencia de dos hechos que son determinantes para la subsistencia de esta figura en el marco de una nueva realidad social y jurídica.<sup>15</sup>

Por una parte, digamos que el relieve de esta figura corre parejo con aquello que se conoce como revolución comercial y el despertar de la función mercantil<sup>16</sup> que deja tras de sí un largo período de estancamiento. La transformación de estos factores condicionantes logra en sustancia dinamizar el intercambio y promover la sucesiva difusión del tráfico comercial.

El segundo hecho viene a estar señalado por la paulatina sedentarización —empleando el término de Renouard—<sup>17</sup> de la función mercantil, significativa a nuestro juicio de los motivos que impulsan el resurgimiento del factor como figura auxiliar.

<sup>12</sup> *Ibidem.*, o.c., p. 342 N° 14: "Expressim, ut sit praeposui eum, ad distrationem mercium, tenebor euis, noie institoria actione ex empto". Enseguida agrega, "Tacite aute videor permisise praeposito ad emedas merces, ut accipiat mutuum pro precio solvendo vel pensione taberna solvenda".

<sup>13</sup> *Ibidem.*, N° 9: "Institoria autem actio datur contra illum qui praeposuit aliquem statione vel negociatione gerendae contrahentib, cum praeposito in eam causa, in quam praepositus est expressim, vel tacite".

Vid. En dirección semejante PETRUS DE BELLA, *Super IX, Libro Codicis*. (París, 1569 - Reimpresión Frankfurt 1968, folio 186).

<sup>14</sup> En Roma, el mandato es un contrato consensual que puede ser conferido bien de forma expresa o bien tácita. Vid. WATSON, A. *Contract of mandate in Roman Law* (Oxford, 1961), pp. 62-63.

Este principio aparece por lo demás con carácter tradicional en las fuentes españolas y con esta connotación se recoge en las Partidas Alfonsinas (5.12.24).

<sup>15</sup> La bibliografía que hemos consultado es la siguiente: PIRENNE, H. *Economic and Social History of Medieval Europe* (New York, 1937); SUAREZ FERNANDEZ, L. *Historia Social y Económica de la Edad Media Europea*, (Madrid, 1969); CASSANDRO, G. *Saggi di Storia del Diritto Commerciale* (Nápoli, 1978); LE GOFF, J. *Marchands et banquiers du Moyen Age* (París, 1980); GOLDSCHMIDT, L. *Storia Universale del Diritto Commerciale* (Torino, 1913); FANFANI, A. *Storia Economica - Trattato Italiano di Economia*. Vol. V (Torino 1968).

<sup>16</sup> Esto sobreviene con la constitución de ciudades y la organización de mercados. Vid. SUAREZ FERNANDEZ, L. o.c., p. 169, PIRENNE, o.c., p. 44, CASSANDRO, G. o.c., p. 22, BERCOVITZ, A. o.c., pp. 11-15.

<sup>17</sup> RENOARD, Y. *Études d'Historie médiévale*, T. I (París, 1968) p. 421. En igual sentido LE GOFF, J. o.c., p. 19.

De modo particular este desarrollo viene a acentuarse con el impulso que adquiere el comercio en forma de establecimientos o empresas conocidas en la época bajo el nombre de Compagnias.<sup>18</sup>

Sin extendernos más en estas consideraciones, las circunstancias reseñadas explican inicialmente el motivo por el cual la figura del factor vuelve a revivir en difusión y actualidad y, paralelamente, la razón por la cual aparece recogida como pieza clave del tráfico, atendida por la casi totalidad de la literatura mercantil de esta época.<sup>19</sup>

### III. LA POSICION INSTITUCIONAL QUE CARACTERIZA AL FACTOR: EL NUEVO MOLDE JURIDICO DEL MANDATO MERCANTIL

#### A) Evolución de la representación jurídica: admisibilidad de la representación directa

Recordamos que en la etapa romana del *institor* no existe una aceptación de la representación con efectos inmediatos, aun cuando se logren por vía pretorial unos resultados prácticos similares a los que derivan de esta institución.

No es pacífica la doctrina a la hora de considerar los perfiles que la representación adquiere del Derecho de la Compilación.

Algunos la admiten abiertamente;<sup>20</sup> otros mantienen, en cambio, su carácter excepcional.<sup>21</sup>

Entre estos últimos se sostiene que este rechazo se desliza a la Escuela de los glosadores, aunque ya los postglosadores introducen tal cúmulo de excepciones que se afirma que la regla sobre inadmisibilidad había desaparecido.<sup>22</sup>

Es mérito del Derecho Canónico constituirse en artífice de la consagración definitiva de la regla que establece la representación con efectos directos para otro.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> La abundante utilización de factores por parte de estas Compañías es puesta de relieve por RENOARD, Y. *o.c.*, pp. 511, 545. Así la Compañía de los Bardi tenía nada menos que 345 factores esparcidos por distintas sucursales europeas. Así lo destaca con relación a los lombardos SCHUPFER, F. *Il Diritto delle obbligazioni in Italia nell'eta del risorgimento* Vol. III (Milano, 1921) p. 4. Para España citamos el caso del banquero Simón Ruiz con un circuito amplio de corresponsales. Vid. una aproximación historiográfica de indudable interés, AGUILERA BARCHET, B. Tesis doctoral, *Evolución histórica de la letra de cambio en Castilla. Siglos XV a XVIII* T. I. (Madrid, 1983).

<sup>19</sup> El factor aparece vinculado tanto a funciones de dirección de una sucursal de Compañía, como lo señala entre otros SUAREZ, L. p. 275 o también ligado con carácter de *tractator* o gestor de un contrato de *commenda*, como lo destacan entre otros GOLDSCHMIDT, L. *o.c.*, p. 211 y SCHUPFER, F. Vol. III *o.c.*, pp. 123 s. La historiografía nos enseña sin embargo que su actuación en el tráfico no siempre tuvo perfiles nítidos. Vid. KREUGER, H.C. "Genovese merchants, their partnerships and investments 1155-1164" en *Studi in Onore di Armando Saporì* pp. 257-271. El propio GOLDSCHMIDT, L. *o.c.*, p. 197, anota como la identificación de las responsabilidades del *institor* y del *dominus negotii* hicieron que el pri-

mero no se distinguiera nítidamente del *socius*; pero gradualmente se fue afirmando el principio de que el *institor* —cuya denominación aparece ya en los estatutos medievales como factor— obrando con arreglo a las instrucciones recibidas, obligaba únicamente el patrimonio del *dominus* que es quien respondía y no el suyo propio. Los estatutos usualmente empleaban la cláusula: "per se vel per suos socios, factores famulos-socii; vel factores vel discipuli-compagni, fattori, discipoli ecc.

<sup>20</sup> RICCOBONO, S. *o.c.*, p. 127 s; "Nel diritto giustiniano la rappresentanza e naturalmente ammessa in tutte le forme, come nel diritto moderno".

<sup>21</sup> En este sentido, ORESTANO, R. Voz: *Rappresentanza o.c.*, p. 800; JORS, P. -KUNKEL, W. *o.c.*, p. 145.

<sup>22</sup> Así, BESTA, E. *Le obbligazioni nella Storia del Diritto Italiano* (Padova, 1936), pp. 82-83.

<sup>23</sup> Vid. CALASSO, F. *Il negozio giuridico o.c.*, p. 319. Libro Sexto del *Corpus Iuris Canonici*. C. 68-6-VI reg. jur. 5-12. La regla queda enunciada así: "potest quis per alium quod potest facere per se ipsum". Para SCHUPFER, F. *Il Diritto delle obbligazioni in Italia nell'eta del risorgimento*, Vol. I. (Milano, 1920) p. 68. BESTA, Y.E. *o.c.*, p. 81, la aceptación de la representación es una expresión que surge a partir del concepto de *caritas* impulsado por la Iglesia.

Con escasas excepciones, el principio aludido se fue adaptando al flujo de las relaciones y costumbres mercantiles de la normativa estatutaria, armonizando de esta manera con la evidente utilidad aportada por esta institución.<sup>24</sup>

B) *La aproximación de la representación al mandato y la modificación del carácter gratuito de este último*

Atención particular merece la evolución de la figura del mandato en cuanto absorbe dentro de su esquema jurídico a la figura del factor.

No obstante la diversidad de orígenes de las figuras de la *procura* y el mandato separados en la etapa clásica, en el Derecho justiniano tanto el *procurator omnium bonorum* como el *unius rei* aparecen como mandatarios por virtud de la naturaleza del asunto que se encomienda.<sup>25</sup>

Con esta especificación, la representación se asienta en la figura contractual del mandato, erigiéndose como vehículo exclusivo de la constitución de representante.<sup>26</sup>

Se trata en sustancia, como afirma Schupfer, de un nuevo modo de entender el mandato, añadiendo sobre el efecto inmediato o directo que ahora se produce que, "en síntesis el principio del nuevo derecho era de *qui mandat ipse fecisse videtur*, bien distinto al de los romanos".<sup>27</sup>

Otra modificación importante es la paulatina aceptación del mandato retribuido, contrastando el carácter gratuito que presenta este contrato en Roma, hostil, como se sabe, a toda compensación pecuniaria (*mandatum nisi gratuitum nullum est*).<sup>28</sup>

El florecimiento de centros comerciales y la expansión de éstos a través de sucursales hicieron sentir la necesidad cada vez más frecuente de recurrir a esta estructura jurídica en la que toma asiento la relación entre principales y factores.

A ello cabe agregar que el recurso a la figura del factor permite eludir la prohibición de ejercicio del comercio que afecta a determinadas personas y profesiones, los cuales recurren a la actuación de estos mandatarios o bien por intermedio de comisionistas que desarrollan una actuación a nombre propio.<sup>29</sup>

Congruentemente con lo expuesto, el factor queda caracterizado como un mandatario mercantil<sup>30</sup> y como tal es considerado por la doctrina, especialmente la italiana que surge en este período,<sup>31</sup> obligando al *praeponeus* en todas las operaciones que realiza en los límites de su mandato.

<sup>24</sup> Vid. LEITCHT, P.S. *Storia del Diritto Italiano* I. o.c., pp. 19-20 que destaca el caso del Liber Consuetudinem de Milán que reafirma la regla romana. Incluso los Estatutos de Milán del S. X exigen ratificación de aquel que por este modo se obliga. Más antecedentes, SCHUPFER, F. o.c., pp. 69-70.

<sup>25</sup> BONFANTE, P. *Instituciones*, o.c., pp. 489-490.

<sup>26</sup> Vid. ARANGIO RUIZ, V. *Il mandato in Diritto Romano*, (Nápoli, 1965) pp. 52-55, 77-78. Así, ORESTANO, R. *Voz: Rappresentanza*, o.c., p. 799.

<sup>27</sup> SCHUPFER, F. V. III, o.c., p. 9.

<sup>28</sup> Así lo indica BESTA, E. o.c., pp. 251-252.

Por su parte, SCHUPFER, F. V. III, o.c., p. 5 destaca cómo ese carácter retribuido termina por generalizarse "e anzi l'onorario del mandatario fini additura con pasare de *stylo mercaturae* appunto como *laudabilis mercatorum usus*, simile alle ricompense del Digesto".

Vid. STRACCAE, B. *De Mercatura Decisiones et Tractatus Varii*, (Lugduni, 1610, Reimpresión Torino, 1971), *Titulus Mandati*, folios 418-421 N° 32.

<sup>29</sup> En este sentido MELLINI, C. *Voz: Mandato commerciale. Il Digesto Italiano*. T. XV (Torino, 1927) p. 469. La comisión fue considerada como contrato fundamental y tuvo amplia difusión y utilidad en el comercio a través del cual penetra el mandato mercantil. Así quedó posteriormente regulada en la Ordenanza de Bilbao en el Capítulo XII. "De las comisiones entre mercaderes, modo de cumplirlas, y lo que se ha de llevar por ellas".

<sup>30</sup> DE SEMO, G. *Voz: Institore* o.c., p. 1155.

<sup>31</sup> Los juriconsultos medievales recurrirán siempre al mandato como figura típica a la cual se le agrega la representación. Así lo indica OLIVERI, A. *Voz: Mandato Civile. Il Digesto Italiano*, T. XV (Torino, 1927) p. 377.

#### IV. PECULIARIDADES QUE PRESENTA LA ESTRUCTURA JURIDICA DEL PODER DEL FACTOR EN LAS FUENTES DOCTRINALES CON REFERENCIA A LA LITERATURA MERCANTIL DEL PERIODO

##### A) Otorgamiento del poder

La referencia a la estructura jurídica que presenta el poder del factor<sup>32</sup> en la doctrina mercantil del Derecho Intermedio y de los comentarios de los denominados tratadistas clásicos de esta disciplina, fundamentalmente italianos, reviste interés, por cuanto en ellos se advierte ya la *ratio* de los preceptos que posteriormente sistematiza la codificación.

Tiene importancia resaltar el hecho de que la base de algunas de estas reglas descubre un origen judicial en tanto surgen comentarios elaborados al hilo de sentencias pronunciadas por tribunales de corporaciones o de aquellos que se ocupan de cuestiones o materias de índole mercantil.

Como punto especialmente interesante para el análisis ulterior, las aludidas reglas hacen hincapié en la consideración del factor como un mandatario permanente y estable,<sup>33</sup> dotado de poder de representación otorgado bien de forma expresa o bien tácita, pero con igual eficacia vinculante para el principal.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> El término factor arranca de la literatura jurídica medieval y de los primeros tratadistas mercantiles.

La voz factor aparece vinculada a aquellas personas que desarrollan tareas agrícolas habiéndose extendido al campo comercial. Vid. MAROI, F. Voz. *Fattore de Campagne*. N.D.J. T. V (Torino, 1938) p. 972-973. Indiscutible resulta la amplia utilización del término "factor" por los comerciantes italianos del S. XII. Aparece recogida hacia el S. XIV en los famosos Estatutos de la Corporación "Arte de la Calimala" que habla de "compañeros, factores y discípulos".

Ahora bien, el cambio de locución de *institor* por la de factor parece obedecer a una voz considerada como vulgar o más corriente. En esta dirección BARTOLO, *Super Digesto Novi. Pars Prima* (Lugduni, 1533) folio 61: "plures exercent negotiationem per suos institores seu exercitores qui vulgari appellatur factores". Otros como GRATIANI, *S. Disceptationum. Forensium Iudiciorum Romani*. T. IV (Colonia, Allobrogum, 1678), folio 410, N° 4: "Quia tale mandatum fuit factum institori praeposito negotiationi qui ad gerenda negotia instet, et aequiparatur factor et procuratori magno quando praepositor universali administratori".

Entre los mercantilistas clásicos MARQUARD, J. señala en su *Tractatus politicus-juridicus de iure mercatorum et commercium singulari* T. I (Francoforti 1662 - Reimpresión, München 1977), Cap. VII N° 58 "Institores, seu ministros mercantiae... generales vulgo die Factorem, qui rebus emendus, vendendis, et mutuo sumendis pecuniis in Emporis peregrinis alieno nomine tantum praesunt proprie mercatorum nomine non comprehendunt...".

Para España, el término factor aparece en una Pragmática de 1494 reproducida el 2 de junio de 1511, sobre establecimiento y jurisdicción de los Consulados de Burgos y de Bilbao, promulgado por D. Fernando y Dña. Isabel en Medina del Campo el 21 de julio de 1494, a la que también se alude una Orde-

nanza de Carlos I, dada en Madrid el 25 de mayo de 1552. Vid. Ley I, Título II, Libro IX y Ley IV, Título V, de la *Nueva Recopilación y Los Códigos Españoles concordados y anotados*. T. X (Madrid, 1850), p. 166, antecedentes que equivocadamente se aluden por GARRIGUES, J. en *Curso de Derecho Mercantil I* (Madrid, 1976) p. 665 como una Pragmática de Carlos I otorgada en Bruselas.

La utilización con carácter de sinónimos de las locuciones factor e *institor* se advierte con toda claridad en el *Curia Philipica* de HEVIA BOLAÑOS, J. (Madrid, 1797) p. 280, N° 1. "Factores se dicen los institores que insisten en hacer cualquier negociación en nombre de otro y no en el suyo, según un texto y su glosa".

<sup>33</sup> "La doctrina lo considera mandatario mercantil puesto por el principal para la obtención de una ganancia". Así, el tratadista DE CASAREGIS, Joseph María. *Discursus legales de Commercio*. (Génova, 1707 Reimpresión Torino, 1971). *Discursus XXIX* folio 131-135 N° 5. "Institor enim dicitur ille, qui alicui etiam certae negotiationi quae aestuaria praepositor".

El carácter estable de su representación que se extiende más allá de la muerte del principal corresponde a una regla heredada del Digesto y "recibida" ampliamente por estos autores. Empezando por el propio DE CASAREGIS, J. *Discursus XXIX, o.c.* folios 131-135 N° 11, "mandatum institori durat etiam postmortem praepositoris". Vid. SALGADO DE SOMOZA, Francisco *Labrythum, Creditorum concurrerentium ad litem. Pars Prima* (Lugduni, 1792) folios 364-384 N° 112: "Institoris mandatum non extinguitur morte domini praepositoris, sed durat quosque ab haerede revocetur".

<sup>34</sup> Así lo indica entre otros ZANCHIUS, Carolus. *Tractatus de Societate* (Roma, 1786 - Reimpresión Torino, 1972), folios 205-206 N° 42: "Inter expresam, et tacitam institoriam nulla differentia est".

Precisamente, relacionado con esta forma de exteriorización de la voluntad, es donde encontramos las mayores novedades que presenta esta doctrina en conexión con la necesidad de acreditar la condición representativa.

La distinción, como vemos, opera sobre la base de que existe voluntad del principal en obligarse ya que al no estar acreditado este presupuesto de hecho no puede haber, según se desprende, título o poder de representación.

Es decir, sólo en cuanto se justifica por el tercero la existencia de tal poder se puede entender que resulta comprometida la responsabilidad del principal.

De ahí el carácter solemne que, conforme nos indica la historiografía del período,<sup>35</sup> rodea la concesión de los poderes<sup>36</sup> a aquellos que toman a su cargo la gestión de sucursales, exigiendo que su otorgamiento quedase como regla general formalizado por escrito.<sup>37</sup>

A este antecedente se añade el hecho de que a partir del s. XII comienza a ser obligatoria la inscripción de los poderes conferidos a estos factores, garantizando de esta manera la tutela de la buena fe en el tráfico.<sup>38</sup>

Muestra elocuente de este criterio lo constituye la Ordenanza de los Magistrados Municipales de Barcelona de 2 de mayo de 1478 vinculada sin duda como antecedente remoto de nuestro actual sistema de Registro.<sup>39</sup>

Mayor interés despierta, por su conexión directa con las disposiciones que tratan esta materia en los textos de la codificación, ver qué sucede con las fuentes en los supuestos en que el poder otorgado por el principal de forma expresa resulta contra-puesto a aquel que deriva de su aquiescencia tácita.<sup>40</sup>

Son numerosos los ejemplos ofrecidos por la doctrina de la época en los cuales el punto debatido gira en torno a acreditar la manifestación tácita de esta voluntad<sup>41</sup> de

<sup>35</sup>En este sentido Vid. YVER, G. *Le Commerce et les marchandas dans l'Italie meridionale au XIII, et XIV siècle* (New York, 1906 Reprinted 1968) pp. 342-343. Por su parte, DE SEMO, G. *Voz: Institore o.c.*, pp. 1155-1156, refiriéndose a la legislación estatutaria de las ciudades italianas señala que el poder de representación que se inviste al factor se sujeta a las formalidades de escritura y registro al igual que sucede con la revocación, anotándose en los archivos corporativos.

<sup>36</sup>GOLDSCHMIDT, L. *o.c.*, p. 197, nos indica que este mandato tomaba el nombre corriente de "procura".

<sup>37</sup>Este aspecto es resaltado por VIVANTE, C. *Tratado de Derecho Mercantil V. I* (Madrid, 1932) p. 349 nota uno con cita de PERUZZI.

"Repito que los factores y los agentes de las Compañías mercantiles florentinas, eran provistos de cartas de recomendación y de un carnet con las armas y el escudo de la familia a la que pertenecían que podían mostrar a los corresponsales de las Compañías para darse a conocer e inspirar perfecta confianza".

<sup>38</sup>Esta anotación, sin embargo, tiene carácter privado. Vid. sobre esto AFFERNI, V. *Voz: Registro delle Imprese* (Cenni Storici e di Diritto Comparato). N.N.D.I. T XV (Torino, 1957) p. 181. MOSSA, L. "Albori del Registro de commercio nel libro della comunita dei mercanti lucchesi di Brugia" N.R.D.C. Vol. VI pp. 191-194.

<sup>39</sup>DE CAMPANY Y DE MONPALAU, A. *Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes de la antigua ciudad de Barcelona*, Vol. II (Barcelona, 1962), Documento N° 397 pp. 580-582.

Se establece en esta Ordenanza que todos aquellos que en esa ciudad tratan como factores o procuradores de algún mercader o ciudadano "sea tenudo de demostrar su poder y el poder de factoría" para negociar a nombre del principal. Agrega esta Ordenanza la obligación para salvaguardar la buena fe de dejar copia del poder en el notario del Consulado del Mar tomando nota dentro de los diez días siguientes de la publicación de esa orden. Se establece además la obligación de mostrar y hacer constar de que los que contraten con ellos tengan certeza de su poder y sepan con quién contratan y quiénes son los obligados. Si el factor o procurador omite dar fe de otro, se considera que es el propio factor o procurador el que debe responder como "si hubieran contratado, hecho o negociado en su propio nombre".

<sup>40</sup>Dice el aforismo "voluntas ex facto collecta, praesumitun tacita", La voluntad que se colige de un hecho se presume tácita.

<sup>41</sup>En esta dirección DE CASAREGIS, J.M. *Discursus XXXV o.c.*, folios 173-183, intenta averiguar si existe o no un poder concebido por el padre de familia a un hijo puesto a realizar operaciones de cambio con el objeto de ver si los herederos están o no obligados a reconocer los actos del supuesto factor. La resolución judicial que comenta este autor establece que el poder había sido otorgado en forma tácita por el solo hecho de permitir la inscripción del nombre del hijo en el establecimiento N° 33: "sive eadem institoria tacite resultasset ex longuea patentia Jo: Pietri, quod Joseph Maria eius filius in domo sua, et in taberna sua propium nomen inscriberet, per ea quae in duriobus ratione publici commercis tradiderunt".

cuyo establecimiento pende, en definitiva, que los resultados de la gestión hecha a través del factor vinculen eficazmente su responsabilidad contractual.

### B) Antecedentes del factor por notoriedad

Desde nuestro punto de mira, el valor de las fuentes clásicas se hace patente con el alcance que adquiere en ellas el recurso probatorio de la notoriedad.

Se trata de una fórmula nueva<sup>42</sup> de indiscutida procedencia canónica, ideada por los juriconsultos medievales,<sup>43</sup> con el objeto de facilitar la prueba del hecho del otorgamiento voluntario de un poder a través de su concesión que se infiere de la voluntad tácita del principal.

La expresión *notorium* que se utiliza en esta etapa se distingue de otras expresiones adjetivadas, aparentemente análogas y frecuentemente entremezcladas en las fuentes, entre las cuales parece existir una relación de género a especie.<sup>44</sup>

Partiendo de un concepto que arranca de la dogmática moderna, la doctrina que se ocupa de este tema refiriéndolo a esta etapa histórica la define como "una expresión del conocimiento general de un dato de hecho, conocimiento valorable en relación al ambiente, en relación a la esfera cultural de una determinada colectividad".<sup>45</sup>

Cabe señalar que este tipo de prueba constituye el antecedente más preclaro de las disposiciones que tanto en el Código de Comercio de 1829 como en el actual disciplinan la figura del factor en la modalidad que la doctrina científica más reciente designa como factor notorio.

La articulación de esta figura en las fuentes y su decantación hacia los preceptos del primer Código aparece vinculada en primer lugar a las célebres decisiones de la Rota Genovesa<sup>46</sup>

En el mismo sentido el tratadista ZANCHIUS, Carolus. *Tractatus de Societate* (Roma, 1786 - Reimpresión Torino, 1971) Cap. IX folios 200-213. Partiendo de la definición romana de factor (Nº 8) señala que el poder puede tener el doble carácter expreso y tácito Nº 40: "expresse quidem, side complemento, seu mandato". Nº 41: "Tacite vero si praepositus se publice gerit pro complementario, seu institore, et talis ab omnibus reputatur, cum scientia et patientia praeponentis".

Vid. también DUARDI, Leonardo. *De Societatibus Tractatus* (Nápoli, 1644 -Reimpresión Torino, 1972), Libro III, Capítulo VI folio 479 Nº 6 y 7: "siquidem Dominus sciens, et patients factorem, seu negotiorum gestorum se protali gerere, censetur dare mandatum".

<sup>42</sup> El término *notorium* presenta en los textos jurídicos romanos un significado diferente a aquel asignado por los doctores de Derecho Común. Así lo indica con amplia referencia a toda esta cuestión GHISALBERTI, C. "La teoría del notorio nel Diritto Comune". *Anali di Storia del Diritto I* (1957) p. 403. Sobre este tema en general y sus antecedentes históricos Vid. también CARNELLI, L. *El Hecho Notorio* (Buenos Aires, 1944) pp. 15 s.

<sup>43</sup> Entre otros, Vid. DA BUDRIO, Antonio *Tractatus de notorio en Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii tum. Caeserei iuris facultate iurisconsultorum*. Vol. IV (Venezia, 1584); CAPRA, Benedetto. *Tractatus de notorio en Conclusionum, Regularum, Tractatum et Communium opinionum Volumen primum* (Venezia, 1568). Ambas obras han sido citadas por GHISALBERTI, C. o.c., p. 407 notas 12-13.

<sup>44</sup> GHISALBERTI, C. o.c., pp. 412-413. El autor señala las dificultades para delimitar este término entre los doctores: "Multi tractant materiam notorii et non intellegunt quid sit notorium"; particularmente con relación a términos próximos como "manifestum" "evidens", "publicum", "notum" y "cognitur" considerando que el concepto de "notorium" reuniría todas las condiciones expuestas en estas expresiones.

Vid. también *Vocabularium iuris* (Venetiis, 1508) folio 48 Voz: *Notorium* "...materia notorii, quae est ita intricata quod dicunt Joannes DE LIGNANO et dominus Antonius DE BUTRIO quod multi loquuntur de notorio, quid sit notorium ignorantes", cit. por STEIN, Friedrich *El conocimiento privado del juez* (Pamplona, 1973) p. 6 nota 9.

<sup>45</sup> GHISALBERTI, C. o.c., p. 413.

<sup>46</sup> Estas decisiones forman parte de la célebre recopilación que junto a los tratados de STRACCAE, Benvenuto es considerada obra cumbre de la mercantilística italiana. La recopilación lleva por título *De Mercatura Decisiones et Tractatus varii* (Lugduni, 1610 -Reimpresión Torino, 1971) y aparecen reunidas por Pietro DE LANDRY.

La Decisión XIV -en el original figura como XIII-, folios 67-90, de esta colección destaca las siguientes reglas que conforman el origen remoto de la disposición vigente extraídas de un debate judicial.

nº 4: "Scientia et patiens negotium suum geri ab aliquo, tacite praeponit".

nº 5: "Scientia censetur haberi de facto eius est fama publica in civitate, nec de eo praetendi potest ignorantia".

Y finalmente, nº 41-42: "Institoris tacitus...,

desde donde la extrae Hevia Bolaños,<sup>47</sup> según consta de la remisión expresa hecha por este jurista, sirviéndose de la fórmula de la “fama pública o notoriedad” con el objeto de significar a aquel factor designado con carácter tácito.

Denominador común de estas fuentes es destacar el carácter social, demostrativo y externo que tiene la notoriedad, cuya finalidad persigue descartar con valor de convicción toda duda que permita replicar el hecho que por sí mismo manifiesta.

Como hemos señalado anteriormente, son éstos los precedentes más inmediatos que atiende el codificador de 1829.

A través de este encauzamiento discurre la interpretación histórica de los preceptos en los que esta fórmula adquiere una concreta sustantividad.

La doctrina del período busca, por otra parte, extender la aplicación de este recurso a otros campos.<sup>48</sup>

Reflejo de lo anterior es la significación que la notoriedad y fama pública adquieren en el ámbito de la posesión de estado familiar.<sup>49</sup>

Los historiadores más modernos destacan, por su parte, la integración paradigmática de este elemento a las esferas mercantiles, las cuales la notoriedad opera, como núcleo sustitutivo de publicidad aunque en forma excepcional.<sup>50</sup>

Parece acertado decir que la fórmula de la fama pública o notoriedad<sup>51</sup> persigue un doble propósito:

Por una parte, permite a los terceros apoyarse en un medio de prueba que los libera en principio del lastre de tener que entrar a acreditar el otorgamiento voluntario del poder deducido de la “ciencia y paciencia” del principal, presuponiendo al efecto la existencia de un apoderamiento tácito que legitima la intervención del factor en sus

diffinitio quod publice se gerat pro institore, domino sciente et patiente et pro tali, publice habeatur”.

<sup>47</sup> DE HEVIA BOLAÑOS, Juan. *Curia Philipica* (Madrid, 1979), folio 280, n° 2.

La regla revive esta vez al afirmar que el nombramiento del factor puede tener lugar “tácitamente administrándolo con ciencia y paciencia del señor sin ello contradecir, como dice en una Decisión de Génova (c), y lo tiene Mozio, alegando muchos. Y esta ciencia y paciencia se prueba por la notoriedad, o fama pública que en ella hay en el Pueblo, según la dicha decisión de Génova (d)”. La referida Decisión no es otra que la apuntada precedentemente bajo el número cinco.

No es éste el único autor que recoge la regla establecida en este fallo. A ella se refiere de forma expresa GRATIANI, S. *Disceptationem Forensium Iudiciorum Romani* T. IIm (Coloniae, Allobrogum, 1672) folio 530, n° 3.

n° 2: “Ubi ampliatur ad contractus initos cum negotiorum gestore, seu factore, qui sciente, et patiente domino gerebat omnia eius negotia videtur enim talis contractus cum domino celebratus”.

n° 3: “Et de gestis per huiusmodi factores, qui publice, et palam gerunt alicuius negotia”.

<sup>48</sup> Así GHISALBERTI, C. *o.c.*, p. 463 destaca cómo la notoriedad se extiende a materias de obligaciones y de otras relaciones de derecho civil. Será Baldo el que en su obra *Super Decretilibus* encuadre unitariamente la aplicación de la notoriedad a diversas ramas de Derecho Civil.

<sup>49</sup> En este sentido GRATIANI, S. *Disceptatio-*

*nem Forensium Iudiciorum Romani* T. III (Coloniae, Allobrogum, 1672) folio 484. n° 73: “Fama publica, quod quis sit filius alicuius facit praesumptiones filiationes”.

<sup>50</sup> Los historiadores del Derecho Mercantil colacionan a este respecto algunos elocuentes ejemplos donde tiene cabida el empleo de la notoriedad. Sobre esto Vid. GOLDSCHMIDT, L. *o.c.*, pp. 215-217; CASSANDRO, G. *o.c.*, p. 57 nota 81. Especialmente SAPORI, A. “La responsabilità verso tezi dei compagni delle compagnie mercantili Toscane del Dugento e dei Primi del Trecento” R.D.C. (1938) pp. 597-598 en el cual se pone de relieve la notoriedad como medio de publicidad entre los mercaderes de un mismo lugar y, en cambio, su insuficiencia cuando se trataba de mercaderes venidos de otros lugares.

<sup>51</sup> Las dificultades para delimitar el concepto de notoriedad se acentúan cuando se trata de deslindar la noción de *notorium* de la de *fama*. Entre las opiniones citadas por GHISALBERTI, C. *o.c.*, 416-417, parece predominar la de Tomaso di Piperata que aproxima el concepto de *fama* a la *publica opinio* y a la *publica existimatio*, con la observación que entre estas dos expresiones no existen diferencias sustanciales. Sin embargo, no es sino hasta Baldo donde se producen las diferencias más acentuadas. La fama, dice, superando la tesis de Piperata, puede ser errada; lo notorio no:

“Fama potest esse de eo quod non est verum sed notorium non potest esse, nisi de eo quod est verum et clarum. Dicitur et notorium quod alia demonstratione et probatione non indiget”.



asuntos, todo ello por virtud de la regla "notorium est probatio indubitata et finita, quae nulla aget discussione".<sup>52</sup>

En mérito de esta fórmula y de aquella acuñada posteriormente por Bartolo de Sasoferrato<sup>53</sup> (*notorium non eget probatione*) que, al parecer, es la más difundida, se tiene por acreditada la prueba de la titularidad del factor, con la consiguiente eficacia vinculante para el principal.<sup>54</sup>

La segunda finalidad que creemos persigue este tipo de prueba radica en que una vez acreditada esta vinculación inferida del apoderamiento tácito las reclamaciones deducidas por terceros para hacer efectiva la responsabilidad del poderdante quedan encasilladas en un orden jurisdiccional diferente al ordinario, sujetándose a un procedimiento siempre menos formalista (*sine strepitu et figura iudicii*) y en donde la equidad recibe una amplia consideración (*ex bono et aequo*).<sup>55</sup>

Como conclusión de lo expuesto podemos decir que el factor por notoriedad se presenta en las fuentes como aquel cuya designación arranca de la voluntad tácita del principal, que se acredita por el hecho notorio y reconocido de su pública actuación, lo cual permite facilitar la prueba del título con que el factor desarrolla su gestión frente a terceros y la consiguiente repercusión de lo actuado en la esfera del principal.

### C. Contenido y alcance de los poderes del factor

Ahora bien, con relación al contenido y alcance de sus poderes se puede señalar que, conforme a los principios ya vigentes en el Derecho Romano, el poder del factor, y de forma especial el de aquellos que actúan en nombre y por cuenta de las grandes "Compagnias", tiene un alcance general,<sup>56</sup> con facultades para obligar al principal<sup>57</sup>

<sup>52</sup> GHISALBERTI, C. *o.c.*, p. 419. Señala este autor los tres requisitos que según los jurisconsultos tenía que tener la notoriedad:

1. El conocimiento de un dato de hecho o derecho.
2. La extensión de tal conocimiento o, por lo menos, la presunción de la extensión de tal conocimiento a todos los miembros de una determinada colectividad.
3. La absoluta imposibilidad de ocultar, negar o en todo caso impedir que sea reconocida la existencia de tal dato de hecho o de derecho.

<sup>53</sup> GHISALBERTI, C. *o.c.*, p. 442.

<sup>54</sup> En este sentido, GHISALBERTI, C. *o.c.*, p. 442, examina si la aplicación del principio "notoria non esse probanda" excluye de toda necesidad de prueba. Destacan las opiniones de Bartolo DE SASOFERRATO y BALDO. El primero admite la posibilidad de probar el "notorium dubium" en oposición al "notorium certum" que no la necesita; en tanto que el segundo distingue que "notorium locale" "notorium ubique locorum", requiriendo la prueba de a "qualitas notorii" del primero cuando fuese deducido en un lugar diverso.

<sup>55</sup> Ejemplo de ello lo encontramos en la Pragmática aludida por nosotros en nota precedente de 21 de julio de 1494 sobre establecimiento y jurisdicción de los Consulados de Burgos y de Bilbao en *Nueva Recopilación. Los Códigos españoles, o.c.*, p. 166. "Por la presente damos licencia, poder y facultad y jurisdicción a los dichos Prior y Cónsules de los mercaderes

de dicha villa de Burgos que agora son o serán de aquí en adelante para que tengan jurisdicción de poder conocer y conozcan de las diferencias y debates que ovieren entre mercader y mercader y sus compañeros y factores... para que lo libren y determinen breve y sumariamente según estilo de mercaderes". Vid. GACTO FERNANDEZ, E. *Historia de la jurisdicción mercantil en España* (Sevilla, 1971) p. 122 "Dentro del proceso mercantil el aspecto más destacable resulta sin dudas, la brevedad conque han de resolverse sus trámites, hasta el punto que en función de ella se estructura todo el procedimiento".

<sup>56</sup> El arco de operaciones que comprende este poder, hace que se distinga por su amplitud. En este sentido, YVER, G. *o.c.*, p. 342 notas 1 y 2, nos ofrece un ejemplo a partir de un documento de la época: "Generales et legitimo et indubitatos procuratores, actores, defensores, factores, negociorum, gestores... et legitimos nuncios especiales".

Sus facultades se extienden a todas las providencias y medidas útiles que demandase la ejecución del encargo: "Et generaliter ad omnia alia et singula faciendum in premissis et circa premissa que veri et legitimi procuratores facere possunt et debent et que causarum merita exigunt et requirunt".

<sup>57</sup> ANSALDO DE ANSALDIS, *De Commercio et Mercatura Discursus Legales* (Roma, 1689. Reimpresión Torino, 1971) Discursus XLVI folio 260-268. N.º 27: "Institor, socius vel Accomodatarius de lure habet potestatem obligandi Rationem, Societatem, aut Negocium".

dentro de la esfera concreta del negocio encomendado<sup>58</sup> en cuyo ámbito queda condicionada la responsabilidad del poderdante<sup>59</sup> como corresponde a un sistema que protege la soberanía de su voluntad y la tutela de sus intereses.

Por este motivo se establece con respecto a terceros la carga de investigar cuál es el exacto alcance de estas facultades,<sup>60</sup> rigor que se agudiza para los supuestos de carácter crediticio<sup>61</sup> en los cuales, o bien esta facultad aparece del todo excluida,<sup>62</sup> o bien su ejercicio queda sujeto a su otorgamiento expreso.<sup>63</sup>

Mas las fuentes hacen suyas algunas reglas que se muestran sensibles a la protección del tráfico y a la tutela de la confianza de los terceros.

Así ocurre, a modo de ejemplo, con la revocación libérrima del poder que debe ser hecha pública,<sup>64</sup> descargando sus efectos en el principal en tanto no proceda a comunicar dicha revocación, procedimiento que se vuelve a repetir en materia de sociedades cuando se intenta restringir el contenido de las facultades de administración,<sup>65</sup> aun cuando no se establezca con claridad cuál es el medio para dar cumplimiento a esta incipiente tutela.

En el supuesto que el poder de representación provenga del asentimiento tácito del principal, la responsabilidad de éste se extiende a todos aquellos asuntos que hubiese podido realizar por sí mismo, es decir, por todos aquellos actos pertinentes al ejercicio del comercio.<sup>66</sup>

<sup>58</sup> *Ibidem.*, N° 11: "Praepositus contrahens contra formam praepositionis... non obligans societate vel Praeponentem: "contractum, tanquam extra fines mandati, et contra formam praepositionis non obligasset Consocium, seu Rationem".

<sup>59</sup> DE CAMPANY y MONPALAU, A. Ordenanza de los Magistrados Municipales de Barcelona de 2 de mayo de 1478 en *Memorias históricas sobre la marina, etc. o.c.*, Documento N° 397 pp. 580-582. "Si algún procurador o factor que en nombre ajeno contratara o negociara pasando de cualquier forma, los límites del poder dado, tal procurador que hace eso queda obligado con su persona y bienes, con aquellos, con quienes ha contratado, y en relación a los hechos y contratos realizados en nombre propio. Así que en dicho caso, el principal no puede recibir daño".

En el mismo sentido ANSALDO DE ANSALDIS, *Discursus XLVI o.c.*, folios 260-268.

N° 15: "Institor Socius, vel Accomendatarius, in dubio censetur contrahere nomine proprio".

<sup>60</sup> Así ZANCHIUS, Carolus. *Tractatus o.c.*, folios 200-213.

N° 23: "Et has facultates, cum institore, seu Complementario contrahentes ne decepti remaneant, tenetur investigare".

<sup>61</sup> Así lo indica la Decisión XIV de la Rota Genovesa *o.c.*, folios 67-90.

n° 105: "Mutuans institori debe scire est exprimere causam et alia et quantum potest mutare".

n° 110: "Maior enim diligentia requiritur semper in institoria, quia habet creditor facultatem se informandi de potestate institoris, secus in exercitores ob multas rationes, quia posumus superius, nec aliter repetemus".

<sup>62</sup> Así ZANCHIUS, Carolus. *Tractatus o.c.*, folios 200-213.

n° 25: "Institor autem simplex tabernae praepositus ex natura negotii potest merces emere et vendere, non pecunias cambianda accipere".

<sup>63</sup> Así la Partida 5, Título I Ley 7 en *Colección de Códigos y Leyes de España* (Madrid, 1866) p. 83 establece que: "Cambiador, o mercader que tuviese tienda de paños, o de algún otro menester, sin encomendasse aquella tienda a otro, que non estouiesse en su poder, a dexandolo como en su lugar si este a tal tomare algund empréido por mandato del otro que lo deja; tal prestido como este, non es tenuto de lo pagar este que lo toma mas aquel en cuyo lugar estaba. Pero si non lo tomasse por su mandato, ni lo metiese en su pro, entonces es tenuto de pagar aquel que lo tomo".

<sup>64</sup> Así ANSALDO DE ANSALDIS, *Discursus XXX* folios 158-165 n° 7 y 8: "Et tamen distinctio est recetissima, quod, ne tertii innocentes fraudentur, non sufficit tacite, est clandestine revocasse, mandatum sed vel ipsum mandatum legitur directum ad contrahendum cum certa et determinate personae specialiter intimari revocatio ipsius mandati. Aut vero mandatum est generale, es indefinitum, scilicet ad funnendum pecuniam a quamcumque, et in his terminis necesse est quod vel Principales sibi retitui procuret ipsum mandatum, vel per publica aedicta, et affixiones notificet revocationes, alios contractus.

<sup>65</sup> Así ZANCHIUS, Carolus. *Tractatus o.c.*, folios 200-213.

n° 88: "Si durante societate facultates institori restringitur denunciandum est mercatoribus"...

<sup>66</sup> Así, ANSALDO DE ANSALDIS, *Discursus XXV o.c.*, folios 133-138.

n° 23: "Institoria tacita ex quibus actibus resultes etiam ad effectum obligandi Praeponentem", *Discursus XXVII, o.c.*, folios 145-149.

n° 22: (Praeponeus) tenetur de facto praeposti circa omne id, quod ipse praeponeus erat solitus facere".

No puede sin embargo constituir cauciones más allá de las necesidades del negocio encomendado, *Discursus XCVIII, o.c.*, folios 600-611.

De esta suerte, el que paga al factor, aunque su designación sea tácita, queda liberado de la obligación.<sup>67</sup>

En resumen, sus facultades alcanzan a todo cuanto tenga relación directa con el tráfico del establecimiento cuya gestión se le encomienda.

## V. PRECEDENTES INMEDIATOS DE LA CODIFICACION ESPAÑOLA

### A) La fuente de inspiración más reconocida

Al hablar de fuentes que enlazan de manera inmediata y directa con el Código de Comercio de 1829, corresponde adjudicar en primer término un lugar primordial a la obra "Curia Philipica. Laberinto del comercio terrestre y naval", de la que es autor Juan de Hevia Bolaños.<sup>68</sup>

Es de rigor comenzar destacando la importancia que reviste esta fuente. No tan sólo por la manifiesta intimidad que presentan sus reglas con las normas vigentes, sino porque en ella encontramos en gran parte sintetizados la *communis opinio* de algunos de los más destacados glosadores y el criterio al cual se ciñe esta figura en la literatura mercantil clásica.

Compartimos plenamente en esta materia la autorizada opinión del Prof. Rubio cuando destaca la "gran deuda" que el Código de Sáinz de Andino o Código de Comercio de 1829 advierte con respecto a las reglas elaboradas por Hevia.<sup>69</sup>

Cuenta el criterio de Rubio con la estima de la doctrina más calificada que se refiere al Capítulo IV del Comercio Terrestre de la obra de Hevia como la fuente de "inspiración tradicional".<sup>70</sup>

Esta orientación cree advertir no obstante, aunque en menor escala, las posibles influencias ejercidas por el Código General de los Estados prusianos, recopilación con la cual se descubren "pasajes que se corresponden estrechamente".<sup>71</sup>

Esta insinuación no desvirtúa, sin embargo, el alcance fundamental de la obra de Hevia en nuestra codificación.

Es significativo constatar, por lo demás, que la figura que el Código prusiano regula como factor ajusta sensiblemente con el modelo tradicional del *institor*.<sup>72</sup>

En este sentido, afirma Rubio que la nomenclatura fundamental de propietario y factor es coincidente en ambos textos, lo cual subraya su abolengo romano, agregando que "no debe olvidarse que este último ingrediente es el cardinal de nuestras instituciones de estos siglos y hay grave peligro de exagerar, como precisamente aquí a veces se ha hecho, cuando se fuerza la asimilación a las germánicas".<sup>73</sup>

n° 39: "Institor seu Complementario non potest fideubere pro alio extra necessitatem, vel utilitatem"

<sup>67</sup> Así, ANSALDO DE ANSALDIS, *Discursus XXV o.c.*, folios 133-138.

n° 26: "Praepositio etiam tacite fieri potest solutio".

<sup>68</sup> DE HEVIA BOLAÑOS, J. *Curia Philipica* (algunos la llaman *Filipica*). Libro I - Comercio Terrestre Capítulo IV. "Factores" (Madrid, 1797) Folios 279-289. Esta obra fue publicada anteriormente en Lima en 1689. La moderna historiografía duda de la autoría de este libro asignándosela al jurista SOLORZANO PEREIRA, Juan. Vid. LOHMANN VILLENA, G. "En torno a Juan de HEVIA BOLAÑOS" A.H.D.E. N° 21 (Madrid, 1961) especialmente pp. 132-136.

<sup>69</sup> RUBIO, J. *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, (Madrid, 1950) p. 141.

La afirmación es la siguiente: "No creo equivocarme al suponer que un estudio especial acusaría en primer término una gran deuda con el Capítulo IV del Comercio Terrestre de Hevia".

<sup>70</sup> MENENDEZ, A. "Auxiliares del empresario" o.c., p. 289. Vid. R. Uría *Derecho Mercantil* (Madrid, 1958 Primera Edición pp. 40-41).

<sup>71</sup> RUBIO, J. *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil o.c.*, p. 141.

<sup>72</sup> Resulta elocuente que el mercantilista alemán THÖL, H *Trattato de Diritto Commerciale* (versión italiana) TI (Nápoli, 1881) p. 159-160, cite entre las fuentes de regulación del factor en el Derecho germano la literatura de la época intermedia y fundamentalmente aquella que arranca de la Compilación.

<sup>73</sup> RUBIO, J. *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil o.c.*, p. 141.

En todo caso, si en algún aspecto pudo haber reparado Sáinz de Andino en la recopilación prusiana, no parece que ello tenga influencia en el sistema de poderes con cuyo perfil, como decimos, encuentra una evidente analogía el Capítulo IV de la obra de Hevia.<sup>74</sup>

Tampoco hemos encontrado mayores antecedentes en la doctrina vigente paralela a la época en que se aplica.<sup>75</sup>

Bástenos, por consiguiente, partir del supuesto que en cuanto a la estructura jurídica del poder, la influencia más determinante arranca precisamente de la obra de Hevia y a este antecedente debemos prestar atención para ver de qué manera queda disciplinada la materia concerniente al contenido y alcance de la representación del factor.

B) *Estructura jurídica del factor en la obra del jurista Juan de Hevia Bolaños: Supuestos que comprende.*

Las diversas cuestiones que plantea la estructura jurídica del poder en el texto que se analiza pueden centrarse en estos tres extremos que confluyen a la hora de determinar su extensión y alcance.

Nos referimos a su otorgamiento, contenido y efectos.

Veamos separadamente estos supuestos.

a) *Otorgamiento:*

El factor a que se refiere el Capítulo IV de la obra de Hevia Bolaños aparece como un mandatario general<sup>76</sup> cuyo poder puede ser conferido por el principal siguiendo las directrices más clásicas sobre la materia, de forma expresa o bien de forma tácita.

El texto da a entender que la primera modalidad de investidura opera a través de una declaración formal por intermedio de "instrumento público de factoría", a lo cual se agrega la ratificación sobrevenida de la gestión realizada por el factor.<sup>77</sup>

La segunda modalidad, en cambio, conecta, de lleno, con las directrices históricas que hemos venido colacionando en apartados previos.

Remitiéndose expresamente a la Decisión XIV de la Rota Genovesa afirma que el nombramiento del factor puede tener lugar (Nº 2) "tácitamente administrándolo con ciencia y paciencia del señor, sin él lo contradecir; como dice en una decisión de Génova (c), y lo tiene Mozio, alegando muchos. Y esta ciencia, y paciencia se prueba por la notoriedad o fama pública, que en ella hay en el Pueblo, según la dicha decisión de Génova (c)".

El criterio propiciado, como se advierte, no es otro que el mismo que el que mayoritariamente se sostiene a partir de las fuentes aglutinadas en torno a la "notoriedad o fama pública" como medio probatorio destinado a tener por acreditada la exteriorización de voluntad tácita del principal.

<sup>74</sup> El Código Prusiano o *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* de 5 de febrero de 1794 que rige como Derecho Subsidiario sustituyendo al *Preussish Landrecht* vigente desde 1625 establece bajo la rúbrica "de los factores y apoderados" (capítulo II, Título VIII, Segunda Parte) arts. 497-553, un sistema diferente de responsabilidad similar al italiano de 1882. El tercero con el que el factor ha contratado tiene el derecho a elegir entre dirigir la acción con éste o en contra del propietario o *dominus negotii* (art. 541). El factor responde a los terceros acreedores dentro de los límites de los fondos que se encuentre previsto (art. 542).

<sup>75</sup> Las fuentes que enumera la doctrina que influyen en este Código no hacen mención de este antecedente. Vid. MARTI DE EIXALA, R. *Instituciones de Derecho Mercantil de España* (Barcelona, 1879) p. 119.

<sup>76</sup> n° 1: "Factores se dicen los instidores que insisten en hacer cualquier negociación en nombre de otro, y no en el suyo".

<sup>77</sup> n° 2: "El factor se puede nombrar por el señor expresamente por palabras, o ratificando por ellas lo que hiciere".

n° 55: "El instrumento público de factoría o mandato otorgado entre el señor, y el factor, o mandatario

Ambas formas de otorgamiento se dirigen, como se aprecia, a establecer la existencia de la *voluntas ex parte domini*, reconociéndole en ambos supuestos idéntica eficacia vinculatoria.<sup>78</sup>

Claro está que si no se establece el otorgamiento expreso o tácito del poder, faltaría uno de los presupuestos esenciales para que se produzcan los efectos de la actuación representativa.

De ahí la importancia que reviste la fórmula de la "ciencia y paciencia del señor" y el interés que reviste en esta fuente la "notoriedad o fama pública" como medio probatorio de la voluntad del principal de otorgar poder.<sup>79</sup>

#### b) Contenido

En el aspecto del contenido y límites del poder del factor, se puede decir que el texto traduce de manera notable los rasgos que peculiarizan esta figura y positivizan una de sus notas genuinamente distintivas.

A partir de la estructura de las reglas establecidas en este capítulo, se desprende que el factor puede obligar al principal de dos maneras diferentes: o bien el factor actúa con mandato expreso, lo cual en ciertos supuestos es requisito fundamental,<sup>80</sup> o bien el factor actúa sin este mandato, pero en provecho o utilidad del *dominus*.

Faltando estos presupuestos, el texto establece que el factor se obliga a título personal.<sup>81</sup>

Veamos estas hipótesis por separado:

En el primer caso el principal confiere mandato expreso al factor. Puede que incluso haya reglamentado la forma de concluir la gestión o establecido limitaciones precisas acerca del alcance del poder. Conforme a esta fuente, el factor deberá acomodarse a los términos de su designación.<sup>82</sup>

El segundo supuesto es más complejo y delicado.

En este supuesto el factor actúa sin mandato expreso. Su actuación, sin embargo, se realiza en utilidad o provecho del principal y, para diferenciarlo de otros supuestos, en contemplación e interés suyo.<sup>83</sup>

---

entre ellos, no tiene aparejada ejecución hasta que se haga la cuenta y le liquide la administración de él".

<sup>78</sup> Así destaca la glosa y adición de esta obra hecha por DOMINGUEZ VICENTE, Joseph M.. *Ilustración y continuación a la Curia Philipica T. II* (Valencia, 1770) Capítulo IV folios 56-79.

"Regularmente el señor está obligado por lo hecho por el factor en lo que está prepuesto expresa o tácitamente, y que por el mismo hecho de ejercer el oficio sabiéndolo el señor conxiente en el ejercicio de él".

<sup>79</sup> Vid. CARNELLI, L. *o.c.*, pp. 57-58. Señala que Las Partidas (7-6-1 y 2-14-7) también autorizan este tipo de pruebas diferenciando la fama del hombre y la fama entre los hombres: pero posteriormente destaca su desaparición, ahogada en propio desprestigio, bajo la tacha común de "inútil anacronismo".

<sup>80</sup> Así la regla n° 38 establece que: "El instrumento público de la deuda contraída por el factor en su administración, aunque por ello sea obligado al Señor, y por él se obligue, contra el Señor no trae aparejada ejecución, sino es que hay instrumento de poder para obligarle; pues este es necesario para ello, conforme a una ley de la Recopilación, o que por lo menos del nombramiento del factor haya instrumento

público, pues en él se comprende tácitamente el poder de obligar".

<sup>81</sup> n° 32: "El factor queda siempre obligado por sí mismo en el contrato que hiciere conforme a su oficio, no haciéndolo por mandato del Señor, y no siendo en utilidad de él".

<sup>82</sup> n° 33: (párrafo segundo) "Y así siendo el factor nombrado, y puesto por el Señor para una sola manera de negociación, o cosa, o por usarla en una parte solamente en ella, y no en otra, le puede obligar conforme un Jurisconsulto". En igual sentido SALGADO DE SOMOZA, F. *Labyrinthum Creditorum, o.c.*, folio 63 N° 83 "Praepositus ad certum genus negotiationis, non obligat dominis contrahens ultra negotiationem vel artem".

<sup>83</sup> La regla que se establece viene encabezada por el epígrafe "Como y cuando el factor queda obligado y obliga al señor en lo que contrata: n° 32: "mas haciéndola por su mandato, o en utilidad suya, aunque sea sin él, queda obligado, el señor, y no el factor, sino sólo como tal durante el tiempo que lo fuere, y no después sino es que el factor especialmente se obliga por sí mismo, u debajo de su misma fe lo promete, que entonces queda obligado por sí mismo sino también después de acabado; así lo dice una ley de Partida (a) y su glosa gregoriana".

La singularidad que presenta esta regla consiste que en lugar de permitir que el *dominus* pueda impugnar lo obrado por el factor sin mandato expreso, se establece la presunción de que lo actuado y sus consecuencias son oponibles al principal, aun después de acabado el oficio<sup>84</sup> cuando la gestión sea útil a la negociación, lo cual se entiende cuando se trata de cosas pertenecientes a ella.

Son numerosos los ejemplos en que actúa este criterio,<sup>85</sup> pero parece ser suficiente esta indicación para destacar el extremo que, aun "sin mandato", el factor obliga al principal si la actuación se desenvuelve por cuenta y provecho suyo, entendiéndose que éste existe siempre que se trate de cosas pertenecientes al tráfico.

La expresión "sin mandato" empleada por la fuente para designar la ausencia de facultades se aplica, según un criterio acorde con la interpretación histórica y sistemática de esta regla, a aquel factor designado en forma tácita, cuyas facultades se extienden a todo el tráfico encomendado.

La conexión del acto celebrado con este ámbito obliga al principal en virtud de la presunción que se establece en este párrafo.

Completa este régimen la regla Nº 33 que en lógica armonía con la presunción del número anterior abunda en el criterio del interés y destaca que, aun cuando el factor no revele su condición de tal contratando "simplemente sin hacer mención del oficio", el contrato produce efectos respecto del principal y le obliga en tanto se trate de "cosa perteneciente a él, y por su razón".<sup>86</sup>

Se presume, por tanto, que si el acto se realiza "en contemplación de la negociación" aunque no se haga mención de la condición de representante, que éste se celebra no obstante por su cuenta y utilidad (*contemplatio domini presunta*).

Si no concurren los requisitos que aquí se consideran o bien actúa "contrayendo o haciendo contrato sobre cosa adversa"<sup>87</sup> la obligación será del factor y deberá responder directamente frente al tercero.

Esta ley de Partida a que se remite expresamente este autor (5-1-7) y a la que ya hemos hecho referencia, no es otra que aquella que trate de un supuesto de mutuo o "empréstito" que obliga al mercader cuando el encargado actúa por su mandato o cuando sin él "lo mete en pro de aquel que lo dexa".

<sup>84</sup> Así DOMÍNGUEZ VICENTE, J. *Ilustración o.c.*, folio 69 n° 32, cita la doctrina de SALGADO DE SOMOZA: "que así como el Señor no queda obligado por los contratos hechos por el factor, quando les celebra sin respecto a la negociación, de el mismo modo este factor, acabado su oficio no queda obligado por los contratos celebrados en contemplación de la negociación".

<sup>85</sup> Vid. DOMÍNGUEZ VICENTE, J. *Ilustración o.c.*, folios 68-69 n° 32 y 78-79 n° 64 que contienen ejemplos relativos a tomar y recibir mutuos, depósitos y fianzas que a menos que haya poder expreso no obligan al principal salvo que sea en su utilidad. Se entiende que la hay cuando se trata de cosas pertenecientes al negocio en que ha sido designado.

Así: "el que da dinero a mútuo factor, que no tiene poder para recibirlo, no obliga al Señor, si no se prueba que se convirtió en utilidad, lo cual se entiende, cuando el mútuo no se convirtió en el ejercicio de la mercadería o en su recepción no intervienen los

requisitos precisos, y en caso de duda queda obligado el señor".

En igual dirección SALGADO DE SOMOZA, *F. Labyrinthum Creditorum o.c.*, folio 63, n° 88: "Et quod Dominus obligatur ex facto institoris, si in his versemus, in quibus fuit institutas, et quod contraxisset nomine praeponentis maxime si praeponentis nomine credidisset, et quod si pecunias depositas non consumpsit institor in negotiatione ad quam fuit praepositus, teneatur Dominus".

<sup>86</sup> n° 33: "Quando se dice contraer el factor en lo tocante a su oficio o no, en cosa o parte diversa: De lo cual se sigue, que cuando el factor contrate o hace contrato simplemente, sin hacer mención del oficio, siendo sobre cosa perteneciente a él es visto, y se dice contraer en lo tocante al oficio, y por su razón, más contrayendo, o haciendo contrato sobre cosa diversa, lo contrario se ha de decir según Bartolo, Baldo, Angelo y Socino".

<sup>87</sup> La presunción opera siempre que el factor actúe dentro de las cosas pertenecientes al oficio. De ahí que DOMÍNGUEZ VICENTE, J. *Ilustración, o.c.*, folio 69 n° 32 destaque: "poniendo todas las calidades que han de concurrir, para que se presuma que el contrato se celebró en utilidad de el factor, o de la negociación que ejerce".

## c) Efectos

En cuanto a la responsabilidad del principal por las obligaciones contraídas por el factor, cabe distinguir como última cuestión que ya sea que el factor actúe "por mandato de aquél" o "en utilidad de él" "en cosa tocante a su oficio" el texto establece que los efectos derivados de estas operaciones repercuten directamente en el patrimonio del principal.

Actuando el factor sin indicar que lo hace en nombre del *dominus*, pero por su cuenta y sobre cosa perteneciente a la negociación, rige la presunción establecida en la regla N<sup>o</sup> 32.

Fuera de estos casos, el factor pudo haber querido expresamente contraer una obligación personal. En tal caso, si especialmente se obliga por sí mismo, o promete bajo su propia fe, quedarán obligados tanto él como sus herederos.<sup>88</sup>

En los casos en que surge la responsabilidad del *dominus negotii* las acciones que los terceros intentan para compeler el cumplimiento de los contratos se deben dirigir contra los bienes propios del principal y no los del factor<sup>89</sup> a menos que este último no exhiba los bienes que administra, pues, en tal caso, y con el probable fin de no entorpecer la eficacia de la ejecución promovida por terceros evitando que el factor oculte los bienes del *dominus*, el texto hace recaer el peso de la ejecución sobre el patrimonio del factor, regla de excepción que varía, como se ha puesto de relieve,<sup>90</sup> con los preceptos de la codificación.

<sup>88</sup> La regla n<sup>o</sup> 35 de este capítulo bajo el epígrafe "Cuando el factor, que se obliga como tal, es visto obligarse por sí mismo. También se sigue de lo dicho, que si el factor en el contrato, que como tal hace cosa tocante a su oficio, se obliga a sí y a sus herederos, y bienes por exceder en esto los términos de él, es visto obligarse y quedar obligado por sí mismo según SOCINO (e) y GUTIERREZ; los cuales dicen ser lo mismo cuando el factor contrae como tal en lo tocante a su oficio, a ello se obliga en su propio nombre, por ser visto debaxo de su fe, y obligarse especialmente por sí mismo".

<sup>89</sup> La regla n<sup>o</sup> 34 señala: Porqué tiempo puede ser convenido el factor y cómo ha de ser ejecutado como tal: "Asimismo de lo dicho se sigue que obligándose el factor como tal y en cosa tocante a su

oficio, sólo puede ser convenido por razón de él, mientras lo usase, sin poder él mismo ser ejecutado por las deudas del señor, ni de lo que administró sino es en caso que no exhibe los bienes que tiene a cerca de su administración en que se ha de executar en quanto a ello, y no más, como lo dije en la Curia Filípica (d)".

<sup>90</sup> Como se sabe el art. 177 de este Código antecedente del actual art. 285 del Código de Comercio introduce el tema de la confusión de bienes, sobre el cual no se han encontrado las inmediatas fuentes que pudiesen haber servido a SAINZ DE ANDINO Vid. OLIVENCIA RUIZ, M. "La confusión de patrimonios y el art. 285 del Código de Comercio" en *Estudios en Homenaje a Rodrigo Uría* (Madrid, 1978) pp. 497 s.

