

LOS CONTRATANTES NO DEBEN SER ENGAÑADOS (NEQUE ENIM DECIPI DEBENT CONTRAHENTES). PRECISIONES ACERCA DE LA TUTELA DE LOS CONTRATANTES CON UNA EMPRESA, EN EL DERECHO ROMANO TARDÍO REPUBLICANO Y DEL PRINCIPADO *

Aldo Petrucci
Universidad de Pisa ¹

SUMARIO: 1. El rol de la buena fe objetiva en los modernos contratos en masa y el objetivo de estas precisiones. 2. D. 14,3,11,5: El contenido de la *praepositio institoria*. 3. La responsabilidad del preponente in D. 14,5,8. 4. Las *leges horreorum* y la responsabilidad del *locator horrei* in D. 19,2,60,6. 5. Una importante ponderación.

1. EL ROL DE LA BUENA FE OBJETIVA EN LOS MODERNOS CONTRATOS EN MASA Y EL OBJETIVO DE ESTAS PRECISIONES.

Como se sabe, la contratación en masa, hecha sobre la base de condiciones generales de contratación o de modelos contractuales uniformes, que son elaborados unilateralmente, por empresas cuyo objeto es la prestación de bienes o de servicios, representa hoy en día un sector importante del derecho del consumidor.²

En dicho ámbito, un rol fundamental para el logro de la tutela del contratante más débil, en el marco de los instrumentos de control judicial, lo cubre la cláusula de la buena fe (objetiva), a la cual hacen expresa referencia los diversos artículos del vigente Código Civil italiano en materia contractual (Artículos 1337°, 1358°, 1366°, 1375°, 1460°, Inciso 2° c.)³.

Específicamente en el campo de los contratos con los consumidores, la buena fe se presenta como cláusula vejatoria, idea introducida por la Directiva CEE N° 13 de 1993, que ha logrado efectividad en nuestro ordenamiento con el artículo 1469° *bis et sexies*- del Código Civil. El inciso 1° del artículo 1469-*bis* afirma: "En el contrato celebrado entre el consumidor y el profesional, que tiene por objeto la cesión de bienes o la prestación de servicios, se consideran vejatorias las cláusulas que, no obstante la buena fe, determinen a cargo del consumidor un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones que deriven del contrato."

No obstante, esta fórmula poco feliz sobre la buena fe, ha dado lugar a varias discusiones, la doctrina parece actualmente orientada a considerarlo como una ratificación del criterio de la buena fe objetiva, ya expresado en otras disposiciones del Código mencionado, por el cual se considera el "importante desequilibrio" en perjuicio del consumidor respecto de los derechos y obligaciones contractuales⁴.

Hasta aquí hemos hecho una breve alusión a la realidad jurídica contemporánea. Pero y nos dirigimos ya al objetivo de estos apuntes el rol de la buena fe objetiva en los contratos celebrados con

1 * Texto traducido por María Cecilia Niño Dolmos, con la debida autorización del autor. Revisión a cargo de Alfredo Soria Aguilar, Profesor de Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Un sincero agradecimiento a mis Colegas de la Facultad, Umberto Breccia y Emanuela Navarretta por la valiosa información que me brindaron acerca del derecho civil italiano vigente.

2 Véase, G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 1998, 306 ss.; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma - Bari, 1999, 155 ss. con bibliografía.

3 A ellos podemos agregar los arts. 1175 y 2598 n. 3 en el campo respectivo de las obligaciones y de la competencia desleal, cuyo concepto no es en sustancia diferente del de la buena fe objetiva: en referencia al argumento cfr. L. BIGLIAZZI

GERI, *Buona fede nel diritto civile in Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile* II, Torino, 1988, 169 ss. Ma's recientemente, acerca del rol de la buena fe objetiva, véase G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., 161 ss.

4 Véase, G. DE NOVA, *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 693; L. BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469-bis. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore. Comma 1°* en *Le nuove leggi civ. comm.* XX, 1997, 796 ss.; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, *ibidem*, 757 ss.; E. NAVARRETTA, *Art. 1469-quinquies, comma 2°, ibidem*, 1226 ss. que expone distintas posiciones doctrinarias; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., 221 s.

estas empresas, relativas a la actividad económica de prestación de bienes o servicios, ¿es un fenómeno particular y exclusivo del derecho actual o es posible encontrar algún antecedente en el derecho romano, por lo menos en cierto período histórico, permitiendo así una diacrónica comparación entre las dos experiencias, a pesar de sus diferencias?

Para responder esta interrogante, mi privilegiado campo de observación y comparación es el del derecho romano clásico, o como algunos dicen agudamente, el derecho romano de la edad mercantil (siglo II a.C. – mitad del siglo III d.C.)⁵, en la cual, como consecuencia de la formación y desarrollo de una economía de mercado, los conceptos comercio (*negotiatio*) y administración (*taberna instructa*) hallaron reconocimiento jurídico, creándose un aparato normativo exclusivo a las actividades empresariales en el sector comercial, financiero, de transporte y servicios y, en menor grado el productivo.⁶

Consideremos pues, tres ejemplos que nos ofrecen las fuentes jurídicas de este período, el primero de carácter general, mientras el segundo y el tercero concernientes a problemas de responsabilidad respectivamente de un encargado respecto de una actividad de *mutuas pecunias dare et pignora accipere e di un horrearius*.

2. D. 14,3,11,5: EL CONTENIDO DEL ENCARGO MERCANTIL (PRAEPOSITIO INSTITORIA)

Como todos sabemos, la *actio institoria* (acción o demanda mercantil) fue introducida por el pretor en el curso del siglo II a.C., para proteger a los terceros que hubiesen contratado con el encargado mercantil dentro de los límites del *praepositio* (encargo), para hacer efectiva la responsabilidad *in solidum* del preponente por las obligaciones incumplidas.⁷ Su campo de aplicación, desde su esfera originaria, la empresa comercial en sentido estricto, se extendió durante el siglo I a.C. y la Edad Augustea, a todos los tipos de empresa, con excepción de la de navegación, como surge de Gai 4,71 y Ulpiano 28 *ad ed.* D. 14,3,5 pr, que consideraron *institor* el encargo *cuilibet negotiationi* (o *negotium*)⁸.

Si el empresario no quería ser llamado a responder a través de la *actio institoria* cuando los terceros habían contratado con el encargado mercantil fuera de los límites del *praepositio*, debía hacer de público conocimiento su contenido, lo cual se hacía por escrito en un cartel, llamado *proscriptio*.

Las disposiciones relativas a su publicidad y las consecuencias derivadas de su inobservancia son descritas a detalle por Ulpiano 28 *ad ed.* D. 14,3,11, 3-4⁹. Sin entrar en detalles, de los que ya me he

5 Véase., F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, 3ss.

6 Acerca de dichos argumentos más recientemente, A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano. Una "zona d'ombra" nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti in Nozione formazione ed interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, III, Napoli, 1997, 430 ss.; F. SERRAO, *Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime in Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano (Atti del Convegno di Capri 13 - 15 ottobre 1997)* a cargo de E. Lo Cascio, Bari, 2000, 33 ss., y la última M.A. LIGIOS, "Taberna", "negotiatio", "taberna cum instrumento" e "taberna instructa" nella riflessione della giurisprudenza classica en "Antecessori oblata". *Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro*, Padova, 2001, 50 ss.

7 Sobre este tema M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, 2001, 188 ss., con indicación de la lectura principal.

8 Los textos de Gai 4,71 e di D. 14,3,5 pr, en orden son: *Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationis filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit e Cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur*. Sobre esos argumentos, la bibliografía más reciente, A. KIRSCHENBAUM, *Sons slaves and Freedmen in Roman Commerce*, New York - Jerusalem, 1987, 31 ss., 90 ss.; F. SERRAO, *Il diritto dalle genti al principato in Optima hereditas. Sapienza giuridica romana e conoscenza dell'ecumene*, Milano, 1992, 68 ss. Así como *Impresa, mercato, diritto* cit., 34 s.; A. DI PORTO, *Servus e liberto, strumenti*

dell'imprenditore romano in Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storico-giuridica a cargo de M. Marrone, Palermo, 1992, 231 ss. Además de *Il diritto commerciale romano* cit., 413 ss.; J. J. AUBERT, *Business Managers in ancient Rome*, Köln - Leiden - New York, 1994, 5 ss., 52 ss.; A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick* in ZSS, CXI, 1994, 280 ss.; A. FÖLDI, *Remarks on legal structures of enterprises in Roman law in RIDA*, XLIII, 1996, 179 ss.; M.A. LIGIOS, "Taberna", "negotiatio", "taberna cum instrumento" e "taberna instructa" nella riflessione della giurisprudenza classica, cit., 50 ss., cuya conclusión es que del concepto de *negotiatio* están excluidas las actividades productivas, pero en mi opinión me parece excesivo generalizarlo (por ejemplo con referencia a los *textores* en D. 14,4,1,1).

9 El texto completo de D. 14,3,11,3-4 es el siguiente: *Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde deplano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Litteris utrum Graecis an Latinis? Puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur. Proscriptum autem perpetuo esse oportet: ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptioe contractum sit, institoria locum habebit. Proinde si dominus quidem mercis proscriptississet, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri. sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praeponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit.*



ocupado en otros artículos¹⁰, es suficiente dar énfasis a como ese régimen parece inspirado por principios que, con terminología moderna, podemos definir como transparencia, información y exactitud.

En el siguiente § 5 del mismo fragmento, Ulpiano trata algunos aspectos inherentes al contenido del encargo mercantil, en el que afirma:

“Conditio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege vel interventu cuiusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem? aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. item si <qui> plures habuit institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere.”

En un inicio se sostiene que el principio fundamental, *conditio autem praepositionis servanda est*, debe entenderse en el sentido que, se debe observar lo establecido por el preponente en el encargo. Más tarde dicho principio desarrollado por el jurista en un plano concreto reitera su validez (*aequissimum erit id servari, in quo praepositus est*) cuando el preponente fijaba algunas condiciones generales a las que debían uniformizarse los contratos celebrados por el encargado/ejecutor del negocio. Entre ellas tenemos: *a)* la inclusión de ciertas cláusulas en los contratos; *b)* la necesidad de intervención de garantes personales o la asunción de garantías reales; *c)* la limitación de los contratos a un determinado objeto (*quid enim - vel ad certam rem?*). El mismo principio operaba en el caso de: *i)* designación de más encargados con distintas tareas, como la de intervenir conjuntamente o de forma separada en la celebración de los contratos (*item - cum uno solo*); *ii)* prohibición o permiso de contratar con el encargado por parte de ciertas personas o de un *certum genus hominum vel negotiatorum* (*sed et si denuntiavit - permittere*).

Como se puede apreciar, Ulpiano nos propone un amplio espectro de “condiciones generales de contratación” prefijadas por el preponente y vinculantes en la contratación con el encargado respecto al objeto del negocio, una vez que han sido publicitadas debidamente. Por lo tanto, los terceros que contrataban sin atenerse a esas cláusulas veían suspenderse la tutela a su favor en la *actio institoria*.

Sin embargo, este régimen ciertamente favorable a los empresarios, quienes eran libres de determinar las condiciones contractuales sobre cómo prestar sus propios bienes o servicios, no lo era tanto en caso de que una continua variación de las prohibiciones y permisos de contratar con el comerciante originase una situación de incertidumbre. En ese caso reaparecía la tutela a los terceros contratantes, a los cuales se les otorgaba una acción contra el preponente en base al principio de que ningún contratante debe ser engañado (*ratio neque decipi debent contrahentes*):

“Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes.”

La postura expuesta por el jurista con referencia a los dos tipos de condiciones indicadas antes en *i)*

y *ii)*, es según mi opinión, posible de extenderse a todos los casos de *continua variatio* de las condiciones generales de contratación, en virtud de la firme *ratio* que informa en sí misma la entera disciplina hoy descrita.

A la luz de ello, me parece evidente y difícilmente rebatible que un similar *ratio* encarne el principio de la buena fe objetiva expresando, de un lado, el rol que este ha de jugar como remedio dirigido a reequilibrar la posición de cuantos tuvieron que contratar con el encargado mercantil y, de otro lado, autorizando un control en sede jurisdiccional, a través del ejercicio de la *actio institoria* y, su efectiva aplicación.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL PREPONENTE EN D. 14,5,8.

Un conocido e interesante pasaje de Paul. 1 *decret.* D. 14,5,8, examina el problema de la responsabilidad del preponente por actos realizados por el encargado fuera del encargo mercantil, demostrando como las decisiones de los órganos jurisdiccionales imperiales podían, en presencia de determinadas situaciones, reconocer una responsabilidad similar. El caso que el jurista analiza trata acerca de una empresa financiera cuyo objeto es la concesión de créditos prendarios, pero el principio jurídico que de aquí surge es posible aplicarlo aún fuera de este giro negocial. El texto dice:

“Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore

“...me parece evidente y difícilmente rebatible que un similar ratio encarne el principio de la buena fe objetiva...”

suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. Cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam ... quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator."

Tiziano Primero había encargado a un esclavo a conceder créditos garantizados por prendas. Fuera de tal actividad, el encargado solía abastecer de créditos a los compradores de los comerciantes de cebada, actuando como representante de los primeros frente a los segundos (*etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere*). Luego de un tiempo, el esclavo huyó y un comerciante de cebada, al que había sido delegado para pagar el precio, llevó a juicio al patrón preponente con la acción mercantil (*is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris*); el cual interpone una excepción de falta de legitimidad pasiva, sosteniendo que la actividad crediticia que desarrollaba el esclavo entre compradores y vendedores de cebada traspasaba los límites de su encargo mercantil (*negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset*). Habiéndose probado en el proceso que el esclavo encargado desarrollaba otras actividades económicas - administraba negocios y había actuado como delegado de muchos compradores por los cuales había pagado el precio de la cebada-el prefecto del anona emitió sentencia de condena contra el patrón (*praefectus annonae contra dominum dederat sententiam*). La sentencia fue apelada hacia el emperador, quien confirmó la decisión del prefecto, basada en la presunción de que el preponente se había hecho sustituir por esclavo en todas sus actividades (*quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator*)¹⁰.

En doctrina, la decisión adoptada por el *praefectus annonae* y confirmada por el emperador, se considera contraria a los principios del derecho pretorio, según el cual la responsabilidad del *dominus* no era válida para las actividades que

traspasaran el *praepositio* ni para aquellas actividades que eran el medio para lograr el encargo, pues busca justificar el litigio con una *quaestio voluntatis*, por lo cual, los órganos juzgadores presumieron en el *dominus* una consciente intención, aunque implícita, de ampliar los límites del *praepositio*¹².

Esta contradicción a los principios del *ius honorarium* ha sido puesta en tela de juicio recientemente, si bien no con específica relación al caso aquí considerado, sí advirtiendo como el contenido del *praepositio* y la conexa responsabilidad del preponente no dependen exclusivamente de la voluntad de este último, sino que mas bien se determinan sobre la base de un plano objetivo a través del ejercicio efectivo de las actividades comerciales del encargado mercantil¹³. De este modo, la *praepositio* sería sólo el "acto de legitimación inicial" del encargo frente a terceros, y el ámbito de sus poderes, además de lo previsto en el encargo, se extendería a todos los actos cuyo fin es la realización de las prestaciones económicas objeto del negocio, a excepción de aquellas expresamente prohibidas.

En el texto de D. 14,5,8 se puede observar, según mi humilde opinión, como en la solución del caso emergen las dos posiciones que hemos mencionado. La primera ha sido descrita claramente por el jurista cuando expone la importante argumentación del preponente en su defensa: puesto que las actividades de intermediación crediticia realizadas por el encargado entre los vendedores y compradores de cebada, desbordaban aquéllas inherentes al encargo mercantil, por lo tanto, no se podía invocar una responsabilidad con arreglo a las mismas. El argumento otorgaba un rol fundamental y exclusivo al elemento voluntarístico del *praepositio*, y si habiendo sido opuesta a la pretensión del actor, debía probablemente basarse en un principio considerado aún vigente.

La segunda postura, por el contrario, se basa en las razones adoptadas por los órganos jurisdiccionales *extra ordinem* para rechazar la defensa del empresario financiero, dándole relevancia al perfil objetivo del complejo de actividades realizadas efectivamente por el

10 Véase A. PETRUCCI, *La tutela della parte debole nei rapporti negoziali con i professionisti nel sistema romano delle fonti in Atti del Seminario "Immagini contemporanee delle fonti del diritto tra memorie storiche e scenari del futuro"* (Pisa, 1-3 marzo 2001) pronto a publicarse y *Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes frente a los empresarios. Observaciones sobre algunas normativas del derecho romano clásico in Roma e America. Diritto romano comune* n. 12/2001, cui si aggiunga M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 201 ss.

11 Para mayor discusión del pasaje respecto a las actividades bancarias, y más generalmente, financieras, véase A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria*

romana (II secolo a.C. - metà del III secolo d.C.), Napoli, 1991, 191 s., 235 ss., con otras indicaciones bibliográficas. Bajo el marco de la jurisdicción de la jurisdicción del *praefectus annonae* véase, más recientemente; E. HÖBENREICH, *Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz, 1997, 131 ss. con bibliografía.

12 Véase, C. SANFILIPPO, *Pauli decretorum libri tres*, Milano, 1938, 41 ss.; S. RICCOBONO, *Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del "ius novum"* in *RIDA*, III, 1949, 288 s. También para mí, esa justificación fué la más persuasiva. Véase, *Mensam exercere*, cit., 236 s.



encargado para la ejecución del negocio, poniendo en segundo plano la voluntad del preponente.

Aún a falta de más comparaciones, nuestro caso de análisis permite una ulterior conjetura. Las dos posturas que hemos visto surgieron de manera verosímil, en momentos históricos distintos: la primera, fruto de una interpretación más restrictiva, parece ser la originaria, desarrollada apenas creada la *actio institoria* y, la segunda, en cambio, habría surgido como obra de algunos juristas ya al final de la era republicana¹⁴; en un principio coexistiendo con la primera, para finalmente prevalecer a través de las sentencias de los funcionarios imperiales y del mismo emperador.

En ese cambio de perspectiva, la superación del principio voluntarístico y su sustitución por aquello de las actividades efectivamente encargadas para llevar a cabo la empresa, se dió un decisivo impulso que surgió de la necesidad de tutelar la confianza de los terceros que contratan con el encargado mercantil, ya que este parece actuar como representante. En este caso en particular, D. 14,5,8; el esclavo encargado *mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis* celebraba habitualmente una serie de contratos uniformes con una categoría de comerciantes, los vendedores de cebada, asumiendo respecto de ellos la obligación de pagar el precio por cuenta de los compradores. Y tal circunstancia genera en los *negotiatores* la convicción de que este tipo de contratos no está entre los prohibidos por el preponente, lo cual provocó que uno de los comerciantes acudiera a la jurisdicción imperial, el cual resolvió que esa confianza merecía ser protegida.

Pero aún entonces, si no se admitiese la interpretación que hemos propuesto y, por el contrario, se prefiriera suponer que el prefecto del anona y el emperador basaron su decisión en una *quaestio voluntatis* dado que el preponente manifestó tolerar el ejercicio de actividades fuera

del encargo; no atenuaría el rol determinante jugado por el principio de la buena fe objetiva, hecho válido y eficaz en sede jurisdiccional, esta vez bajo la forma de *venire contra factum proprium*, en la tutela de los terceros que contrataron con una empresa financiera o bancaria, sobre lo cual nos centraremos en el próximo acápite.

4. LAS LEGES HORREORUM Y LA RESPONSABILIDAD DEL LOCATOR HORREI IN D. 19,2,60,6.

Como se sabe¹⁵, los *horrea* en cuanto almacenes donde se depositaban mercaderías, tenían funciones de primerísimo plano en la economía romana tardía republicana e imperial, y sus titulares, los *horrearii*, que no eran necesariamente los dueños de los edificios destinados a este negocio (los *domini horreorum*), eran negociantes con personal propio, cuya actividad principal consistía en celebrar contratos con terceros, teniendo por objeto la locación de distintos almacenes y espacios en los que el edificio se subdividía, y brindar un servicio de vigilancia de los mismos¹⁶. Si como normalmente ocurría, el *horrearius* no era propietario del edificio, sino que lo había arrendado, los contratos que él celebraba con terceros configuraban como *subarrendamientos* ⁽ⁱ⁾. La jurisprudencia, desde los tiempos de Labeone, ponía a su cargo una responsabilidad en caso de pérdida o daño de las mercaderías almacenadas, lo cual se configura en doctrina como una responsabilidad objetiva por la *custodia*, claro que en esa configuración no falta quien esté en desacuerdo.¹⁷

El *horrearius* prefijaba las condiciones generales de arrendamiento y subarrendamiento de los almacenes y/o sus espacios internos, los cuales se denominaban *leges horreorum* y, eran colocadas en un cartel expuesto al público, algunas de las cuales eran escritas en tablas de piedra o mármol, que si

13 M. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 194 ss.

14 Para más ejemplos véase, M. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 194 ss.

15 C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en Droit romain*, Paris, 1964, 297 ss.; A. WACKE, *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung (= Lagerhausvermietung)* in *Labeo*, 26, 1980, 299 ss.

16 Sobre esas actividades y la naturaleza jurídica del contrato de locación de almacenes, véase entre otros, A. WACKE, *Lagerhausvermietung*, cit., 307 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, 97 ss., 119 ss. Con un amplio resumen de las distintas posturas doctrinarias.

(i) **Nota del traductor:** Si el primer contrato celebrado entre los *horrearii* y los dueños de un edificio era un arrendamiento puro y simple, y posteriormente los *horrearii* contrataban con terceros sobre dichos espacios adicionando una prestación de custodia y vigilancia a favor de las mercaderías entregadas por dichos terceros, entonces no estaríamos ante la figura de un subarrendamiento, sino ante la figura de un depósito pues el arrendamiento no implica estas prestaciones adicionales.

17 Sostienen que el *horrearius* debía responder por la *custodia* en sentido objetivo, entre otros, C.A. CANNATA, *Su alcuni problemi relativi alla locatio horrei in SDHI*, XXX, 1964, 244

ss., citando el caso en ese sentido; A. WACKE, *Lagerhausvermietung*, cit., 302 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di <<praestare>> e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. - II sec. D.C.)*, Milano, 1995, 372 ss. Para una responsabilidad de tipo subjetiva se expresa C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., 41 ss. Una posición intermedia es sostenida por R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 125 ss., según el cual la "responsabilité de base" del *horrearius* era subjetiva, mientras que la objetiva por la custodia tenía una naturaleza que la hacía posible unirse a la primera. Entre las principales fuentes recordemos: D. 19,2,60,9, Lab. 5 post. a *laval. epit.* D. 19,2,60,9 (*Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi in locando aliter convenerit*); D. 19,2,60,6, señalado *infra* en el texto; Gai. 5 ad ed. prov. D. 19,2,40 (*Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestata*); Paul. 2 sent. D. 19,2,55 pr (*Dominus horreorum effractus et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recipit: servi tamen eius cum quo contractum est propter aedificiorum notitiam in quaestionem peti possunt*) y las constituciones imperiales C. 4,65,1 del 213 e C. 4,65,4 del 222 en cuanto al problema de la responsabilidad en caso de *horrea effracta*.

bien con algunas lagunas se han conservado hasta hoy en el tiempo. Entre ellas merece ser recordada aquella contenida en *C.I.L.* VI, 33747 (= *F.I.R.A.* III, 145 a), en cuya parte conservada y, en base a las integraciones del Mommsen¹⁸, se mencionan cláusulas concernientes a:

- a) La prórroga de los arrendamientos para el año siguiente, que el arrendatario o subarrendatario debían dar a conocer dentro de los 13 primeros días de diciembre *pensione soluta*¹⁹ (con el pago de la renta);
- b) La posibilidad de prórroga para quienes no efectuaron dicha manifestación²⁰;
- c) La prohibición para el arrendatario o subarrendatario de realizar subarrendamientos o a ceder su posición a terceros²¹;
- d) La responsabilidad del *horrearius*²²;
- e) La constitución de una prenda sobre las cosas almacenadas en caso del no pago de la *pensio*²³;
- f) Su liberación efectiva por recibir el pago de la renta²⁴;
- g) La exoneración de responsabilidad por parte del *horrearius* por las cosas de los arrendatarios o subarrendatarios no entregadas al *custos*²⁵.

Un problema particular sobre la responsabilidad del *horrearius* por las cosas custodiadas en los almacenes es tratado en un pasaje del Digesto, D. 19,2,60,6, extraído del quinto libro de los *posterorum libri* de Labeone resumidos por Giavoleno, que dice:

“*locator horrei propositum habuit se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo: deinde cum sciret has res inferri, passus est. proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si <propositum non habuisset, quoniam quod>*²⁶ *propositum fuit, remissum videtur.*”

18 Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Negotia in Fontes Iuris Romani Antejustiniani (FIRA)*, III, Firenze, 1968, 455 ss.
 19 [Quisquis in annum futurum retinere volet quod conduxit armarium aliud]ue quid, ante idus Dec(embres) pensione soluta renuntiet.
 20 Qui non [renuntiaverit, si volet retinere et cum horreario aliter pro]nsequente anno non transegerit, tanti habebit, quanti eius gener(is) [armarium eo anno ibi locari solebit, si modo ali locatum n]on erit.
 21 Quisquis in his horreis conductum habet, elocandi et [substituendi ius non habebit].
 22 ... custodia non praestabitur. Sobre la probable reconstrucción de dicha cláusula véase *infra* en el texto.
 23 Quae in his horreis invecta inlata [erunt, pignori erunt horreario, si quis pro pensionib]us satis ei [non fece]rit.

Un *horrearius* había incluido en la *lex horreorum* de conocimiento público, una cláusula de exoneración de responsabilidad afirmando que no recibe a propio riesgo del almacén, oro, plata o perlas. Luego de eso, se supo, que no obstante la cláusula, las preciosas mercancías continuaban siendo objeto de depósito, es decir, lo había consentido. En este caso el jurista mantiene al *horrearius* como responsable en caso de la pérdida de aquéllas, como si nunca se hubiese puesto esa cláusula de exoneración de responsabilidad, pues la considera revocada.

El texto revela la existencia de condiciones generales relativas a los contratos de arrendamiento o subarrendamiento de los almacenes, puestas en conocimiento de los terceros, como se observa en el uso del término *propositum*, por la que el *horrearius*

“...es el criterio de la buena fé objetiva la que desarrolla un rol determinante en la protección de aquellos que contratan con el horrearius...”

elabora una cláusula de exoneración de responsabilidad por la *custodia* de las mercancías de determinado valor. De este modo, resultan cumplidos los requerimientos de publicidad, a los que se refiere Ulpiano 28 *ad ed.* D. 14,3,11,3-4²⁷, y los contratos celebrados

con terceros se debían adecuar a dichas condiciones. Más aún al consentir el *horrearius*, en uno o más contratos (el texto no lo especifica) aceptar estas mercancías de valor, de cuya pérdida se había exonerado en las condiciones generales del contrato, implica una revocación implícita de dicha cláusula.

El razonamiento base para la decisión del jurista es tan breve que ha sido objeto de diversas interpretaciones²⁸, pero todas dirigidas a la necesidad de proteger al arrendatario (o subarrendatario). Dejemos aparte aquellas que ven en este caso la existencia de un acuerdo tácito manifestado por las partes, a través de comportamientos evidentes, dirigidos a introducir en el o los contratos, una cláusula que sustituya la de las condiciones generales; o bien aquéllas que explican la respuesta del jurista con la específica desaprobación, por parte

24 Quisquis in his horreis conduct(um) habet pensione soluta chirogr(apho) [liberabitur]...
 25 Quisquis habens conductu]m horreum su]a ibi] reliquer(it) et custodi non adsignaver(it), horrearius sine culpa erit.
 26 La reconstrucción del texto entre los corchetes es de Mommsen, *Digesta ad h.l.* la cual ha sido pacíficamente aceptada por la doctrina, véase además, C.A. CANNATA, *Su alcuni problemi*, cit., 246; A. WACKE, *Lagerhausvermietung*, cit., 313; R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 125.
 27 Véase *supra*, pie de página 8.
 28 Revisese A. WACKE, *Lagerhausvermietung*, cit., 314 ss.



del *conductor horrei*, de la cláusula de exoneración al momento de la celebración del contrato. Concentrémonos más bien, en aquellas que reducen la responsabilidad del *horrearius* aplicando el principio *venire contra factum proprium nemini licet* (o *nulli conceditur*). Dicho principio, conocido por la jurisprudencia romana, pero sin ser formulado en estos términos²⁹, se funda en la contradicción entre la declaración de voluntad originaria del *locator horrei* y su conducta al momento de celebrar el o los contratos.

Aceptando esta interpretación, es el criterio de la buena fe objetiva la que desarrolla un rol determinante en la protección de aquellos que contratan con el *horrearius*. Ciertamente se configura como contrario a este criterio y a las pretensiones de arrendar de los terceros, la intención del empresario de liberarse de su propia responsabilidad, luego de haber contravenido a lo por él mismo establecido en las condiciones generales de contratación, invocando la cláusula de exoneración contenida en ellas.

5. UNA IMPORTANTE PONDERACIÓN.

Para concluir de todo cuanto he dicho, en relación al objetivo inicial, me parece que podemos establecer los siguientes puntos fuertes.

A) El análisis de los tres textos considerados en los parágrafos precedentes, revela indudablemente, según mi humilde opinión, la praxis de los empresarios de prefijar las condiciones generales de contratación relativas a las actividades objeto de sus propios negocios, las cuales debían uniformizar las relaciones contractuales referidas a ellas. Lo cual es

evidente, no sólo por lo que vimos sobre el contenido del encargo mercantil (D. 14,3,11,5) y las distintas cláusulas de las *leges horreorum* para el arrendamiento o subarrendamiento de los *horrea* (C.I.L. VI, 33747 e D. 19,2,60,6), sino que se observa claramente en D. 14,5,8. Aquí aparte de la contratación que debía derivar del *praepositio di mutuas pecunias dare et pignora accipere*, se menciona una pluralidad de contratos uniformes (dirigidos a *pro emptore suscipere debitum et solvere*), que el encargado mercantil solía celebrar con los comerciantes de cebada.

- B) Los juristas, si bien nunca hablaron de contratantes débiles o de nociones subjetivas comparables a la del consumidor modernamente, sí advirtieron la necesidad de tutela en un plano objetivo, de todos los terceros que contraten con la empresas. En el caso visto en D. 14,5,8, por ejemplo, se resolvió proteger, en el juicio de otro negociante, a un comerciante de cebada, que se había hecho prometer por su esclavo mercantil siguiendo la *delegatio solvendi*, el pago del precio de un lote de este cereal.
- C) Los textos analizados líneas arriba, atribuyen un rol de primer nivel a la buena fe objetiva dirigida a tutelar la posición contractual de los terceros contratantes. Este rol se expresa en el principio de que ellos no deben ser engañados (*neque enim decipi debent contrahentes*) o en aquél del *venire contra factum proprium*, hallando una actuación jurisdiccional eficaz a través de la *actio institoria* o también mediante la acción contractual, l'*actio conducti* en el caso di D. 19,2,60,6.

29 Su formula se debe a Azone, *Brocardica sive generalia iuris* 10,28, cfr. D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München, 1983, 216. Sobre las discusiones romanas de este principio, se envía a A. WACKE, *Lagerhausvermietung*, cit., 314 s. e a F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB in Kleine juristische Schriften*, Göttingen, 1988, 58 s.