Consideraciones en torno a la *actio institoria*

María José Bravo Bosch
Universidad de Vigo

1. INTRODUCCIÓN

La **actio institoria** es una de las acciones adyecticias –**adiecticiae qualitatis**[1] que fueron creadas por el pretor[2] para corregir situaciones de indefensión, en las que el tercero que contratase con un **subiectus** –incapaz patrimonial pero que podía realizar negocios– se viese protegido en los contratos que celebrase con la persona **subiecti,** que carecía de responsabilidad en su realización. Así, podía reclamar el tercero perjudicado, ante el dueño del esclavo o **pater familias** del hijo que hubiesen contraido obligaciones con el acreedor, en ciertos casos. Como indica E.VALIÑO[3]: "El padre o dueño no respondía en lugar de, sino conjuntamente con el hijo o el esclavo… por lo que tales acciones concedidas contra el jefe son llamadas **actiones adiecticiae qualitatis**[4]", quedando

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

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

3 *Las **actiones adiecticiae qualitatis** y sus relaciones básicas en Derecho Romano*, en AHDE 37, Madrid 1967, p.340.

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

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

clara la función complementaria de estas acciones con respecto a otra llamada principal.

En lo que se refiere a la aparición histórica de la **actio institoria**, debemos referirnos a la discusión doctrinal que siempre ha existido con respecto a la cronología de todo el elenco de las **actiones adiecticiae qualitatis**[5]. VALIÑO[6] es el más concreto al señalar que "no pueden ser anteriores a la ley Ebucia", señalando como fecha de aparición la de finales del siglo II o principios del I a.C. Ya en concreto, refiriéndose a la **actio institoria,** habla de su creación en la primera mitad del siglo I a.C., puesto que "ya era conocida por Servio Sulpicio, que murió en el año 43 a.C."[7]

En lo que sí están de acuerdo la mayoría de los autores[8], es que el orden en el que aparecen las acciones adyecticias en el Edicto Perpetuo se corresponde con el orden cronológico de las mismas. LENEL[9] reconstruye el título XVIII[10], colocando en primer lugar a la **actio exercitoria**, en segundo lugar a la **actio institoria**, luego a la **actio tributoria**, y luego al **triplex edictum (quod iussu, de peculio et de in rem verso)**. Estas serían, pues, las **acciones adiecticiae**

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

6 **Op.cit.** p. 344.

7 **Op. cit.** p. 345.

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

9 Vid. O. LENEL, Das **Edictum Perpetuum** (3ª ed. Leipzig 1927).

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

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

qualitatis, aunque algunos autores rechazan la presencia de la **actio tributoria** entre ellas[11].

En este orden se presentan también en el Digesto, dedicando el título 3 del libro 14 a la **actio institoria**, posterior en el tiempo a la **exercitoria**[12], y, seguramente por los problemas que provocó el no alejamiento del principal y el **praepositus** –como veremos a continuación– está reflejada de forma mucho más extensa en el Digesto[13].

Antes de estudiar más concretamente la figura de la **actio institoria**, debemos resaltar la relación de estas acciones con el derecho comercial[14], y su núcleo común entre todas ellas. Así, podemos decir que el fundamento jurídico de las acciones adyecticias reside en el principio de asumir riesgos, como bien dice W.

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

12 No debía discutirse lo contrario, por cuanto la **actio institoria**, de ámbito de aplicación más amplio que la **exercitoria**, si hubiese existido antes, no hubiese hecho necesario crear la **exercitoria** para el **magíster navis**, ya que es esencialmente un **institor**. Vid. Al respecto, S. SOLAZZI, *L'età dell'***actio exercitoria**, en *Scritti di Diritto Romano* 4, 1938-47, p. 244. También, E.GANDOLFO, en *La prioritá nei rapporti cronologici trae le* ***actiones institoria ed exercitoria***, *Archivio giuridico "Filippo Serafini"* 64, 1900, p. 45-77.

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

14 Mejor dicho, con el derecho romano de la edad comercial (II siglo a.C.- mitad del II siglo d. C) como señala F. SERRAO, en *Impresa e responsabilitá a Roma nell'etá commerciale*, Pisa 1989, p. 3 ss. También, **vid.** P. CERAMI- A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano,* Turín, 2002, p. 22-38, en donde delimitan los principales períodos del derecho comercial romano. En relación con este último, **vid.** sobre lo ajeno que cree que resulta a la experiencia jurídica romana el concepto de un derecho especial del comercio F. GALGANO, *v. Diritto Commerciale*, en *Digesto IV. Disc. civ., sez. comm.,* Turín, 1989, p. 349 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

BUCKLAND[15]: *The principles of taking risks*, concretando, en el caso del **exercitor**, que la responsabilidad del mismo y del proponente es una cuestión de asumir riesgos, y no de representación[16].

En la misma dirección, DI PORTO[17], declara que las acciones contempladas en el Edicto, fueron creadas como instrumentos funcionales y originales de la organización empresarial romana, más que como instrumentos de representación negocial.

Por ello, con respecto a las acciones contempladas en el edicto: **de exercitoria actione, de institoria actione, de tributoria actione, de peculio, de in rem verso, quod iussu** –el **triplex edictum**– se impone un nuevo análisis, así como en el tema de los efectos de las estipulaciones de los contratos sobre la responsabilidad de terceros, ya que, como dicen P. CERAMI-A. PETRUCCI[18], el principio del riesgo[19] (**periculum**) del que estamos hablando nos puede situar en la óptica de una posible conexión funcional entre responsabilidad adyecticia y organización empresarial[20].

15 En *Roman Law and Common Law. A comparison in outline,* II ed., Cambridge, 1965, p. 217 ss.

16 **Op. cit.** p. 219

17 En *Il diritto comerciale romano. Una "zona d'ombra" nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo,* 3, Nápoles, 1997, p. 423, nota 31. Apoyan dicha tesis también, P. CERAMI-A.PETRUCCI, en *Lezioni di diritto commerciale romano*, **cit.** p. 47.

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

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

20 Resulta interesante la clasificación de las acciones adyecticias hecha por E. VALIÑO, en **op. cit.** p. 355-356, ya que distingue entre "acciones mercantiles" y "no mercantiles".Si bien aclara que tal distinción no aparece reflejada por la jurisprudencia, él la realiza en atención a que se desprende de la propia naturaleza de las acciones. Para él " los edictos **de exercitoria, de institoria** y **de tributoria actione** contemplan supuestos en los que las personas sometidas

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

2. LA ACTIO INSTITORIA: El institor y la praepositio

El Digesto, en su libro 14, título III, se dedica a la acción **Institoria**. Ulpiano, en párrafo 1, (recogido de sus Comentarios al Edicto, libro XXVIII) nos relata lo siguiente:

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

Es decir, que al Pretor[21] le pareció justo que ya que nos beneficiamos de actos realizados por nuestros factores de comercio, también quedemos obligados por contratos de los mismos, aclarando que si se tuvo de factor de comercio a un esclavo propio, las acciones las adquiere para él. Pero si fuese un esclavo ajeno u hombre libre, se carecerá de acción; aunque podrá demandar al factor de comercio, o a su principal, ya por la acción de mandato o por la de gestión de negocios. Pero dice Marcelo que al que lo puso de factor de comercio, debe dársele acción contra aquellos que con él hubieren contratado[22].

---

jurídica o socialmente... realizan una actividad eminentemente comercial...En cambio, los edictos **de peculio, de in rem verso** y **quod iussu** no se refieren a actividades de comercio sino a lo que hoy llamamos "actos civiles". Otra clasificación, realizada por los juristas romanos, agrupa las acciones adyecticias –según su posición en el edicto pretorio– en *superiores* (**exercitoria, institoria,** ***tributoria*****)** e *inferiores* (**actio de peculio et de in rem verso, actio quod iussu**) como dice, por ejemplo, Gayo en D. 14, 5, 1: ... **etiamsi deficient superiores actiones, id est exercitoria, institoria, tributoriave...**

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

22 **Vid**. la traducción del texto realizada por Il. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona 1889 p. 766.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

Vemos como aquí el concepto de **actio institoria** es muy concreto en lo que se refiere a los sujetos que pueden intervenir, dejando sólo al ejercicio de la acción los contratos realizados por terceros sometidos al principal, y no por esclavos ajenos u hombres libres. Ahora bien, tan restringido concepto[23] fue superado por la jurisprudencia[24], pudiendo hablar en una segunda etapa de la posibilidad de ser **institor**[25] cualquier hombre o mujer, libre[26] o esclavo, tanto del principal como ajeno.

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

Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae[27] aut cuilibet negotiationi filium servumve suum vel quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est, contractum fuerit.Ideo autem institoria

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

vocatur, quia qui tabernae[28] praeponitur, institor appellatur. Quae et ipsa formula in solidum est.

Según Gayo, la fórmula[29] de la acción que nos ocupa, la **actio institoria**, procede cuando alguien ha puesto al frente de una tienda[30] o cualquier otro comercio a un hijo o a un esclavo suyo o a cualquier extraño, libre o esclavo, y se ha efectuado con él algún negocio relacionado con aquella actividad. Añade que se le denomina fórmula **institoria** porque recibe el nombre del **institor**, que es el que se encarga de llevar una tienda, y que además esta fórmula se da también por el total[31].

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

Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, liber an servus, proprius vel alienus; item quisquis praeposuit, nam et si

28 Posteriormente a Gayo, Ulpiano concreta el significado de la palabra taberna, en Digesto 50, 16, 183, al decir: **"Tabernae" appellatio declarat omne utile ad habitandum aedificium, non ex eo, quod tabulis cluditur**, por lo que la palabra taberna indica todo edificio útil para ser habitado, no porque esté circuido de tablas.

29 Con transposición de personas, de modo que en la **intentio** figuraba el **subiectus** como demandado, y en la **condemnatio** figuraba el **pater familias**, para permitir que la sentencia, absolutoria o de condena, recayese sobre persona distinta a la inicialmente demandada. **Vid**. al respecto, A.R. MARTÍN MINGUIJÓN, *Acciones ficticias y acciones adyecticias. Fórmulas*, Madrid 2001, p. 149 ss. También, M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle* ***'actiones adiecticiae qualitatis'***, Turín, 2001, p. 37 ss.

30 Entendida como **taberna instructa**, que como dice Ulpiano en Digesto 50, 16, 185: **"Instructam" autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus, et hominibus ad negotiationem paratis constat**, en el sentido de que está provista la taberna, si consta de cosas y de hombres dispuestos para una negociación.

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

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

mulier praeposuit, competet institoria exemplo exercitoriae actionis, et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa. Sed et si filiafamilias sit, vel ancilla praeposita, competit institoria actio.

"Más poco importa quien sea factor de comercio, si un varón o una mujer, un hombre libre o un esclavo, propio o ajeno. Tampoco, quien lo haya nombrado, porque también si lo nombró una mujer, competerá la institoria a ejemplo de la acción ejercitoria, y, si hubiera sido nombrada una mujer, también quedará obligada ella misma. Pero aún, si hubiere sido nombrada una hija de familia, o una esclava, compete la acción institoria[32]".

En lo que se refiere al tipo de negocio que podía realizar el **institor**, para luego poder ejercitar, si es preciso, la **institoria actione**[33], resulta clarificador el texto de Ulpiano en Digesto 14, 3, 3:

Institor appellatus est ex eo, quod negotio[34] gerendo instet, nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi.

Se le denomina **institor**, según las palabras de Ulpiano, porque está gestionando un negocio, y no importa mucho que haya sido nombrado para una tienda o para cualquier otra negociación.

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

Cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur.

"Así, pues, para cualquier negocio que haya sido nombrado, con razón se le llamará **institor**[35]".

32 **Vid**. al respecto, la traducción de GARCÍA DEL CORRAL, **op. cit.** p. 768-769.

33 **Vid.** el edicto **de institoria actione**, en O. Lenel, *Das* ***Edictum Perpetuum*** III, **cit**, § 102.

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

35 Traducción de I. GARCÍA DEL CORRAL, **cit.** p. 767.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

El elemento esencial para que los negocios llevados a cabo por terceros obligasen al principal, es decir, para que existiese responsabilidad del dueño, lo constituye la **praepositio**[36], o sea, el acto de poner al frente de un establecimiento terrestre a un tercero que realiza negocios en nombre del verdadero dueño del establecimiento[37]. Las funciones a realizar por el **institor**[38] nombrado en la **praepositio** deben ser permanentes, para que los terceros que vayan a realizar negocios con ellos vean claramente que es un **autorizado** por el dueño del negocio o local.

No exigía un acto solemne[39], por lo que salvo signos claros en su contra, al tercero le bastaban las apariencias porque se entendía que llevaba implícita la voluntad de apoderamiento del dueño, y así los que contratasen con el **praepositus** podían dirigir la **actio institoria** contra el que lo puso el frente del establecimiento terrestre[40].

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

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

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

39 Cfr. E. VALIÑO, **op. cit.** p. 357.

40 Si hablamos de una casa de campo, y no de un establecimiento mercantil, el encargado de la misma no se considera como **praepositus** para negociar, sino que está para recoger los frutos, lo que viene reflejado en D. 14, 3, 16: **Si cum villico alicuius contractum sit, non datur in dominum actio, quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praeponitur. Si tamen villicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum, exemplo institoriae actionem in me competere.** Como indica, si se le encarga vender mercancías, podrá ejercitarse una acción a ejemplo de la **institoria. Vid.** al respecto, G. LONGO, **cit.** p. 613, en donde razona que los compiladores justinianeos interpolaron la acción por analogía, cuando en este caso, el jurista Paulo declaraba –en este texto recogido en el Digesto– que la acción que se daría sería la **actio institoria.** Por ello, LONGO apuesta por la concesión de una acción **institoria** directa y no la

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

Ahora bien, dentro de ciertos límites, ya que la acción no procede en todos los casos[41], sino con respecto a los negocios que tengan lugar dentro de la **praepositio** como nos dice ULPIANO en Digesto 14, 3, 5, 11:

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

O sea, que no todo lo que se trata con el factor de comercio obliga al que lo puso, sino si se contrató respecto de aquello para lo que hubiere sido puesto[42], esto es, solamente para lo que lo puso al frente[43].

Es más, si el principal le puso para la venta de mercancías[44], estará obligado en nombre de él por la acción de compra. Incluso, si le hubiese puesto para

---

actio exemplo institoriae, creada por Papiniano. **Vid.** tb. sobre la **actio ad exemplum institoriae**, el trabajo de A. BURDESE, ***Actio ad exemplum*** *institoriae e categorie sociali*, en BIDR, Vol. 74, Milán 1971, p. 61 ss donde refuta la tesis de RABEL según la cual PAPINIANO creó dicha acción para el único caso del **procurator- praepositus** en una actividad negocial no distinta a la del **institor-** que debido a su elevada posición social (la del **procurator**) no se le podía equiparar con el **institor.**

41 **Vid.** al respecto, G. LONGO, **cit.** p. 605 ss. en donde analiza los diferentes ejemplos de **praepositio institoria** para determinar cuales pertenecen al pensamiento clásico, y cuales son fruto de una evolución jurisprudencial posterior. En palabras del autor:"I vari esempi di **praepositio institoria** sono istruttivi; essi, effettivamente, indicano un progresivo sviluppo della nozione e un lodevole sforzo interpretativo della giurisprudenza. Ma...in altri termini, **incedimus per ignes** quando dovremo essere portati a imbatterci nella speribilità di un'actio **quasi institoria**".

42 Como dice E. VALIÑO, en **op. cit.** p. 361: "Es esencial que el **institor** haya realizado negocios para los que tuviera apoderamiento", por lo que el principal sólo será responsable de los negocios que caen dentro de lo que es la **praepositio**.

43 Siguiendo traducción de I. GARCIA DEL CORRAL, **cit.** p. 768.

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

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

comprar, se obligará sólo por la acción de venta, sin estar obligado en el caso de que el factor para comprar hubiese vendido, y el puesto para vender, hubiese comprado. Así se confirma en Digesto, 14, 3, 5, 12, de nuevo en palabras de ULPIANO:

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

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

La importancia de lo visto hasta el momento sobre los negocios realizados por los **institores** en establecimientos mercantiles (terrestres), nos lleva a poner en relación los principios romanos con la realidad actual. Es decir, vamos a ver a continuación como la mayor parte de lo concerniente a la **actio institoria** gira con respecto al concepto de la buena fe objetiva[45]. Estamos hablando de encontrar (tomando como base algunos textos) antecedentes de la buena fe[46] objetiva en

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

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

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

los contratos[47] realizados con las empresas –en lo referente a su actividad económica– en la etapa histórica del derecho comercial romano[48].

En primer lugar, acabamos de ver como la simple apariencia de ser un **praepositus** servía al tercero que hubiese contratado con él para dirigir la **actio institoria** contra el dueño del establecimiento.

Por ello, si el empresario no quería que ejercitasen contra él dicha acción, por haber sobrepasado su gerente los límites de la **praepositio**, debía dar a conocer a los terceros el contenido y alcance del nombramiento efectuado mediante la exhibición de un anuncio por escrito, la **proscriptio**.

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

> **Proscribere palam sic accipimus: claris literis, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet[49], vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Literis utrum graecis, an latinis? Puto secundum loci conditionem, ne quis causari possit ignorantiam literarum. Certe si quis dicat, ignorasse se literas, vel non observasse, quod propositum erat, quum multi legerent, quumque palam esset propositum, non audietur. Proscriptum autem perpetuo esse oportet. Ceterum si per id tem-**

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

48 Muy interesante la lectura de A. DI PORTO, en *Il diritto commerciale romano*, **cit.** p. 413 ss. que, en contra de la teoría de GOLDSCHMIDT (*Universalgeschichte des Handelsrechts* I, Stuttgart, 1891) –que afirmaba que el derecho comercial, como rama distinta del derecho, era obra del Medievo italiano y de las codificaciones modernas– afirma la existencia, ya en el derecho romano clásico, de un derecho comercial.

49 **Vid.** al respecto, G. LONGO, **op. cit.** p. 610-611, donde elimina la frase <**ante tabernam scilicet... in evidenti**> por entender que es un añadido de los glosadores.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

poris, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione[50] contractum sit, institoria locum habebit. Proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit, aut vetustate, vel pluvia, vel quo simili contingit, ne proscriptum esset, vel non pareret, dicendum, eum, qui proposuit, teneri. Sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius proponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit, qui contraxit.

Es decir, que para prohibir públicamente se debe anunciar en carteles [51]claros, donde de corrido pueda leerse bien[52], por supuesto delante de la tienda o delante de aquel local donde se explote la negociación, no en lugar escondido sino visible. ¿con caracteres griegos o latinos? Ulpiano opina que conforme a las condiciones de la localidad, para que nadie pueda excusarse con su ignorancia de la escritura., añadiendo que si alguno dijera que no sabía leer, o que no reparó en lo que estaba anunciado, con tal que muchos lo leyeran, y que estuviese anunciado en público, no sería oido. Además, conviene que la prohibición esté expuesta perpetuamente. Porque si se contrató durante el tiempo en que no estaba expuesta, o habiéndose borrado la prohibición, tendrá lugar la acción **institoria**. Por eso, si el dueño de la mercadería hubiese expuesto ciertamente la prohibición, pero otro la quitó, o por el tiempo, o la lluvia, u otra causa semejante no estuviese expuesta la prohibición, o no fuese visible, queda obligado el que la puso. Pero si el factor de comercio la quitó para defraudarme, el dolo[53]

50 De nuevo, G. LONGO. **Op. cit.** p. 611, dice que en vez de '**vel obscurata proscriptione**', que "è un completamente palese e altrettanto, como in esempi, noti e consimili, debe dirsi per la frase <**aut vetustate... contigit**>".

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

52 **Vid.** I. GARCÍA DEL CORRAL, **cit.** p. 769.

53 En el contrato de mandato, recogido en nuestro Código Civil, se dice con respecto al dolo, en el artículo 1726: "El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

de éste debe perjudicar al que la puso, a no ser que fuere partícipe en el dolo el que contrató.

Queda claro que el régimen exigido de publicidad –para garantizar que los terceros interesados en contratar con un **institor** conozcan los límites de la **praepositio**– busca la tutela de la parte más débil, aplicando los principios que en términos actuales son los de claridad, información y rectitud[54].

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

> **Conditio autem praepositionis servanda est; quid enim, si certa lege, vel interventu cuiusdam personae, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem? Aequissimum erit, id servari, in quo praepositus est. Item si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit, vel cum uno solo; sed et si 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. Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio; neque enim decipi debent contrahentes.**

El inicio del pasaje presenta un principio fundamental, cuando dice que se ha de observar la condición del nombramiento, es decir, lo que fue indicado por el dueño de la empresa en el nombramiento de su factor. Después, el jurista desarrolla tal principio sobre un aspecto determinado, afirmando desde un inicio su validez –**aequissimum erit id servari, in quo praepositus est**, o sea, que será muy justo, que se observe aquello para lo que fue nombrado– cuando el titular

54 Hoy en día no se necesitan carteles de denuncia o advertencia, porque las garantías y la regulación de las competencias de un factor en una empresa están mucho más delimitadas. A modo de ejemplo, artículo 291 del Código de Comercio: "Los actos y contratos ejecutados por el factor serán válidos, respecto de su poderdante, siempre que sean anteriores al momento en que llegue a noticia de aquél por un medio legítimo la revocación de los poderes o la enajenación del establecimiento…". En relación con el mismo, **vid.** artículo 282 del mismo código, y el 290, que dice lo siguiente: "Los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

fijaba algunas condiciones generales para uniformar los contratos realizados con el **institor** o gerente de la empresa. Por ejemplo, encontramos citadas por el jurista las siguientes condiciones:

1. La inclusión de ciertas claúsulas en los contratos[55].
2. La intervención de fiadores personales (**vel interventu cuiusdam personae**).
3. La limitación de los contratos a un cierto objeto (**vel ad certam rem**).
4. Coexistencia de dos o más **institores**, con distintas funciones, como la de contratar conjuntamente o de forma separada (**Item si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit, vel cum uno solo**).
5. Prohibición de contratar con ciertas personas, o cierta clase de hombres, o empresarios, o permiso al **institor** para contratar con determinados sujetos, o de un cierto género de hombres o negociantes (**nam et certam personam possumus prohibere contrahere, vel certum genus hominum, vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere**).

No cabe duda del amplio elenco de condiciones generales del contrato que nos propone el jurista Ulpiano, dispuestas por el titular, y vinculantes, siempre que se hubiesen puesto en conocimiento de los clientes en relación con el objeto de la empresa. Por eso, si algún tercero contratante no hubiera actuado conforme a dichas condiciones prepuestas, no tendría ninguna posibilidad de ser protegido mediante el ejercicio de la **actio institoria**.

Ahora bien, la libertad concedida a los empresarios de determinar las condiciones contractuales que ellos quieran en el comercio de sus bienes y servicios, podía provocar incertidumbre, si como se dice en el pasaje "**Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione**". En este caso se protegería a los contratantes, dándoles la tutela necesaria, a través de la **actio institoria** contra el titular, de acuerdo con la máxima de que no deben ser engañados los contratantes "**neque enim decipi debent contrahentes**".

A la vista de lo anterior, podemos decir que el principio señalado de que "los contratantes no deben ser engañados", representa el principio de la buena fe

55 En relación con esto, nuestro Código Civil en el artículo 1255 aclara lo siguiente: "Los contratantes pueden establecer los pactos, claúsulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157

objetiva[56], persiguiendo un comportamiento honrado por parte del titular de la empresa, que no lleve a confusión en algunos casos a los terceros contratantes, y por ello ofreciendo la protección necesaria para evitar una injusticia, que además equilibre la posición de los que fuesen a contratar con el gerente.

Por ello podemos concluir que la buena fe objetiva está presente en los textos romanos en función de la tutela de la posición contractual de los terceros contratantes[57], en el principio de que ellos no deben ser engañados, y se concreta en via jurisdiccional mediante la **actio institoria.**

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

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

https://doi.org/10.55104/FRDC_0157