

RAÍCES ROMANAS DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL Y EUROPEO

Roman roots of Spanish and European commercial law

AMPARO SALOM LUCAS (MAGISTRADA)
Universidad Jaume I Castellón

Resumen: A través de este artículo se pretende dar una visión general y transversal del origen romanístico de algunas de las instituciones de derecho mercantil clave en la actualidad, tanto a nivel nacional, como a nivel comunitario. Con ello se invita a la reflexión del lector acerca de la pretendida novedad de algunas de las figuras jurídicas del derecho comercial con las que se trabaja hoy en día, tales como la mediación en asuntos civiles y mercantiles, el factor mercantil, el leasing o la protección de consumidores y usuarios.

Palabras clave: Derecho romano, derecho mercantil, derecho comercial, mediación, factor mercantil, arrendamiento financiero, leasing, protección de los consumidores.

Abstract: Throughout this article, we intend to give a general and transversal view of the Roman origin of some of the current key commercial law institutions, both at the national level and at the European level. This invites the reader to reflect on the alleged novelty of some of the legal concepts of commercial law that are being worked on today, such as, mediation in civil and mercantile matters, manager with general power of attorney, leasing or consumer protection.

Keywords: Roman law, commercial law, mediation, manager with general power of attorney, financial leasing, protection of consumers.

SUMARIO: I.–Introducción. Evolución histórica. II.–Leasing. III.–Factor notorio. IV.–Mediación. V.–Protección del consumidor.

■ AMPARO SALOM LUCAS

I. INTRODUCCIÓN. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La indudable influencia del derecho romano en el derecho vigente hoy en día en España, gran parte de Europa, y la mayoría de países iberoamericanos, alcanza, como no podía ser de otra manera, al derecho comercial o derecho mercantil.

Es difícil de imaginar que figuras tan pretendidamente actuales o modernas, tales como el «leasing», o la mediación, tienen sus raíces en un Derecho con más de 2.000 años de antigüedad. No todo es tan novedoso como creemos y pese a que las figuras jurídicas respondan a las necesidades de una sociedad cambiante y digital, lo cierto es que éstas hunden sus raíces en las otras ya creadas en el Derecho romano, como a continuación veremos.

A efectos simplemente de centrar históricamente el objeto del presente artículo, haremos una breve reseña de las etapas que vivió el derecho comercial en la antigua Roma.

El hecho de que la palabra *commercium* deriva de las expresiones latinas *cum* y *merx* pone en evidencia que dicho término se refería al tráfico de mercancías; y las principales actividades que quedaban bajo el «paraguas» del derecho comercial eran las siguientes¹:

- 1) Intercambio y circulación de bienes, con intervención de *mercatores* y *negotiatores*
- 2) Actividades financieras y de crédito por parte de los banqueros.
- 3) Producción artesanal e industrial (textil, alimentaria, metales etc.).
- 4) Transporte marítimo y terrestre
- 5) Actividad agrícola
- 6) Servicios (baños públicos, posaderos, lavanderías, muleros etc.).
- 7) Intermediación comercial de árbitros y proxenetas.

Este elenco de actividades es la consecuencia de una evolución del sistema económico romano que parte de una base agraria apoyada en la familia patriarcal, y pasa a otro sistema de base empresarial y ámbito familiar.

Como acertadamente concluye José Luis Zamora² «*la diferencia sustancial entre el mundo romano y el actual en materias de actividad comercial se podría resumir de la siguiente manera: los romanos llevan a cabo su actividad comercial a través de los esclavos o sometidos y normalmente en los moder-*

¹ ZAMORA MANZANO, J., Derecho comercial romano, *Dykinson Manuales Jurídicos*, 2013, p.19.

² ZAMORA MANZANO, J., Derecho comercial romano, *Dykinson Manuales Jurídicos*. 2013, p. 45.

RAÍCES ROMANAS DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL Y EUROPEO ■

nos ordenamientos la gestión se realiza utilizando como instrumento una persona jurídica (sociedades)».

Si atendemos a nuestra actual regulación en materia mercantil observamos que el Código de Comercio de 1885 apenas tiene en vigor algunos artículos, pues su contenido ha quedado en gran medida desplazado por Leyes específicas en la materia, como la Ley de Navegación marítima 14/2014, la Ley Concursal 22/2003, Ley de defensa de la competencia 15/2007, Ley de Sociedades de Capital RDL 1/2010, Ley de Marcas 17/2001, etc.

Hay autores³ que afirman que el nuevo derecho mercantil surge como consecuencia de tres factores fundamentales:

La institucionalización de un mercado de libre competencia:

- a) La incidencia en el mercado de los avances tecnológicos y bienes inmateriales.
- b) La internacionalización del mercado⁴.

Finalmente, en el ámbito de la Unión Europea, ha de reseñarse el objetivo de crear un mercado único en el que estén integrados los territorios y mercados de los Estados Miembros, suprimiendo barreras arancelarias y formando un auténtico mercado único de libre competencia. Para conseguir tales fines la Unión Europea dispone de dos herramientas, los Reglamentos y las Directivas. Los Reglamentos son normas supranacionales que obligan directamente a todos los ciudadanos de los Estados Miembros desde su entrada en vigor, y las Directivas son normas dirigidas a los Estados miembros para que estos incorporen a la legislación nacional su contenido. Es precisamente a través de este último instrumento que se pretende aproximar las distintas legislaciones nacionales en las materias reguladas por las Directivas.

Estas iniciativas, de globalización del mercado no son nuevas, como indica la profesora Lázaro⁵ mencionando a Arnold, «el estudio de los clásicos es indispensable para entender el presente, pues nosotros mismos somos herederos de su cultura». Buena prueba de ello, y qué mejor marco para resaltarlo que el presente, el derecho civil romano constituye la base de los Tratados de

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Manuales Universitarios. Apuntes de derecho mercantil*. 2018.

⁴ Con gran incidencia del Convenio de Viena de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, el acuerdo de la Organización mundial del comercio firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, o más recientemente la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 incorporada a la legislación española por la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de información y comercio electrónico.

⁵ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *El concepto romano de ciudadanía en algunas fuentes literarias y jurídicas: posible fundamentum iuris para una propuesta de ciudadanía europea*, Fundamenta Iuris, 2012.

■ AMPARO SALOM LUCAS

Maastrich de 1992 y de Amsterdam de 1997, como también lo es en las legislaciones de gran parte de los Estados Miembros de la Unión Europea.

Esta normativa homogénea que se pretende conseguir a través de Directivas y Reglamentos, es el primer escalón hacia el mercado único. De hecho, se han dictado gran número de Directivas para regular las sociedades mercantiles, entidades de crédito, de seguro y las bolsas. Un segundo escalón lo configuran las instituciones supranacionales⁶ que no dependen de la legislación nacional, sino de los Reglamentos.

Por último, hemos de hacer una breve referencia, sin perjuicio de lo que posteriormente analizaremos, a la preocupación de la Unión Europea por la protección del consumidor, que ha trastocado tremadamente la actividad jurisdiccional española desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europa de 4 de marzo de 2013 (caso Aziz) a la que han sucedido un sinfín de otras resoluciones dando un nuevo enfoque a las relaciones entre consumidor y empresario. Esta corriente jurisprudencial ha propiciado profundos cambios legislativos en España⁷ y ha generado incluso la creación de juzgados especializados⁸ en esta materia cuyo colapso ha sido inmediato.

Esta necesidad de adaptar el sistema jurisdiccional y legal de los Estados Miembros al derecho comunitario ha provocado que cada vez tengan mayor trascendencia las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo, especialmente las relativas a cuestiones prejudiciales.

II. LEASING

Muchos han sido los autores que han sabido ver raíces romanas en la actual figura del arrendamiento financiero⁹, instrumento jurídico ampliamente utilizado sobre todo en el sector automovilístico e industrial.

⁶ Agrupación Europea de Interés económico, regulada por Reglamento de 25 de julio de 1985, Sociedad Anónima Europea regulada por Reglamento (CE) 2157/2001 y la Sociedad Cooperativa Europea regulada por el Reglamento (CE) 1435/2003

⁷ En el caso concreto de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, las normas que la han reformado, debido a la influencia de la jurisprudencia comunitaria son las siguientes: Ley 1/2013 de 14 de mayo, autodenominada Ley Antidesahucios; la Ley 3/2014 relativa a la legitimación en la protección a los consumidores; la Ley 9/2015 sobre régimen de recursos; o la 42/2015 que incorpora la posibilidad de controlar la existencia de cláusulas abusivas en procesos monitorios basados en un contrato entre consumidor y empresario.

⁸ Estos juzgados fueron creados por Acuerdo de 25 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física.

⁹ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* XLVIII, 2001, pp. 185 ss. Zamora Manzano, J. *Derecho comercial romano*, Dykinson Manuales Jurídicos, 2013, pp. 101 ss.

RAÍCES ROMANAS DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL Y EUROPEO ■

La doctrina define el «leasing» como aquel contrato por el cual el arrendador cede al arrendatario el uso de un bien a cambio del pago de cuotas periódicas, quien además, al cumplimiento del plazo pactado puede adquirir el bien en cuestión¹⁰. Zamora considera que la figura romana más próxima al «leasing» es el contrato estimatorio, por el cual una persona (*tradens*) entrega a otra (*consignatario* o *acciens*) una cosa con encargo de venderla. En el plazo pactado el consignatario ha de entregar el precio pactado o restituir el bien¹¹.

Los beneficios que tiene esta figura contractual en el tráfico mercantil son innegables, por cuanto el arrendatario obtiene indirectamente la financiación para adquirir bienes contra un canon periódico dentro de un plazo, finalizado el cual tiene la posibilidad de adquirirlo tras haber comprobado ampliamente su funcionamiento y cualidades.

Dicho autor menciona un texto de Javoleno¹² como fuente romana del contrato de «leasing», en el que, en una venta de un fundo, se pactó que hasta el pago total del precio el comprador lo tendría en arriendo, pagando una renta.

La profesora Lázaro¹³, con cita de Ghia, sitúa los orígenes de este contrato en el tercer milenio a. C en Egipto en un supuesto en el que un pequeño propietario de tierras arrendaba un terreno con todos los utensilios para su explotación a cambio del pago de un canon periódico, por un plazo determinado.

Sin ánimo de ser exhaustivos, es interesante destacar los dos ejemplos de arrendamiento financiero hallados por la autora, en concreto, el comercio de gladiadores y el de equinos¹⁴. El objeto del contrato es muestra evidente de las distintas necesidades de las dos sociedades, la romana y la actual. De este modo, mientras en la antigua Roma caballos y gladiadores eran, por llamarlo así, instrumento necesario para el desarrollo de ciertas empresas, de alto coste económico y vida útil limitada; en la sociedad actual el objeto habitual de este tipo de contratos son vehículos o maquinaria industrial o científica, dándose en tales objetos las mismas notas que se daban hace dos milenios sobre equinos y gladiadores, a saber: necesidad, coste económico y duración limitada.

¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil II*, 1997, p. 205.

¹¹ *Datio ad experiēndum, datio ad inspiciēndum*

¹² D.19.2.21

¹³ LÁZARO GUILLAMÓN, C. *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* XLVIII, 2001, p. 187.

¹⁴ Según la autora, Gayo refiere comercio con gladiadores. El *lanista* los formaba y los llevaba a espectáculos circenses a cambio de dinero. Finalizado el juego, por cada gladiador sano el empresario circense pagaba al *lanista* veinte denarios por cada gladiador sano, y mil por cada gladiador muerto o lisiado. En el caso de los equinos, nos recuerda una duda planteada a Ulpiano en una venta de caballos entregados al comprador durante tres días gratuitamente, a prueba, durante los cuales ganaron una carrera pero el comprador finalmente no abonó el precio de la compraventa.

■ AMPARO SALOM LUCAS

III. FACTOR NOTORIO

La organización empresarial en la antigua Roma estaba basada en dos pilares fundamentales, la familia (supeditada a la capacidad decisoria del *paterfamilias*) y los esclavos.

A fin de llevar su negocio día a día, el *paterfamilias* encargaba la gestión de ciertas cuestiones a sus hijos o esclavos; y para garantizar los derechos de los acreedores que contrataban a través de los mismos con el empresario, el Pretor concedía en su Edicto acciones (*adyeticias qualitatis*¹⁵) para poder demandar al *paterfamilias* por las transacciones llevadas a cabo por sus hijos o esclavos en su nombre¹⁶. Por ejemplo, en el contrato de transporte, el Derecho romano contemplaba la intervención de auxiliares¹⁷, que se mantiene hoy en día cuando el transporte encargado al porteador sea ejecutado por sus auxiliares.

Hoy en día, en el derecho español, el empresario puede otorgar poderes, generales o especiales, para ampliar así sus posibilidades de actuación en el comercio. En los artículos 282 y siguientes del Código de Comercio se regulan distintas formas de mandato mercantil (factores, dependientes y mancebos). La doctrina distingue entre los colaboradores dependientes del empresario (auxiliares) de los independientes. Los primeros están vinculados al empresario por una relación de subordinación a través de un contrato de trabajo, y los segundos son aquellas personas que ayudan al empresario a realizar su actividad pero no están sometidos a su subordinación jerárquica y están al margen de la empresa, por ejemplo los agentes¹⁸.

El apoderado general o factor, regulado en el artículo 283 del Código de Comercio, es definido como «el gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario.»

¹⁵ A través de estas acciones permitían a los acreedores demandar al *paterfamilias* adyeticamente por los negocios realizados por los sometidos a su *potestas*:

- a) *Actio quod iussu*
- b) *Actio exercitoria*
- c) *Actio institoria*
- d) *Actio de peculio*
- e) *Actio tributaria*
- f) *Actio in rem verso*

¹⁶ ZAMORA MANZANO, J., *Compendio de Derecho Comercial Romano*, Dikynson, p. 34.

¹⁷ MORILLAS JARILLO, M. J., *Seguro de Transporte*, Cuadernos de Derecho judicial n.º 9, 1997, ISSN 1134-9670, p. 430.

¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil I*, 1997, p. 189.

RAÍCES ROMANAS DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL Y EUROPEO ■

Pese a las similitudes entre estas figuras y las tareas desempeñadas por hijos y esclavos en la antigua Roma, hemos de reseñar una importante diferencia, y es que el Código de Comercio exige para ser factor capacidad para obligarse y poder de la persona por cuya cuenta realiza el negocio (artículos 282 y 283), por cuanto es un *alter ego* del empresario.

En el derecho español, el empresario queda obligado por los actos u omisiones que cometan sus dependientes, por culpa o negligencia, de manera que quedan salvaguardados los derechos del acreedor, de la misma manera que quedaban protegidos en el Derecho Romano con las acciones adyeticias. Así lo dispone el artículo 1903 del Código Civil:

«La obligación que impone el artículo anterior¹⁹ es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.[...] Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones».

Y también los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio, de los que resaltamos el 284 y 285:

«Artículo 284: Los factores negociarán y contratarán a nombre de sus principales, y, en todos los documentos que suscriban en tal concepto, expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o sociedad que representen.

Artículo 285: Contratando los factores en los términos que previene el artículo precedente, recaerán sobre los comitentes todas las obligaciones que contrajeren.

Cualquiera reclamación para compelirlos a su cumplimiento, se hará efectiva en los bienes del principal, establecimiento o empresa, y no en los del factor, a menos que estén confundidos con aquéllos».

La jurisprudencia española ha evolucionado desde el rigor formal de exigir que el poder conferido al factor se otorgue en documento público (artículos 281 a 284 del Código de Comercio y 1280.5 del Código Civil), a considerar la «vital importancia» de la «apariencia jurídica que rodea su actuación, de manera que cuando el quehacer que realiza, por su propio contenido trascendente y representativo, transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado, la consecuencia es que origina la vinculación entre la empresa y dicho tercero, pues de lo contrario quebraría el principio de seguridad jurídica»²⁰.

¹⁹ Artículo 1902 del Código Civil: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1991.

■ AMPARO SALOM LUCAS

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 245/2006 de 9 de marzo, analiza un caso en que un cliente de una entidad bancaria ingresó un dinero en la cuenta corriente, que posteriormente desapareció por ser extraída en una segunda entidad por el director de aquélla, a quien consideró responsable, no sólo por ser la depositaria del dinero y tener por tanto la obligación de devolverlo, sino por la culpa *in vigilando e in eligendo* sobre el director de la oficina quien, teniendo poder del banco, se extralimitó en su representación y destino el dinero a otros fines.

Esta evolución jurisprudencial culmina en la corriente doctrinal de no considerar que el empresario responda como consecuencia de una culpa *in eligendo* o *in vigilando* sobre su empleado, sino que se trata de una responsabilidad por el riesgo creado o el beneficio recibido: *cuius commoda eius in commoda, ubi est emolumentum ibi onus ese debet*.²¹ Esta responsabilidad del empresario quasi objetiva, se producirá siempre que el factor haya actuado sometido, aunque sólo sea potencialmente, a la dirección del empresario²². Bastaría con que el empresario diera una conformidad, directa o indirecta, a la actuación del factor, para que desplegara los efectos de la responsabilidad del empresario.

IV. MEDIACIÓN

La mediación, como medio de resolución de conflictos, alternativo o complementario a la vía judicial, es un instrumento de reconocida eficacia a nivel europeo. Pocos conocen que el origen de esta institución jurídica que goza de gran reconocimiento hoy en día, se remonta a la figura del Pretor, cuya labor era guiar a las partes en conflicto para que llegaran a un acuerdo antes de acudir a la vía judicial, de la misma manera que hoy en día hace el mediador. También el *pater gentis* podía solucionar controversias suscitadas entre los miembros de la estirpe.

El estudio de la evolución histórica de la figura de la mediación nos permite afirmar que la misma es consustancial a la sociedad, y se ha ido adaptando a todas ellas.²³ Así lo acredita el hecho de su existencia durante los siglos,

²¹ PÉREZ MORALES, M. G., *Protección del acreedor. Ejercicio simultáneo de acciones en materias civil y penal por hechos fraudulentos del factor mercantil*, Revista Aranzadi Doctrinal n.º 1/2010, parte Estudio.

²² Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 1982, 30 de octubre de 1985.

²³ ZAMORA MANZANO, J., *Compendio de Derecho Comercial Romano*, Dykinson. P. 123.

RAÍCES ROMANAS DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL Y EUROPEO ■

en distintos países y distintas sociedades, bajo denominaciones diferentes, pero con un mismo contenido como a continuación veremos.

Los autores han encontrado antecedentes de la actual mediación en la *transactio*, pacto cuya finalidad era evitar un litigio o poner fin a uno ya iniciado, ante el Pretor. Una vez alcanzado el mismo, y del mismo modo que en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil²⁴, el demandante podía renunciar a sus pretensiones en pro del acuerdo.

La profesora Lázaro, analizando la función del pretor y la mediación policial²⁵, señala:

«En efecto, la actividad pretoria suena a mediación realizada desde el control y la guía de un órgano jurisdiccional –que no judicial-, esto es, por una persona con suficientes competencias –potestates– para, además de ejercer la iurisdictio, compelir a las partes a pacificarse, tal y como tiene encomendado hacer un mediador policial¹⁶. Si en la antigua Roma se celebra el equilibrio entre auctoritas –la de los juristas en este caso– y potestas –en lo que nos interesa, la del Pretor–, ponderando a la primera en cualquier caso, dado que es una virtud que describe a las personas o instituciones que tienen una especial aptitud moral para emitir decisiones o consejos que, de este modo, no hacía falta imponer legalmente porque su legitimidad proviene de aquella y, describiendo a la segunda como una atribución de competencias, estos dos elementos confluyen en las tareas encomendadas al mediador policial que es quien tiene el conocimiento y la aptitud para la gestión de determinados conflictos y, además, la competencia para intentar transformarlos para que lleguen a solucionarse de forma pacífica ¿Quién mejor que el denominado «agente de la autoridad» para que, en el marco de su profesión, sea mediador?, eso sí, un agente de la autoridad que participe del concepto y del sentido de auctoritas en equilibrio absoluto con la potestas.».

Es más, de la misma manera que el artículo 414²⁶ y 415 de dicha Ley prevé un trámite para que puedan alcanzar un acuerdo en la audiencia previa, en el derecho romano, el Pretor también podía propiciar el acuerdo²⁷ (D.12.1.21,

²⁴ Artículos 19 y 20 de dicha Ley

²⁵ LÁZARO GUILLAMÓN, C., *Mediación policial y tutela judicial efectiva en la actualidad: reflexiones de una romanista*, Zeszyty Naukowe KUL 60 (2017), nr 3 (239) p. 276.

²⁶ Dicho artículo dispone: «[...] La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba. En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. [...]» Ambos párrafos han sido introducidos en su actual redacción por el apartado diez, de la Disposición Final Tercera de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

²⁷ ZAMORA MANZANO, J., *Compendio de Derecho Comercial Romano*, Dykinson Manuales Jurídicos, 2013, página 124

■ AMPARO SALOM LUCAS

Iulianus 48 dig.) Este texto también indica que el *officium* de Pretor tenía entre sus funciones disminuir los pleitos, y en cualquier caso obrar con más humanidad garantizando pactos equilibrados y garantizando la paz social.

Si atendemos a la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, encontramos gran parte de estos principios inspiradores que ya estaban vigentes en el derecho romano. Enlazando con las anteriores funciones del Pretor, nos permitimos equipararlas con las contenidas en dicha Exposición de Motivos cuando califica la mediación como «un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de los tribunales». La doctrina científica ha destacado también la eficiencia de la mediación para facilitar el comercio, dado que este método ofrece más ventajas frente al judicial, rapidez, flexibilidad y ahorro económico²⁸.

Junto a la mediación hemos de hacer referencia al arbitraje, que, como la mediación, se ha erigido en España sobre la base del respeto y la especial consideración a la voluntad negociar de las partes. Los autores²⁹ encuentran antecedentes de este principio con Las Partidas, en las que el rey Alfonso X el Sabio intentó unificar las leyes aplicables en los territorios de los reinos de Castilla y León, con vocación de universalidad, no solo territorialmente sino también utilizando la lengua castellana para volcar las leyes del Derecho Romano (entre las que destaca la del Digesto [D.4,8,27,2; D.4,8,32,14] que no concedía apelación contra el laudo).

Pasando al actual derecho comunitario, constatamos la preocupación de la Unión Europea sobre aquellos problemas que en la Antigua Roma preocupaba a sus ciudadanos, esto es, la excesiva litigiosidad y las consecuencias de la misma en la paz social. Ya el Tratado de Lisboa, en su artículo 65.2.g)³⁰ señala que «el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios» es un objetivo de la cooperación judicial en materia civil, y ello por su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. En el concreto ámbito de los servicios financieros, la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de junio de 2008, sobre el Libro Verde de los servicios financieros al por menor en el mercado único, destacó la importancia de promover el acceso de los consumidores a los mecanismos de resolución extrajudicial de litigios financieros.

²⁸ BLANCO GARCÍA, A. I., *El ombudsman y su incorporación a los litigios bancarios en Suiza*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n.º 130/2013, parte Crónica, Editorial Aranzadi, 2013.

²⁹ GARCÍA PAREDES, A., *Arbitraje y confianza*. Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial n.º 45, año 2010, p. 4.

³⁰ Este artículo pasó a ser el número 81 en la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

RAÍCES ROMANAS DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL Y EUROPEO ■

Consecuencia de esta preocupación tenemos la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de la misma fecha, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. Éste último se aplica a la resolución extrajudicial de litigios derivados de contratos de compraventa o prestación de servicios celebrados a través de internet entre un consumidor y un comerciante, ambos establecidos en el territorio de la Unión. El modo en que esta mediación tiene lugar es a través de entidades de resolución de litigios en línea.

En cuanto al mercado inmobiliario, hemos de resaltar la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de créditos celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo artículo 39 obliga a los Estados miembros a «velar por el establecimiento de procedimientos adecuados y efectivos de reclamación y recurso para la resolución extrajudicial de los litigios de los consumidores con prestamistas, intermediarios de crédito y representantes designados en relación con contratos de créditos.»³¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en distintos pronunciamientos, ha considerado que no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva la imposición a través del derecho nacional, de sistemas de resolución alternativa de conflictos como requisito de admisibilidad de ciertas acciones ante los Tribunales³².

Para concluir haremos una breve referencia a la figura del *Ombudsman*, conocido en español como Defensor del Pueblo. Su origen se remonta al siglo XIX cuando la Constitución Sueca buscó una manera de dar respuesta inmediata a los ciudadanos ante abusos de difícil solución a través de la vía judicial³³, es decir un defensor del ciudadano supervisado por la Administración. Los resultados beneficiosos de esta figura hicieron que se implantara en otros países europeos, como Finlandia, Dinamarca, la República Federal Alemana, Noruega, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Suiza y España.

Tras la evolución desde su origen, el *Ombudsman* comprende en la actualidad, el ámbito público, como el ámbito privado, por ejemplo las oficinas de

³¹ El contenido de este artículo es una llamada a los Estados miembros para que fomenten los sistemas de resolución alternativa de conflictos establecidos en la Directiva 2013/11/UE, anteriormente mencionada.

³² STJUE, Sala 4.^a, de 18 de marzo de 2010, caso Rosalba Alassini contra Telecom Italia C-317/08 entre otros.

³³ KUCSKO-STADLMAYER, G., *European Ombudsman-institutions: a comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer, Vienna, 2008.

■ AMPARO SALOM LUCAS

reclamaciones de empresas. Sus rasgos esenciales siguen siendo la independencia, integridad, honorabilidad, imparcialidad y exclusividad.

El *Swiss banking ombudsman* ha despertado especial interés en la doctrina³⁴ por cuanto funciona como mediador independiente para conocer de cualquier reclamación relativa a la pérdida sufrida por un cliente de un banco perteneciente a la Asociación de banqueros suizos. Está formado por un equipo multilingüe de abogados, economistas y expertos en banca, siendo sus servicios gratuitos para el consumidor, pues están financiados por la Fundación del *Ombudsman Bancario*.

V. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La protección de los derechos de los consumidores, muy olvidados, sobre todo en el ámbito bancario, ha supuesto uno de los mayores cambios en nuestro derecho civil. Las renovadoras Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en aplicación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, han provocado un cambio radical en la perspectiva de las relaciones comerciales entre consumidor y empresario, acompañado de unos cambios legales que muy pocos pensaron que podrían llegar a producirse. La normativa procesal ofrece ahora un panorama bien distinto del que tenía hace diez años, reforzando con preceptos expresos, la protección del consumidor en la ejecución hipotecaria, ejecución de títulos no judiciales (generalmente pólizas de préstamo), procedimientos monitorios y procedimientos declarativos.

De una situación en la que el empresario, (generalmente la entidad bancaria), tenía la posición fuerte en la relación contractual, de manera que redactaba las condiciones de acuerdo a sus necesidades, y dejaba al consumidor en una situación de «o lo tomas o lo dejas»; hemos pasado a una situación más cercana al equilibrio en la capacidad de negociación de ambas partes, gracias a la jurisprudencia comunitaria, y los cambios legislativos antedichos.

La sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 sobre control de cláusulas abusivas en procedimientos monitorios e integración de las cláusulas declaradas nulas en el contrato; la STJUE de 14 de marzo de 2013 sobre la alegación de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria y la imposibilidad de suspender cautelarmente un proceso hipotecario por tal motivo; la Sentencia del Tri-

³⁴ BLANCO GARCÍA, A. I., *El ombudsman y su incorporación a los litigios bancarios en Suiza*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n.º 130/2013, parte Crónica. Editorial Aranzadi, 2013.

RAÍCES ROMANAS DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL Y EUROPEO ■

bunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, 23 de diciembre de 2015 sobre gastos derivados de la constitución de una hipoteca, la de 7 de septiembre de 2015 sobre intereses moratorios en operaciones de crédito entre consumidor y empresario, entre muchísimas otras³⁵, dieron un giro de 180 grados a la protección del consumidor que ha culminado con la reciente Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Los Principios Generales establecidos en las Directivas de ámbito contractual³⁶, de buena fe, confianza legítima y justo equilibrio carecen de una definición específica por parte del legislador comunitario. No obstante, las Directivas permiten fijar el contenido de la norma, por lo que cada ordenamiento puede adaptar su propio concepto jurídico, que, en el caso español está relacionado con la moralidad, la equidad, y todas las conductas que ha de ser observadas por toda conciencia sana y honrada, como se establecía en el Derecho romano³⁷.

La Ley 1/2013 de 14 de mayo, llamada Antidesahucios, y su posterior reforma operada por la Ley 8/2013 de 26 de junio, expresamente dispone en su Preámbulo:

«En la venta extrajudicial se introduce la posibilidad de que el Notario pueda suspender la misma cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta, por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993».

[...]

³⁵ STJUE de 14 de septiembre de 2016 y Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015 sobre avalistas ajenos a la actividad de una sociedad, en el supuesto de que avalen con su patrimonio una operación de préstamo de ésta. STS (Pleno) de 25 de noviembre de 2015 sobre los criterios a tener en cuenta para valorar si un interés remuneratorio (no moratorio) de una operación de crédito es o no abusivo para los consumidores. STJUE de 27 de marzo de 2014 sobre la obligación del Banco de evaluar la solvencia del deudor antes de conceder un préstamo. STS de 5 de abril de 2017 y STJUE de 3 de septiembre de 2015 sobre la relación existente entre la finalidad del préstamo y la condición de consumidor del prestatario.

³⁶ Entre ellas, la tan mencionada Directiva 93/13/CEE de armonización de cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor.

³⁷ SCEVOLA, M., Código civil comentado, Madrid, 1904, Tomo XX, pag. 562 y PARRA RODRÍGUEZ, C., *Los sistemas de uniformización del Derecho europeo en materia de obligaciones y contratos*, Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial n.º 1 de 2010, p. 27.

■ AMPARO SALOM LUCAS

«Este Capítulo recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993».

La Ley 42/2015 de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece en su Exposición de Motivos, punto V, en relación al procedimiento monitorio, que:

«... la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil da cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2.012, en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10, donde tras el examen de la regulación del proceso monitorio en España, en relación con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, declaró que la normativa española no es acorde con el derecho de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores, en la medida «que no permite que el juez que conoce de una demanda de proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio, *in limine Litis* ni en ninguna fase del procedimiento, el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando éste último no hay formulado oposición». Por ésta razón se introduce en el artículo 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un nuevo apartado 4, un trámite que permita al juez, previamente a que el secretario acuerde realizar el requerimiento, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas en los contratos en los que se basen los procedimientos monitorios que se dirijan contra consumidores o usuarios y, en su caso, tras dar audiencia a ambas partes, resolver lo procedente, sin que ello produzca efecto de cosa juzgada, como exige la normativa europea».

Esta especie de «revolución» en el marco legal y jurisprudencial español, que se ha producido en la última década, no es algo novedoso, sino que trae origen del Derecho Romano, concretamente en los *aediles curules*. Estos *aediles* eran los encargados de controlar los mercados, la especulación, y los pesos y medidas.

RAÍCES ROMANAS DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL Y EUROPEO ■

Los autores³⁸ han encontrado en el Edicto recogido en D.21.1 una verdadera intención de proteger al consumidor:

«La causa de proponer este edicto es poner coto a las falacias de los vendedores y amparar a los compradores, cualesquiera que hubieran sido engañados por los vendedores; pero sepamos que el vendedor, aunque haya ignorado lo que mandan los ediles que se haga, debe no obstante quedar obligado. Y esto no es injusto porque pudo saberlo el vendedor; y porque nada importa al comprador por qué sea engañado, si por ignorancia o por astucia del vendedor».

A través del mismo se obligaba al vendedor a informar al comprador los vicios ocultos y enfermedades de lo que vendía, y al mismo tiempo establecían mecanismos procesales de protección al comprador, con la acción redhibitoria³⁹ y la *quanti minoris*⁴⁰.

Además de las acciones mencionadas, cabía la posibilidad de que, comprador y vendedor evitaran llegar a los tribunales, o pusieran fin a un litigio ya iniciado, a través de la transacción, de la misma manera que hoy en día, a través de los mismos procedimiento e idéntica finalidad, los consumidores pueden acudir a métodos de resolución alternativa de conflictos especializados, como ya hemos expuesto en el apartado anterior de este artículo.

Hoy en día, ese deber que tenían los vendedores en los mercados romanos, de informar debidamente al comprador acerca de vicios o defectos que pudiera adolecer el bien ofertado, sigue existiendo a nivel comunitario en la Directiva 44/99/CE⁴¹ (entre otros textos) y en nuestra legislación en el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

«1. El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor y usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y

³⁸ MONTAÑANA CASANÍ, A., *Régimen jurídico de la responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de compraventa en los Fueros de Valencia*, en A. Murillo (Coord.) La responsabilidad civil de Roma al Derecho Moderno. IV Congreso Internacional y VII Iberoamericano de Derecho Romano, Burgos, Universidad de Burgos, 2001, 561-572 y ZAMORA MANZANO, J., *Compendio de Derecho Comercial Romano*, Dykinson, p. 133.

³⁹ A través de esta acción se pretendía obtener la devolución del precio pagado y la restitución del objeto adquirido.

⁴⁰ Esta acción permitía al comprador obtener una reducción del precio por la existencia de un vicio en el bien comprado, no declarado por el vendedor.

⁴¹ Un interesante análisis de esta Directiva, en relación con la entonces vigente Ley 23/2003 de Garantías en la venta de bienes al consumo, hace la autora MONTAÑANA CASANÍ, A., «Hacia un nuevo contenido de la *actio quanti minoris* en el régimen del incumplimiento contractual del siglo XXI. La acción de rebaja del precio en la ley 23/2003 de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo» en *Revista Internacional de Derecho Romano*, RIDROM 11, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, 510-548.

■ AMPARO SALOM LUCAS

utilidad o finalidad del bien o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación ofrecidos, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

La devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el título V del libro II».

Y el artículo 18 del mismo cuerpo legal:

«1. El etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario, especialmente:

- a) Sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención.
- b) Atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea.
- c) Sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características.

2. Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes:

- a) Nombre y dirección completa del productor.
- b) Naturaleza, composición y finalidad.
- c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.
- d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.
- e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles».

La intención que subyace en la intervención de los ediles era evitar un enriquecimiento injusto, con grave perjuicio para el comprador, de la misma manera que hace el legislador en los distintos textos legales nacionales y comunitarios desgranados en este artículo. Antes con animales y esclavos, y hoy en día con préstamos personales e hipotecarios, la finalidad es la misma, fortalecer los derechos del consumidor, que está en una situación de inferioridad respecto al empresario o vendedor.