

Reflexiones sobre la sustitución negocial a propósito de las *negotiationes transmarinae* *per servos atque libertos*

Victoriano Saiz López
Universidad de Alicante

1. INTRODUCCIÓN

La información que suministran las fuentes sobre la negociación por intermedio no permite afirmar que la “representación negocial directa” sea una institución generalmente admitida en Derecho clásico, ordenamiento en el que figuras diversas como el *mandatum*, la *negotiorum gestio*, la *procuratio* e incluso la *tutela* habrían dado lugar más bien a la denominada representación indirecta¹.

1 Es objeto de controversia, sin embargo, el punto relativo a su posible reconocimiento, en Derecho postclásico y justiniano. Frente a la *communis opinio*, que excluye esta posibilidad, se manifiestan los autores según los cuales el criterio restrictivo de los clásicos habría quedado superado con la evolución posterior. En concreto, S. RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, Annali Palermo 15, 1930, 389 ss., así como R. ORESTANO, voz *Rappresentanza* en ED, 1987. En opinión de A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Nápoles, 2001, 403 ss., la literatura sobre la “sustitución en la actividad negocial” en la experiencia jurídica romana no ha llegado a alcanzar un resultado satisfactorio. Según él, el error de fondo ha sido probablemente el de intentar buscar en las fuentes el instituto de la representación, sin tener en cuenta que el Derecho romano opera, en este campo, con un planteamiento diverso del que es propio del Derecho contemporáneo.

Como subraya recientemente A. TORRENT, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, 1064 ss., los conceptos de representación directa e indirecta se deben a los intérpretes de la pandectística, quedando así planteado el problema de las sucesivas aportaciones que, a partir de los textos romanos, han realizado las escuelas vinculadas, de un modo u otro, a la tradición romanística, sin olvidar las de los canonistas medievales, como ha puesto de manifiesto, por ejemplo, E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padua, 1937, 293 ss.). Asimismo, A. WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiectitiae*, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana all'esperienze moderne* 2, Nápoles, 1997, 583 ss.

Esa falta de reconocimiento de la representación es percibida, en el ámbito del Derecho comercial romano, como una insuficiencia que, con el paso del tiempo, va siendo corregida y superada, pero si se tiene presente que tanto el *ius civile* como el *ius honorarium* admiten la vía alternativa del comercio ejercido por medio de los sometidos a la patria potestad, al dominio e incluso al patronato, la perspectiva es distinta. Se trata, pues, de analizar el fundamento jurídico de esta peculiar praxis comercial, que da lugar al reconocimiento de las llamadas *actiones adiecticiae qualitatis* y que ha llegado a alcanzar gran arraigo y difusión.

En este sentido, la *actio institoria* constituye un referente básico del desarrollo de la actividad bancaria, empresa que en las fuentes presenta diversos modelos de organización, a saber, la gestión personal y directa; la negociación *per servos atque libertos*² y el ejercicio colectivo, que puede realizarse por medio de *servus institor*³ o bien sin necesidad de *praepositio*, esto es, de acuerdo con el régimen del contrato de sociedad⁴.

En relación con los actos de comercio marítimo, la expresión *transmarinas negotiationes per servos atque libertos exercere*, que viene atribuida a Gayo en un texto que se encuentra en D. 40, 9, 10⁵, hace referencia a un determinado modelo organizativo, esto es, a aquel que se funda en la *praepositio* del *servus* o del *libertus*. No se tiene certeza de que este texto sea realmente del jurista clásico, puesto que

No se trata en estas líneas sino de realizar una primera aproximación al tema, cuyo desarrollo exige una más completa consideración de todos y cada uno de los aspectos que presenta.

2 P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di Diritto commerciale romano*, Turín, 2002, 143 ss.

3 A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*, Milán, 1984, 63 ss. El régimen jurídico aplicable entre los banqueros es el del contrato de sociedad o el de la copropiedad.

4 En este supuesto de falta de *praepositio*, parecen operar los principios de recíproca representación entre socios y de solidaridad en las relaciones frente a terceros.

5 Este pasaje, relativo a la *manumissio in fraudem creditorum*, nos indica que quienes realizan negocios de comercio marítimo, por medio de siervos y libertos, ignoran con frecuencia cuál es su verdadera situación de solvencia económica. Se entiende que, en este supuesto de ignorancia, si realizasen una manumisión perjudicial para sus acredores, ésta tendría lugar *sine fraudis consilio*. Queda, pues, planteada la cuestión de la exigencia o no del requisito subjetivo del *animus fraudandi*, además de la condición objetiva de insolvencia material del *manumisor*. Mientras que Gayo se limita a comentar el significado y alcance del precepto legal correspondiente, Justiniano se inclina por la opinión según la cual la libertad concedida *in fraudem creditorum* por el *dominus* sólo sería revocada cuando, además de la situación de insolvencia de éste, se demostrara su intención de defraudar. G. 1, 36-37: *Non tamen cuicumque volenti manumittere licet. Nam is, qui in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex*

está tomado de los *libri rerum cottidianarum* y difiere de aquellos otros que figuran en sus *libri institutionum*. En efecto, no se menciona en él a los *fili* junto con los *servi* sino que se hace una consideración conjunta de estos últimos y de los *liberti*. Ha de recurrirse, por tanto, a otras fuentes, en el intento de realizar una aproximación a la jurisprudencia clásica en esta materia.

En los comentarios de Ulpiano al edicto de *exercitoria actione* (D. 14, 1, 1, 1-25; *Ulp., 28 ad ed.*)⁶, se emplea una terminología precisa, que denota la concurrencia de varios sujetos en esta relación jurídica compleja⁷, a saber, *magister navis*⁸, *exercitor navis*⁹, *dominus navis*¹⁰ e incluso aquel bajo cuyo poder se encuentra el *exercitor navis*, cuando éste no es persona *sui iuris*¹¹.

Aelia Sentia inpediit libertatem. I. 1, 6, 3: ...itaque tunc intellegimus impedi libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est et consilio manumittentis et ipsa re, eo quod bona non suffectura sunt creditoribus.

- 6 Entre los diversos estudios que abordan el tema de la *actio exercitoria*, se encuentran los siguientes: G. PUGLIESE, *In tema di "actio exercitoria"*, Labeo 3, 1957, 308-343; G. LONGO, *Actio exercitoria-actio institoria-actio quasi institoria*, Studi Scherillo 2, Milán, 1972, 581-626; F. DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, en *Diritto, economia e società nel mondo romano* 1, Nápoles, 1995, 495 ss. y 629 ss.
- 7 Es importante destacar la posibilidad de que en la práctica llegue a formarse una verdadera cadena de apoderamiento. En este sentido, J.L. ZAMORA, *Averías y accidentes en Derecho marítimo romano*, Madrid, 2000, 33.
- 8 D. 14, 1, 1, 1-5: *Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est*. El término técnico *cura*, que emplea Ulpiano, no se limita a la administración ordinaria sino que comprende, de acuerdo con la *praepositio*, una capacidad equiparable a la *negotiorum gestio*. Asimismo, *cuius autem conditionis sit magister iste, nihil interest, utrum liber, an servus*.
- 9 D. 14, 1, 1, 15-16: *Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et redditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus, vel in perpetuum*. Es también importante subrayar que el elemento que permite identificar la figura del *exercitor* o armador no es la condición de propietario de la nave sino la de beneficiario del negocio y, por ello, responsable de las actuaciones del *magister*. Pero no necesariamente ha de ser así, puesto que se admite la posibilidad de que el armador no sea persona *sui iuris*: *Parvi autem refert, qui exercet, masculus sit, an mulier, paterfamilias, an filiusfamilias vel servus*.
- 10 A tenor del citado D. 14, 1, 1, 15, el *dominus navis* puede ser identificado con la figura del *locator navis* y, por tanto, el *exercitor* con la del *conductor*, pero no sólo por tiempo determinado sino también *in perpetuum*, perpetuidad que constituye una notable especificidad de esta relación en la que el derecho arrendaticio del *exercitor* parece transformarse en una especie de "dominio útil".
- 11 En este caso, se afirma que la responsabilidad por vía de la *actio exercitoria* queda transferida a la persona bajo cuya potestad se encuentra el *exercitor*. D. 14, 1, 1, 19: *Si is, qui navem exercuerit,*

Es probable que, con el paso del tiempo, el modo de organizar la negociación comercial marítima haya ido haciéndose cada vez más complejo. La gestión directa por parte del propio *exercitor*, habría sido la típica del primer momento histórico. Más tarde, se habrían consolidado las formas de la gestión indirecta, bien por medio de una sola persona, en la doble función de *gubernator* (comandante) y *magister* (agente comercial), o bien de dos, entre las cuales se reparten esas tareas¹². En estas condiciones, va adquiriendo relevancia el hecho de que, en el *vocabularium iurisprudentiae romanae*, el término *negotiatio* sirve para referirse a la empresa comercial bancaria o marítima, cuya gestión no suele ser realizada directamente por su titular sino por intermediario, razón por la cual el término *negotiator* viene referido, de un modo particular, al dependiente que opera no sólo como un mero transmisor de la voluntad del principal sino también como un sustituto *de facto* de éste.

Más en particular, el régimen jurídico de la mediación *per servos atque libertos* en las negociaciones marítimas se sitúa en el contexto de una praxis económico-social basada en los actos reiterados consistentes en poner a un subordinado, *praeponere*, al frente y cuidado de una nave, en calidad de *magister navis*. Se trata, pues, de una regulación jurídica que es conforme a los usos del comercio marítimo vigentes durante el periodo de expansión y dominación de Roma sobre otros pueblos del Mediterráneo antiguo.

A los usos del lugar se remite la jurisprudencia romana, considerándolos como el criterio regulador de los requisitos formales de la *praepositio* o acto fundamental por el que se pone al subordinado al frente de un negocio¹³. Aunque el texto citado no hace referencia a la nave sino al establecimiento comercial, lo cierto es que puede y debe ser interpretado en relación con D. 14, 1, 1, 12, en que se afirma que la *praepositio exercitoria* constituye la *lex contractus*, a partir de la cual tienen lugar las operaciones del *magister navis*. Quedan fijados, de este modo, sus poderes de actuación, al tiempo que se sientan las bases de la responsabilidad del principal frente a terceros¹⁴.

cuerit, in aliena potestate erit, eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit, qui navem exercuerit, iudicium datur.

12 C. M. MOSCHETTI, *Gubernare navem, gubernare rem publicam*, Milán, 1966, 80 ss.

13 D. 14, 3 *De institoria acitone*, 11, 3.

14 A propósito de los contenidos de la *praepositio*, en relación con el *mandatum*, G. HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, Index 9, 1980, 193-229.

Por otra parte, el Título XVIII del *Edictum Perpetuum*¹⁵, que contempla la relación jurídica de comercio marítimo, se centra, específicamente, en la responsabilidad frente a terceros del *exercitor* –junto con el *magister*, en caso de que éste fuese persona libre–, por razón de las obligaciones derivadas de ese tipo de gestión. No contempla este Título del Edicto, en cambio, la responsabilidad patrimonial de los terceros frente al *exercitor* o *magister*, como se desprende del comentario ulpiano conservado en el Digesto.

D. 14, 1, 1, 17-18 (Ulp., 28 *ad ed.*): *Est autem nobis electio, utrum exercitorem, an magistrum convenire velimus.*

Sed ex contrario, exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur, quia non eodem auxilio indigebat. Sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet, aut si gratuitam, mandati agere potest.

Ulpiano distingue aquí los dos aspectos de la llamada responsabilidad *exercitoria*, con especial referencia a la hipótesis de que el *magister* sea persona libre. En primer lugar, reconoce que los terceros tienen acción pretoria directa, pero con la peculiaridad de que, además, pueden elegir entre la reclamación frente al sujeto principal o frente al sustituto, régimen jurídico que se aproxima más a la idea de solidaridad pasiva que a la de representación.

En segundo lugar, el mismo jurista manifiesta que, por el contrario, el sujeto principal o *exercitor navis* no tiene necesidad de recurrir a una acción pretoria especial, frente a terceros. En efecto, si el *magister* no fuese persona *sui iuris*, parece que el principal podría reclamar mediante la acción ordinaria correspondiente derivada del contrato típico que se hubiera realizado. Y si el *magister* fuese persona *sui iuris*, sería posible interponer acción frente a dicho gestor. Se trataría entonces de la *actio ex locato*, derivada del contrato de *locatio conductio operis*, o de la *actio mandati*, por razón de contrato gratuito, solución que no parece ir más allá de la denominada representación indirecta.

Teniendo presente que el *ius honorarium* abarca sólo el aspecto de la responsabilidad *exercitoria*, y no el régimen jurídico patrimonial en su totalidad, resulta evidente la necesidad de proceder a un análisis de determinadas reglas tradicionales del *ius civile*, que son por tanto propias de las relaciones entre los *cives romani*,

15 O. LENEL, *Edictum Perpetuum*, 257-258.

pero que además éstos llevan consigo e incorporan a las relaciones comerciales marítimas de ámbito interciudadano. Nos encontramos ante principios de carácter general, reiterados en las fuentes y que han tenido continuidad a lo largo del tiempo. En particular, es preciso analizar dos *regulae iuris*, una de carácter potestativo y otra de carácter prohibitorio, cuyos enunciados más elementales serían los siguientes: *per eos, quos in potestate habemus nobis adquiritur* y *per extraneam personam non adquiritur*. Al mismo tiempo, se hace referencia tanto a la denominada *stipulatio servorum*, institución reconocida y admitida por el ordenamiento jurídico romano, como a la estipulación por persona extraña, que viene catalogada, por el contrario, como *stipulatio inutilis*.

2. ADQUISICIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES PER EOS, QUOS IN POTESTATE HABEMUS

En diversos lugares de las fuentes encontramos enunciados precisos que expresan la idea arraigada en el ordenamiento jurídico romano a tenor de la cual el *paterfamilias* y, en su caso, el *dominus* adquieren la propiedad y los derechos reales no sólo por sí mismos sino también por mediación de los que están sometidos a su potestad o dominio. De un modo u otro, así lo ponen de manifiesto los pasajes correspondientes de las Instituciones de Gayo¹⁶, las Instituciones de Justiniano¹⁷, las Sentencias de Paulo¹⁸, las Reglas de Ulpiano¹⁹, el Digesto²⁰, etc.

Esto supuesto, un posible criterio de exégesis textual es el que se centra en la valoración de la *ratio iuris* que se hace explícita en el intento de explicación coherente de las instituciones. En muchas ocasiones, la jurisprudencia no se limita al enunciado de la norma sino que pone de manifiesto por qué motivo ha llegado

16 G. 2, 86-87. El criterio de análisis que, dentro de una visión de conjunto, ofrece la obra de P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milán, 1952, contrasta con el que ha aplicado M. LAURIA, *Possessiones. Età Republican* 2, Nápoles, 1957, 99 ss., que sitúa el problema bajo la noción de *possessores alieno nomine*. En relación con la *traditio*, W.M. GORDON, *Acquisition of Ownership by traditio and Acquisition of Possessio*, RIDA 12, 1965, 279-300. El tema se plantea también a propósito de los *negotia per aes et libram*, A. CORBINO, *Forma librare ed intermediazione negoziale*, Sodalitas 5, Nápoles, 1984, 2257-2271.

17 I. 2, 9 *Per quas personas nobis adquiritur*, pr. y 3.

18 P.S. 5, 8 *De novationibus*.

19 Ulpiano 19 *De dominiis et acquisitionibus rerum*, 18.

20 D. 41, 1, 10, pr. G. MACCORMACK, *Nomination: Slaves and Procurators*, RIDA 23, 1976, 191-201.

a ella, a través de una argumentación precisa, conforme a la metodología racional de los juristas, basada en la exigencia de fundamentar adecuadamente la opinión propia y de rebatir la contraria. Así se desprende del texto de Gayo que se reproduce a continuación:

G. 2, 86-87: *Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipiove habemus; ...item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur sive quid stipulentur vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest...*

Puede afirmarse que aquí se emplea un razonamiento que consta de una premisa mayor, mediante la cual se toma en consideración que la persona *alieni iuris* interviene *de facto* en actos adquisitivos de derechos; a continuación, se recurre al aforismo *qui in potestate aliena est nihil suum habere potest*. En conclusión, el jurista afirma que los actos adquisitivos en que intervenga la persona *alieni iuris* producen efectos, pero a favor del titular de la potestad o del dueño.

De acuerdo con este criterio jurisprudencial, cuando se trata de una herencia, el *pater* y el *dominus* no adquieren *ipso iure* sino que sólo lo harían en caso de que hubieran prestado su autorización: *si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest*²¹. Sin embargo, cuando se trata de la adquisición de bienes o créditos a título singular, el horizonte se amplía hasta el extremo de ser suficiente la sola ratificación, con posterioridad al negocio.

Pauli Sententiae 5, 8: *Non solum per nosmet ipsos novamus quod nobis debetur, sed etiam per eos, per quos stipulari possumus, velut per filiam familias vel per servum iubendo vel ratum habendo.*

Pero ello lleva consigo el reconocimiento implícito de que el *filius* y el *servus* tienen, de un modo u otro, capacidad negocial, por lo que, en relación con el silogismo gayano, surge la objeción siguiente: ¿Cómo es posible llegar a una conclusión correcta a partir de dos proposiciones contradictorias o, dicho en otras palabras, si se admite lo mayor, esto es, el poder de obrar realizando actos

²¹ G. 2, 87.

que producen efectos adquisitivos de derechos, y se niega lo menor, el tener la titularidad de bienes y derechos²²?

En cierto modo, la refutación de la argumentación de Gayo se encuentra en la versión textual, que podría considerarse paralela, contenida en las Instituciones de Justiniano. En ella, se distingue claramente entre las adquisiciones realizadas por medio de los *filiifamilias* y aquellas otras que se llevan a cabo por medio de los *servi* que se tienen en propiedad, usufructo, uso o posesión de buena fe. A propósito de los *fili*, ya no se utiliza el argumento del jurista clásico sino que, por el contrario, se alude a la institución de los peculios²³.

I. 2, 9, 1: *Igitur liberi nostri utriusque sexus, quos in potestate habemus, olim quidem, quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis), hoc parentibus suis adquirebant...Sancitum etenim a nobis est, ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquiratur... quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit, huius usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat...*

El texto contiene una breve síntesis del proceso evolutivo a través del cual las constituciones imperiales reconocen, de modo progresivo, la capacidad patrimo-

22 En este sentido A. GUARINO, *Diritto privato... cit.*, 335, emplea la expresión “mera capacidad de obrar” de las *personae alienae iuris*, para referirse a una categoría jurídica que no ha sido todavía claramente delimitada por parte de la *communis opinio*. En efecto, los supuestos de negociación *pro patre* y *pro domino* que contienen las fuentes son tratados en relación con la *patria* y la *dominica potestas* o bien con la sustitución en la actividad negocial. A estos supuestos se añaden aquellos otros de negociación *pro se*. Sin embargo, la cuestión fundamental que aquí se plantea es la de saber si todos los sometidos pueden negociar o sólo aquellos que estén dotados de las facultades naturales de entender y querer. Es indudable que el *iussum patris vel domini* cumple la función de completar o suplir la falta de capacidad intelectual o volitiva del sometido que negocia, a semejanza de la *auctoritas tutoris*, pero también lo es que, en muchos casos, el sometido negocia sin específica autorización. En suma, existen razones para considerar la existencia de esa mera capacidad de obrar.

23 Constituye una verdadera falta de rigor histórico que Gayo no haya dejado constancia, en este punto, de que, desde los primeros tiempos del Imperio, las constituciones imperiales conceden privilegios a los militares *alieni iuris*, en el sentido de permitirles disponer de los bienes adquiridos por razón del servicio militar.

nial de los *filiifamilias*. En este sentido, el llamado *peculium adventicium*, que se compone, en principio, de los bienes adquiridos en la sucesión materna, ya por testamento, ya *ab intestato*, más tarde, va extendiéndose a otras adquisiciones, hasta llegar a comprender todo aquello que los hijos de familia adquieren por una causa cualquiera, a excepción de lo que procede de los bienes paternos²⁴.

Por otro lado, en torno a la pretendida justificación de las *adquisitiones per servos*, los compiladores se limitan a reiterar la ya aludida máxima, en estos términos: *qui in potestate alterius est nihil suum habere potest*.

I. 2, 9, 3: *Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex qualibet alia causa adquirant; hoc enim vobis et ignorantibus et invitis obvenit; ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si heres institutus sit, non alias, nisi iussu vestro, hereditatem adire potest...*

Se reconoce aquí expresamente que, mientras la adquisición de la herencia por el *dominus* sólo tiene lugar en virtud de su autorización, las adquisiciones a título singular se producen *ipso iure*, esto es, incluso en el supuesto de que el negocio hubiera sido realizado sin su aprobación o contra su voluntad, *pro ignorante vel pro invito*, reconocimiento que viene a reforzar la convicción de la existencia de una peculiar capacidad de obrar del *servus*. Tal afirmación implícita de dicha capacidad de obrar no resulta plenamente compatible con la inmediata negación, por vía de máxima, de su personalidad jurídica en el ámbito patrimonial. Así lo pone de manifiesto también la figura del *peculium servile*²⁵, a partir de la cual llegará a otorgarse, incluso, rango legal a la *redemptio servi suis nummis*²⁶.

24 C. 6, 60 *De bonis maternis*. Sobre la incidencia del *ius novum* de la legislación imperial en las instituciones del *ius civile*, G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milán, 1996, 194 ss.

25 Un análisis de los diversos aspectos que presenta esta institución se encuentra en la obra de I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei "servi"*, Nápoles, 1976.

26 D. 40, 1 *De manumissionibus*, 4.

3. ADQUISICIÓN DE DERECHOS DE CRÉDITO PER EOS, QUOS IN POTESTATE HABEMUS

Junto con los textos básicos citados, correspondientes al libro segundo tanto de las Instituciones de Gayo como de Justiniano, es preciso tomar en consideración aquellos otros que se encuentran en el libro tercero de una y otra obra y que abordan esta misma cuestión de la adquisición de derechos, pero centrándose en la relación jurídica obligatoria.

G. 3, 163: *Expositis generibus obligationum, quae ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas personas, quae in nostra potestate, manu mancipiove sunt.*

La interpretación de la expresión *adquiri nobis*, en relación con las obligaciones, ha de realizarse sólo en el sentido patrimonial activo de que el *pater* y el *dominus* se hacen acreedores por mediación de las personas sometidas a su potestad y dominio y, por tanto, adquieren la acción necesaria para exigir la correspondiente responsabilidad por incumplimiento. De este modo, la citada *regula iuris* resulta, en principio, aplicable a los derechos de crédito, no a las deudas, conclusión que viene avalada por otro texto del mismo autor, que los compiladores han tomado del libro octavo de comentarios al Edicto provincial²⁷. En realidad, el texto de las Instituciones clásicas no da razón alguna que justifique tal interpretación, quizá por el hecho de que, más adelante, en el libro cuarto, se admiten algunas excepciones puntuales, motivadas precisamente por exigencias del tráfico comercial y marítimo.

27 D. 50, 17, 133 (*Gaius 8 ad ed. prov.*): *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.* Esta idea tiene su fundamento en la consideración del *servus* como una *res mancipi*, que es objeto del derecho de propiedad y que, además, está dotada de una especial idoneidad para mejorar la condición de su titular, mediante la producción de frutos, no contemplándose, en cambio, la posibilidad de disminuciones patrimoniales. Las *operae servorum* no tienen la consideración de actividad laboral humana sino la de objeto o fruto que hace suyo el propietario; asimismo, cabe, en época clásica, su adquisición por parte de terceros, en concepto de usufructo o de arrendamiento (D. 7, 7, 3; *Gaius 7 ad ed. prov.*: *In hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes*).

Sin embargo, las Instituciones justinianeas dedican dos Títulos²⁸ a esta misma cuestión y presentan un planteamiento que difiere del anterior, cuando declaran expresamente que el *servus ex persona domini ius stipulandi habet*²⁹. Supuesto que la *stipulatio* presenta, como consecuencia de su carácter verbal, una dualidad de posiciones jurídicas bien diferenciadas, la del estipulante y la del promitente, el recurso que aquí se hace a ella constituye un intento de justificar la *regula iuris* de que el *servus* puede ser estipulante, pero no puede ser promitente³⁰. Al mismo tiempo que se atribuye al *servus* el *ius stipulandi*, desligado del *ius promittendi*, viene a reconocerse la facultad de éste de actuar como si estuviera “revestido de la personalidad del *dominus*”, esto es, del sujeto que, en consecuencia, resulta ser el titular de las adquisiciones correspondientes.

Podríamos calificar esa figura como “ficción jurídica de presencia o de prolongación de la personalidad del *dominus* ausente”. Tal *fictio iuris* cumple, en primer término, una función bien precisa, la de hacer posible que una persona intervenga en calidad de portavoz de otra en un determinado negocio, esto es, que sea un mero medio de expresión de la voluntad, limitándose a transmitirla a aquel con quien se realiza el negocio. Sería incluso posible la hipótesis consistente en la proyección de esta *fictio iuris* al campo de la “sustitución del sujeto” en la actividad negocial. El sustituto ocuparía, entonces, el lugar de otro y actuaría, dotado de autonomía, en vez de él. Pero lo cierto es que, en uno y otro supuesto, nos hallamos ante formas de contratación evolucionadas que son incompatibles con la concepción primaria y tradicional de la *stipulatio* en Derecho romano. Como es sabido, la estructura de este negocio verbal hace de la presencia de los sujetos interesados un elemento esencial, no siendo admitida ni siquiera la figura del *nuntius*. La teoría del *ius stipulandi ex persona domini* que acogen las Instituciones justinianeas quizá pueda servir para el periodo más avanzado del Derecho romano, pero no es adecuada para explicar la praxis de la contratación por medio de personas sometidas al dominio o la potestad, durante el periodo de expansión de Roma en el Mediterráneo antiguo. Gayo no la menciona, quizá por el hecho de que, en principio, no cabe en el contrato verbal

28 I. 3, 17 *De stipulatione servorum* e I. 3, 28 *Per quas personas nobis obligatio acquiritur*.

29 I. 3, 17, pr. Por razón de los peculios, los *fili* han pasado a formar una categoría diferenciada.

30 I. 3, 19, 6: *Servus quidem, non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli*.

la participación de un intermediario³¹, idea de la que todavía se hace eco el Derecho justiniano³².

Al mismo tiempo, la regla según la cual los actos de los *fili* y *servi* no dan lugar a responsabilidad del *pater* o del *dominus*, respectivamente, es objeto de importantes derogaciones puntuales, tipificadas en el edicto del pretor. El Derecho honorario viene a conceder determinadas acciones judiciales, por medio de las cuales quien ha negociado con una persona *alieni iuris* puede reclamar frente al sujeto *sui iuris* a que está sometida, siempre que concurra alguna de las causas específicas que les sirven de fundamento. Aunque cada una de estas acciones honorarias tiene en los textos su concreta denominación y es considerada como un recurso procesal dotado de entidad propia y diferenciada con respecto a los demás, lo cierto es que estas *actiones* consisten tan sólo en una simple adaptación de la fórmula correspondiente ya tipificada en el Edicto. Por tanto, si el *servus* que se encuentra al frente de una nave realiza un contrato consensual, como por ejemplo una compraventa o un arrendamiento, se entiende que obliga a su principal en los términos establecidos en la *actio empti* o *venditi*, *locati* o *conducti*, cuya fórmula es debidamente transformada para convertirse en *actio exercitoria*.

Todos estos elementos son muy significativos, en el sentido de que permiten cuestionar la validez del carácter unidimensional que la doctrina justiniana otorga al *ius stipulandi servi ex persona domini*, al mismo tiempo que sientan las bases para plantear desde nuevas perspectivas el problema del fundamento de la adquisición de créditos por intermediarios, junto con la responsabilidad honoraria derivada de las *actiones adiecticiae qualitatis*, en particular, de la *actio exercitoria*.

En la exposición del régimen jurídico de estas acciones honorarias, Gayo incorpora algunos elementos innovadores de gran relevancia. Cuando se refiere a los negocios realizados por los intermediarios con terceros, invoca el principio de la *fides*, que se da, según él, más bien entre estos terceros y el principal (*pater dominusve*) que entre los citados intermediarios (*filius servusve*) y los terceros³³.

31 G. 3, 136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse, unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

32 I. 3, 22.

33 G. 4, 70-71: *... qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur. Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institutoriam...*

Asimismo, los términos en que está redactado el texto parecen avalar, a propósito de la evolución histórica, la hipótesis del carácter originario de la mediación *per filios et servos*, siendo probable la admisión, en un momento posterior, de la intervención medidora de otras personas.

Según el jurista clásico, resulta evidente que, por razón de la *fides*, que ha de presidir las relaciones comerciales *inter cives et peregrinos*, el *paterfamilias* romano y, en su caso, el *dominus* han pasado a responder judicialmente por las deudas asumidas por *fili et servi*. Su razonamiento se completa con el recurso a la *fiction iuris* según la cual éstos negocian como si fuesen portadores de la voluntad de aquéllos, haciéndolos así responsables frente a terceros, *contrahere ex voluntate patris dominive*, todo ello de conformidad con la equidad.

G. 4, 71: ... *cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem dari...*

Frente a la razón de la *fides*, que Gayo invoca, y que obliga a cumplir todo aquello que voluntariamente se ha asumido, Ulpiano plantea la cuestión desde un punto de vista más realista. Se trata, en particular, de la invocación de la *utilitas* y la *aequitas*, referentes básicos del ordenamiento jurídico romano que han ido inspirando la labor creadora del pretor, a medida que el comercio se desarrollaba.

D. 14, 1, 1 (Ulp. 28 ad ed.): *Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret, nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit teneri...*

En este apartado de sus comentarios al Edicto perpetuo, el jurista se sirve del recurso a la *aequitas*, noción genérica que le permite llevar a cabo una interpretación extensiva del tenor literal de las cláusulas pretorias. De acuerdo con este criterio, los negocios realizados por mediación del *magister navis* no van a quedar reducidos sólo a aquellos en que intervienen *fili et servi sui* sino que se da también el hecho evidente de la participación de *liberti sui*, de *servi alieni*, etc. En definitiva, la idea de la *fides*, junto con la evidencia de la *utilitas*, moderada por la *aequitas*, habrían hecho posible el reconocimiento de la exigencia de responsabilidad del *pater* y del *dominus*, tanto por razón de los negocios marítimos de sus

subordinados como también por los de otras personas extrañas: *etiam licet extraneum quisque magistrum navi praeposuerit, sive servum sive liberum*³⁴.

En relación con estas “personas extrañas”, por cuya negociación el *exercitor navis* resulta deudor responsable, se plantea el problema complementario de determinar si ellas gozan, además, de capacidad de obrar para realizar adquisiciones de derechos de crédito, a favor del citado armador

4. PER EXTRANEAM PERSONAM NON ADQUIRITUR

Como ya anticipa este epígrafe, diversos enunciados generales de las fuentes, cuyo análisis se realiza a continuación, excluyen la posibilidad de adquirir por medio de personas extrañas. En este sentido, Gayo, después de haber afirmado que se adquiere por las personas sometidas a potestad o dominio, niega de forma categórica que tal cosa pueda hacerse *per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos*, formulación que todavía es reproducida casi en los mismos términos en las Instituciones justinianeas³⁵.

La certeza de que esta máxima tiene vigencia, durante el periodo de mayor desarrollo del comercio marítimo, viene dada por el hecho de que, en tiempo de Gayo, se discutía a propósito de una sola excepción a la misma, la de adquisición de la posesión por medio de persona libre: *tantum de possessione quaeritur, an per liberam personam nobis adquiratur*³⁶. Contrasta el citado texto gayano clásico con el que figura en las Sentencias de Paulo 5, 2, 2:

P.S. 5, 2, 2: Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorum adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est.

34 G. 4, 71.

35 G. 2, 95; I. 2, 9 *Per quas personas nobis adquiritur*, 5.

36 L. VACCA, *Ancora sul problema del “procurator” e della rappresentanza nell’acquisto del possesso. A proposito di alcuni studi recenti*, RISG 17, 1973, 261-281. A. CORBINO, *La “Pro Caecina” di Cicerone e l’acquisto della proprietà mediante intermediario estraneo*, Studi Biscardi 3, Milán, 1982, 277-287.

Queda constancia, pues, del rigor excesivo del principio que excluye a las personas libres de la actividad mediadora directa, por lo que se hace explícita la necesidad de ir más allá, invocando, entre otras cosas, la razón de utilidad. Contrasta, además, el texto gayano con el correspondiente de las Instituciones justinianeas, en que se cita una constitución imperial, por la que se habría admitido la adquisición de la posesión *per liberam personam*, incluso en el supuesto de desconocimiento del acto adquisitivo por parte del *dominus negotii*.

I. 2, 9, 5: ...*per extraneam personam nihil adquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam veluti per procuratorem placet non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit.*

Es importante destacar que, junto al reconocimiento legal de la facultad de adquirir directamente la posesión por medio de procurador, se habría admitido también su consecuencia lógica, esto es, la adquisición del derecho de propiedad, a través de la *traditio*, la *usucapio* o la *longi temporis praescriptio*. La constitución imperial citada es un rescripto de la época avanzada de finales del siglo II, por el que la Cancillería se habría limitado a dar una respuesta a la cuestión singular planteada³⁷.

C. 7, 32, 1: *Impp. Severus et Antoninus AA. Attico. Per liberam personam ignorantem quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est.*

La conclusión afirmativa a que se llega, en este supuesto que puede calificarse de posible antecedente de la representación directa, tiene su explícito fundamento tanto en la razón de utilidad como en la razón de derecho, razones que faltarían precisamente a la regla *per liberam personam non acquiritur*. Sin embargo, es posible citar otra constitución imperial que reitera, a través de rescripto, tal prohibición, con la sola excepción de la *possessio*, y cuya inclusión en el Código

³⁷ Es probable que, después, el fragmento haya sido objeto de interpolación por parte de los compiladores, E. BERNEISEN, *Per liberam Personam*, RIDA 6, 1959, 249-291.

justiniano habría acabado por otorgar plena fuerza legal a la imposibilidad de adquirir créditos *per procuratorem*³⁸. La misma prohibición, en definitiva, constituye una de las *regulae iuris antiqui* que los compiladores sitúan en el Título con que concluye el Digesto³⁹. Es evidente también que, en diversos lugares de esta obra, los compiladores han incluido textos relativos a la adquisición de la posesión y la propiedad por medio de procurador. Todo ello parece ser el reflejo de una profunda controversia jurisprudencial, que viene manteniéndose desde el periodo clásico⁴⁰.

D. 41, 1, 13 (*Neratius 6 regularum*): *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, acquiritur, etiam ignorant.*

1. *Et tutor pupillo, pupillae, similiter ut procurator, emendo nomine pupilli, pupillae, proprietatem illis acquirit, etiam ignorantibus.*

Incorporan en este apartado del Digesto los compiladores dos enunciados paralelos que presentan unas estructuras sintácticas y lógicas muy similares y que ofrecen a la crítica de las interpolaciones⁴¹ elementos para sostener la alteración, al menos formal, del original clásico, como la expresión “*id est proprietas*” del primer párrafo o las notas aclaratorias finales “*etiam ignorant*”, “*etiam ignorantibus*”.

En relación con el desarrollo del Derecho del comercio marítimo, en que tienen gran relevancia las figuras que cumplen la función que hoy es propia del instituto de la “representación directa”, la orientación dominante de la *interpretatio iuris* en época clásica presenta la particularidad de ser restrictiva, con respecto a

38 C. 4, 27 *Per quas personas nobis acquiritur*, 1: *Excepta possessionis causa per liberam personam quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati iuris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem, pactus est, idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio adquisita est. Servis autem res traditae dominis adquiruntur.*

39 D. 50, 17, 123: *Nemo alieno nomine lege agere potest.*

40 Entre otros estudios en que se afronta esta difícil cuestión se encuentran los siguientes: PH. MEYLAN, *Per procuratorem possessio nobis adquiri potest*, *Festschrift H. Lewald*, Basilea, 1953, 105 ss.; G. NICOSIA, *Acquisto del possesso “per procuratorem” e “reversio in potestatem domini” delle “res furtivae”*, *Iura* 11, 1960, 189 ss.; A. WATSON, *Acquisition of Possession “per extraneam personam”*, *TR* 29, 1961, 22 ss. (= *Studies in Roman Private Law*, Londres-Río Grande, 1991, 63 ss.).

41 E. LEVY – E. RABEL, *Index interpolationum* III.

la noción amplia de *bona fides*, antecedente romano de lo que hoy denominamos autonomía de la voluntad, motivo por el que resulta oportuno preguntarse cuál sería la *ratio* en que se sustenta. Las Instituciones de Gayo, refiriéndose en el apartado 2, 95 a la propiedad y derechos reales, presentan la regla no como un imperativo legal preestablecido sino como una consecuencia lógica, *ex his apparet*, del desarrollo coherente y sistemático de las instituciones. Y lo es, en principio, pues si se parte de la afirmación de que adquirimos por nosotros mismos y por medio de quienes tenemos bajo nuestra potestad o dominio, la interpretación literal *stricto sensu*, cuya aplicación se da por supuesta, impide ir más allá de las posibilidades establecidas. Dicho en otros términos, la contraposición o antítesis existente entre personas vinculadas al jefe de la familia y personas extrañas a él, que el jurista pone de manifiesto mediante el recurso a la dualidad, es decisiva a la hora de excluir la *analogia* y de emplear, en cambio, el *argumentum a contrariis*, que permite establecer por deducción el régimen jurídico opuesto a aquel del que partimos como cierto.

Sin embargo, es preciso subrayar que, mientras quede pendiente la demostración de la existencia de un determinado fundamento racional —y no meramente convencional— de la regla de adquisición *per eos, quos in potestate habemus*, toda concatenación argumental a partir de ella es improcedente. Así lo exige el imperio de la *ratio iuris*, elemento subyacente en toda la labor de interpretación de la *iurisprudentia romana*. En él se sustenta el criterio interpretativo según el cual las normas favorables han de ser entendidas en sentido amplio, mientras que las odiosas lo han de ser de modo restringido, criterio que está presente de un modo u otro en los textos romanos⁴² y que ha permitido a los intérpretes del *ius commune* su formulación general y definitiva⁴³. Las fuentes contienen muchos ejemplos de interpretación extensiva de normas favorables y potestativas, mediante el *argumentum a similibus*⁴⁴, al igual que es posible encontrar otros en que las normas sancionadoras o restrictivas son objeto de interpretación restrictiva, por medio del *argumentum a contrariis*⁴⁵. En definitiva, no parece conforme a la *aequi-*

42 Por ejemplo, D. 44, 7, 47: *Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos ad negandum; ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis ad liberationem.*

43 *Liber Sextus* 5, 12, 15: *Odia restringi, et favores convenit ampliari.*

44 Por ejemplo: D. 40, 5, 24, 10: *Multa contra iuris rigorem pro libertate sunt constituta.*

45 Se entiende, por ejemplo, que todo aquello que no está prohibido expresamente es lícito. D. 1, 5, 4, pr.: *Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi... iure prohibetur.*

tatis ratio aplicar este último *argumentum* a las reglas potestativas, pues ello nos llevaría a la conclusión de que todo aquello que no está expresamente admitido es nulo. Tal argumentación quedaría refutada por razón de que la conclusión a que conduce, que es la negación de la autonomía de la voluntad y de la *bona fides*, es absurda (*reductio ad absurdum*).

Especial consideración merece, en este sentido, la enunciación gayano-justiniana de la regla prohibitoria en materia de estipulaciones y obligaciones contractuales, a tenor de la cual, la *stipulatio* de dar, por mediación de persona no sometida a la potestad o al dominio, es *inutilis*⁴⁶. Una vez más, el planteamiento antitético *persona subiecta-persona extranea* se mantiene y reproduce, junto con las conclusiones que de él se obtienen. Sin embargo, resulta evidente, a través de los textos del jurista clásico, que la antigua *stipulatio romana* ha sufrido importantes transformaciones, en un contexto histórico-jurídico de expansión del comercio, con el fin de hacer posible su adaptación a nuevas circunstancias. Por ejemplo, la aceptación de fórmulas en lengua griega, haciéndola idónea para las relaciones de Derecho de gentes. No resulta, pues, sorprendente que se haya debatido acerca de la conveniencia o no de admitir que una persona libre pueda estipular por otra y es probable que tal discusión no haya venido motivada sólo por razón de la teoría de las instituciones sino por concretas manifestaciones y exigencias de la práctica.

G. 3, 103: ...*quaesitum est, si quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio. nostri praeceptores putant in universum valere et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. sed diversae scholae auctores dimidium ei deberi existimant; pro altera vero parte inutilem esse stipulationem.*

Ante este supuesto hipotético, quizá no muy alejado de la vida real, los juristas de una y otra escuela van a mostrarse inflexibles y sólo van a discrepar en el aspecto secundario —si la *stipulatio pro altera parte* vale totalmente o sólo parcialmente para el que estipula—, puesto que en el aspecto principal rige la unanimidad, esto es, dicha *stipulatio* no produce efectos en relación con la persona extraña

46 G. 3, 103: *Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus...* I. 3, 19 *De inutilibus stipulationibus*, 4: *Si quis alii, quam cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit...*

que no ha intervenido en ella. En definitiva, la regla adquiere un alcance general y resulta aplicable a todos los contratos sin distinción, incluidos los consensuales que vienen sancionados mediante acciones de buena fe⁴⁷.

Pero la cuestión en torno a la validez del *negotiari per alium et pro alio* no parece haber quedado cerrada, de modo definitivo, con esas declaraciones de los clásicos, puesto que la encontramos reproducida en nuevas consultas que se elevan a la Cancillería imperial en época más avanzada. Y en este caso ya no es tan clara la existencia de la citada antítesis de propios frente a extraños, porque se trata del contrato del *maritus pro uxore* o de la *mater pro filio*. A pesar de todo, los rescriptos se limitan a corroborar la prohibición ya conocida, esto es, *ex alterius contractu neminem obligari*⁴⁸.

En este orden de ideas, el pretendido razonamiento por contraposición entre las categorías de propios y extraños puede ser rebatido a través de la confirmación de la existencia de casos concretos de *negotiationes per libertos*, en la medida en que son indicativos de una práctica negocial caracterizada por la intervención de sujetos que ya no pueden considerarse sometidos al dominio de otro. Es cierto que los libertos conservan un vínculo de dependencia personal con respecto al *patronus*, pero también lo es que tienen el estatuto de sujeto jurídico autónomo o *sui iuris*, razón por la cual se encuentran sometidos a la norma que impide contratar *pro alio* y, más en particular, *pro patrono*. Esto no obstante, hay testimonios de que los libertos han llegado a contratar en calidad de sustitutos del antiguo *dominus*, como se detalla a continuación.

Además del texto ya citado correspondiente a D. 40, 9, 10, es muy importante el testimonio que se encuentra en las *Tabulae Herculaneenses*. Se trata, en efecto, de un negocio solemne que además ha sido formalizado por escrito. En la edición contemporánea, el documento viene situado bajo la rúbrica *Dotalis fundus soluto matrimonio per mancipationem redditur* y da fe de un acto consistente en la *mancipatio* de un fundo dotal, acto solemne por el que un liberto adquiere en nombre y por cuenta de su patrona:

47 D. 50, 17 *De regulis iuris*, 73, 4: *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*

48 C. 4, 12 *Ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore, vel mater pro filio conveniatur*, 3, *Impp. Diocletianus et Maximianus A.A. et C.C. Carpopphoro.*

FIRA, III, *Negotia*, 612-614: ...*fundum Numidianum quo de agitur mancipio asse aere Q. Iunio Molpo, Iunia Clatae liberto dixerit.*

Por otro lado, un *responsum* de Servio, que menciona Paulo en sus Comentarios al Edicto, pone de manifiesto la realización de un acto de adquisición de una mercancía por parte del liberto y previo encargo del patrono, mercancía que este último deja después a su esposa en legado:

D. 34, 2, 4 (*Paulus 54 ad ed.*): *Cum quidam libertum suum in Asiam misisset ad purpuras emendas et testamento uxori suae lanam purpuream legasset, pertinere ad eam, si quam purpuram vivo eo liberto emisset, Servius respondit.*

Teniendo presentes las circunstancias en que se realiza la operación, no puede sostenerse que el liberto sea un *nuntius* o mero instrumento *ad hoc* de la voluntad del principal, en unas condiciones preestablecidas e inalterables, sino que él actúa como un verdadero intermediario con la facultad de decidir por sí mismo⁴⁹. Se deduce del texto, asimismo, que los efectos del negocio realizado

49 Como ha puesto de manifiesto A. WATSON, *Acquisition of ownership by "traditio" to an "extraneus"*, SDHI 33, 1967, 189 ss., la jurisprudencia romana habría llegado a admitir la posibilidad de adquisición de la propiedad mediante *traditio per extraneam personam*, tanto si esta persona es un mero instrumento del principal como si es un verdadero agente de él. El autor interpreta el texto de referencia en el sentido de que el *libertus* desempeña la función de un verdadero agente, al igual que ocurre en otros pasajes en los que se admite la intervención de un *procurator*, esto es, de un sujeto libre por nacimiento. Carecería, pues, de justificación el intento de explicar el fenómeno de la mediación del *libertus* mediante la asimilación de su posición jurídica y la del *servus*, considerando el estrecho vínculo social que le une al *patronus*. O. MILELLA, *Il libertus procurator. Le origini della procura in diritto romano*, Annali Bari s. 3 v. 2, 1966-67, 377-398.

Se plantea aquí el problema que surge como consecuencia de la manumisión del *servus* que hasta entonces ha venido realizando negociaciones con terceros a favor del *dominus* y que sigue haciéndolo en su nuevo *status*. Parece ser regla general que dicho cambio implica una transformación del régimen jurídico aplicable: D. 3, 5, 16. Asimismo, la respuesta dada por Papiniano, a propósito de la gestión de un establecimiento bancario por parte de un *servus* que continúa realizándola *post libertatem*, reconoce expresamente la variación de las condiciones subjetivas de *status*. En cambio, por lo que se refiere a las condiciones objetivas relativas al riesgo de las operaciones, se considera que no hay razón, en principio, para su alteración: *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* (D. 14, 3, 19, 1; Pap. 3 resp.). K. VISKY, *L'affranchi comme institor*, BIDR 22, 1980, 207 ss.

per libertum pasan, de manera directa e inmediata, al interesado, esto es, la adquisición de las lanas que han sido compradas. Es también importante comprobar que nos encontramos ante un acto adquisitivo, que se sitúa más allá del régimen específico de la *actio exercitoria* centrado en el aspecto pasivo de las deudas del *magister navis*. El jurista clásico admite, en suma, la posibilidad de adquisición, por parte del liberto, pasando el objeto a formar parte, de modo directo, del patrimonio hereditario del patrono. Quizá lo más relevante sea el hecho de que Paulo únicamente se cuestiona la validez del legado, no la posibilidad de negociar a nombre del patrono por parte del liberto. En estas condiciones, no se trataría tan sólo de la facultad de adquisición de la posesión o propiedad mediante *traditio*, actuando en calidad de *accipiens* de una *res nec Mancipi* o de una *res Mancipi*, sino también la de adquisición de un derecho de crédito como, por ejemplo, el que deriva del contrato de compraventa.

La categoría que forman los *liberti* en su actividad negocial mediadora no es, por tanto, susceptible de integración en la de las personas libres, ya que no les afectan las reglas de carácter restrictivo, ni en la de los *servi*, puesto que su *status* es el de *persona sui iuris*. Constituye un *tertium quid*, razón que viene a poner de manifiesto el carácter más aparente que real del fundamento en que se basa el rígido esquema bipolar de Gayo, que Justiniano mantiene.

La pertenencia a una determinada categoría de personas (*servi, liberi, liberti*) resulta ser así condición previa de la atribución del correspondiente poder de negociación *pro alio*, elemento clave en la configuración del comercio marítimo. Se habla de poder de negociación, con independencia de la noción ordinaria de capacidad jurídica y de obrar, ya que éste se concede a los *servi*, aun careciendo de aquélla, y se deniega a los *liberi*, cuyo *status* la lleva consigo, en principio. Tales anomalías han de ser puestas en relación con determinadas incompatibilidades para ejercer el comercio marítimo que, por razón del rango social, el Derecho romano ha venido manteniendo a lo largo del tiempo.

En este sentido, de acuerdo con un texto de *Scaevola* conservado en el Digesto y que hace referencia a una prohibición establecida por la *lex Iulia repetundarum*, se considera que los senadores no podían tener naves superiores a una determinada capacidad.

D. 50, 5, 3 (*Scaevola 3 regularum*): *His, qui naves marinas fabricaverunt, et ad annonam populi Romani praebuerint, non minores quinquaginta millium modiorum,*

aut plures singulas non minores decem millium modiorum, donec hae naves navigant, aut aliae in earum locum, muneris publici vacatio praestatur ob navem. Senatores autem hanc vacationem habere non possunt, quod nec habere illis navem ex lege Iulia repetundarum licet.

Al parecer, se trata de una disposición, formalmente prohibitoria, de Julio César, mediante la cual habría sido renovada otra precedente de la que informa Livio⁵⁰, la *lex Claudia de nave senatorum o plebiscitum Claudianum de quaestu senatorum*, fechada en el año 218 a. C. Es posible que estas leyes hayan tenido honda repercusión en la práctica del comercio marítimo, cuya relevancia en el plano económico ha podido trascender al ámbito de la organización de la constitución socio-política romana, presidida por el orden senatorial y el orden ecuestre. Una opinión difundida ha venido a sostener el carácter ambivalente de la norma prohibitoria, en el sentido de que, al mismo tiempo que se prohíbe a los senadores ejercer el comercio marítimo, alegándose que es indecoroso para ellos, se excluye de manera implícita del Senado a quienes ejercen la profesión de navieros, *homines novi*, evitando así la ruptura del cerrado círculo aristocrático⁵¹.

Por lo que se refiere concretamente a la praxis comercial marítima, si se atiende, de modo estricto, al tenor literal de las prohibiciones legales, parece que nada impide que los *liberti*, vinculados al patronato de los senadores, así como los *servi sui*, sean puestos al frente de las naves pertenecientes a ricos comerciantes del

50 Liv. 21, 63, 2-4: *...novam legem, quam Claudius tribunus plebis adversus senatum atque uno patrum adiuvante Flaminio tulerat, ne quis senator cuive senator pater fuisset maritimam navem, quae plus quam trecentarum amphorarum esset, haberet. Id satis habitum ad fructus ex agris vectandos; quaestus omnis patribus indecorus visus.* Un análisis documentado de esta fuente literaria en relación con D. 50, 5, 3 es el realizado por H. PAVIS D'ESCURAC, *Aristocratie sénatoriale et profits commerciaux*, Ktema 2, 1977, 339-355.

51 Aunque no se ha llegado a un acuerdo unánime a propósito de la interpretación del significado y alcance de esta legislación, es claro que, mientras para los *equites*, detentadores del capital, significaba la imposibilidad de acceder al Senado, para los senadores no tenía otro alcance que la renuncia al ejercicio directo de la empresa marítima. Como señala A. TORRENT, *Diccionario...cit.*, 914, los senadores obviaban tal prohibición, ejerciendo el comercio por medio de testaferros y libertos, al tiempo que se vetaba el acceso a la carrera política a personajes del *ordo equester* que se habían enriquecido extraordinariamente con el floreciente comercio marítimo.

orden ecuestre, todo ello de acuerdo con los textos ya analizados, en que se distingue entre *dominus navis* y *conductor ad tempus vel in perpetuum*. No es necesario recordar que la fuente de riqueza de la nobleza senatoria es precisamente, además del terreno del *ager publicus* de que son adjudicatarios, la mano de obra servil vinculada a su cultivo y explotación. No sorprende, pues, que los senadores, de una manera indirecta, hayan estado relacionados con las grandes operaciones del comercio marítimo.

Desde el punto de vista jurídico, se constata que los pretores, en el ejercicio del poder jurisdiccional, recurren, a través de sus edictos, a complejos tecnicismos para crear fórmulas que hagan posible exigir a los *exercitores* la responsabilidad correspondiente a las operaciones realizadas por medio de los subordinados. De este modo, la jurisprudencia más avanzada se encuentra ante una situación ya consolidada y acuña expresiones como *negotiationes exercere per eos, quos in potestate habemus*, en su intento de legitimación de los actos jurídicos de quienes *de facto* realizan adquisiciones, aunque *de iure* carecen de capacidad.

Al mismo tiempo, y según parece desprenderse de algunos textos ya citados, es probable que se haya manifestado, con mayor o menor intensidad, la tendencia a emplear como agentes intermediarios del comercio a aquellas otras personas que ostentan la condición de libres por nacimiento. En cualquier caso, el hecho es que las *adquisitiones per extraneam personam*, realizadas de modo directo, no han llegado a tener plena acogida en los edictos pretorios de la República y ello estaría relacionado también con la situación de rivalidad y conflicto entre el *ordo senatorius* y el *ordo equester*.

En estas circunstancias de enfrentamiento entre las dos aristocracias, han debido producirse consecuencias económico-sociales importantes, con repercusiones incluso entre los estratos inferiores de la sociedad romana. Más en particular, hay razones para pensar que el resto del *populus romanus* ha ido quedando marginado, de un modo u otro, del comercio marítimo, en una situación de inferioridad con respecto a aquellos grupos de libertos y siervos en cuyas manos va quedando concentrada, en la práctica, la actividad comercial.

La evolución de la constitución social romana, desde finales de la República y a lo largo del Principado, viene a confirmar, por una parte, el auge del llamado *ordo libertinorum* y, por otra, la creciente pérdida de fuerza y protagonismo de la masa popular que acaba siendo mantenida por la administración imperial y viene a ser denominada *plebs frumentaria*.

Coincidiendo con la época de mayor esplendor del comercio, la población libre por nacimiento subsiste en una condición social que se encuentra entre la que ostentan los grupos privilegiados y la que ocupa la clase servil, pero su situación económica es, sin embargo, precaria, como ocurre en el caso de la plebe urbana de Roma, que subsiste gracias a la generosidad imperial. Todo ello contrasta con la situación económico-social de los libertos. Es un hecho generalmente admitido por los autores que éstos llegan a acumular grandes fortunas con ocasión de su participación en la intensa actividad económica de la época y que, al mismo tiempo, son llamados por los emperadores para ocupar importantes puestos en la administración⁵².

En suma, puede afirmarse que la práctica del comercio marítimo ha sido un factor decisivo no sólo en el desarrollo económico del Imperio romano sino también en la consolidación de una estructura social presidida por vínculos de servidumbre y de patronato y no por relaciones de libre contratación *inter cives et peregrinos*. En ese ámbito de interacción de fuerzas contrapuestas, el *ius* ha surgido y evolucionado.

52 Entre esos autores, se encuentra J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, París, 1967, 565 ss. Más recientemente, J.M. ROLDAN, *Historia de Roma, I La República romana*, Madrid, II *El Imperio romano*,