

# El contrato de agencia comercial.

## Análisis dentro del contexto del derecho romano\*

MARÍA ELISA CAMACHO LÓPEZ

SUMARIO: *Premisa. Principios derivados del sistema jurídico romano-germánico aplicables al contrato de agencia comercial. I. Algunas figuras de la actividad mercantil en el derecho romano. II. Cláusulas de no competencia. A. Posibles fuentes de la obligación de no competencia en el derecho romano. 1. Obsequium. 2. Operae iuratae. 3. Operae stipulatae. 4. Stipulatio. 5. Contratos innominados. 6. Lex Mancipii. B. Licitud o ilicitud de la obligación de no competencia en el derecho romano. C. Condena por el incumplimiento de la obligación de no competir. III. Consecuencias de la terminación del contrato. A. Revocación del mandato por parte del mandante. B. Renuncia del mandato por parte del mandatario. IV. Conclusiones*

### PREMISA. PRINCIPIOS DERIVADOS DEL SISTEMA JURÍDICO ROMANO-GERMÁNICO APLICABLES AL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

La mayor parte de los doctrinantes que tratan de explicar las diversas instituciones de carácter mercantil con una perspectiva histórica lo hacen generalmente limitándose a los antecedentes que de ellas encuentran a partir del Medioevo, por el hecho de que sólo a partir de esa época, muy probablemente en el siglo XII, se reconoce la existencia de un derecho comercial, ya que antes no había un específico cuerpo normativo dirigido a regular la actividad mercantil, por lo que no se podía hablar como tal de esta rama del derecho<sup>1</sup>. Obviamente, el contrato

\* Este escrito es la segunda parte de un trabajo titulado *La agencia comercial. Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia*, cuya primera parte aborda el tema de la agencia comercial en el derecho moderno comparado y se encuentra publicada en la *Revista e-mercatoria* [[www.emercatoria.edu.co](http://www.emercatoria.edu.co)], vol. 7, n.º 2, 2008.

1 LEVIN GOLDSCHMIDT. *Storia universale del diritto commerciale* (primera traducción italiana al cuidado de VITTORIO POULCHAIN y ANTONIO SCIALOJA), Turín, Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1913, 60: "I Romani hanno interi istituti giuridici e singole norme di diritto, che sono sorte per il commercio, altre che sono rimaste limitate a questo od ai suoi soggetti, i commercianti.

de agencia comercial no es la excepción a esta regla, razón por la cual quienes han estudiado esta figura en la forma indicada generalmente encuentran sus orígenes en instituciones desarrolladas a partir de aquel momento<sup>2</sup> y no van un poco más atrás por considerarlo probablemente incorrecto.

Así, por ejemplo, esos estudiosos consideran que la agencia comercial pudo haber tenido origen en una clase especial de representantes de comercio conocidos como agentes, que recibían el encargo por parte de varios empresarios de desarrollar actividades mercantiles por su cuenta, para lo cual eran transferidos generalmente a otro lugar. Dentro de esta categoría de representantes se encontraban también los dependientes de viajes, los cuales, a diferencia de los anteriores, estaban atados al comerciante por medio de un claro vínculo de subordinación, lo que hará que una vez desarrollado el derecho laboral hagan parte de éste. Estas dos clases de representantes de comercio a su vez tuvieron lugar debido a la poca utilidad que comenzó a tener para el empresario el recurso a un comisionista, pues por medio de éste no lograba la difusión de su nombre, lo que en cambio sí podía alcanzar con estos nuevos representantes; adicionalmente, de esta forma evitaba algunos gastos que hacían poco atractiva esta relación contractual<sup>3</sup>. No obstante lo anterior, el contrato de comisión había estado en boga durante un significativo periodo de tiempo pues tuvo su inicio prácticamente en el siglo XII, y alcanzó pleno desarrollo en el siglo XVI.

El comisionista, a su vez, surgió para satisfacer una necesidad que los comerciantes no podían resolver con las figuras existentes en aquel momento, más precisamente con el contrato de *commenda*, pues aunque por medio de éste el *commendator* recibía las utilidades por la venta de las mercancías que le confiaba al *tractator*, quien generalmente iba a lugares lejanos negociándolas en su propio nombre y

Ma alla loro energica tendenza all'astrazione e all'accენტramento, alla quale l'idea della persona (della personalità privata astratta, e poi dell'uguaglianza di tutti i liberi) e della cosa (della cosa materiale) deve l'origine e lo svolgimento logico, ripugnava assolutamente il pensiero di un *ramo speciale del diritto* regolante il commercio, o anche solo l'attività industriale come tale; di esso infatti si trovano dei rudimenti importanti sì, ma isolati – e ciò tanto più facilmente si spiega con l'industria domestica predominante, da noi già più volte accennata, la quale creava, tra il padrone e i suoi schiavi (o figli di famiglia) preposti al commercio, rapporti di contabilità e non rapporti giuridici". En igual sentido, FRANCESCO GALGANO. *Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1980, 24: "Di 'diritto commerciale' si può, propriamente, parlare solo in rapporto a società nelle quali abbia avuto vigore uno specifico corpo di norme, avente l'esclusiva funzione di regolare l'attività commerciale. Se su questo criterio si è d'accordo, come si deve essere d'accordo, si deve ammettere che la civiltà romana, che pure conobbe i traffici commerciali e, anzi, traffici fiorenti, non ebbe un diritto commerciale".

2 Cfr. ROBERTO BALDI. *Il contratto di agencia. la concessione di vendita, il franchising*, 6.ª ed., Milán, Giuffrè, 1997.

3 En igual sentido, GIORGIO DE NOVA. *Il tipo contrattuale*, Padua, Cedam, Antonio Milani, 1974, 120: "Il codice manciniano conserva la commissione come figura autonoma, proprio quando la commissione sta iniziando il suo declino: la nuova organizzazione della grande industria impone la diversa figura dell'agente o del rappresentante di commercio; ed il controllo sulla clientela minuta viene raggiunto utilizzando la clausola di esclusiva".

cuenta y recibía un porcentaje de aquellas por su labor, este contrato de *commenda* no facilitaba las relaciones comerciales con los terceros y en ocasiones también representaba mayores costos que con la nueva figura se podían evitar. Finalmente, en el primer escalón de este extenso desarrollo los estudiosos ubican las ferias que se desarrollaban en torno al año 1000, en las que confluían personas provenientes de las más diversas regiones e incluso países con la finalidad de intercambiar entre ellos los bienes que poseían.

Se detiene allí el recorrido histórico dirigido a explicar la figura de la agencia comercial, que, como vimos, constituye un tejido uniforme de elementos provenientes de diversas instituciones ya existentes<sup>4</sup>, pero es precisamente esa especial estructura de la agencia, que no encontramos en el derecho romano, la que nos permite hallar en este algunas relaciones que gozan de las características de las actividades mercantiles ya sea por su ánimo de lucro o por su carácter especulativo o por su naturaleza de actividades de intermediación, que en ocasiones incluso daban lugar a acciones específicas reconocidas por los juristas, pero, sobre todo, que han influenciado el proceso de tipificación de algunas figuras vigentes, las cuales a su vez inciden en aquél de la agencia.

Por las razones anteriores y teniendo en cuenta además que la doctrina ha reconocido desde hace ya algún tiempo la posibilidad de encontrar en el derecho romano aquellos principios que rigen todos los ordenamientos que pertenecen al sistema jurídico romano germánico y que por tanto deben ser buscados en él para conectarlos con nuestro derecho vigente<sup>5</sup>, para lograr de esta manera un sistema de derecho unitario, coherente y justo<sup>6</sup>, nos proponemos a continuación hacer

4 Así, por ejemplo, lo reconoce ENRICO ZANELLI. "Storia e teoria del rapporto di agenzia. Contributo allo studio dell'agenzia e dell'agente di commercio", en *Studi Urbinati*, 1963-1964, 171, quien en este sentido afirma: "Nessuno dei connotati che le parti venivano assegnando al rapporto di agenzia o rappresentanza commerciale era tale da potersi considerare, di per sè, insolito, o estraneo alla prassi mercantile, o non riscontrabile o comunque ricevibile in qualcuno dei tipi contrattuali già noti, ma conglobandoli tutti in una nuova, particolare figura di ausiliario, si stringeva da tutti i lati –per così dire– una specie di rapporto unitario senza precedenti, rispondente, evidentemente, ad un ben preciso assetto, o *status*, sulla base del quale modellare in un certo modo e secondo un certo indirizzo il regolamento degli interessi economici di due gruppi di soggetti considerati, rispettivamente, nella veste di principali e di ausiliari".

5 En este sentido SANDRO SCHIPANI. *La codificazione del diritto romano comune*, Turín, Giappichelli, 1999, 114: "Si potrebbe forse prospettare che, come l'espressione *ius Romanum* nell'età della formazione del sistema aveva caratterizzato la svolta sfociata nella unitaria codificazione giustiniana del *ius Romanum commune*, così, nella svolta che, attraverso la Rivoluzione francese, la Rivoluzione per l'Indipendenza dell'America Latina, la Rivoluzione sovietica, pur nelle diversità fra Vecchio e Nuovo Mondo, si configurava come definitiva cancellazione delle istituzioni politiche medioevali e come sbocco sociale e politico di un'età iniziata con le rivoluzioni della geografia del mondo, e che si traduceva nella sostituzione del libro che sta quotidianamente nelle mani degli operatori del diritto, il rinvio ai 'principi generali' sia lo strumento concettuale con cui viene garantita la continuità e l'unità del sistema del diritto romano comune nell'articolarsi dei nuovi codici delle nuove repubbliche".

6 Tal como era para los romanos, D. 1, 1, 1 pr. ULPIANO. *Instituciones*: "Conviene que el que haya de estudiar el derecho, conozca primero de dónde viene la palabra *ius* (derecho). Llámase

un análisis de algunas fuentes del derecho romano en relación con los aspectos más críticos de la agencia comercial cuales son el pacto de no competencia y la indemnización derivada de la terminación del contrato, si es que hallamos antecedentes en este sentido, para determinar cuáles eran sus fundamentos.

## I. ALGUNAS FIGURAS DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL EN EL DERECHO ROMANO

En Roma la actividad mercantil tuvo un importante desarrollo entre los siglos III a. C. y III d. C.<sup>7</sup>, lo que se ve reflejado en las ricas y variadas figuras de colaboración empresarial que tuvieron origen en dicha época<sup>8</sup> y de las que derivaron también diversos medios procesales dirigidos a resolver los problemas que el recurso a aquellas suscitaba. Estos colaboradores provenían no solamente de la categoría social de los hombres libres, sino que, por el contrario, también podían ser libertos e incluso en la mayoría de casos se trataba de los hijos del *pater familias*<sup>9</sup> o de sus esclavos<sup>10</sup>, siendo de particular importancia una labor de este tipo para los últimos debido a que en la mayoría de casos ésta conducía a su *manumissione*<sup>11</sup>.

así de *iustitia* (justicia); porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y equitativo" IDELFONSO GARCÍA DEL CORRAL. *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, Jaime Molinas, 197.

- 7 FELICIANO SERRAO. "L'impresa in Roma antica, problemi e riflessioni", en *Studi per Luigi de Sarlo*, Milán, 1989, 677: "I problema dell'impresa in Roma antica si pongono per quel periodo che a mio avviso coincide con la seconda grande formazione economica della società romana". Otros consideran que el derecho romano de la edad comercial es aquel que se encuentra comprendido entre el siglo II a. C. y mitad del III d. C., pues fue en esta época en la que obtuvieron reconocimiento jurídico algunos conceptos como el de empresa (*negotiatio*) y el de establecimiento (*taberna instructa*): ALDO PETRUCCI. *Alcune considerazioni generali sulla protezione dei contraenti con le imprese nell'esperienza giuridica romana: le azioni institoria ed exercitoria*, Curso breve de alta formación en derecho romano para docentes de la R. P. Cinese, 1.
- 8 Un aspecto que también contribuyó a la aparición de las diversas figuras de colaboradores fue el poco interés que los propietarios de los medios de producción tenían en participar en dicho proceso, tal como nos lo pone de presente JEAN-JACQUES AUBERT. *Business Managers in Ancient Rome. A social & Economic Study of Institores 200 bc-ad 250*, Leiden-Nueva York-Colonia, E. J. Brill, 1994, 35: "The social and economic structure of the ancient world was characterized by the fact that those who owned the means of production (land, industrial and commercial facilities, ships, and all their equipment) and who had control over labor forces (slaves and clients) were reluctant to be actively involved in the process of production and distribution. This induces me to postulate the widespread activity of business managers at the head of units of production and networks of distribution, doing business on behalf of wealthy landowners, factory owners, and traders".
- 9 AARON KIRSCHENBAUM. *Sons, slaves and freedmen in Roman Commerce*, Jerusalem, The Magnes Press, The Hebrew University, 1987, 123: "Industrial enterprises and commercial ventures in classical Rome were often an integral part of the *familia*-organization. It comes, therefore, as no surprise that the shopkeepers running the large number of business establishments and the shippers and shipmasters conducting the innumerable maritime activities were in so many cases slaves and sons [...]".
- 10 SERRAO. "L'impresa in Roma antica, problemi e riflessioni", cit., 703: "Lo schiavo, si potrebbe dire, è il cardine intorno al quale, per una via o per l'altra, ruota l'impresa romana".
- 11 *Ibid.*, 703: "Ma proprio l'attività managerile, prestata per un periodo più o meno lungo al servizio del padrone, finisce poi col portare gli schiavi alla libertà. E non v'è dubbio, infatti, che la maggiore percentuale di manumissioni si verificava in favore degli schiavi impiegati nel

Dentro de la categoría de los hombres libres que ayudaban al empresario podemos identificar el *procurator*, quien estaba encargado de una determinada actividad negocial<sup>12</sup>; al grupo de los esclavos pertenecía el *institor*<sup>13</sup>, figura análoga a la anterior; los *servi negotiatores*, que actuaban como empresarios y no como simples sustitutos de estos; el *vilicus*, quien estaba generalmente encargado de la percepción de los productos del fundo y en determinadas ocasiones de su venta<sup>14</sup>; el *actor*, que podía sustituir al *vilicus* en la labor consistente en la venta de los productos del fundo; el *magister navis*, etc.: la lista es extensa, pues prácticamente en cada una de las etapas del proceso económico intervenía una persona a la que se le daba una denominación diversa<sup>15</sup>. En cuanto a los libertos, estos en ocasiones podían ser catalogados como verdaderos *procuratores*, en otras como *institores*<sup>16</sup>, etc.

- commercio e nelle attività produttive (industria, artigianato). E non v'è nemmeno dubbio che essi, dopo la liberazione, in gran parte continuavano a lavorare nello stesso settore economico in cui avevano lavorato da schiavi".
- 12 ALBERTO BURDESE. "Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali", en *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 74, 1971, 61: "[...] procurator, praepositus a una attività negoziale non diversamente dall'institor [...]". PIETRO CERAMI; ANDREA DI PORTO; ALDO PETRUCCI. *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2.ª ed., Turín, Giappichelli, 2004, 330 y ss., 86: "La figura che, fra quelle indicate, pone i più delicati problemi è certamente il procurator. Oltre che per la varietà e complessità delle funzioni che le fonti gli attribuiscono e per i sospetti e le difficoltà interpretative che alcune fondamentali fonti hanno suscitato, anche perchè si tratta normalmente di un uomo libero, a differenza degli institores e degli actores normalmente schiavi, con tutto quel che, per questo verso, può conseguirne per il sistema della rappresentanza negoziale a Roma. Il nodo comunque è se il procuratore sia all'epoca classica una figura con poteri giuridici o se, come tale, si sia affermato con Giustiniano [...]".
- 13 CERAMI; DI PORTO y PETRUCCI. *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, cit., 53: "D. 14, 3, 3 L'institore è così denominato, perchè è preposto alla gestione di un'impresa".
- 14 Cfr. BURDESE. "Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali", cit., 69 y 70.
- 15 Nos llama la atención una especie de colaborador al que se refiere J. H. D'ARMS ("Senators' involvement in commerce in the late Republic: some Ciceronian evidence", en J. H. D'ARMS y E. C. KOPFF (eds.). *The Seaborne Commerce of Ancient Rome: Studies in Archaeology and History. Memoirs of the American Academy in Rome*, vol. XXXVI, American Academy in Rome, 1980, 79) cuando trata el tema de un hombre libre que colaboraba con las actividades comerciales de un senador, pues en su descripción encontramos una gran semejanza con la figura objeto de nuestro estudio; "Here is an independent business man, operating simultaneously on a number of fronts: not a 'middleman' in the conventional sense of the term – for he did not act as an agent for others. Instead, he was 'in a position to command favors of men of every rank': he dealt directly with his clients, was involved simultaneously in a number of lucrative pursuits, and occupied a position on the fringe of aristocratic society"; sin embargo, esta no es una fuente jurídica. Otras figuras son los *mercatores frumentarii*, LIONEL CASSON. "The role of the state in Rome's grain trade", en *The Seaborne Commerce...*, cit., 22; una especie del *procurator* llamada *procurator portus utriusque*: GEORGE W. HOUSTON. "The administration of Italian Seaports during the first three centuries of the roman empire", en *The Seaborne Commerce...*, cit., 158; los *olearii*, sobre quienes se discute su naturaleza pues no se sabía si eran ayudantes de otros o pequeños comerciantes y los *diffusores* "Altri vede nei *diffusores* romani degli addetti alla distribuzione in grosso dell'olio spagnolo raccolto nei magazzini imperiali, oppure chi nei porti d'arrivo prende in consegna la merce e ne cura la distribuzione. Altri, infine, non fa sostanziale differenza tra *diffusores olearii*, *negotiatores mercatores*", 241, SILVIO PANCIERA. "Olearii", en *The Seaborne Commerce...*, cit.
- 16 Cfr. BURDESE. "Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali", cit., 76.

Tal como lo dijimos, diversos fueron los mecanismos procesales que la participación de dichos ayudantes en el ámbito contractual originó, dentro de los cuales nos interesa resaltar la *actio institoria*, por medio de la cual se hacía responsable al patrono por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por su *institor* teniendo en cuenta que dichas obligaciones habían sido asumidas con su consentimiento, consagrando de esta forma el principio de la responsabilidad ilimitada en cabeza del primero; la *actio exercitoria*, que cumplía la misma finalidad que la anterior, pero en el ámbito de la empresa marítima; la *actio ad exemplum institoria*, sobre la cual se debate la verdadera razón por la que fue creada por el jurista PAPINIANO, pues según algunos autores se trataba de solucionar el problema que se suscitaba con los *institores*, pero respecto de los *procuradores*, que por pertenecer a una categoría social diversa no permitían el ejercicio de la *actio institoria*, mientras que otros consideran que realmente la improcedencia de esta última acción y a su vez fundamento de la primera era el amplio grupo de negocios que se le encargaban al *procurador*, a diferencia del *institor*, a quien se le encargaban específicos negocios<sup>17</sup>. La *actio de peculio et in rem verso* tenía por objeto proteger al tercero que había contratado con el *filius* o el *servus*, permitiéndole demandar al *pater* o *dominus* en los límites de aquello que los primeros habían conseguido como consecuencia del peculio que aquél les había asignado para el ejercicio de dichas actividades<sup>18</sup>; la *vocatio in tributum* y *actio tributoria* por medio de la cual se estableció la *par conditio* entre los créditos del *dominus* (o *pater*) y de los terceros en los límites en los cuales el *servus* o el *filius* hayan ejercido la actividad comercial de la cual el primero debe tener conocimiento; y finalmente la *actio quod iussu*, con la que se transformaba la responsabilidad limitada al peculio en responsabilidad ilimitada, cuando se trataba de un crédito privilegiado.

Como podemos observar, los anteriores medios procesales se encontraban dirigidos a resolver los problemas jurídicos que se planteaban como consecuencia de las relaciones externas de los colaboradores de las personas que desempeñaban actividades mercantiles, por lo que la pregunta lógica que se plantea a continuación es: ¿qué pasaba con las relaciones internas? Pregunta de fácil solución cuando los ayudantes tenían la categoría de *filius* o *servus*, pues en este caso el fundamento de dicha categoría era la relación de *potestad*<sup>19</sup>. Pero ¿qué sucedía cuando se trataba

17 Cfr. *Ibid.*, 61 y ss.

18 SERRAO. "L'impresa in Roma antica, problemi e riflessioni", cit., 678: "La formazione di grandi patrimoni e l'espansione delle attività economiche da una parte, l'enorme diffusione della shiavitù dall'altra fecero sì che, onde dare una certa protezione ai terzi che avevano concluso affari e negozi col *filius* o col *servus*, cui il *pater* o il *dominus* aveva affidato la gestione di una parte (piccola o grande non conta) del proprio patrimonio, il *peculium* appunto, separata dall'altra simasta nella sua gestione diretta, ossia dalla *res domini* (o *patris*), il pretore creasse l'*actio de peculio et de in rem verso*, con la quale il terzo contraente col *filius* o col *servus* poteva convenire il *pater* o il *dominus* nei limiti del peculio e/o di ciò che dal sottoposto era stato conseguito *ex causa peculiari* d era stato versato nel patrimonio (*res*) personale del *pater* o del *dominus*".

19 KIRSCHENBAUM. *Sons, slaves and freedmen in Roman Commerce*, cit., 123: "[...] the basis of the relationship

de un liberto<sup>20</sup> que después de la manumisión continuaba ejerciendo una actividad mercantil para su patrono, o se convertía en socio de éste o decidía desempeñarse en forma independiente? Y es que en este momento nos interesa concentrar toda nuestra atención en esta relación<sup>21</sup>, pues, curiosamente, es sólo en ésta en la que se planteó el problema de la competencia en la actividad mercantil, lo que para efectos de nuestro estudio sobre el contrato de agencia comercial es relevante en la medida en que trataremos de identificar los principios que subyacen en los mencionados contactos y determinar si ellos son todavía aplicables o no. Antes de continuar queremos poner de presente que el hecho de que los problemas de la competencia hayan sido sólo analizados en la relación entre los libertos y sus patronos nos sugiere algo que es el importante valor que habrán tenido para dichos efectos los conocimientos adquiridos por los primeros gracias a los segundos.

## II. CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA

De conformidad con algunos doctrinantes, Roma tenía una economía basada en la que conocemos hoy en día como economía de mercado antes de la monarquía absoluta<sup>22</sup>, lo que significa que las personas gozaban de libertad contractual y que en las actividades mercantiles existía una libre competencia. Aunque no se conozca

between the principal (the *praepositor*) and his agent (the *praepositus*) was *potestas*, that power in which the Roman head of the family characteristically held his children, slaves, and, in earlier times, his wife".

- 20 SERRAO. "L'impresa in Roma antica, problemi e riflessioni", cit., 696: "Ma quale era il rapporto economico e giuridico tra questi ed altri liberti (cfr. il n. 267 di *CLL*, xv sopra cit.) con la patrona Domizia Lucilla? Società più o meno anomala? Locazione-conduzione? Continuazione dell'antico rapporto managerile sulle nuove basi del rapporto di patronato? Sono problemi che non possono essere risolti per un singolo caso, ma che possono trarre luce solo da un'ampia e approfondita ricerca sui rapporti imprenditoriali tra patroni e liberti, ricerca che, allo stato, manca". Han pasado algunos años desde que SERRAO pronunció estas palabras, por lo que no conocemos su opinión ante los trabajos más recientes sobre la materia, los cuales serán citados más adelante en esta investigación.
- 21 Sobre la cual también son de interés los siguientes fragmentos citados por CERAMI; DI PORTO y PETRUCCI. *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, cit., 88 y ss., algunos referidos al ejercicio de las *negotiationes* por esclavos o libertos como en GAIO (1 rer. Cott.) en D. 40.9.10 en el que se discute sobre las *manumissiones in fraudem creditorum* "[...] volendo adurre un esempio tipico dell'ultimo caso, fa riferimento a [coloro che, attraverso schiavi e liberti, esercitano attività di impresa oltremare e in regioni diverse da quelle in cui si trovano abitualmente], ed afferma [poichè spesso ignorano le condizioni di crisi in cui versano queste imprese da lungo tempo e, con le affrancazioni, concedono la libertà ai loro schiavi senza avere consapevolezza della frode]", también SCEVOLA (11 dig.), en D. 26.7.58 pr.; PAPINIANO (11 quaest.), en D. 26.7.37.1; otros relacionados con el tema del legado para el desarrollo de la actividad empresarial como por ejemplo SCEVOLA (22 dig.), en D. 33.7.7; SCEVOLA (3 resp.), en D. 33.7.20.1; SCEVOLA (6 dig.) en D. 33.7.27.3.
- 22 GIUSEPPE PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti di non concorrenza", en *Rivista di dottrina e di giurisprudenza*, 6, año XI, Morano, 1965, 793: "È opinione concorde degli studiosi che l'economia romana, prima dell'avvento della monarchia assoluta, fosse essenzialmente un'economia di mercato, la quale postula senz'altro la libertà di concorrenza".

ningún fragmento en que dicho principio haya sido consagrado expresamente, algunos pasajes nos permiten confirmar lo anterior, como es el caso de:

D. 1.18.6.4 (Ulpianus) *libro I. Opinionum*<sup>23</sup>. Neque licita negotiatione aliquos prohiberi neque prohibita exerceri neque innocentibus poenas irrogari ad sollicitudinem suam praeses provinciae<sup>24</sup> revoce<sup>25</sup>.

En el que se consagraba dentro de las obligaciones a cargo de los presidentes de las provincias el deber de proteger las negociaciones lícitas impidiendo su prohibición y reprimiendo aquellas que fueran ilícitas. Esta se podría considerar prácticamente una cláusula general de la libertad de competencia, pues no se encuentra referida a un caso específico, sino que, por el contrario, era aplicable a cualquier situación económica en la que tuvieran lugar las circunstancias mencionadas<sup>26</sup>. Sin embargo, a juicio de algunos estudiosos, este pasaje no constituye un antecedente de la contraposición entre el régimen de libertad de competencia y aquel de restricción a ésta, pues es demasiado general<sup>27</sup>, justificación que a nuestro juicio es insuficiente para negarle ese significado al texto en examen. En cuanto a su autoría, algunos doctrinantes revelan que los libros *opinionum* atribuidos a ULPIANO probablemente fueron una recolección de material de este autor realizada por algún jurista posclásico<sup>28</sup>, aspecto que no es óbice para considerar que las

23 BERNARDO SANTALUCÍA. *I "Libri Opinionum" di Ulpiano*, I, Milán, Giuffrè, 1971, 21: "I *Libri Opinionum* attribuiti ad Ulpiano costituiscono – a nostro avviso – un prontuario di istruzione pratica ad uso dei governatori delle province".

24 *Ibid.*, 72: "La nostra tesi, che l'autore dei *Libri Opinionum* usasse il termine *praeses* nello stesso senso di Macro, cioè come *generale nomen* idone a designare *omnes provincias regentes* [...]".

25 D. 1, 18, 6, 4 ULPIANO, *Opiniones*, libro I. Encomiende a su propia solitud el presidente de provincia que no se prohíba a nadie la negociacion lícita, ni se ejerza la prohibida, ni se impongan penas a inocentes.

26 SANTALUCÍA. *I "Libri Opinionum" di Ulpiano*, cit., 18: "La tutela giuridica della libertà commerciale è realizzata attraverso l'intervento straordinario del *praeses provinciae*, il quale, in virtù dei suoi poteri di *coercitio*, è legittimato a prendere tutte quelle misure che a suo avviso si rendono necessarie al fine di garantire la piena libertà d'iniziativa economica da parte dei privati che ne siano impediti".

27 Así lo considera ROBERTO BONINI. "Recensione critica sul Santalucía *I 'Libri Opinionum' di Ulpiano*, I y II" [Università di Genova-Fondazione Nobile Agostino Poggi, 8 y 9] (Milán, Giuffrè, 1971), en *Iura Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, 22, 1971, 254: "Per quanto si riferisce poi alle singole esegesi, quasi sempre pienamente accettabili e talora particolarmente brillanti ed esaurienti, riterrei di dover far alcune osservazioni specifiche. Così, ad. es., D. 1.18.6.4. (16-19), non è inquadrabile, almeno a mio parere, nella contrapposizione, sul piano storico, fra libertà commerciale e regime vincolistico: la genericità del testo esclude, infatti, che lo si possa considerare espressione della concezione liberistica [...]".

28 FRITZ SCHULZ. *Storia della giurisprudenza romana*, Florencia, Sansoni, 1968, 324: "Ulpianus, *Opinionum* libri VI. Anche quest'opera è a torto attribuita a Ulpiano. La sua forma e il suo contenuto depongono per un autore postclassico, che senza dubbio lavorò sui *libri ad edictum* di Ulpiano. L'ordine segue evidentemente quello dell'editto. Il libro VI tratta del titolo XV dell'editto (nella ricostruzione del Lenel) che è trattato nel libro XXIV del commentario all'editto di Ulpiano. I compilatori di Giustiniano non possedevano più dei primi 6 libri delle *Opiniones*: o il suo ignoto autore non finì mai l'opera, oppure l'ultima parte è andata perduta. Assumendo

problemáticas tratadas en dicho texto hubiesen tenido lugar en la época del que fue presumiblemente su autor.

Otro fragmento que también demuestra la preocupación que en algunos juristas clásicos suscitó el tema de la libertad de competencia es:

D. 37.14.2 Idem (Ulpianus) *libro 1. Opinionum*. Liberti homines negotiatione licita prohiberi a patronis non debent<sup>29</sup>.

Este, a diferencia del anterior, se refiere a un caso concreto cual es el de los libertos en su relación con sus patronos y nos indica que los segundos no podían prohibir a los primeros las negociaciones lícitas<sup>30</sup>. Algunos autores expresan sus sospechas sobre la autenticidad de este pasaje, fundamentalmente por el uso de la expresión *liberti homines* a la cual no se recurre en otros fragmentos, justificación de la que se aparta SANTALUCÍA diciendo que si bien es cierto que no aparece en otros pasajes de época clásica, tampoco en alguno de época posclásica, por lo que no es probable que sea fruto de alguna interpolación hecha por los compiladores, lo que impide entonces tomar partido en forma radical por esta posición<sup>31</sup>. De nuevo ROTONDI apunta sus dudas sobre D. 37.14.2 debido a las palabras *negotiatione licita*<sup>32</sup>.

Para comprender mejor la trascendencia de esta premisa debemos tener en cuenta que después de la manumisión y en ocasiones como consecuencia de ella, el patrono y su familia generalmente continuaban gozando de ciertos privilegios, algunos de los cuales provenían de la relación de patronato<sup>33</sup>, por lo que resulta significativo que la jurisprudencia reconociera ese derecho a favor de los libertos, en cuya defensa podía intervenir el presidente de la provincia por vía *extra ordinem* cuyo ejercicio podía significar competir con el patrono por la misma clientela y

che l'opera sia stata finita, essa deve aver compreso almeno 20 libri, e più di tanto se si trattava di *Digesta*". PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 794: "[...] quasi sicuramente si tratta, invece, di un'epitome postclassica compilata su materiale ulpiano".

29 D. 37, 14, 2. Íd. *Opiniones*, libro 1. A los hombres libertos no se les debe prohibir por los patronos que negocien lícitamente.

30 De la misma forma que respecto del fragmento anterior, BONINI. "Recensione critica...", cit., 254, expresa: "[...] quanto a D. 37.14.2. –sempre appartenente ai *libri opinionum* e collegato dal S. a D. 1.18.6.4. – è chiaro che il testo non si riferisce comunque a vincoli di tipo pubblicistico".

31 Cfr. SANTALUCÍA. *I "Libri Opinionum" di Ulpiano*, cit., 141, 6

32 Al respecto dice SANTALUCÍA (op. cit., 141, 6): "b) *licita negotiatione (o negotiatione licita) prohiberi* (§ 4 e D. 37.14.2): il Rotondi non motiva il suo sospetto; va tuttavia osservato che se le perplessità dell'autore vertono sulla costruzione grammaticale della frase, esse sono destinate a cadere di fronte all'identica costruzione che ricorre in un rescritto di Settimio Severo e Caracalla menzionato da Ulpiano, *II de offd. Proc.*, D. 50.4.6.2 (*honoribus prohiberi*) [testo non sospetto: cfr. *Ind. Itp. Ad b. t.*], se invece tali perplessità vertono sull'espressione *licita negotiatio*, esse devono ugualmente ritenersi prive di fondamento, poichè un'espressione affine (*illicitae mercis negotiatorem*) ricorre anche in un rescritto di Settimio Severo e Caracalla citato da Marciano, *VI inst.*, d. 34.9.1. pr. [anche questo testo non è sospettato: cfr. *Ind. Itp. ad h.l.*] [...]"

33 Cfr. SANTALUCÍA. *I "Libri Opinionum" di Ulpiano*, cit., 18; PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 795.

ejerciendo una actividad que había aprendido de aquél, pues esto podría parecer contradictorio frente a dichos privilegios, sobre todo frente a la gratitud debida al patrono por la concesión de la libertad. Disipa las dudas sobre la gratitud del liberto que ejerce su arte contra la voluntad del patrono:

D. 37.15.11 (Papinianus) *libro XIII. Responsorum*<sup>34</sup>. Liberta ingrata non est, quod arte sua contra patronae voluntatem utitur<sup>35</sup>.

En el que, como vemos, afirma el jurista PAPINIANO, también jurisconsulto de época clásica como aquellos que hemos citado hasta el momento, que la liberta no era considerada ingrata por dicha razón.

Sin embargo, el problema sobre la competencia entre el patrono y el liberto que se venía vislumbrando tenuemente en los fragmentos anteriores viene en el siguiente pasaje planteado en forma directa y específica en los siguientes términos:

D. 37.14.18 (Scaevola) *libro IV Responsorum*<sup>36</sup>. Quaero, an libertus prohiberi potest a patrono, in eadem colonia, in qua ipse negotiatur, idem genus negotii exercere, Scaevola respondit, non posse prohiberi<sup>37</sup>.

Según algunos doctrinantes, este fragmento probablemente es el resultado de una glosa marginal debido a que no sigue el orden común que los caracteriza, pues la situación planteada y el problema jurídico conforman una sola proposición, seguidos inmediatamente por la respuesta dada por el jurista<sup>38</sup>. En lo que prácticamente se

34 SCHULZ. *Storia della giurisprudenza romana...*, cit., 424: "Responsorum libri XIX. Anche quest'opera famosa era una collezione di *problemata* ordinata secondo lo schema dei *Digesta*. In essa Papiniano sembra aver incluso principalmente casi che erano sorti in pratica. Non possiamo dire se questo sia vero di ogni caso, in quanto Papiniano sottopose le sue decisioni a radicale revisione quando le incorporò in questa collezione. I casi sono ridotti al loro minimo giuridico, i fatti, il quesito e il responso non sono quasi più tenuti separati. A differenza dei *Digesta* di Scaevola, i *Responsa* di Papiniano sono diritto casistico ridotto ai termini astratti. Ogni cosa estranea è esclusa e il nudo problema giuridico è isolato dagli svariati e giuridicamente irrilevanti dettagli del caso concreto. Problema e risposta sono formulati con grande, forse eccessiva, eleganza e con estrema concisione. A volte, la brevità di espressione rasenta il barocco".

35 D. 37, 15, 11 PAPINIANO. *Respuestas*, libro XIII. La liberta no es ingrata porque ejercite su arte contra la voluntad de su patrona.

36 SCHULZ. *Storia della giurisprudenza romana...*, cit., 418: "*Digestorum libri XI, Responsorum libri VI*. La trasmissione del testo è, in entrambi i casi, complicata. Ambedue le opere sono collezioni di *responsa*, che trattano, tutti, a quel che appare, di casi sorti nella pratica; il loro ordine sistematico è quello dei *Digesta*. Questi *responsa*, secondo ogni apparenza, non furono mai pubblicati da Scaevola stesso, ma soltanto nel III secolo, più tardi di Ulpiano, da un ignoto editore, e presumibilmente sotto il titolo di *Digesta*".

37 D. 37, 14, 18 SCEVOLA; *Respuestas*, libro IV. "Pregunto, por el patrono se le puede prohibir al liberto que haga la misma especie de negocio en la misma colonia en que él mismo negocia; Scaevola responde que no se le puede prohibir".

38 Así PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 796, 14: "Per quanto concerne, in particolare, i testi citati, è probabile che essi siano il frutto di glosse marginali riassuntive: si noti come fattispecie e quesito risultino fusi in un'unica proposizione subito seguita dal responso.

encuentran de acuerdo la mayoría de doctrinantes<sup>39</sup> es en que el problema jurídico que ocupaba a los juristas en este caso era el de la competencia económica entre los libertos y los patronos como consecuencia del ejercicio de la misma actividad en la misma colonia, expresión esta última que usando el lenguaje jurídico actual podríamos asemejar al de zona<sup>40</sup>. Ante esta situación el jurista citado como autor del fragmento decide dar prevalencia a la libertad a favor del liberto, negando cualquier limitación que probablemente el patrono habría querido aducir como consecuencia de la relación de patronato que los vinculaba<sup>41</sup>.

Del análisis de los textos anteriores podría llegarse fácilmente a la conclusión de que la libre competencia económica en Roma durante los siglos II a. C. y II d. C. no tenía ninguna limitación e incluso prevalecía sobre la misma relación de patronato que vinculaba los libertos a sus patronos<sup>42</sup>. Para tratar de explicar esta tendencia podríamos hacer muchas conjeturas: pensar, por ejemplo, que probablemente al ser un imperio en expansión las autoridades estaban interesadas en promover a las personas instruidas en cierto arte a su ejercicio, procurando de esta manera beneficios económicos para la respectiva ciudad o provincia; o también podríamos pensar que como en algunos casos al *dominus* no le interesaba participar

Normalmente, invece, fattispecie e quesito costituivano parti distinte che precedevano il parere propriamente detto. Anche l'uso del verbo alla terza persona, *respondit*, potrebbe confermare questa ipotesi!

- 39 Así, por ejemplo, parecen estar de acuerdo en esto AUBERT. *Business Managers in Ancient Rome...*, cit., 36: "The *Digest* refers to cases where freedmen were acting as competitors of their patrons" y PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 796: "Un liberto pretendeva di esercitare la stessa attività commerciale svolta dal patrono in *eadem civitate et eodem loco*: si tratta dunque di un'ipotesi palese di concorrenza economica, suscettibile di causare gravi danni all'autore della manumissione".
- 40 En el mismo sentido que los anteriores, LOUIS JUGLAR. *Du rôle des esclaves et des affranchis dans le commerce*, Roma, "L'Erma" di Bretschneider, 1972, 40 y ss., quien expresamente indica que la competencia de los libertos podía causar la ruina del comercio del patrono: "D'un esclave commerçant le maître pouvait aussi songer à exiger qu'il ne s'établisse pas dans son voisinage pour continuer le commerce qu'il faisait naguère pour lui ou pour en fonder un analogue au sien, la concurrence pouvant être une cause de moins-value ou de ruine pour le commerce du patron. Aussi trouvons-nous des textes sur ce point, mais ils paraissent condamner cette prétention du patron et se prononcer pour la liberté du commerce: liberti homines negotiatione licita prohiberi a patronis non debent (D. xxxvii, 14, 2). La loi 18 (D. xxxvii, 14) indique bien que ce que le patron redoute c'est la concurrence de son affranchi: quaero, an libertus prohiberi potest a patrono, in *eadem colonia*, in qua ipse negotiatur, *idem genus negotii* exercere? Scævola respondit, non posse prohiberi".
- 41 PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 796: "Quest'ultimo avrebbe potuto opporsi a tale nuova attività, avvalendosi dei poteri disciplinari che conservava sul proprio ex schiavo? La risposta di Scevola è recisamente negativa: il caso prospettato, dice in sostanza il giureconsulto, non presenta elementi tali da giustificare una deroga al principio generale, secondo cui ad ognuno deve essere garantito il libero svolgimento dell'attività economica prescelta".
- 42 PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 797: "In conclusione: l'esigenza di tutelare la libertà di concorrenza fu tanto sentita dai romani da indurli a sacrificare gli interessi del patrono a vantaggio di quelli del liberto".

en el proceso económico<sup>43</sup>, resultaba conveniente que quienes sí lo estaban, que podían ser los libertos, lo hicieran en forma independiente; o incluso podríamos suponer que la defensa de la libre competencia tuviera los mismos objetivos que le atribuimos en la actualidad, tal como el de obligar a los participantes del mercado a mejorar la calidad de sus productos, etc., lo que a nuestro juicio no resulta descabellado teniendo en cuenta que eran varias las actividades mercantiles que tenían lugar. En fin, podríamos continuar especulando sobre las razones que llevaron a los juristas clásicos a proteger la libertad de competencia, si no fuera porque en el *Digesto* encontramos los siguientes fragmentos que constituyen prácticamente un límite al derecho concedido anteriormente a los libertos y en el caso específico del segundo texto, una contradicción con el anterior perteneciente presumiblemente al mismo autor. El primer pasaje dice:

D. 38.1.26 (Alfenus Varus)<sup>44</sup> *libro VII. Digestorum*<sup>45</sup>. Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi (1) habiturum, postulabat, ut sequerentur se, neque opus facerent; id ius est, nec ne? Respondit, ius esse, dummodo liberales (2) operas ab iis exigeret, hoc est, ut acquiescere eos meridiano tempore, et valetudinis et honestatis suae rationem habere sineret.

§ 1. Item rogavi, si eas operas liberti dare nollent, quanta oporteret aestimari. Respondit, quantum ex illorum operis fructus, non quantum ex incommodo dando illis, si prohiberet eos medicinam facere, commodi patronus consecuturus esset<sup>46</sup>.

43 Ver cit. 2.

44 Nos parece importante advertir que ALFENUS fue considerado por los compiladores como un jurista del Principado, no obstante haber sido un jurista de los últimos años de la República, pues aún se encontraba en vida bajo el Imperio de AUGUSTO, lo que explica que sus obras hayan sido incluídas en el *Digesto*; SCHULZ. *Storia della giurisprudenza romana...*, cit., 82 y 508.

45 SCHULZ. *Storia della giurisprudenza romana...*, cit., 366 y ss.: "Vi è nel *Digesto* una seconda serie di frammenti invariabilmente iscritti sotto Alfenus (o *Alfenus Varus*) *libro... digestorum*. Ciò non rivela che i frammenti vengano da un sunto; al contrario, messo in rapporto con l'inserzione nell'*Index Florent.* indica che i frammenti sono presi dall'opera originale. In realtà essi pure derivano da un sunto, come le seguenti considerazioni mostrano in modo conclusivo. L'originale di Alfenus era in quaranta libri. L'opera dalla quale i frammenti del *Digesto* furono presi seguiva l'ordine dell'editto, e nel suo libro VII si occupava del titolo *De liberali causa* (tit. XXXI dell'editto, secondo Lenel). Uno scrittore che disponeva di 31 titoli in sette libri non può verosimilmente aver dedicato 33 libri ai restanti titoli (tit. XXXII-XLV). Così l'opera usata dai compilatori deve essere stata in molto meno di 40 libri ed essere stata un sunto dell'originale di Alfenus. Il nome dell'epitomatore è ignoto. Egli deve aver vissuto più tardi di Paolo, dunque con ogni probabilità nella prima epoca postclassica. In questa serie di frammenti il nome di Servio non ricorre, così che non si può dire dove è Servio e dove è Alfenus che parla. Né possiamo dire se questo fatto sia dovuto all'epitomatore ovvero ai compilatori di Giustiniano. L'ordine edittole è dovuto in ogni caso al primo; l'ordine dell'originale era differente, come si vede dall'epitome di Paolo. Questo gruppo di frammenti una volta di più mostra interpolazioni pregiustinianee".

46 D. 38.1.26 ALFENUS VARO; *Digesto*, libro VII. "Un libertus médico, estimando que si sus libertos no ejercieran la medicina tendría muchos más que lo llamaran, pedía que lo acompañasen, y que no trabajarán: ¿es esto justo, o no? Respondió que era justo, con tal que exija de ellos trabajos liberales, esto es, que los deje descansar al mediodía, y cuidar de su salud y de su decoro.

Son varios los interrogantes que suscita este pasaje del *Digesto*, empezando por algunos en relación con su autenticidad, pues hay quienes afirman que la frase "*hoc est, ut acquiescere eos meridiano tempore, et valetudinis et honestatis suae rationem habere sineret*" es una interpolación del texto, no obstante lo cual no altera en forma significativa el contenido de éste. También se plantean algunas dudas respecto de la expresión *Medicus libertus*, ya que para algunos debe ser entendida como *liberto médico*<sup>47</sup>, mientras que otros prefieren traducirla como *patronus*<sup>48</sup>.

Lo que parece claro es que ALFENO no es quien contesta el problema jurídico que se presenta en el texto, sino que, por el contrario, se trata de su maestro SERVIO SULPICIO RUFO, a quien se encuentra dirigida la pregunta. El fundamento de esta afirmación está en el uso de las palabras *id-ius-est necne?* seguido por *respondit*, que significa "él responde" y no *respondi*, que significa "yo respondo"<sup>49</sup>. El hecho de que estos dos juristas pertenezcan a un periodo de tiempo anterior a los ya citados, cuyos textos consagran una libertad de competencia plena a favor de los libertos, nos llevaría a pensar, en principio, que posiblemente la solución se fue perfeccionando a través del tiempo, empezando por consagrar el derecho del patrono a solicitar ciertas obras a cargo de su liberto siempre y cuando lo hiciera respetando su dignidad, para finalmente conceder la completa autonomía del liberto. Sin embargo, esta hipótesis no resulta conforme a D. 38.1.45 en el que uno de los juristas antes mencionados consagra un límite a la libre competencia de los libertos.

Entrando ya en el análisis del texto observamos que el interrogante planteado era el de la justicia de la petición hecha por el patrono a sus libertos médicos de acompañarlo en el ejercicio de la medicina y de no ejercer dicha actividad, te-

§ 1. También pregunté en cuánto se deberían estimar, si los libertos no quisieran prestar estos servicios. Respondió, que en cuanto producto hubiese de obtener el patrono por virtud de los trabajos de aquellos, no en cuanto utilidad hubiese de alcanzar por la molestia que les hubiese de dar, si le prohibiese ejercer la medicina".

47 PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 800, cita a G. BESELER. *Beiträge zur Kritik der Römischen Rechtsquellen...*, cit., 64, expresando lo siguiente: "[...] egli ritiene aggiunte la parola *libertus* (inserita dopo *medicus*) e tutta l'ultima proposizione da *dummodo a sineret*".

48 Las ediciones milanesas del *Digesto* prefieren *patronus*.

49 PIETRO PESCANI. "Le operae libertorum", en *Bollettino della Scuola di Perfezionamento e di Specializzazione in Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Università degli Studi di Trieste, 35-36, año XII, 1966, 69 y ss.: "Non oserei dire con sicurezza che Alfeno Varo abbia rotto una tradizione, avvertendone per primo la iniquità. Il testo non sembra autorizzare una simile affermazione. Si direbbe che uno scolaro rivolga una serie di domande, alle quali risponde un maestro. Infatti troviamo: *id-ius-est necne?* al quale segue: *respondit* (egli rispose), e non 'io risposi' (*respondi*), cioè 'io, Alfeno Varo'. Poco più oltre: *item rogavi* cioè: 'io chiesi', seguito da *respondit*, 'egli rispose'. Dai passi riportati nel *Digesto* si direbbe che nel Dig. di Alfeno Varo fossero riportati i responsi dello stesso Alfeno, in prima persona (*respondi*) e quelli di un altro (*respondit*). Per il primo caso basterà citare D.9.2, 52; per il secondo caso D. 15.3, 16 e D. 18, 6, 12. Un frammento di Giavoleno (D. 28.1, 25) ci fa vedere che con molta probabilità il giurista citato da Alfeno era Servio Sulpicio Rufo, del quale Alfeno fu scolaro. Nel frammento in discussione sembra che il discepolo abbia prospettato il caso e che il maestro abbia trovata la soluzione. Il merito quindi andrebbe, se mai, a Sulpicio Rufo e non ad Alfeno Varo".

niendo en cuenta que de esta forma más personas podrían llamarlo a él, a lo que responde el jurista positivamente en el sentido de considerar justa dicha solicitud siempre y cuando le concediera al liberto el derecho a descansar al mediodía y de cuidar su salud y decoro.

Diversas son las formas en que ha sido interpretado este fragmento. A juicio de algunos, se trata de una prueba de que el derecho romano ya contaba con algunas disposiciones dirigidas a la protección de los trabajadores<sup>50</sup>; para otros, la relevancia del fragmento estriba en la consagración de una de las formas que tenía en Roma el trabajo intelectual<sup>51</sup>, pero la que más nos interesa como objeto de nuestro estudio es aquella que ve en D. 38.1.26 pr. un antecedente de la obligación de no competencia<sup>52</sup>, puesto que de ser esto cierto, podríamos determinar cuáles eran los principios que la regulaban para así mismo establecer si ellos serían aplicables o no al contrato de agencia comercial perteneciente al sistema jurídico romano-germánico.

- 50 Tal como lo pone de presente CARLOS AUGUSTO CANNATA. *Recensiones librorum, Festschrift für Hubert Niederlander zum siebzigsten Geburtstag am 10 Februar 1991*, herausgegeben von E. Jayme, G. Reinhart, R. Serik und Carl Winter - Universitätsverlag, Heidelberg, 1991, x-495; en *Studia et Documenta*, 58, 1992, 518: "W. Waldstein (*Soziale Schuldrechte im klassischen römischen Recht*, p. 181-194) muestra come, contro una convinzione assai diffusa, il diritto romano classico non mancasse di regole dirette alla protezione del lavoratore. Per le situazioni dipendenti da contratto, va notato che i tre (soli) testo che si riferiscono alla *locatio operarum* nel tit. D. 19, 2 (fr. 19, 9 Ulp.; 38 pr. Paul.; 51, 1 lav.) contengono decisioni favorevoli al lavoratore; ma una vasta previsione in questo senso caratterizza i testi che trattano delle *operae* dei liberti, presse già in considerazione sotto questo profilo dall'editto del pretore Rutilio del 118 a. C. (Ulp. D. 38, 1, 2 pr.). La giurisprudenza (confortata da interventi imperiali) provvedeva a fissare dei limiti quantitativi e qualitativi alle *operae* dovute (Ulp. D. 38, 1, 7, 3; Call. D. 38, 1, 38 pr.; Ner. D. 38, 1, 50 pr.; Paul. D. 38, 1, 16, 1; Cels. D. 38, 1, 30 pr.), staviliva che non potevano essere pretese prestazioni di lavoro dal liberto ammalato (Pomp. D. 38, 1, 34; Ulp. D. 38, 1, 15 pr.; Iul. D. 38, 1, 23, 1; cfr. Paul. D. 40, 7, 4, 5 per lo *statuliber*) e dettava regole sulla prestazione delle opere. In particolare, si pervenne a stabilire che il patrono doveva fornire gli alimenti al liberto che gli prestasse opere ovvero lasciargli il tempo per procurarseli (Paul. Sab. D. 38, 1, 18; Gai. D. 1, 19; Paul. D. 38, 1, 20 pr.; Mod. D. 38, 2, 33; Mod. D. 25, 3, 6) e si giunse anzi alla regola generale che qualunque soggetto tenuto a *edere operas* (e quindi non solo il liberto ma anche il *locator operarum*) doveva essere nutrito o se no disporre del tempo necessario per procurarsi di che vivere, così come doveva disporre del tempo necessario alla *cura corporis* (Ner. D. 38, 1, 50, 1; Gai. D. 38, 1, 22, 2, e la genuinità di questi testi è confermata da CIL XI 600, del I sec.), cioè riposo e bagni (p. 190 s.), e della pausa mediana (Alf. D. 38, 1, 26 pr.)."
- 51 MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO. *Recensione critiche*, G. COPPOLA. "Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano" [pubbl. Fac. Giur. Univ. Messina, 183] (Milán, Giuffrè, 1994, 610), en *Iura*, 45, 1994, 127: "La única clasificación que encontramos en los textos es la de *studia liberalis* (Ulp., 8 de om. Trib. D. 50.13.1 p. 252). De *liberalis artes* tratan Juliano, D. 27.2.4, Ulpiano, D. 50.9.4, y Paolo, D. 50.5.10.2: *liberalia artium professoribus*, a propósito de prestaciones de transporte y alojamiento, texto éste último no citado por la A. También creo importante la cita de Alfeno, D. 38.1.26 pr. Sobre *liberales operae* como los trabajos con ciertos descansos propios de los hombres libres".
- 52 Preferimos el uso de esta expresión en la medida en que aquella de pactos con la que se designa ese fenómeno en el derecho actual tiene por el contrario unas consecuencias distintas en el derecho romano D. De Pactis D. XIV.

En torno a esta última cuestión podemos identificar tres posiciones: la de quienes no ven un antecedente de la obligación de no competencia en ese fragmento<sup>53</sup>, la de quienes sí lo consideran un caso de no competencia en el derecho romano<sup>54</sup> y la de quienes opinan que no se puede llegar a una conclusión definitiva ni en un sentido ni en el otro<sup>55</sup>. Dentro de las razones que llevan a algunos doctrinantes a negar el carácter de antecedente de las cláusulas de no competencia a este fragmento se encuentra la estructura económica de la sociedad romana, pues consideran que en aquella época la economía era poco desarrollada y dirigida esencialmente al autoconsumo, de forma tal que no se había presentado aún el concepto de empresa ni de empresario y teniendo en cuenta que con los pactos de no competencia lo que se pretendería sería proteger el derecho de clientela que viene a convertirse en un bien del empresario, la inexistencia de la empresa explica también la falta del instrumento en cuestión. Sin embargo, a nuestro juicio, esta posición no se compadece con las investigaciones sobre el desarrollo del comercio

- 53 MARIO ROTONDI. *Diritto industriale*, Padua, Cedam, 1965, 346, aunque niega que el fragmento en cuestión aluda a verdaderas cláusulas de no competencia, dice no dudar de que las éstas hayan podido existir en la sociedad romana de aquella época: "Si è voluto trovare cenno a clausole di concorrenza sleale nelle fonti romane e si sono citati da taluno i fr. 2 e 18 D. 37.14; 13 pr. D. 8.4: si è obbietato da altri che questo istituto è recente, frutto di particolari condizioni economiche, giuridiche, sociali, ignote al diritto romano. La realtà è che, se è vero che le fonti romane, ed anche i frammenti citati, a clausole di concorrenza vere e proprie non alludono, niente ripugna a ritenere che anche in diritto romano clausole limitanti la concorrenza fra commercianti si potessero stipulare".
- 54 Así por ejemplo, PROVERA comenta la posición de SCHILLER, en los siguientes términos: "Tale difetto di impostazione può, a nostro avviso, addebitarsi allo Schiller, Restraint of trade in classical roman law, in *Mnemosina Pappoulia*, Atene 1934, p. 233 ss. Egli, infatti, ha orientato la propria ricerca romanistica alla luce del diritto anglo-sassone, confrontando costantemente la disciplina prevista da tale diritto in tema di clausole restrittive delle concorrenza con quella che, sul medesimo oggetto sarebbe stata elaborata dalla giurisprudenza del periodo classico. Percorrendo questo binario obbligato, l'A. è giunto a ravvisare nei due ordinamenti una sostanziale identità di regime giuridico: nel diritto romano avrebbe trovato costante applicazione il principio dell'assoluta libertà di commercio e quindi di concorrenza, pacificamente ammesso nel diritto anglo-americano. Da ciò conseguirebbe, come regola generale, che ogni accordo diretto a limitare o ad escludere tale libertà dovrebbe ritenersi, tanto per il diritto anglo-americano quanto per il diritto romano, radicalmente nullo, perchè contrario all'ordine pubblico, salvi alcuni casi particolari in cui il limite appare, in qualche modo, giustificato. Questi casi sono stati raggruppati dallo Schiller, con riferimento al diritto anglo-americano, in cinque gruppi, comprendenti gli accordi diretti a limitare od escludere la concorrenza quando essi risultino conclusi: 1) tra venditore e compratore di azienda nell'interesse dell'acquirente; 2) tra società e socio recedente; 3) tra società e socio perdurando il rapporto sociale; 4) tra venditore e compratore di azienda con riguardo agli affari che hanno costituito oggetto di una riserva a favore del venditore; 5) tra datore di lavoro e lavoratore nell'interesse del datore di lavoro. Qualcuno di questi casi troverebbe un preciso riscontro già nella fonti romane" ("*Visuali romanistiche in tema di Patti...*", cit., 792, 10) (cursiva añadida).
- 55 RICARDO CARDILLI. *La nozione giuridica di fructus*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, 122 y 123: "È quindi giusto dire che dal punto di vista delle moderne problematiche del patto di non concorrenza e del divieto di concorrenza, il passo in esame non permette conclusioni stringenti", citando a A. WACKE, *Wett. cit.*, 211; ÍD. *Die Anerkenmur...*, 398, n. 67; W. WALDSTEIN. *Operae*, 313; ÍD. "Mandat und opera libertorum", en D. NORR y S. H. NISHIMURA, Berlín, 1993, 349, quienes son de la misma opinión.

en el imperio romano, las cuales han demostrado que a partir de la mitad del siglo IV a. C. comienza un proceso de transformación del modelo económico, pasando del autoconsumo a una economía de intercambios, que se consolidará en el siglo III d. C.<sup>56</sup>. En ocasiones tendemos a restar importancia a los avances hechos por las sociedades antiguas y pensamos que en materia económica poco se pudo hacer antes de la revolución industrial, sin reflexionar por un momento en que en el futuro nosotros seremos parte del pasado y quizás con el mismo descuido serán juzgados nuestros sistemas y desarrollos.

A continuación nos proponemos analizar la posición de quienes consideran el fragmento en cuestión un antecedente de las obligaciones de no competencia y la de quienes argumentan la dificultad de llegar a una conclusión definitiva en tal sentido, para efectos de lo cual creemos necesario explicar el tratamiento que se les daba en el derecho romano.

#### A. Posibles fuentes de la obligación de no competencia en el derecho romano

Son varias las relaciones jurídicas de las cuales habría podido derivar esa obligación de no competencia a cargo del liberto en el derecho romano, dentro de las cuales se encuentran:

##### 1. *Obsequium*

No quedaba el esclavo después de la manumisión por parte de su patrono en una posición de total libertad y perfecta igualdad frente a éste<sup>57</sup>, sino que, por el contrario, continuaba obligado a cumplir una serie de *operae* a su favor que en algunas ocasiones<sup>58</sup> eran comprendidas dentro de una categoría general de debe-

56 Dentro de los aspectos que demuestran la transformación del modelo económico menciona SERRAO. *Diritto Privato economia e società nella storia di Roma*, 1, Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica, Nápoles, Jovene, 2006: "Un primo indice significativo di questi fermenti verso un'economia nuova è il secondo trattato fra Roma e Cartagine, nel 348, che dimostra come le due città cercassero di difendere i rispettivi mercati mediterranei e come Roma cominciasse ad apparire temibile dal punto di vista dell'espansione commerciale. Altri indici importanti sono dati dalla moneta. L'emissione e diffusione dell'*aes grave* (ossia dell'asse pesante di 327 gr.), a cui abbiamo già accennato sopra (§ 36), che è riportata da tutta la tradizione antica ad epoca molto remota (430 a. C.), è comunque posta da buona parte della critica moderna nel 338".

57 P. PESCANI. *Le operae libertorum...*, cit., 12: "Colla *manumissio ex iusta servitute* il servo di un cittadino romano non solo diveniva liberto, ma anche cittadino romano e, teoricamente, non avrebbe dovuto avere doveri di sorta nei confronti del patrono. Un esame attento ed obbiettivo delle fonti sia giuridiche che non giuridiche ci fa supporre che la condizione del liberto non fosse originariamente affatto così favorevole".

58 Así lo pone de presente PESCANI (ibíd., 16), quien afirma que mientras en algunos fragmentos tales como C.I. 6.3.8, Ulp. 38 ad Ed. D.40.14.6, Pap. 1 resp. D.38.1.41 las *operae* son separadas netamente del *obsequium*, de forma tal que cuando el liberto ya no esté obligado a la prestación de las obras en todo caso continúa obligado al *obsequium* frente a su patrono, en otros las obras

res de carácter moral mas no jurídico identificado en las fuentes con el nombre de *obsequium*<sup>59</sup>. Al *obsequium* se encuentra dedicado D. 37.15 *De obsequio parentibus et patronis praestando*, mientras que D. 38.1 recibe el título *De operis libertorum*.

Las obras a las cuales se encontraban obligados los libertos como consecuencia de dicho *obsequium* eran generalmente de la mayor diversidad, extensión y sobre todo exigencia; además, no generaban una contraprestación por su ejecución, lo que lleva a algunos a afirmar que prácticamente había muy pocas diferencias entre la nueva condición de liberto respecto de su anterior estado de esclavitud<sup>60</sup>.

No parece existir ninguna conexión entre el *obsequium* y la obligación de no competencia a la que se refiere el fragmento D. 38.1.26 pr. y esencialmente son dos las razones para que ello sea así. La primera de índole cronológica, pues a pesar de que el término en cuestión haya sido usado en forma técnica sólo en los siglos II y III d. C., realmente la figura y su significado corresponden a los siglos III y II a. C.<sup>61</sup>; ella representa un instituto un poco más antiguo respecto de los que serán estudiados en seguida, lo que no se compadece con la época a la que pertenecen los juristas que analizaron la obligación de no competencia, ya que estos pertenecieron a una época más reciente, en la que probablemente las preocupaciones sobre dicho tema habían sido ya resueltas por los juristas anteriores. La otra es una razón sistemática y es que, recordémoslo, el pasaje en estudio pertenece al título *De operis libertorum* ubicado en D. 38.1 y no en aquel previsto para el *obsequium*<sup>62</sup>. Además, no encontramos ningún autor que recurra a esta figura para explicar dicha obligación.

parecen estar comprendidas en el *obsequium*.

59 PESCANI. *Le operae libertorum...*, cit., 15: "La reverenza che il liberto doveva dimostrare al patrono e che consisteva in numerose prestazioni di varia natura sembra sia stata espressa col termine *obsequium*". Sin embargo, ésta no parece ser la posición general en la doctrina, pues a juicio de algunos autores WOLFGANG WALDSTEIN, de cuya posición tenemos conocimiento gracias a la "Recensione critica di Alberto Burdese sull'opera di Wolfgang Waldstein *Operae Libertorum*", en *Index, Quaderni camerti di studi romanistici*, 19, 1991, Nápoles, Jovene, 474, y también de CARLA MASI DORIA. "Recensione critica di Waldstein *Operae Libertorum*". *Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven [Forschungen zur antiken Sklaverei]*, XIX] (Stuttgart, Steiner, 1986, 467), *Iura*, 37, 1986, 170, las *operae* non fueron originariamente el contenido principal del *obsequium*, en términos más tajantes la segunda, en la que se dice: "Il § 8 è dedicato all'analisi della funzione delle opere di cui W. sottolinea la netta separazione ed indipendenza rispetto all'*obsequium* (p. 125). Esse consistevano in un rapporto obbligatorio concernente la prestazione di un numero determinato di 'Tagewerke' (p. 123). Queste prestazioni potrebbero essere intese *lato sensu* come corrispettivo per il beneficio ricevuto (p. 127). Aderendo ad una suggestione del Wieacker, l'a. definisce tutto il sistema delle manumissioni come 'Freilassung auf Kredit' (p. 127): le *operae*, infatti, erano prestate solo in un momento successivo alla *manumissio*. La funzione delle opere sarebbe stata essenzialmente di natura economica, servendo al patrono per conservarsi la forza lavorativa del liberto. L'onere delle *operae*, tuttavia, in confronto al bene inestimabile della libertà doveva essere considerato 'dal modesto al sopportabile' (p. 130)".

60 Cfr. PESCANI. *Le operae libertorum...*, cit., 16.

61 Cfr. *ibíd.*, 15.

62 Esto hace un poco más difícil la cuestión, pues no se entiende como tratando los pasajes del título 37 sobre el *obsequium*, se haya consagrado la total libertad en cabeza de los esclavos

## 2. *Operae iuratae*

El otro medio del cual pudo haber tenido origen la obligación de no competencia a cargo del liberto a favor de su patrono pudo haber sido el juramento que hacía el esclavo al patrono comprometiéndose a ejecutar un determinado número de obras. En un primer momento dicho juramento, aunque era hecho por la persona cuando tenía la condición de esclava, también la obligaba al convertirse en liberta, no obstante lo cual la situación cambió luego y dio lugar a que el juramento no continuara siendo vinculante, por lo que fue necesario que una vez alcanzada la libertad se repitiera el juramento, lo que permitió la intervención de la autoridad civil para poder hacerlo efectivo. Este juramento también sujetaba al patrono en la medida en que no podía exigir al liberto más obras de aquellas a las que éste se había comprometido con el juramento.

Parece ser que la razón que dio lugar al surgimiento de este mecanismo fue la de disminuir la intensidad del *obsequium* con fundamento en el cual se exigían en forma prácticamente ilimitada obras al liberto por parte del patrono. Tan es así, que incluso, según nos lo indica la doctrina<sup>63</sup>, antes del juramento mismo, el patrono y el futuro liberto se ponían de acuerdo sobre su contenido, para evitar de esta manera la situación anterior. En lo que no difiere enormemente es en su contenido religioso<sup>64</sup> ya que el liberto solo podía jurar dar las *operae* a su patrono y no a persona diversa, ni siquiera al hijo de éste, pues de lo contrario solamente habría sido válido respecto del patrono y no de la persona a quien se había hecho, lo que explicaba POMPONIO diciendo que se trataba de obras de diferente naturaleza<sup>65</sup>.

En los siglos II y III d. C., estas *operae* juradas, que constituían un vínculo religioso entre el patrono y el liberto y que no podían ser prestadas a otros, serán conocidas como *operae officiales*<sup>66</sup>. Considera en todo caso PESCANI que no se puede descartar en forma absoluta la posibilidad de que en determinadas ocasiones el patrono haya podido invitar al liberto a prestar sus obras en un primer momento a sus hijos y después a extraños<sup>67</sup>.

Teniendo en cuenta esta última aclaración, podríamos pensar que la obligación de no competencia junto con aquella consistente en acompañar al patrono en

manumisos.

63 Cfr. PESCANI. *Le operae libertorum...*, cit., 19.

64 Cfr. *Ibíd.*, 20: "Le opere giurate dei liberti insomma rappresentavano non un bene patrimoniale, ma un obbligo religioso e come tale staccato dall'eredità".

65 Así lo pone de presente en Pomp. 15 ad Sab. D. 38.1.12: "quiae aliae operae erunt, quae Lucio Titio dantur".

66 Cfr. PESCANI. *Le operae libertorum...*, cit., 25.

67 *Ídem*: "In seguito al giuramento il liberto dipendeva parecchio dal capriccio del patrono. Questi gli poteva imporre ad libitum ora un'opera ufficiale, ora una tecnica, oppure solo opere ufficiali, facendogli così perdere capacità e clientela. Il caso è tutt'altro che campato in aria, come avremo occasione di vedere discutendo D. 38.1, 26, pr.".

el ejercicio de la medicina podrían tener origen en el juramento a tales prestaciones hecho por parte del liberto; sin embargo, como las razones en contra de tal insinuación son prácticamente las mismas que aquellas que dan para negar la estipulación como fuente de la obligación de no competencia, preferimos tratarlas conjuntamente.

### 3. *Operae stipulatae*

Vistos los inconvenientes que el juramento de las obras implicaba, no solamente al esclavo que se veía obligado a cumplirlas por lo general únicamente a favor de su patrono de forma tal que al no poderlas prestar a otros no podía desvincularse más prontamente, sino también al patrono mismo, quien en esa forma se arriesgaba a no poder disfrutar de los privilegios que habría obtenido como consecuencia de la *manumissione* del esclavo por estar ausente, surgió una nueva figura por medio de la cual el liberto se comprometía a cumplir una serie de *operae* a favor de su patrono, sin estar vinculado a él en forma exclusiva como en el caso del juramento de carácter religioso<sup>68</sup>. Esta nueva figura obtuvo la denominación de *stipulatio operarum*, lo que sin embargo no la equiparaba a la *stipulatio* normal, pues se trataba del sustituto del juramento, lo que la convertía en una obligación especial que se separaba en varios aspectos de aquella, como, por ejemplo, en la irrelevancia que tenía la fijación de algunos datos que por el contrario sí eran requeridos en la *stipulatio*, en la no necesaria determinación por parte del patrono de los días en los cuales quería que fueran ejecutadas las obras por el liberto pues ello dependía de su voluntad y por último, pero no por ello menos importante, en los diferentes medios procesales con los que podían ser exigidos, pues según algunos autores, ante la *stipulatio operarum* procedía la *actio operarum*, mientras que tratándose de una *stipulatio* común, se debía interponer una *actio ex stipulatu*<sup>69</sup>.

Esta *stipulatio* en un principio, de la misma forma que en el caso del juramento, podía ser prestada únicamente al patrono del liberto, pero luego se abrió el camino para que sean prestadas también al hijo del patrono y finalmente a terceros extraños

68 Cfr. Ídem.

69 Decimos algunos, porque tal como lo pone de presente PESCANI (*Le operae libertorum...*, cit., 26), no todos los doctrinantes opinan de la misma forma: "Per questi caratteri speciali assunti dalla *stipulatio operarum* sembra più probabile che l'*actio operarum* riguardasse sia le opere giurate che le opere stipulate (Lenel. Ed. Perp. 3, 339). Il Voci (o.c. 338) si opone a questa opinione, affermando che 'il credito alle *operae* è soggetto alle norme comuni di trasmissibilità ereditaria: quindi, morto il patrono, sono legittimati a chiedere le opere i suoi eredi come tali, anche estranei, l'azione a sanzione del credito è un'*actio ex stipulatu*... è da notare che non c'è un solo testo, il quale usi il termino *actio* (o *iudicium*) *operarum* e si possa riferire alla *stipulatio*'. Il Voci a sostegno della sua tesi cita una serie di passi, dai quali effettivamente non si può dedurre con chiarezza se la *stipulatio operarum* dava origine alla *actio operarum*. Però non sembra accettabile l'affermazione (n. 97) che in Paolo (Paul. 7 ad Plaut. D. 38.1, 39 pr. [...] l'uso è generico. [...] Un altro frammento, questa volta di Papiniano, sembra confermare che l'*actio operarum* riguardava le opere *ex stipulatu* (Pap. 9 resp. D. 38.1, 42: [...])."

a estos<sup>70</sup>. Este dato nos lleva a reevaluar aquella sugerencia que hicimos en un primer momento sobre el probable vínculo que podría existir entre las obligaciones de no competencia a cargo de los libertos y el aprendizaje del arte gracias al patrono, pues si nosotros decimos que dicha obligación pudo haber tenido origen en esta *stipulatio operarum* la cual se convirtió en obra ejecutable también a favor de los hijos del patrono o de los terceros, que tal vez nada hubiesen tenido que ver con los conocimientos adquiridos por el liberto cuando era esclavo, probablemente tampoco habrían tenido en cuenta este factor los juristas para imponer esa obligación de no competencia, si es que realmente consideramos que ésta había sido impuesta en el caso en cuestión<sup>71</sup>.

Como consecuencia de la apertura de las *stipulatio operarum* a los hijos del patrono, como también a terceros, surgió el interrogante de si todas las obras podían ser prestadas a estos últimos o solo algunas de ellas, para efectos de lo cual fue concebida una división a la que hacen referencia las fuentes<sup>72</sup>, entre *operae officiales* y *operae fabriles*<sup>73</sup>, en donde las primeras habrían tenido un eminente carácter personal de tal forma que no habrían podido ser transmitidas al heredero del patrono, mientras que las segundas habrían requerido una capacidad técnica por lo que sí habrían sido transmisibles.

Con fundamento en las anteriores figuras se podría decir que el juramento y la estipulación solo daban lugar a la prestación de obras a cargo del liberto como consecuencia de la pérdida sufrida por el patrono en razón precisamente de su liberación. Esto ha llevado a afirmar a algunos doctrinantes que en el fragmento en estudio (D. 38.1.26 pr.) no es muy claro que se esté consagrando en forma directa una obligación de no hacer consistente en no ejercer una actividad médica en competencia con el patrono, sino que, por el contrario, se trata de exigir una cantidad tan alta de dichas obras, en la medida en que debe para ello acompañar al patrono en el ejercicio de su actividad, de forma tal que indirectamente se le está

70 PESCANI. *Le operae libertorum...*, cit., 27: "In un primo tempo se il padre, col quale il liberto aveva stipulato le opere, moriva, le opere erano dovute al figlio solo se questi era erede diretto. Gaius 14 ad ed. prov. D. 38.1, 22, 2 [...]".

71 Si ponemos esto en términos actuales podríamos decir que existen algunas relaciones negociales en que los conocimientos aprendidos de la persona con la que se contrata son el fundamento que da lugar a la imposición de una obligación de no competencia. Tal sería el caso de el contrato de trabajo y fuera de este caso probablemente el de la franquicia.

72 MASI DORIA. *Civitas Operae Obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Nápoles, Jovene, 1993, 62: "Netta è la contrapposizione tra i due generi di *operae* in questo passo (D. 38, 1, 6, ), nette sono le conseguenze giuridiche: mentre le *operae fabriles* risultano essere trasmissibili attivamente all'erede del patrono, le *officiales ad heredem...non transeunt*".

73 MASI DORIA. "Recensione critica...", cit., 173: "Le *operae fabriles* dovevano essere richieste qualora il liberto disponesse di una qualsiasi, ben precisata capacità tecnico-professionale, mentre le *officiales* avrebbero riguardato esclusivamente il rapporto personale tra patrono e liberto. Le *operae officiales* – a questo proposito bisogna senz'altro dare ragione al W.- erano dovute esclusivamente al patrono che non poteva nominare nemmeno un *solutionis causae adiectus*, né erano soggette a *condictio* nel caso di non dovuta prestazione. Per le *operae fabriles*, invece, il patrono poteva senz'altro procedere a delega (D. 38.1.9; D. 38.1.10; D. 38.1.12; D. 38.1.23 pr.)".

impidiendo al liberto el desarrollo del arte conocido por cuenta propia para así evitar el riesgo de la pérdida de la clientela por parte del patrono<sup>74</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio, esta no es razón suficiente para negar que el fragmento contenga un antecedente de la obligación de no competencia, sobre todo teniendo en cuenta el motivo por el cual el patrono habría hecho dicha solicitud al liberto, el cual se encuentra expresado en los siguientes términos: "*Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi*", por lo que creo improbable que no se haya buscado una forma directa para lograrlo, siendo ésta la prohibición de ejercer la actividad, además porque podríamos también suponer que no obstante acompañar al patrono, tuviera tiempo para trabajar por su propia cuenta perjudicando de esta forma el interés de aquél. Comparto en cambio la posición

74 En este sentido CARDILLI. *La nozione giuridica di fructus...*, cit., 123: "Infatti, l'interesse del *medicus* patrono a che i suoi liberti non esercitino in concorrenza con lui la *medicina*, è finalità che formalmente non trova espressione nella *stipulatio operarum*, la quale è una promessa di *operas dare*, come si evince chiaramente dalla seconda questione posta da Alfeno a Servio (*si has operas liberti dare nollent...*). Essa trova peraltro concretizzazione in una assistenza nella visite del medico-patrono con l'acquisita competenza (*ut sequerentur se*), così da impedire un esercizio in proprio dell'*opus* espressione di *ars medica* (*ne opus facerent*"). También PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 801: "Ma sembra pure doversi escludere, sempre per il modo in cui è impostato il quesito, che il medico potesse costringere i servi ad una *stipulatio in non facendo*, potremmo dire, con linguaggio moderno, alla conclusione di un patto di non concorrenza, che avrebbe reso particolarmente onerosa la manumissione. Non è infatti ad un patto di questo genere che si pensa nella formulazione del quesito, ma ad un mezzo indiretto, della cui validità pure si poteva discutere, più precisamente ad una *stipulatio operarum*. In altri termini, ci si domandava se, avendo il medico imposto ai suoi servi di promettergli la prestazione di un certo numero di ore lavorative, evidentemente tante quante sarebbero bastate per rendere loro impossibile l'esercizio autonomo dell'arte medica, tale *stipulatio* fosse da ritenere valida alla stregua di una normale *stipulatio operarum* o se invece il fatto che essa tendeva ad impedire ai liberti l'esercizio di un'attività professionale potesse infirmare, *iure praetorio*, la validità del contratto, che appariva in un certo senso concluso *onerandae liberatis gratia*" y WALDSTEIN, cuya posición conocemos gracias a la Recensione critica di Carla Masi Doria..., 174: "Il quinto cap. Tratta delle regole di concorrenza relative ai liberti che svolgevano la stessa professione dei patroni (p. 300-320). Ogni discussione deve partire, per l'a., dall'esegesi di Alf. D. 38.1.26 pr. Il W., infatti, è dell'avviso che le opere ivi menzionate non avessero lo scopo di ostacolare il lavoro autonomo del liberto, ma di obbligarlo a seguire (...*ut sequerentur se...*) il patrono che aveva bisogno di aiutanti nell'esercizio della propria professione di medico, per conservare la numerosa clientela (p. 308-311). Già Wacke (A. Wacke. In ZSS. 99 (1982) 211) si era espresso contro l'esistenza di un vero e proprio divieto di concorrenza. A favore di questa soluzione si considerino anche Ulp. D. 37.14.2: *Liberti homines negotiatione licita prohiberi a patronis non debent* e Pap. D. 37.15.11: *Liberta ingrata non est, quod arte sua contra patronae voluntatem utitur*. Partendo dalle conclusioni del Wacke, il W. nota che non ci sono testimonianze che, in assoluto, potrebbero far pensare ad un divieto di concorrenza. Anche il Kaser (in ZSS. 58 (1938) 124) era stato dell'opinione che il patrono non potesse impedire al liberto di scegliere una qualunque professione". La otra razón que lleva a la mayoría de juristas a tomar partido por esta solución está en que la condena impuesta al liberto que no haya querido cumplir la solicitud hecha por su patrono consistía en el valor representado por las obras que dejó de hacer y no por el de aquellas que habrían beneficiado al patrono como consecuencia del no ejercicio de las actividades comerciales, tal como lo veremos más adelante cuando hablemos sobre la condena por el incumplimiento de la restricción a la libertad de competencia.

de quienes consideran que a través de los medios mencionados el patrono tenía la facultad no solamente de pedir obras sino también de impedir las<sup>75</sup>.

Por otra parte, si damos crédito a la posición del LAVAGGI para quien la medida de las obras en edad imperial no era cuantitativamente cierta<sup>76</sup> y en el caso en examen permanente para poder cumplir en forma adecuada con la prestación a la que se había comprometido con el patrono<sup>77</sup>, es probable que la obligación a cargo del liberto de seguir al patrono en el ejercicio de la actividad médica no haya sido propiamente un motivo de discusión entre los juristas de la época, como en cambio sí lo pudo haber sido la obligación de no competencia impuesta, siendo ésta una razón adicional para creer que probablemente este fragmento sí trata el argumento en cuestión.

Sea la posición que se tome, no hay que negar que dicha estipulación sí pudo haber tenido origen en estos mecanismos del juramento y de la estipulación sustitutiva de aquél; sin embargo, hay otros medios posibles a los que pudo haber recurrido el patrono para efectos de imponer la obligación de no competencia, los que analizaremos a continuación<sup>78</sup>.

75 En este sentido consideramos relevantes las palabras de GEORGES FABRE. *Libertus, patrons et affranchis à Rome*, Roma, École Française de Rome, 1981, 325: "A l'issue de cette évolution historique longue d'un siècle, la situation de l'affranchi 'prestant' des *operae* (jurées ou stipulées) auprès du patron ou de tiers, est caractérisée par un certain nombre de contraintes, dont certaines n'ont pas été altérées par les innovations d'origine prétorienne. Tout d'abord, le droit aux *operae* est un droit imprescriptible du patronat; il ne se limite pas à la prestation de services positifs, mais il englobe même la possibilité, pour le patron, d'empêcher l'exercice, par le *libertus*, d'un métier qui pourrait concurrencer le sien. L'*opera* peut donc étre conque d'une manière négative. C'est ce qui ressort d'une réponse d'Alfenus varus".

76 Así lo afirma GIUSEPPE LAVAGGI ("Nuovi studi sui liberti", en *Studi in Onore di Pietro de Francisci*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1956, 83), después de haber analizado Celsus 12 Dig. D. 38.1, 30, diciendo: "Il principio che le opere vanno promesse e dovute in misura *quantitativamente*, se non qualitativamente, certa e stabilita all'atto della manumissio, lungi dall'essere il portato, come assume il Lambert, della così detta riforma rutiliana non è riuscito ad affermarsi in pieno neppure nell'età imperiale".

77 LAVAGGI. Op. cit., 79: "L'opera che il patrono qui chiede al liberto implica una prestazione positiva – andargli dietro, fargli scorta d'onore- e una negativa – non esercitare le medesima arte del manumissore, la medicina, acciocchè nessuna perdita di clientela quegli abbia a subire. È evidente, intanto, che con l'uno e con l'altro servizio mal si adatta qualsivoglia predeterminazione del numero d'opere dovute. L'estensione della professione ha da essere *permanente* se vuol raggiungere l'effetto suo, e la scorta dovrà farsi al patrono sempre che da lui si chiedi. L'uso stesso dell'imperfetto (*postulabat*) nella enunciazione del *casus*, denota il periodico riprodursi della *indictio* di quell'opera".

78 Tales como por ejemplo la *locatio* de las *operae*, la cual se sobreentiende del fragmento en cuestión a juicio de ROBERTO FIORI ("La definizione della 'locatio conductio'", *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Nápoles, Jovene, 1999, 123-124), quien afirma: "Insomma: l'analisi di D. 19.2.30.3 conferma che, non solo in contesti di cd. *locatio operarum* (cfr. supra, D. 40.7.14 pr.), ma anche in contesti di cd. *locatio operis*, la *merces* viene pagata essenzialmente *pro opera*. Se leghiamo questo dato al fatto che, per converso, altri passi di Alfeno mostrano – ancora una volta in accordo con Catone- che il termine *opus* può essere usato anche ad indicare un complesso di *operae* non finalizzate a un risultato (cfr. Alf. 7 dig. D.38.1.26 pr., che potrebbe sottintendere un rapporto di locazione delle *operae* dei *medici liberti*), dovremo concludere che nel linguaggio dei giuristi romani doveva esservi una certa oscillazione terminologica tra le fattispecie usualmente

#### 4. *Stipulatio*

La *stipulatio*, por el hecho de ser un contrato que podía tener el más diverso contenido, pudo también haber sido el medio a través del cual el liberto se habría comprometido con el patrono a no ejecutar una determinada actividad. Sin embargo PROVERA, quien sugiere esta posibilidad<sup>79</sup>, también la desecha por dos razones fundamentales: la primera de ellas, la dificultad que una *stipulatio* de este tipo habría causado en la imposición de la condena por parte del juez en caso de incumplimiento, en la medida en que al tratarse de una obligación consistente en no ejercer determinada actividad la tasación de los daños no habría sido tarea fácil<sup>80</sup>, ante lo cual dice el mismo autor que probablemente en dicho caso se habría introducido una cláusula penal dentro de la misma *stipulatio* para así solucionar tal inconveniente; pero éste no parece haber sido el caso en el fragmento estudiado, pues recordemos que en el párrafo primero del mismo, el jurista indica la forma en que serán tasados los perjuicios en caso de incumplimiento por parte del liberto, lo que demuestra que probablemente no se recurrió a una cláusula penal si es que la obligación proviene de una estipulación. Pero el segundo motivo es aún más concluyente para que no se procediere al uso de la *stipulatio* en la imposición de esta clase de obligación de no competencia y es que el liberto podía alegar la excepción "*si non onerandae libertatis causa promissum est*" cuando la pretensión del *dominus* fuera vejatoria teniendo en cuenta la situación de sujeción en la que se encontraba el liberto en el acto de la manumisión, lo que le restaba efectividad a este mecanismo<sup>81</sup>. Así las cosas, parece poco probable que de haber existido realmente la obligación de no competencia a cargo del liberto conforme al fragmento en cuestión, ella haya tenido origen en una normal *stipulatio*.

#### 5. *Contratos innominados*

La posibilidad de que la obligación de no competencia en el derecho romano haya sido el fruto, además de las *operae iuratae* y *stipulatae*, de los contratos innominados, es a nuestro juicio bastante interesante, pues tal como esta clase especial de contratos en la actualidad da cabida a las más diversas necesidades de la sociedad,

ricondotte alle figure della *locatio* cd. *operarum* e *operis*".

79 PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 798: "Accordi di quel tipo avrebbero potuto essere conclusi, ad esempio, nella forma della *stipulatio*: si trattava, com'è noto, di un contratto formale, suscettibile di un qualsiasi contenuto obbligatorio, naturalmente entro i limiti corrispondenti ai requisiti generali della prestazione dovuta".

80 Ídem: "Anzitutto gioverà premettere che, in pratica, è appena ipotizzabile una *stipulatio* avente per oggetto puramente e semplicemente l'astensione da un'attività commerciale. Infatti, l'*eius* della *condemnatio* della formula dell'*actio incerti ex stipulatu*, riferito al *quidquid dare facere oportet* dell'*intentio*, avrebbe, per la sua eccessiva indeterminatezza, posto in gravi difficoltà il *iudex*, chiamato, in caso di inadempienza del promittente, a valutare in denaro il danno subito dallo stipulante".

81 Cfr. PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 800.

en aquella época también pudieron haber cumplido dicho objetivo<sup>82</sup>, por lo que pudieron haber sido pactados para efectos de fijar esta obligación, incluso también entre las personas libres. De haber provenido de estos, probablemente habrían tenido la forma de un *do ut non facias*, tal como lo pone de presente PROVERA<sup>83</sup>, es decir comprometiéndose una parte a no ejercer cierta actividad para no causarle una disminución de clientela a la otra, que a su vez se obliga a pagar cierto valor como consecuencia de dicha prestación.

#### 6. *Lex Mancipii*

Otra posible fuente de la cual pudo haber emanado la obligación de no competencia en el derecho romano es la de la *lex mancipii*, pues mediante aquella el vendedor interesado en que el esclavo no le hiciera competencia podía pedir al comprador que se comprometiera a impedir el regreso de aquél al lugar en el que el anterior *dominus* desarrollaba su actividad<sup>84</sup>.

Sobre este particular me parece de gran interés un fragmento del *Digesto*<sup>85</sup> en el que se hacía referencia a un esclavo copropiedad de dos *dominus* dedicados a

82 BURDESE. *Manuale di diritto privato romano*, Turín, UTET, 1985, 481: "Per contratti innominati si intendono, per diritto classico, quelle convenzioni obbligatorie che, non rientrando in alcuno dei tipi contrattuali sanzionati da apposite azioni (per lo più civili) proposte nell'albo, trovano sanzione da parte del pretore tramite concessione di azioni *in factum* per lo più decretali, cioè concesse di volta in volta mediante *decretum* senza che alcuna clausola edittale ne contempli la promessa; per diritto giustiniano, quelle medesime, e altre, convenzioni, genericamente sanzionate da un'*actio* detta *praescriptis verbis*".

83 PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 803: "Il semplice patto, com'è noto, non poteva avere efficacia vincolante: ma non altrettanto può dirsi, invece, per un patto implicante la dazione di denaro od altra utilità affinché l'*accipiens* si obbligasse, a sua volta, ad un *dare* o ad un *facere* (o *non facere*). In tale ipotesi, la posizione del *dans* godeva di una adeguata tutela in vista dell'inadempienza della controparte; pertanto lo schema *do ut non facias*, avrebbe potuto prestarsi ottimamente allo scopo di escludere o limitare la concorrenza, posto che, sotto il profilo della liceità della causa, valevano per un accordo di questo tipo gli stessi principi formulati con riguardo alla *stipulatio* (C. 8, 38, 4)".

84 *Ibid.*, 803-804: "Di particolare interesse sembrano pure, dal nostro punto di vista, le c.d. *leges mancipii*, che potevano trovare applicazione in tema di vendita di schiavi, i quali costituivano, com'è noto, un fattore di primaria importanza nell'economia romana. Il trasferimento della proprietà di uno schiavo implicava sovente dei rischi, nel senso che l'acquirente avrebbe potuto sfruttarne la capacità lavorativa in concorrenza con l'alienante. Di qui l'inserzione nella mancipazione di schiavi di particolari clausole, la cui efficacia scaturiva direttamente dall'atto solenne, in conformità dei *verba* pronunciati dal *mancipio accipiens*. Fra tali clausole riveste notevole importanza, in relazione all'oggetto della nostra indagine, quella implicante l'obbligo, per il compratore, di impedire il ritorno del servo nella località o nella zona indicata dal venditore. E se una clausola di questo tipo era normalmente stipulata, come risulta da D. 18, 7, 1 *propter domini securitatem*, si può fondatamente ritenere che alla clausola medesima ricorresse o potesse ricorrere chi temeva atti di concorrenza da parte dell'acquirente dello schiavo".

85 "D. 38, 1, 49 Gaius *libro singulari di Casibus*. Duorum libertus potest aliquo casu singulis diversis operas uno tempore in solidum edere, valuti si librarius sit, et alii patrono librorum scribendorum operas edat, alter vero peregre cum suis proficiscens operas custodiae domus ei indixerit, nihil enim vetat, dum bustodit domum, libros scribere; hoc ita Neratius libris Membranarum scripsit".

actividades económicas diversas, estableciendo que nada impedía que cumpliera prestaciones tanto para el uno como para el otro. Interesante habría sido conocer la opinión de los juristas cuando los copropietarios desarrollaban la misma actividad.

El otro texto que parece poner cierto límite a la libertad de competencia de los libertos en el derecho romano es<sup>86</sup>:

D. 38, 1,45 Idem (Scaevola) *Libro II. Responsorum*. Libertus negotiatoris vestiarii an eadem negotiationem in eadem civitate et eodem loco invito patrono exercere possit? Respondit, nihil proponi, cur non posit, si nullam laesionem<sup>87</sup> ex hoc sentiet patronus<sup>88</sup>.

De conformidad con este texto el liberto de un comerciante en vestidos, tenía la facultad de ejercer la misma actividad mercantil en la misma ciudad e incluso en el mismo lugar<sup>89</sup> contra la voluntad del patrono, mientras que con ello no causara ningún daño a este último. Al confrontarse el contenido de este texto con el fragmento anteriormente analizado (D. 37.14.18), proveniente del mismo jurista, en el que se dice que el patrono no puede prohibir al liberto que ejerza la misma clase de negocios en la colonia en que él lo hace, se tiende a ver una clara contradicción<sup>90</sup> entre ellos debido a que mientras este último no impone ningún límite a la libertad de competencia a favor del liberto, el primero de estos sí, representado por la inexistencia de perjuicio para el patrono, lo que a juicio de

86 Esta vez parece estar de acuerdo con la interpretación hecha por SANTALUCÍA, BONINI. "Recensione critica...", cit., 254, quien afirma: "(mentre andrebbe meglio valutato l'inciso finale 'si nullam-patronus' di un testo di Scevola – D. 38.1.45 – richiamato dal S. a conferma della sua tesi)".

87 Sobre el uso de *laedere* expresa GIOVANNI DE BONFILS. " 'Honores' e 'Munera' per gli ebrei di età severiana", en *Labeo*, 44, 1998, 218, 70: "In D. 50.2.3.3. si trova naturalmente al negativo l'espressione *superstitionem laedere*... Sul termine *superstitio* si è già condotta una analisi nelle pagine precedenti. *Laedere* è frequente in altri testi ulpianei ed una pluralità di oggetti non caratterizzano l'azione espressa in modo tecnico: D. 1.1.10.1. Con la stessa larga latitudine di significato si ritrova il verbo in altri testi della giurisprudenza: Scaevola: D. 2.15.3 (1 dig.); D. 38.1.45 (2 resp.). Pomponius: D. 8.3.20.1 (33 ad Sab.) [...]".

88 D. 38.1.45 ÍD. (Scevola); *Respuestas*, libro II. "El liberto de un comerciante en vestidos podrá ejercer el mismo comercio en la misma ciudad y en el mismo lugar contra la voluntad del patrono? Respondió, que nada se exponía para que no pueda, si ninguna lesión sufiere por ello el patrono".

89 PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 797: "Senonchè, nel caso in esame, il danno era in *re ipsa*, nel fatto cioè che il liberto pretendeva di esercitare lo stesso commercio del patrono non solo nella medesima città, ma addirittura in *eodem loco*, vale a dire ad uscio e bottega con lui".

90 Consideramos que la contradicción no es tan clara como parece, pues realmente en el fragmento D. 38.1.45 no se está diciendo que la limitación de la libertad de competencia del liberto provenga de su patrono, caso en el cual sí sería diferente a la posición expresada en el otro fragmento, por el contrario se dice que el liberto está ejerciendo dicha actividad en contra de la voluntad del patrono, por lo que ésta no interviene acá, de manera que la condición que se fija probablemente tiene otra fuente.

algunos doctrinantes constituye un extraño cambio de visión de parte del jurista<sup>91</sup>. Esto ha llevado a afirmar la presencia de interpolaciones en este texto, reflejadas fundamentalmente en la última frase "*si nullam laesionem ex hoc sentiet patronus*"<sup>92</sup>.

Muy interesante es la posición de RICCOBONO a este respecto, quien ve en el texto en examen la puesta en práctica de un principio cristiano que no estaba presente en el derecho clásico, pero que por el contrario se puede vislumbrar en la recopilación justiniana como consecuencia de las intervenciones hechas por los mismos compiladores en los textos de la jurisprudencia clásica, con el objeto de evitar las contradicciones y sobre todo de hacer consonante tal derecho con los valores que a su juicio eran los apropiados para esa sociedad. Tal principio era el del abuso del derecho<sup>93</sup>, que en D. 38.1.45 tenía por objeto evitar que el liberto abusara de su derecho a ejercer una actividad mercantil en forma libre hasta el punto de causar un perjuicio a su patrono<sup>94</sup>. Recordemos que en la jurisprudencia francesa se recurrió a

91 JUGLAR. *Du rôle des esclaves et des affranchis dans le commerce*, cit., 40 y ss.: "Cette réserve est grave et semble détruire tout ce qui précède, elle est d'autant plus étrange qu'elle émane du même jurisconsulte Scaevola, qui plus haut se prononçait sans réserve pour la liberté du commerce". En este mismo sentido, LAVAGGI. *Nuovi studi sui liberti...*, cit., 81, 1, quien expresa: "Elocuente è per la ragione del contrasto il diverso atteggiamento di Scaevola in D. 38.1.45: '*Libertus negotiatoris vestiarii an eandem negotiationem in eadem civitate et eodem loco invito patrono exercere possit? Respondit nihil proponi cur non possit si nullam...*'. È notevole che il giurista non pensa neppure, a differenza di Alfeno, a ricondurre il divieto di concorrenza alla imposizione di opere e non vede quasi la ragione del dubbio. Non mi sfugge tuttavia la limitazione della chiusa, che è, o mi pare, stranamente vaga e generica". Como podemos notar, a juicio de este doctrinante, SCAEVOLA se separa en forma significativa de ALFENO, con lo que no se encuentra de acuerdo FABRE (*Libertus, patrons affranchis à Rome...*, cit., 325, 67), quien considera: "Position qui a un écho sous l'Empire (D. 37.14.18 *Libertus negotiatoris vestiarii an eandem negotiationem in eadem civitate et eodem loco invito patrono exercere possit? respondit (Scaevola) nihil proponi cur non possit si nullam laesionem ex hoc sentiet patronus*). Contrairement à Lavaggi (*Nuovi Studi*, p. 81 n. 1), nous ne pensons pas que ce texte marque un changement radical par rapport à la position d'Alfenus Varus et Servius: ceux-ci n'éluent pas un refus de la parte des affranchis, alors que Scaevola n'écarte pas, semble-t-il, la possibilité d'une compensation, dans le caso ou le patron serait réellement lésé par la concurrente exercée par l'affranchi".

92 En este sentido, PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 797, quien afirma: "La frase conclusiva di D. 38, 1, 45, mal si concilia, dunque, con la soluzione adottata da Scevola ed appare piuttosto dettata da considerazioni di carattere equitativo, attribuibili a qualche tardo rifacitore dell'opera di quel giureconsulto, se non addirittura ai Giustiniani"; SERRAO. "L'impresa in Roma antica, problemi e riflessioni", cit., 700, 38: "Se però, col Cuiacio (cfr. Dig. ed. Mom.), si ritenesse tale riserva interpolata, a causa del contrasto che crea con D. 37, 14, 18 dello stesso Scevola, sarebbe da pensare che Scevola escludesse qualsiasi limitazione o proibizione ed Ulpiano tendesse ad ammetterle per la concorrenza illecita. I commissari di Giustiniano, con l'inserire la riserva *si nullam laesionem ex hoc sentiat patronus*, avrebbero cercato di sanare il contrasto fra Scevola e Ulpiano valorizzando la posizione di quest'ultimo. Ma rimarrebbe 'intatto', nel sistema della Compilazione, l'altro testo di Scevola (D. 37, 14, 18) nettamente favorevole alla possibilità della proibizione senza riserva alcuna".

93 Reflejado también en otros textos del derecho privado tales como: D. 8.2.10; D. 7, 1, 30; D. 50, 17, 61; D. 39.3.2.10; D. 39, 3, 17, 1.

94 SALVATORE RICCOBONO. "Cristianesimo e diritto privato", en *Rivista di Diritto Civile*, n.º 3, 1911, 53-54: "S'ingiunge al liberto la proibizione di esercitare il commercio nella medesima città in cui traffica il patrono, se ciò leda gl'interessi di quest'ultimo. [...] Or tutte coteste applicazioni discendono da un pensiero unico, direttivo. È sempre la massima ben nota, che spiega la sua forza, la quale suona: *prodesse enim sibi unusquisque dum alii non nocet, non prohibetur*. Ecco dunque

este principio en materia de agencia comercial para efectos de atenuar la aplicación de la *revocatio ad nutum* en dicha materia y que también ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia argentina para resolver los conflictos suscitados en torno al contrato en estudio, el cual continúa siendo atípico en ese ordenamiento.

## B. Licitud o ilicitud de la obligación de no competencia en el derecho romano

Después de haber analizado D. 38.1.26 pr. y D. 38.1.45, los cuales a nuestro juicio impusieron algunos límites a la libre competencia que antes se pregonaba, nos preguntamos ahora sobre la licitud o ilicitud de tales restricciones en el derecho romano.

La solución a esta inquietud depende de la que consideremos sea la fuente de aquellas. Así, por ejemplo, si consideramos que se trataba de una *stipulatio*, es probable que desde el punto de vista del objeto, la obligación de no competencia no fuera considerada ilícita<sup>95</sup> y aunque en principio analizando el fin buscado por las partes se podrían tener ciertas dudas debido a que éste podría recaer sobre la libertad económica, tales dudas son sanadas, a juicio de PROVERA, en la medida en que en últimas el liberto contaba con la excepción "*si non onerandae libertatis causa promissum est*", a la que nos referimos anteriormente, oponible por las solicitudes vejatorias hechas por el patrono, por lo que la existencia de un mecanismo de protección como el mencionado sugiere que acuerdos de este tipo sí eran celebrados y a su vez eran celebrados porque no había una prohibición general dirigida a impedirlos, mucho menos, explica el mismo autor, cuando las partes que estipulaban un acuerdo dirigido a limitar la competencia se encontraban en plano de igualdad. En general, a juicio de este autor, el hecho de que existan fragmentos en los que se demuestre la protección que se daba a la libre competencia en época clásica no significa necesariamente que los acuerdos dirigidos a su limitación fueran de por sí considerados ilícitos o contrarios a las buenas costumbres; en últimas, lo que se quiere poner de presente es que el principio de la autonomía de la voluntad prevalecía frente a aquel de la libertad económica<sup>96</sup>.

Esta situación, sin embargo, parece haber cambiado a partir del periodo posclásico, en el que las autoridades comienzan a ejercer una mayor injerencia sobre los

un principio regolatore di tutto il nuovo diritto; il quale spiega la sua efficacia in una doppia direzione: negativamente come un limite intrinseco nell'esercizio del diritto, in quanto il titolare non può fare nemmeno quel che gli giova, se ciò arreca danno ad altri; positivamente come germe di nuove facoltà concesse ai terzi sull'altrui dominio".

95 Así lo considera PROVERA, quien afirma: "È senz'altro da escludere che la promessa di astenersi da una data attività commerciale potesse essere ritenuta illecita dal punto di vista dell'oggetto" ("*Visuali romanistiche in tema di Patti...*", cit., 798).

96 PROVERA. "*Visuali romanistiche in tema di Patti...*", cit., 797-798: "Una volta accertato che il diritto romano cercò di garantire nel modo più ampio possibile la libertà di concorrenza, si sarebbe tentati di dedurre, come del resto qualcuno ha fatto, che eventuali accordi stipulati per limitarne l'esercizio erano senz'altro ritenuti nulli per illiceità dell'oggetto o della causa. Ma tale deduzione è, a nostro avviso, sicuramente errata".

actos celebrados por los particulares, imponiendo entonces ciertas limitaciones a la autonomía privada, cuando por medio de ésta se llegara a alterar el nuevo orden social, como por ejemplo tratándose de los pactos de no competencia, algunos de los cuales podían ser considerados ilícitos cuando hubiesen sido pactados en perjuicio de la parte económicamente más débil, dando lugar en ocasiones a su nulidad o a la imposición de una pena, tal como nos lo indican dos fragmentos de esa época C.4,59,1 y 2<sup>97</sup>.

De opinión contraria es SCHILLER, quien fundamenta su posición en la premisa contenida en el siguiente fragmento:

D. 45,1,26 ULPIANUS libro XLII. ad Sabinum: "Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momento"<sup>98</sup>.

Sin embargo, nosotros compartimos la afirmación de PROVERA conforme a la cual este pasaje no es suficiente para considerar que las estipulaciones dirigidas a limitar la competencia eran por antonomasia ilícitas<sup>99</sup>, y consideramos que una razón adicional para separarnos de la posición de SCHILLER radica en que por medio de este pasaje sólo se estaría explicando la ilicitud de la *stipulatio* dirigida a tal fin, mas no el recurso a otros mecanismos como los mencionados atrás al tratar el tema de las fuentes en las que podía tener origen esa obligación.

### C. Condena por el incumplimiento de la obligación de no competir

La segunda pregunta que le hacía probablemente el discípulo ALFENO a su maestro SERVIO en el fragmento D. 38.1.26.1 era precisamente el valor por el cual debía ser condenado el liberto que no hubiese cumplido la solicitud del patrono consistente en acompañarlo en el ejercicio de la actividad médica y adicionalmente en abstenerse a desarrollarla por su propia cuenta para evitar la sustracción de la clientela. Ante esta pregunta respondió SERVIO diciendo que sólo tendría el patrono derecho a los perjuicios que habría sufrido como consecuencia de las obras no ejecutadas

97 *Ibíd.*, 813: "Di tale nuova valutazione, implicante una sanzione di nullità od anche l'irrogazione di una pena, è rimasta traccia cospicua nel codice giustiniano, in cui risultano inserite due successive costituzioni degli imperatori Leone e Zenone le quali, oltre a punire severamente chi avesse osato *monopolium exercere*, prevedono altresì la nullità di un particolare patto di non concorrenza, stipulato fra impresai edili ed implicante l'impegno, da parte di ciascuno di essi, di non assumere l'esecuzione di lavori già iniziati da un altro".

98 D. 45.1.26 ULPIANUS; *Comentarios a Sabino, libro XLII*: "Sabemos que en general son de ningún valor las estipulaciones torpes".

99 PROVERA. "Visuali romanistiche in tema di Patti...", cit., 797-798, 16: "Schiller, *Restraint* cit., p. 235, che si limita a richiamare, a dimostrazione delle propria tesi, la máxima ulpiana riportata in D. 45, 1, 26: 'Generaliter novimus...'. Ma, a nostro avviso, non è affatto detto che le stipulazioni dirette a limitare o ad escludere la concorrenza fossero senz'altro considerate *contra bonos mores*".

por el liberto, mas no por las cifras que habría obtenido como consecuencia de su abstención<sup>100</sup>.

Tal como lo enunciamos, esta es una de las razones que permiten a los doctrinantes que han analizado el fragmento afirmar que éste no contenía una obligación de no competencia sino simplemente una obligación de hacer *operae*, pues se estaba condenando sólo por aquello que representaba el valor de las segundas. Se preguntará entonces si no es posible encontrar la razón de ser de tal solución en la dificultad que habría representado para el jurista romano tasar los perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación negativa, ante lo cual encontramos un fragmento en el que se hace referencia a la obligación por parte del *conduttore* de pagar la *merce* por toda la duración del contrato, incluso cuando por causa a él no imputable el *locator* no hubiese prestado su propia actividad de trabajo<sup>101</sup>, no obstante lo cual, el contenido del fragmento no se opone a nuestra duda porque en este caso no se trata de una obligación de no hacer impuesta por un contratante y en segundo lugar porque no se debe hacer ninguna tasación debido a que se trata del valor de la *merce* estipulada en el contrato de *locatio conductio operarum*. Así las cosas, no podemos decir con seguridad si la decisión tomada por el jurista corresponde a un criterio de justicia o si, por el contrario, se trata de una solución práctica dirigida a solventar las dificultades que una tasación por los perjuicios derivados del incumplimiento que una obligación de no hacer implicaría.

Lo que sí es cierto es que dicho aspecto resulta de vital interés para nuestro derecho actual, pues tratándose del contrato de agencia comercial, recordemos que en la directiva comunitaria 86/573 se previó la posibilidad para cada uno de los países miembros de tener en cuenta la estipulación del pacto de no

100 En este sentido, CARDILLI. *La nozione giuridica di fructus...*, cit., 123: "La seconda domanda posta al maestro verte, invece, sul problema della *condemnatio pecuniaria* nel caso in cui il liberto non abbia adempiuto alla prestazione promessa di *operas dare*. A riguardo è centrale la nozione di *fructus ex illorum operis* sulla quale si fissa il *quantum* della condanna. Da quest'ultimo, invece, è escluso il vantaggio indiretto (*commodum*) che il *medicus* avrebbe conseguito per l'*incommodum* dato ai liberti, se gli avesse esplicitamente vietato di esercitare l'arte medica per loro conto"; igualmente LAVAGGI. *Nuovi studi sui liberti...*, cit., 80-81: "Quid, egli si domanda infatti subito dopo, se il liberto rifiuta in concreto di prestare quest'opera e vada in spregio al divieto praticando la medicina? Che *aestimatio* bisogna dare di essa il giorno in cui il patrono si fa a promuovere il *iudicium operarum*? La risposta suona: '*quantum ex illorum operum fructus, non quantum ex incommodo dando illis, si prohiberet medicinam facere, commodum patronus consecuturus esset*'. Ai fini della condanna si deve cioè tener conto del vantaggio diretto che a lui sarebbe derivato dalla *positiva* prestazione da parte del liberto dei servizi veduti – seguirlo e non fare il medico – ma non del vantaggio *indiretto* che l'astensione del liberto dall'attività professionale avrebbe potuto procurargli, acrescendo o non diminuendo la sua clientela. Il patrono sarà risarcito del pregiudizio che gli può provocare l'andare attorno senza shiera di liberti e senza aiutanti idonei, siccome esperti nell'arte, ad assisterlo, ma dello sviamento della clientela, della concorrenza - ed è essenziale – il liberto non risponde già".

101 BURDESE. *Trattato di diritto privato romano*, Turín, UTET, 1987, 467, explicando D. 19.2.38 pr.-1, D. 19.2: "Il locatore risponde nei limiti del dolo e della colpa, il conduttore è obbligato egualmente al pagamento della mercede, per tutta la durata del contratto, anche quando, per causa a lui non imputabile, il locatore non ha prestato la propria attività di lavoro, nei limiti in cui non abbia nel frattempo ricevuto mercede da altro conduttore".

competencia posterior al contrato de agencia comercial para efectos de calcular el valor de la indemnización de clientela<sup>102</sup>, lo que significa que a juicio de los juristas actuales esta privación a la libertad de competencia constituye un costo que puede ser calculado y pagado, esto desde el punto de vista del agente; pero igualmente desde el punto de vista del agenciado dicha obligación de no hacer puede también constituir un valor generalmente representado por la cláusula penal pactada en razón de su incumplimiento y aunque en este caso la presencia de la tasación anticipada de perjuicios facilita las cosas, esto no significa que existan muchos otros casos en los que ésta no sea prevista y por ende sea necesario hacer un avalúo posterior<sup>103</sup>.

En conclusión, dando por hecho que el fragmento D. 38.1.26 pr. contiene una obligación de no competencia de origen probablemente convencional, éste explicaría en el derecho actual la obligación de no competencia del agente respecto del agenciado, como consecuencia, por una parte, del principio de confianza del patrono en el liberto y por otra, en algunas ocasiones, de los conocimientos adquiridos por el liberto gracias al patrono.

El fragmento D. 38.1.45 no nos aporta un dato diverso, porque en él podríamos ver reflejada también una obligación de no competencia, esta vez no de origen convencional, sino tal vez de carácter legal a favor del agenciado y no del agente cuyo contenido se fundamenta en el principio del abuso del derecho, tal como en el derecho actual no se puede abusar de la posición dominante para efectos de restringir la competencia en el mercado<sup>104</sup>.

Incluso, podríamos decir que el antecedente hallado en las fuentes romanas explicaría a la perfección la obligación de no competencia posterior a la terminación del contrato, porque una de las razones que incitan a una convención de este tipo, tal como lo hemos dicho en varias ocasiones, es indudablemente toda la información conocida por el agente como consecuencia del contrato, de la cual podría hacer provecho en total perjuicio de su agenciado<sup>105</sup>.

Sin embargo, la presencia de un antecedente del pacto de no competencia a favor del agenciado y a cargo del agente en el derecho romano no nos permite, en cambio, explicar la exclusividad en este caso, como tampoco la de aquella exigida al agenciado a favor del agente, pues recordemos que mientras en el primer caso lo que se procura a través de este mecanismo, como su nombre lo indica,

102 Directiva Comunitaria 86/573 artículo 17, numeral 2, literal a, inciso 2.º.

103 En este sentido el código civil colombiano dispone una norma general de las obligaciones de no hacer, en la que consagra el art. 1612: "Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho [...]".

104 El artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 expedido en Colombia consagra el abuso de posición dominante como una forma de restringir la competencia.

105 Sobre el secreto empresarial en el derecho romano y los posibles mecanismos de protección, véase el interesante estudio de ARTHUR SCHILLER. "Trade Secrets and the Roman Law", en *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, vol. IV, Palermo, 1934.

es que el agente no ejerza la misma actividad en competencia con su agenciado, las segundas en cambio están dirigidas a proteger, en el caso de la exclusividad a cargo del agente y a favor del agenciado, a este último ante la posible desviación de clientela provocada por un tercero con la colaboración de su agente y cuando se trata de la exclusividad a favor del agente y a cargo del agenciado, a estimular el desarrollo de su actividad por el privilegio consistente en ser el único, dentro de determinado territorio o sector, que desempeñe dicha actividad.

### III. CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

En el literal anterior nos remitimos a la relación entre los patronos y sus libertos para efectos de determinar los principios que habrían podido regir la obligación de no competencia entre ellos, y precisamente analizamos dicha relación y no otra porque sólo en ella encontramos un posible antecedente de la obligación en cuestión. Tratándose de las obligaciones como consecuencia de la terminación del contrato de agencia comercial, no hay duda alguna de que el tratamiento que recibió por parte de la jurisprudencia francesa cuando el contrato aún no había sido tipificado e incluso después de su tipificación corresponde en gran parte, tal como ellos lo reconocen, a la disciplina de la terminación del contrato de mandato, aunque con algunas variaciones; igualmente, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia italianas recurrió en cierto momento a la figura del mandato para regular el contrato de agencia comercial, razón por la cual a continuación nos proponemos estudiar cómo era esta disciplina en el derecho romano.

Habrá quien en este punto se esté cuestionando sobre la razón por la cual se hace uso de fuentes del derecho romano provenientes de relaciones diversas, para ser analizadas a la luz de una misma figura contractual cual es la del contrato de agencia. A lo cual responderemos diciendo, en primer lugar, que así como quedó dicho antes el contrato de agencia comercial es un contrato en el que confluyen elementos provenientes de diversas figuras contractuales típicas en la mayoría de ordenamientos jurídicos, por lo que no hay motivo para juzgar inconveniente el recurso, en este caso, a fuentes correspondientes a instituciones separadas; y en segundo lugar, porque no obstante la gran diferencia entre estas relaciones, una del derecho de personas y la otra de las obligaciones, ésta es aparente, pues ambas podían constituir una relación de gestión cuando el acuerdo de las partes estaba dirigido a esto<sup>106</sup>, como por ejemplo cuando el patrono le daba al liberto un encargo consistente en la venta de una cosa<sup>107</sup>.

106 BETTI. *Istituzioni di diritto romano...*, cit., 267: "L'accordo delle parti può avere di mira una cooperazione gestori, ossia la gestione di un affare nell'interesse altrui, dietro incarico dell'interessato".

107 Como por ejemplo en el caso de los *institores*. En vía analógica dice VICENZO ARANGIO RUIZ. *Il mandato in diritto romano*, Nápoles, Jovene, 1965, 186: "Un caso del quale possiamo fare a meno di occuparci è quello della 1.5 § 4, ove l'incarico di vendere non si è incorporato in un contratto di

Una razón adicional para que el recurso a estas dos relaciones, mandato y relación liberto-patrono, tenga lógica está en la *fides* presente en ambos casos<sup>108</sup>.

Según nos lo indican las fuentes doctrinarias, lo que permitió a la jurisprudencia francesa hacer uso de las normas del mandato para dar unas reglas al contrato de agencia comercial estriba en la separación del primero, de su anterior principio de la gratuidad<sup>109</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio, y tal como lo referimos anteriormente, la motivación, más que en esto, se encuentra en la consensualidad de ambas figuras, tanto de la agencia como del mandato, trayendo este último la comentada característica del mismo derecho romano<sup>110</sup>.

Antes de continuar nos parece en todo caso necesario poner de presente que la explicación del contrato de agencia comercial trámite el contrato de mandato no era compartida por todos los doctrinantes que hicieron parte de la discusión en torno a la tipificación del contrato en estudio. Una de las opiniones más interesantes en dicho sentido es la de ZANELLI, quien explicaba la razón de su oposición afirmando que la escisión de la representación de los negocios jurídicos a los cuales había estado inicialmente vinculada, como consecuencia de la doctrina elaborada por la pandectística en esta materia, dándole el carácter de figura autónoma e independiente respecto de las otras, produjo un distanciamiento del contrato de mandato de sus orígenes romanistas en los que la representación indirecta era aquella que regía las relaciones entre *pater* y sus *fili* o entre el *dominus* y sus *servi* en la medida en que los subordinados al *dominus* o *pater* lo vinculaban por medio de sus actos<sup>111</sup>. En esta medida afirma el mismo autor que percibe una mayor coincidencia entre el instituto de la *agency* del *common law* y los antecedentes del derecho romano, puesto que en el mismo no hay esa neta separación y se ve actuada en mejor forma la representación indirecta. Como consecuencia de lo anterior, continúa este doctrinante, la responsabilidad a cargo del principal por el hecho ilícito del agente en la relación de *agency* del *common law* también refleja en mejor forma el antiguo derecho romano<sup>112</sup>.

mandato ma è stato conferito nell'esercizio del potere domestico su uno schiavo: è questo uno dei tanti luoghi delle fonti (già varii ne abbiamo incontrati in questo nostro corso) nei quali i rapporti interni della famiglia sono avvicinati in via analogica a quelli di mandato e di gestione".

108 Sobre la fidelidad existente en el contrato de mandato, BETTI. *Istituzioni di diritto romano...*, cit., 267: "[...] è questo un altro rapporto, nel quale si accentua, come nella *societas*, l'elemento personale e la fedeltà dovuta dalla persona alla persona: con la differenza che qui non si tratta di una impresa comune, alla quale le parti siano del pari interessate, ma di un affare che appartiene alla sfera d'interessi del mandante e al suo interesse deve rispondere: affare altrui, pertanto, ancorchè possa concorrervi un interesse della persona incaricata".

109 PARDOLESI. *I contratti di distribuzione...*, cit., 114.

110 BETTI. *Istituzioni di diritto romano...*, cit., 267: "Il *mandatum*, che a questo fine si conclude, è fonte di una *obligatio consensu contracta*, giacchè nella concezione romana esso configura un tipico assetto d'interessi (§ 150), idoneo a giustificare un *vinculum iuris*".

111 Cfr. ZANELLI. *Storia e teoria del rapporto di agenzia...*, cit., 212.

112 *Ibid.*, 217: "E, ancora una volta, l'affinità tra diritto romano e *common law* è maggiore che non tra diritto romano e diritti continentali moderni di derivazione romanistica: la *vicarious liability* è

Así las cosas, ZANELLI consideró en ese momento de ardua discusión doctrinal en torno a la naturaleza jurídica que debía ser asignada a la agencia comercial, que la misma debía ser comprendida dentro del género de los contratos de prestación de obra, puesto que desde su configuración inicial, a esta relación le fue extraña la representación directa así como también lo era en la organización social de la familia romana, concluyendo entonces que la agencia tendría más cosas en común con la *agency* del *common law* que con el mismo mandato del sistema jurídico romano-germánico<sup>113</sup>.

### A. Revocación del mandato por parte del mandante

Del análisis de varios fragmentos se extrae el derecho del mandante a revocar el contrato de mandato. La primera de ellas es:

*Instituta Gaio*<sup>114</sup> (III.159). Sed recte quoque consummatum mandatum si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit<sup>115</sup>.

*agency in tort* per gli stessi motivi di organizzazione sociale (rilevanza del rapporto *master-servant*, e sostanziale – se non giuridica – irresponsabilità patrimoniale dei sottoposti nella società inglese dei secoli trascorsi) per i quali nella società romana le azioni nossali non sono che un altro aspetto della *necessaria* rappresentanza indiretta patrimoniale del *dominus* attuata da *fili* e *servi*. La nostra concezione moderna della rappresentanza, elaborata prescindendo invece da concetti organizzativi, è più restia ad avvertire ogni possibile collegamento con il fenomeno della responsabilità oggettiva per il fatto dei commessi, e forse non casualmente solo qualche vecchio autore, come il Chironi, ha collocato la responsabilità vicaria nell'ambito della rappresentanza: ma prima che le successive raffinate elaborazioni di quest'ultima nozione facessero considerare superata (come si ritiene correntemente) quella posizione".

113 *Ibíd.*, 172: "Ma l'accento – non meramente simbolico, come si diceva all'inizio di questa trattazione- alla componente servile del rapporto di agenzia, si rivela curiosamente significativo, a ben vedere, anche con riguardo all'altra caratteristica imposta dagli sviluppi moderni al nostro ausiliario, poichè tipica dell'organizzazione sociale (della *familia*) romana era anche l'irrelevanza, o meglio l'estraneità ad essa, della rappresentanza (diretta) in senso moderno, in quanto nella sfera giuridico-patrimoniale del *paterfamilias* si riversavano gli effetti dei negozi giuridici compiuti dalle *personae alieni iuris* in sua potestà (sottoposti liberi e schiavi), da cui era in sostanza automaticamente rappresentato: come dire che per il *dominus* agiva appunto un...rappresentante senza poteri di rappresentanza, che era poi normalmente il *servus*. Mi affretto ad aggiungere che questa descrizione risente della schematizzazione inevitabile quando si voglia cogliere nella fissità di una soluzione, spesso contestata e discussa dagli interpreti, un momento della lunga e complessa evoluzione giuridica romana; ma in ciò che ho detto finora non vi sono che dati di fatto, e quanto alle costruzioni sistematiche che del fenomeno possono offrirsi, dovrò tornare in seguito sull'argomento. È vero poi che, nella sistematica moderna, o l'agente è rappresentante o non lo è, e quindi il parallelo con il meccanismo degli effetti rappresentativi indiretti descritti nelle fonti romane può sembrare ridursi a un richiamo di allusiva e dubbia validità".

114 SCHULZ. *Storia della giurisprudenza romana...*, cit., 283: "Due opere elementari di Gaio sono note: i quattro libri delle *Istituzioni* e i sette delle *Res cottidianae*. a) *Istituzioni*. Sono della più grande importanza, per essere la sola opera classica che è giunta a noi quasi completa. Nella sua delimitazione della materia e nel suo ordine degli argomenti, essa mostra una volta ancora l'influenza del *ius civile* di Q. Mucio. Essa non si limita al *ius civile* nel senso più stretto, ma tiene conto anche del *ius honorarium*, sebbene solo in quanto quest'ultimo sia intimamente connesso col *ius civile* [...]"

115 MARCO BALZARINI. *Le Istituzioni di Gaio*, traduzione italiana, Turín, Giappichelli, 2000, 148 (III, 159): "Anche il mandato contratto correttamente si estingue per revoca effettuata quando la

En este caso se está consagrando el derecho del mandante a revocar el mandato *res integra*, lo que significa, antes de comenzar su ejecución por parte del mandatario<sup>116</sup>. Se preguntará entonces si esa era la única forma en que podía el mandante revocar el mandato, pues parecería extraño que el mandante siendo el principal interesado en el contrato, no pudiera revocarlo cuando habiendo éste tenido inicio por parte del mandatario, el mandante hubiese perdido la confianza en aquél<sup>117</sup>. Pues bien, hay dos textos también pertenecientes a la jurisprudencia clásica, que nos atestiguan algunos casos en los cuales el mandante pudo revocar el contrato después de que éste había comenzado a desarrollarse:

D. 17.1.15 (Paolo, 2 ad Sab.). Si mandassem tibi, ut fundum emeris, postea scripsissem, ne emeris, tu, antequam scias me vetuisse, emissem, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum<sup>118</sup>.

De conformidad con este pasaje, el mandante podía revocar el mandato incluso después de la ejecución de éste por parte del mandatario, siempre y cuando dejara a este último indemne por los perjuicios que habría podido sufrir, constituyendo ésta una aplicación clara del principio de la buena fe. A juicio de ARANGIO RUIZ, hay un pregunta que queda en el aire como consecuencia de lo consagrado en este pasaje referida a la eficacia de la revocación del contrato por parte del mandante antes de que ésta haya sido comunicada al mandatario, no obstante que ella debe ser entendida como una declaración unilateral recepticia, fundando de esta manera sus dudas sobre la parte final del texto<sup>119</sup>. Honestamente no entendemos el motivo de la duda, puesto que el contrato se entiende extinguido cuando el mandante comunica al mandatario la noticia de su revocación, sólo que como el negocio

situazione era ancora immutata".

116 ARANGIO RUIZ. *Il mandato in diritto romano...*, cit., 134: "Il requisito della *res integra* (che cioè il mandato non sia ancora stato eseguito)".

117 PHILIPPE MEYLAN. *Révocation et renonciation du mandat*, 466: "Le propos de Gaius n'est ici nullement la révocation comme telle, et c'est bien à tort qu'on lui imputerait d'avoir dénié au mandant le droit de révoquer en cours d'exécution. Ce droit découle naturellement de ce qu'il est le maître de l'affaire et qu'il doit pouvoir la reprendre à tout moment, sous réserve de ce que le mandataire a fait et des indemnités auxquelles il peut prétendre".

118 D. 17.1.15. "Si yo te hubiese mandado, que compraras un fundo, y después te hubiese escrito, que no lo compraras, pero tú lo hubieses comprado antes que supieras que yo lo había prohibido, te estaré obligado por la acción de mandato, para que no sufra perjuicio el que acepta el mandato".

119 ARANGIO RUIZ. *Il mandato in diritto romano...*, cit., 134: "Ma, a parte che il requisito dell'*integra res* è affermato da Gaio a tutte lettere, la dichiarazione di revoca, per unilaterale che sia, è indubbiamente una manifestazione recettizia di volontà, e non sembra dunque fondata l'opinione che essa produca il suo effetto estintivo prima che il mandatario ne abbia notizia. Quella frase finale, del resto, dove a un mandatario vivacemente rappresentato con la seconda persona si sostituisce l'astratto *is quis suscipit* (perchè non *suscepit*) *mandatum*, appare anche stilisticamente sospetta".

ya había sido ejecutado, el mandatario tiene derecho a que le sean resarcidos los perjuicios que sufrió por esto<sup>120</sup>.

El otro texto que confirma la facultad de revocar unilateralmente el contrato por parte del mandante es:

D. 17.1.12.16 (Ulpian 31 ad ed.). Si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero, an sit mandati actio vel mihi, vel heredi meo? Et ait Marcellus, cessare mandati actionem, quia extinctum est mandatum finita voluntate; quodsi mandaveris exigendam, deinde prohibuisti, exactamque recepisti, debitor liberabitur<sup>121</sup>.

Este texto se concentra fundamentalmente en los efectos frente a terceros ante la revocación del contrato de mandato ya ejecutado, estableciendo que en el caso en que el mandato haya consistido en cobrar una suma de dinero al deudor y este último hubiese pagado, no obstante la revocación del mandato, el deudor se considera liberado de la obligación. Este caso, como lo dice de nuevo ARANGIO RUIZ, representa una aplicación del principio de *bona fides*<sup>122</sup>.

Así las cosas, quedaría claro que el mandante tiene derecho a revocar ya sea antes de la ejecución del contrato o después, caso en el cual deberá indemnizar al mandatario por los perjuicios que le hubiere causado. Sin embargo, WATSON expresa cierta inquietud en torno a la anterior deducción debido al contenido de:

D. 17.1.30 (*Iulianus libro XIII Digestorum*). Si hominem tibi dederō, ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an mandati agere possim, si tu eum manumiseris? Respondi: si procurator iustam causam habuit interpellandam manumissionem servi, quem in hoc solum acceperam, ut manumitterem, veluti si compererit, eum postea falsas rationes econferuisse, insidias vitae prioris domini struxisse, tenebor, nisi denuntiationi procuratoris parvero; si vero nulla iusta causa procuratori

120 Ídem: "In ogni modo, il requisito della *res integra* non toglie al mandante la libertà d'azione nel tempo successivo all'inizio dell'adempimento. Avendo il solo fine di tutelare le pretese maturatesi nel mandatario che abbia posto mano all'esecuzione, il requisito in parola si riduce all'esigenza che il mandatario sia tenuto indenne di ogni spesa fatta e di ogni obbligazione contratta verso terzi". Así también lo afirma BETTI (*Istituzioni di diritto romano...*, cit., 287 y ss.), quien expresa: "[...] evidentemente qui, la tutela del mandatario, esige che si ammetta l'ulteriore efficienza del mandato, del quale non gli era stata resa nota la revoca; e ciò, riconoscendo una obligatio e di conseguenza l'esperabilità di una actio mandati contraria, in dipendenza dalla gestione pure avvenuta dopo la revoca, a tutela della *bona fides* di esso mandatario".

121 De. 17.1.12.16. "Si yo hubiere mandado que se cobre dinero, y después cambiare de voluntad, ¿me competará a mí, o a mi heredero, la acción de mandato? Y dice Marcelo que deja de haber la acción de mandato, porque se extinguió el mandato acabada la voluntad; pero si hubieres mandado que se cobre, y después lo prohibiste, y recibiste el cobrado, quedará libre el deudor".

122 ARANGIO RUIZ. *Il mandato in diritto romano...*, cit., 134: "Anche di fronte ai terzi il rispetto dovuto alla *fides bona* fa sì che, ove non siano al corrente dell'avvenuta revoca, l'atto compiuto in conformità della procura che era a loro conoscenza sia compiuto validamente".

fuit denunciandi, ne servus manumitteretur, non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem cum perduxerim<sup>123</sup>.

Pues aparentemente en este texto se estaría limitando el derecho del mandante a revocar el contrato de mandato, dudas que al final disipa teniendo en cuenta que el fragmento en cuestión realmente se refiere a la figura de la *fiducia* y no a aquella del mandato<sup>124</sup>.

## B. Renuncia del mandato por parte del mandatario

El hecho de que GAYO no se haya referido a la facultad de renunciar por parte del mandatario en el fragmento en que fijaba la revocación del mandante suscita dudas sobre la posibilidad de que la primera fuera también reconocida en el derecho romano clásico. Esto ha llevado a que la doctrina se divida entre aquellos que consideran que la facultad de renuncia del mandatario no existía para la época de GAYO<sup>125</sup> y en aquellos que consideran que sí<sup>126</sup>. Sin embargo, se le atribuye a GAYO la autoría de otro fragmento introducido por los compiladores en el *Digesto*, que también se refiere a la materia. Este es:

D. 17.1.27.2 (*Gaius 9 ad ed. prov.*). Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet, alioquin quaanti mandatoris intersit, damnabitur; si vero intelligit, explere se id officium non posse, id ipsum, quum primum poterit, debe mandatori nuntiare, ut is, si velit, alterius opera utatur; quodsi, quum possit nuntiare, cessaverit, quanti mandatoris intersit, tenebitur; si aliqua ex causa non poterit nuntiare, securus erit<sup>127</sup>.

123 D. 17.1.30. JULIANO; *Digesto*, libro XIII. "Si yo te hubiere dado un esclavo para que lo manumitieses, y después mi procurador hubiere prohibido que lo manumitieses, ¿podré ejercitar la acción de mandato, si lo hubieres manumitido? Respondí: si el procurador tuvo justa causa para impedir la manumisión del esclavo, que para esto solo lo había yo recibido, para manumitirlo, por ejemplo, si aquél hubiere averiguado que este formalizó después cuentas falsas, ó tramó acechanzas contra la vida de su anterior dueño, estaré obligado, si yo no hubiere atendido al aviso del procurador; pero si el procurador no tuvo justa causa para intimar que no fuese manumitido el esclavo, no podrá ejercitarse acción contra mí, aunque yo le hubiere puesto en libertad."

124 ALAN WATSON. *Contract of Mandate in Roman Law*, Scientia Verlag Aalen, 1984, 70-71: "The text, as it stands, would seem to fetter the mandator's right to revoke. But it has been pointed out that originally it did not deal with *mandatum*, but *fiducia*. This is proved, firstly, by the fact that Julian in this book dealt with *fiducia* and only reached *mandatum* in book 14, and secondly, by the very mutilated Vatican Fragment 334a which seems to be the same text, and certainly gives the *actio fiduciae*. (This last-mentioned text does not qualify the procurator's right to revoke, but this may only be because of the mutilated state of the text.)"

125 *Ibid.*, 75: "In the time of Gaius, as can be seen from the direct evidence of D. 17.1.27.2 and by implication from his silence in G. 3.159, the theoretical position was that the mandatary could not renounce". Más adelante aclara que sólo la imposibilidad excusaría el incumplimiento.

126 Así por ejemplo, ARANCIO RUIZ. *Il mandato in diritto romano...*, cit., 136 y ss., quien afirma: "Comunque, per quante glosse postclassiche possano essersi introdotte in Paolo e nel commentario *ad edictum provinciale*, il principio della *renuntiatio* è indubbiamente classico".

127 D. 17.1.27.2. GAYO; *Comentarios al Edicto provincial*, libro IX. "El que aceptó un mandato, si puede

Se preguntará entonces, a la luz de este fragmento, si el derecho a renunciar por parte del mandatario era ya reconocido en el derecho clásico y en caso afirmativo, bajo qué condiciones. Pues bien, a juicio de algunos estudiosos, este pasaje no parece consagrar concisamente el derecho en cuestión a favor del mandatario, pues es enfático al decir que quien aceptó un mandato no debe abandonarlo, posición que se confirma según aquellos con la ausencia de una referencia en este sentido dentro del texto de las *Instituciones*<sup>128</sup>. Otros, por el contrario, no tienen dudas al respecto, lo que los lleva, en contraposición a los anteriores, a conjeturar la posible manipulación del texto de las *Instituciones*, en el que probablemente se habría encontrado también el derecho del mandatario a renunciar<sup>129</sup>. Hay doctrinantes que no están de acuerdo con esta última afirmación<sup>130</sup>, aspecto sobre el cual volveremos al hablar de las posibles fuentes que pudo haber tenido en consideración JUSTINIANO para reconocer el derecho de renuncia del mandatario.

A nuestro juicio, sea en forma concisa o no, se puede distinguir en el fragmento en cuestión el derecho del mandatario a renunciar el contrato de mandato, ya sea porque no pueda cumplirlo o porque pudiendo hacerlo decide abandonarlo, pero ambas renunciaciones, sin importar su razón, deben ser, al igual que la revocación por parte del mandante, *res integra*, es decir, mientras el mandante tenga la posibilidad de asignar el encargo a otra persona, lo que explica, a nuestro juicio, el carácter tempestivo que también la caracteriza en el sentido de hacerla a la mayor brevedad posible para evitar que la *res* deje de ser *integra* y que por ende se vea obligado a responder por los perjuicios que con su demora haya causado al mandante<sup>131</sup>.

cumplirlo, no debe abandonar el servicio prometido, y de lo contrario, será condenado en cuanto importe al mandante; pero si entiende que no puede cumplir él aquel encargo, debe manifestarle esto mismo al mandante, cuando antes pudiere, para que, si quisiera, utilice los servicios de otro; pero si pudiendo hacérselo saber, hubiere dejado de hacerlo, quedará obligado por cuanto importe al mandante; mas si por alguna causa no pudiere hacérselo saber, estará exento de obligación."

128 WATSON. *Contract of Mandate in Roman Law*, cit., 72: "The whole tenor of this passage, especially the use of the word *promissum*, suggests that the *mandatum* is *integrum*, and it says that the mandatary must not (*non debet*) abandon the duty he undertook. Prima facie, it does not give the mandatary a right to renounce. That this is, in fact, Gaius' attitude is borne out by the fact that in the *Institutes* (especially 3.159) he does not give renunciation by the mandatary as one of the ways in which mandate is terminated". No obstante lo anterior, éste autor parece aceptar que para la época de Paolo la renuncia del mandatario era posible siempre que fuera *res integra*, 76: "Only in the time of Paul, therefore, did the mandatary have a complete freedom, *re integra*, to renounce. It is worth noting that even then Paul did not state it as a general principle but only as a qualification to the rule that the mandatary must carry out the mandate".

129 ARANGIO RUIZ. *Il mandato in diritto romano...*, cit., 136 y ss.: "Evidentemente, la frase che ritroviamo pressocchè tal' e quale in bocca a Paolo ed ai giustinianeî risaliva ad un vecchio autore, per esempio ad un Sabino o ad un Labeone; e in quest'ordine d'idee non è assurda la congettura che si trovasse pure nell'originale delle Istituzioni di Gaio, dove è una marchiana ineleganza l'assenza di qualsiasi accenno al recesso unilaterale *ex parte aius cui mandatum est*".

130 MEYLAN. *Révocation et renonciation...*, cit., 467, quien dice: "Il faut donc abandonner l'idée que Gaius faisait dans ses *Institutes* une place à la renonciation du mandataire".

131 En este sentido ARANGIO RUIZ. *Il mandato in diritto romano...*, cit., 136 y ss.: "[...] e classica è la

En todo caso, señala el fragmento que el mandatario quedará eximido de la responsabilidad de resarcir los perjuicios que haya causado al mandante cuando habiendo tenido que dar aviso de la renuncia no hubiera podido hacerlo por un justo motivo<sup>132</sup>.

El derecho a renunciar por parte del mandatario sería confirmado en:

D.17.1.22.11 (*Paulus libro xxxii. ad Edictum*). Sicut autem liberum est, mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet, nisi renuntiatum sit. Renuntiarum autem ita potest, ut integrum ius mandatori reservetur vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi, aut si (1) redundet in eum captio, qui suscepit mandatum. Et quidem si is, cui mandatum est, ut aliquid mercaretur, mercatus non sit, neque renuntiaverit, se non emturum, idque sua, non alterius culpa fecerit, mandati actione teneri cum convenit; hoc amplius tenebitur, sicuti Mela quoque scripsit, si eo tempore per fraudem renuntiaverit, quum iam recte emere non posset<sup>133</sup>.

Una diferencia notable entre este texto y el anterior es que no parecen distinguirse los motivos de la renuncia, es decir, no se dice que aquella debe ser consecuencia de la dificultad de cumplimiento por parte del mandatario, como sí se hacía en el texto anterior, en el que recordemos que se expresaba que el mandatario, dándose cuenta de no poder cumplir el encargo, debía comunicar su renuncia al

regola per cui la rinuncia dev'essere tempestiva, comunicata cioè al mandante in tempo perchè egli possa provvedere da sè o mediante l'opera di altro mandatario". Por su parte, BURDESE (*Recepciones librorum*, Hannu Tapan Klami, *Teneor Mandati* [Turín Yliopiston Julkaisuja – Annales Universitatis Turkuensis, Sarja – Ser. B Osa-140], Turín, Yliopisto, Turku, 1976, 108, *Studia et Documentae*, 43, 1977, 524) también admite la renuncia del mandatario bajo el presupuesto de que no pueda cumplirlo por un fundado motivo: "Da D. 17, 1, 27, 2 di Gaio risulta ancora che il mandatario è autorizzato, nell'interesse del mandante, a rinunciare al mandato, quando non possa eseguirlo, ché anzi deve in tal caso rinunciare, dandone avviso tempestivo e restando libero da responsabilità se non abbia potuto farlo per qualche fondato motivo"; posición que parece ser compartida por BETTI (*Istituzioni di diritto romano*, cit., 281), quien hace bastante énfasis en el hecho de admitir la renuncia del mandatario en el derecho clásico siempre y cuando ella tenga lugar por una sobrevenida imposibilidad de cumplimiento, afirmando que en cambio como consecuencia de la involución posclásica del instituto del mandato, en el que pasa a convertirse en un simple encargo, el requisito mencionado deja de exigirse, para requerirse solamente dejar indemne al mandante.

132 FEDERICO GLUCK. *Commentario alle Pandette*, libro xvii, Milán, Libreria, 93: "Se egli tralascia di far ciò, o se lo fa troppo tardi, è obbligato a rifare al mandante tutti i danni che ne ha risentito, a meno che non avesse potuto avvisarlo per giusti motivi".

133 D. 17.1.22.11. PAULO; *Comentarios al Edicto*, libro xxxii. "Mas así como hay libertad para no aceptar un mandato, así debe ejecutarse el aceptado, si no se hubiera renunciado. Mas puede renunciarse de modo, que se reserve íntegro al mandante su derecho para ejecutar cómodamente la misma cosa ó por sí, ó por medio de otro, ó si recayera perjuicio sobre aquel que aceptó el mandato. Y a la verdad, si aquel a quien se mandó que comprara alguna cosa, no la hubiera comprado, ni hubiere manifestado que él no la comprará, y esto lo hiciere por culpa suya, no por la de otro, conviene que él quede obligado por la acción de mandato; y tanto más se obligará, como también escribió Mela, si por fraude lo hubiere hecho saber a tiempo en que ya no pudiera comprarla convenientemente."

mandante<sup>134</sup>. Por el contrario, se enfoca en el incumplimiento de la obligación de comunicar la renuncia, diciendo que ésta puede ser debida a culpa del mandatario y por ello quedará este último obligado por la acción de mandato, agravándose su responsabilidad si su conducta deriva de fraude<sup>135 136</sup>.

En seguida de este fragmento se encuentran:

D. 17.1.23 *Hermogenianus libro II. iuris Epitomarum* (2). Sane si valetudinis adversae (3), vel capitalium inimicitiarum<sup>137</sup>.

D. 17.1.24 *Paulus libro II. Sententiarum*. seu ob inanes (5) rei actiones<sup>138</sup>.

D. 17.1.25 *Hermogenianus libro II. iuris Epitomarum* (6). seu ob aliam iustam causa excusationes alleget, audiendus est<sup>139</sup>.

Los cuales parecen consagrar, teniendo en cuenta el orden dispuesto por los compiladores, las justas causas que eximen de responsabilidad derivada de la *actio mandati*, al mandatario que no comunicó su renuncia o a aquél que lo hizo intempestivamente<sup>140</sup>.

134 Así lo pone de presente MEYLAN (*Révocation et renonciation...*, cit., 473), quien expresa: "Tandis que Gaius distingue d'emblée essentiellement entre le mandataire qui peut exécuter et le mandataire qui, se rendant compte qu'il n'en est pas capable, met fin au mandat par sa renonciation, Paul place ici la question sur le terrain de l'obligation du mandataire qui a accepté; il ne fait intervenir la renonciation que comme une exception (*nisi*), qu'il mentionne, à laquelle il s'arrête un instant, mais pour revenir en prenant un exemple à con thème central du mandataire obligé".

135 En un estudio sobre la responsabilidad del mandatario (WIESLAW LITEWSKI. "Responsabilité du mandataire", *Index*, 12, 1986) se hace mención al fragmento en estudio en los siguientes términos: "Le mandataire était tenu de faire l'achat d'une chose et ne l'avait pas fait. Il n'avait pas non plus procédé à la renonciation du mandat, par quoi il aurait informé du non-accomplissement de son obligation. Si c'était de sa faute (*culpa*) et non de celle d'autrui il était passible de l'*actio mandati*. Mais sa responsabilité ne s'arrêtait pas là. Selon l'opinion de Mela, que partageait Paul, la responsabilité ne s'aggravait lorsque le mandataire avait accompli l'acte de renonciation *per fraudem* au moment où il ne pouvait plus faire convenablement l'achat". Cfr. GEOFFREY MACCORMACK. "Culpa", en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 38, 1972, Roma, Pontifici Universitas Lateranensis, 171.

136 Sobre el contraste entre los dos textos anteriores, también explica BETTI (*Istituzioni di diritto romano*, cit., 281 y ss., 24): "La glossa accursiana non releva la palese antinomia fra D. 17, 1, 27, 2 e D. 17, 1, 22, 11 (itp): dove si legge: 'renuntiatum sit: a mandante (nam et ipse renunciare potest) vel a mandatario: ut hic subjicit Accursius', e si trova sottolineata la giusta causa renuntiandi col richiamo al commento di Bartolo: qui mandatum susceptum non implet vel intempestive renunciat, tenetur mandati ad interesse, nisi ex iusta causa fuerit excusatus; mentre lo 'ita potest' viene interpretato 'id est debet'".

137 D. 17.1.23. HERMOGENIANO; *Epítome del derecho*, libro II. "Pero si por causa de mala salud, o de capitales enemistades [...]".

138 24. PAULO; *Sentencias*, libro II. "[...] o de ser inútiles las acciones para la cosa [...]".

139 25. HERMOGENIANO; *Epítome del derecho*, libro II. "[...] o por otra justa causa alegara excusas, ha de ser oído".

140 Sin embargo, parece ser que a juicio de BURDESE (*Recensiones librorum...*, cit., 524), quien tiene en cuenta el fragmento de PAULO en el libro de *Sententiae*, las justas causas consagradas en estos tres textos son: "Elenchi postclassici di *iustae causae renuntiationis* sono ripresi in D. 17, 1, 23-25,

Finalmente hallamos, en un periodo de tiempo posterior al de los textos mencionados, un fragmento de las *Instituciones* de JUSTINIANO, en el que se menciona el derecho del mandatario a renunciar:

*Istituzioni giustinianeae*, 3.26.11. Mandatum non suscribere cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, aut quamprimum renunciandum, ut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuntiatur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem esplicandi, nihilominus mandati actio locum habet, nisi iusta causa intercessit aut non renuntiandi aut intempestive renuntiandi<sup>141</sup>.

En este pasaje se indica que el mandatario deberá renunciar tempestivamente para que el mandante pueda ejecutar el negocio él mismo o encargarlo a otra persona, pues de lo contrario será pasible de una *actio mandati*, a menos que haya mediado una justa causa para no renunciar o no haber renunciado tempestivamente. Saltarán a los ojos del lector las muchas coincidencias entre este fragmento y los anteriores sobre la forma de regular la renuncia del mandatario, razón por la cual, según algunos doctrinantes, estos pasajes pudieron haber servido como fuente a JUSTINIANO<sup>142</sup>, aunque, según otros estudiosos, la que debió haber sido tenida en cuenta por JUSTINIANO para efectos de formar sus *Instituciones* fuer la *Res cottidianae*<sup>143</sup>, debido a las múltiples coincidencias entre ésta y los comentarios al edicto provincial, las cuales, a su vez, también debieron haber sido tomadas en consideración por PAOLO debido a las expresiones que dentro de su texto parecen provenir de un jurista bastante anterior a él<sup>144</sup>. Es esto último lo que permite conjeturar este último autor, que probablemente en las *Instituciones* sí se hallaba alguna referencia sobre la renuncia del mandatario.

Analizando en conjunto los anteriores fragmentos podríamos llegar a la conclusión de que el mandatario podía renunciar al mandato, con la obligación de comunicar su renuncia en forma tempestiva, pues de lo contrario podría ser ejercida en

non risulta se con riferimento al caso di *res integra o non integra*, comunque sul presupposto della responsabilità del mandatario per colpa".

141 *Instituciones* de JUSTINIANO 3.26.11. "Cada cual es libre de no aceptar un mandato, pero aceptado, debe ser ejecutado, o ser renunciado cuanto antes, para que el mandante ejecute por sí mismo o por medio de otro el mismo negocio. Porque si no se renunciare de modo que se reserve al mandante completa facultad para realizar el mismo negocio, tiene, sin embargo, lugar la acción de mandato, salvo si medió justa causa o para no renunciar o para renunciar intempestivamente".

142 CONTARDO FERRINI. "Studi fonti delle *Istituzioni* di Giustiniano", en *Opere*, vol. II, Milán, Ulrico Hoepli, 1929, 396: "Per il § 11 s'impone il confronto con D. 17, 1, 22, 11 (Paul. *ad Ed.*). Le differenze si possono forse spiegare coll'influenza di G.R. (cfr. l'esposizione in G. Epr. D. 17, 1, 27, 2 'id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare'); io non credo che i compilatori consultassero qui l'opera genuina di Paolo. Dubbia è l'origine del § 12".

143 SCHULZ. *Storia della giurisprudenza romana...*, cit., 283: "b) *Le Res cottidianae*. La nostra conoscenza di questa seconda opera elementare attribuita a Gaio è molto più scarsa, dipendendo interamente dagli estratti che ne presero i compilatori del *Digesto* e della *Istituzioni*".

144 Cfr. ARANGIO RUIZ. *Il mandato in diritto romano...*, cit., 136.

su contra una *actio mandati* cuya responsabilidad derivada de la misma sería excluida cada vez que mediara una justa causa que hubiese impedido la comunicación de su renuncia o el retardo en ella. Pero el punto de ruptura de la disciplina delineada, de la renuncia del mandato por parte del mandatario, se tiene con:

*Paulus Sententiarum*<sup>145</sup> 2.15.1. Ob subitam valetudinem, ob necessariam peregrinationem, ob inimicitiam et ob inanes rei actiones integra adhuc causa mandati negotio renuntiari potest.

Puesto que aquí también se consagra la exigencia de una justa causa, pero no para efectos de eximir la responsabilidad del mandatario por la falta de renuncia o por la falta de renuncia tempestiva, sino como condición para poder renunciar tempestivamente. A juicio de algunos doctrinantes, la contradicción que subyace en este texto respecto de los otros se debe a la labor del jurista que compiló las obras de PAULO en el texto en cuestión, mas no a un cambio de postura de este último, entre otras razones porque la exigencia de una justa causa para la renuncia del mandato por parte del mandatario negaría la facultad de receso unilateral del mandatario, lo que afectaría la reciprocidad entre las partes<sup>146</sup>. Otros estudiosos, en cambio, parecen dar credibilidad a este último pasaje, afirmando incluso que las justas causas comprendidas en D. 17.1.23-25 son requeridas para efectos de la renuncia y no constituyen excepción a la *actio mandati*<sup>147</sup>. Esta última posición, sin embargo, tendría mucha razón de ser si analizamos los eventos que constituyen justas causas de renuncia, fundamentalmente aquella consistente en la inutilidad de las acciones para la cosa, pues esto explicaría mejor este hecho y no la falta de renuncia o la renuncia intempestiva. Es más: si traemos estos textos a nuestro derecho actual, podríamos considerar que esta última interpretación se compecede mejor con éste, al exigirse todavía en algunos casos la justa causa tanto de la revocación por parte del mandante como de la renuncia del mandatario<sup>148</sup>.

145 SCHULZ. *Storia della giurisprudenza romana...*, cit., 311: "Paulus, *Sententiarum ad filium libri V*. Di tutte le opere del presente gruppo questa era la più influente [...] Se Paolo sia stato il suo autore, è dubbio. L'opinione moderna prevalente è che egli non lo fu, ma che l'opera fu composta con scritti principalmente o esclusivamente di Paolo da qualche giurista postclassico [...]".

146 Cfr. ARANGIO RUIZ. *Il mandato in diritto romano...*, cit., 136 y ss.

147 WATSON. *Contract of Mandate in Roman Law*, cit., 73: "This group of texts, all four of which are from post-classical sources, restricts the power of the mandatary to renounce, *re integra*, to occasions where he has a *iusta causa*".

148 Así, por ejemplo, en el Codice Civile, art. 1727: "Il mandatario che rinuncia senza giusta causa al mandato deve risarcire i danni (1223 e seguenti) al mandante. Se il mandato è a tempo indeterminato, il mandatario che rinuncia senza giusta causa è tenuto al risarcimento, qualora non abbia dato un congruo preavviso. In ogni caso la rinuncia deve essere fatta in modo e in tempo tali che il mandante possa provvedere altrimenti, salvo il caso d'impedimento grave da parte del mandatario".

Finalmente resulta interesante conocer los perjuicios que debía indemnizar el mandatario como consecuencia de su renuncia intempestiva. Para resolver esta cuestión, algunos doctrinantes<sup>149</sup> recurren al siguiente fragmento:

D. 17.1.8.6. *Ulpianus libro xxxi. ad Edictum. Mandati action tunc competit, quum coepit interesse eius, qui mandavit, ceterum si nihil interest, cessat mandati actio; et eatenus competit, quatenus interest, utputa mandavi tibi, ut fundum emeris, si intererat mea emi, tenebris, ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliquid, cessat mandati actio. Mandavi, ut negocia (6) gereres, si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est; ant si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem crit probandum*<sup>150</sup>.

De conformidad con éste, el mandante tendrá la *actio mandati* cuando aún se encuentre interesado en el mandato, pues si ya nada le interesa no está legitimado a su ejercicio. Entonces, la pregunta que se plantea a continuación, cuando el mandato aún le interesa al mandante, es, tal como lo indica WATSON: ¿Qué se debe entender por el interés actual con fundamento en el cual se deberá cuantificar el valor de los perjuicios? Sugiriendo entonces las siguientes opciones: a. la primera de ellas entender que el interés actual es el que corresponde a la ejecución del mandato; b. la segunda, a la ejecución del mandato en forma gratuita por parte del mandante; y c. la última opción es la ejecución del mandato bajo el presupuesto de la especial habilidad del mandatario, excluyendo de tajo esta última, por el hecho de que en tal caso, desde la misma aceptación del mandato no sería posible renunciar a él *res integra*. Niega también la segunda posibilidad en cuanto no tiene sentido que se agrave la responsabilidad del mandatario que se ofreció en forma gratuita a cumplir un encargo a favor de otro.

Así pues, se considera que los perjuicios que deberá indemnizar el mandatario al mandante, cuando no haya renunciado *res integra* y la ejecución del encargo aún interese a este último, serán aquellos que corresponden a la realización de dicho encargo<sup>151</sup>.

149 Cfr. WATSON. *Contract of Mandate in Roman Law*, cit., 74 y ss.

150 D. 17.1.8. 6. ULPIANO; *Comentarios al Edicto*, libro xxxi. "Compete la acción de mandato entonces cuando comienza a interesarle al que mandó, pero si nada le interesa, deja de haber la acción de mandato; y compete por tanto cuanto interesa, por ejemplo, te mandé que comprases un fundo; si me importaba que fuese comprado, quedarás obligado, pero si yo mismo compré aquel mismo fundo, u otro me lo compró, y nada me importa, deja de haber la acción de mandato. Te mandé que administrases mis negocios; si nada se hubiere perdido, aunque nadie los haya administrado, no hay acción alguna; o si otro los hubiere administrado convenientemente, deja de haber la acción de mandato. Y esto mismo se habrá de admitir en los casos semejantes".

151 WATSON (*Contract of Mandate in Roman Law*, cit., 75) explica su posición diciendo: "The only textual evidence (and that is indirect and very slight) of the text last quoted – refiriéndose al último texto aquí también citado – and it also suggests that this was the normal measure of damages. It says that the mandatary would be liable *si intererat mea emi*. The use of the passive, and not the active, i.e. *si intererat mea te emere*, hints that Ulpian ignored the question of special skill, and if it were the standard we should have expected *si intererat mea gratis emi*".

#### IV. CONCLUSIONES

El contrato de agencia comercial nació para cumplir una especial función económico-social consistente, fundamentalmente, en la promoción de negocios jurídicos, para efectos de lo cual se valió de algunos elementos que se encontraban dispersos en varios tipos contractuales, lo que explica que en un primer momento se haya acudido con frecuencia a la aplicación analógica de las normas de estos últimos para poder resolver las problemáticas que se suscitaban alrededor de aquél.

En su configuración inicial el contrato de agencia comercial no gozaba de algunos elementos que le fueron agregados luego en algunos ordenamientos jurídicos, la mayoría de los cuales tenían por objeto incrementar la protección del agente, el cual se había convertido en la parte débil del contrato debido a la situación económica que se vivía en varios países tras las dos guerras mundiales, lo que tuvo gran incidencia sobre dicha contratación. Así, por ejemplo, se desarrolló una indemnización a favor del agente como consecuencia de la terminación del contrato que no fuera imputable a aquél, de la cual poco a poco se fue desprendiendo otra especie de indemnización que en un principio constituía apenas un criterio para tasar la primera. Ésta fue conocida luego como "indemnización de clientela" y fue acogida por varios países de los que hoy conforman la Unión Europea, mientras que en otros territorios tenía lugar un modelo diverso que hacía énfasis en otros aspectos. Algunos de esos elementos que fueron agregados con posterioridad, respondieron a los usos y prácticas que se desarrollaban en ciertos territorios o simplemente a la reivindicación de grupos que se dedicaban a esta actividad, como es el caso del elemento de la exclusividad al que se le dio rango de elemento natural del contrato de agencia en Italia.

Descubrimos entonces que muchos de aquellos elementos que nosotros pensábamos ligados en forma inescindible a dicha figura contractual no lo están tanto, de manera tal que el negocio jurídico no viene a menos por su ausencia o no deja de cumplir sus efectos finales por la falta de ellos, como sería el caso de los elementos recientemente mencionados; pero mientras que por un lado advertimos un motivo de alivio ante los cambios que se acercan de llegar a ser aprobado el Tratado de Libre Comercio en el Congreso de los Estados Unidos, por otra parte llamamos la atención ante la recepción de conceptos jurídicos que no pertenecen a nuestro sistema y que requieren de un cuidado mayor para efectos de su aplicación, la cual tal vez sea más conveniente haciendo uso de los principios que cumplen la misma finalidad en nuestro ordenamiento jurídico. Con esto nos estamos refiriendo al *detrimental reliance*, que, como tuvimos la oportunidad de estudiarlo, pertenece al régimen del *common law*.

El análisis de algunas de las instituciones del derecho romano con las cuales el contrato de agencia comercial ha sido generalmente vinculado, esto es, con el contrato de mandato y con los antecedentes de lo que será luego el contrato de prestación de obra, nos permite entender el fundamento de algunos de los

elementos que subyacen en ellos, como, por ejemplo, la necesidad de un preaviso para la terminación del contrato, la exigencia de una justa causa y la aplicación del principio de confianza presente en estas relaciones.

Finalmente, es importante recalcar los más recientes avances hechos en la materia para efectos de una posible modificación de la figura contractual, dentro de los cuales vale la pena resaltar el derecho de la información a favor del agente, aspecto al cual no le dedica nuestro ordenamiento jurídico ninguna disposición.