

Protección de quienes contratan con empresas comerciales en la experiencia jurídica romana

Aplicaciones de la acción institoria*

ALDO PETRUCCI

SUMARIO. I. Introducción.- II. La introducción de las acciones llamadas *adyecticiae* (*adiecticiae qualitatis*).- III. Deberes del empresario y aplicación de la *actio institoria*.- IV. Factores que actúan excediéndose de la preposición institoria, esclavos no nombrados que operan en una empresa y confianza de los terceros contratantes.- V. Muerte del preponente y confianza de los terceros contratantes.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación en masa con las empresas, cuyo objeto está constituido por la prestación de bienes o de servicios sobre la base de condiciones generales del contrato o de modelos contractuales uniformes predispuestos unilateralmente, representa hoy en día un sector importante del derecho del consumidor¹.

* Traducción del italiano de MILAGROS KOTEICH K.

1 Sobre el argumento cfr. en doctrina, por todos, G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, en *trattato di diritto privato*, dir. P. RESCIGNO, 10, Torino, 1995, 111 ss., con la bibliografía allí citada; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma - Bari, 2006, 128 ss. En lo que hace a las exigencias de protección de los contratantes, se reenvía a C.M. Bianca, *condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, en *digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, 3, torino, 1988, 397 ss.

En este contexto, asume una función actual y relevante el tema de la tutela de los contratantes con empresarios, cuyo rol crece constantemente no sólo en los ordenamientos jurídicos nacionales sino sobre todo en ámbito comunitario, gracias al gran número de Directivas emanadas por los órganos de la Comunidad Europea en función de las cuales los Estados miembros deben armonizar su normativa². El gran desarrollo actual de este sector del derecho se justifica por la necesidad de hacer frente al fenómeno socio-económico del consumo de masa, estrechamente relacionado con el sistema productivo y distributivo de la sociedad contemporánea³.

Hasta aquí, una nota sobre la realidad jurídica contemporánea. Pero la exigencia de dar vida a un conjunto de reglas específico, dirigido a proteger de manera acentuada a aquellos que contratan con empresas, en relación con las actividades que hacen parte del objeto de éstas, no es un cometido exclusivo del mundo del derecho actual. De hecho, a pesar de la profunda diversidad de contextos históricos, también en el derecho romano pueden hallarse para esta categoría de contratantes algunas formas de protección "acentuada". Veremos adicionalmente cómo entre muchas de sus disposiciones algunas pueden encontrarse reflejos en la normativa moderna.

Si hablamos del derecho romano, es natural que el campo de observación privilegiado sea el de la edad comercial entre el s. II a.C. y la mitad del s. III d.C. (derecho 'preclásico y clásico', de acuerdo con la terminología tradicional) donde, como consecuencia de la formación y desarrollo de una economía de mercado basada en el intercambio, encuentran reconocimiento jurídico las nociones de empresa (*negotiatio*) establecimiento (*taberna instructa*) y se crean institutos y acciones relacionadas exclusivamente con actividades empresariales de los más variados sectores⁴.

II. LA INTRODUCCIÓN DE LAS ACCIONES LLAMADAS ADYECTICIAS (ADIECTICIAE QUALITATIS)

Los primeros instrumentos creados por el pretor en su actividad jurisdiccional tendientes a proteger a los contratantes con empresas, fueron, como se sabe, las acciones que, con terminología no romana, suelen llamarse *adiecticiae qualitatis*⁵.

- 2 Sobre el concepto de armonización de los ordenamientos jurídicos de los estados adherentes a la comunidad europea remito a G. BENACCHIO, *diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, padova, 2004, 297 ss.
- 3 Sobre tal fenómeno y sobre los orígenes de la legislación que tutela al consumidor, véase nuevamente ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori cit.*, 3 ss., 17 ss., y literatura adicional.
- 4 Cfr., por todos, F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, 3 ss.
- 5 Sobre tal denominación, se reenvía a M. MICELI, *Sulla struttura formale delle 'azioni adiecticiae qualitatis'*, Torino 2001, 8 ss. (en la n. 1, con indicaciones bibliográficas) y a P. CERAMI – A. DI PORTO – A. PETRUCCI, *diritto commerciale romano. profilo storico*, Torino, 2004, 41.

Su introducción se debió quizás, en principio, a la obra del pretor peregrino (*praetor qui inter peregrinos ius dicebat*) un órgano jurisdiccional instituido en el año 242 a.C. más sensible a las necesidades de tutela jurídica frente a las relaciones comerciales y al mundo de los negocios, y tuvo lugar durante el s. II a.C., según un orden cronológico que la doctrina mayoritaria –a pesar de algunas opiniones contrarias⁶– considera sea el edictal, heredado luego por el Digesto: acción contra el armador (*actio exercitoria*) acción *institoria*, acción para la repartición del peculio comercial (*actio tributaria*) y 'triple edicto' (*triplex edictum*) con las acciones 'dentro de los límites del peculio', 'dentro de los límites de cuanto haya entrado directamente en el patrimonio del que tiene potestad' y 'basada en un orden' (*actio de peculio, de in rem verso y quod iussu*)⁷.

Las primeras tres acciones están siempre relacionadas con el desarrollo de una actividad empresarial⁸, consistente respectivamente en: a) el ejercicio de una empresa de navegación (*exercitio navis*) fundada en la preposición de un *magister navis*; b) el ejercicio de una empresa comercial (en sentido lato) diversa de la de navegación –y por ello, frecuentemente denominada terrestre–, fundada también ésta en la preposición de un factor; c) y el ejercicio de varios tipos de empresas comerciales (siempre en sentido lato) terrestres mediante un peculio o una parte de peculio específicamente destinada a ello (*merx peculiaris*) y con conocimiento del que tiene potestad (*sciente domino*).

III. DEBERES DEL EMPRESARIO Y APLICACIÓN DE LA *ACTIO INSTITORIA*

Nuestra exposición se centra en la *actio institoria*, dada la mayor amplitud de su radio de aplicación. La *ratio* que había conducido al pretor a crearla es recordada nuevamente, a varios siglos de distancia, por las Instituciones de Gayo –escritas poco después de la primera mitad del s. II d.C.– y por un importante fragmento del comentario edictal de Ulpiano (primeros decenios del s. III d.C.).

En la obra del primer jurista, al inicio del tratamiento de las acciones *exercitoria* e *institoria*, se afirma:

Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam [...] Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem dari [...] (4.71)

6 por ejemplo, B. ALBANESE, *le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 160 s.

7 cfr., Serrao, *Impresa e responsabilità*, cit., 19 s., y más recientemente, CERAMI – DI PORTO – PETRUCCI, *diritto commerciale romano* cit., 42, con contradicción de las opiniones divergentes.

8 Cfr., por todos, A. WACKE, *die adjektivischen klagen im überblick I*, en zss 111, 1994, 280 ss., del cual existe una síntesis también en italiano, cuyo título es *alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiettizie, en nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. ricerche dedicate a f. gallo 2*, napoli, 1997, 583 ss.

[Por la misma razón <el pretor> ha predisposto dos acciones más, aquella contra el armador y la institoria [...] De hecho, dado que también esta actividad contractual se considera perfeccionada por voluntad del padre o del patrono, pareció ser muy equitativo que fuese otorgada una acción por el total <en contra de ellos> [...].

Entonces, Gayo encuentra una identidad de motivaciones entre la predisposición de estas dos acciones y la *actio quod iussu*, de la cual había hablado en el precedente § 70, distinguiéndola en la necesidad de proteger la confianza de aquellos que contrataban con el hijo bajo potestad o con el esclavo comandante de la nave (*magister navis*) o factor (*institor*) (*eadem ratione – institoriam*). Gracias a que los contratos celebrados con los sometidos a potestad debían considerarse celebrados por voluntad del titular de la misma (*cum enim – contrahi videatur*), el pretor había considerado, en grado sumo, conforme a la *aequitas* la previsión de una responsabilidad por el total a cargo de éste último, que el contratante podía hacer valer mediante dichas acciones (*aequissimum – actionem dari*). Como puede observarse, es de la imputabilidad directa a la *voluntas patris aut domini* de la actividad contractual que se hace derivar el régimen de esta responsabilidad ilimitada por las obligaciones asumidas y luego incumplidas por parte del sometido a potestad comandante de la nave o factor.

Pasando ahora al comentario ulpiano en el libro vigésimo octavo en D. 14.3.1, en tema de orígenes de la *actio institoria*, se señala:

Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Sed non idem facit circa eum qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus acquisitis sibi actionibus [...]

[Pareció equitativo al pretor que, como percibimos las ventajas de la actividad de los factores, así también nos encontramos obligados por sus contratos y podemos ser convenidos en juicio. Pero <el pretor> no hace lo mismo en relación con aquél que ha nombrado un factor en modo tal de poder ejercer la acción; pero, si ciertamente ha tenido como factor un esclavo propio, puede estar seguro de las acciones adquiridas para sí ...].

Entonces, al pretor le pareció conforme a equidad reequilibrar las ventajas (*commoda*) y las obligaciones (*obligari*) que surgían para los preponentes de las actividades contractuales de los factores que habían nombrado, en modo tal de permitir a los contratantes llamarlos a responder, mediante el ejercicio de la *actio institoria*, por el incumplimiento de estos representantes suyos (*aequum praetori – et conveniri*). La acción había nacido como “unidireccional”; en efecto, de ella no podía servirse el empresario preponente (*sed non idem – ut experiri possit*) quien sólo en virtud del vínculo potestativo (y de la propiedad) sobre el esclavo factor, adquiría

directamente las acciones derivadas de la relación contractual existente entre éste y los terceros, para hacer valer sus derechos (*sed si quidam – adquisitis sibi actionibus*)⁹.

Es importante resaltar que ambos juristas identifican en la *aequitas* el criterio del cual partió el pretor en la predisposición de la acción institoria, para garantizar una igualdad proporcional de los intereses en juego, moderando las consecuencias inicuas que derivan de una rígida aplicación de las reglas del antiguo *ius civile*¹⁰.

La acción institoria consentía a los terceros que hubiesen contratado con el factor, a quien mediante acto de preposición (*praepositio*) le habían sido conferidos poderes de administración de la empresa, hacer valer una responsabilidad por el total (*in solidum*) del preponente en virtud de las obligaciones contractuales que hubiesen sido incumplidas. A cuyo fin, no obstante, era necesario, como veremos, que se hubiese llevado a cabo con el factor una actividad contractual enmarcada dentro de los poderes de administración que le habían sido conferidos.

La posibilidad para quienes contrataban con el factor de ejercer la acción institoria contra el preponente, de acuerdo con algunos indicios presentes todavía en nuestras fuentes, se encontraba limitada originariamente a las empresas comerciales en sentido estricto, es decir, a aquéllas enfocadas en el intercambio de bienes mediante contratos de compraventa. Pero ya durante el s. I a. C. y la edad de Augusto (31 a.C. – 14 d.C.) el campo de aplicación de la acción institoria se había ampliado notablemente, gracias sobre todo a la obra interpretativa de juristas como Servio Sulpicio Rufo e Antistio Labeón¹¹, según cuanto nos enseña un conocido texto de Ulpiano, 28 *ad ed.* en D. 14. 3. 5.1 – 10: además del comercio propio y verdadero, se indican los sectores: a) de la administración de inmuebles urbanos; b) del crédito y de la actividad bancaria; c) de los arrendamientos de obra; d) del transporte terrestre y de la prestación de los servicios relacionados, como los albergues con estaciones de cambio anexas; e) de la limpieza, reparación y confección de vestidos y tejidos; f) de las pompas fúnebres. Otros textos jurídicos agregan a estos sectores el de los baños termales (la *negotiatio balnearia*) y el de la producción (bloques de terracota, ánforas, lucernas, cerámicas, tuberías).

Además, también la comercialización de los productos de una empresa agrícola llevada a cabo por el encargado (*vilicus*) puesto al frente de la misma, consentía a los terceros que contrataran con él hacer valer sus razones frente al preponente (el *dominus fundi*, o sea, el propietario del fondo).

9 Sobre el pasaje, véanse, de reciente, MICELI, *sulla struttura* cit., 190 ss. y Cerami – DI PORTO – PETRUCCI, *diritto commerciale romano* cit., 46.

10 cfr. al respecto F. GALLO, *l'officium del pretore nella produzione ed applicazione del diritto. corso di diritto romano*, Torino, 1997, 109 ss.; M. MICELI, *institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica* en *iura* 53, 2002 (pero publicado en 2005), 69 s.

11 Sobre el tema, se reenvía en doctrina, por todos, A. SERRAO, *impresa, mercato, diritto. riflessioni minime* en LO CASCIO (dir.) *mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano. memorias del congreso de capri 1997, bari, 2000*, 35 s., y a CERAMI – DI PORTO – PETRUCCI, *diritto commerciale romano* cit., 53.

A través de la acción institoria, como se ha dicho, se concretaba la tutela de los terceros que hubiesen contratado con el factor dentro del ámbito de la preposición, gracias a la cual podía reclamarse una responsabilidad integral del empresario preponente por las obligaciones que quedaron incumplidas.

La posibilidad de ejercer esta acción dependía, por tanto, del contenido de la preposición, como lo manifiestan claramente GAYO, *Inst.* 4.71, referido en el parágrafo precedente, y ULPIANO, 28 *ad ed.* en D. 14.3.5.11:

Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum qui praeposuit, sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat id ad <corrección de la edición de Mommsen> quod eum praeposuit.

[Sin embargo, no todo lo que se perfecciona con un factor, obliga a quien lo ha nombrado, pero es así, si se contrató en el ámbito de aquello por lo cual ha sido nombrado, esto es, por cuanto lo ha nombrado].

La preposición institoria se configuraba como un acto de conferimiento de los poderes de administración, con el cual se autorizaba la realización de toda la actividad contractual inherente al ejercicio de la empresa. La misma tenía relevancia no sólo en la esfera interna de las relaciones entre el empresario que la llevaba a cabo y el factor, sino que requería de formas de publicidad en modo tal que su contenido pudiera ser conocido aun fuera de esa esfera y los terceros tuvieran la posibilidad de ser informados¹². Con dicho objeto, se realizaba un aviso por escrito, señalado por las fuentes con el término *proscriptio*.

Todas las disposiciones articuladas, que nos proporciona ULPIANO, 28 *ad ed.* en D. 14.3.11.2 – 5, sobre el eventual contenido de la preposición institoria y sobre los modos de realizar el aviso dirigido al público, provienen exclusivamente de la elaboración jurisprudencial bajo la forma de comentario a este edicto. Sin repetir las observaciones que he desarrollado ya en otros estudios¹³, me limito aquí a hacer un rápido resumen.

En lo que concierne al contenido, el jurista en el § 5, luego de afirmar que los terceros, en la actividad contractual con el factor, se encontraban obligados a cuanto hubiera establecido el empresario en el acto de preposición, hace un elenco de los tipos de cláusulas que estos podían prever fueran incluidas en cada uno de los contratos relativos al ejercicio de la empresa: la inserción de

12 Sobre la naturaleza y el carácter de la *praepositio* y sus diferencias con el mandato y la *procuratio omnium bonorum*, cfr., por todos, M. MICELI, *institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica cit.*, 81ss., con indicación de la principal doctrina precedente.

13 cfr. A. PETRUCCI, *sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes frente a los empresarios. observaciones sobre algunas normativas del derecho romano 'clásico' en roma e america. diritto romano comune* 13, 2002, 233 ss.; *orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil en anuario mexicano de historia del derecho* 15, 2003, 601 ss., y *ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale en iura* 53, 2002 (pero publicado en 2005) 17 ss.

un determinado pacto; la intervención de garantías personales o la asunción de garantías reales; la limitación a un cierto objeto. La indicación de cláusulas de este tipo resulta plenamente admitida y su observancia se considera conforme a equidad. Esta regla se ve ratificada también cuando se plantea la hipótesis del nombramiento de varios factores con tareas diversas, como la de intervenir conjunta o separadamente en el perfeccionamiento del contrato, o también, la prohibición de contratar con el factor dirigida a ciertas personas o a cierto género de hombres o empresarios y el permiso para hacerlo concedido a determinadas personas¹⁴.

Si dichas cláusulas y modalidades habían sido debidamente publicitadas, en la forma en que ahora señalaremos, los contratantes que no las hubieran observado perdían la tutela de la acción *institoria* contra el empresario.

Así, se esboza para este último un régimen de plena libertad para establecer y modificar las condiciones contractuales y el ejercicio de los poderes concernientes a la administración de la empresa. Pero tal libertad encontraba un límite insalvable señalado en la parte final del mismo § 5, donde se afirma que, siempre que una variación continua de las prohibiciones y permisos de contratar con el factor hubiese ocasionado una situación de incertidumbre en los terceros contratantes acerca de sus poderes, estos se hallaban puntualmente tutelados mediante la concesión de la acción *institoria* contra el empresario preponente, con fundamento en la *ratio* 'los contratantes no se deben engañar' (*neque decipi debent contrahentes*)¹⁵.

Una *ratio* tal inspira el principio de buena fe objetiva e informa todo el régimen que acabamos de describir, reequilibrando, por un lado, la posición de inferioridad de los que se hubiesen visto en la situación de contratar

14 El texto del § 5 y el siguiente: *condicio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege vel interventu cuiusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem? aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. item si <qui> plures habuit institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere* [luego, las condiciones de la preposición deben ser observadas: ¿qué sucede, en efecto, si <el preponente> ha querido que se contratase con él <el factor> incluyendo una cláusula determinada o con la intervención de alguna persona o mediante prenda o con referencia a una determinada cosa? será muy equitativo que se observe aquello por lo cual fue nombrado. de la misma manera, si alguien ha tenido varios factores y ha querido que se contratase con todos a la vez o con uno solo. pero, aun si ha intimado a alguien a no contratar con él <el factor>, <el preponente> no debe considerarse obligado con base en la acción *institoria*: en efecto, podemos prohibir contratar a una persona determinada o a un cierto género de hombres o de empresarios, o también permitirlo a determinadas personas].

15 La última parte del § 5 señala: *sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes* [pero, si con una variación continua se prohíbe contratar algunas veces con uno, otras veces con el otro, se debe dar a todos <los contratantes> la acción en contra suya <el preponente>: no se debe, en efecto, engañar a los contratantes].

con el factor por prestaciones llevadas a cabo por la empresa, y por el otro, permitiendo un control jurisdiccional de su aplicación efectiva, a través del ejercicio de la *actio institoria*.

Los §§ 3 y 4 de D. 14. 3. 11 se ocupan, en cambio, de las formas de publicidad de la preposición. De acuerdo con el primero, el aviso por medio del cual se daba a conocer la preposición debía ser escrito con letras claras, en modo tal que fuese bien legible, y encontrarse expuesto en el establecimiento o en el lugar donde se ejercía la empresa, en un lugar que no fuese escondido sino evidente, y en un idioma comprensible para los habitantes del lugar. Si tales requisitos se habían respetado, en la medida en que el aviso se hallaba expuesto al público y muchos lo podían leer, no encontraban eco las eventuales quejas de los contratantes que sostuvieran no saber leer o no hubieran observado el contenido de lo fijado¹⁶.

En el sucesivo § 4 se destaca cómo el aviso al público debía ser permanente, con la consecuencia de que si los terceros habían contratado con el factor en un momento en el que no se encontraba expuesto o estaba borroso, se les concedía de todos modos la acción institoria contra el preponente. Y aún más, si éste último, en cuanto titular del capital comercial¹⁷, hubiese realizado el aviso, pero otro lo hubiese quitado, o hubiese sucedido que por vejez o por lluvia u otras causas similares, no estuviera o no se viera más, también frente a dichas circunstancias podía apelarse en su contra a la *actio institoria*. Por otra parte, en el caso de que hubiese sido el mismo factor quien hubiera sustraído el aviso para engañar al contratante, su dolo perjudicaba al preponente, salvo que el propio contratante hubiese sido partícipe¹⁸.

16 *Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. litteris utrum graecis an latinis? puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur [fijar en público lo entendemos así: con letras claras, de modo que inmediatamente pueda leerse en forma correcta, obvio, frente al local comercial o a aquel lugar donde se ejercita la empresa, no en un lugar escondido, sino evidente. ¿en lengua griega o latina? considero que depende de la condición del lugar, a fin de que ninguno pueda aducir como pretexto la ignorancia de la lengua. ciertamente, si alguno dice no saber leer o no haber observado lo que había sido fijado, mientras que muchos lo leían o había sido fijado en público, no será escuchado].*

17 Para la acepción del término *mercis dominus*, recurrente en este pasaje, en el sentido de "empresario, propietario del capital comercial" empleado en la administración de un establecimiento comercial terrestre (*taberna instructa*), véanse WACKE, *die adjektivischen klagen* cit., 331 s. y *alle origini della rappresentanza diretta* cit., 603 s.; CERAMI – DI PORTO - PETRUCCI, *diritto commerciale romano* cit., 18.

18 *Proscriptum autem perpetuo esse oportet. ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit. proinde si dominus quidem mercis proscriptisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri. sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praepONENTI nocere debet,*

El análisis conjunto de los dos párrafos nos permite advertir los modos por medio de los cuales se hacían efectivas las exigencias de publicidad de la preposición, y las consecuencias previstas si no existía en absoluto o hubiese desaparecido la posibilidad de conocerla.

Entonces, a fin de que estas exigencias se consideraran satisfechas, no debía obedecerse a criterios formales rígidos y específicos, sino que era necesario que el aviso, contenido del acto de conferimiento de los poderes, fuese redactado de modo claro y legible, pretendiendo estos dos adjetivos, en mi opinión, hacer referencia no sólo a la escritura, sino también a la inteligibilidad del contenido, y hacerse en un idioma conocido por los habitantes del lugar donde se ejercía la empresa. A tales criterios "de redacción", por llamarlos así, se sumaba la necesidad de colocar el propio aviso en una posición "estratégica" dentro del establecimiento, o como quiera que sea de la sede de la empresa, donde fuese bien visible para todos los posibles contratantes. La observancia de los requisitos de publicidad aquí señalados constituía la única manera por la que el empresario preponente lograba exonerarse de responsabilidad, quedando privados de protección –salvo por lo que veremos en el párrafo siguiente– los que hubieran contratado con el factor fuera de la esfera de los poderes que le hubiesen sido conferidos, y sin que fuera posible aducir como causa de justificación el analfabetismo o la ignorancia de la lengua, ni tampoco, el no haber brindado atención al aviso ni a su contenido.

Las consecuencias que derivaban del incumplimiento de dichos requisitos eran considerablemente graves. En efecto, a los terceros contratantes se les concedía la *actio institoria* siempre que les hubiese resultado imposible percatarse, aún de manera temporal, del contenido de la preposición a través del aviso público, por causas imputables al preponente o al factor. Entre las primeras se encuentran la ausencia o el deslucimiento del aviso, su ilegibilidad a causa del paso del tiempo, los factores atmosféricos u otras causas similares, y también, la sustracción del mismo por parte de un tercero; entre aquellas debidas al factor, el jurista recuerda la sustracción furtiva e intencional del aviso hecha con el fin de engañar a la contraparte, a menos que también ésta hubiese sido partícipe del dolo. En presencia de los eventos apenas mencionados era posible entonces, gracias a esta acción, hacer valer la responsabilidad del empresario

nisi particeps doli fuerit qui contraxit [es necesario que lo fijado públicamente lo sea en modo permanente: por otra parte, si el contrato se perfeccionó durante el tiempo en que no se había hecho la fijación o la misma se encontrase deslucida, se aplicará la acción institoria. por ello, si el titular de la empresa hubiese hecho la fijación y otro la hubiese quitado, o también sucede que por vejez o por lluvia o por algo similar <lo escrito> no se halle más fijado o no aparezca más, se debe decir que quien ha hecho el nombramiento se encuentra obligado. pero, si el mismo factor lo sustrajo para engañarme, su dolo debe perjudicar al preponente, a menos que quien ha celebrado el contrato haya sido partícipe del dolo].

por las obligaciones contractuales incumplidas por parte del factor, aun en los casos en que el contrato excediera los límites de la preposición.

Me parece importante subrayar que aquí la responsabilidad del preponente deriva de la simple imposibilidad de conocer, por parte de los terceros contratantes, el contenido de la preposición, con prescindencia de si ello depende de él o de su factor. En la primera hipótesis resulta igualmente irrelevante si la imposibilidad de conocer se puede atribuir a un comportamiento doloso o culposo del propio preponente o al hecho de un tercero —es el caso de la sustracción del aviso público por obra de éste último—, mientras en la segunda hipótesis él resulta de todos modos llamado a responder cuando tal situación es ocasionada por dolo del factor, salvo colusión entre éste y el tercero contratante. Se configura por tanto, a mi modesto parecer, un régimen de responsabilidad de tipo "objetivo" a cargo del empresario preponente, que surge de un "riesgo de empresa", entendido como riesgo relacionado con el ejercicio de una actividad dirigida a la realización de un objetivo empresarial¹⁹.

La elaboración de disposiciones similares en materia de contenido y publicidad de la preposición institoria ha mantenido a lo largo de los siglos una sorprendente vitalidad, tanto como para constituir aún hoy la base de la normativa italiana vigente en tema de representación de empresas comerciales (artículos 2203 y ss. Cod.Civ.it.). [Correspondientes a los artículos 1332 y ss. del Código de Comercio colombiano *n. de la t.*].

En efecto, si se revisan a algunos artículos, se advierte no sólo la conservación de una evidente identidad terminológica, sino también la recepción de importantes reglas sustanciales. El art. 2203 tiene por título *preposición institoria*, y en el inciso 1º define al factor como "aquél que es nombrado por el titular para el ejercicio de una empresa comercial", mientras en el inciso 3º prevé la hipótesis de una pluralidad de factores, que pueden actuar separada o conjuntamente: "Si son nombrados varios factores, estos pueden actuar separadamente, salvo que en el poder se haya dispuesto otra cosa"²⁰. El art. 2204 regula los poderes del factor, estableciendo que "puede realizar todos los actos atinentes al ejercicio de la empresa a la cual se encuentra designado, salvo las limitaciones contenidas en el poder"²¹. Los artículos 2206 y 2207 regulan la publicidad del poder y de su modificación o

19 Sobre este concepto de riesgo de empresa cfr. SERRAO, *impresa e responsabilità* cit., 103 ss.

20 Para el caso colombiano puede citarse el artículo 1332 c.co., que tiene por título «preposición», y reza como sigue: "la preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. en este caso, el mandatario se le llamará factor". [n. de la t.]

21 Correspondiente al artículo 1335 del c.co. colombiano: «facultades de los factores». "los factores podrán celebrar o ejecutar todos los actos relacionados con el giro ordinario de los negocios del establecimiento que administren, incluyendo las enajenaciones y gravámenes de los elementos del establecimiento que estén comprendidos dentro de dicho giro, en

revocación, que debe producirse mediante la inscripción en el registro mercantil, estableciendo luego las consecuencias en caso de inobservancia. El primer artículo afirma: "1. El poder con firma autenticada de quien realiza la preposición debe ser depositado para su inscripción ante la oficina competente del registro mercantil. 2. En ausencia de la inscripción, la representación se reputa general y sus limitaciones no son oponibles a los terceros, si no se prueba que estos las conocían al momento de la celebración del negocio". Análogamente, en el párrafo 1º del art. 2207 se señala: "Los actos con los cuales se limita o revoca posteriormente el poder deben ser depositados para su inscripción en el registro mercantil, incluso si el poder no fue registrado", mientras el párrafo 2º reproduce el contenido del párrafo 2º del art. 2206²². Finalmente, el art. 2208, al sancionar la responsabilidad personal del factor "si omite dar a conocer al tercero que él trata por el preponente", admite la posibilidad de actuar inclusive en contra de éste último "por los actos llevados a cabo por el factor, que sean atinentes al ejercicio de la empresa a la cual ha sido designado"²³.

Además, el régimen contenido en el texto de ULPiano en D. 14.3.11.2-5 se muestra inspirado en principios que, con terminología moderna, podríamos definir de transparencia, información, corrección, sobre los que se basa la legislación moderna en materia de contratación en masa con las empresas y, más en general, sobre tutela del consumidor²⁴.

A este respecto, es dicente la comparación con el art. 2 del Código del Consumo italiano (Decreto legislativo n.º 206/ 2005), en el cual, entre los derechos fundamentales de los consumidores, se reconocen aquellos "a una adecuada información y a una correcta publicidad" (párrafo 2º, letra c) y "a la

cuanto el preponente no les limite expresamente dichas facultades; la limitación deberá inscribirse en el registro mercantil, para que sea oponible a terceros". [n. de la t.]

22 En el ordenamiento colombiano la necesidad de la inscripción en el registro mercantil tanto de la preposición como de su revocación se encuentra contenida en el artículo 1333 c.co.: «inscripción de la preposición en el registro mercantil». "la preposición deberá inscribirse en el registro mercantil; no obstante, los terceros podrán acreditar su existencia por todos los medios de prueba. la revocación deberá también inscribirse en el registro mercantil, para que sea oponible a terceros". [n. de la t.]

23 Correspondiente al artículo 1337 c.co. colombiano: «actuaciones de los factores en nombre propio y que obligan a los preponentes». "aunque los factores obren en su propio nombre obligarán al preponente en los casos siguientes:

- 1) cuando el acto o contrato corresponda al giro ordinario del establecimiento administrado y sea notoria la calidad del factor de la persona que obra, y
- 2) cuando el resultado del negocio redunde en provecho del preponente, aunque no se reúnan las condiciones previstas en el ordinal anterior.

parágrafo. en cualquiera de estos casos, los terceros que contraten con el factor podrán ejercitar sus acciones contra éste o contra el preponente, mas no contra ambos" [n. de la t.].

24 En doctrina cfr., por todos, Alpa, *introduzione al diritto dei consumatori* cit., 139 ss.

corrección, a la transparencia y a la equidad en las relaciones contractuales" (párrafo 2º, letra e).

Para completar el cuadro general sobre el régimen relativo a los efectos frente a los terceros contratantes de la preposición institoria, resta aún por considerar otro texto de Ulpiano, 60 *ad ed.* en D. 5. 1. 19. 3, donde se señala:

Apud Labeonem quaeritur, si homo provincialis servum institorem vendendarum mercium gratia Romae habeat: quod cum eo servo contractum est, ita habendum atque si cum domino contractum sit: quare ibi se debebit defendere.

[En Labeón se plantea el interrogante: si un provinciano tiene un esclavo como factor en Roma para vender mercancías, lo que se contrató con aquel esclavo debe entenderse como si se hubiese contratado con el patrono, y por tanto éste último deberá allí defenderse].

Labeón había enfrentado la cuestión acerca del lugar donde interponer la acción institoria en el caso que el preponente fuese un provinciano que tenía un esclavo factor en Roma encargado de administrar una empresa comercial de venta de mercancías (*Apud Labeonem – Romae habeat*). La solución propuesta fue la de considerar perfeccionado con el preponente el contrato creado con el factor (*quod cum eo servo – cum domino contractum sit*) con la consecuencia que la acción podía intentarse en Roma, y allí el propio preponente debía asumir su defensa (*quare ibi se debebit defendere*). Que la acción a disposición de los terceros fuese la acción de compraventa adaptada a la presencia de un factor (la *actio empti institoria*)²⁵ parece indudable, justamente porque éste había sido nombrado para la administración de una empresa de venta de mercancías.

La solución de Labeón, que es compartida por ULPIANO, plantea la regla según la cual esta acción se incoaba, salvo pacto contrario, en el lugar de ejercicio de la empresa. El razonamiento que la sostiene es el de equiparar, en los contratos celebrados con terceros relativos al objeto de la empresa, al esclavo factor y al patrono preponente, para reconocer entonces en el primero la calidad de verdadero y propio representante directo del segundo. La regla valía prescindiendo del *status* del factor y para cualquier tipo de empresa: en efecto, ULPIANO la aplica en el mismo fragmento a la administración de actividades comerciales, bancos, locales, bodegas y oficinas²⁶. Sólo si el contratante lo hubiera preferido, habría podido dirigirse contra el empresario donde éste residía²⁷.

25 Para cuya fórmula se reenvía, por todos, a CERAMI – DI PORTO - PETRUCCI, *diritto commerciale romano* cit., 49.

26 Cfr. el § 1 de d. 5.1.19 para los bancos (*argentariam administrare*) y el § 2 para los negocios comerciales, los locales, las bodegas y las oficinas (*tabernam vel officinam conducere; tabernulam pergulam horreum armarium officinam conducere*).

27 Cfr. d. 5.1.19.4, que se refiere a juliano y a muchos otros juristas (*et ita et iuliano et multis aliis videtur*).

Desde el punto de vista que aquí nos interesa especialmente, la interpretación jurisprudencial, al menos a partir de Labeón, muestra entonces una evidente sensibilidad frente a las exigencias de tutela de los terceros contratantes con los administradores de las empresas –con prescindencia de los esquemas organizacionales–. En efecto, para hacer valer sus derechos, si no se había convenido otra cosa, aquellos llamaban en juicio al empresario donde la empresa era dirigida, y no donde éste tenía su residencia, cuando no hubiese coincidencia entre estos dos sitios, sin que entonces se encontraran obligados a realizar eventuales complicados y costosos traslados a causa del proceso.

IV. FACTORES QUE ACTÚAN EXCEDIÉNDOSE DE LA PREPOSICIÓN INSTITUTORIA, ESCLAVOS NO NOMBRADOS QUE OPERAN EN UNA EMPRESA Y CONFIANZA DE LOS TERCEROS CONTRATANTES

Veamos ahora, con base en algunos testimonios de los juristas, cómo encontraba aplicación concreta la protección de terceros contratantes en la hipótesis patológica en que el factor hubiese celebrado un contrato fuera del ámbito para el cual había sido nombrado. Según cuanto vimos en el párrafo precedente, si habían sido observados los requisitos obligatorios de publicidad de la preposición, el autor de la misma no resultaba obligado, quedando de esa forma los terceros imposibilitados para intentar la *actio institoria*. Pero ésta, que debía ser la situación originaria, sufre con el transcurso del tiempo una evolución gracias a la cual se busca de todas maneras asegurarle a los terceros alguna forma de tutela, incluso en presencia de este tipo de eventualidades.

El caso más conocido es quizá el tratado por el jurista PAULO, 1 *decret.* en D. 14. 5. 8, que demuestra cómo las decisiones de los órganos juzgadores imperiales podían reconocer, en presencia de determinadas circunstancias, la responsabilidad del preponente incluso por actos llevados a cabo por el factor por fuera de la preposición. El supuesto se relaciona con una empresa financiera cuyo objeto está constituido por la concesión de créditos con prenda, pero a mi parecer, los principios jurídicos que de allí se desprenden pueden considerarse aplicables también al ejercicio de otros tipos de empresas. En el pasaje se señala:

Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. Cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. Dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, nam <corrección de Haloander> pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videri <corrección de Mommsen> hoc dominum mandasse. Sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.

[Ticiano Primero había nombrado un esclavo para dar dinero en mutuo y recibir prendas; era también costumbre que este esclavo, frente a los comerciantes de cebada, asumiera la deuda en lugar del comprador y pagara. Habiéndose fugado el esclavo y aquél por quien se había delegado a dar el precio de la cebada, llamando en juicio al patrono por cuenta del factor, <éste> negaba poder ser llamado en juicio a tal título, porque <el factor> no había sido nombrado para esta cosa. Pero, estando probado que el mismo esclavo había administrado algunas otras actividades, conducido otros locales, o pagado a muchos, el prefecto de abastecimiento había dado la sentencia contra el patrono. Decíamos que se consideraba como si fuese una garantía, en cuanto <el factor> pagaba una deuda por otro y en efecto asumía una deuda por otros, y que por tal situación no se acostumbraba dar la acción <institoria> contra el patrono ni resultaba que el patrono lo hubiese encargado de ello. Pero, dado que resultaba que él lo había sustituido a nombre propio en todo, el emperador conservó la sentencia].

TICIANO Primero había nombrado un esclavo para conceder préstamos garantizados con prenda (*Titianus Primus – pignoribus accipiendis*). Además de esa actividad, el factor acostumbraba también otorgar crédito a los adquirentes de los comerciantes de cebada, fungiendo como delegado de los primeros ante los segundos (*is servus – et solvere*). En un determinado momento el esclavo huye y un comerciante de cebada, frente al cual había sido delegado para pagar el precio, llama en juicio al patrono preponente con la acción institoria (*cum fugisset – nomine institoris*). Este opone falta de legitimación pasiva, afirmando que la actividad crediticia desarrollada por el esclavo entre adquirentes y comerciantes de cebada se salía de la preposición institoria (*negabat eo nomine – praepositus fuisset*). No obstante, habiendo sido probado en el proceso que el esclavo factor desarrollaba otras actividades económicas, conducía locales y había actuado como delegado de muchos adquirentes por los cuales había pagado el precio de la cebada (*cum autem et alia – probaretur*) el prefecto de abastecimiento emitió una sentencia de condena contra el patrono (*praefectus annonae contra dominum dederat sententiam*). En este punto el jurista observa que la intermediación del factor en el pago de las partidas de cebada venía a configurarse casi como una garantía, en cuanto él asumía la deuda de los adquirentes y proveía luego a pagarla (*dicebamus – debitum*) y que en tales circunstancias no solía concederse la acción contra el preponente ni resultaba que éste hubiese encargado hacer eso (*non solere – mandasse*). Sin embargo, en el juicio de apelación, el emperador confirma la decisión del prefecto, bajo el supuesto que el patrono había puesto al esclavo como su sustituto en todas las actividades incluyendo aquellas fuera de la preposición institoria (*sed quia videbatur – sententiam conservavit imperator*).

El complejo asunto judicial gira entorno a una delegación de prometer (*delegatio promittendi*) pasiva, con la cual el comprador de cebada, delegando al esclavo factor a prometer el pago del precio al vendedor, realiza una novación subjetiva de la relación obligatoria, con transferencia de su posición de deudor²⁸.

28 A pesar de la ambigüedad de la expresión *is cui delegatus fuerat dare pretium hordei* [aquél por

También en este caso omito repetir cosas dichas ya en otras ocasiones²⁹ y me limito a sintetizar los aspectos fundamentales.

Aquí se advierte con claridad la contraposición de dos perspectivas diversas. La primera, conforme a los principios del derecho honorario (*ius honorarium*) o pretorio, es aquella ilustrada claramente por Paulo, según el cual: *a*) no estando las actividades de intermediación crediticia del factor comprendidas dentro de aquellas específicamente indicadas en la preposición, no podía invocarse su responsabilidad por las mismas; *b*) presentándose tal intermediación casi como una garantía, no solía concederse la acción institoria contra el preponente, si él no hubiese dado al factor un encargo específico para ello. Dicha argumentación, como resulta evidente, atribuía un rol fundamental y exclusivo al elemento volitivo de la preposición, y en consecuencia, la decisión de los órganos imperiales se explicaría presumiéndose una consciente, aun implícita, extensión de los límites de la propia preposición por parte del autor de la misma.

La segunda perspectiva se advierte en cambio en los motivos expuestos en la sentencia del prefecto de abastecimiento, ratificados luego por el emperador, que destacan el perfil objetivo del conjunto de actividades desarrolladas en concreto por el factor en el ejercicio de la empresa, y colocan en segundo plano la voluntad del preponente. Esta segunda perspectiva, surgida ya en la segunda mitad del siglo I a. C. por obra de algunos juristas³⁰, que implica una superación del principio exclusivamente volitivo, debió recibir un estímulo decisivo de la exigencia de tutelar la confianza de los contratantes con el factor, con base en la circunstancia que este último en la práctica actúa como representante.

En efecto, en nuestro caso se produce una situación objetiva en la que, aun habiendo sido el esclavo nombrado para dar dinero en mutuo y para recibir prendas, el mismo celebra habitualmente también *stipulationes* con los comerciantes de cebada, asumiendo frente a estos la obligación de pagar el precio por delegación de los adquirentes. Tal situación genera en los comerciantes de cebada, los cuales —no puede olvidarse— son también empresarios, la convicción de que este tipo de contratos se encuentra comprendido entre aquellos no prohibidos por el

quien <el factor> se había delegado a dar el precio], no hay duda que esto es una delegación de prometer el cumplimiento (*delegatio promittendi*) y no una delegación de pagar (*delegatio solvendi*), como resulta del contexto general del supuesto (asunción por parte del factor de una deuda ajena y de su consiguiente pago, exonerado de responsabilidad del deudor delegante). sobre el tema cfr. M. MARRONE, *istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 524 s.

29 A. Petrucci, *neque enim decipi debent contrahentes. appunti sulla tutela dei contraenti con un'impresa nel diritto romano tardo repubblicano e del principato en il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. studi in onore di A. Burdese* 3, padova, 2003, 95 ss., y *orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil* cit., 607 ss.

30 Como Ofilio, cuya posición fue después compartida por PEGASO y PEDIO. Sobre el punto cfr. MICELI, *sulla struttura* cit., 194 ss., con fuentes y bibliografía.

preponente, cuya conducta refuerza más bien dicha convicción, induciendo por tanto a uno de ellos a recurrir con éxito a la jurisdicción imperial.

Un supuesto igualmente interesante, pero con solución diversa, lo presenta el mismo Paulo, 4 *ad Plaut.* en D. 15. 1. 47 pr., donde se afirma:

Quotiens in taberna ita scriptum fuisse 'cum Ianuario servo meo geri negotium veto', hoc solum consecutum esse dominum constat, ne institoria teneatur, non etiam de peculio

[Toda vez que en un local haya sido escrito así: 'prohíbo que se lleve a cabo un negocio con mi esclavo Ianuario', es cierto que <su> patrono ha logrado solamente eso, no estar obligado con base en la acción institoria, pero no también con base en aquella en los límites del peculio].

Aquí, el empresario había fijado en el local comercial un aviso en el cual se prohibía a los terceros celebrar negocios con el esclavo Ianuario operante en ella (*cum Ianuario servo meo geri negotium veto*). A pesar del aviso, de todos modos alguno lo había hecho, pero en tal caso, frente al eventual incumplimiento del esclavo, era cosa sabida (*constat*) que no podía reclamarse con la acción institoria responsabilidad del patrono, siendo en cambio procedente en su contra la acción en los límites del peculio (*hoc solum consecutum esse dominum constat, ne institoria teneatur, non etiam de peculio*) naturalmente, si el esclavo se había constituido uno.

La extrema concisión del supuesto descrito por el jurista no nos permite determinar si la prohibición de contratar con Ianuario era la única disposición contenida en el aviso o si era más bien una entre varias cláusulas en que se articulaba la preposición de otro –poco importa si libre o esclavo–, como factor de dicho local, quizá con una repartición de tareas entre éste y Ianuario, que no obstante se encontraba excluido de la actividad contractual.

Como quiera que sea, el aspecto que se debe subrayar es que, a pesar de la existencia de un aviso al público, aquellos que, en violación del mismo, hubiesen contratado con el esclavo operante en el establecimiento, no quedaban del todo sin tutela. Ciertamente, dada la ausencia de la preposición, quedaba excluido el ejercicio de la acción institoria, pero los derechos surgidos de las relaciones con la empresa se tutelaban mediante la concesión de la acción 'en los límites del peculio'. Como se ve, se trata de una forma de tutela más atenuada, que requiere sobre todo de la constitución de un peculio por parte del esclavo gestor, e implica una responsabilidad menor del empresario, no por la totalidad, sino limitada al peculio mismo.

La formación de un peculio es, sin duda, indicadora del desarrollo de una actividad contractual por parte del esclavo operante en la empresa, no obstante la prohibición de realizarla establecida por el patrono. Lo cual determina en los terceros que han contratado con el propio esclavo una comprensible confianza, comporta una responsabilidad, aun si limitada, del patrono, sea que no hubiese estado al tanto, sea que lo hubiera tolerado no procediendo a la sustracción (*ademptio*) del peculio. En efecto, como se sabe, para que se crease un peculio,

según la posición dominante en la jurisprudencia, era suficiente la mera tolerancia por parte del patrono³¹.

Otras dos situaciones se relacionan también con el texto de Paulo apenas analizado, que el propio jurista (30 *ad ed.*) considera en D. 14. 3. 17. 1 e 4. En el § 1 se afirma:

si servum Titii institorem habueris, vel tecum ex hoc edicto vel cum Titio ex inferioribus edictis agere potero. Sed si tu cum eo contrahi vetuisti, cum Titio dumtaxat agi poterit.

[si habrás tenido como factor al esclavo de Ticio, podré actuar bien en contra tuya con base en este edicto o en contra Ticio con base en los edictos siguientes. Pero, si has prohibido que se celebren contratos con él, se podrá actuar sólo contra Ticio].

Siempre que tú hayas nombrado como factor al esclavo de Ticio (*si servum Titii institorem habueris*) yo, que he celebrado un contrato con él, podré hacer valer mis créditos actuando bien en tu contra con base en este edicto o bien en contra de Ticio con base en los edictos siguientes (*vel tecum – agere potero*). En cambio, si has prohibido que se contratase con él, podrá actuarse solamente en contra de Ticio (*sed si tu – agi poterit*).

La primera parte del texto analiza la hipótesis en la cual el empresario preponente se sirve como factor de un esclavo ajeno. En tal caso los contratantes con este factor, por las obligaciones que haya dejado incumplidas, tenían la posibilidad de elegir entre dirigirse con la *actio institoria* contra aquél que lo había nombrado o contra el patrono del esclavo mediante una de las acciones previstas en los títulos sucesivos del edicto pretorio (*ex inferioribus edictis*). Con esta última expresión el jurista quiere hacer referencia a una de las acciones adjecticias restantes colocadas en el orden edictal después de la institoria, y en particular, a la *actio de peculio vel de in rem verso* [acción en los límites del peculio y de cuanto haya ingresado directamente en el patrimonio del que tiene potestad] y a la *actio quod iussu* [acción basada en una orden] contenidas en el edicto triple (*edictum triplex*)³².

Y por tanto, si el factor, por medio de la administración de la empresa, lograba también constituirse un peculio, se otorgaba facultad al tercero acreedor de decidir, con base en las circunstancias concretas del caso, si satisfacerse con el patrimonio total del empresario preponente, vista su responsabilidad por la totalidad (*in solidum*) con base en el ejercicio de la acción institoria, o también sobre el del propietario del esclavo, aun si en los límites de su peculio o de su enriquecimiento directo. El planteamiento permanece invariable, en cambio, para el caso en que el patrono hubiese dado una orden (*iussum*) al esclavo factor ajeno de celebrar un negocio de entre aquellos comprendidos en la preposición, pudiendo entonces el

31 Sobre el argumento cfr. MICELI, *sulla struttura formulare* cit., 229 ss.; CERAMI – DI PORTO – PETRUCCI, *diritto commerciale romano* cit., 58 s.

32 Sobre el orden de tales acciones en el edicto cfr. *supra*, § 2.

tercero acreedor optar entre la institoria y la acción 'basada en una orden'; ambas portadoras de una responsabilidad por el total.

En la segunda parte de D. 14. 3. 17. 1, el empresario se sirve en su empresa del esclavo ajeno, pero análogamente a lo que sucede en D. 15. 1. 47 pr., prohíbe contratar con él. En tal eventualidad, si ha sido publicitado en el modo debido, el esclavo ajeno, naturalmente, no puede configurarse como factor, excluyendo por tanto el recurso de la institoria contra el empresario. El único remedio a disposición de eventuales acreedores, que contrariando el aviso hayan de todos modos contratado con tal esclavo, es el uso, siempre que concurran los presupuestos, de las acciones "en los límites del peculio" o "basada en una orden" contra su patrono.

Es parcialmente diferente la situación referida también por Paulo en el § 4 de D. 14. 3. 17, en donde se alude a una opinión de Próculo:

Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam: 'si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet'. Sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit nec velim quo locupletior sim solvere, replicari dolo malo oportet. Nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram.

[Próculo afirma que, si te he intimado a no dar en préstamo al esclavo por mí nombrado como factor, se debe dar la excepción, <cuyas palabras son>: 'si aquel no intimó a aquel otro a no dar en préstamo a aquel esclavo'. Pero, si con base en aquel contrato <el esclavo> tiene un peculio o <lo obtenido> lo ha depositado <directamente> en mi patrimonio y yo no quisiera pagar mi enriquecimiento, es necesario introducir <en la fórmula> la réplica de dolo. En efecto, <él afirma> que cometo dolo yo que obtengo un lucro del daño ajeno].

PRÓCULO había tratado el siguiente supuesto: si te he intimado a no hacer préstamos al esclavo que he nombrado como factor (*si denuntiavero – crederes*) y tú igualmente le has hecho uno, en el caso en el cual, frente a su incumplimiento tú quieras actuar contra mí con la *actio institoria*, podré oponerte una excepción modelada sobre el hecho (*exceptio in factum*) con la cual haré valer tal circunstancia, adaptando su fórmula al caso concreto (*exceptionem dandam – ne illi servo crederet'*). En cambio, cuando mediante el contrato, con el cual se había concedido el préstamo, el esclavo se haya creado un peculio o haya depositado directamente en mi patrimonio las ganancias que había percibido y yo no quiera restituir mi enriquecimiento (*sed si ex eo contractu – sim solvere*), podrás contraponer a mi excepción una réplica (*replicatio*) basada en mi dolo (*replicari dolo malo oportet*). En efecto, se consideraba que yo me hubiese comportado dolosamente, en la medida en que había reportado lucro de tu daño (*nam videri – lucrum quaeram*)³³.

Limitando el análisis de este texto a los puntos que aquí nos interesan, observamos cómo una vez más el preponente intervenía en la actividad contractual

33 Es interesante notar que, según WACKE, *die adjektivischen klagen* cit., 326, el destinatario de la *denuntiatio* habría sido aquí un banquero.

entre terceros y factor, imponiendo la prohibición de conceder créditos a éste último. Del tenor de las palabras del jurista no es posible establecer con certeza si tal prohibición estaba incluida en el aviso al público y valiese en consecuencia para todos los terceros contratantes, o si estuviese dirigida específicamente a la persona que luego lo concede, como es quizá más probable, dado el uso del término 'intimar' (*denuntiare*) en lugar de 'fijar' (*proscribere*). Luego, en esta hipótesis, la prohibición podía estar basada en la pertenencia del acreedor a aquel "cierto género de hombres o empresarios" (*certum genus hominum vel negotiatorum*) a los cuales, con base en lo dicho en D. 14. 3. 11. 5³⁴, les estaba prohibido en la preposición contratar con el factor, cumpliendo por ello la intimación el papel de una simple ratificación de tal previsión. O, siempre en conformidad con las prescripciones de la preposición, su autor podía reservarse la facultad de prohibir, de acuerdo con las circunstancias del caso, a ciertos individuos la celebración de determinados contratos con el factor, y aquí, la intimación habría dado actuación a esta prescripción.

En cualquier caso, ni siquiera un contratante tal con el factor queda del todo desprotegido. A pesar de la realización del negocio contrariando la intimación del preponente, goza de cierta tutela en la eventualidad en que de aquel contrato el nombrado como factor se hubiese constituido un peculio o el propio preponente hubiese obtenido un enriquecimiento. El remedio, sugerido por Próculo (y por Paulo) en el supuesto específico, consiste en un instrumento procesal, la "réplica de dolo", gracias al cual el acreedor actor podía al menos satisfacerse dentro de los límites del peculio o de cuanto hubiese ingresado directamente en el patrimonio dominical (*dumtaxat de peculio vel de in rem verso*).

En conclusión, los tres textos de D. 15. 1. 47 pr., D. 14. 3. 17. 1 y D. 14. 3. 17. 4 apenas analizados nos permiten reconstruir la solución elaborada por los juristas, al menos desde el siglo I d.C. (Próculo) para las situaciones en las cuales los terceros hubiesen contratado con un esclavo factor en violación del contenido de la preposición, o con un esclavo operante en la empresa no nombrado como factor y en consecuencia excluido de la realización de la correspondiente actividad contractual³⁵. Una solución tal, basada en una concepción volitiva del acto de

34 cfr. § 3.

35 La posibilidad frente a tales situaciones de incoar la acción en los límites del peculio y del enriquecimiento (*actio de peculio et de in rem verso*) en lugar de la institoria, se deduce claramente, no sólo de los pasajes mencionados en el texto, sino también de gayo 4. 74 (*ceterum dubium non est, quin, et is, cui ... institoria formula competit, de peculio aut de in rem verso agere possit* [de otra parte, no hay duda que también aquél, al cual ... compete la acción institoria, pueda demandar con la acción en los límites del peculio o de lo depositado <directamente> en el patrimonio <del que tiene potestad>]) y 9 *ad ed. prov.* en d. 15.1.29.1 (*etiamsi prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio* [aun si el patrono ha prohibido celebrar contratos con <su> esclavo, habrá en su contra la acción en los límites del peculio]). En doctrina, cfr. MICELI, *sulla struttura formulare* cit., 236 s.

preposición, no admite en ningún caso el ejercicio de la acción institoria contra el empresario preponente y subordina la protección de los derechos de los terceros contratantes por prestaciones de la empresa a la formación de un peculio por parte del esclavo factor o trabajador en la empresa o, en cualquier caso, a un enriquecimiento del empresario. Sólo en presencia de una u otra circunstancia, el tercero podrá disponer de la acción "en los límites del peculio o de lo ingresado directamente en el patrimonio del que tiene potestad" (*actio de peculio vel de in rem verso*) u, en el caso tratado en D. 14. 3. 17. 4, obtener el mismo resultado mediante una "réplica de dolo" (*replicatio doli*).

De lo dicho, pueden comprenderse también los motivos de la diversidad entre la solución jurisprudencial ahora considerada y la vista en D. 14. 5. 8, a la cual llega la jurisdicción imperial de los inicios del siglo III d.C. En esta última se trataba de tutelar la situación de confianza de los terceros contratantes, que habían adquirido derechos de un factor que, sobre la base de circunstancias concretas, parecía dotado de todos los poderes de administración efectivamente desplegados. En la primera, en cambio, se acordaba una protección más limitada a los derechos de los terceros que, conscientemente, habían contratado en contravía del contenido de una preposición institoria que ha sido publicitada en modo debido o de un aviso colocado fuera de la empresa contentivo de una prohibición de contratar con los esclavos que en ella trabajan.

Si dirigimos ahora la mirada al derecho vigente en Italia podemos constatar la sorprendente "modernidad" de la solución aportada por el prefecto de abastecimiento, ratificada por el emperador en D. 14.5.8. En efecto, en ella se advierte, en mi opinión, el germen del instituto de la representación aparente, que en los últimos decenios se ha venido consolidando plenamente en el derecho vivo –sobre todo jurisprudencial– de muchos países europeos, a pesar de que no se hubiese codificado³⁶.

Siguiendo con el caso italiano, la existencia de la representación aparente es hoy indudable y los elementos que deben reunirse a fin de que pueda configurarse son: a) la realización de actos no autorizados por parte del representante aparente; b) un comportamiento de tolerancia por parte del representado, lo sepa o no; c) la creación de una situación objetiva de confianza de los contratantes frente al representante aparente, que creen que está efectivamente dotado de los poderes para llevar a cabo esos actos específicos. Se trata, como puede observarse, de los mismos elementos presentes en el supuesto de D. 14.5.8. En cambio, los fundamentos normativos se prestan a discusión, dado que existen puntos de vista profundamente disímiles no sólo entre jurisprudencia y doctrina, sino también

36 Para una primera panorámica, me permito reenviar a mi ponencia *il rappresentante commerciale apparente tra diritto romano ed unificazione del diritto*, presentada con ocasión del congreso internacional celebrado en roma el 25 y 26 de mayo de 2006, y en curso de publicación en el número 21 de la Revista *Roma e America*.

entre las diversas corrientes existentes en el seno de ésta última. Sólo por hacer algunas menciones, la Corte Suprema de Casación italiana basa la representación aparente en un principio general de apariencia, que estaría contenido en los artículos 534, párrafo 2º, 1189, párrafo 1º, y 1415, párrafo 1º, del Código Civil, relativos respectivamente a:

– las adquisiciones onerosas del heredero aparente:

Artículo 534: (*Derechos de los terceros*). (2) *Quedan a salvo los derechos adquiridos, por efecto de convenciones a título oneroso con el heredero aparente, por parte de terceros que prueben haber contratado de buena fe;*

– el pago al acreedor aparente:

Artículo 1189: (*Pago al acreedor aparente*). (1) *El deudor que realiza el pago a quien aparece legitimado para recibirlo con base en circunstancias unívocas, es liberado si prueba haber actuado de buena fe;*

– la inoponibilidad de la simulación a los terceros de buena fe que hayan adquirido derechos del titular aparente:

Artículo 1415: (*Efectos de la simulación respecto de los terceros*). (1) *La simulación no puede ser opuesta ni por las partes contratantes, ni por los causabientes o por los acreedores del simulado enajenante, a los terceros que de buena fe hayan adquirido derechos del titular aparente, quedando a salvo los efectos de la transcripción de la demanda de simulación.*

En doctrina, algunos aceptan una orientación tal, otros en cambio, partiendo de la negativa a la posibilidad de configurar un principio general de apariencia, reconocen sin embargo la aplicación del contenido de los artículos apenas mencionados, por *analogia legis*, a la representación. En sentido contrario, hay otros que, de diversas formas, explican el fenómeno en términos de responsabilidad extracontractual³⁷.

En cambio, en lo que atiene a la actividad contractual realizada con un representante sin poder o que excede los límites de aquellos que le han sido conferidos, la solución moderna es diversa. En efecto, la norma general es la contenida en el art. 1398 Cod.Civ.it., según la cual, aquél "es responsable del daño que el tercero contratante ha sufrido por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato", excluyéndose así la posibilidad de pretensiones resarcitorias (inclusive en medida morigerada) en caso de contratación consciente con un sujeto no autorizado. Adicionalmente, el cuadro se completa con el régimen específico

37 Para un cuadro general se reenvía a V. FRANCESCHELLI, *introduzione al diritto privato*, milano, 2000, 262 ss.

aplicable en materia de representación de las empresas comerciales, en cuyo marco el art. 2208, como se destacó ya en el párrafo precedente, establece la responsabilidad personal del factor en el caso que no haga saber al tercero que él negocia por el preponente.

Un momento de reflexión amerita, por su parte, el conjunto de disposiciones específicas (contenidas en los artículos 2210–2213 Cod.Civ.it.) que regulan los poderes de aquellos que trabajan en la empresa, definidos como “dependientes del empresario”, pero que no están revestidos del rol de factor. En efecto, ello es indicador de que aún hoy se advierte la exigencia de evitar situaciones ambiguas para los terceros contratantes, manteniendo diferenciadas funciones y poderes de las dos figuras de “colaboradores” del titular de la empresa.

V. MUERTE DEL PREPONENTE Y CONFIANZA DE LOS TERCEROS CONTRATANTES

¿Cómo se protegían los derechos de los terceros contratantes en el caso de que el empresario preponente muriese y la empresa continuase siendo administrada por el factor? La cuestión, indicadora de su importancia práctica, es tratada por los juristas romanos en relación con diversas situaciones y no encuentra en el ordenamiento italiano actual un régimen jurídico específico análogo.

La primera concierne a la sucesión del preponente por parte de un heredero aún impúber, que es sometida a análisis, también esta vez, por Ulpiano 28 *ad ed.* en D. 14. 3. 11pr., quien afirma:

sed si pupillus heres extiterit ei qui praeposuerat, aequissimum erit pupillum teneri, quamdiu praepositus manet. removendus enim fuit a tutoribus, si nollent opera eius uti.

[pero si un pupilo se ha vuelto heredero de aquél que había nombrado <al factor> será muy equitativo que el pupilo resulte obligado mientras se mantenga al nombrado: en efecto, <éste> habría debido ser removido por los tutores, si no hubiesen querido utilizar su actividad].

Según el jurista, si el preponente era sucedido por un pupilo (*sed si pupillus heres extiterit ei qui praeposuerat*) que continuaba valiéndose de la actividad desarrollada por el factor, habría sido conforme a la máxima equidad que él resultase también obligado por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por éste (*aequissimum erit pupillum teneri*) mientras se mantuviera la preposición (*quamdiu praepositus manet*) en cuanto los tutores, si no hubiesen querido utilizarlo más, podían haberlo removido (*removendus enim - opera eius uti*).

Una respuesta idéntica frente a la misma situación es proporcionada también por PAULO, 30 *ad ed.* en el § 2 de D. 14. 3. 17:

Si impubes patri habenti institores heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui usus, quemadmodum ubi post mortem tutoris, cuius auctoritate institor praepositus est, cum eo contrahatur.

[Si un impúber se ha vuelto heredero del ascendiente que tenía factores, y luego se contrata con estos, debe decirse que se da la acción contra el pupilo a causa de la utilidad del uso promiscuo, como cuando después de la muerte del tutor, con base en cuya autorización el factor ha sido nombrado, se celebre un contrato con él].

Si un impúber sucede como heredero al *pater* que había nombrado factores en su empresa (*si impubes – extiterit*) y posteriormente contrata con estos (*deinde cum his contractum fuerit*) los terceros contratantes podrán hacer valer sus derechos contra aquél mediante la acción institoria, a causa de la utilidad que le deriva del uso promiscuo de los propios factores (*dicendum est – promiscui usus*) así como sucede a favor de quien, después de la muerte del tutor, ha contratado con el factor nombrado con su autorización (*quemadmodum ubi – cum eo contrahatur*).

De la situación examinada por Ulpiano y por Paulo en los pasajes apenas mencionados emergen tres circunstancias:

- un impúber se vuelve heredero del preponente, en cuanto heredero "automático" (*heres suus et necessarius*) (en D. 14. 3. 17. 2) o también como consecuencia de aceptación, como podría deducirse de D. 14. 3. 11 pr., donde el preponente no se califica como *pater* del impúber;

- la muerte de aquél que había realizado la preposición no extingue en sí misma la preposición, es necesario que el tutor (o el impúber mismo con la asistencia de éste último) remueva de sus funciones al factor, dando, evidentemente, aviso público;

- los terceros celebran un contrato inherente al objeto de la empresa con el factor nombrado por el difunto luego de que el impúber ha adquirido la calidad de heredero.

Entonces, es la continuidad en la administración empresarial por obra del factor la que determina la concesión a los terceros contratantes, en caso de incumplimiento de éste último, de la acción institoria contra el pupilo, por la utilidad que él recababa de su utilización (*propter utilitatem promiscui usus*), sin necesidad de ratificación por parte del tutor de la preposición efectuada por el *pater* difunto³⁸.

Por su parte, normalmente, si un pupilo mayor de siete años, es decir, *infantia maior*³⁹, hubiese querido ejercer una empresa comercial, en sentido lato, proponiendo

38 Para una profundización de los dos pasajes de ULPIANO y PAULO, permítaseme reenviar a mis estudios: PETRUCCI, *i servi impuberum esercenti attività imprenditoriali nella riflessione della giurisprudenza romana dell'età commerciale en societas - ius. munuscula di allievi a FELICIANO SERRAO*, Napoli, 1999, 221 ss., 212 ss., y *ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti cit.*, 39 s.

39 Como bien se sabe, el límite de edad entre infantes (*infantes*), totalmente incapaces de actuar, e impúberes mayores infantes (*infantia maiores*), cuya capacidad debía ser integrada con la

como factor un esclavo suyo, su acto de preposición debía recibir la autorización (*auctoritas*) del tutor, en la medida en que quedaba directamente obligado por los contratos celebrados en este ámbito por el factor⁴⁰. Adicionalmente, el tutor, en lugar de dar su autorización a la preposición realizada por el pupilo, podía incluso sustituirlo en el nombramiento del esclavo pupilar como factor—ésta debía ser la situación normal en caso de pupilos de edad inferior a siete años (los *infantes*)—sin que ello hiciera desaparecer la responsabilidad del pupilo basada en la acción institoria⁴¹.

La segunda situación es aquella en la cual los terceros han contratado con el factor en la fase entre la muerte del preponente y la aceptación de su herencia. La misma es tratada en un pasaje de ULPIANO, 28 *ad ed.* en D. 14. 3. 5. 17 y en uno de Paulo, 30 *ad ed.* en D. 14. 3. 17. 3, que llegan, en esta oportunidad, a soluciones no unívocas. Se señala en el primer texto:

si [...] decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit. Nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignoranti dari institoriam actionem

[si [...] ha muerto quien ha realizado el nombramiento y se ha vuelto su heredero uno que utiliza el mismo factor, éste <el heredero> deberá sin duda resultar obligado. Y si antes de la aceptación de la herencia se ha contratado con él <el factor>, es equitativo que a quien no se encuentre en conocimiento sea dada la acción institoria].

Si el empresario que ha nombrado al factor muere y quien le sucede como heredero continúa utilizando a éste último (*si [...] decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur*) resultará ciertamente obligado (*sine dubio teneri eum oportebit*) y podrá ser llamado a responder con base en la acción institoria por las obligaciones asumidas e incumplidas por el factor. Si antes de la aceptación de la herencia, un tercero ha contratado con éste último (*... si ante aditam hereditatem cum eo contractum est*) ignorando la muerte del empresario preponente, resultará equitativo concederle la acción institoria (*aequum est ignoranti dari institoriam actionem*) que naturalmente se intentará contra el heredero luego de que haya aceptado.

intervención del tutor, es establecido, a partir del siglo ii d.c., en el cumplimiento de los siete años: cfr. MARRONE, *istituzioni di diritto romano* cit., 254.

40 Como afirma ULPIANO, 28 *ad ed.*, en d. 14. 3. 9: *verum si ipse pupillus praeposuerit, si quidem tutoris auctoritate, obligabitur, si minus, non* [pero si el pupilo mismo ha nombrado <un factor>, si <lo ha hecho> con la autorización del tutor resultará obligado, de lo contrario, no lo será].

41 Según lo que se sostiene de nuevo en ulpiano, 28 *ad ed.* en d. 14. 3. 5. 18: *sed et si procurator meus, tutor, curator institorem praeposuerit, dicendum erit veluti a me praeposito dandam institoriam actionem* [pero inclusive si mi procurador, tutor, curador, ha nombrado un factor, deberá decirse que se da la acción institoria como si hubiese sido nombrado por mí]. sobre el tema se reenvía a albanese, *le persone nel diritto privato romano* cit., 492 ss.; WACKE, *die adjektivischen klagen* cit., 315 s., y *alle origini della rappresentanza diretta* cit., 597 s.

En la primera parte del texto, ULPIANO confirma el principio ya visto en D. 14. 3. 11pr. y D. 14. 3. 17. 2 para la sucesión de un impúber, con base en el cual la muerte del preponente no extingue la preposición si el factor es mantenido en su función por parte del heredero⁴². En efecto, para lograr su extinción, éste habría debido revocarla y contemporáneamente habría tenido que darle publicidad del mismo modo en que se había dado a conocer.

En la segunda parte del pasaje, en cambio –que es lo que aquí importa– se otorga protección, a través de la acción institoria, a los derechos de los que de buena fe no hubiesen sabido que celebraban un contrato con un factor en un momento de vacío en la titularidad de la empresa, habiendo fallecido el preponente y no habiendo su heredero aceptado todavía la herencia.

En D. 14. 3. 17. 3, PAULO, continuando el planteamiento del § 2 hace poco analizado, sostiene:

Eius contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi si furiosus heres existat, dandam esse actionem etiam Pomponius scripsit: non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore exercente mercem contrabat

[También Pomponio ha escrito que ciertamente debe darse la acción a título de aquel contrato, que se verificó antes de la aceptación de la herencia, aun si resulta heredero un enfermo mental: en efecto, no debe imputarse a quien se encuentre en conocimiento que el patrono <preponente> ha fallecido, el contratar con el factor que gestiona el capital empresarial].

Para los contratos celebrados antes de la aceptación de la herencia (*eius contractus –intercessit*) PAULO refiere y comparte lo que había escrito Pomponio, según el cual a los terceros contratantes con el factor debía concedérseles siempre la acción institoria, aun si el heredero del preponente hubiese sido un enfermo mental (*etiamsi si furiosus – Pomponius scripsit*) porque no podía imputarse a quien estaba en conocimiento de la muerte del empresario preponente el haber de todos modos contratado con el factor que desplegaba la actividad empresarial (*non enim imputandum est – cum institore exercente mercem contrabat*)⁴³.

Por tanto, en tal texto POMPONIO y PAULO se alejan de la solución propuesta por el jurista de Tiro en D. 14. 3. 5. 17 para las actividades contractuales desarrolladas con el factor entre el momento de la muerte del preponente y la aceptación de la herencia, otorgando siempre a los terceros, para hacer valer sus derechos, la acción institoria, aun si hubiesen estado en conocimiento de la muerte del preponente, y su heredero hubiese sido eventualmente un enfermo mental (siendo necesario

42 Cfr. sobre el punto, la más reciente, MICELI, *sulla struttura formulare* cit., 227, la cual habla de una "preponderancia de la relación «empresarial» que deriva de la *praepositio* respecto de aquella de naturaleza potestativa".

43 Sobre el significado de la expresión *exercere mercem* cfr. CERAMI – DI PORTO - PETRUCCI, *diritto commerciale romano* cit., 18.

en tal caso la aceptación por parte de su curador: D. 29. 2. 63). Como es obvio, inclusive frente a una solución tal es necesaria la existencia de un heredero contra el cual dirigir la acción, y en consecuencia, la aceptación, por obra de un *vocatus*, de la herencia del preponente.

La preocupación de los tres juristas es la de dar protección a los derechos de los que contratan con un factor en el momento que transcurre entre la muerte del preponente y la aceptación de su herencia por parte de un heredero voluntario (*heres voluntarius*) partiendo del presupuesto que, una vez ésta fuese aceptada, la preposición todavía a producía sus efectos si el heredero no removía de sus funciones al factor (como se deduce del primer período de D. 14. 3. 5. 17 y de D. 14. 3. 11 pr., antes examinados). Se trataba entonces de regular, frente a dichos contratantes, esa fase de "vacío" en la titularidad de la empresa, en la que no obstante había continuidad en su administración por parte del factor. Y, si la solución propuesta por POMPONIO y luego por PAULO revela una gran sensibilidad de los dos juristas frente a la confianza de los terceros, no puede decirse que la sostenida por ULPIANO sea sólo una aplicación simple y mecánica de la norma según la cual el mandato se extingue por la muerte del mandante (*morte solvitur mandatum*).

En efecto, diferenciando los terceros contratantes en desconocedores (*ignorantes*) y conocedores (*scientes*) de la muerte de quien había realizado la preposición, deja intacto para los primeros el mismo régimen anterior a tal evento, y para los segundos propone, en cambio, un "período de suspensión" de este último. Con el resultado que, si el heredero acepta la herencia y no revoca de sus funciones al factor, los desconocedores no sufren ninguna interrupción en la tutela jurídica de sus derechos, mientras que en relación con los conocedores puede hablarse sólo de una resucitación de la eficacia de la preposición que, no obstante, no los protege durante la vacancia de la titularidad de la empresa.

En conclusión, del conjunto de pasajes apenas vistos parece difícil contestar la existencia de un interés evidente de la jurisprudencia por la salvaguarda de los derechos de aquellos que contratan con el factor, en el ámbito de las prestaciones objeto de la empresa, en los casos en que ésta continúe funcionando después de la muerte del preponente.

Frente a las situaciones en las que sucede un heredero, incluso impúber, que utiliza el mismo factor, puede destacarse, por lo menos en los inicios del siglo III d.C., una comunión de concepciones entre los juristas, en el sentido que se otorga a quien ha contratado, para hacer valer sus derechos, la facultad de intentar contra el nuevo titular de la empresa la acción institoria. En relación con el lapso de tiempo entre la muerte del preponente y la aceptación de la herencia por parte del llamado, las soluciones se muestran en cambio divergentes. POMPONIO y PAULO no dudan en conceder a los terceros contratantes, siempre y en todo caso, la acción institoria contra el heredero, una vez que hubiese aceptado, mientras que ULPIANO la limita sólo a los que hubiesen contratado de buena fe con el factor ignorando la muerte del preponente.