

2.2. Instrumentos procesales

2.2.1. Acciones

**LAS ACCIONES *ADIECTITIAE QUALITATIS* COMO
ANTECEDENTE DE LAS MODERNAS ACCIONES
DE RESPONSABILIDAD**

MIRTA BEATRIZ ÁLVAREZ
Buenos Aires - Argentina

LAS ACCIONES *ADIECTITIAE QUALITATIS* COMO ANTECEDENTE DE LAS MODERNAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Comunicación presentada por la Profesora Mirta Beatriz Alvarez, Profesora Adjunta de Derecho Romano en las Universidades de Belgrano, Buenos Aires, y Flores de la República Argentina.

I.- INTRODUCCION.

En la presente comunicación se tratarán las acciones que va concediendo el pretor a los terceros que contratan con personas sujetas a potestad, y se explicará su funcionamiento, como así también, la recepción que han tenido en el derecho moderno, específicamente en el derecho privado argentino.

Como señalan las Institutas de Justiniano 2, 9 pr.: “Se adquiere para nosotros no sólo por nosotros mismos, sino también por aquéllos que tenemos bajo nuestra potestad”.

Las personas sometidas a la potestad del *pater familias* eran **instrumentos de adquisición**. Por medio de ellas, el *pater* organizaba todas sus actividades económicas y se convertía en acreedor. Esto era así dentro de la concepción de unidad patrimonial de la primitiva familia romana en cabeza del *pater familias*.

Pero si bien el *pater familias* podía adquirir por medio de sus *fili familias* y sus esclavos, quiénes adquirirían por él y para él, no podían, conforme al Derecho Civil, obligarse por él.

Los terceros que contrataban con las personas sometidas a potestad, debían cumplir las obligaciones asumidas, pero no podían, conforme al derecho quiritorio, accionar contra el *pater familias* para exigir la contraprestación.

Esta situación injusta fue advertida por el pretor, quién trató de proteger a la parte más débil de la relación jurídica: los terceros que habían contratado con las personas bajo potestad.

Por razones de practicidad, nos referiremos a la relación entre el *pater* y el *filius*, pero debe considerarse que las mismas acciones se aplican a la relación entre el amo y el esclavo.

Los comentaristas dieron el nombre de *adiectitiae qualitatis* a los remedios creados por el pretor, por tener la particularidad de tratarse de acciones que van siempre agregadas a otra acción. Estas acciones tornaban al *pater*, en algunos casos, plenamente responsable por el todo (*in solidum*) y en otros, su responsabilidad estaba limitada a un monto determinado.

II.- LAS ACCIONES EN PARTICULAR.

Las acciones pueden dividirse en dos grandes grupos:

- 1.- Aquéllas que se conceden cuando existe autorización especial o general del *pater* para los negocios celebrados por el *filius familias*.
- 2.- Aquéllas que se conceden cuando tal orden o autorización falte.

1.- Dentro del primer grupo encontramos las siguientes:

1.1.-*ACTIO QUOD IUSSU*.

Supone un contrato que ha celebrado el *filius familias* por orden o con autorización expresa y especial del *pater*.

Iussum significa mandato u orden y *quod iussu*, lo que se ha mandado, ordenado o autorizado. El *iussum* ocurre cuando se autoriza “ante testigos, o por carta, o por palabras, o por nuncio, ya en forma especial para un negocio, o en forma general; y también si se hubiere hecho así, diciéndole al otro contratante: “el negocio que a mi riesgo quieras hacer con mi esclavo Sthico”.” (Ulpiano, Digesto, 15, 4, 1 pr.).

Para la procedencia de esta acción se parte de la base de que el *pater familias* da orden o autoriza al *filius* a celebrar un determinado negocio (Ulpiano, Digesto, 15, 4, 1 pr. “porque en cierto modo se contrata con el que manda”). También se concede esta acción si el *pater* ratificara el negocio con posterioridad (Digesto, 15, 4, 1, 6).

Supongamos que el *pater familias* autoriza la adquisición de una cosa. Como ya dijimos, de acuerdo con el derecho civil estricto, el tercero que ha vendido una cosa al *filius*, no tiene acción contra éste para reclamarle el pago del precio, por carecer el *filius familias* de capacidad procesal. En lo atinente al *pater familias*, éste no tiene obligación alguna frente al tercero, por no haber participado del negocio.

Así el pretor, de acuerdo con la *aequitas*, y con el fin de proteger a la parte más débil de la relación jurídica, que había entregado o debía entregar la cosa y carecía de acción para reclamar el precio, le concede la acción *venditi quod iussu*. Esta acción es una modalidad de la que tiene el vendedor en el contrato de compraventa.

El pretor idea algunas modificaciones en la fórmula: en la *intentio* figurará el nombre del *filius familias* con quien el actor ha contratado, pero en la *condemnatio* figurará el nombre del *pater familias*, ya que el *filius* no tiene patrimonio ni capacidad jurídica plena. Hay en esta fórmula concebida por el pretor una “**trasposición de sujetos**”. -

En el caso del esclavo, la fórmula tiene otra característica más, ya que contiene una ficción del *status libertatis*: en la *intentio* se incluye la ficción de que el esclavo es libre, pues de lo contrario, no podría ser demandado. El pretor ordenaba al *iudex* ó *arbiter* proceder como si el esclavo fuera libre (Digesto, 19,3,12).

Esta fórmula no tenía limitación alguna, por lo que la condena que se podía obtener era por la totalidad de la suma a la que el *filius familias* se hubiera obligado, por medio del contrato que celebrara con el tercero.

Con el advenimiento del procedimiento extraordinario, se entiende que la acción contra el *pater* es directa (Justiniano, Institutas, 4, 7, 1, 8).

1.2.-*ACTIO EXERCITORIA*.

Su nombre proviene del *exercitor navis*, naviero o armador del buque (Ulpiano, Digesto, 14, 1, 1, 15).

Supone una autorización general del *pater familias* para todos los negocios jurídicos relacionados con el gobierno de la nave, a diferencia de la *actio quod iussu* en que la autorización es para una operación determinada.

En este caso, el *pater* reviste el carácter de armador o naviero (*exercitor navis*), que ha organizado una empresa de transporte marítimo, y ha confiado el gobierno de la nave a un *filius familias* (capitán o *magister navis*).

El *magister navis* es aquél a quién se ha encomendado el cuidado de toda nave (Digesto, 14, 1, 1, 1), entendiéndose por nave “ya la de mar, ya la de río, ya navegue en algún estanque, ya sea un barquichuelo” (Digesto, 14, 1, 1,6).

Como el *magister navis*, por las circunstancias propias de la actividad, no podía recabar autorización especial y expresa para cada negocio que celebrara, y teniendo en cuenta que el *pater (exercitor navis)*, era el beneficiario de dichos negocios, y con fundamento en razones de equidad, el pretor concedió a los terceros que hubieren contratado con el *filius familias*, acción contra el *pater*, por el monto total involucrado en los negocios, que debían tener relación directa con la actividad marítima (Ulpiano, Digesto, 14, 1, 1, 2).

El *exercitor* queda obligado por el *magister navis* en todo lo relacionado con la actividad para la que fue propuesto, como la carga, la reparación de la nave, los salarios de los marineros, e incluso si debió pedir dinero en mutuo, siempre que el préstamo lo haya tomado para emplearlo en la negociación del viaje (Digesto, 14, 1, 1, 7, id. 8, id. 9, id. 11).

La utilidad de esta acción está referida en el Digesto (Ulpiano, 14, 1, 1 pr.), pues por las circunstancias de lugar y tiempo, los terceros no pueden informarse sobre la condición del *magister navis*.

Para la procedencia de esta acción, el *magister navis* debe obrar dentro de los límites de las instrucciones recibidas por el *exercitor*, y en caso de que los exceda, el *exercitor* no responde (Digesto, 14, 1, 1, 12).

El *exercitor* no responde por las obligaciones contraídas por los marineros y no por el *magister*, aunque sí responde por los delitos que cometieran los marineros (Digesto, 14, 1, 1, 2).

Si la explotación de la nave se hiciera a través de una empresa marítima, la acción *exercitoria* se da *in solidum*, por la totalidad de la deuda, sin perjuicio del derecho del que hubiere pagado, para obtener de los demás el reintegro (Digesto, 14, 1, 1, 25 y 14, 1, 3- Justiniano, Institutas, 4, 7, 1). En caso de varios patrones (Ulpiano, Digesto, 14, 1, 1, 13 y 14), si no se distribuyeron los cargos, cada uno obligará al naviero; en cambio, si se distribuyeron funciones, cada uno obligará al naviero por las que tenía a su cargo, y si el naviero estableció que la actuación debía ser conjunta, habiendo actuado un solo patrón, aquél no responde.

La acción *exercitoria* es perpetua, por concederse tanto a los herederos como contra los herederos (Ulpiano, Digesto, 14, 4, 4).

1.3.- *ACTIO INSTITORIA*.

Su nombre deriva del de *institor* (Ulpiano, Digesto, 14,3,3), el que insta gestionando un negocio, a diferencia de la *exercitoria*, cuyo nombre, como ya vimos, proviene del dueño de la nave (*exercitor navis*).

El fundamento de esta acción surge de una autorización general que ha dado el *pater* al *filius familias*, al que ha puesto al frente de un comercio terrestre, para intervenir en negocios jurídicos relacionados con dicha actividad (Ulpiano, Digesto, 14, 3, 1).

Como en la acción *exercitoria*, para la procedencia de esta acción, es necesario que se trate de negocios jurídicos vinculados con el ejercicio de la actividad encomendada al *institor* (Digesto, 14, 3, 5, 11), v.gr., si lo ha puesto para vender cosas (Digesto, 14, 3, 5, 12), y también si tomó dinero en mutuo para comprar mercaderías o pagar el alquiler del local, salvo que se lo hubiese prohibido expresamente (Digesto, 14, 3, 5, 13, y en cuanto a prohibiciones, Ulpiano, Digesto, 14, 3, 11, 2, id. 3, id. 4).

El *institor* (Paulo, Digesto, 14, 3, 18) pudo haber sido nombrado para gestionar una tienda o cualquier otra negociación, tal como: para administrar un edificio (Digesto, 14, 3, 5, 1), para comprar trigo (Digesto, 14, 3, 5, 1), para prestar dinero a interés (Digesto, 14, 3, 5, 2), para vender mercaderías como “vendedores ambulantes” (Digesto, 14, 3, 5, 4), o para dirigir un local de remiendo de ropa (Digesto, 14, 3, 5, 6). Estas formas – al igual que la empresa marítima – eran muy frecuentes en Roma y son el origen del moderno derecho empresario.

La *actio institoria* se da perpetuamente tanto en forma activa como pasiva (Digesto, 14, 3, 15).

En caso de varios dueños, éstos responden, como en la *exercitoria*, por el todo (Digesto, 14, 3, 13, 2).

Conforme Papiniano, se otorgó la acción *cuasi institoria*, cuando se había encomendado a una persona como *procurator*, la realización de un negocio (v.gr.: tomar dinero en mutuo, Digesto, 14, 3, 19 pr. o la venta de un bien, Digesto, 19, 1, 13, 25), para ir contra el dueño del negocio. Estas gestiones son realizadas por hombres libres, ajenos a la familia y permiten abrir el camino hacia el concepto de la representación.

2.-Dentro del segundo grupo de acciones creadas por el pretor, para corregir las injusticias que surgían de la aplicación rigurosa del derecho civil, están aquéllas en que el *pater familias* no ha dado ni autorización especial ni general al *filius familias*.

2.1.- *ACTIO DE PECULIO*.

El *peculio* era la masa de bienes que el *pater familias* concedía al *filius* (Ulpiano, Digesto, 15, 1, 5, 4). El *filius* adquiría para el *pater* (como instrumento de adquisición). La propiedad y posesión de los bienes que integraban el *peculio*, continuaban perteneciendo al *pater*, y a la muerte del *filius familias*, volvían a aquél por derecho de *peculio*.

El pretor permitió a los terceros ejercer la *actio de peculio*, cuando habían contratado con el *filius familias*, y hasta la concurrencia del monto de los bienes de ese *peculio* que el *pater* le había concedido.

Si el *filius* incumplía la obligación contraída, el tercero podía recurrir al pretor, a fin de solicitar una fórmula que permitiera al *iudex* condenar al *pater* en la medida del *peculio*.

En el caso de esta acción, la *condemnatio* será *cum taxatione*, es decir, limitada al monto del peculio (a diferencia de las vistas anteriormente, en que se solicitaba la condena por el total *–in solidum–* de la obligación que se ejecutaba).

La acción de peculio procede cuando el *filius familias* tiene un peculio otorgado por el *pater* (*profecticium*) y sin autorización expresa ni general, realiza negocios.

El fundamento radica en que si el *pater* le ha concedido un peculio, se reputa que lo ha autorizado a celebrar contratos, en base a dicho peculio (Ulpiano, Digesto, 15, 1, 46: “El que concede la administración del peculio, parece que permite en general lo que también especialmente ha de permitir”).

Otra de las características particulares de esta acción es que, a diferencia de la *tributoria*, el monto del peculio, se ve reducido en la medida en que el *pater* tenga créditos naturales contra el *filius* (Ulpiano, Digesto, 15, 1, 41). El *pater* actuaría, en este caso, como un acreedor privilegiado (Digesto, 15, 1, 10 y 11, 6).

Los acreedores cobrarán luego, a medida que se vayan presentando y hasta agotar el peculio. Vale decir, que no se prorratea el monto del peculio entre los acreedores, sino que se paga según el orden de las demandas.

Por lo expuesto, podía ocurrir que los acreedores que demoraran más en exigir sus créditos, encontraran que el peculio se había agotado, y se les hiciera imposible cobrar.

El pretor también trató de subsanar esta situación, permitiendo que los acreedores accionaran por la acción de peculio y la de *in rem verso*. Por esta última, si el peculio se había agotado, se permitía ir contra el *pater* en la medida del enriquecimiento que experimentó con el negocio realizado. La fórmula, en estos casos, llevaría una doble *condemnatio*.

La acción de peculio es perpetua mientras el *filius* esté *in potestate*, pero si muere o es emancipado, la acción se da solamente dentro del año (Digesto, 15, 2, 1 pr., id, 1; Ulpiano, Digesto, 14, 1, 4, 4).

2.2.- *ACTIO TRIBUTORIA*.

Su nombre proviene del verbo *tribuere*, que significa distribuir.

En este supuesto, el *pater* ha concedido al *filius* un peculio, y si bien no ha mediado autorización expresa para ejercer el comercio, de hecho el *filius* lo ejerce con conocimiento del *pater* y sin su oposición. Habría en el caso, una autorización tácita del *pater familias* (Ulpiano, Digesto, 14, 4, 1, 3).

En esta acción, a diferencia de la de peculio, se procede a una ejecución colectiva del peculio, practicándose la distribución de su producido entre los distintos acreedores a *pro rata* (Digesto, 14, 4, 5, 5, id, 6, id. 19).

El *pater* no goza, como en la de peculio, de preferencia, sino que concurre en un plano de igualdad con los restantes acreedores, y cobrará también a *pro rata* (Paulo, Digesto, 14, 4, 6).

Los requisitos para la procedencia de esta acción, son los siguientes:

- a.- que el *filius* hubiera destinado todo o parte del peculio a una empresa comercial, sin autorización, pero con conocimiento del *pater* (Ulpiano, Digesto, 14, 4, 1, 3).
- b.- que el *pater*, ante el fracaso del negocio llevado a cabo por el *filius*, se hubiera visto obligado a distribuir el peculio entre los acreedores, y al hacerlo, hubiera procedido dolosamente, o hubiera descontado del mismo, sus créditos, como si gozara de privilegio (Ulpiano, Digesto, 14, 4, 7, 2).

Lo que se reclama por esta acción, como su nombre lo indica, es la distribución de cosas (Digesto, 14, 4, 8).

Se puede optar entre la *actio de peculio* y la *tributoria* analizando las posibilidades de éxito (Gayo, Digesto, 14, 4, 11), pero no existe, luego de efectuada la opción, vía de regreso para intentar la otra.

Ulpiano, sin embargo, en Digesto, 14, 4, 9, 1, sostiene: “Cualquiera debe elegir la acción de que usará, si la de peculio, o la *tributoria*, sabiendo que no habrá de tener regreso para la otra. Mas si alguien quisiera ejercitar por una causa la acción *tributoria*, y por otra la de peculio, deberá ser oído”.

Se trata de una acción perpetua, con limitaciones, pues se da tanto perpetuamente como contra el heredero, solamente por aquello que fue a poder de éste (Ulpiano, Digesto, 14, 4, 7, 5).

2.3.- *ACTIO IN REM VERSO*.

Presupone un enriquecimiento del *pater* por los negocios realizados por el *filius*, y que éste ya no tenga peculio o que el peculio se haya agotado (como resultado de la *actio de peculio*).

Conforme Pomponio, en Digesto, 50, 17, 206: “Es conforme a la equidad del derecho natural, que nadie se enriquezca con detrimento e injuria de otro”.

En el derecho clásico, la *actio in rem verso*, debía ejercerse conjuntamente con la de peculio, insertándose en la fórmula una doble *condemnatio*, autorizando al *iudex* a condenar al *pater* en la medida del peculio, y en su defecto, en la del enriquecimiento que hubiera experimentado.

En el derecho justiniano, se pudo ejercer en forma independiente, concediéndose también una *actio in rem verso utilis*, en el caso de la gestión de negocios y en el supuesto de obligaciones contraídas por el mandatario, excediendo los límites del mandato (Digesto, 15, 3, 3, 2).

De acuerdo con los textos del Digesto (15, 3, 3, 2, id.4, id.5 pr. y 2), se concluye que la acción es procedente con tal que lo invertido haya sido útil al *pater*, aunque no fuera necesario, como parecería indicar Gayo en Institutas 4, 7, 4 (conf. Ulpiano, Digesto, 15, 3, 3, 6).

La *actio in rem verso* es perpetua, permitiendo accionar contra los sucesores (Digesto, 15, 3, 1, 1).

III.- RECEPCION EN EL DERECHO ARGENTINO Y EL PROYECTO DE UNIFICACION DEL CODIGO CIVIL Y DE COMERCIO.

En esta tercera parte de la comunicación, analizaremos la recepción de las acciones creadas por el pretor, en el Derecho Argentino y en el Proyecto de unificación del Código Civil con el Código de Comercio (a estudio en el Congreso de la Nación).

Es menester aclarar, que dichas acciones resultan ser el fundamento de las modernas acciones de responsabilidad, aunque el sustento ya no reside en la unidad patrimonial de la familia en cabeza del *pater*, y por consiguiente, en que las personas bajo su potestad actúan como instrumentos de adquisición, sino que están basadas en la relación de dependencia y en razones de equidad.

1.1.- *ACTIO QUOD IUSSU*.

Como en ella existía una autorización expresa del *pater familias* para que el *filius* emprendiera un determinado negocio y, por ende, el pretor lo responsabilizaba por las obligaciones que el *filius* contrajera en virtud de ese negocio, podríamos encontrar una recepción, en la figura del mandato expreso a que se refiere el Código Civil Argentino.

La responsabilidad del mandante se encuentra contemplada en los artículos 1941 a 1959, siendo de destacar el contenido de los artículos 1946 y 1947.

Art. 1946: “Los actos jurídicos ejecutados por el mandatario en los límites de sus poderes, y a nombre del mandante, como las obligaciones que hubiese contraído, son considerados como hechos por éste personalmente”.

Art. 1947: “El mandatario no puede reclamar en su propio nombre la ejecución de las obligaciones, ni ser personalmente demandado por el cumplimiento de ellas”.

El Código de Comercio Argentino legisla el mandato comercial en los artículos 221 a 231.

Sin embargo hay que destacar la definición de mandato que Vélez Sarsfield da en el artículo 1869 del Código Civil y la nota al mencionado artículo.

Art. 1869: “El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza”.

En la nota al citado artículo, el Codificador aclara: “Decimos **como contrato**: Todo mandato supone una orden para obrar; pero no toda orden de obrar es mandato como contrato. En el Derecho Romano, el lenguaje jurídico se servía de expresiones diferentes, para significar la orden que una persona da a otra por forma de mandato como contrato, y la orden que se da al que se tiene bajo su dependencia. *Mando* se aplicaba al primer caso y *Jubeo* al segundo. Cuando se ordenaba una cosa a un hijo o a un esclavo, la orden se llamaba *Jusum*, y no se le confundía con el mandato, porque el mandato supone que la persona a que se dirige, es libre de aceptarlo. De estas dos situaciones nacían diversas acciones. La acción *quod jussu* era diferente de la acción *mandati* “.

El Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, a estudio en el Congreso de la Nación, establece en el artículo 356 los efectos de la representación (tanto para la legal como para la voluntaria), de esta manera: "Los actos celebrados por el representante en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento, producen efecto directamente para el representado".

Por otra parte, la definición del contrato de mandato contenida en el artículo 1241 del Proyecto de unificación citado, es bastante más escueta que la de Vélez Sarsfield: "Existe mandato si una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra".

1.2.- *ACTIO EXERCITORIA*.

La responsabilidad del armador por las obligaciones contraídas por el capitán del buque, se encontraban determinadas en el Código de Comercio Argentino en el artículo 878, actualmente derogado, que decía: "El dueño o los partícipes de un buque, cada uno en proporción de su parte, son civilmente responsables de los hechos del capitán, en todo lo relativo al buque o su expedición. Responden en consecuencia, por las deudas y obligaciones que contrae el capitán, para reparar el buque, habilitarlo y aprovisionarlo, sin que pueda eludirse esta responsabilidad alegando que el capitán excedió los límites de sus facultades, u obró contra sus órdenes e instrucciones, siempre que el acreedor justifique que la cantidad que reclama se invirtió en beneficio del buque. Responden igualmente de las indemnizaciones a favor de tercero, a que haya dado lugar la culpa del capitán en la guarda y conservación de los efectos que recibió a su bordo...".

Actualmente la Ley de Navegación N° 20.094, incorporada al Código de Comercio, define al armador en su artículo 170 y su responsabilidad en el 174. El capitán se encuentra definido en el artículo 201 y sus facultades en el 210.

Artículo 170: "Armador es quién utiliza un buque, del cual tiene la disponibilidad, en uno o más viajes o expediciones, bajo la dirección y gobierno de un capitán por él designado, en forma expresa o tácita...".

Artículo 174: "El armador es responsable de las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en todo lo relativo al buque y a la expedición, y por las indemnizaciones a favor de terceros a que haya dado lugar por hecho suyo o de los tripulantes...".

Artículo 201: "El capitán es representante legal del propietario y del armador del buque, no domiciliados en el lugar, en todo lo referente al buque y a la expedición, sin perjuicio del mandato especial que pueda conferírsele".

Artículo 210: "El capitán está facultado para realizar todos los contratos corrientes relativos al equipo, aprovisionamiento y reparaciones del buque, salvo en el puerto donde tenga su domicilio el armador o exista un mandatario de éste con poder suficiente. En este caso, el capitán no tiene facultad para realizar gasto alguno relacionado con el buque".

El proyecto de unificación no contempla el derecho marítimo, pues en caso de aprobarse, la ley de navegación enunciada seguiría vigente.

1.3.- *ACTIO INSTITORIA*.

El Código de Comercio Argentino en el Libro Primero (“De las personas del comercio”), Título IV (“De los agentes auxiliares del comercio”), Capítulo IV (“De los factores o encargados y de los dependientes de comercio”), define al factor en su artículo 132, como “la persona a quién un comerciante encarga la administración de sus negocios, o la de un establecimiento particular...”.

El artículo 136 del mismo cuerpo legal establece: “Los factores deben tratar el negocio en nombre de sus comitentes. En todos los documentos que suscriben sobre negocios de éstos, deben declarar que firman con poder de la persona o sociedad que representan”.

El artículo 137 determina: “Tratando en los términos que previene el artículo antecedente, todas las obligaciones que contraen los factores recaen sobre los comitentes. Las acciones que se intenten para compelerles a su cumplimiento, se harán efectivas en los bienes del establecimiento, y no en los propios del factor, a no ser que estén confundidos con aquéllos de tal modo, que no puedan fácilmente separarse.”

El artículo 138 dispone: “Los contratos hechos por el factor de un establecimiento comercial o fabril, que notoriamente pertenezca a persona o sociedad conocida, se entienden celebrados por cuenta del propietario del establecimiento, aún cuando el factor no lo declarase al tiempo de celebrarlo, siempre que tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, o si aún cuando sean de otra naturaleza, resulta que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos, o por hechos positivos que induzcan presunción legal”.

Por último, el artículo 142 del Código de Comercio Argentino dice: “Los principales no quedan exonerados de las obligaciones que a su nombre contrajeran los factores, aún cuando prueben que procedieron sin orden suya en una negociación determinada, siempre que el factor estuviese autorizado para celebrarla, según el poder en cuya virtud obre y corresponda aquélla al giro del establecimiento que está bajo su dirección. No pueden sustraerse del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los factores, a pretexto de que abusaron de su confianza o de las facultades que les estaban conferidas, o de que consumieron en su provecho los efectos que adquirieron para sus principales, salvo su acción contra los factores, para la indemnización”.

El Proyecto de unificación del Código Civil con el Código de Comercio, en el Libro II, Título VII, Capítulo II “Representación Convencional”, en el artículo 369, titulado Facultades implícitas, establece: “Se presume que: a) Quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste. b) Los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están autorizados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan.

c) Los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están autorizados a percibir su precio contra entrega de recibo”.

2.1.- *ACTIO DE PECULIO*.

2.2.- *ACTIO TRIBUTORIA*.

Por las características particulares de estas acciones, y por no existir institución similar a la del peculio en la legislación argentina, no podemos encontrar recepción de estas dos acciones.

Sin embargo, el presupuesto de la acción de peculio (Ulpiano, Digesto, 15, 1, 46: “El que conceda la administración del peculio, parece que permite en general lo que también especialmente ha de permitir”), y el de la acción *tributoria* (la existencia de una autorización tácita del *pater familias* al *filius* para intervenir en algún negocio), pueden resultar un antecedente del mandato tácito definido en el Código Civil Argentino en el artículo 1874, de la siguiente forma: “El mandato tácito resulta no sólo de los hechos positivos del mandante, sino también de su inacción o silencio, o no impidiendo, pudiendo hacerlo, cuando sabe que alguien está haciendo algo en su nombre”.

En la nota a los artículos 1873 y 1874 el codificador Vélez Sarsfield, al justificar la inclusión del mandato tácito, dice: “...Nosotros, consecuentes con los principios que hemos asentado en otros títulos, que el consentimiento en los actos jurídicos puede resultar del silencio mismo, y de la regla del Derecho Romano, *qui non prohibet pro se intervenire, mandare videtur*, L, 60 Dig. De regulis iuris, no trepidamos en establecer el mandato tácito...”.

Vélez hace mención a la regla contenida en Digesto, 50, 17, 60.

El proyecto de unificación del Código Civil con el Código de Comercio, en su artículo 368, titulado Representación tácita, regula: “Si alguien actúa como apoderado de otro y en su nombre, con su conocimiento y sin su oposición, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente”.

Por otra parte en el Capítulo VIII, del Libro IV, Título III, referido al Mandato, en el artículo 1242, denominado Mandato tácito, establece: “El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se reputa que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella”.

En la exposición de motivos del citado Proyecto se menciona que “el mandato se presume, con lo que se establece un criterio largamente reclamado en la doctrina y que tiene precedentes en todos los proyectos nacionales”.

2.3.- *ACTIO IN REM VERSO*.

Esta acción sería el antecedente del enriquecimiento sin causa.

Vélez Sarsfield en la nota al artículo 499 del Código Civil Argentino, menciona al enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, y en la nota al artículo 784 del mismo cuerpo legal, transcribiendo a Marcadé, se refiere al enriquecimiento sin causa como **principio permanente de nuestro derecho**.

Sin embargo, no existe en el Código Civil Argentino, una regla general del enriquecimiento sin causa, pero, tal como indica el jurista argentino Doctor Atilio

Aníbal Alterini en “Curso de Obligaciones”, Volumen II, p.445 y s.s. punto 2 “Acción in rem verso”(Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975), se consagran reglas particulares, tales como:

- 1.- Artículo 728, caso del pago realizado por un tercero contra la voluntad del deudor;
- 2.- Artículo 907, en los hechos involuntarios se responde del daño causado, si con el daño se enriqueció el autor del hecho;
- 3.- Artículo 1165, en caso de anulación de contratos hechos con personas incapaces, la parte capaz no puede exigir la restitución de lo dado o el reembolso de lo pagado, **“salvo si probase que existe lo que dio, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz”**;
- 4.- En la hipótesis de pago indebido;
- 5.- En la gestión de negocios, el dueño del negocio está obligado al pago de los gastos realizados por el gestor, o a la liberación de las deudas contraídas por él, hasta la concurrencia de las ventajas que aquél obtuvo al fin del negocio (artículos 2301 y 2302);
- 6.- En igual sentido, las disposiciones relativas al empleo útil (artículos 2306 a 2309);
- 7.- También, entre otros casos, los de edificación, siembra y plantación (artículos 2587 a 2591), adjunción, confusión o mezcla (artículos 2594 a 2600).

La acción de enriquecimiento sin causa tiene límites bien precisos: por un lado, no puede exceder del efectivo desmedro del empobrecido, y por el otro, tampoco puede ser mayor que el enriquecimiento logrado por el accionado.

El IV Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la Ciudad de Córdoba, República Argentina, en 1969, aprobó una declaración enunciando los requisitos de esta acción, a saber:

- a.- Enriquecimiento del demandado;
- b.- Empobrecimiento del demandante;
- c.- Relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento;
- d.- Ausencia de causa que lo justifique;
- e.- Carencia de toda otra acción que remedie el desmedro sufrido por el empobrecido.

Asimismo, el citado Congreso, de *lege ferenda* en una eventual reforma, aprobó incorporar al Código Civil una norma que consagre el principio general que veda el enriquecimiento sin causa, debiendo adoptarse como fórmula general la del artículo 852, del Proyecto de Reforma de 1936: “Cuando alguien, sin causa jurídica, se enriqueciere injustamente con detrimento de otro, deberá en la medida de su beneficio, restituirle el valor en que lo hubiere empobrecido”.

Esta fórmula es similar a la establecida por Pomponio en Digesto, 50, 17, 206, ya comentada.

El Proyecto de unificación del Código Civil con el Código de Comercio, en el Libro IV, Título IV, Capítulo IV titulado, precisamente Enriquecimiento sin causa,

establece en su artículo 1721 denominado Caracterización: “Si una parte se enriquece sin causa a costa de otra, está obligada hacia ella conforme a los artículos siguientes” y el artículo 1722, titulado: Requisitos de la acción por restitución, dispone: “El empobrecido tiene derecho a accionar por restitución contra el enriquecido, si:

- a.- El enriquecimiento es susceptible de apreciación pecuniaria: puede provenir de la obtención de una ventaja, o de la evitación de un perjuicio.
- b.- El enriquecimiento se produce sin causa jurídica que lo justifique.
- c.- Hay un empobrecimiento, causado por ese enriquecimiento.”

De la lectura de los artículos 1723 y 1724 del citado Proyecto, se desprende que esta acción es residual, y procede respecto del bien determinado que el enriquecido incorporó a su patrimonio, si todavía se halla en su poder, o, en su defecto, en la medida del beneficio, y no más allá del perjuicio.

Es decir, que el Proyecto recoge cabalmente las recomendaciones del IV Congreso Nacional de Derecho Civil antes detalladas, y así lo declara en la exposición de motivos.

IV.-CONCLUSIONES.

- 1.- La familia romana era concebida como una unidad patrimonial, siendo el *pater familias*, el titular del patrimonio familiar. El *pater* se servía de las personas que estaban bajo su potestad, como **instrumentos de adquisición**.
- 2.- El Derecho Civil establecía el principio de que el *pater familias* adquiriría por las personas bajo su potestad, pero éstas no podían convertirlo en deudor.
- 3.- El pretor, fundado en razones de equidad, creó remedios para los terceros que contrataban con las personas sujetas a potestad, ya que aquéllos constituían la parte más débil de la relación jurídica.
- 4.- El fundamento de estas acciones podía encontrarse en la comunidad de intereses existente entre el *pater familias* y las personas bajo su potestad.
- 5.- Algunas de estas acciones (*quod iussu*—con las salvedades apuntadas-, *exercitoria* e *institoria*), han sido receptadas en el derecho argentino, basadas en el principio de la responsabilidad contractual del principal por los negocios celebrados por sus dependientes.
- 6.- Si bien el *peculio* no está contemplado en el derecho argentino, el fundamento de la *actio de peculio* y de la *tributoria*, se encontraría en la existencia de un mandato tácito del *pater familias*, siendo la figura del mandato tácito contemplada en el artículo 1874 del Código Civil Argentino.
- 7.- La *actio in rem verso*, se encuentra receptada en la acción del enriquecimiento sin causa, que si bien no está formulada como regla general en el Código Civil Argentino, el mencionado cuerpo legal contiene numerosas reglas particulares que sostienen ese principio. Su fundamento se encuentra en razones de equidad.
- 8.- Conforme se sustentara en anteriores trabajos presentados, y fuera aprobado en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Argentina, celebradas en la Ciudad de Corrientes del 31 de Julio al 4 de Agosto de 1985, se debe incorporar como principio **la protección a la parte más débil de la relación jurídica** (sea el deudor o el acreedor). El pretor, al crear estas acciones conocidas por los comentaristas como *adiectitiae qualitatis*, no ha hecho más que aplicar este principio.

