

Una aproximación a la figura del *proxeneta* a tenor de D. 50, 14 y su proyección al Derecho actual

Paula Domínguez Tristán
Universidad de Barcelona

I. El periplo histórico de la mediación en el ámbito comercial, instituto de antigua tradición, ha estado siempre vinculado a los condicionamientos del desarrollo del “tráfico mercantil”. Las operaciones comerciales, como observa RAMELLA¹, han requerido, en todo tiempo, el concurso de intermediarios, con la función de aproximar la oferta a la demanda y, por tanto, de cooperar en la conclusión de negocios.

La investigación moderna y contemporánea sobre la mediación, con frecuencia, como destaca BRUTTI², describe una fisonomía constante de tal institución, que supera el mero plano normativo singular. Protagonista de una esencial función económica, ya que colabora en el movimiento complejo de agregación y expansión del mercado, el mediador aparece en toda su evolución como un “auxiliar del cambio”, esto es, como aquél que pone en relación a dos o mas personas para la celebración de un contrato o cualquier otra operación económica, que favorece la actividad comercial y que, por ello, es retribuido³.

Así sintetizado, podría afirmarse, en términos generales, que el “modelo formal” de la mediación encuentra su génesis en la experiencia romana y, en ella, una contribución, la ofrecida por el Derecho romano, a la que la ciencia jurídica

1 v. *Mediazione*, *Enciclopedia giuridica italiana*, 10 (parte I-II), pp. 189-312, p. 189.

2 v. *Mediazione*, *Enciclop. del Diritto*, 26 (1976) pp. 12-32, p. 12.

3 Delineada, en términos generales, la figura del mediador, la doctrina, como manifiesta M. BRUTTI, *id.* n. anterior, establece, por un lado, el régimen de sus atribuciones y de su responsabilidad en contextos normativos determinados y, por otro, construye una historia de sus formas jurídicas variables en el tiempo. Sobre dicha cuestión, *vid.* bibliografía citada por BRUTTI, *op. cit.*, p. 12, n. 1.

europea hará referencia, aunque adaptando y transformando ese modelo con contenidos diversos. Por lo dicho, consideramos de gran interés el tratar de delinear, según las fuentes romanas, “la figura del intermediario comercial”, sobre todo, si se tiene en cuenta, reiteramos, que ésta se propondrá, continuamente, como modelo formal, interpretado y profundamente transformado, por toda la ciencia jurídica europea⁴.

Así pues, en virtud de lo expuesto, el objeto de este trabajo no es otro que el aproximarnos a la figura de dicho “intermediario comercial”, a partir de lo dispuesto en D. 50, 14 (*De proxeneticis*) y, en particular, en D. 50, 14, 2 *Ulp. 31 ad ed*; en definitiva, tratar de esbozar, a grandes rasgos, el perfil de dicha figura⁵ y, al mismo tiempo, proyectarla a nuestro Derecho mercantil actual.

Antes de iniciar la exposición del tema elegido, consideramos oportuno destacar, por una parte, que las escasas noticias que nos informan del *proxeneta* constituye, a nuestro modo de ver, una grave dificultad para acometer el estudio propuesto, ya que tal factor determina, como veremos, que sólo puedan obtenerse algunas ideas generales sobre la citada institución y, por otra, tal vez consecuencia de lo anterior, que salvo BRUTTI⁶, que dedica parte de un artículo al examen de la actividad mediadora en los esquemas del Derecho romano, la romanística apenas se ha interesado por la figura del *proxeneta*, pese a la importancia e incidencia de su función económica en el desarrollo y expansión del tráfico comercial en Roma.

II. Los “mediadores comerciales”, si se nos permite la expresión, llamados también en Derecho comparado “corredores”, “agentes”, “comisionistas”, “brokers”...,

4 En este sentido ya se pronunció BRUTTI, v. *Mediazione*, cit., p. 14.

5 En torno a la misma se plantean una serie de problemas que, a nuestro entender, por su relevancia, complejidad y conexión con otros temas, exigen otro estudio individualizado, al que ya nos estamos dedicando al día de hoy.

6 v. *Mediazione*, cit., pp. 12-22.

fueron ya conocidos en Egipto⁷ y Grecia⁸ antes que Roma afirmase su potencia en el vecino Oriente⁹. Dichos mediadores son denominados en las fuentes jurídicas romanas con los términos *proxeneta*¹⁰ (D. 50, 14, 2 y 3), y *mediator* (Nov.

-
- 7 Cabe destacar que en Babilonia, capital del antiguo reino de Caldea (a. 2000 AC), el Código de HAMMURABI ya se refería explícitamente a la figura del mediador. Este primer compendio de leyes de la humanidad, labrado en piedra, en caracteres cuneiformes, describía la actividad de estos “agentes mediadores”, aunque como ocurría con otras instituciones nada indica que se le pudiera atribuir, por entonces, una naturaleza comercial. Al principio, su actividad se desarrolló mediando entre un nativo del “país” y un mercader extranjero al que le servía de intérprete, generalizándose después esta práctica tanto para compradores como para vendedores. En esencia, la tarea consistía en facilitar los informes precisos sobre dónde y bajo qué condiciones se podía comprar o vender los productos que las partes necesitaban, todo ello mediando el pago de una remuneración de ambas partes contratantes. Más tarde, como afirma RAMELLA, v. *Mediazione*, cit., p. 189, en época de PSAMETICO (PSAMMETE), rey de Sais (a. 655-609 AC), se sabe que estos mediadores formaban una particular casta.
- 8 Como afirma RAMELLA, *ibidem*, la difusión de los mediadores en Grecia es corroborada por los numerosos términos adoptados para denominarlos (sobre éstos, *vid. op. cit.*, p. 189, n. 3). A su vez, J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 194, observa que en el mundo griego, los “agentes mediadores”, intervenían, sobre todo, en la conclusión de matrimonios. A tales mediadores, apostillamos, se refiere ULPIANO en D. 50, 14, 3.
- 9 En este sentido, cfr. entre otros, M. POZZI, v. *Mediazione e mediatore*, NDI, 8 (1939) pp. 391-402, p. 393 y MICHEL, *id. n. anterior*.
- 10 Como manifiesta BRUTTI, v. *Mediazione*, cit., p. 15, el vocablo *proxeneta*, antes de ser una calificación jurídica específica, es el sustantivo (*proxenoi*) derivado del verbo griego προξενεω e indica, literalmente, “alguien que se interesa de cualquier cosa”, “que procura la realización de un fin”. T. CHARLTON-P. D. LEWIS, *A Latin Dictionary*, v. *proxeneta*, Oxford, 1ª ed. 1879 (reimpr. 1987), p. 1. 482, ya indicaron que *proxeneta* es la traducción latina del término griego προξενητης. Por otra parte si, como apunta MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 553, se nos permite vincular la institución del mediador a la suerte de la palabra que la designa, es interesante constatar, como hace el autor, los siguientes hechos: 1) que la voz *proxeneta* no aparece en la literatura de la época republicana; 2) que dicho término aparece en el primer siglo del Imperio en SÉNECA y MARCIAL; y 3) que el Digesto consagra a los “corretajes” un título breve (D. 50, 14 “*De proxenetis*”), formado por 3 fragmentos de ULPIANO. Sobre la base de estos datos lingüísticos, como con acierto destaca MICHEL, *ibidem*, se puede imaginar que la institución del *proxeneta* nace en el Oriente griego; se extiende a Roma al inicio del Imperio y que la misma se consolida en la época de ULPIANO, esto es, a principios del s. III DC.

90, 8)¹¹. Sin embargo, cabe advertir, de antemano, que el vocablo *proxeneta*, como constatan los textos, no sólo designa al intermediario entre las partes de un negocio¹², objeto de nuestro estudio, sino también al que media en relaciones privadas que son ajenas al ámbito comercial, como es el caso del *proxeneta conditionis, amicitiae y assessorae*¹³. En esta línea, y como señala TORRENT, no hay que olvidar que en época postclásica el término apunta a la persona que media para conseguir favores sexuales y, con este significado, el único en Derecho actual, es empleado por CONSTANTINO cuando impone al marido que repudia a la esposa la obligación de restituir toda la dote, salvo que ésta fuera adúltera, manipuladora de veneno o *proxeneta*¹⁴.

Prescindiendo de aisladas referencias de SÉNECA al instituto de la mediación¹⁵, las únicas disposiciones sobre el *proxeneticum*¹⁶ –algunos autores no romanistas

11 RAMELLA, v. *Mediazione*, cit., p. 189, se refiere a otros apelativos con que es llamado el mediador en un sentido amplio y general, así: *minister, medius, pararius, intercessor, censarius, interemptor, philanthropus*, etc. (vid. fuentes romanas en que son utilizados dichos términos, *ibidem*, ns. 4-10. Sobre el testimonio del *mediator* se pronuncia la Nov. 90, 8 de la siguiente manera: mas como establecimos una ley –*Quoniam vero posuimus legem*–, para que en los litigios pecuniarios atestigüen los que no quieren –*ut in pecuniariis causis nolentes testificari*–, pero no hayan de ser compelidos a prestar testimonio –*illos non compellendos testimonium dare*– los que antes fueron mediadores entre los mismos –*qui ante mediatores facti sunt ipsis*–, y algunos abusan de esto y no quieren servir de testimonio –*et quidam abutuntur hoc et testimonio nolunt uti*–, mandamos –*sancimus*– que si ambas partes consintieran –*si utraque pars consentiat*– que también el mediador de ellos sea testigo –*quod mediator eorum fiat testificator*–, porque se acepte lo que por él se diga –*componantur enim ea quae ab eo dicuntur*–, sea compelido éste, aún no queriendo, a prestar testimonio –*compellere eum et nolentem testimonium perhibere*–, desapareciendo, por el consentimiento de ambas partes, la prohibición por la que no quiso nuestra ley que, en modo alguno, fuese testigo aquél, no queriendo –*prohibitione propter quam eum nolentem testificari primitus nostra noluit lex propter consensum utriusque partis sublata*–.

12 En esta línea se pronuncian H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz-Austria, 1971, p. 475, pues limitan el significado de *proxeneta* al de “corredor” o “agente” (D. 50, 14).

13 D. 50, 14, 3 Ulp. 8 *de omnibus tribunalibus* menciona a estos mediadores. Vid. *infra*, n. 18.

14 A. TORRENT, *Diccionario de Derecho romano*, v. *proxeneta*, Madrid, 2005, p. 1. 011.

15 Vid. SÉNECA, *Epist. ad Lucil.* 119, 1-2 y *De Beneficiis*, 2, 23 y 3, 15. Vid. también n. 10.

16 Como apuntan CHARLTON-LEWIS, *A Latin Dictionary*, cit., p. 1. 482, *proxeneticum* deriva del griego, *προξενητικόν*, que significa, utilizando terminología moderna, “corretaje” que se da al que tercia en los contratos. En este sentido, cfr. entre otros, HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*, cit., p. 475 y TORRENT, *Diccionario*, cit., p. 1. 011.

utilizan la expresión *pactum proxeneticum*¹⁷— y la actividad de los *proxenetae*, se encuentran en los 3 fragmentos de ULPIANO que configuran el título 14, *De proxenetis*, del libro 50 del Digesto¹⁸.

Una primera lectura de los textos¹⁹ pone ya de manifiesto, sobre todo, su heterogeneidad y la escasas noticias que ofrecen del *proxeneta*. Como observa BRUTTI tales fragmentos proceden de obras diversas del jurista y contienen referencias, pero sólo ocasionales e incidentales, sobre algunos problemas que plantea la actividad del *proxeneta*²⁰ y el llamado *proxeneticum*. Coincidimos con el romanista que los mismos conceptos de *proxeneta* y *proxeneticum*, aunque designan una realidad precisa, no adquieren, sin embargo, un alcance general ni una función temática en el discurso del jurista²¹.

17 Cfr. entre otros, POZZI, v. *Mediazione*, cit., p. 393 y RAMELLA, v. *Mediazione*, cit., p. 190.

18 Sin embargo, no puede preterirse, por un lado, que la voz *proxenetis* figura en la rúbrica del título 1, *De sponsalibus et aris sponsaliciis et proxenetis*, del libro 5 del Código justinianeo y, por otro, que C. 5, 1, 6 (*Epitome graec. const. ex Bas.* = Bas. 54, 15, 4) versa sobre el *proxeneta nuptiarum*, esto es, sobre el mediador de las nupcias y su retribución. Aunque esta constitución no tiene fecha seguramente es posterior, como apunta MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 194, al año 472 (fecha de la constitución precedente). En D. 50, 14, 3 Ulp. 8 *de omnibus tribunalibus* se alude, entre otros, al *proxeneta conditionis*, es decir, al intermediario de un matrimonio, pues el término *condicio*, como destaca RAMELLA, *ibidem*, equivale a “decisión de matrimonio” (la glosa florentina contiene la dicción “*condicio ad matrimonium*”). En definitiva, el objeto de su actividad mediadora queda fuera de la “esfera del cambio” y, por tanto, de nuestro estudio.

19 D. 50, 14, 1 Ulp. 42 *ad Sab.*; D. 50, 14, 2 Ulp. 31 *ad ed.* y D. 50, 14, 3 Ulp. 8 *de omnibus tribunalibus*.

20 BRUTTI, v. *Mediazione*, cit., p. 14. A nuestro juicio, es menester destacar que el panorama descrito dificulta, en gran medida, el estudio del *proxeneta* a la luz de las fuentes señaladas, pues éstas, de conformidad con lo ya apuntado, no permiten resolver cuestiones de gran interés, que ellas mismas suscitan, pero respecto a las que no se pronuncian.

21 En palabras de BRUTTI, *ibidem*, falta en ULPIANO, como en otros, un tratamiento autónomo *de proxenetis*. A nuestro entender, el esquema de la citada institución aparece en los propios textos referidos, aunque de modo fragmentario, incidental e insuficiente. Coincidimos con BRUTTI que es conveniente extender la investigación a otras fuentes que describen, con terminología diversa, las mismas conductas y relaciones que el jurista predica, de pasada, del *proxeneta*, pues sólo así podremos ver en qué otros supuestos pueden encontrar aplicación las reglas referidas por ULPIANO en tema de responsabilidad del *proxeneta*. Sin embargo, y pese a lo dicho, entendemos que una investigación de tales características se aleja de los objetivos de este estudio, aunque en estos momentos ya estemos trabajando en la misma. Sobre la exhortación (*consilium*) y el mandato de prestar dinero a un tercero, con

La realidad descrita justifica, a nuestro modo de ver, que aquí, como ya hemos indicado, nos limitemos a exponer, a partir de los citados textos y, en particular, de D. 50, 14, 2, algunos aspectos y consideraciones sobre el *proxeneta*, con el único fin de tratar de aproximarnos a una figura prácticamente olvidada por la romanística y, al mismo tiempo, proyectarla a nuestro Derecho actual.

Cabe reseñar, no obstante, que aunque la regulación de la profesión del mediador sea insuficiente y fragmentaria, la *communis opinio* está de acuerdo en concluir que los *proxenetae*, según los fragmentos ulpinianos, constituyeron en Roma una clase numerosa de personas, pero de escasa consideración social, ya que la actividad comercial, al igual que la actividad vinculada a ella, era poco valorada por los romanos²². Sin embargo, como sostiene FADDA, ese juicio desfavorable experimentó una evolución paralela a la del desarrollo del comercio y, por ello, en época del Bajo Imperio, ese desprecio inicial se limita al “comercio cotidiano” —pequeño—²³.

motivo del análisis de D. 50, 14, *vid.* textos examinados por BRUTTI, *op. cit.*, pp. 15 ss., así, y entre los más relevantes, *Gai.* I. 3, 155-156 y 3, 26 pr-6; D. 17, 1, 10, 7 *Ulp.* 31 *ad ed.* y D. 19, 5, 5, 2 *Paul.* 5 *qaest.* Respecto al interés del mandante o un tercero y los problemas que plantea el *mandatum pecuniae credendae*, *vid.* V. A. RUIZ, *Il mandato in Diritto romano, Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma (anno 1948-1949)*, Napoli, 1948-49 (reimpr. 1965), pp. 118 ss. y, en concreto, p. 122, ns. 1 y 2, en las que se refiere a D. 50, 14, 2. Asimismo, sobre las dificultades con que, en concreto, se encuentra la doctrina en materia de *mandatum pecuniae credendae*, a tenor de lo dispuesto en *Gai.* I. 3, 156, *vid.* entre otros, con bibliografía y fuentes citadas, G. SEGRÈ, *Scritti giudizii*, vol. 1, Cortona, 1930, pp. 270 ss.; A. RUIZ, *ibidem*; A. BUDESE, *Mandatum mea aliena tua gratia, Studi in onore di V. A. Ruiz*, I, Napoli, 1952, pp. 219 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, vol. 1 (Le garanzie personali), Padova, 1962, pp. 119 ss. y A. WATSON, *Contract of mandate in Roman law*, Oxford, 1961, pp. 3 ss.

22 Cfr. entre otros, C. FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano. Introduzione (con una nota di lettura di L. Bove)*, *Antiqua*, 47, Napoli, 1987, pp. 22 ss.; POZZI, v. *Mediazione*, cit., p. 393; RAMELLA, v. *Mediazione*, cit., p. 190; C. VARELLI, *La Mediazione*, Napoli, 1953, p. 1 y G. GIORDANO-D. IANNELLI y G. SANTORO, *Il contratto di agenzia. La mediazione, Giurisprudencia sistematica di Diritto civile e commerciale, fondata da W. Bigiavi*, tom. 2, 2ª ed., Torino, 1993, pp. 559 ss. (Parte 2ª: *La Mediazione*, por IANNELLI, pp. 600 ss.), p. 601.

23 FADDA, *ibidem*, n. anterior. Sobre las razones del desprecio inicial del comercio y, en particular, de los comerciantes, así como su evolución, *vid.* consideraciones realizadas por este autor, *op. cit.*, *id.* pp. 22 ss.

Tras estas puntualizaciones pasemos ya a la lectura del testimonio de ULPIANO, el del título 14, *De proxenetis*, del libro 50 del Digesto, que adquiere todavía una mayor relevancia si tenemos en cuenta, como afirma BRUTTI²⁴, que sobre él se fundamenta, en su mayor parte, el esquema de la mediación construido por la tradición romanística.

D. 50, 14, 1 Ulp. 42 *ad Sab.*: *Proxenetica iure licito petuntur*²⁵.

D. 50, 14, 2 Ulp. 31 *ad ed.*: *Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus an possit quasi mandator teneri. et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen quam mandat, tametsi laudet nomen. idem dico, et si aliquid philanthropi nomine acceperit: nec ex locato conducto erit actio. plane si dolo et calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur*²⁶.

D. 50, 14, 3 Ulp. 8 *de omnibus tribunalibus*. *De proxenetico, quod et sordidum, solent praesides cognoscere: sic tamen, ut et in his modis esse debeat et quantitatis et negotii, in quo operula ista defuncti sunt // et ministerium qualequale accommodaverunt*²⁷. *facilius*²⁸ *quod Graeci ερμηνευτικον appellant, peti apud eos poterit, si quis forte condicionis vel amicitiae vel adessurae vel cuius alterius huiusmodi proxeneta fuit: sunt enim huiusmodi hominum (ut in tam magna civitate) officinae. est enim proxenatarum modus, qui emptionibus venditionibus, commerciis, contractibus licitis utiles non adeo improbabili more exhibent*²⁹.

24 v. *Mediazione*, cit., p. 14.

25 Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889 (reimpr. 1960), p. 1. 170, donde el fragmento se coloca tras D. 19, 5, 15 Ulp. 42 *ad ed.*. Así pues, en la Palingenesia D. 50, 14, 1 aparece relacionado, según BRUTTI, *id. n.* anterior, de modo arbitrario, con un análisis desarrollado por ULPIANO en el libro 42 *ad Sab.* sobre las diversas formas de hurto y de complicidad con los *fures*.

26 LENEL, en *Pal.*, II, cit., pp. 623-624, ubica el texto tras D. 19, 5, 19 Ulp. 31 *ad ed.* Cabe observar que el libro 31 *ad ed.* versa sobre diversos aspectos del mandato.

27 Ed. MOMMSEN, II, p. 931: *sic ordina et emenda: De proxenetico, quamquam est sordidum, solent praesides cognoscere: est enim proxenatarum genus, qui emptionibus venditionibus commerciis contractibus licitis utiles non adeo improbabili more se exhibent: sic tamen ut et in his modis esse debeat quantitatis... officinae.*

28 *Ibidem*, <difficilius>. Vid. *Index Interpolationum*, III Weimar, 1935, p. 582.

29 Cfr. LENEL, *Pal.* cit., p. 1. 000. Se tiende a considerar, manifiesta FADDA, *Istituti commerciali*, cit., p. 20, que los compiladores alteraron el texto. Vid. *Ind.*, III, n. anterior.

En D. 50, 14, 1 Ulp. 42 *ad Sab.* el jurista manifiesta que los corretajes –*Proxenetica*³⁰– se reclaman con lícito derecho –*iure licito petuntur*–.

ULPIANO en D. 50, 14, 2 Ulp. 31 *ad ed.* declara que si interviniera un mediador –*Si proxeneta intervenerit*– para constituir un crédito, esto es, para encontrar un mutuario –*faciendi nominis*–, como suelen hacerlo muchos –*ut multi solent*–, veamos si podrá estar obligado como mandante –*videamus an possit quasi mandator teneri*–, y no lo creo –*et non puto teneri*–, porque muestra un nombre más que mandar –*quia hic monstrat magis nomen quam mandat*–, aunque elogie el nombre –*tametsi laudet nomen*–. Lo mismo digo –*idem dico*–, si hubiera recibido algo –*et si aliquid... acceperit*– *philanthropi nomine* (en concepto de gratificación, de regalo o presente)³¹, no tendrá lugar la acción de arrendamiento –*nec ex locato conducto erit actio*–. Ciertamente, si hubiere engañado con dolo y astucia al acreedor –*plane si dolo et calliditate creditorem circumvenerit*–, responderá con la acción de dolo –*de dolo actione tenebitur*–.

Finalmente, en D. 50, 14, 3 Ulp. 8 *de omnibus tribunalibus*³² se puede leer que del corretaje –*De proxenetico*– que se llama también sórdido –*quod et sordidum*–, suelen conocer los presidentes –*solent praesides cognoscere*–, pero de manera que también en ellos deba haber proporción así con la cantidad como con el negocio –*ut et in his modus esse debeat et quantitatis et negotii*– en que desempeñaron este pequeño trabajo –*in quo operula ista defuncti sunt*– y prestaron algún servicio –*et ministerium qualequale accommodaverunt*–. Más fácilmente –*facilius*³³–, a nuestro juicio, como sostiene la doctrina, debe leerse <difícilmente>³⁴ –*difficilius* o <menos> fácilmente³⁵, se podrá pedir ante los presidentes lo que los griegos llaman

30 La traducción del término se corresponde con el significado referido de *proxeneticum* (vid. *supra*, n. 16). A su vez, POZZI, v. *Mediazione*, cit., p. 393 y VARELI, *La Mediazione*, cit., p. 1, lo traducen como compensación (= recompensa, retribución); y A. D'ORS como gratificación.

31 Sobre el significado de la voz *philantropi*, que deriva del griego, vid. *infra*, n. 49.

32 A juicio de FADDA, *Istituti commerciali*, cit., p. 20, dicho texto, como indica PERNICE de manera más racional (cit. por FADDA, id.), pertenece a la obra “*de omnibus eis quae tribunalibus aguntur*”.

33 *Id.* n. siguiente.

34 Vid. n. 28. Como apunta MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 194, n. 58, la frase *facilius <difficilius> quod Graeci...*, parece sospechosa por sus relaciones con C. 5, 1, 6.

35 Traducción de A. D'ORS. En estos términos ya se pronunció FADDA, *Istituti commerciali*, cit., p. 21, para el que el texto exige <*non facilius*>, en lugar de *facilius*.

hermeneutikon (esto es, interpretación u honorarios de intérprete)³⁶ –*quod Graeci ερμηνευτικον appellant, peti apud eos poterit*–, si acaso alguno fue mediador –... *proxeneta fuit*– de una condición –*si quis forte condicionis*–, de una amistad –*vel amicitiae*–, de asesoramiento –*vel adsessurae*– o de cualquier otra cosa semejante –*vel cuius alterius huiusmodi*...–, porque hay oficinas de tales hombres, como ocurre en esta gran ciudad –*sunt enim huiusmodi hominum (ut in tam magna civitate) officinae*–. Pero hay un tipo de mediadores –*est enim proxenetarum modus*– que se prestan como útiles (intervienen con eficacia) y no por mala costumbre –*qui... utiles non adeo improbabili more exhibent*–, en las compras –*emptionibus*–, en las ventas –*venditionibus*–, en los negocios comerciales (actos de comercio) –*commerciis*– y en los contratos lícitos –*contractibus licitis*–.

ULPIANO, pese a la reiterada heterogeneidad de los textos, referencias incidentales y, en suma, a la aparente falta de unidad temática de su discurso, centra su atención, a nuestro entender, como ya observó BRUTTI³⁷, en dos aspectos fundamentales de “la relación de mediación”: por una lado, en la actividad y responsabilidad del *proxeneta* (D. 50, 14, 2 y 3 *in fine*) –aspecto objeto de nuestro estudio– y, por otro, en el pago o retribución de un corretaje –*proxeneticum*– que, como se declara en D. 50, 14, 1, se reclama con lícito derecho –*iure licito petuntur*³⁸–, pero que, sin embargo, en D. 50, 14, 3 se llama “sórdido” –*quod et sordidum*–.

Respecto al segundo de los aspectos enunciados, las cuestiones que D. 50, 14, 3 suscita sobre el *proxeneticum*, nos limitamos a destacar con la doctrina que este fragmento, al que sólo nos referimos de manera incidental, como ya hemos señalado, corrobora que era costumbre que los *proxenetae* reclamaran ante los Presidentes –*solent praesides cognoscere*–, el pago de un corretaje, es decir, una retribución por la actividad realizada, por vía de la *cognitio extra ordinem*³⁹. En síntesis,

36 G. DEL CORRAL traduce el término griego del siguiente modo: *interpretativum seu interpretis honorarium*.

37 v. *Mediazione*, cit., p. 15.

38 Como asevera BRUTTI, *ibidem*, p. 14, afirmar, como se hace en D. 50, 14, 1 *Ulp. 42 ad Sab.*, que la reclamación de una retribución sea lícita, significa para ULPIANO traducir en regla la observación de una *praxis* que está documentada en D. 50, 14, 3, pues en éste se dispone que la controversia sobre el pago de un corretaje al *proxeneta* es objeto de la *cognitio extra ordinem*.

39 A nuestro modo de ver, MICHEL *Gratuité*, cit., pp. 552 ss., opina, con razón, que, en un primer momento, la actividad mediadora, basada en la *amicitia*, era gratuita y que sólo más tarde sería retribuida. *Vid.* n. 44.

como apunta RAMELLA⁴⁰, la lectura de D. 50, 14, 3, texto, a juicio de la doctrina, desordenado y confuso⁴¹, permite, sin embargo, sostener que el magistrado competente, prescindiendo del acuerdo o convención, liquidaba, en favor del *proxeneta*, una suma considerada justa y proporcionada a las circunstancias del caso, esto es, determinada en atención a la cantidad que se obtuvo del negocio en que medió y a la importancia del mismo⁴² —*ut et in his modus esse debeat et quantitatis et negotii in quo operula ista defuncti sunt et ministerium qualequale accommodaverunt*⁴³—.

A nuestro modo de ver, el examen de los fragmentos y, en concreto, de D. 50, 14, 2 desde la óptica del primero de los aspectos apuntados, la actividad y responsabilidad del *proxeneta* (D. 50, 14, 2; D. 50, 14, 3 *in fine*), permite realizar una serie de consideraciones sobre el *proxeneta* objeto de nuestro estudio, esto es, el que media en las relaciones de cambio y que, por tanto, incide en la esfera económico-patrimonial. A las mismas pasamos ya a referirnos.

III. D. 50, 14, 3 dispone, en su parte final, que hay un tipo de mediadores —*est enim proxenetarum modus*— que se prestan como útiles, es decir, que intervienen con eficacia y no por mala costumbre —*qui... utiles non adeo improbabili more exhibent*—, en las compras —*emptionibus*—, en las ventas —*venditionibus*—, en los negocios comerciales (actos o relaciones de comercio) —*commerciis*— y en los contratos lícitos —*contractibus licitis*—. Por tanto, el texto viene a confirmar que, en Roma, en la época de ULPIANO, existe una categoría de “mediadores profesionales” que ejercen su actividad en el campo económico con el fin de favorecer y extender el comercio⁴⁴, en definitiva, que desempeñan una función, de gran utilidad, para el desarrollo de tráfico comercial.

40 v. *Mediazione*, cit., p. 243.

41 *Vid. supra*, n. 27.

42 En este sentido, BRUTTI, *id.* n. 37, p. 21, manifiesta que el sintagma *proxenetarum modus* indica la medida de la retribución de los *proxenetae*.

43 FADDA, *Istituti commerciali*, cit., p. 21, señala que la actividad del mediador es aquí descrita con términos muy peyorativos, ya que, por una lado, se le llama *operula* y, por otro, se le califica a modo de prestación servil, *ministerium qualequale accommodaverunt*. En la palabra *ministerium*, entiende el autor, se encuentra el paralelismo entre la actividad del esclavo y la del que se dedica a una función esencial en tema de especulación comercial. En este sentido FADDA observa que la expresión más característica para el trabajo de los esclavos (servil) es *ministerium*, de *minus*, *minuere*, cuya antítesis es *magistratus*, de *magis*, *magister*.

44 Coincidimos con POZZI, v. *Mediazione* p. 393, que con la expansión del comercio y el engrandecimiento del Imperio, se crea una categoría de mediadores profesionales que ejercen

Es la incidencia en la esfera patrimonial lo que, precisamente, caracteriza la actividad de aquéllos⁴⁵ y, en última instancia, lo que la diferencia de la ejercida por otros *proxenetae* que, con anterioridad, son mencionados por ULPIANO en D. 50, 14, 3, *proxeneta condicionis vel amicitiae vel assessoriae*, esto es, los que median en relaciones privadas ajenas al ámbito comercial⁴⁶.

A la actividad del mediador comercial y, sobre todo, a su responsabilidad por el negocio en que ha mediado se refiere D. 50, 14, 2 *Ulp. 31 ad ed.*⁴⁷. En él se contempla el caso del mediador que pone en relación o determina el encuentro entre dos partes –*Si proxeneta intervenerit*– para la constitución de un crédito –*faciendi nominis*–, lo que, como afirma ULPIANO, fue práctica común –*ut multi solent*–. Esta actividad del *proxeneta*, como se desprende del texto, es, en definitiva, la que facilita que se concluya el contrato de mutuo entre esas dos partes y, en última instancia, la que favorece la actividad comercial.

Lo que se pregunta el jurista, tras exponer el supuesto, es si el *proxeneta* quedará obligado como mandante –*videamus an possit quasi mandator teneri*–, esto es, y como se deduce del fragmento, si responderá por la *actio mandati* contraria frente al acreedor que prestó dinero, en el caso, aunque no se diga de modo explícito en D. 50, 14, 2, que el deudor o mutuario resulte luego insolvente e incumpla su obligación de devolver lo prestado y si, así se estipuló, de pagar los intereses convenidos. A su entender, la respuesta es que no –*et non puto teneri*–, pues argumenta que el *proxeneta* muestra un nombre más que mandar –*quia hic monstrat magis nomen quam mandat*–, aunque elogie el nombre –*tametsi laudet*

su actividad en el campo económico y a cuyo desarrollo contribuyó el comercio entre diversas plazas, entre pueblos lejanos, entre personas que hablan lengua diversa. El conocimiento que los mediadores tenían de las necesidades locales y la posibilidad de servir de intérpretes, como observa el autor, dota a la actividad de intermediación de un verdadero carácter profesional (cfr. también RAMELLA, v. *Mediazione*, cit., p. 191). Sobre la importancia económico-social de los servicios de los amigos; su evolución y la incidencia de la difusión del *proxeneta* en dicho periplo histórico, vid. MICHEL, *Gratuité*, cit., pp. 552 ss.

45 Sobre lo afirmado, vid. BRUTTI, v. *Mediazione*, cit., p. 21, n. 21 y textos citados por él.

46 En esta línea ya se pronunció BRUTTI, *ibidem* p. 21. Sobre las diversas formas de mediación y su evolución, vid. entre otros, RAMELLA, v. *Mediazione*, cit., pp. 190 ss.

47 El libro *31 ad ed.* versa sobre diversos aspectos del mandato y, por tanto, como indica BRUTTI, *id.* n. 45, p. 14, en origen, D. 50, 14, 2 estaría relacionado con el tratamiento de ULPIANO sobre el mandato.

*nomen*⁴⁸-. Y lo mismo opina –*idem dico*–, si aquél hubiera recibido algo –*et si aliquid... acceperit*– *philanthropi nomine*⁴⁹, ya que tampoco tendrá lugar la *actio ex locato conducto*. Sin embargo, como constata la parte final del texto, de lo que no duda ULPIANO es que si el *proxeneta* hubiera engañado con dolo y astucia al acreedor –*plane si dolo et calliditate creditorem circumvenerit*–, responderá con la acción de dolo –*de dolo actione tenebitur*–.

A nuestro parecer, por tanto, lo que, en definitiva, se plantea el jurista, en D. 50, 14, 2, es si existe algún vínculo contractual entre el *proxeneta* y áquel –futuro acreedor– con el que, en cierta manera, “entra en relación” para facilitar su encuentro con otra parte –futuro deudor– y favorecer así la constitución de un crédito. Dicho de otro modo, la cuestión que subyace en el fragmento es la de si el *proxeneta*, en virtud de su actividad que, en último término, favorece la realización del contrato, en este caso, del mutuo, responde del éxito del mismo y, de ser así, cuál es la “causa” de tal responsabilidad. En este sentido, BRUTTI observa que lo se pregunta ULPIANO en el mencionado texto es si la *laudatio* puede considerarse que obliga al *proxeneta* hasta el punto de ser equiparada al mandato y, en consecuencia, ser demandado por el contratante insatisfecho –el acreedor⁵⁰–. A dicha cuestión da respuesta el jurista en los términos ya referidos.

En la línea de lo expuesto lo que aquí deseamos destacar, como se desprende del fragmento, es que la intervención del *proxeneta* se limita, en rigor, a una simple recomendación⁵¹ y que, por tanto, no puede calificarse de mandato, ya que él no manda a alguien que preste dinero a persona determinada –contrato de mandato–, sino que le recomienda o propone un posible deudor –*quia hic monstrat magis nomen*– para constituir un crédito, aunque *laudat nomen*, es decir, aunque elogie la bondad del crédito, esto es, la solvencia del eventual deudor que él designa –*tametsi laudet nomen*⁵².

48 De ahí las dificultades, como indica MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 574, con las que se encuentra la romanística en materia de *mandatum pecuniae credendae*. Vid. ns. 21 y 52.

49 *Philanthropium*-i deriva del término griego φιλανθρωπιον y, como se indica en *Oxford Latin Dictionary*, Oxford, 1982 (reimpr. corregida, 1996), p. 1. 373, significa “a gift, douceur” (D. 50, 14, 2).

50 BRUTTI, v. *Mediazione*, cit., p. 15. Vid. *supra*, n. 21.

51 Cfr. BRUTTI, *ibidem*, p. 20 y MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 194.

52 En el mismo sentido, cfr. BRUTTI, *id.* n. 50, que además analiza, con ocasión de D. 50, 14, 2, las dos líneas interpretativas opuestas en que se mueve GAYO en I. 3, 156, esto es, la de

En palabras de MICHEL⁵³, el simple consejo, sea bueno o malo, provechoso o nefasto, no provoca la responsabilidad del que lo ha dado, siempre que, cabe añadir, a nuestro juicio, no actúe con dolo y, por tanto, con el deseo de engañar o perjudicar a aquél al que aconseja. Como con acierto declara el autor lo dicho es lógico, porque el que recibe el consejo conserva toda su libertad de juicio y, por ello, es a él al que corresponde actuar con pleno conocimiento de causa y, en consecuencia, asumir sus riesgos y peligros⁵⁴.

Del mismo modo, como se deduce del texto, aunque el *proxeneta faciendi nominis* hubiera recibido algo, *philanthropi nomine*, del acreedor, no responde del incumplimiento del mutuo por una acción *ex locato conducto*. En definitiva, lo que

SERVIO y SABINO, respecto al supuesto en el que uno manda a otro que preste con interés a Ticio, es decir, a persona determinada. Así pues, lo que se discute en el texto gayano es si queda obligado por mandato el que te mandó que prestaras con interés a Ticio –*et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio faenerares*–. SERVIO lo niega –*Servius negavit*–: considerando que no hay aquí más obligación –*non magis hoc casu obligationem consistere putavit*–, que cuando se manda a alguien que ponga a rédito su dinero, sin indicar a quién debe darlo –*quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret*–. Pero nosotros –afirma GAYO– seguimos la opinión contraria de SABINO –*sed sequimur Sabini opinionem contra sentientis*–, porque no se lo habrías dado a Ticio –*quia non aliter Titio credidisses*–, si no te lo hubiera mandado así –*quam si tibi mandatum esset*–. Sobre las diversas hipótesis contempladas en *Gai. l. 3, 156*, *vid. A. RUIZ, Il mandato*, cit, pp. 121 ss. Basta destacar ahora que el romanista observa, a propósito del citado fragmento, que mientras todo lector estará de acuerdo con el primero de los casos contemplados, esto es, que no es mandato el exhortar a cualquiera para que la suma de dinero que tiene inactiva la utilice para constituir un préstamo con intereses –*...itaque si otiosam pecuniam domi tuae te habentem hortatus fuerint, ut eam faenerares, quamvis iam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis tecum mandati actionem...*–; sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se pasa a analizar el problema del que te mandó prestar dinero no a cualquiera, sino a Ticio –*et adeo... ut Titio faenerares*. Sobre esta problemática, *vid. bibliografía citada en n. 21*.

53 *Gratuité*, cit., p. 573.

54 *Vid.* textos citados al respecto por MICHEL, *ibidem*.

percibe el *proxeneta* no se configura como una *merces*⁵⁵, sino como los honorarios en su origen, es decir, como un regalo o presente⁵⁶.

Según BRUTTI, la proposición concesiva *et si aliquid philanthropi nomine acceperit* destaca, todavía más, la ausencia de todo vínculo contractual que obligue al *proxeneta*. Por ello, coincidimos con el autor que, aunque el *consilium* no sea desinteresado y dé lugar a una recompensa –retribución–, igualmente el *proxeneta* no queda sujeto a garantía alguna⁵⁷.

En suma, lo manifestado por ULPIANO permite sostener que la actividad de mediación no es equiparada a los tipos de actividad que son objeto de arrendamiento y, por ello, como reconoce la doctrina, la mediación tampoco puede identificarse con la *locatio conductio*⁵⁸ ni –como ya hemos indicado– con el mandato. Lo dicho justifica, a nuestro entender, que la actividad del *proxeneta* y sus efectos, antes que bajo figuras análogas, fueran objeto de tratamiento autónomo en un título propio del Digesto (D. 50, 14).

legados a este extremo, y como declara el jurista en la parte final de D. 50, 14, 2 31 *ad ed.*, lo que cabe afirmar, sin el menor atisbo de duda, es que el *proxeneta* sólo responderá de su actuación cuando hubiera engañado con dolo y astucia al acreedor –*plane si dolo et calliditate creditorem circumvenerit*–, pues en ese caso, responderá con la acción de dolo –*de dolo actione tenebitur*⁵⁹–.

55 A. RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 103, al tratar los casos que se comprenden en el concepto de *locatio conductio operarum*, como el del médico, los maestros, abogados, etc., y tras manifestar que sólo cuando la prestación era tal que daba lugar a una retribución en la hipótesis que se lograra un cierto resultado, como ocurría con los *proxenetae* o mediadores, afirma que reconociéndose la imposibilidad de aplicar un esquema contractual conocido a dicha relación, ésta sólo podía ser conocida por el magistrado en sede de la *cognitio extra ordinem*, sobre todo, cuando lo que se reclamaba era el *proxeneticum*.

56 MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 574.

57 BRUTTI, v. *Mediazione*, cit., p. 20.

58 Como apunta RAMELLA, v. *Mediazione*, cit., pp. 242-243, aunque la mediación puede compararse, con mayor fundamento, con la *locatio conductio operis* que con la *locatio conductio operarum*, sin embargo, tampoco puede identificarse con aquélla. Sobre las diferencias entre la mediación y la *locatio conductio operarum* y *operis*, vid. RAMELLA, *ibidem*, y bibliografía citada por él.

59 Ya GAYO, como indica BRUTTI, v. *Mediazione*, cit., p. 19, en la hipótesis de una *falsa laudatio mei decipiendi gratia*, contemplada en D. 4, 3, 8 *Gai. 4 ad ed.*, limita la responsabilidad a la

La disciplina que ULPIANO aplica al *proxeneta* y que está presente en otros textos⁶⁰ puede sintetizarse en una regla, también ulpineana y que, a juicio de BRUTTI, los compiladores, probablemente, extrajeron de la misma parte del libro 31 *ad ed.*, en que se delimita la aplicación del mandato. Dicha regla, contenida en D. 50, 17, 47 pr. *Ulp. 30 ad ed.*, se expresa en los siguientes términos: no resulta obligación alguna de consejo que no es fraudulento –*Consilii non fraudulentum nulla obligatio est*–, pero si mediara dolo y astucia –*ceterum si dolus et calliditas intercessit*–, compete la acción de dolo –*de dolo actio competit*–.

En realidad, como nos dice BRUTTI⁶¹, la solución propuesta en D. 50, 14, 2, que aplica al *proxeneta* la disciplina del *consilium* y reconoce al contratante insatisfecho la posibilidad de resarcirse frente al mediador tan sólo si éste ha actuado con dolo y astucia, marca el punto de encuentro teórico entre una consideración del “fenómeno mediatorio”, que prescinde del problema de la retribución, pues aunque se considera lícita, no es, de todos modos, tenida como un elemento decisivo para la calificación jurídica de la actividad mediadora, y un análisis, el de D. 50, 14, 3⁶², que pone, sin embargo, en primer plano, la legitimación procesal del *proxeneta* para reclamar *extra ordinem* el pago del corretaje⁶³, esto es, el *proxeneticum*.

acción de dolo. *Vid.* D. 4, 3, 7, 10 *Ulp. 11 ad ed.*, pues en él se encuentra, en boca de POM-
PONIO, la misma solución de ULPIANO en D. 50, 14, 2. En la misma línea, *vid.* D. 16, 3,
1, 14 *Ulp. 30 ad ed.* Sobre la acción de dolo en D. 50, 14, 2, *vid.* A. WACKE, *Zum dolus-begriff
der actio de dolo*, RIDA, 27 (1980) pp. 349-386, p. 359.

60 BRUTTI, *ibidem*, p. 19, observa que la constancia de explícitas referencias a la *calliditas* y a la *deceptio* en otros fragmentos, en los que se examina una hipótesis similar a la de D. 50, 14, 2, hace suponer, a su entender, que se quería cerrar el camino a eventuales aplicaciones exten-
sivas de la acción de dolo. Sobre tales textos, *vid.* el citado autor, *op. cit.*, pp. 19 ss.

61 v. *Mediazione*, cit., pp. 15 y 19.

62 Coincidimos con BRUTTI, *ibidem*, p. 20, que D. 50, 14, 3 *Ulp. 8 de omnibus tribunalibus* consta de “tres núcleos enunciativos” unidos, conjuntamente, de manera desordenada (*vid. op. cit.* pp. 20 y ss.) y, a su parecer, expresados con una forma lingüística poco segura y extraídos, probablemente, de un fragmento originario que contenía un análisis más amplio y extenso. Como ya hemos afirmado, en diversas ocasiones, la exégesis rigurosa de dicho fragmento no constituye el objeto prioritario de este estudio y, por ello, nos limitamos a comentar aquellas cuestiones del texto que, a nuestro juicio, guardan relación con la dinámica del trabajo.

63 Como sostiene BRUTTI, v. *Mediazione*, cit., p. 21, debe observarse que a través de la *cognitio extra ordinem* se pueden exigir otras pretensiones, fundadas en la prestación de una actividad, muy distintas entre sí, pero que coinciden en que no tienen un fundamento contractual. Así, las artes liberales no son objeto de *locatio conductio* y los honorarios a que dan lugar sólo

Las noticias suministrados por ULPIANO en D. 50, 14, 2 sobre la actividad y responsabilidad del *proxeneta*, prueban, a nuestro modo de ver que, en Roma, el mediador no asume responsabilidad contractual alguna con la parte (o partes) con la que entre en relación con el fin de facilitar la conclusión de un contrato y tampoco respecto al éxito del contrato en que ha mediado⁶⁴, por eso, él sólo responde *si dolo et calliditate creditorem circumvenerit*, responsabilidad que MICHEL califica “delictual”⁶⁵ y que, en última instancia, con independencia de su calificación, da lugar a la acción de dolo.

Si nos preguntamos, a tenor de lo expuesto, cuál era, utilizando terminología moderna, la naturaleza jurídica de la relación de mediación descrita, cabe observar con BRUTTI⁶⁶ que mientras en las fuentes romanas falta una referencia explícita a una convención o acuerdo entre una de las partes (o de las partes) y el *proxeneta*, ya que se limitan a describir, como hemos visto, la actividad y los efectos de tal mediación, en la tradición romanística, sin embargo, la base consensual de dicha relación deviene un tema autónomo de reflexión.

El consentimiento, en palabras de BRUTTI⁶⁷, ya aparece individualizado como elemento constitutivo de la reiterada relación en la obra *De proxenetis* de STRACCHAE⁶⁸, obra que, a juicio de la doctrina mercantilista moderna y contemporánea⁶⁹, más interesada en los perfiles sistemáticos del fenómeno de la mediación, constituye el primer tratamiento dogmático de dicha institución⁷⁰.

pueden ser reclamados en un juicio *extra ordinem*, al igual que en época de los Severos respecto al *salarium* que haya sido prometido al mandatario. Sobre la competencia *de mercibus* en el ámbito de la *cognitio extra ordinem* y la heterogeneidad de prestaciones de servicios a que se refieren, *vid.* autores citados por BRUTTI, *op. cit.*, p. 21, n. 27, que aportan diversas soluciones para tratar de justificar, sobre todo, la inclusión en el mismo procedimiento del *proxeneticum* y de la retribución de las artes liberales.

64 Lo dicho queda corroborado por lo afirmado en n. anterior.

65 MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 194.

66 *Ibidem.* n. 63, p. 12 ss.

67 v. *Mediazione*, cit., p. 12.

68 *De proxenetis et proxenetis...*, cit. por BRUTTI, *ibidem*, p. 12, n. 2.

69 *Vid.* bibliografía citada por BRUTTI, *id.* n. 67, pp. 13 y 14, n. 2.

70 Según BRUTTI, v. *Mediazione*, cit., p. 13, la conexión entre la actividad del *proxeneta* y el *consensus partis* no será siempre, tan general, como en el planteamiento de STRACCHAE. A su entender, a veces, la actividad de los “agentes de comercio”, autorizados o privilegiados, será descrita prescindiendo de tal elemento.

Asimismo, consideramos de interés destacar que el esquema contractual, basado en el encargo de una de las partes o de ambas, o bien en la aceptación sobre la actividad del *proxeneta*, constituirá, en otras épocas, como indica BRUTTI⁷¹, un elemento común para comprender las relaciones con corredores privados (también fuera del campo comercial) y con aquellos autorizados. Dicho esquema contractual será, en definitiva, el encuadramiento por el que opte la pandectística.

El análisis realizado de los textos y, en especial, de D. 50, 14, 2, creemos permite concluir, a modo de síntesis: 1º) que lo característico de la actuación del *proxeneta* es que se limita a poner en relación los futuros contratantes, sin participar él en el contrato –mutuo– que éstos celebran; 2º) que dicha actividad no traspasa los límites del *consilium*, ya que el mediador sólo indica la oportunidad de concluir un contrato y, por ello, no puede calificarse de mandato ni, aunque el mediador hubiera recibido algo, *philanthropi nomine*, de *locatio conductio*; 3º) que el *proxeneta* no contrae obligación alguna con los que celebran el contrato y, en consecuencia, si éste llega a celebrarse, él no responde por la *actio mandati* contraria ni *ex locato conducto*; 4º) que de lo anterior se desprende que el *proxeneta* queda fuera del contrato concluido por las partes que puso en relación y, por ello, su responsabilidad por el éxito del contrato en que media se limita a la acción de dolo, acción que sólo podrá interponer la parte insatisfecha, en nuestro caso, el acreedor, cuando hubiera sido engañada con dolo y astucia por aquél; y 5) que, en suma, la figura del mediador comercial aparece en el Derecho romano como instrumento de la práctica comercial, como lo acredita D. 50, 14, 3 *in fine*.

Hoy día algunos mercantilista españoles destacan como antecedente histórico de los actuales mediadores comerciales, la figura romana del *proxeneta*⁷². En este sentido creemos que cabe incluso afirmar que algunas de las conclusiones obtenidas a partir de las fuentes, pueden proyectarse a nuestro Derecho mercantil, así como al de otros países europeos⁷³, pues, en cierta manera, siguen vigentes en la actualidad⁷⁴. Por ello, no queremos finalizar este trabajo sin una

71 *Ibidem*, p. 13.

72 *Vid.* por todos sobre los antecedentes históricos de la figura del mediador, J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tom. 1, 7ª ed. revisada con la colaboración de A. Bercovitz, Madrid, 1982, pp. 678 y 679.

73 *Vid.* p. 1.

74 *Ad exemplum*, Francia e Italia. Cfr. VARELLI, *La mediazione*, cit., p. 2, que señala que de las informaciones de los fragmentos ulpinianos afloran algunos rasgos de la moderna mediación, pese a la diversa estructura social del tiempo.

breve referencia a la configuración de la “mediación mercantil”, al día de hoy, en el Derecho español y con el fin señalado.

El título sexto del libro I del Código de comercio (en adelante, CC) lleva por rúbrica “*De los agentes mediadores del comercio y de sus obligaciones respectivas*”, agentes mediadores que son regulados por los arts. 88 al 115 del citado Código. De conformidad con las disposiciones legales, como indica GARRIGUES⁷⁵, puede establecerse un doble criterio de clasificación de los agentes mediadores, por una lado, por el ámbito en que desarrolla su actividad el agente mediador (agentes de cambio y bolsa⁷⁶, corredores de comercio⁷⁷ y corredores intérpretes de buques: art. 88 del CC) y, por otro, por los efectos jurídicos de la intervención (agentes libres y agentes colegiados: art. 89. 1 del CC). El sistema de nuestro CC es un sistema mixto de libertad y restricción, ya que desaparece el monopolio de la función mediadora, pero se mantiene la categoría de los agentes oficiales. Hay, por tanto, dos clases de agentes: los “agentes libres”, que son simples comerciantes dedicados al comercio de la mediación y los “agentes colegiados”, que son comerciantes y funcionarios públicos⁷⁸. El CC, en palabras de GARRIGUES⁷⁹, desarrolla sólo la primera clasificación, con exclusiva referencia a los agentes colegiados.

Los denominados “agentes mediadores libres”, como observa el citado mercantilista, no están reglamentados en el CC⁸⁰ y, por ello, su actividad mediadora

75 *Id.* n. 72, pp. 685 y 686.

76 La sección 2ª del actual CC relativa a los agentes colegiados de cambio y bolsa ha sido derogada por Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercados de Valores.

77 *Vid.* Ley 55/1999, de 29 de diciembre, sobre integración de los notarios y corredores de comercio en cuerpo único de notarios y también RD 1643/2000, de 22 de septiembre, que dicta las medidas de integración de ambos cuerpos.

78 GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tom. 1, cit., p. 686. En este sentido, como apunta E. ORTEGA, *Representantes de comercio y Agentes comerciales. Su situación jurídico-laboral y de Seguridad Social*, 2ª ed. puesta al día, Madrid, 1987, p. 35, esos agentes mediadores son auténticos comerciantes, independientes de las partes que llevan a cabo los concretos actos de comercio en que aquéllos intervienen, haciéndolo, además, como fedatarios, con carácter de notarios, respecto a la realidad y conclusión de dichas operaciones mercantiles, con la obligación de asegurarse de la identidad y capacidad legal de aquellas partes para contratar.

79 *Ibidem.*

80 El art. 89. 1 se limita a afirmar que los servicios de los agentes de cambio y bolsa y corredores pueden ser prestados por los españoles y extranjeros, de conformidad con el pº de libertad del comercio, *vid.* art. 15 CC).

no se caracteriza positivamente en dicho Código, ya que éste no regula el contrato de mediación, sino que se caracteriza negativamente, desde el punto de vista de la eficacia de su intervención respecto a la prueba de los contratos⁸¹, pues esa intervención no significa nada a efectos de la prueba⁸².

Pese a la rúbrica del CC, *De los agentes mediadores del comercio*, coincidimos con GARRIGUES que esos agentes no todos son verdaderos mediadores y que la función estricta de la mediación mercantil no aparece clara en precepto alguno del reiterado cuerpo legal. Esto no es óbice, sin embargo, para que en el tráfico comercial se pacten, en ocasiones, auténticos contratos de mediación al amparo de la libertad contractual reconocida en el art. 1. 255 del Código civil, que deberán regirse por los preceptos generales de las obligaciones mercantiles y por las del Derecho civil, como supletorio del CC⁸³. Este Código no contiene artículo alguno sobre el hoy llamado “contrato de mediación o corretaje”, contrato que, en definitiva, carece de regulación en nuestro Derecho⁸⁴. Por ello, como sostiene la doctrina mercantilista, este contrato, surgido de necesidades prácticas más que jurídicas, deberá regirse, sobre todo en lo relativo a su contenido y efectos, por lo que dispongan los usos de comercio y las normas del contrato de comisión que puedan aplicarse por analogía⁸⁵.

Los mediadores, en general, como manifiesta J. L. FERNÁNDEZ⁸⁶, cabe definirlos como personas que facilitan la celebración de un contrato en calidad de colaboradores independientes del empresario, definición que, en última instancia, no se aleja de la del Derecho romano. La colaboración del mediador se presta, caso por caso, a través del “contrato de mediación o corretaje”, contrato

81 GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tom. 1, cit., p. 686.

82 *Vid.* art. 89. 2 de CC.

83 GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tom. 2, 4ª ed., Madrid, 1962, p. 110.

84 En el mismo sentido, cfr. J. L. FERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho mercantil*, 4º ed. actualizada, Barcelona, 2000, p. 385. Cabe reseñar que, a diferencia del Derecho español, el art. 1.754 del Código civil italiano regula el contrato de mediación, “como un contrato por el que el mediador pone en relación a dos o más partes para concluir un negocio, sin estar vinculado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación”.

85 *Vid.* STS de 17 de marzo 1962. Sobre la diferencia entre ambos contrato (comisión mercantil y mediación), *vid.* FERNÁNDEZ, *ibidem*, pp. 33 ss.

86 *Id.* n. 84, p. 384.

por el que, como sostiene la jurisprudencia del TS⁸⁷, “una persona (el mediador) se obliga, a cambio del pago de una remuneración, a realizar una actividad encaminada a poner en relación a la otra parte con un tercero, a fin de concertar un contrato determinado, en el que el mediador no tendrá participación alguna”⁸⁸. Hoy, por tanto, lo característico de la actuación del mediador, al igual que en Roma, como constata el análisis de D. 50, 14, 2, es que él se limita a poner en relación los futuros contratantes, sin participar personalmente en el contrato ni como representante de una de las partes ni como simple mandatario (o comisionista) suyo⁸⁹. En definitiva, el mediador, como ya ocurría en Roma, queda siempre fuera del contrato resultante de su actividad. En otras palabras, y como ha venido manteniendo la jurisprudencia del TS⁹⁰, el mediador no tiene participación alguna en el contrato celebrado entre las partes que pone en relación, sino tan sólo actividad mediadora, actividad que coincide, *strictu sensu*, tal y como hemos visto, con la del *proxeneta* comercial.

En Roma, como hemos podido constatar a partir de las fuentes y, en concreto, de D. 50, 14, 2, la relación entre el mediador y la futura parte contratante (o partes) no se encuadra, como siglos después hará la pandectística, en el esquema contractual⁹¹, pues del citado texto se desprende —cuando menos— que dicha relación no puede calificarse de mandato ni de arrendamiento. En la actualidad, de conformidad con la evolución del “modelo romano” en Europa⁹², la mediación

87 *Vid.* STS de 4 de diciembre 1953; de 9 y 21 de octubre 1956; de 28 de febrero 1957; de 27 de diciembre 1962; de 6 de marzo 1967, de 5 de junio 1978; de 8 de octubre 1986 y de 1 de diciembre 1986, muy importante, entre otras.

88 El carácter mercantil de este contrato deriva, como señalan, textualmente, R. URÍA-A. MENÉNDEZ y A. SOTO, *Curso de Derecho mercantil* (estudio realizado por varios autores), vol. II, Madrid, 2001, p. 165, “de la naturaleza de los contratos que promueve o facilita el mediador”. El Código, al declarar libre la mediación en las operaciones mercantiles, sanciona el carácter mercantil de la actividad desplegada por todo agente mediador de comercio, libre o colegiado, y con ello confiere ese mismo carácter al contrato en virtud del cual se desarrolla esa actividad mediadora.

89 Un ejemplo típico de esta actividad es el hoy denominado “corretaje inmobiliario”.

90 *Vid.*, entre otras, STS de 5 de junio 1987 y de 22 de diciembre 1992.

91 El Derecho clásico —como es por todos sabido— no conoce la categoría general del *contractus*, sino figuras contractuales típicas.

92 *Vid.* p. 1.

mercantil queda comprendida en el esquema contractual, ya que la colaboración del mediador, a cambio de una remuneración, como ya hemos visto, se presta, caso por caso, a través del “contrato de mediación o corretaje”.

Pero la naturaleza jurídica de dicho contrato, sin embargo, como señala la doctrina mercantilista, no siempre ha sido entendida del mismo modo. La dificultad de precisar aquélla, como indica GARRIGUES, deriva de que la finalidad del propio contrato, que consiste en la celebración de otro, no puede ser prometida por el mediador, ya que este hecho sólo depende de la voluntad de los interesados. No se trata, por tanto, de un arrendamiento de obra ni de un arrendamiento de servicios, ya que el mediador sólo tiene derecho a la retribución cuando el contrato previsto se concluye⁹³.

A tenor de lo dicho, cabe observar que el TS, en un primer momento, no distingue el corretaje del mandato y la comisión⁹⁴; que más tarde lo considera un contrato autónomo e independiente, apuntando sus diferencias con los contratos anteriores⁹⁵ y que, finalmente, la sentencia de 3 de junio de 1950, recogiendo estos antecedentes, establece que “el contrato de mediación o corretaje... no puede calificarse de comisión mercantil y sí considerarse como un contrato innominado *facio ut des*, principal, consensual y bilateral...”⁹⁶. En definitiva, hoy la doctrina no cuestiona que el reiterado contrato es un contrato innominado, *sui generis*, *facio ut des*⁹⁷.

93 GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tom. 2, cit., p. 111.

94 *Vid.* sentencias de 2 de diciembre 1902 y de 26 de noviembre 1919.

95 *Vid.* sentencias de 10 de enero 1922 y de 7 de abril 1926.

96 En el mismo sentido, *vid.* las sentencias de 27 de diciembre 1962; de 3 de marzo 1967 y de 28 de junio 1996.

97 Cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tom. 2, cit., p. 111. El tema de los contratos innominados en el Derecho romano es objeto de grandes discusiones, que se plasman en una extensa literatura. El Derecho clásico no conoce la categoría general del *contractus*, sino figuras contractuales típicas y, por ello, si el que a tenor de un convenio no sancionado como contrato, realiza una prestación, puede recurrir a la *condictio*, para pedir la devolución de lo entregado, o a la *actio doli*, en el caso de un *facere*.

Por último apuntar que, en la actualidad, la mediación tampoco debe confundirse con la comisión mercantil⁹⁸, aunque guarde con ella ciertas afinidades⁹⁹, ni con el contrato de agencia¹⁰⁰, pues son figuras diversas.

Las observaciones realizadas creemos que vienen a constatar, por una parte, las similitudes entre el mediador comercial en Roma y el de nuestro Derecho actual, en especial, si atendemos a su función, y, por otra, la ambigüedad y la poca precisión del léxico utilizado por nuestro CC¹⁰¹, ya que los denominados genéricamente como “agentes mediadores del comercio” (esto es, agentes de cambio y bolsa, corredores de comercio y corredores intérpretes de buques), nada tienen que ver con otro tipo de intermediarios¹⁰², entre los que se encuentra, como figura propia y autónoma, al igual que en el Derecho romano, el mediador comercial.

98 Se distingue de ella, como señala ORTEGA, *Representantes de comercio*, cit., p. 34, en la forma de llevar a cabo el objetivo del contrato: la conclusión, a través de aquella mediación, del mayor número y cifra de ventas posibles.

99 *Vid.* sentencia de 10 de octubre 1991.

100 Se diferencia de éste, como afirman URÍA-MENÉNDEZ y SOTO, *Curso de Derecho mercantil*, cit., p. 165, en que el encargo que recibe el mediador no es continuado y estable, sino esporádico, y también porque el mediador no actúa en interés exclusivo de la parte que le encomendó la mediación a diferencia de lo que ocurre con el agente. En esta dirección, *vid.* STS de mayo 1963 y de 21 de mayo 1992. En general, sobre el contrato de agencia y su regulación, *vid.* ley 12/1992, de 27 de mayo.

101 Como observa GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tom. 1, cit., p. 680, de la interpretación de las disposiciones, muy confusas, del CC sobre el carácter jurídico de los llamados agentes mediadores de comercio, parece desprenderse la conclusión paradójica de que, en nuestro sistema, estos comerciantes ni todos son agentes, ni todos son mediadores *strictu sensu*.

102 Como el caso del comisionista, agente y mediador en sentido propio. En este sentido, cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tom. 2, cit., pp. 110-111 y ORTEGA, *Representantes de comercio*, cit., p. 35. El agente, como señala GARRIGUES, *ibidem*, tom. 1, p. 680, no tiene un significado fijo en la leyes ni en el lenguaje comercial. En un sentido muy amplio comprende todas las personas que actúan a favor de un comerciante, pero, en sentido estricto, “agente de comercio” es aquél cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al que está unido por una relación contractual duradera, como mandatario, y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo.