

## CAPÍTULO CUARTO

# UN PACTO ENTRE DINERO Y FANTASÍA

### I. PROPIEDAD FORMAL Y DISPONIBILIDAD DE HECHO: LA ELECCIÓN DEL MERCANTE MEDIEVAL

Cuando se habla de principios generales según los cuales en cada experiencia jurídica se trata de resolver los problemas relativos a la pertenencia de las cosas a los sujetos y a la tutela de esta pertenencia (o, como también –y menos bien– se dice, a las relaciones de los sujetos con las cosas), el debate tiende a colocarse entre dos términos teóricamente extremos y recíprocamente antitéticos. Ellos son, por una parte la pertenencia formal de la cosa a un sujeto, considerada y tutelada en cuanto tal por el ordenamiento jurídico, como situación convencional; y, en el extremo opuesto, la detención de la cosa por parte del sujeto considerada y tutelada por el ordenamiento como hecho meramente económico, meritorio como tal –es decir como *hecho*– de ser considerada y tutelada.

El paradigma de propiedad típico de la experiencia jurídica romana –pasado a través de un proceso de ela-

boración largo y complejo<sup>1</sup>— se ubica totalmente sobre la línea del primero de los dos términos de los cuales acabamos de decir: el “*dominium ex iure quiritium*” (el dominio con base en el derecho de los Quirites) significaba pertenencia formal de la “cosa” (*res*) a su “señor” (*dominus*), una pertenencia que el ordenamiento jurídico tutelaba como tal, sin dar relevancia al contenido factual y económico del aprovechamiento de la cosa por parte del “señor” (*dominus*).

La misma tutela procesal del dominio (*dominium*) se ubicaba completamente sobre esta línea de atención al dato formal de pertenencia: afirmando “digo que esta cosa es mía” (*aio hanc rem meam esse*), es decir, la fórmula de la antigua *legis actio sacramenti in rem*,<sup>2</sup> el “ciudadano” (*civis*) pedía el reconocimiento formal de un ámbito propio de señoría absoluta y ya no la posibilidad de hecho de sacar de la “cosa” (*res*) objeto de pertenencia una utilidad económica cualquiera. Justamente por esto se ha hablado del carácter absoluto del *dominium* romano-clásico, de su contenido ético y de su función política<sup>3</sup>.

Esta disciplina normativa, y sobre todo el sistema de valores sobre los cuales ésta se fundaba, presupone en los hechos una señoría indiscutible del hombre sobre la realidad circundante, al punto de no meter en

<sup>1</sup> Es un tema fascinante para el romanista: se ha ocupado con resultados muy apreciables Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà*, vol. I.

<sup>2</sup> Cfr. Gai, IV, 16.

<sup>3</sup> Grossi, *Situazioni*, 17 ss.

discusión mínimamente la posibilidad de afirmar la propiedad de la cosa y de pedir al juez su reconocimiento formal.

Estos supuestos de hecho desaparecieron totalmente con la gran crisis que marcó el paso de la Antigüedad al Medioevo. Así como el “ciudadano romano” (*civis romanus*) se había sentido dominador de las cosas y había podido pretender, *erga omnes* y, en primer lugar, ante la *civitas* y su ordenamiento jurídico, el reconocimiento pleno y formal de este dominio suyo, del mismo modo el hombre de la Alta Edad Media fue sometido a una realidad de la cual no tenía ni una clave de lectura ni los instrumentos de sumisión.

Nació de esta nueva y dramática situación de hecho una experiencia jurídica ya no atenta a resolver los problemas relativos a la posesión y al aprovechamiento de las cosas, a la tutela formal de la situación de pertenencia formal, sino dirigida en modo opuesto a leer los hechos económicos en su consistencia elemental y a darles la fuerza de la efectividad: por esto se habla de “naturalismo” y de “primitivismo” Alto Medieval, destacando la así llamada “atracción de lo real” como característica esencial de la experiencia jurídica de estos siglos<sup>4</sup>.

Cuando, en el contexto “nuevo” de la experiencia jurídica Bajo Medieval, los *doctores* de la nueva “ciencia jurídica” (*scientia iuris*) se volvieron a acercar —para constituir con ella la experiencia jurídica reflejo de su tiempo— a los *textos* apenas “redescubiertos” del Cor-

<sup>4</sup> Grossi, *Situazioni*, 59 ss.; Id., *Ordine giuridico*, 98 ss.

*pus Iuris justiniano*<sup>5</sup>, debieron esforzarse en trabajar con los testimonios romanos —escasamente comprensibles para ellos— del antiguo *dominium ex iure quiritium*.

La suya fue una *interpretatio* ardua, pero desprejuiciada y al final profundamente creativa. En el sistema que nació de su reflexión, y que tuvo sus raíces en el profundo de la experiencia jurídica de su tiempo<sup>6</sup>, no hubo lugar para el antiguo *dominium* como monolítica pertenencia formal ni fue verdadero lo que para la jurisprudencia romana había sido indiscutible —“no puede existir la posesión o la propiedad de dos por el entero” (*duorum in solidum dominium vel possessionem esse non posse*)<sup>7</sup>—; para el jurista medieval, al contrario, fue indiscutible la pluralidad de los *dominia* y la contemporánea presencia de posiciones jurídicas subjetivas que se podían tutelar directamente como “derechos reales” (*iura in re*)<sup>8</sup>.

En este sentido es típico el ejemplo del arriendo de los bienes inmóviles a largo plazo —en el cual, desde una óptica rigurosamente romanista, cierto, no se habría podido hablar de un efecto traslativo de un derecho real— y que en cambio en la experiencia jurídica medieval y en la elaboración que los juristas hicieron

<sup>5</sup> Para todo *cfr.* Bellomo, *Europa*, 67 ss.; algunas consideraciones tal vez no inútiles en Santarelli, *Esperienza giuridica*, 99 ss., 115 ss.

<sup>6</sup> No profundizaremos aquí nuestro discurso: digamos sólo —enviando a quien lo desee a Santarelli, voz *Recezione*— que todo este grandioso quehacer fue mucho más que la simple “recepción” de un ordenamiento antiguo en un contexto de civilización a él extraño.

<sup>7</sup> Ulpianus, *Libro vicensimo octavo ad edictum* (D. 13. 6. 5. 15).

<sup>8</sup> Para todo Grossi, *Situazioni*, 160 ss. e Id., *Ordine giuridico*, 237 ss.

de esa, partiendo en apariencia desde los textos justinianos, tuvo como efecto típico precisamente aquel de conferir al arrendatario un “dominio útil” (*dominium utile*)<sup>9</sup>.

Se dice, y con razón, que la emersión de este sistema teórico completamente medieval de la pluralidad de los “dominios” (*dominia*) fue el fruto maduro y teóricamente coherente de un largo camino que había tenido su punto de partida en el “naturalismo” y en el “primitivismo”, que habían sido típicos del Alto Medioevo y habían creado las premisas y las condiciones para una total perturbación de los cánones jurídicos según los cuales organizar el aprovechamiento de las cosas y la tutela de este aprovechamiento.

No se puede, sin embargo, olvidar ni siquiera la particular coincidencia entre este sistema de la pluralidad de los *dominia*, que daba relevancia directa y tutela específica a situaciones de posesión simple o de mera detención y los intereses de clase típicos de los mercantes. Al mercante<sup>10</sup>, por como estaba organizado su trabajo, le era indispensable poder disponer, durante un tiempo limitado, de los medios económicos y financieros suficientes para organizar y dirigir el proceso productivo; era una cosa para él del todo irrelevante que esta disponibilidad se transformase después en una pertenencia formal (diríamos hoy en día en un derecho subjetivo perfecto): la antigua altisonante afir-

<sup>9</sup> Esta singular institución de la experiencia jurídica medieval ha sido estudiada por Grossi, *Locatio* e Id., *Ordine giuridico*, 237 ss.

<sup>10</sup> Ya lo hemos dicho: *cfr. supra*, 27 ss.

mación (*aio hanc rem meam esse eamque vindico*) no tenía para el mercante medieval ningún valor "ético"; en su óptica, solamente utilitarista, estas solemnidades formales eran ni más ni menos que ociosos juegos de palabras.

Aquello que contaba para el mercante era poder disponer de lo que le servía (y que, como de costumbre, no era poco), poder introducir grandes masas de bienes (sobre todo de capitales) en el "giro" veloz y exigente de su *mercatura*, para después restituir el todo, además con un interés generoso, una vez terminado el "giro", dejando para sí solamente el lucro de la producción y del comercio, en vista del cual todo había sido activado y también se habían corrido riesgos muy altos.

En este contexto de cultura y civilización —que fue la civilización de la *mercatura*, y precisamente por esto generó el fruto precioso y "alternativo" de la teología de la pobreza<sup>11</sup>— nació una noción de propiedad nueva, fundada en modo distinto, que después llegó a ser la idea de propiedad típica de la Edad Moderna y capitalista; una noción que tuvo su punto de apoyo en el (*usus facti*)<sup>12</sup>. Este *usus facti*, del cual precisamente se ha investigado y descubierto la raíz "doctrinaria" en la reflexión franciscana sobre la pobreza, era lo que el mercante pedía y de lo cual le importaba la tutela, por lo tanto, aquella reflexión, y el fruto que al final brotó, también fueron la respuesta adecuada y muy pertinente a las exigencias típicas de la clase mercantil.

<sup>11</sup> Diremos algunas cosas dentro de poco, en el capítulo siguiente.

<sup>12</sup> Grossi, *Usus facti*.

## II. LA HARINA Y EL SACO

Este *usus facti*, es decir, esta disponibilidad solamente económica de los instrumentos económicos indispensables para la producción de la ganancia de *mercatura*, era aquel que al mercante servía y bastaba. El capital en la estrategia mercantil, era medio primario. Sólo quien podía invertir masas conspicuas de medios financieros tenía la posibilidad de realizar proyectos también ambiciosos y muy arriesgados de los cuales obtener utilidades ingentes. Pero la disponibilidad de estos capitales por sí sola no podía bastar si hubiese faltado el arte: el instrumento se habría mantenido como cosa inerte y perfectamente estéril en su materialidad.

La ganancia, al final, era hija del arte, no de la *pecunia*. Por otra parte, quien tenía el arte —era capaz, por virtud natural o por capacidad adquirida con su experiencia y la de los suyos, de utilizar los instrumentos transformándolos, de estériles que eran, en fecundos— era siempre y por definición con pocos capitales: en una lógica de *mercatura* el aumento cotidiano de los medios financieros, si el proyecto valía y la fortuna no era contraria, habría multiplicado constantemente las ganancias. Por esto no era mercante quien se limitaba a invertir capitales que ya eran suyos y no buscaba otros nuevos, inertes y disponibles, de cualquier procedencia.

Al querer decir todo con un proverbio italiano, se podría notar que —en la lógica de la clase mercantil, que se transformó en la lógica de toda una entera sociedad— la harina buscaba continuamente el saco y el saco la harina: no había harina que bastase y los sacos

eran siempre pocos. Ni se podía pensar que el saco se transformara en harina o la harina en saco. Fuera de la metáfora, no se podía concebir el intercambio de roles entre quien tenía la capacidad del mercante y quien detentaba los capitales indispensables para la *mercatura*.

La síntesis entre capitalista y empresario tendrá lugar mucho más tarde, en el capitalismo moderno, con el surgimiento y la consolidación de las grandes sociedades de capitales. Pero, como veremos dentro de poco, será una síntesis solamente formal, hecha *in vitro* y no en la realidad, casi diríamos soñada en el abstracto de los instrumentos jurídicos, en el marco del contrato de sociedad, imaginando una "actividad económica común" de los socios destinada a permanecer sólo en la fantasía.

### III. DIVIDIR EL LUCRO Y LIMITAR EL DAÑO

¿Cuál era la exigencia fundamental que emergía de este "juego del saco y de la harina" y que pedía ser satisfecha? En términos más rigurosos ¿cuál era la *tipicidad social* de ciertos hechos y de ciertos comportamientos de los cuales nacía la exigencia de una correspondiente *tipicidad jurídica y negocial*<sup>13</sup>?

Es fácil decirlo, si se tiene en mente el mecanismo según el cual operaba el mercante<sup>14</sup>. El ciclo de producción y de comercialización del producto, que el mercante proyectaba, dirigía y portaba a cumplimiento,

<sup>13</sup> Betti, *Teoria generale*, 199 ss.

<sup>14</sup> Una vez más reenviamos al ya dicho: *cfr. supra*, 27 ss.

tendía a conseguir una ganancia –de un *lucrum*, por querer usar el vocabulario de la época– y comportaba también la exposición a un riesgo. Este riesgo, que es inútil discutir una vez más, por cómo estaba organizada la *mercatura*, involucraba únicamente la persona del mercante; y era un riesgo total, un riesgo que abarcaba toda la actividad del mismo mercante –basta pensar, por ejemplo, en la quiebra<sup>15</sup>– e involucraba a todos aquellos que, como mercantes, hubiesen ejercitado juntos la *mercatura*<sup>16</sup>.

Esto era una realidad de la que necesitaba tomar acto: a cada uno lo suyo, en el bien y en el mal. Pero no era imposible buscar romper este círculo aparentemente así inexorable: se podía, por un lado aceptar la disminución del *lucrum* final distribuyéndolo entre los diferentes "factores" de la producción, y por el otro operar también una dislocación del riesgo transfiriéndolo –en los límites que se podía transferir– a los diferentes sujetos que con diferentes títulos intervenían desde fuera del proceso de producción, con el objetivo de extraer una utilidad económica de una operación realizada exitosamente.

Cierto, esta dislocación no podía ser arbitraria, sino debía respetar las fundamentales "reglas del juego": el riesgo debía permanecer ilimitado para el mercante, ya fuese él solo en el ejercicio de su *mercatura* o fueran más mercantes ligados entre ellos por el "estar juntos por un mismo pan y vino" (*stare ad unum panem et vi-*

<sup>15</sup> *Cfr. supra*, 57 ss.

<sup>16</sup> *Cfr. supra*, en el capítulo anterior.

num), y podía en cambio tener que ver con quien –por ejemplo– hubiese suministrado los medios financieros sólo dentro de límites rigurosamente prefijados (que después fueron los mismos límites de la asignación de los capitales).

Así el mercante permanecía mercante: la gestión era suya y el riesgo de la empresa era suyo, un riesgo total e ilimitado, asumido según una lógica que no admitía temperamentos; a aquel que proporcionaba los capitales y, por lo tanto, quería una participación en las utilidades, no se le podía pedir asumir *in toto* el peso de una empresa que no era suya, sino que se le podía pedir arriesgar por lo menos aquello que entregaba. Era –por así decir– un daño atenuado, aquello a lo cual era expuesto quien permanecía fuera del ciclo vital del ejercicio mercantil; pero hacía en modo que fuese menos imponente el riesgo del mercante, en el respeto riguroso de la que era universalmente sentida como la invencible “naturaleza de las cosas”.

#### BIBLIOGRAFÍA

BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, 5a. ed., Roma, 1991.

BELLI, *Teoria generale del negozio giuridico*, en *Trattato Vassalli*, cit., vol. XV-2, 2a. ed., Turín, 1960 (reeditada, con una *Introduzione* de G. B. FERRI, a cura de G. CRIFÒ, Nápoles, 1994; las citas son hechas por la edición de Turín).

CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit.

GROSSI, *Locatio ad longum tempus*, Nápoles, 1963.

\_\_\_\_\_, *Situazioni reali*, cit.

\_\_\_\_\_, *Ordine giuridico*, cit.

SANTARELLI, *L'esperienza giuridica*, cit.

\_\_\_\_\_, voz *Recezione*, cit.