

<b>VI. LA VENTA DE BIENES MUEBLES POR SU NO DUEÑO</b>	
(EL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA PROPIEDAD MOBILIARIA) . . . . .	237
1. Introducción . . . . .	237
2. Derecho romano . . . . .	240
A. La influencia de la agricultura y la guerra sobre la propiedad y la posesión en Roma . . . . .	240
B. La influencia de los arquetipos romanos en el comercio . . . . .	243
C. <i>Nemo dat y el status del paterfamilias</i> . . . . .	245
D. La intención del propietario en el mandato y usucapio . . . . .	248
E. Método de razonamiento en cuanto a los derechos del adquirente . . . . .	252
3. El derecho español de los siglos X al XIV . . . . .	255
A. Los incipientes mercados urbanos en la Europa medieval . . . . .	255
B. El mosaico legal español y el advenimiento de la buena fe del comprador . . . . .	256
C. Derecho romano y germánico en la España medieval . . . . .	261
D. El requisito de la buena fe . . . . .	263
E. Conclusiones . . . . .	270
4. De la Inglaterra del siglo XVII a Estados Unidos de hoy en día . . . . .	271
A. Los intermediarios financieros ingleses: joyeros, banqueros y aseguradores . . . . .	272
B. El comercio en Estados Unidos a fines del siglo XIX y el contemporáneo . . . . .	275
C. El derecho comercial y la buena fe . . . . .	279
D. El mercado abierto . . . . .	280
E. La negociabilidad de las letras de cambio . . . . .	281
F. Documentos representativos del dominio . . . . .	285
G. La garantía prendaria contemporánea en Estados Unidos . . . . .	288
5. El gravamen unitario del artículo 9 del UCC . . . . .	295
6. Conclusiones: naturaleza y derrotero del derecho mobiliario . . . . .	296

# *VI. La venta de bienes muebles por su no dueño\**

## *(el significado actual de la propiedad mobiliaria)*

---

### **1. INTRODUCCIÓN**

---

A pesar de que parezca paradójico, bienes muebles son vendidos válida y frecuentemente por quienes no son sus dueños. A veces, el dueño de bienes muebles se los encomienda a un amigo, empleado o mandatario, quien traiciona la confianza en él depositada y vende esos bienes a un tercero que desconoce el abuso de confianza. Otras veces, los bienes son robados para ser revendidos por medio de un intermediario, quien, a sabiendas o no, vende el bien a un comprador de buena fe. Con mayor frecuencia, los bienes son vendidos a crédito o consignación a comerciantes, quienes, a pesar de no haber pagado el precio de venta ni haber obtenido un título de propiedad sobre los bienes, están facultados para revenderlos o para otorgar garantías prendarias o hipotecarias sobre los bienes no pagados a acreedores que, a su vez, revenden los bienes prendados para satisfacer el pago de lo adeudado.

El derecho vigente en países de mercados financieros desarrollados protege no sólo al acreedor prendario o hipotecario sino también al comprador de buena fe de bienes adquiridos de poseedores legítimos y convalida así ventas por empleados, mandatarios o intermediarios del dueño desposeído.<sup>1</sup> En algunos casos, el derecho de estos países permite al dueño desposeído recuperar sus bienes del tercero adquirente, pero al mismo tiempo requiere que quien los

\* Traducción: Óscar Cruz Barney y Boris Kozolchyk

<sup>1</sup> Véase el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos 2-403, comentario 1, 1985 —ucc—.

reivindique restituya al comprador de buena fe el precio que éste pagó por el bien.<sup>2</sup> Por lo general, el dueño sólo podrá reivindicar el bien de un tercero de buena fe si el bien fue robado y no meramente confiado al vendedor no autorizado para realizar la venta.

La necesidad de proteger al comprador de buena fe que adquiere un bien de un intermediario autorizado se justifica por el imperativo de otorgar certidumbre a las adquisiciones en mercados "abiertos", es decir, mercados a los que acuden constantemente vendedores y compradores ya sea como comerciantes o consumidores. Los compradores de buena fe dejarán de acudir a estos mercados a menos que puedan confiar en la validez de su posesión, o en que no van a ser desposeídos por un dueño o acreedor desconocido. Por otra parte, si los vendedores o acreedores que otorgan su confianza y crédito a intermediarios mercantiles (ya sean éstos comisionistas o comerciantes al mayoreo o menudeo) no pueden contar con la certeza de recuperar el valor económico de lo prestado o vendido, dejarán de vender, confiar o conceder crédito. Estas realidades del mercado explican, desde un punto de vista económico, la aparente coexistencia de la antigua máxima romana *nemo dat quod non habet* (nadie puede transferir lo que no tiene)<sup>3</sup> con el principio del artículo 2279 del Código Civil francés que en materia de bienes muebles considera que "la posesión equivale al título".<sup>4</sup>

Se ha pretendido explicar la coexistencia del derecho del dueño a reivindicar lo que fue vendido sin su autorización y la protección al poseedor de buena fe mediante la distinción entre el robo (perpetrado por quien no tiene derecho posesorio legítimo sobre el bien robado) y el abuso de confianza por parte del empleado, mandatario o intermediario comercial (quien sí tiene un derecho de posesión legítimo). En el caso del abuso de confianza, se presume que el dueño consintió en que el empleado o mandatario adquiriera la posesión legítima del bien y de esa manera queda legitimada la transferencia al tercero. En el caso del robo, se presume que el dueño no consintió en la adquisición de la posesión por parte del ladrón y, por tanto, no se puede legitimar la transferencia a un tercero.

Un análisis más minucioso de esta explicación revela sus fallas. No explica, por ejemplo, por qué un comprador de buena fe en muchas ocasiones adquiere un derecho de posesión superior al derecho que transfirió el dueño original a su mandatario o intermediario autorizado, especialmente con respecto a bienes

<sup>2</sup> Véase Código Civil francés, artículo 2280.

<sup>3</sup> Véase *Black's Law Dictionary*, 5a ed., 1979, p. 935.

<sup>4</sup> El artículo 2279 del Código Civil francés indica: "En lo referente a muebles, la posesión es equivalente al título. Pero una persona que ha perdido o a quien se le ha robado algo puede iniciar una acción para recuperarlo, frente a cualquier persona que tenga la posesión, dentro de un periodo de tres años desde la fecha de la pérdida o robo, mientras que el segundo tiene el derecho de actuar en contra de la persona de quien lo recibió."

de consumo. Además, esta explicación presupone que existe un solo derecho de dominio o posesión derivado de un solo tipo de dueño. Asimismo presupone que el dueño-mandante u otorgante de confianza y el dueño víctima del robo son tenedores de un mismo derecho, cuyas características siguen siendo las mismas desde el derecho romano hasta la actualidad.

La supuesta identidad histórica de derechos desde los días del derecho romano desaparece cuando se contrastan los derechos posesorios que transfieren los mandantes comerciales de nuestros días con los derechos de posesión y titularidad que tenía el *bonus paterfamilias* romano sobre sus bienes *mancipi*. Los mandantes y acreedores comerciales típicos de nuestros días son los productores, los vendedores al mayoreo y menudeo, y sus prestamistas o banqueros. Sus derechos sobre todo tipo de bienes (incluyendo bienes de inventario, materia prima, productos manufacturados, equipos, refacciones y valor de mercado de todos los anteriores al igual que otros derechos y títulos valores y de crédito) son derechos provenientes de la necesidad de transferir bienes a terceros y no de retener bienes valiosos dentro del seno familiar.

Los derechos de posesión del *paterfamilias* sobre sus *res mancipi* estaban tan intimamente entrelazados con su posición como jefe de familia exclusivo y absoluto, que no podían coexistir con derechos posesorios similares o equivalentes sobre los mismo bienes. Existía *un solo bonus paterfamilias con respecto a los miembros y bienes valiosos de la familia*. En cambio, los derechos de posesión contemporáneos de los vendedores, compradores y acreedores sobre los bienes de inventario, equipo, cuentas por cobrar, depósitos bancarios, títulos de crédito y valor tienen una existencia independiente de la del *status* de sus titulares y, por lo tanto, pueden coexistir y de hecho coexisten como derechos rivales o complementarios.

Históricamente, entonces, tanto el dominio como la posesión de los bienes muebles conllevan derechos distintos y tienen funciones sociales distintas en el mundo romano y en el contemporáneo. El derecho romano usaba el dominio y la posesión para proteger el poder económico y familiar del *paterfamilias*, *con el objeto de preservar el patrimonio familiar, reteniendo dentro del mismo los bienes más valiosos durante el mayor tiempo posible*. En cambio, lo que hoy entendemos por propiedad y posesión sobre muebles son conceptos cuyo propósito es facilitar la comercialización del patrimonio ya sea éste individual, familiar o mercantil. En nuestros días, mientras más cierto e incondicional sea el derecho del dueño o del poseedor, es más vendible y por lo tanto más valioso.

Sin embargo, a la par que el volumen y variedad de bienes comerciables crece de manera exponencial, el papel que juega la propiedad mobiliaria y su interacción con la posesión no es del todo claro. Esta falta de claridad obviamente contribuye a la incertidumbre. Por ejemplo, en muchos ordenamientos jurídicos no se sabe con certeza si un vendedor a crédito de bienes embarcados sujetos a un conocimiento marítimo negociable continúa siendo "propietario" de los bienes embarcados una vez que el conocimiento se endosa a un banco

acreedor. ¿Cómo podrá seguir siendo tal vendedor-embarcador propietario de bienes vendidos bajo “reserva de dominio” si el endosatario del conocimiento de embarque negociable tiene el poder de obtener la posesión de los bienes del transportista y de vender estos bienes aun en contra de la voluntad del vendedor-embarcador?

Sin duda, es necesario determinar cómo otorgarle certidumbre a las innumerables transacciones en las que se desconoce en un momento determinado quién es el “verdadero” dueño, o el dueño “histórico” de los bienes vendidos o pignorados. También es necesario saber cómo documentar en forma expedita la transferencia de propiedad o posesión de bienes almacenados o en proceso de transporte, como petróleo, algodón o granos en mercados de *spot* o “futuros” que exigen que la transferencia del derecho a la posesión se ejecute en minutos, incluso en segundos, entre compradores, vendedores y prestamistas en diversas partes del mundo.

Este estudio pretende clarificar el concepto y función de la propiedad mobiliaria en el derecho comercial contemporáneo y en el que se nos avecina. Esta labor requiere un análisis histórico y comparativo de la propiedad mobiliaria en su contexto jurídico y socioeconómico.

## 2. DERECHO ROMANO

---

### A. La influencia de la agricultura y la guerra sobre la propiedad y la posesión en Roma

---

Durante la era de la Ley de las Doce Tablas (alrededor del 450 a.C.),<sup>5</sup> Roma era una comunidad agrícola y militar. Los romanos practicaban el cultivo en seco,<sup>6</sup> una ardua y complicada forma de cultivo diseñada para obtener el máximo de calorías vegetales de una mínima porción de tierra árida.<sup>7</sup> Gran parte del terreno era rocoso y montañoso, y requería que se le dedicara un tiempo considerable a la construcción de terraplenes y canales, así como un arado continuo, para distribuir la humedad del subsuelo. La escasez de pastizales requería el uso intensivo de caballos y bueyes para las labores del campo, lo que les daba un valor agregado.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Para una introducción al derecho romano en su contexto social, véase W. Kunkel, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, J. Kelly trad., 1973, pp. 22-30.

<sup>6</sup> Sobre la agricultura romana, véase R. López, *The Commercial Revolution of the Middle Ages*, 1976, pp. 3-6.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>8</sup> Para la conexión entre *pecus* y *peculium* o entre ganado y la fortuna familiar (*pecunia*, *familia pecuniaque*), véase T. Mommsen, *History of Rome*, 1868.

Los caballos también eran altamente valorados por su uso militar. De hecho, la propiedad de la tierra era asignada, en un principio, a un pequeño número de familias de origen noble (*patricii*) quienes, por ser caballeros o soldados ecuestres (*equites*), eran el corazón del incipiente ejército romano.<sup>9</sup> Estas familias trabajaban la tierra por parcelas en las que se incluían no sólo a los *paterfamilias*, sino también a los esclavos. Las tierras que no eran propiedad de los patricios podían ser cultivadas por plebeyos quienes, a cambio de su derecho a explotar la tierra, estaban obligados a apoyar a sus benefactores patricios en actividades políticas y militares.<sup>10</sup>

La mutua dependencia entre patricios y plebeyos se hace patente en Las Doce Tablas. Por ejemplo, el patrício que no proveyera de lo necesario para la satisfacción de las necesidades de sus plebeyos podía ser castigado.<sup>11</sup> La alianza requerida por este sistema de patronaje, sumada a la alianza debida por los miembros de una familia al *paterfamilias*, proveían la base orgánica de la afamada jerarquía y disciplina militar romana.

Con el paso del tiempo, las tácticas militares cambiaron y los plebeyos agricultores eran reclutados para formar la infantería. En palabras del profesor Kunkel, "esta clase, que anteriormente no era más que una horda desorganizada de portadores de equipaje en el campo de guerra, se convirtió en la principal beneficiaria de los gastos y ganancias de la guerra".<sup>12</sup> En contraste con los clientes de los *equites* patricios, la nueva clase de plebeyos, el soldado-agricultor, no estaba satisfecha con las recompensas nominales por su desempeño militar. Al expandirse la actividad militar, los generales romanos se dieron cuenta de que era necesario compartir los botines de guerra con sus soldados.<sup>13</sup>

Los botines de guerra contravenían el espíritu y la letra de la ley; sin embargo, las *Institutas* de Gayo<sup>14</sup> reconocían ya el poder de la espada del legionario romano para legitimar la adquisición militar de la propiedad, describiendo el botín como "inmediatamente nuestro, por virtud del *jus gentium*. De hecho, aún hasta los enemigos libres, al ser capturados, se convierten en nuestros esclavos; en cambio si escapan de nuestro poder y regresan a su pueblo, recuperan su condición original".<sup>15</sup>

No fue sino hasta la publicación de la obra *El espíritu del derecho romano*<sup>16</sup> de Rudolph von Jhering cuando el papel jurídico de la posesión por parte del conquistador romano quedó claro. De acuerdo con von Jhering, si el dios del

<sup>9</sup> M. Kunkel, *op. cit.*, nota 5, p. 6; también véase T. Mommsen, *op. cit.*, nota 8, p. 241.

<sup>10</sup> W. Kunkel, *op. cit.*, nota 5, p. 6.

<sup>11</sup> *Ibidem* (citado a la tabla VIII, 21).

<sup>12</sup> M. Kunkel, *op. cit.*, nota 5, p. 8.

<sup>13</sup> T. Mommsen, *op. cit.*, nota 8, p. 1059; véase G. G. Watson, *The Roman Soldier*, 1969, pp. 89-92 (sobre las escalas regulares de paga de los soldados romanos del siglo IV a.C. en adelante).

<sup>14</sup> *Cfr.*, nota 20.

<sup>15</sup> T. Mommsen, *op. cit.*, nota 8, p. 1059.

<sup>16</sup> R. von Jhering, *L'Esprit du Droit Romain*, 3a ed., 1969, pp. 111-119.

*Pentateuco* otorgó la tierra prometida a los judíos, los dioses romanos dieron a Roma la espada y la lanza para adueñarse de lo que quisieran. Etimológicamente, muchos de los medios jurídicos en Roma para la adquisición de propiedad se derivaban de la raíz latina *capere* (aquel que es tomado con la mano), tales como *manucaptum*, *mancipium*, *usucapio* y *ocupatio*.<sup>17</sup> El último de estos tipos de adquisición, la ocupación de tierras, era "original" en el sentido de no requerir la transmisión a través de un intermediario para legitimar el derecho del adquirente. La influencia del *capere* era tal que incluso tratándose de medios accesorios de adquisición, como en el caso de la *mancipatio*, el comprador o adquirente tomaba la propiedad simbolizando un acto hostil.<sup>18</sup>

En el análisis de von Jhering sobre el método romano para adquirir legítimamente la propiedad original la conexión entre la adquisición de la propiedad de manera forzosa o violenta y la publicidad de dicha adquisición es menos aparente, pero aún de mayor significación jurídica. Como el mismo von Jhering destaca, el símbolo del ejercicio de actos de propiedad era la lanza.<sup>19</sup> Una lanza clavada en tierra romana daba aviso a toda Roma de la realización de actos públicos vinculados con la propiedad. Una lanza clavada ante el tribunal de *cetumviros* simbolizaba embargos o ventas públicas. La lanza que originalmente se usaba en los procedimientos pretoriales para la liberación de esclavos se convirtió en un bastón que, con el paso del tiempo, simbolizó la acción de recuperación de una propiedad por su dueño legítimo (*vindicatio*). Esta "domesticación"<sup>20</sup> de instituciones derivadas del ejercicio o utilización de la fuerza bélica fue transformándose en símbolos del poder estatal y constituía un aviso coactivo para el público en general y las partes interesadas en particular. Todo derecho existente en virtud de transacciones anteriores terminaba o se modificaba desde el momento de la notificación, y así las nuevas transacciones y correlativos derechos quedaban públicamente confirmados.

En resumen, los derechos de propiedad y de posesión en el antiguo derecho romano reflejaban tanto una sociedad guerrera, como una sociedad agrícola. En esta sociedad, la propiedad tenía valor si era útil en la guerra, en la agricultura o en ambas. Como resultado de la adjudicación de los botines de guerra, la posesión adquirida por el uso de la fuerza contra los enemigos de Roma se convertía en propiedad. Entre los romanos, sin embargo, la posesión sólo podía ser adquirida con *iusta causa*. Fuera de la posesión, el resultado de una toma violenta o con *iusta causa* debía tener la suficiente publicidad como para notificar a la comunidad en general los derechos poseídos.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 114-115.

<sup>20</sup> La domesticación de instituciones militares no se extendía, en un principio, a ciudadanos no romanos. En sus *Institutas*, Gayo deja muy claro que el *mancipatio*, *in iure cesio* y el *usucapion* eran instituciones destinadas únicamente a ciudadanos de Roma. Véase Gayo, *Institutas*, 65, trad. F. de Zuleta, 1976, p. 83.

## B. La influencia de los arquetipos romanos en el comercio

La descripción hecha por Theodore Mommsen sobre el comercio en la Roma prerrepública y la republicana indica que, aun cuando existía una actividad comercial significativa desde los tiempos más remotos, ésta era sólo un “intercambio pasivo”.<sup>21</sup> En vez de vender bienes fabricados, los latinos vendían bestias y esclavos a los etruscos que, a cambio, les vendían su cobre. Cuando el “alto comercio” o la venta al mayoreo y las exportaciones finalmente arribaron a Roma, dicho comercio pasó a manos de los terratenientes casi desde su inicio. Muy pocos mercaderes podían actuar como intermediarios entre los productores y los consumidores. Mientras que la mayoría de las villas romanas tenía trabajadores artesanos y pequeños comerciantes, éstos sólo realizaban un comercio de subsistencia. El capital estaba concentrado en muy pocas manos, mientras que la pobreza y la esclavitud crecían. Algunos acuerdos relativos a la repartición de ganancias existían entre los pocos ricos y los trabajadores, artesanos y pequeños comerciantes.

Sin embargo, generalmente la adquisición de capital por los no pertenecientes a la aristocracia se daba en forma de préstamos con intereses exorbitantes.<sup>22</sup> La situación no cambió sustancialmente durante la República. La ciudad de Roma se convirtió en un centro de comercio de esclavos, herramientas para la agricultura, ropa y, especialmente, artículos de lujo.<sup>23</sup> La mayoría de los bienes comercializados se producía en otros lugares. La patente para importar tales bienes era adjudicada a unos cuantos privilegiados, usualmente los mismos terratenientes, dueños de embarcaciones con sus dotaciones de esclavos. Durante el Imperio, hubo muy pocos agricultores con suficientes excedentes para su venta. El excedente agrícola que mantenía las villas romanas era producido por millones de esclavos.<sup>24</sup> Si bien Roma era el centro financiero más importante del mundo precristiano, su mercado de numerosos artesanos, tenderos, contratistas, productores de artículos bélicos y prestamistas no era autosuficiente. La prosperidad comercial de este mercado estaba sujeta a los monopolios encabezados por los grandes terratenientes.

La moralidad del mercado romano era ejemplificada por el llamado “catecismo práctico” de Cato. Cato le recomendaba a su hijo que la acumulación de bienes era símbolo de una vida bien vivida. Mientras que una viuda no tenía que sentirse avergonzada si sus bienes menguaban durante su vida, los bienes de un caballero romano debían aumentar durante la suya. “El libro de cuentas que atestigua que un hombre legó más bienes que los que heredó es digno de

<sup>21</sup> T. Mommsen, *op. cit.*, nota 8, p. 258.

<sup>22</sup> Para una descripción del *modus operandi* del capital de la aristocracia romana durante las Guerras Macedónicas, véase *ibidem*, pp. 112-115.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 1100.

<sup>24</sup> R. López, *op. cit.*, nota 6, pp. 7-8.

alabanza".<sup>25</sup> De acuerdo con Mommsen, el incremento de los recursos de un caballero era posible dada la obligatoriedad de promesas en transacciones provechosas, mientras que las promesas con ánimo gratuito no gozaban de obligatoriedad. En palabras de Polibio "En Roma nadie da nada a nadie si no está obligado a hacerlo y nadie salda una obligación antes de su expiración, aún dentro de su familia".<sup>26</sup>

Si bien la acumulación de ganancias era alabada, muchas prácticas lucrativas que en la actualidad son comunes entre comerciantes y profesionales eran rechazadas porque las consideraban indignas los romanos de alta alcurnia. Se les enseñaba a los romanos que era indigno cobrar por servicios prestados, aun cuando dichos servicios tuvieran un valor significativo en el mercado. De tal suerte, se esperaba que alguien que aceptara guardar la propiedad mobiliaria de otro, como depositario o comodatario (*depositum* o *commodatum*), lo hiciera gratuitamente.<sup>27</sup> De manera similar, alguien que asistía en la ejecución de negocios de otro (*mandatum* y *procuratio*), independientemente de lo arduos y beneficiosos que fueran sus esfuerzos, debía de hacerlos gratuitamente. La ley no sólo reflejaba dichas expectativas,<sup>28</sup> sino que llegaba a prohibir a ciertas personas de los más altos niveles de la sociedad romana llevar a cabo o cobrar ciertos servicios de carácter comercial. La *Lex Claudia*, por ejemplo, prohibía a los senadores romanos y a sus hijos ser dueños de embarcaciones comerciales, salvo cuando los bienes transportados provenían de sus propias tierras.

Tales actitudes dieron lugar al nacimiento de sociedades secretas, en las cuales miembros de clases sociales bajas realizaban actividades provechosas que permitían a ciertos aristócratas actuar como socios secretos y enriquecerse de estas actividades sin menoscabar su dignidad como clase social.<sup>29</sup> Muchas de estas sociedades secretas se desenvolvían en la más indigna de las actividades provechosas en Roma, el préstamo de dinero con interés.<sup>30</sup>

Este arquetipo jurídico significó que la consignación de dinero, mercancías y bienes por parte de los propietarios, con fines comerciales o de lucro, debían afecturarse evadiendo la ley. Así, la encomienda de bienes para su venta no se realizaba con mercaderes independientes y con *status* social similar al del encomendante, sino con miembros de clases sociales bajas, como los esclavos, que aún dependían de sus amos para su subsistencia, protección o ambas. En este sentido, aún en tiempos del Imperio, el poder que el antiguo *paterfamilias*

<sup>25</sup> T. Mommsen, *op. cit.*, nota 8, p. 1105.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> El contrato de préstamo de dinero o *mutuum* en sí era gratuito; aunque, como indica Buckland, el empresario romano no prestaba gratuitamente. De manera, el *depositum* era la transferencia de una *res mobilis* gratuitamente, al igual que lo era un préstamo para uso (*commodatum*) W. Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, 3a ed., 1963, pp. 464, 467 y 471.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 514-18.

<sup>29</sup> T. Mommsen, *op. cit.*, nota 8, p. 556.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 1113.

tenía sobre la familia influía profundamente sobre el comercio y los derechos y obligaciones derivados de éste. El arquetipo jurídico asociado con el *bonus paterfamilias* también significó que la acumulación de mercancías o préstamos como activos patrimoniales no era un signo de alta aleurnia. En la época de Cato, el comportamiento ideal del caballero romano seguía siendo el del soldado-agricultor ancestral:

Cuando nuestros ancestros querían alabar a un hombre bueno, ellos hablaban del buen agricultor. Tal era la más alta alabanza [...] Estoy consciente de la diligencia de un mercader al perseguir su ganancia [...] [pero], ¿acaso no es la agricultura [la actividad] que provee a los más fuertes y vigorosos soldados? ¿Qué beneficio puede ser más honesto que aquél del agricultor? Aquellos que se dedican al trabajo de la tierra no tienen malos pensamientos.<sup>31</sup>

### C. *Nemo dat* y el *status* del *paterfamilias*

La anterior descripción del arquetipo “soldado-agricultor” contribuye a poner en su correcta perspectiva la famosa frase de Ulpiano: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ibse haber* (nadie puede transferir a otro un derecho que no posee).<sup>32</sup> En el antiguo derecho romano, los derechos de propiedad de un *paterfamilias* eran inseparables de su poder y su *status*. Tenía *potestas* sobre hijos y esclavos, *manus* sobre su esposa y *mancipium* sobre personas libres que vivían con la familia pero a la cual no pertenecían.<sup>33</sup> Con base en su *potestas* y en su *manus*, el *paterfamilias* podía transferir bienes, esposa e hijos por medio del *mancipatio* y recuperarlos por medio del *vindicatio*.<sup>34</sup> Sin embargo, como lo indica el romanista húngaro György Diósdi, las primeras nociones sobre el derecho de propiedad en el derecho romano fueron distintas a concepciones posteriores, y la *mancipatio* era la transmisión de un poder “prácticamente indefinible en términos modernos”.<sup>35</sup> A menos de que el adquirente pudiera reemplazar al *paterfamilias* en su posición (lo cual conlleva a la noción de disfrutar de todos los poderes del *paterfamilias*), un derecho transmitido por el *paterfamilias* a un extraño se veía necesariamente alterado si no destruido una vez que se transmitía. Como lo apunta Max Kaser, de la Universidad de Hamburgo, “el derecho subjetivo [del adquirente] surgía en cada persona como un nuevo derecho”.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 1104. M. Porcius Cato fue cónsul en el año 195 a.C. y censor en 184 a.C. Cicerón se refería a él como “un experto en *ius civile*, el mejor de todos”. Para una pequeña biografía de Cato, véase *Ibidem*, pp. 1062-1063; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 1953, p. 382; también véase T. Mommsen, *op. cit.*, nota 8, pp. 1062-1063.

<sup>32</sup> Dig. 50-54 (Ulpiano, *Ad Aedictum 46*) (traducido en 11 *The Civil Law*, 302, S. Scott ed., 1932).

<sup>33</sup> Véase generalmente G. Diósdi, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, 1970, pp. 53-56.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> M. Kaser, *Roman Private Law*, trad. por R. Dannebring, 2a ed., 1968, p. 101. Respecto a la frase Ulpiano, Kaser destaca que: “la adquisición de propiedad de parte de un no dueño era ajena al derecho

La peculiaridad de los derechos de cada adquirente y su inherente vulnerabilidad frente a reclamaciones, contra el enajenante o contra los herederos de éste, requerían de una protección especial que apareció en forma de una garantía tácita en contra de la evicción (*auctoritas*). Si el vendedor no cumplía con la obligación de proteger el goce pacífico de aquello que había enajenado, el comprador tenía un recurso contra él (la *actio auctoritas*).<sup>37</sup> Para algunos estudiosos, esta peculiaridad en la transmisión del *paterfamilias* caracterizaba los derechos de propiedad del adquirente simplemente como relativos. Es decir, estos derechos estaban sujetos a las acciones de terceros, incluyendo a los herederos del vendedor, hasta que hubiese corrido el término de la *usucapio*: dos años para bienes inmuebles y un año para bienes muebles.<sup>38</sup> En caso de evicción, el adquirente no podía ejercer su acción de manera independiente sino hasta que el tiempo prescrito para el *usus auctoritas* hubiera concluido.<sup>39</sup>

Un breve examen de las opiniones sobre *usucapio* de juristas romanos del periodo clásico ilustra la incertidumbre de las adquisiciones de *res mancipi*, incluso durante este avanzado periodo del derecho romano.<sup>40</sup> Como regla general, “propiedad que había sido robada [no podía] ser adquirida por medio de la usucapión, a menos que fuera restituida a la persona de quien fue robada”.<sup>41</sup> (Debemos aclarar que el concepto de robo era suficientemente amplio como para incluir el abuso de confianza o el peculado.) El impedimento que pesaba sobre la adquisición de propiedad sobre bienes robados era tal que una opinión de jurisconsulto le otorgaba al dueño de bienes robados tanto la recuperación de daños y perjuicios en cantidad igual al valor del objeto robado, como la restitución de la titularidad sobre los mismos por medio de la usucapión. De forma consistente con la amplia caracterización del robo, otra opinión otorgaba las mismas acciones y recursos jurídicos al dueño “aun cuando los bienes

romano. Sus necesidades de seguridad en las transacciones eran satisfechas dado que la prescripción adquisitiva, con sus relativamente cortos períodos, estaba abierta a un comprador de buena fe”.

<sup>37</sup> G. Diószdi, *op. cit.*, nota 33, p. 75.

<sup>38</sup> Diószdi indica que: “Rabel y otros escritores, especialmente Kaser, son de la opinión de que en el caso de evicción, el único reclamo que podía hacer el comprador era contra el vendedor; él no se podía defender independientemente dado que el derecho adquirido por *mancipatio* era de carácter relativo. La propiedad relativa se tornaba absoluta sólo cuando el periodo prescrito en el *usus auctoritas* había terminado. Así, la garantía de *auctoritas* era usada por ellos como un arma de parte de la teoría de propiedad relativa”. *Ibidem*, pp. 80-81. Sobre esta teoría de relatividad de título véase M. Kaser, *op. cit.*, nota 36, p. 93: “Propiedad y posesión aún no estaban tan separadas como lo fueron posteriormente, dado que la propiedad sólo era concebida como el mejor derecho a la posesión en relación a cierto adversario. El antiguo proceso relativo a la propiedad *Reivindicatio*, el *Regisactio sacramento in rem*, requería que ambas partes atestiguaran la propiedad. En consecuencia, el juez sólo tenía la opción de decidir cuál de los litigantes era el dueño que tenía el mejor derecho a la cosa. De aquí se desprende que la propiedad sólo era un derecho relativo.”

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> S. Scott, *op. cit.*, nota 32, pp. 198-214, Dig. 41. 1-49.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 199 (Dig. 41.4.6 [Paulus, Ad Edictum 54]).

robados habían sido entregados a otros con el consentimiento del dador".<sup>42</sup> Además, se otorgaba al dueño el derecho de continuar su reclamación contra los frutos y accesiones del bien robado o contra bienes que habían sustituido a los que originalmente eran parte del bien robado. Tomemos como ejemplo una opinión de jurisperito sobre ovejas robadas:

Si las ovejas robadas habían sido peladas al estar en posesión del ladrón, la lana no puede ser adquirida por usucapión (por el ladrón o sus causahabientes). Sin embargo, en el caso del comprador de buena fe (de la oveja robada) la regla es otra. En este caso no hay necesidad de usucapir la lana porque la lana es fruto de un derecho adquirido por el comprador al momento de su compra.<sup>43</sup>

Si bien la opinión anterior sólo permitía la persecución del bien, sus frutos o bienes accesorios o sustitutos hasta el momento de su adquisición por el comprador de buena fe, la siguiente opinión consideraba que el comprador de buena fe no estaba protegido en su adquisición de bienes fabricados con frutos de los bienes robados. "Si fabricas una prenda con la lana robada, la opinión predominante considera que debe tomarse en cuenta el material del que está hecha, por lo tanto la prenda en sí, también es un bien robado".<sup>44</sup>

Es cierto que hasta el día de hoy respetables romanistas discuten sobre la relatividad de los derechos del adquirente.<sup>45</sup> Sin embargo, el hecho de que dicha característica fundamental de los derechos de propiedad de un adquirente permanezca en disputa es altamente significativo. La incertidumbre respecto a los derechos del adquirente confirma la observación hecha por Sir Henry Maine en el sentido de que el derecho antiguo no fomenta la transmisión de bienes que son esenciales para la subsistencia de la familia dentro del sector rural.<sup>46</sup> El profesor Diósdi, un fuerte oponente a la teoría de la relatividad del título de propiedad, apunta el "carácter campesino de la antigua sociedad romana" como la razón por la cual la propiedad exclusiva del *paterfamilias* sustituye a la propiedad familiar común tan rápidamente: "Creo que la razón del veloz reemplazo fue el carácter campesino de la sociedad romana antigua. Un comercio ágil requería la independencia económica del individuo, mientras que la economía campesina, básicamente autárquica, se basa contrariamente en la concentración de la propiedad en pocas manos".<sup>47</sup>

Por lo tanto, el *nemo dat* fue parte de un sistema legal diseñado para desalentar la comercialización, por parte del *paterfamilias*, de los bienes de sustento familiar de mayor valor.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 200 (Dig. 41.4.14 [Paulus, Ad Edictum 54]).

<sup>43</sup> *Ibidem* (Dig. 41.4.19 [Paulus, Ad Edictum 54]).

<sup>44</sup> *Ibidem* (Dig. 41.4.20 [Paulus, Ad Edictum 54]).

<sup>45</sup> Véase G. Diósdi, *op. cit.*, nota 33, pp. 50-53.

<sup>46</sup> H. Maine, *Ancient Law*, 1963, pp. 262-264.

<sup>47</sup> G. Diósdi, *op. cit.*, nota 33, p. 49.

## D. La intención del propietario en el mandato y usucapio

En sus *Institutas*, Gayo enumera los distintos casos en los que un dueño (*dominus*) no podía vender y aquéllos en las que una persona distinta a éste (*et qui dominus non sit*) sí estaba en posibilidad de hacerlo.<sup>48</sup> Gayo enumeraba como permisible la venta por parte del acreedor de un bien dado en garantía prendaria. Asimismo, sugería que la razón para la validez de dicha venta estribaba en que la prenda se transfería con el consentimiento del deudor, “habiéndose acordado previamente por el deudor que el acreedor tendría el poder de vender la prenda si la deuda no era saldada”.<sup>49</sup> El consentimiento y la intención del dueño deudor jugaban por tanto un papel muy importante en la validación de tales ventas.

El derecho romano también permitía que determinadas personas, tutores, hijos y esclavos, pudieran realizar actos de dominio en representación del *paterfamilias*.<sup>50</sup> Sin embargo, el derecho romano no alentaba la venta de bienes a través de mandatarios con facultades de apoderados *independientes*. Si O deseaba transmitir el bien X a B a través de A, un dependiente, el derecho romano sí consideraba dicha transmisión como válida. Como lo indica el romanista inglés Buckland, esto implicaba que A era un simple *nuntius*, que no disfrutaba ni ejercía poderes de negociación en dicha transmisión.<sup>51</sup> La ley no era muy clara tratándose de los derechos y obligaciones derivados de la venta por medio de un *procurator*, que vendía a quien quisiera, bajo los términos que considerara convenientes “estando sujeto a responsabilidad en caso de negligencia en la realización de la venta”.<sup>52</sup>

El *Digesto* cita la opinión de Modestino en el sentido de que todo representante designado para llevar los asuntos de su mandante sin “un poder expreso para tales efectos; con la excepción de frutos u otros bienes de fácil descomposición” carecía de validez.<sup>53</sup> También el *Digesto* le atribuye a Paulo la siguiente máxima: “La situación del mandante no puede ser menoscabada por actos que su mandatario realice sin su consentimiento.”<sup>54</sup> Por lo tanto, si A vendía la propiedad a C en vez de a B, creyendo honestamente que tal autorización le había sido conferida, o si el precio de venta era superior al valor de mercado, pero debajo del precio que O pensaba que podría haber obtenido, O tenía el derecho de reclamar la propiedad del bien vendido alegando una falta de autorización en los actos del mandatario que perjudicaron su situación. De

<sup>48</sup> Gayo, *op. cit.*, nota 20, 62-5, pp. 81-83.

<sup>49</sup> *Ibidem*, 64, p. 83.

<sup>50</sup> W. Buckland, *op. cit.*, nota 27, p. 277.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> S. Scott, *op. cit.*, nota 32, p. 28 (J. Inst. 3.6, Modestino 6).

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 26 (J. Inst. 3.49, Paulus, Ad Edictum 54).

acuerdo con la máxima de Paulo, la intención de enajenar tenía que ser, sin lugar a dudas, la del dueño.

Una intencionalidad similar se requería en la *usucapio*. La posesión material sobre los bienes usucapidos no era suficiente. La forma de *usucapio* válida para el legionario romano, llevada a cabo por medio de la violencia y como recompensa a sus esfuerzos bélicos, no era reconocida en transacciones pacíficas o no militares entre romanos.<sup>55</sup> Fuera del contexto militar, tomar por la fuerza significaba robar y, como indicaba Labeo, "La propiedad que ha sido robada no puede ser adquirida por *usucapio* antes de haber regresado al control del propietario."<sup>56</sup> Sin importar si la intención del poseedor era de tenerla como dueño o únicamente como poseedor,<sup>57</sup> se requería una conducta que los juristas romanos clásicos denominaban como *bona fides*.

Sin embargo, esta buena fe no tenía el mismo significado que en el derecho mercantil contemporáneo. En el derecho romano, no era suficiente probar que el poseedor había actuado en forma honesta o que se había comportado como lo hubiese hecho un comerciante o cualquier otro comprador en las mismas circunstancias. Como lo indica Buckland, la *bona fides* no significaba sólo el creer honestamente que, de hecho, uno era el dueño (*dominus*). Tampoco era suficiente pensar que uno se encontraba en posesión legal. El poseedor debía tener una creencia real y razonable, aun cuando ésta fuese errónea, de que tenía el derecho a ostentar la propiedad. Si dicha creencia se basaba en un error de derecho, creyendo por ejemplo que una transacción era válida cuando realmente era inválida, la *usucapio* era anulada por falta de *iusta causa*.<sup>58</sup> De tal manera, la *iusta causa* proveía la base jurídica para adquirir la propiedad por medio de una venta, un legado o una donación. Al centrarse en la intención del último dueño conocido, en vez de centrarse en la intención del comprador, el requerimiento de *iusta causa* impedía que la *usucapio* protegiese a muchos compradores, fueran consumidores o no.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> La Ley XI, Tabla II de la Ley de las Doce Tablas establece que: "Propiedad robada será, siempre, de aquél a quien originalmente perteneció; el dueño no puede ser privado jamás de ella después de una prolongada posesión, sin importar la duración, ni puede ser jamás adquirida por otro, en cualquier modo en que este pueda llevarse al cabo". I S. Scott, *op. cit.*, nota 32, p. 62.

<sup>56</sup> Véase 9 S. Scott, *op. cit.*, nota 32, p. 214 (Dig. 41.49, Labeo 5).

<sup>57</sup> Como destaca Buckland, en el *Digesto* hay una ambigüedad en el uso de los términos *possessio*, *possessio naturalis* y *possessio civilis*, la cual puede indicar una alteración de los compiladores al texto original. La famosa disputa entre Savigny y von Jhering se centraba precisamente en si la posesión consistía en el control físico (*corpus*) con la intención de mantenerla como propia (*animus habendi o domini*) o si la posesión era simplemente una manifestación externa de la propiedad. W. Buckland, *op. cit.*, nota 27, pp. 197-199.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 244-46.

<sup>59</sup> Pero cfr. M. Kaser, *op. cit.*, nota 36. Kaser señala, atinadamente, que dado el precondicionamiento de la *iusta causa* a la buena fe, muy pocos de los compradores de buena fe modernos calificarían para la protección de la seguridad de las transacciones romanas.

La intención del último propietario era, por tanto, la fuente de donde dimanaban los derechos del adquirente así como la medida de estos derechos. Quienquiera que pretendiese adquirir tenía que probar que, en *última instancia*, había adquirido del dueño o con la anuencia del dueño. Repetimos, no bastaba con que se probase que se había comprado de un intermediario autorizado o de un poseedor con intención de vender, era menester probar que el dueño había consentido la venta en cuestión.

En resumen, la protección de los compradores de propiedad familiar valiosa en el derecho romano dependía de la protección otorgada por la expresión de la voluntad del dueño anterior. Tal sistema de protección podría describirse con un aforismo (de manufactura nuestra) tal como "una vez dueño, dueño hasta que uno quisiera dejar de serlo". No debe sorprender, por tanto, que el sistema normativo del derecho romano antiguo dependiera de *nemo dat* como su principio rector.

Es muy significativo que el mismo principio romano, aunque con terminología distinta, reaparece en otros sistemas jurídicos antiguos producto del mismo contexto de supervivencia mediante actividades agrícolas y militares. Tómese como ejemplo el derecho hebreo prebiblico. Recientemente se han descubierto manuscritos del siglo V a.C. de soldados hebreos asignados a la colonia militar de Elephantina, en Egipto. Estos manuscritos contenían garantías por parte de los vendedores de bienes inmuebles valiosos a sus compradores en términos similares a los del *auctoritas* romano. Los compradores que no formaban parte de la familia del vendedor requerían de la asistencia de éste y sus herederos para defenderse de los actos de terceros que pretendían privarlos de la propiedad adquirida.<sup>60</sup> Así como en el *nemo dat*, esta versión hebrea del *auctoritas* asumía la existencia histórica de un dueño y de un *animus dominii* de quien todos los derechos de propiedad subsecuentes se derivaban. En el caso de los hebreos, esta asunción no era de extrañar, dado el carácter de propietario

<sup>60</sup> En la primera década de nuestro siglo, una serie de papiros arameos fueron encontrados en la isla de Elephantina (término que significa "lugar de elefantes" en arameo), en la parte alta del río Nilo, no muy lejos de la localización actual de la Presa de Aswan. El más viejo papiro arameo está fechado en el año de 495 a.C. Muchos de los papiros son transferencias de propiedad de inmueble. Generalmente, el dador-vendedor asumía dos obligaciones. Una de ellas era no intervenir en el goce que el adquirente hacía de la propiedad y la otra era una cláusula de "defensa" donde el otorgante aceptaba defender al adquirente en el caso de que su propiedad fuera reclamada por un tercero. La disposición relativa a la no interferencia por parte del otorgante contenía una promesa de que no habría tales reclamos y que si tales reclamos ocurrian, se le pagaría una multa al adquirente. En algunos documentos, el escribano añadía a la cláusula de no interferencia a otras personas que en un momento dado podrían involucrarse en tales reclamos, esto es, herederos de sucesión, incluyéndolos en la protección dada al comprador y los herederos del comprador mismo, a quienes supuestamente se extendía la misma protección ofrecida al comprador. Para un análisis de estos documentos, véase R. Yaaron, *Introduction to the Law of Aramic Papyri*, 1981, pp. 79-92 y 85.

final asumido por el dios de la Biblia: "Y la tierra no será vendida a perpetuidad; porque la tierra es mía; y todos ustedes son foráneos y colonizadores".<sup>61</sup>

La necesidad de derivar derechos actuales de la intención expresa o implícita del último dueño aparece también en el derecho hebreo referente a la representación. La máxima de Paulo que indicaba que la situación del mandante no podía ser empeorada por su representante o mandatario<sup>62</sup> encuentra eco en las palabras del Talmud: "Deberás beneficiarme con tu servicio, no deberás lesionarme."<sup>63</sup> El principio subyacente permitía al mandante anular los actos realizados por su mandatario que le hubieran causado algún perjuicio, sin importar la autoridad con la que aparentemente el agente estuviere investido.

Algunos sistemas legales antiguos, tan teológica y geográficamente distintos como el del Israel bíblico o la Roma pagana o el del derecho indostaní, contienen principios y reglas con fines y consecuencias similares. En el derecho indostaní, la venta de propiedad familiar ancestral que no pueda ser justificada por una necesidad económica de los herederos está sujeta a nulidad,<sup>64</sup> sin importar el valor pagado por los compradores o su desconocimiento sobre los propósitos de dicha venta. De suerte que un tercero comprador de buena fe puede quedar desposeído de su adquisición por herederos que prueben que el bien no fue vendido por necesidad familiar. El derecho antiguo, por lo tanto, tenía una política uniforme para mantener dentro del seno familiar bienes familiares de valor considerable. Esta política requería una intención expresa o tácita del dueño histórico como vehículo por excelencia para medir los derechos de propiedad de un comprador o causahabiente. En el fondo, para lograr la protección jurídica, todos los adquirentes de bienes valiosos en el derecho antiguo, independientemente de si los bienes eran muebles o inmuebles, debían de conectar sus derechos con la voluntad dispositiva del dueño. No era suficiente, como en nuestra época, demostrar que la adquisición había sido hecha en mercado público o de buena fe.

<sup>61</sup> Levítico 25:23 (Rey Jaime); generalmente véase H. Boecken, *Law and the Administration of Justice in the Old Testament and Ancient East*, 1980, pp. 89-90. ("Esta concepción está basada en la convicción de que la tierra fue alguna vez concedida por Jehová como legado. A la *sib* o familia individual se le asignaba una tierra para su cultivo. Esto garantizaba el bienestar de todos.").

<sup>62</sup> S. Scott, *op. cit.* nota 32, p. 26 (J. Inst. 3.49, Paulus, *Ad Edictum* 54).

<sup>63</sup> Véase I Levinthal, "The Jewish Law of Agency", en *Studies in Jewish Jurisprudence*, 1971.

<sup>64</sup> Para una interesante discusión del derecho indostaní de propiedad familiar, véase Protag Chandra v. Jagadish Chandra, Indian L.R. Calcutta, pp. 118 y 125, 1925, y la discusión en Kozolchyk, "Fairness in Anglo and Latin American Commercial Law", 2 B.C. *Int'l. & Comp. Law Review*, 1979, pp. 219, 257-58 y en "Lo justo o equitativo en las decisiones judiciales mercantiles anglo y latinoamericanos" en este tomo.

## E. Método de razonamiento en cuanto a los derechos del adquirente

---

De todos los “alfabetos” jurídicos del mundo antiguo, sólo el del derecho romano alcanzó un grado de sutileza y solidez conceptual suficiente como para lograr universalidad de aplicación. Antes de examinar lo sucedido con el principio o máxima del *nemo dat* en su contexto medieval y contemporáneo, es importante analizar, aunque sea brevemente, la lógica que subyace a un importante componente de este alfabeto.

Además de expresar una regla de derecho sustantivo, *nemo dat* estaba formulado en forma axiomática. Aún en nuestros días, su formulación es tan convincente y autoprobatoria que sus consecuencias parecen derivarse de forma inevitable: a fin de cuentas, ¿quién sino el dueño de algo, debe poder enajenar ese algo válidamente? ¿O acaso no es el derecho de disponer de un bien un derecho inherente al dominio sobre el mismo? *Mutatis mutandis*, si alguien es dueño de sólo una parte de lo vendido, ¿cómo va a poder transferir el dominio sobre todo?

La lógica implícita en el anterior razonamiento no es tan sólo silogística, sino también geométrica. Distingue entre objetos de distintas dimensiones y permite su clasificación morfológica y su representación gráfica. La lógica geométrica asume que en la naturaleza, al igual que en la mente humana, existe una simetría que se refleja en los tamaños y formas de los objetos físicos observados y descritos por el hombre. Sin embargo, no fue hasta la madurez del derecho romano cuando el dominio, la posesión, los derechos posesorios de los representantes o intermediarios, al igual que otros muchos derechos y obligaciones provenientes de todo tipo de transacciones, adquirieron características simétricas describibles y medibles a pesar de no ser objetos físicos.

Para lograr tal descripción y medición era necesario asignarle a cada *figura jurídica* singularidades observables. Los juristas romanos fueron los primeros y, hasta el día de hoy, los maestros en asignar singularidades observables a los actos y negocios jurídicos. Las singularidades asignadas por el derecho romano tienen su inspiración en consideraciones de índole procesal. La pregunta clave para identificar las características de una transacción era “¿cuáles son los elementos necesarios para ejercer determinada acción, recurso o excepción?”<sup>65</sup> Así distinguían los juristas romanos entre la compraventa y la permuta con base en que ésta última carecía de precio en numerario y por tanto no daba lugar a una acción para reclamar tal precio. De la imposibilidad de saber lo que era el precio en la permuta se infirió que no podía saberse quién era el “vendedor” y quién el “comprador” y por ello no se le podía otorgar a los participantes en la permuta el ejercicio de acciones diseñadas para compradores y vendedores cuyo fin era lograr el pago o la restitución del precio.

<sup>65</sup> Véase B. Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, 1962, pp. 98-99; F. Lawson, *The Roman Law Reader*, 1969, p. 57.

Una vez que las diversas acciones disponibles para los vendedores, compradores o depositantes y depositarios, mandantes y mandatarios (entre otros) fueron concedidas por el pretor u otras autoridades, fue posible comenzar a definir (o describir), clasificar y medir (dada la existencia de un denominador procesal común) los derechos y obligaciones de las partes.<sup>66</sup> Sin herramientas analíticas que hicieran posible la distinción entre derechos de diversa magnitud o dimensión, ¿qué valor tendría un axioma tal como "aquel que puede lo más, puede los menos"? (base del razonamiento *a fortiori*)<sup>67</sup> Con la ayuda de tales definiciones, clasificaciones y distinciones, el razonamiento *a fortiori* se convirtió en un elemento importante de la formulación de normas romanas. Consideremos, por ejemplo, los siguientes extractos de una sección del *Digesto*, cuyo objetivo primordial era resumir las reglas del derecho antiguo:

1. Aquello que es nuestro no puede ser transmitido a otro sin nuestro consentimiento.<sup>68</sup>
2. Aquel que hereda los derechos de propiedad de otro debe contar con los mismos derechos de su predecesor.<sup>69</sup>
3. Nuestra ley no permite que un individuo muera testado e intestado, ya que hay un antagonismo natural entre los dos términos.<sup>70</sup>
4. Aquello que es nulo desde su origen no puede dejar de serlo por el transcurso del tiempo.<sup>71</sup>
5. Cualquiera que tenga el poder de condenar tiene también el poder de absolver.<sup>72</sup>

En su importante estudio de 1953 sobre la ciencia jurídica romana, Fritz Schulz<sup>73</sup> llama la atención sobre la contribución griega de este *more geométrico*, particularmente al permitir una distinción entre los géneros de instituciones y sus especies, y el descubrimiento de los "principios reguladores". El reciente estudio *Regulae Iuris*<sup>74</sup> de Peter Stein, identifica algunas características claves

<sup>66</sup> Véase P. Stein, *Regulae Iuris*, 1966, pp. 35-36; también véase F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, 1953, pp. 66-69.

<sup>67</sup> De acuerdo con Schulz: "Aquí y allá encontramos rastros de la teoría helénica del lenguaje. La doctrina estoica, también aceptada por otras escuelas, decía que las palabras poseen un significado natural, en el cual deben de ser usadas; que el significado está dado por la etimología. De aquí que encontramos que los juristas republicanos aplican un análisis etimológico a los términos legales, aunque su sentido común los salvaba de desviarse mucho por este falso camino." F. Schulz, *op. cit.*, nota 66, p. 67.

<sup>68</sup> 11 Scott, S. *op. cit.*, nota 32, p. 298 (Dig. 50.18.11 Pomponius 5).

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 315 (Dig. 50.18.177, Paulus 14).

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 297 (Dig. 50.18.7, Pomponius 3).

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 300 (Dig. 50.18.29, Paulus 8).

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 301 (Dig. 50.18.37, Ulpiano 511).

<sup>73</sup> F. Schulz, *op. cit.*, nota 66, p. 64.

<sup>74</sup> Véase P. Stein, *op. cit.*, nota 66.

en el empleo romano del método de razonamiento, inspirado en los griegos. Como lo enseñaba Aristóteles, los romanos comenzaron por acumular experiencia y archivar lo observado en repetidas ocasiones. La transición hacia una ciencia jurídica tuvo efecto al identificarse comunes denominadores entre los casos concretos observados, proceso que era esencialmente inductivo. Los comunes denominadores se buscaban mediante la formulación de descripciones sumarias sobre el significado de aquellos términos, reglas o principios suficientemente amplios como para regular todo un género de disputas. La definición romana de la coerción y coacción ilegal resulta ilustrativa: "Se considera que un acto ha sido realizado bajo coerción o coacción si una persona emplea fuerza o coacción después de que se le hubiera prohibido hacerlo."<sup>75</sup>

Esta definición surgió de resumir los casos en el que el pretor había otorgado o negado la protección de la posesión. Quien la redactó identificó un común denominador en múltiples acciones por *metus* o coerción ilícita: casos en los que el dueño negó su consentimiento a la conducta impugnada. A la par que las opiniones de los jurisconsultos crecían en importancia, las definiciones se volvieron más complejas y abstractas, y muchas de ellas fueron formuladas como máximas o principios.<sup>76</sup>

Algunos de estos principios o máximas eran conocidos como *regulae iuris*, del término *regula*, que en griego significa medida común.<sup>77</sup> *Nemo dat qui non habet* era una *regula* ya que se aplicaba a un gran número de casos en forma axiomática y *a fortiori*. Este método de razonar implícito en el *nemo dat* influyó profundamente en el posterior derecho romano y postromano. Los derechos de propiedad se formaron al menos en la mente occidental en los derechos de mayor certeza y protección jurídica. Hasta nuestros días, los derechos de propiedad son evaluados en el derecho estadounidense, por ejemplo, por su incertidumbre y condicionalidad o por su certidumbre e incondicionalidad.<sup>78</sup> Al tornarse los derechos de propiedad del derecho romano en derechos axiomáticos una vez que se derivaban de la intención del *dominus*, se "congelaron" los derechos de propiedad preexistentes, particularmente al determinar a quién le correspondía qué derecho en enajenaciones y adquisiciones subsecuentes.

Sin duda, el método axiomático era consistente con la política de mantener o retener el *status quo* de la propiedad, especialmente en aquellos casos en que se involucraba la propiedad familiar. Por la misma razón, el *nemo dat* no fomentaba el comercio. Para fomentar el comercio era necesario proteger las

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 51

<sup>78</sup> Un derecho sobre bienes raíces condicional es conocido como *inchoate*. Véase, por ejemplo, *Rupe v. Hadley*, 113 Ind. 416, 16 N.E., pp. 391 y 393 (1888). De un modo similar, con respecto a bienes intangibles o derechos de propiedad intelectual, el derecho de un inventor es un derecho condicional (o *inchoate*) cuando su aplicación está pendiente de uso o registro. Véase *Mullins Mfg Co. v. Booth*, 125 F. 2d 660, 664 (6th Cir. 1942).

adquisiciones de objetos o bienes valiosos en el mercado abierto sin importar cuál era la intención del dueño original o del último dueño conocido con respecto a estos objetos o bienes. Asimismo, se requería de la validación continua de los derechos de acreedores distintos del de propiedad.

Resulta interesante que la misma sección del *Digesto* citada anteriormente, donde se ilustra el método axiomático y *a fortiori*, contenía un indicio de otro método que tendría que esperar muchos siglos antes de ser aplicado intensivamente por otros sistemas jurídicos: “Generalmente, se acepta la regla de que cuando en convenios de *bona fide* una condición es dejada a la decisión del dueño de la propiedad o a su agente, se entiende que será satisfecha de acuerdo al juicio de un buen ciudadano.”<sup>79</sup>

### **3. EL DERECHO ESPAÑOL DE LOS SIGLOS X AL XIV**

---

#### **A. Los incipientes mercados urbanos en la Europa medieval**

---

Del siglo x al xiv, muchas ciudades europeas comenzaron su transformación de enclaves eclesiásticas rurales o “ciudades episcopales” a centros urbanos y de comercio. Henri Pirenne, el connotado historiador belga de la Europa medieval, describe el enclave eclesiástico del siglo ix que poseía, cuando mucho, un pequeño mercado local que satisfacía las necesidades diarias de los numerosos clérigos y sus empleados siervos.<sup>80</sup> Estas ciudades episcopales subsistían de las rentas y deudas de las tierras circundantes, como lo hacían los castillos construidos por los príncipes feudales para proteger sus señoríos de las invasiones enemigas periódicas. Estos castillos conocidos como “burgos”, estaban compuestos generalmente de una muralla de tierra y piedras, rodeada de un foso y asequibles por puertas o garitas”.<sup>81</sup> Dentro vivían los defensores, incluyendo el señor feudal y el clérigo asignado.

El comercio revivió durante la segunda mitad del siglo x. Pirenne atribuye este renacimiento, en gran medida, al surgimiento de una clase de mercaderes y artesanos independientes “de entre los hombres sin tierra, quienes vivían [...] al margen de la sociedad en la cual únicamente la tierra era la base de la existencia”.<sup>82</sup> Muchos de estos hombres eran forzados a abandonar a sus familias, simplemente para aligerar el peso del pago de deudas o impuestos en favor del feudo.

<sup>79</sup> 11 S. Scott, *op. cit.*, nota 32, p. 299 (Dig. 50.18.22, Ulpiano 28).

<sup>80</sup> H. Pirenne, *Economic and Social History of Medieval Europe*, trad. I. Clegg, 1937, p. 40.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 45.

Entonces crecieron los grupos de vagabundos que vagaban por el campo, yendo de abadía en abadía, tomando su porción de limosnas reservadas para los pobres, empleándose como campesinos durante la época de colecta o vendimia y enlistándose como mercenarios en las tropas feudales en los tiempos de guerra [...] Estos hombres empezaron a obtener rápidas ganancias de un nuevo modo de ganarse la vida relacionado con la llegada de los barcos y mercaderes a las costas y a los estuarios. Los más aventureros se empleaban en barcos venecianos o escandinavos como marineros; otros se unían a caravanas de mercaderes, las cuales cada vez más frecuentemente se acercaban a los puertos.<sup>83</sup>

La historia de san Godric de Finchale, uno de los primeros mercaderes ingleses, ilustra la naturaleza marginal y picaresca del comercio durante este periodo. Nació a finales del siglo XI en Lincolnshire, en el seno de una familia campesina pobre.

[Él] se volvió un “peina-playas”, a la espera de restos de naufragios que eran arrojados por las olas. Los naufragios era numerosos y un buen día, por un golpe de suerte, se encontró con un bulto que le permitió armarse como buhonero. Había juntado ya un poco de dinero cuando conoció y se unió a una banda de mercaderes. El negocio prosperó y pronto tenía el suficiente dinero para formar una sociedad con otros, con los que fletearon un barco y se dedicaron al comercio a lo largo de las costas de Inglaterra, Escocia, Dinamarca y Francia [...].<sup>84</sup>

## B. El mosaico legal español y el advenimiento de la buena fe del comprador

Una antítesis favorita en la poesía de Antonio Machado, uno de los gigantes de la poesía española, es la España árida y bética de la alta meseta, frente a la España cálida, humilde y generosa de las tierras bajas, cuyos jardines son “la madre de todas las frutas”.<sup>85</sup> España, una tierra de contrastes, a través de su historia ha sido anfitriona, aunque a veces reticente, de culturas jurídicas tan variadas como lo fueron la romana, la visigoda, la judía y la islámica. Muchas de las características de cada una de estas culturas han permanecido tan discernibles para el historiador jurídico contemporáneo como la intrincada artesanía de encaje de piedra y mosaico de la Alhambra granadina.

El mosaico jurídico español comenzó a elaborarse al final de las guerras púnicas, cuando Roma adquirió un control efectivo sobre gran parte de la península Ibérica. Entre los siglos I y IV de nuestra era, España no sólo se romanizó, sino también se cristianizó. Su derecho privado ya evidenciaba

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>85</sup> Para una breve historia de la antítesis a la que se refiere Machado, véase P. Vilar, *Spain: A Brief History*, trad. de B. Tate, 2a ed., 1967.

prohibiciones sobre transacciones que fueron consideradas como opresivas o usureras en el derecho bíblico y el incipiente derecho cristiano.<sup>86</sup> La presencia judía en España al igual que las alusiones al derecho judía datan de, por lo menos, este periodo.<sup>87</sup>

Del siglo v al vi, España fue invadida por tribus bárbaras de visigodos, quienes trajeron consigo muchas de sus leyes en forma de costumbres. A partir del siglo viii, gran parte de la península Ibérica quedó bajo el poder islámico, que duró, en algunas partes del sur de España, hasta el siglo xv. Casi desde el inicio del dominio islámico España fue reconquistada lenta y difícilmente por el cristianismo. No fue sino hasta 1492, el mismo año en que Cristóbal Colón, bajo el patrocinio español descubrió América, cuando los Reyes Católicos tomaron Granada, la última de las grandes ciudades islámicas. Durante ese mismo año, por medio de un decreto real, España expulsó a todos los judíos que se negaran a convertirse al catolicismo.<sup>88</sup> Con esta expulsión, España perdió muchos de sus distinguidos intelectuales y mercaderes.

La influencia de la reconquista en las instituciones políticas, sociales y económicas de España permanece sin precedente. Durante más de ocho siglos España estuvo, en distintos grados de intensidad, enfrascada en una guerra religiosa. La clase que reconquistó España para el catolicismo dependía de sus caballos para su transporte y tácticas militares, tanto como dependían los *equites* romanos de sus caballos —de aquí el término “caballeros” e “infanzones”—. Además, tal y como sucedió con los *equites* romanos, la clase guerrera se convirtió en la clase dominante de la política y economía españolas durante muchos siglos. Desde el principio de la reconquista, pequeños ejércitos de caballeros e infanzones seguían a sus reyes y amos en la búsqueda de gloria y fortuna. Si eran los suficientemente ricos como para armarse por si solos, entonces eran llamados “hildalgos”, o hijos de “algo”. Mucha gente que no tenía la suficiente riqueza para armarse, o que no tenían la vocación militar, se convertían en religiosos.

Una de las más importantes consecuencias de la reconquista fue considerar a los militares y a los clérigos como las dos profesiones más prestigiadas. El prevalecimiento del espíritu guerrero tuvo implicaciones mayores en el futuro de España. Como bien lo destaca Pierre Vilar:

La conquista de las Indias, una consecuencia natural de la reconquista de la Edad Media, fue lograda por una clase social cuya única *raison d'être* era la guerra.

<sup>86</sup> Para un bosquejo de la historia del derecho español, véase I. A. García-Gallo, *Manual de historia del derecho español*, 9a ed., 1984, pp. 47-49. Los estudios más completos sobre temas de derecho medieval pertenecen a de Valdeavellano, L. *Estudios medievales de derecho privado*, 1977.

<sup>87</sup> Véase L. Fernández, *Judíos españoles en la Edad Media*, 1980, pp. 16-17. Para un estudio de la vida judía en España durante la Edad Media, véase Y. Baer, *A History of the Jews in Christian Spain*, trad. de L. Schoffman, 1966 y I. A. Neuman, *The Jews in Spain*, 1980.

<sup>88</sup> Por el texto del decreto, véase A. García-Gallo, *op. cit.*, nota 86, p. 948.

Posteriormente imprimirían sobre la faz de España (cuya decadencia les negaba empleos) sus fantasías, su nostálgica búsqueda de aventuras, su orgullo y su negativa a renunciar a su posición. Se convertirían en don quijotes o en pícaros [...] Aún hoy, debajo del hábito del *petit-bourgeois* es posible detectar en el terrateniente, el abogado de pueblo pequeño [...] la misma actitud que el hidalgo tenía sobre su clase social, [...] la misma reacción ante el trabajo y la vida práctica.<sup>89</sup>

Un rechazo al comercio como modo de vida se encuentra en lo que Vilar refiere como la reacción ante el trabajo y la “vida práctica”. Como fue apuntado por Américo Castro, un reconocido historiador español, no sólo la noción romana o visigoda de dignidad, sino además el temor a tener judíos o moros en el árbol genealógico, alejó a los españoles buscadores de *status* lejos del comercio, de las profesiones liberales y de las ocupaciones intelectuales.<sup>90</sup> Aún en 1773, Wyndham Bewes, cónsul inglés en Sevilla y San Lúcar, autor de un popular manual de derecho comercial inglés, describía la actitud española ante el comercio como sigue:

Tienen puertos considerables localizados favorablemente para el comercio tanto en el mar Mediterráneo como en el golfo Vizcaino, donde se lleva a cabo un intercambio comercial a gran escala, aun cuando éste es realizado por extranjeros, pues los españoles consideran el comercio como un empleo menor, y consecuentemente lo consideran una degradación de la nobleza a la que todos se sienten atados desde su nacimiento [...].<sup>91</sup>

Aún en nuestros días, el historiador español Claudio Sánchez de Albornoz, atribuye al “espíritu” judío características étnicas que encuentra incompatibles con aquéllas de la España “histórica” y culpa a la presencia semítica en la península de haber impedido a España ser más fiel a su personalidad visigoda, guerrera y anticomercial.<sup>92</sup> Su descripción de un mercado imaginario en León

<sup>89</sup> P. Vilar, *op. cit.*, nota 85, p. 12.

<sup>90</sup> Véase Castro, “The Spanish People”, *Tex. Q.*, primavera-verano de 1961, p. 4, 10; también véase A. Castro, *La realidad histórica de España*, 1954, pp. 472-484.

<sup>91</sup> W. Beawes, *Lex Mercatoria Redivivia; The Merchant's Directory*, 6a ed., 1773, p. 16.

<sup>92</sup> C. Sánchez de Albornoz, *Spain, A Historical Enigma*, 1975, p. 758. Este autor alaba la “capacidad de raciocinio y espiritualidad atenuada de la minoría educada de españoles hebreos”, pero posteriormente destaca que “Sin embargo, sin importar la admiración que los esfuerzos espirituales que la nación judeo-hispana inspiren en mí, debo dejarlos a un lado dado que ellos no influyeron en la formación del ser español. La contribución de los judíos españoles en la creación del carácter español fue muy diferente y siempre negativa. Lo que quiero decir es que no transmitió cualidades, sólo provocó reacciones. Nada de lo esencial a la formación psicológica del pueblo hebreo dejó una impresión entre los españoles. Además, una fuerte oposición confronta aquello que es hebreo, con aquello que es hispánico”.

Entre las supuestas características antihispánicas de los judíos se encuentran el materialismo de las comunidades judías, como en Zaragoza y Sevilla; el excesivo legalismo o “fijación escrita con las

del siglo X habla por sí misma.<sup>93</sup> Esta descripción está basada en lo que dos caballeros hipotéticos habrían visto al cabalgar con sus hermosos caballos por el pueblo. Al llegar al mercado, dos comerciantes judíos que vendían ropas eclesiásticas de Bizancio se les acercaron. Lo que más sorprendió a estos judíos fueron: "las manos del conde don García y la iglesia de San Miguel. Estos judíos jamás habían visto manos tan blancas y bellas en un hombre. Habían visitado Córdoba, Toledo y el resto de España, sin embargo, jamás habían visto líneas tan simples y armoniosas como aquéllas de la iglesia de Escalada".<sup>94</sup>

Después de describir el comercio consuetudinario, enérgico pero honesto, de caballos y ganado que privaba en el mercado de León entre los no judíos, Sánchez de Albornoz describe un incidente violento imaginario iniciado por el intento de un viejo judío de apoderarse de un caballo dado en prenda por un deudor cristiano:

Un hombre lleva una espada en su mano derecha y las riendas del caballo en la izquierda. Mientras tanto, un judío viejo de León detiene en sus huesudas manos, fuerte pero nerviosamente, el otro lado de la cabeza del animal. El hombre de la espada, un infanzón del conde de Luna, dice que el judío y su gente, contrariamente a la costumbre local y a las órdenes reales, intentó apoderarse del animal. Habiendo presenciado el ultraje, el infanzón perdió la paciencia, sacó su espada y amenazó al judío. El judío, sin soltar el caballo, relata al oficial del mercado, con palabras que buscaban despertar la compasión de éste, una larga e hipócrita historia de sus problemas.<sup>95</sup>

Este estereotipo antisemita del judío "histórico", inclusive con atributos físicos asociados con el engaño y la maldad —contrastados con la pureza de las manos del noble y la rectitud de la arquitectura de la iglesia—, es muy significativa desde un punto de vista legal. Fue difundida lo suficientemente como para provocar movimientos y medidas legislativas antisemitas.<sup>96</sup> Este estereotipo

Sagradas Escrituras y la Ley; una falta de honestidad, sino es que una abierta opresión y callosidad en la industria y el comercio"; y una cobardía en la guerra o en cuestiones militares. *Ibidem*, pp. 763, 767, 776-777.

<sup>93</sup> C. Sánchez de Albornoz, *Estampas de la vida en León durante el siglo X*, 1934, pp. 17-20.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>95</sup> *Ibidem*, pp. 42-43.

<sup>96</sup> Véase I. Y. Baer, *op. cit.*, nota 87; encarcelamiento de campesinos judíos en 1279 y la demolición de la comunidad de Toledo; legislación de 1241 relativa a la usura y avaricia judías; el "cuento milagroso" de Zaragoza o la difamación sangrienta del niño cristiano supuestamente asesinado por judíos. *Ibidem*, pp. 129-30, 148, 149. Aun cuando la España del siglo XIII era todavía una tierra de fanatismo religioso, ésta, en la opinión del profesor Baer, era más tolerante con los judíos que sus vecinos europeos. Hacia el final del siglo XIV (1354), sin embargo, los motines antisemitas y los intentos de conversiones por la fuerza en Valencia, Sevilla, Burgos y otras ciudades hicieron que la vida para la mayoría de las comunidades judías fuera muy peligrosa. Para una descripción de los eventos y un análisis de las causas, véase L. Fernández, *op. cit.*, nota 87, pp. 169-232. Para un estudio monográfico de los judíos en Murcia, véase J. Fuentes, "Los judíos murcianos a fines del siglo XIV y comienzos del XV", *Miscelánea medieval murciana*, 1981.

también causó que surgiera una presunción de mala fe con respecto a préstamos y ventas judías. Dicho de otra manera, la mala fe en cuestiones comerciales significaba el comportamiento atribuido a los judíos "usureros". De esta manera, el legislador o adjudicador medieval presumía, muchas veces expresa y otras tácitamente, que la adquisición de propiedad por judíos y de judíos estaba tenida de mala fe.<sup>97</sup> Esto causaba un serio problema no sólo para el comercio de ferias en caminos reales y regionales, que creció abruptamente en la España del siglo XI, sino también para compras de intermediarios judíos establecidos en diversas localidades.<sup>98</sup>

Uno de tales intermediarios, el "corredor", era el conducto para ventas y compras entre hidalgos venidos a menos o familias necesitadas que vendían sus casas, artículos militares o de lujo, y los compradores que adquirían dichos artículos para sí mismos o para revenderlos.<sup>99</sup> Con frecuencia, el vendedor empobrecido no quería que se supiese que estaba vendiendo o pidiendo prestado. Pero persistió el problema de qué hacer con bienes cuyos vendedores, por razones sociales, tenían que permanecer anónimos. Si se sospechaba *iuris*

<sup>97</sup> Para un resumen de la legislación antijudía en Castilla y Aragón, véase L. Fernández, *op. cit.*, nota 87, pp. 112-119. El profesor Baer apunta un hecho crítico en la situación de los judíos en la España de la Edad Media. Los judíos eran propiedad legal de los amos de la tierra. En algunos casos, otras autoridades temporales o eclesiásticas tenían el derecho de tener judíos, mantenerlos en sus tierras y hacer que recolectaran los impuestos, lo que derivó en una práctica de préstamos de dinero tanto a los amos, como a los contribuyentes. El principio de propiedad sobre los judíos, según el profesor Baer aparecía, entre otros, en una proclama en el fuero municipal de Teruel, del año de 1176, la cual servía como modelo para otras ciudades en Castilla y Aragón: "los judíos son esclavos de la corona y pertenecen exclusivamente al tesoro real". 1 Y. Baer, *op. cit.*, nota 87, p. 85.

<sup>98</sup> Mientras que durante el siglo XIII algunos judíos eran dueños de grandes propiedades en el sur de España y operaban tiendas de textiles en Toledo, Sevilla y Córdoba, el resto de la comunidad estaba integrada por pequeños tenderos y artesanos, incluyendo herreros, tinteros, zapateros, sastres, peleteros, talabarteros, alfareros y un creciente número de doctores. En Tudela, Navarra, los judíos practicaban una costumbre aparentemente tradicional en la que se rentaban anualmente del gobierno las llamadas "alcaicerías", o lugares para tiendas de plateros y zapateros, así como otras tiendas en el centro comercial. Arreglos similares podían encontrarse en otros lugares de España. 1 Y. Baer, *op. cit.*, nota 87, pp. 197-212; L. Fernández, *op. cit.*, nota 87, pp. 91-96 y 112-19.

<sup>99</sup> Véase J. Fuentes, *op. cit.*, nota 96, pp. 55, 78: "Durante el reinado de Alfonso XI, y como resultado del creciente volumen del comercio, el consejo legisló sobre los derechos y obligaciones de los corredores, en un esfuerzo por controlar sus actividades, fijar sus precios o porcentajes y por obtener un manejo eficiente de sus funciones. Una de estas disposiciones era el requerir que los judíos renunciaran a sus privilegios".

"En la venta de ropa, el corredor ocultaba el nombre del dueño, muchas veces porque éstas pertenecían a la clase alta quienes no querían que se supiera que estaban vendiendo y otras veces porque pertenecían a personas pobres muy apenadas. Algunos corredores se aventajaban de la posibilidad de ocultar el nombre del vendedor y así evitaban impuestos. Esto originó la exigencia oficial de una lista escrita con todos los nombres de los dueños de la ropa [...] *Ibidem*, pp. 80-82.

Aparentemente este requisito fue la causa de un declive considerable en el comercio, de tal manera que se tuvo que implementar una nueva regla, la cual requería únicamente la descripción del objeto entregado para ser vendido o puesto en prenda con el corredor, sin que necesariamente se revelara el nombre del verdadero dueño. *Ibidem*, p. 82.

*tantum* que el intermediario judío actuaba de mala fe, la venta a tercero podía ser inválida. De lo anterior se desprende que, además de ser un mosaico legal, el derecho medieval español fue uno de los primeros en otorgar mayor importancia normativa en algunos casos a la buena fe del comprador, que a la expresa o tácita intención del dueño histórico requerido por el derecho romano. Esta dependencia en la buena fe del comprador fue crucial en el desarrollo de la ley sobre ventas por no dueños con derecho de propiedad limitados o por personas con derechos de propiedad desconocidos.

### C. Derecho romano y germánico en la España medieval

---

Entre los siglos X al XIV, el derecho de propiedad sobre bienes muebles estuvo influenciado en algunas regiones de España por el derecho romano y en otras por el derecho germánico.<sup>100</sup> El derecho medieval germánico, contrariamente al romano, no proveía acciones o recursos distintos para la recuperación de la propiedad (*vindicatio*) y la protección de la posesión (*interdicta*). Cuando el reclamante tenía la *gewere* (un ostensible control físico sobre el bien y la apariencia de un título o derecho de posesión), la propiedad y la posesión eran protegidas como un solo derecho.<sup>101</sup>

También durante la Edad Media, la clasificación romana de *res mancipi* y *res nec mancipi* perdió su validez. En su lugar prevaleció la clasificación de la propiedad como mueble e inmueble,<sup>102</sup> y el punto de vista que los bienes muebles eran bienes “viles”.

La transmisión de la *gewere* sobre propiedad inmueble requería de una entrega simbólica de objetos que representaban el poder de enajenante: un guante o muestra de la propiedad, tales como un poco de tierra o la rama de un árbol. En contraste, para la enajenación de bienes muebles solamente se requería que éstos estuvieran dentro del ámbito del control del adquirente. Mientras que el nivel de protección variaba entre los distintos tipos o títulos de adquisición, generalmente la *gewere* otorgaba al adquirente una posesión imperturbable salvo por decreto judicial.<sup>103</sup> Muchos historiadores jurídicos alemanes atribuyen la protección creada por la *gewere* a esta inherente publi-

<sup>100</sup> Generalmente, véase, E. Van Kleffens, *Hispanic Law Until the End of the Middle Ages*, 1968, pp. 14-28. Para un análisis más detallado del desarrollo del derecho privado, véase L. de Valdeavellano, *op. cit.*, nota 86, pp. 1-292.

<sup>101</sup> L. de Valdeavellano, *op. cit.*, nota 86, pp. 24-25.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>103</sup> Sobre el significado del *gewere* en el derecho medieval germánico, véase L. de Valdeavellano, *op. cit.*, nota 86, p. 26 n. 17 (citando a Huber, *Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht*, 1894 y C. Von Schwerin, *Grundzugue des Deutschen Rechtsgeschichte*, 2a ed., 1928).

cidad o notificación dada por actos públicos respecto al bien y los derechos de propiedad en cuestión.<sup>104</sup>

La presunción legal de la *gewere* era que aquel que voluntariamente había transmitido el control físico de su bien mueble a otro había demostrado su intención de deshacerse de la posesión legal. Si la intención no era que el adquirente fuese dueño, sino meramente un depositario o acreedor con garantía prendaria, el derecho de la *gewere* presumía que el depositante había aceptado el riesgo de subsecuentes transmisiones no autorizadas, por parte del depositario o acreedor. El hecho de conferir la apariencia de posesión legal impedía al dueño ejercer el derecho de recuperar el bien en poder de un tercero. Su derecho a recuperar sólo se podía ejercer contra el adquirente inmediato.

De aquí, se desarrollaron las máximas: *wo du deinem Glaube gelassen, hast, mußt du ihn suchen* (donde has depositado tu confianza, ahí la debes de buscar), y *Hand muß Hand wahren* (la mano [que recibe confianza] debe proteger a la mano [que da confianza])<sup>105</sup> Éstas fueron las máximas posteriormente conocidas en la Europa Medieval tardío como *mobilia non habent sequalam* y, especialmente, en la precodificación francesa, *meubles n'ont pas de suite*.<sup>106</sup> Finalmente, éstas dieron pie al artículo 2279 del Código Civil francés que dice, *en fait des meubles, posesion vaut titre*,<sup>107</sup> y al artículo 464 del Código Civil español que reza: "En materia de muebles, la posesión equivale a título".<sup>108</sup>

Por lo tanto, en contraste con el derecho romano, el derecho germánico distinguía entre el robo y el peculado en donde estaba involucrado un tercero como comprador o acreedor prendario. En el derecho romano, B, un depositario o acreedor prendario de X (el bien mueble de A), que vendía a X sin la autorización de A era tratado como un ladrón, y A podía recuperar su propiedad de un tercero.<sup>109</sup> El derecho germánico trataba a B como un malversador y a C, el tercero comprador, como un tercero presumiblemente inocente de buena fe.<sup>110</sup> En España, así como en el resto de la Europa germánica, la generalización

<sup>104</sup> L. de Valdeavellano, *op. cit.*, nota 86, p. 29 n. 32 (citando a Huber, E., *op. cit.*, nota 103; E. Meyer, *Entwerung und Eigentum im Deutschen Fahrnis Recht*, 1902; pero cfr. H. Planitz, *Fahrnisverfolgung im Deutschen Recht*, XXXIV *Zeitschrift der Savigny — Stiftung*, 1913, p. 424).

<sup>105</sup> L. de Valdeavellano, *op. cit.*, nota 86, p. 33 n. 47 (citando a K. Lehmann, *Hand Wahre Hand*, en *II Reallexikon der Germanischen Altertumskunde*, 1915, p. 445).

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 33 n. 48 (citando a Raynauld, R. *De la Règle*, "en fait des meubles posession vaut titre", 1875).

<sup>107</sup> *Idem*.

<sup>108</sup> Véase Código Civil español, artículo 464

<sup>109</sup> Véase R. Schlesinger, *Comparative Law*, 4a. ed., 1979, pp. 276-277.

<sup>110</sup> El profesor Schlesinger destaca: "La regla prevaleciente en el derecho consuetudinario germánico ---reportado por primera vez en el siglo XII, pero probablemente de un origen mucho más antiguo--- era más favorable para C. Bajo esta regla, existía una distinción básica dependiendo si A había perdido la posesión del bien contra su voluntad (p. ej., por robo), o si la había dado al depositario de su elección. En la primera situación, A (el dueño) generalmente prevalecía sobre C, aun bajo el derecho germánico. Pero cuando A había encomendado el bien a B solamente tenía causa de acción contra B, y nunca contra

de la presunción de buena fe del adquirente, producto de la encomendación de bienes y *gewere* preexistentes, reflejó una transición de una economía exclusivamente agrícola y militar, a una cada vez más dependiente del comercio en los mercados urbanos. Los caballos y el ganado seguían siendo los artículos con mayor valor en estos mercados, pero ahora también lo eran los utensilios de madera y en general utensilios para la casa, incluyendo los artículos de lujo. Ya en el siglo XI, todos estos artículos eran vendidos periódica y abiertamente por mercaderes profesionales, cuyo *gewere* protegía las adquisiciones de buena fe de los compradores.<sup>111</sup>

## D. El requisito de la buena fe

---

### *I. En general*

El estudio exhaustivo hecho por el profesor García de Valdeavellano sobre el derecho foral medieval español<sup>112</sup> nos da amplia evidencia de la influencia de los principios germánicos anteriormente referidos en los “fueros” españoles. Asimismo, encontró referencias al requerimiento de buena fe en el derecho de fueros. El Fuero de Encartaciones, por ejemplo, permitía la reivindicación del

C [...] aun sin importar la buena o mala fe de C.” *Ibidem*, p. 277. La protección de C en el derecho germánico, por lo tanto, dependía de la forma en que A había perdido su posesión y la correspondiente imputación de buena o mala fe. Como lo indica M. Kaser, *op. cit.*, nota 36, p. 101: “La idea de que la cosa no podía ser seguida sólo en relación con el comprador de buena fe se derivó del derecho romano y, de hecho, de la ley de *usucapio*. El bien sólo podía ser recuperado de un comprador de mala fe. La excepción (germánica) para bienes extraviados o robados correspondía, hasta cierto grado, con el principio romano según el cual bienes robados no podían ser adquiridos por prescripción.”

F. Wieacker apunta a la supervivencia de “islas” del derecho germánico dentro del mar del dominio romanístico en la convalidación de garantías prendarias en la compra de ganado (*Mietergewere*) y la forma “híbrida” de “adquisición de propiedad mueble de buena fe, tan generosamente influidas por la costumbre germánica”. (Enfasis añadido). F. Wieacker, *Privatrechts-Geschichte der Neuzeit*, trad. de F. Jardón, 1952, p. 184.

<sup>111</sup> Véase R. López, *op. cit.*, nota 6, pp. 56-103 para encontrar uno de los más sucintos y respetados tratamientos del “despegue de la revolución comercial” en la Edad Media europea. Para una descripción exhaustiva del desarrollo de los mercados urbanos en España, véase la monografía escrita por L. de, Valdeavellano *Sobre los burgos y los burgueses en la España medieval*, 1960.

<sup>112</sup> L. de, Valdeavellano, *op. cit.*, nota 86, pp. 3-294. El término derecho “foral” se deriva del término “fuego” el cual el profesor Baer, entre otros, traduce como una ley local o municipal. Y. Baer, *op. cit.*, nota 98. El derecho medieval español era en gran medida foral. Como lo apunta el profesor Van Kleffens, el fuero podía ser la ley para el establecimiento de nuevos centros de población en tierras ganadas a los moros, imponía, además, las condiciones de gobierno entre el rey u otras autoridades designadas y los habitantes de la región. E. van Kleffens, *op. cit.*, nota 100, pp. 124-127. El término fuero también se refiere al título o franquicia otorgada por el rey u otras autoridades a poblaciones (también liberadas de los moros) para su gobierno. También puede referirse a la condición especial dada a la Iglesia, la nobleza

dueño original únicamente cuando no había existido un depósito en confianza o un mandato.<sup>113</sup> En tales casos, se requería que el dueño demandante tomara un juramento en el cual constara que el objeto había sido robado o le había sido tomado sin su autorización o conocimiento.<sup>114</sup> Sólo de esta manera estaba permitido exigir la entrega del bien por parte del tercero en posesión del mismo. En casos de mandato o entrega de confianza, si la persona a quien el dueño había entregado el bien y de quien un tercero lo había adquirido estaba “notoriamente involucrada en negocios turbios o gozaba de una mala reputación”, se permitía que el mandante recuperara el bien de tal tercero.<sup>115</sup>

Otras disposiciones, como el *Fuero Real*,<sup>116</sup> requerían que el dueño demandante jurara que no había “vendido, dado en prenda o dispuesto de alguna otra manera del bien”.<sup>117</sup> En principio, entonces, si el dueño había vendido o dado en prenda su propiedad bajo el *Fuero Real*, aun cuando ésta hubiese sido vendida o dada en prenda a través de un intermediario judío, el dueño no la podía recuperar de un tercero.

Otra versión del requerimiento de buena fe descalificaba la buena fe de cualquiera que hubiese adquirido una propiedad con el conocimiento de que ésta pertenecía a otro que no era el vendedor.<sup>118</sup> Este requisito, similar a la buena fe subjetiva o de honestidad del Código de Comercio Uniforme estadounidense, fue influido por el aviso o notificación inherente a ciertos procedimientos españoles y germánicos de recuperación. Inmediatamente después del descubrimiento del robo o pérdida, el dueño tenía que obtener, de entre sus amigos y vecinos, tantos “baladreros” o “gritones” como le fuera posible. El grito, denominado *gerufte* en el derecho medieval germano y (finalmente) *apellido* en el derecho español, tenía el propósito de privar de la *gewere* cualquier adquisición subsecuente del bien robado o extraviado.<sup>119</sup> Al grito seguía un procedimiento de denuncia ante las autoridades, que estaba destinado a permitir que los “gritones” siguieran la pista del ladrón o de quien hubiera encontrado el bien, para así retomar la posesión *anfangsklage*.

o a segmentos específicos de la población. Finalmente, podía referirse a un conjunto de leyes de aplicación general, también llamados “fueros generales”. En muchos casos, los fueros no eran más que el reconocimiento de costumbres locales, los cuales eventualmente fueron reducidos a forma escrita. Los fueros municipales se convirtieron en una fuente obligatoria de derecho privado y público, y muchas de las ciudades importantes incluían sus fueros en voluminosos escritos. Muchos de estos fueros serán referidos en el texto principal por el nombre de la ciudad o región en que se aplicaban, sin importar su naturaleza específica.

<sup>113</sup> Para revisar el texto relevante del *Fuero de las Encartaciones*, véase L. de Valdeavellano, *op. cit.*, nota 86, p. 54.

<sup>114</sup> *Idem*.

<sup>115</sup> *Idem*.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>117</sup> *Idem*.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 101.

Este procedimiento de rastreo, conocido en el derecho germánico como *spurfolge* y en el derecho español como escondriñamiento, facultaba a los rastreadores a buscar en moradas sospechosas.<sup>120</sup> Si la búsqueda era positiva y el dueño o habitante de la casa inicialmente se había opuesto a la búsqueda, o si el objeto había sido encontrado en un periodo de tres noches después de su robo, la posesión era adquirida *in fraganti*, o como resultado de un flagrante delito. De tal manera, el dueño despojado de la posesión podía recuperarla en el acto (*anefang*).<sup>121</sup>

En caso de que el dueño de la casa permitiera la búsqueda, o en el caso de que el objeto hubiese sido encontrado después del periodo prescrito, el dueño de la casa o el morador en posesión del bien podía tratar de probar su buena fe al presentar a la(s) parte(s) de quien(es) había adquirido el objeto (*auctores u otores*), o a quienes sabían cómo y de quién lo había adquirido. En algunos procedimientos para recuperar posesión se requería que el dueño, nuevamente en posesión, jurara ante testigos, que tenían que ser hombres buenos u hombres de buena reputación,<sup>122</sup> que era el dueño legítimo del bien, al haberlo adquirido en la forma descrita ante tales testigos.

En suma, el derecho foral español estaba basado en la buena fe, que en gran medida dependía de la *gewere* del vendedor o transmisión de la posesión. Algunas reglas eran objetivas, en el sentido de que descalificaban como comprador de buena fe a aquel que compraba de un desconocido o sospechoso, tal como un corredor judío. Otras eran subjetivas y se fijaban en el conocimiento de la verdadera titularidad del comprador. Éste quedaba descalificado si era conocedor del robo después de que una notificación pública hubiera sido emitida a raíz del procedimiento de búsqueda. Una norma intermediaria protegía al comprador al requerir un juramento por parte del dueño despojado del bien, en el sentido de que el bien no había sido vendido, dado en prenda o dispuesto de alguna otra manera ilícita.

## 2. Compras en el mercado libre

El artículo 2280 del Código Civil francés de 1800 establecía que si el poseedor de una objeto robado o extraviado lo adquiría en un mercado público o de un comerciante que vendía un objeto similar, el dueño sólo podría recobrar la posesión al reembolsar al comprador la cantidad pagada como precio.<sup>123</sup> Reglas

<sup>120</sup> *Ibidem*, pp. 149-74.

<sup>121</sup> *Idem*.

<sup>122</sup> *Idem*.

<sup>123</sup> El artículo 2280 del Código Civil francés dice: "Si la persona en actual posesión del objeto robado o extraviado lo adquirió en una feria o mercado, o en una venta pública, o de un comerciante que trata con objetos similares, el dueño original no puede exigir la posesión, salvo la condición de pagar a la persona que tiene la posesión el precio que ésta pagó por el objeto".

de “mercado abierto” similares pueden encontrarse en los derechos alemán, español y judío del siglo XIII. En el derecho alemán de dicha época, un comprador podía anular la sospecha de mala fe (que seguía a los compradores que no podían probar el título del dueño anterior o de una cadena de los anteriores dueños con título), mediante su declaración de haber adquirido el bien en un mercado libre.<sup>124</sup>

Por lo tanto, las compras realizadas en un mercado libre extinguían los derechos de reivindicación del último dueño; lo único que éste podía hacer para rescatar el objeto era pagar el precio de venta que había pagado su poseedor. Levin Goldschmidt, el insigne historiador de derecho comercial alemán, encontró el origen de esta regla en la Ley de la Liga de Ciudades Hanseáticas que prohibía la recuperación o *anefang* de objetos robados o extraviados que habían sido importados a la liga de ciudades a través de sus puertos.<sup>125</sup> Aparentemente una regla similar prevalecía en otras regiones germanas, donde una prescripción de poca duración —un año y un día— impedía la recuperación de bienes robados en el extranjero e importados a Alemania.<sup>126</sup>

De un modo similar, el derecho visigodo de España protegía a quien compraba un objeto robado de un comerciante extranjero (*transmarinus negotiator*) y por el cual había pagado un precio adecuado.<sup>127</sup> Dicho comprador no estaba sujeto a la acción reivindicatoria por parte del dueño despojado, ni obligado a pagar a éste daño alguno a causa del despojo.<sup>128</sup> Si el vendedor era un “mercader oriental”, la presunción de buena fe era *juris et de jure*.<sup>129</sup> Cuando unos bienes muebles de valor considerable como los caballos eran reclamados por sus dueños, no era suficiente presentar testigos que juraran que la venta había sido hecha por un desconocido. El testimonio de dos o tres testigos se aceptaba únicamente cuando la compra se había llevado a cabo en un mercado público.<sup>130</sup> Así, la compra de caballos en un mercado público convertía la presunción de mala fe que normalmente acompañaba a la compra hecha a un desconocido en una presunción de un acuerdo honesto. Eventualmente, la prueba de compra en un mercado abierto sustituyó a la necesidad de prueba del título de los predecesores.

Algunas reglas de “fueros” españoles eliminaron el deber de restitución de objetos comprados en mercados o “caminos reales”.<sup>131</sup> El Fuero de Soria, por ejemplo, eximía al comprador de bienes muebles de cualquier responsabilidad

<sup>124</sup> Véase H. Planitz, *Principios de derecho privado germánico*, 1957, p. 189.

<sup>125</sup> L. Goldschmidt, *Über den Erwerb Dinglicher Rechte von dem Nichteigenthumer*, *Zeitschrift für Gesamte Handelsrecht*, 1865, p. 262.

<sup>126</sup> *Idem*.

<sup>127</sup> L. de Valdeavellano, *op. cit.*, nota 86, p. 268.

<sup>128</sup> *Idem*.

<sup>129</sup> *Idem*.

<sup>130</sup> L. de Valdeavellano, *op. cit.*, nota 86, p. 132 n. 207.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 274.

por tal adquisición, si ésta se llevaba a cabo en una feria, durante el día y ante la presencia de dos testigos.<sup>132</sup> Además, ningún deber de restitución existía en caso de ventas realizadas por un comerciante o viajero extranjero ante la presencia de testigos.<sup>133</sup> Otros fueros condicionaban la restitución sobre el reembolso del precio de venta. El Fuero de Castilla disponía que el comprador de un bien mueble, como ropa o vasijas de plata, en el camino real o en el mercado que no conocía al vendedor, debía devolver los bienes comprados a un tercero que le pagara el precio de su compra.<sup>134</sup>

Finalmente, otros fueros hicieron una distinción entre tipos de bienes muebles en relación con el valor de mercado<sup>135</sup> y entre los diferentes mercados en los cuales dichos bienes eran comprados —mercados que operaban todos los días, semanalmente, en ferias mensuales o anuales.<sup>136</sup> Aquellos bienes cuyo valor era inferior a cinco sueldos requerían el reembolso del precio de compra, mientras que los de valor superior a dicho monto podían ser recuperados por el dueño victimado sin tal reembolso. Aquellos bienes que eran comprados en una feria durante el día y ante presencia de testigos podían ser retenidos por el comprador, mientras que los bienes adquiridos en mercados locales solamente podían ser retenidos por el comprador si éste conseguía un *otor* o predecesor en título, o bien, un avalista que atestiguara la existencia de tal *otor*.<sup>137</sup>

### 3. Compras a comerciantes judíos

Si bien la influencia que tuvo el derecho talmúdico sobre el derecho medieval español del medievo relativo a la venta de bienes muebles por intermediarios es reconocida por los historiadores de derecho español,<sup>138</sup> su impacto normativo permanece confuso. La razón de la confusión quizás sea el general desconocimiento de la existencia de un deber de “fraternidad” comercial que el derecho hebreo imponía sobre comerciantes correligionarios, sobre todo en situaciones catastróficas. La regla talmúdica básica se describe generalmente como aquella que otorga al comprador o acreedor prendario de un objeto robado o extraviado el privilegio a retenerlo, mientras no se le reembolse el precio de compra o la cantidad prestada.<sup>139</sup> Ésta podría considerarse como una regla intermedia entre el *nemo dat* romano y el *muß Hand muHand wahren* germánico.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 278.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 287.

<sup>135</sup> *Idem*.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>137</sup> *Idem*.

<sup>138</sup> *Ibidem*, pp. 264 n. 37, 267, 292-294 (citando a R. Hubner, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 5a ed., 1930, p. 447).

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 292.

El término “privilegio” se aplicaba también a la concesión real o administrativa que autorizaba por medio de licencia el establecimiento de negocios judíos en una determinada localidad.<sup>140</sup> Una de tales concesiones, por ejemplo, permitía que los judíos prestaran una cantidad limitada de dinero con garantía prendaria sin la necesidad de juramentos con la presencia de testigos, si el préstamo era para “prestatarios” que no parecieran sospechosos.<sup>141</sup> Si un dueño reclamaba la prenda de un judío prestamista, este último debía prestar juramento ante la Thora, en su sinagoga, declarando que había recibido el objeto como prenda o como garantía de un préstamo, y que no conocía al prestatario.<sup>142</sup> Al prestar tal juramento, el judío retenía la prenda hasta que se le pagaba lo que había prestado.<sup>143</sup>

Sin embargo, de acuerdo con la estricta ley rabinica, si un comprador o prestamista inocente había dispuesto de la propiedad vendida a plazos o dada en prenda antes de que el dueño diera alguna señal de abandono o renuncia a sus derechos de propiedad (*ye'ush*), tal como sucedía en el derecho romano, el comprador no obtenía título alguno y tenía que regresar el objeto a su dueño legítimo.<sup>144</sup> La llamada “ordenanza del mercado” (*takkanat hashuk*)<sup>145</sup> amino-raba el poder ilimitado de recuperación del dueño al permitir al comprador que había adquirido el objeto en un mercado público y de acuerdo con las prácticas comerciales requerir el reembolso de aquello que había pagado antes de cumplir con su obligación de restituir el artículo robado o extraviado.<sup>146</sup> El hecho de que fuera un deber comunal de fraternidad comercial en contraposición a un privilegio se establece claramente en la *responsa* rabínica medieval.

Un *responsum*<sup>147</sup> del siglo XI trataba sobre una gema que fue robada a un comerciante judío, A, que, después de un naufragio en el Mediterráneo, fue adquirida por otro comerciante judío, B, de un ladrón no judío, C. B alegaba

<sup>140</sup> *Idem*.

<sup>141</sup> *Idem*.

<sup>142</sup> *Idem*.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 293.

<sup>144</sup> 2 B. Cohen, *Jewish and Roman Law*, 1966, p. 617. La actitud de los rabinos del Talmud cuando se trataba de bienes robados fue formulada por Maimonides: “Cualquier objeto que sea presumiblemente robado, no puede ser comprado”. (*Lilket Genebah*, VI, 1). Este autor añade: “El dueño original podía demandar sus bienes, los cuales fueran robados y vendidos, sólo si la transacción ocurría antes de que los abandonara, i.e., antes del *Yeush*. Sin embargo, los libros podían ser reclamados siempre, dado que la gente no los abandona, aun cuando han sido robados por judíos. Aunque hay una presunción general de que las víctimas de robos usualmente abandonan sus bienes, ésta no se mantiene si los dueños los reclaman. El comprador recibe su precio sólo si compró los bienes en un mercado abierto, en cuyo caso tenía todo el derecho de asumir que los bienes no eran robados.” *Ibidem*, pp. 621-622; también véase G. Gorowitz, *The Spirit of Jewish Law*, 1953, p. 611; A. Steinsaltz, *The Essential Talmud*, trad. de C. Galai, 1976, pp. 155-156.

<sup>145</sup> Véase 2 B. Cohen, *op. cit.*, nota 144, p. 622; G. Horowitz, *op. cit.*, nota 144, p. 611.

<sup>146</sup> B. Cohen, *op. cit.*, nota 144, p. 622.

<sup>147</sup> Para el texto completo de esta *responsum* véase I. Agus, *Urban Civilization in Pre-Crusade Europe*, 1965, pp. 71-72.

que el bien carecía de dueño y que dicho artículo pertenecía a una categoría que en el Talmud era conocida como “tragada por el río”. El rabino Gershom desechó esta categorización con base en un decreto adoptado por la comunidad judía local: “De acuerdo con la costumbre usada en la mayoría de las comunidades, cuando alguien pierde algo, sea por un robo o de cualquier otro modo, se emite un decreto a su favor, al efecto de que quien quiera que obtenga la propiedad perdida estará obligado a devolverla al dueño original”.<sup>148</sup>

En una situación similar, un *responsum* del siglo X trataba sobre el alegato de B, quien decía que el dueño, A, había abandonado la esperanza de recuperación (*ye'ush*) al tiempo que B la había comprado de C. Aunque el texto del *responsum* no está disponible, las preguntas planteadas al demandado indican factores claves en el ejercicio de la obligación de devolución por parte del comprador: ¿cómo se puede asegurar el abandono?, ¿quién tiene el derecho a invocar la ordenanza del mercado abierto?, ¿quién debe regresar el objeto sin recibir una compensación?<sup>149</sup> Estos factores, así como los textos de otras *responsa*, revelan la naturaleza relativa de la regla talmúdica. Por ejemplo, ¿qué pasaría si B, conociendo la necesidad económica de A, redimía las garantías prendarias sobre los bienes valiosos de este último pretendiendo actuar de una manera altruista, cuando de hecho intentaba retener los bienes de A u obtener su valor de mercado? Un *responsum* del siglo XI, escrito por Rashi, uno de los más influyentes intérpretes del Talmud, acentuaba la importancia de la intención altruista del comprador y qué es lo que debería haber averiguado éste sobre la propiedad del dueño antes de redimir su prenda:

Aunque ahora B aparenta ser una persona que honra las Escrituras Sagradas, y [actúa] como el restaurador de una propiedad perdida, su mayor interés era la ganancia personal. No tomó el suficiente cuidado de prevenir la pérdida de los bienes de A, en manos de un no judío [...] Debería de haber averiguado con el agente de A, o de otras personas del pueblo, qué prendas de A se encontraban en manos del no judío, y debería haberlas rescatado todas. En cambio, actuó furtivamente, se apresuró a muchos reproches con base en las dos ordenanzas restrictivas promulgadas por los fundadores de la comunidad en el sentido de no redimir las prendas de otro sin permiso [...] De tal manera, B se situó dentro de la misma categoría de una persona que [a sabiendas] compra bienes de un ladrón antes de que el dueño original abandone la esperanza de rescatar tales bienes. Tal persona debe regresar los bienes sin compensación[...].<sup>150</sup>

Por otra parte, cuando la disputa involucraba efectivamente la supervivencia de mercaderes judíos, el deber de “hermandad” comercial debida a otros corredores en apuros se convertía en un derecho del que pagó el rescate a ser

<sup>148</sup> *Idem*.

<sup>149</sup> *Ibidem*, pp. 136-137.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 240-241.

compensado por el desconocido, dueño del artículo perdido o robado. Como se indica en un *responsum* del siglo XV, “también parece que hoy en día, cuando tantos judíos se ganan la vida en el negocio de los préstamos, la Ordenanza del Mercado es más necesaria para nosotros en relación con bienes empeñados que en relación con bienes comprados en el mercado abierto [que era su propósito original] o con bienes adquiridos de buena fe de ladrones.”<sup>151</sup>

Por tanto, la ordenanza talmúdica de mercado abierto que requería el reembolso de lo pagado por el comprador o prestamista fue concebida, desde la perspectiva del derecho judío, no como un privilegio del poseedor del bien perdido o robado, sino como parte del deber de rescate y restitución de aquello perteneciente a otro que no lo hubiere abandonado tácita o expresamente. Este deber no sólo complementó el derecho de reivindicación del dueño, sino también el deber comunitario judío de auxiliar a un compañero comerciante en apuros. Sin embargo, desde un punto de vista cristiano, tal privilegio se percibía como un incentivo al comercio y al préstamo usurero. Debe apuntarse que la misma ordenanza del mercado fue adoptada por los tenderos, comerciantes, artesanos y prestamistas cristianos una vez que desplazaron a los judíos oficialmente a partir de 1492.<sup>152</sup>

## E. Conclusiones

---

El principio “una vez dueño, dueño hasta que uno quiera dejar de serlo” cedió paso en el derecho medieval español a las máximas germánica *Hand muß Hand wahren* (la mano confiada debe proteger a la mano confiadora) y talmúdica *takkanat ha-shuk* (ordenanza del mercado). El factor determinante en las disputas sobre objetos vendidos por una persona distinta al dueño o por vendedores desconocidos en lugares públicos ya no era la intención del dueño original o histórico, sino la apariencia de propiedad o posesión legítima por parte del vendedor o transmisor, para así justificar la buena fe del comprador o acreedor. Por lo tanto, la posesión dejó de ser un simple medio para justificar el botín de guerra o para legitimar aquello que había sido adquirido con la creencia de que el comprador tenía el derecho de adquisición. Habiéndose convertido en la *gewere* del vendedor o transmisor, la posesión como apariencia “certificaba” o daba validez a la buena fe del comprador.

Los cambios sucedidos durante este periodo afectaron también el método de razonamiento usado para formular las reglas sobre venta o transferencia a través de intermediarios. El derecho foral subordinó los silogismo, axiomas y

<sup>151</sup> 5-6 J. Bazak y S. Passamanek, *Jewish Law and Jewish Life*, 1977, p. 18.

<sup>152</sup> Véase nota 87.

<sup>153</sup> *Idem*.

definiciones de lógica geométrica a las necesidades económicas de los gobiernos locales. Éstos, a su vez, recurrieron a miembros influyentes de las comunidades para determinar la mejor manera de preservar la paz de sus mercados incipientes. Lo que importaba al legislador de fueros era el bienestar de su comunidad y de aquéllos cuyo comercio o consumo sería protegido y fomentado.

De esta tarea surgió la necesidad de desarrollar normas para establecer qué adquisiciones debían ser legitimadas como de buena fe. Contrariamente al uso casuístico que los juristas romanos clásicos daban a conceptos tales como el *bonus paterfamilias* o al *bonus vir*, el legislador de fueros desarrolló clases o categorías de buena fe que dependían de relaciones consideradas como claves así como de hechos significativos. Una de dichas relaciones era la de los hidalgos y sus vendedores o corredores, o las ventas por comerciantes extranjeros a compradores locales. Entre los hechos significativos se encontraban el lugar, hora y precio de compra, así como la presencia de testigos o predecesores en la posesión o título sobre los bienes en cuestión.

Las reglas talmúdicas que imponían obligaciones de rescate y restitución de la propiedad perdida o abandonada por algún miembro de la comunidad, sobre la comunidad en su conjunto, no se sustentaban sobre bases silogísticas o utilitarias. Sin importar la utilidad que el rescate tuviese para la comunidad, dicho rescate remunerado tenía que ser llevado a cabo como un gesto de hermandad basado en un deber religioso y, por tanto, *a priori* a cualquier consideración utilitaria, individual o colectiva.<sup>153</sup>

#### 4. DE LA INGLATERRA DEL SIGLO XVII A ESTADOS UNIDOS DE HOY EN DÍA

---

Esta sección trata sobre países donde, de manera opuesta a Roma y España, el comercio como profesión ganó gran estima. La Revolución Industrial británica se inició en la segunda mitad del siglo XVII con una tecnología que utilizaba el carbón como su principal fuente de energía calorífica para la producción de bienes de mercado.<sup>154</sup> Aproximadamente 200 años después, se introdujeron los procesos de calderas abiertas en la producción de acero en Estados Unidos.<sup>155</sup> En ese país este desarrollo industrial fue acompañado por una migración hacia el oeste, una vasta construcción ferroviaria y un gran esfuerzo en los procesos mineros para la extracción de oro y plata.<sup>156</sup>

<sup>154</sup> Véase generalmente S. Clough, *The Economic Development of Western Civilization*, 1959, pp. 163-166.

<sup>155</sup> Véase generalmente 18 *Encyclopedia Britannica*, 15a ed., 1984, pp. 975-976.

<sup>156</sup> *Idem*.

Como resultado de los anteriores acontecimientos, ambos países abrieron nuevos mercados para la venta e intercambio de bienes de consumo. La industria inglesa de los siglos XVII y XVIII, en contraste con aquélla de la Europa continental,<sup>157</sup> se concentró en la producción de bienes de mercado para el consumo en masa. La industria estadounidense, a su vez, se concentró en la producción tanto de bienes de consumo como de productos industriales complejos o “duraderos”. Estos bienes y productos eran transportados en grandes cantidades a través de distancias inigualadas en la historia del comercio.

Muchos elementos afectaron la transferencia de bienes por personas que no eran los dueños del tipo “histórico” o del *nemo dat* en los procesos de industrialización y consumo masivo. Sin embargo, ningún factor fue tan decisivo como el crédito; si no se hubiese contado con crédito para productores, distribuidores y consumidores, este desarrollo no se hubiera llevado a cabo.

## **A. Los intermediarios financieros ingleses: joyeros, banqueros y aseguradores**

---

Dos de los más importantes intermediarios financieros ingleses fueron los joyeros londinenses y, posteriormente, el Banco de Inglaterra. Ambos dependían de los bienes muebles de sus depositantes, fueran éstos en efectivo o en bienes, para incrementar su posibilidad de obtener empréstitos y otorgar préstamos a terceros. La importancia de los joyeros (*goldsmiths*) comienza durante el reinado de Enrique VIII, cuando la moneda acuñada oficialmente estaba tan devaluada que la Real Hacienda (*Royal Exchequer*) perdió su confianza como emisora de moneda.<sup>158</sup> Los joyeros dejaron a un lado “su actividad habitual [y] comenzaron a negociar con el dinero devaluado, cambiándolo por metales y moneda extranjera”.<sup>159</sup> Durante el protectorado de Cromwell los

<sup>157</sup> F. Braudel, *The Wheels of Commerce, 2 Civilization and Capitalism in the 15th-18th Century*, trad. S. Reynolds, 1982. “Las sociedades continentales pudientes se caracterizaban por un alto acopio de telas, vestidos y ropas ceremoniales. De tal manera que los interiores de las viviendas también estaban llenos de telas, con sus cortinas, tapices y armarios llenos de sábanas y finos linos.”

<sup>158</sup> 37 Enrique VIII, c. 9. Dicho estatuto permitía los préstamos con una tasa de interés sin exceder 10%. Para revisar un comentario sobre el impacto que tuvo la ley de usura sobre el crédito y el comercio, véase W. Holdsworth, *A History of English Law*, 1926, pp. 110-113.

<sup>159</sup> I. J. Francis, *History of the Bank of England*, 3a ed., 1848, pp. 23-27; también véase W. Shaw, *The History of Currency*, 1895, p. 152. En respuesta a la pregunta sobre quién hace posible la transferencia de enormes cantidades de monedas y metales a otros países europeos, un informante dice al autor: “Son los joyeros, especialmente aquellos de Lombard Street, quienes son los más grandes mercaderes, y los cajeros de Londres, quienes reciben el dinero de cualquiera por nada y lo pagan el mismo día; mientras tanto, tienen gentes en sus casas, las cuales pesan y cuentan todo lo que reciben: funden lo que es grande y así lo transportan a países extraños (muchas veces aún sin fundir). En sus tiendas tienen bancos en los cuales mantienen la principal moneda en la cristianía”.

"pagarés de joyeros o los pagarés de efectivo" pagaderos a la vista, eran negociados comúnmente "de un poseedor a otro, para el pago de deudas".<sup>160</sup> Los joyeros emitían sus pagarés exclusivamente contra la presentación de una cuenta o saldo equivalente, a manera de garantía ("bullion"), principalmente, que retenían en calidad de depósito. Sin embargo, durante el siglo XVII, comenzaron a emitir pagarés por cantidades que excedían, en mucho, las cantidades en depósito.<sup>161</sup> También pagaban intereses por los depósitos, aunque las tasas de interés eran considerablemente más bajas que las cobradas a sus prestatarios.

Irónicamente, los joyeros resultaron víctimas de su propio éxito. El círculo de sus prestatarios incluía a la corona inglesa. Durante el reinado de Carlos II era sabido que un pequeño grupo de joyeros financiaba las principales actividades del gobierno. Éstos también actuaban como recaudadores de los impuestos agrícolas, que usaban, además de otros ingresos del gobierno, como garantías a sus préstamos.<sup>162</sup> El último préstamo que otorgaron a Carlos II fue por 1 300 000 libras, a una tasa de interés de 8 a 10% por año. En 1672, sin embargo, Carlos se negó a pagar el préstamo y cerró la Real Hacienda, "con lo cual causó un pánico y un desastre comercial generalizado".<sup>163</sup>

El Banco de Inglaterra surgió en 1649 a raíz del cierre del Exchequer (Real Hacienda). Su función era restituir la confianza en la administración y mejorar el acceso del comercio y gobierno al crédito. Fue tan exitoso que poco después de su creación legislativa "comenzaron a circular libremente sus pagarés y billetes de banco".<sup>164</sup> Fue creado por un grupo de financieros privados, quienes prestaron 1 200 000 libras al gobierno a cambio de una concesión parlamentaria para recibir depósitos y vender metales, prestar y pedir prestado fondos, descontar letras de cambio y emitir títulos bancarios.<sup>165</sup> Como ya era costumbre entre los joyeros, el Banco de Inglaterra podía otorgar préstamos por cantidades que excedían el total de sus depósitos. Estos préstamos se efectuaban gracias a su poder de emisión de títulos bancarios respaldados por cantidades que el gobierno debía al Banco. Según un recuento hecho en el siglo XVIII: "Un gran número de estas obligaciones bancarias eran tan solo por 5 o 10 libras, lo cual respondía a la necesidad de comercio entre la gente común [...] De esta manera, la comunidad en general se habituó al uso de una divisa (banearia) canjeable hecha en papel."<sup>166</sup>

<sup>160</sup> B. Turner, *Chronicles of the Bank of England*, 1897, pp. 4-5.

<sup>161</sup> E. Powell, *The Evolution of the Money Market (1385-1915)*, 1915.

<sup>162</sup> W. Shaw, *The Beginnings of the National Debt*, 1907, pp. 407, 412.

<sup>163</sup> H. Gibbins, *The History of Commerce in Europe*, 1912, p. 144.

<sup>164</sup> I. W. Cunningham, *The Growth of English Commerce and Industry in Modern Times*, 1925, p. 441.

<sup>165</sup> S. Clough, *op. cit.*, nota 154, p. 193.

<sup>166</sup> W. Cunningham, *op. cit.*, 164, pp. 441-442.

El desarrollo de los seguros también estuvo asociado con el desarrollo de la banca comercial y la emisión de papel moneda. El préstamo marítimo evolucionó conjuntamente con una póliza que cubría los "siniestros o peligros del mar".<sup>167</sup> De dicha póliza surgieron otras que cubrían peligros no necesariamente relacionados con el mar, como incendios y otras catástrofes.<sup>168</sup> De una manera similar, los seguros de vida evolucionaron con el préstamo, previo pago de una prima anual.<sup>169</sup>

Ni los banqueros ni los aseguradores hubieran prosperado a menos de que sus promesas de pago fueran dignas de confianza. Dicha confianza requería de una buena fe que reflejara las expectativas de los comerciantes, aun cuando estas expectativas fueran de la más alta honorabilidad. Así, durante un periodo considerable los aseguradores ingleses fueron sus propios reguladores y se imponían una norma de buena fe, que se acercaba a una moralidad de hermandad religiosa.<sup>170</sup> Sin embargo, la banca y las aseguradoras, tenían como función principal el lucro (no tanto de la comunidad en general sino de la comunidad comercial). Como concluyó Daniel Defoe, uno de los más reconocidos periodistas y novelistas ingleses del siglo XVIII,

[...] su más deliciosa ocupación: el aventajarse de las necesidades del comerciante al hacer descuentos y cobrar primas extravagantes para el préstamo de dinero [...] Los dueños de tierras podían obtener dinero mediante garantías hipotecarias en términos más accesibles, lo cual podría prevenir la pérdida de muchas propiedades las cuales ahora están en la ruina y devoradas por hipotecas insolentes y despiadadas [...].<sup>171</sup>

El desempeño del Banco de Inglaterra, también decepcionó las expectativas de Defoe: "Nuestros bancos no son más que establecimientos de joyeros donde, siendo el interés alto la gente coloca su dinero; y ellos [los bancos], se aventajan de ello".<sup>172</sup>

Gradualmente, los banqueros, aseguradores y otros intermediarios financieros ingleses se distinguieron de los "prestamistas" (*money lenders*) de dinero de baja categoría y empezaron a gozar de un considerable respeto entre los comerciantes y el público en general. Los banqueros se distinguían de los simples prestamistas de dinero en tres aspectos.<sup>173</sup> Se entendía que el dinero prestado provenía no de él sino de sus depositarios. Así, el banquero no resultaba ser un usurero y no se cuestionaba su buena fe. En segundo lugar, se

<sup>167</sup> Véase W. Holdsworth, *op. cit.*, nota 158, pp. 273-294.

<sup>168</sup> *Ibidem*, pp. 294-295.

<sup>169</sup> *Ibidem*, pp. 295-298.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 293.

<sup>171</sup> *Money and Banking in England*, ed. B. Andersen & P. Cotrell, 1974. pp. 74-75.

<sup>172</sup> *Ibidem*, pp. 75-76.

<sup>173</sup> Véase generalmente A. Birnie, *An Economic History of the British Isles*, 1935, p. 299.

sabía que el banquero tenía el poder de crear dinero, ya fuera en forma de billetes, cheques u otros papeles comerciales. En tercer lugar, mientras que los clientes de los prestamistas eran principalmente los inadaptados y los empobrecidos, el banquero prestaba a los productores y distribuidores de bienes. De esta manera, los prestamistas otorgaban préstamos a consumidores, mientras que los banqueros lo hacían a comerciantes.

El arquetipo del banquero, así como del asegurador, era aquel que conocía su ocupación lo suficientemente bien como para ser un negociador duro, pero honesto. Mientras que nadie esperaba una generosidad en el trato con banqueros, se esperaba que éste fuera muy confiable y respetable en sus compromisos. Así, Wyndham Beawes, cronista de comercio internacional, describía a los banqueros en 1773 como "caballeros que generalmente poseen enormes propiedades, aunque algunos desgraciadamente fracasan, la cual es una catástrofe poco común, su negocio es ciertamente tan lucrativo como distinguido".<sup>174</sup>

Sin embargo, el mismo autor se quejaba del poco honor que otorgaba la sociedad británica a comerciantes menores, especialmente si se le comparaba con otros países europeos, tales como Francia y "nuestros laboriosos vecinos flamencos". Sugería que con un mayor apoyo a los comerciantes de todos tipos:

Podríamos aventajar rápidamente a cualquier competidor y reconocer en el mercader los celebrados valores espirituales ingleses. Es cierto que el comercio es muy apreciado por los ingleses, y promete muchas ocasiones para crear o mejorar una fortuna, para lo cual los hijos o hermanos de la nobleza han sido criados. Pero una vez ricos, muchos renuncian [al comercio] con el fin de mantener la dignidad familiar o para ejercer un puesto público.<sup>175</sup>

## B. El comercio en Estados Unidos a fines del siglo XIX y el contemporáneo

El valor agregado de todos los bienes manufacturados en Estados Unidos en 1879 era de aproximadamente cinco billones y medio de dólares. Dicha cifra se multiplicó tres veces durante los siguientes diez años.<sup>176</sup> Durante esta expansión industrial, se inventó el teléfono, la máquina de escribir, el linotípico, el fonógrafo, la luz eléctrica, la máquina registradora, el refrigerador y la producción masiva de automóviles. El capital de riesgo estaba disponible a través de inversionistas locales y europeos, a través de bancos y otros tipos de asociaciones financieras.

Surgió una nueva clase de comerciante que disfrutaba de un enorme poder económico y político. El dicho *The business of the United States is business* (el

<sup>174</sup> W. Beawes, *op. cit.*, nota 91, p. 317.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>176</sup> 18 *Encyclopædia Britannica*, 15a ed., 1984, p. 975.

quehacer de Estados Unidos es su negocio) reflejaba una de las principales metas de la nación y confirmaba el respeto al comercio como profesión modelo de buena fe nacional. Contrariamente a los mercaderes romanos de Cato o a los judíos españoles denigrados por Sánchez de Albornoz, los comerciantes norteamericanos fueron muy alentados por la sociedad circundante. Su buena fe sólo se cuestionó cuando se tornaron depredadores y comenzaron a devorarse al intentar monopolizar o restringir la competencia.

Desde su origen, la producción norteamericana del siglo XIX estaba orientada al crédito y a la intermediación. El énfasis en el mercado masivo era evidente en el crecimiento del número de personas empleadas en el proceso de distribución. En 1870, 88 de cada 1000 personas empleadas en la producción estaban involucradas en el proceso de distribución. En 1950, la proporción era de casi 50% (407 de cada 1000).<sup>177</sup>

Los proveedores de materias primas y equipo, así como los banqueros, otorgaban créditos a los productores. Los productores y sus banqueros conferían créditos a mayoristas y comisionistas. Los vendedores al menudeo recibían créditos de los mayoristas y banqueros. Finalmente, los consumidores recibían créditos de los vendedores, banqueros y otros intermediarios financieros..

La extensión del crédito generalmente conllevó a que se confiara la posesión al deudor acreditado. Muchas veces, el deudor sólo recibía la posesión mientras que el dominio de los bienes permanecía con el vendedor o acreditante. La reserva de dominio otorgaba, en principio, la mayor certidumbre al acreedor. A fin de cuentas, ¿qué garantía podría ser superior a la otorgada por el dominio? Cualquier otro acreedor con garantía prendaria o hipotecaria era simplemente eso, un acreedor, y por tanto estaba subordinado al derecho del dueño. De la misma manera, el derecho de cualquier representante de acreedores quirografarios o prendarios (como el síndico en la quiebra) estaba igualmente subordinado al derecho de reivindicación o separación del bien de la masa de la quiebra.

La distribución de bienes a grandes masas de adquirentes sucesivos requería de un concepto que otorgara mayor seguridad jurídica a los adquirentes que la otorgada por la compraventa con reserva de dominio. Cabe preguntar, ¿qué comprador-consumidor estaría dispuesto a adquirir un bien (componente del inventario de un comerciante al detalle) si el propio bien estaba sujeto a ser reivindicado en cualquier momento por un desconocido productor o mayorista que hubiese vendido con reserva de su dominio sobre el bien o sobre el inventario total o parcial del comerciante al detalle? También cabe preguntar, ¿qué banco o entidad financiera estaría dispuesta a otorgar un crédito para facilitar la compra de los bienes que irían a formar parte del inventario del comerciante o del patrimonio del consumidor si tal crédito no podría ser garantizado prendaria o hipotecariamente sin obtener el consentimiento de un dueño remoto y posiblemente hostil a la garantía?

<sup>177</sup> 11 *Encyclopedia Britannica*, 15a ed., 1984, p. 505.

El transporte y almacenamiento de bienes en el proceso de distribución también requería que se tomasen en cuenta los derechos de los tenedores de títulos representativos del derecho a la posesión o dominio de tales bienes. Estos títulos, como el conocimiento de transporte marítimo negociable o el recibo negociable de almacén general de depósito, le otorgan al tenedor legítimo el derecho de obtener la posesión de los bienes transportados o almacenados independientemente de quién sea su dueño "histórico" o verdadero. ¿Cómo compaginar los derechos conferidos por títulos representativos con los conferidos por la venta con reserva de dominio? ¿Sería sensato acaso sacrificar la agilidad transaccional del transporte y almacenamiento de bienes para lograr un máximo grado de certidumbre para el remoto y frecuentemente desconocido vendedor que había reservado su dominio?

En los países de mercados financieros desarrollados, la inflexibilidad del dominio absoluto sobre bienes muebles tuvo que ceder paso al nuevo concepto de la propiedad "fragmentada" en derechos posesorios de índole comercial. Este concepto permite la coexistencia de diversos derechos *a la posesión del bien o a su valor mercado*, independientemente de quién es el dueño histórico o "verdadero" del bien. Con base en este concepto, poseen fragmentos *del mismo derecho* a la posesión del bien o su valor económico tanto el productor o mayorista acreedor como el tenedor de un título representativo del dominio adquirido de un transportista o almacenador, tanto el detallista y sus acreedores como el consumidor adquirente.

El valor de cada fragmento de derecho posesorio depende del grado de prelación o preferencia que le otorgue el derecho comercial y de quiebras, con base en qué clase, profesión, negocio o transacción protege la política crediticia determinada por el legislador. Así, por ejemplo, el derecho comercial y de quiebras pueden decidir otorgar el más alto grado de prelación al acreedor cuyo préstamo hizo posible la compra del bien en cuestión por parte del deudor en mora o insolvencia. De haber varios acreedores que facilitaron la adquisición, su grado de prelación podrá depender de la fecha o cantidad del acreedamiento.

El concepto de fragmentación del derecho posesorio de la propiedad mueble es lo suficientemente flexible como para otorgar derechos sobre nuevas "encarnaciones" de los bienes que garantizan el acreedamiento. Por ejemplo, bienes facilitados para formar parte del inventario del deudor-mayorista o detallista, una vez vendidos a un detallista o por éste al público consumidor, pueden reencarnarse (comercial y jurídicamente) en: cuentas por cobrar, títulos de crédito o valor, depósitos en cuentas bancarias o nuevos bienes de inventario. Por ende, los derechos de garantía otorgados sobre los bienes originales quedan adheridos a las nuevas "encarnaciones" que estos tengan.

El término "encarnación" es el que más aptamente describe la naturaleza de la garantía puesto que ella se extiende a bienes de cualquier tipo (no sólo productos) que reemplazan el valor mercado de los originales. Cualquiera de

esas "reencarnaciones" está sujeta al derecho de posesión del acreditante. El derecho posesorio comercial también es lo suficientemente flexible como para permitir que el bien pueda ser utilizado como garantía real por cualquier tenedor de un derecho de posesión fragmentario sin que tenga que ser dueño del bien, ya que la garantía real sólo grava el *derecho fragmentario peculiar* al deudor acreditado. Así las cosas, los acreedores participantes en la cadena norteamericana de distribución y consumo de bienes auspiciada por el crédito extendido al comerciante y al consumidor no podrán probar que son los verdaderos o históricos dueños del bien mueble en su posesión o sujeto a su derecho de posesión.

La política crediticia del Banco Central de Estados Unidos (La Reserva Federal) alentó la provisión del crédito comercial y al consumidor al ligar la emisión del dinero bancario (por medio de préstamos y adquisiciones de cartera comercial y bancaria al financiamiento *a corto plazo*) con la producción y distribución de bienes. Los préstamos a largo plazo (por un periodo de más de diez años) se consideraron como típicos de la industria de la construcción y adquisición de inmuebles, y no se le encomendaron a la banca comercial sino a las bancas o entidades financieras especializadas.<sup>178</sup>

La razón por la que la Ley de la Reserva Federal permitía usar el dinero depositado en los bancos para el préstamos comercial, tanto al productor como al distribuidor de los mismos, era que estos préstamos se consideraban como "autoliquidables".<sup>179</sup> En otras palabras, el producto de la venta de los bienes (o las reencarnaciones de los mismos) cuya producción o distribución financiaba la banca comercial era la mejor fuente para el pago inmediato de la obligación crediticia asumida por el productor o distribuidor acreditado. De esta manera, la "elegibilidad" del papel comercial y bancario para su descuento o negociación con la banca central, incluyendo las aceptaciones bancarias (letras de cambio giradas contra los bancos pagadores de obligaciones comerciales y que una vez aceptadas por estos bancos eran cotizables en el mundo financiero como obligaciones de gran liquidez) se hizo depender de la presunta "autoliquidez", de la transacción subyacente. Para facilitar la compra por la banca central lo que importaba, era saber si provenían de importaciones o exportaciones o de alguna transacción nacional, si estaban acompañadas por títulos representativos del dominio o si los bienes involucrados podían ser fácilmente vendidos o revendidos en mercados nacionales o internacionales.<sup>180</sup>

<sup>178</sup> B. Kozolchyk, *Commercial Letters of Credit in the Americas*, 1966, p. 608.

<sup>179</sup> *Idem*.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 538.

### C. El derecho comercial y la buena fe

---

El resumen hecho en 1954 por el profesor Grant Gilmore sobre el derecho comercial angloamericano en materia de la adquisición de buena fe,<sup>181</sup> con algunas excepciones, continúa siendo válido.<sup>182</sup> El punto de partida para el *common law* inglés fue su versión del aforismo antes discutido “una vez dueño, dueño hasta que uno quisiera dejar de serlo”: un dueño no puede ser privado de su propiedad sin su consentimiento.<sup>183</sup> La primera excepción a este principio se formuló en Inglaterra, y subsecuentemente en Estados Unidos, con respecto a los llamados “factores” mercantiles, es decir, agentes o comisionistas a quienes los fabricantes, mayoristas o detallistas entregaban bienes o efectos comerciales para su venta o cobro.

Las Leyes Respecto a los Factores (*Factors Acts*) en Inglaterra y Estados Unidos tenían como objeto proteger en la forma más clara y categórica posible a los terceros compradores de buena fe de los antes mencionados factores.<sup>184</sup> Sin embargo, los jueces en ambos países restringieron considerablemente esta protección. La jurisprudencia distinguió entre el robo (en el cual el ladrón no adquiría el título de la cosa y, por lo tanto, no lo podía transmitir al comprador de buena fe) y la apropiación indebida (en la cual sí se podía transmitir el título de la cosa al comprador de buena fe). Como lo indicaba el profesor Gilmore, la diferenciación entre título nulo (en el robo) y el título anulable (en la apropiación) tenía como objetivo proteger al comprador *bona fide* en transacciones comerciales, protegiendo al dueño en transacciones fuera del comercio.<sup>185</sup>

Las semejanzas entre esta doctrina y el *Hand muß Hand wahren*, así como su subsecuente codificación, son incuestionables. Como sucedía con el derecho foral tanto germánico como español, la jurisprudencia angloamericana tomaba en cuenta distintos factores (como el tipo de bien, el lugar y hora de la compra, la identidad del vendedor y el precio pagado) para determinar la buena fe de la compra. El derecho angloamericano refinó la noción del mercado abierto y estableció características claves respecto a la negociabilidad de los efectos o papeles comerciales (que privaron al *nemo dat* de gran parte de su influencia

<sup>181</sup> Gilmore, *The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase*, Yale L.J., 1057, 1954, p. 63.

<sup>182</sup> Una de las pocas predicciones del profesor Gilmore que no se cumplieron atañen a la generalización de la negociabilidad irrestricta de las letras de cambio giradas bajo créditos documentarios al igual que la cesión de créditos derivados de los pagos de dichas letras.

<sup>183</sup> El profesor Gilmore describía el punto de partida de la siguiente manera: “La posición inicial del *common law* era que los derechos de propiedad deberían de ser protegidos bajo cualquier circunstancia; un dueño no puede ser privado de su propiedad sin su consentimiento. *Ibidem*, p. 1057. Este principio, por supuesto, era simplemente una reiteración del *nemo dat* del derecho romano. *Ibidem*, p. 1057.

<sup>184</sup> *Ibidem*, pp. 1057-1058.

<sup>185</sup> *Idem*.

residual en este área del derecho); este derecho también aclaró el significado de la buena fe comercial en la adquisición de bienes muebles en general y títulos de crédito y valores, y otorgó al derecho de posesión sobre bienes muebles el trono que desde el derecho antiguo ocupaba el dominio o la propiedad histórica.

## D. El mercado abierto

En una decisión judicial de principios del siglo XVII, apropiadamente llamada “el caso de mercado abierto”,<sup>186</sup> el tribunal Real (*King's Bench*) refinó la noción de mercado abierto al relacionarla con la especialización del comercio. La corte decidió que “si un metal era robado y vendido abiertamente en el establecimiento de un escribano, en un día de mercado, esto no alteraría la propiedad original; otro caso sería si el metal hubiese sido vendido en la tienda de un joyero”.<sup>187</sup>

Esta distinción entre el establecimiento de un escribano y de un joyero se basaba en un principio de índole publicitario mencionado posteriormente en la misma decisión: “toda tienda en Londres es un mercado abierto sólo para aquellos bienes que la profesión del dueño indica que han sido puestas a la venta”.<sup>188</sup> Por ello:

[...] si la venta se hubiera hecho abiertamente en la tienda de un joyero en Londres, con lo cual cualquiera que pasara por ella pudiera ver el artículo, sí transferiría la propiedad. Pero si la venta se realizaba en la propia tienda (sea detrás de un armario o de tal manera que cualquiera que pasara por ahí no pudiera ver el artículo, no se transferiría la propiedad a tercero [...] dado que no se llevó a cabo en un mercado abierto[...]<sup>189</sup>

Es cierto que numerosas cortes en Estados Unidos rechazaron no sólo la aclaración inglesa, sino también la concepción original de mercado abierto. Muchos de estos rechazos reflejaban un contexto de vida agrícola en el cual los caballos eran todavía la *res mancipi* americana, valiosos por ser un apero de labranza, medio de transporte y de resolución de emergencias personales o familiares. Uno sólo tiene que leer la amonestación hecha por la corte del estado de Vermont, en 1802, en la sentencia *Heacock vs. Walker*<sup>190</sup> para apreciar el significado socioeconómico de los caballos a principios del siglo XIX: Si la regla jurídica fuera que un vecino se arriesga a perder su caballo cada vez que lo presta a otro vecino pobre para que éste vaya al molino o para que pida ayuda para su esposa (a la hora del parto), esta regla restringirá estos actos de bondad

<sup>186</sup> 77 Eng. Rep. 180.

<sup>187</sup> *Idem*.

<sup>188</sup> *Idem*.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 181 (énfasis añadido).

<sup>190</sup> 1 Tyl. 338 (Vt. 1802).

vecinal (los cuales ahora son ejercidos tanto por el opulento como por el pobre) y desaparecerá la caridad, la cual es un ornamento de la vida cristiana y social.<sup>191</sup>

Con el advenimiento de la revolución industrial y financiera, el litigio en cuanto a bienes muebles obviamente involucró bienes comerciales. De tal manera, las cortes se inclinaron a la validación de compras de buena fe de bienes provenientes de transacciones “anulables”. Escasamente veinte años después de la sentencia *Heacock v. Walker* en Vermont, una corte de Nueva York —ciudad que ya era un centro activo de comercio— validó una compra de buena fe de algodón por parte de alguien que (después de haber falsificado una carta de referencia) obtuvo los bienes del dueño-demandante.<sup>192</sup>

## E. La negociabilidad de las letras de cambio

---

### 1. Transferibilidad

De acuerdo con la doctrina de la negociabilidad de los títulos de crédito y valor, una persona distinta al dueño original podía transferir, por medio de la entrega o endoso a un tercero, más derechos de los que dicha persona tenía. Además, un comprador *bona fide* de títulos robados podía derrotar la acción de recuperación del dueño legítimo.

El hecho de que estas características de negociabilidad hayan sido decididas primeramente por tribunales en Inglaterra no resulta extraño dado el importante rol que desempeñaban los intermediarios financieros. Los joyeros y los banqueros tenían el poder de crear su propio dinero, que estaba exento de las reglas del *common law* sobre el *nemo dat* desde finales del siglo XVII.<sup>193</sup>

Como lo indica el profesor Britton,<sup>194</sup> durante el siglo XVII en Gran Bretaña el término “dinero” se refería, esencialmente, al metálico. Sin embargo, poco después de que el Banco de Inglaterra comenzó a emitir pagarés bancarios en 1694, lord Holt reconoció que tales pagarés tenían las mismas características de libre transferencia ante reclamaciones y demandas que el numerario o las monedas.<sup>195</sup> En *Miller vs. Race*<sup>196</sup> lord Mansfield, el gran juez comercial, descartó la analogía entre los pagarés bancarios y los bienes muebles y justificó la analogía con el dinero de la siguiente manera:

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 339.

<sup>192</sup> *Mowrey v. Walsh*, 8 Cow. 238 (N.Y. Sup. Ct. 1828).

<sup>193</sup> Véase W. Britton, *Handbook of the Law of Bills and Notes*. 2a ed., 1961, p. 73.

<sup>194</sup> *Idem*.

<sup>195</sup> *Idem*.

<sup>196</sup> 1 *Burr*, p. 452 (1758).

La falacia del argumento se evidencia al comparar los pagarés bancarios con aquellas otras promesas a las que no se parecen, o con las que no pueden ser comparadas [...] [se les debe comparar con el numerario] porque en el curso ordinario de las transacciones comerciales y por consentimiento general de la comunidad mercantil así se les trata. Tienen tanta circulación monetaria como las guineas [...].<sup>197</sup>

Sin embargo, no fue sino hasta 1781 cuando en la sentencia de *Peacock vs. Rhodes*<sup>198</sup> lord Mansfield otorgó a las letras de cambio la característica de negociabilidad previamente otorgada a los pagarés bancarios. En este caso, un comerciante recibió la letra de un comprador desconocido, la cual endosó al comerciante o mercader demandante. Las partes demandadas eran los aceptantes de la letra. El demandante no conocía a la parte demandada, ni sabía que la letra había sido robada al primer poseedor legítimo. Lord Mansfield descartó la analogía entre el demandante-portador y el cesionario del tomador.

Un cesionario debe tomar la cosa cedida sujeta a cualquier excepción o demanda de equidad a la cual el tomador original estuviese sujeto. Si esta regla se aplicase a letras y pagarés bancarios se impediría su circulación. La ley dispone que los derechos de cualquier poseedor, al haber entrado legalmente en posesión de una letra o pagaré bancario, no tienen relación alguna con los derechos derivados de la transacción subyacente entre las partes originales; [...] La posesión de los títulos acredita su propiedad [...].<sup>199</sup>

Al descartar la analogía entre la cesión de créditos y la negociación de letras, lord Mansfield había restringido considerablemente la influencia del *nemo dat* sobre la ley de títulos de crédito y de valor, dado que el *nemo dat* no permitía al cesionario del tomador de la letra más derechos de los que el tomador original tenía frente al girador o aceptante de la letra. Además, lord Mansfield hizo énfasis en la posesión como legitimadora de la propiedad y en la analogía entre circulación monetaria y negociabilidad. En sus palabras, una regla contraria, “frenaría la circulación de títulos muy útiles al comercio”.

Esta evaluación utilitaria de lo que era la mejor regla para el mundo del comercio difería significativamente del razonamiento español y germánico del derecho foral medieval. En vez de tratar de determinar la costumbre de toda una comunidad, incluyendo a comerciantes y no comerciantes, Mansfield se centraba únicamente en la costumbre del comercio como fuente del derecho positivo y asumía que aquello que fuera bueno para los comerciantes incluía también “el consentimiento general de toda la humanidad”.<sup>200</sup>

<sup>197</sup> W. Britton, *op. cit.*, nota 93, p. 73 (citando un anónimo, 1 Salk 126 (1699)).

<sup>198</sup> 2 Dougl. 634 (1781).

<sup>199</sup> 99 Eng. Rep., p. 403.

<sup>200</sup> Véase texto que acompaña a la nota 197.

## 2. La buena fe

El énfasis de lord Mansfield en la costumbre comercial como la fuente de mayor influencia sobre el derecho positivo mercantil respecto a la negociabilidad se hace evidente también en su versión de la adquisición con buena fe. Al haber descartado la analogía con la cesión de crédito y al establecer la analogía con el dinero, Mansfield (en *Peacock vs. Rhodes*) identificó los elementos de la mala fe en la adquisición del demandante:

La cuestión de si había *mala fide* debe ser decidida por el jurado. Las circunstancias de que el comprador y los giradores eran desconocidos por el demandante y que éste último adquirió la letra a cambio de bienes sobre los cuales obtuvo un provecho muy considerable, dieron pie a sospechas, muy dignas de ser consideradas. Pero el jurado las ha considerado y ha determinado que las letras fueron adquiridas durante el *curso del comercio* y por lo tanto resulta claro dentro del principio de todos aquellos casos citados por el señor Wood que a partir de *Miller vs. Race* en adelante [tal adquisición es válida] [...]<sup>201</sup>

En otras palabras, si la letra era adquirida “durante el curso del comercio” se presumía la buena fe, a menos que se probara lo contrario. Mansfield contaba con los elementos necesarios para determinar qué era lo común o acostumbrado en el comercio, dada su constante comunicación con miembros del jurado quienes eran comerciantes. Con respecto a esto, la doctrina de la buena fe a la que contribuyó difería de aquélla expuesta en el derecho foral medieval. Cuando Mansfield establecía la buena fe de un comerciante que compraba una letra de un desconocido o de un dueño desconocido, su investigación no versaba sobre si había algún titular anterior que pudiera jurar que él (o alguien conocido) habían sido los dueños o tenedores anteriores de la letra. Tampoco se centraba sobre si habían pasado tantos días desde que el dueño había sido víctima del robo o lo había anunciado públicamente, o si alguien sabía de la mala reputación del vendedor. Estas consideraciones podrían haber importado mucho a la comunidad española medieval, pero lo que interesaba a Mansfield era la costumbre mercantil. Cuando la conducta mercantil individual y, especialmente, la bancaria estaba por debajo de lo que Mansfield consideraba como el comportamiento de buena fe típico de comerciantes o banqueros respetados o arquetípicos, él rechazaba tal conducta como de mala fe.

Un ejemplo de estos requerimientos arquetípicos aparece en la sentencia de *Pillans & Rose v. Van Mierop & Hopkins*.<sup>202</sup> En esta contienda, un banquero inglés había enviado una carta solicitando a un banquero holandés acreditamiento a favor de un comerciante inglés que viajaba a Holanda. El comerciante inglés recibió el dinero solicitado del banquero holandés pero a su regreso a

<sup>201</sup> 99 Eng. Rep. 402 (K.B. 1781).

<sup>202</sup> 97 Eng. Rep. 1035 (K.B. 1765).

Inglaterra se declaró en quiebra. El banquero holandés solicitó el reembolso al banquero inglés de lo pagado al comerciante inglés y este banquero se negó a hacerlo alegando que su solicitud de acreditamiento no era obligatoria por carecer de “causa onerosa previa” (*past consideration*). De acuerdo con el banquero inglés era necesario que el comerciante inglés le hubiese pagado algo por su carta-solicitud y promesa de reembolso para que éstas fueran vinculatorias. Como no se le había pagado nada por su promesa, era un *nudum pactum*.<sup>203</sup>

En su sentencia, Mansfield observó que el pago de alguna cantidad en forma previa a la emisión de una promesa bancaria era un requisito meramente probatorio de la seriedad de la intención del solicitante de la promesa y de su emisor; por tanto, la llamada *past consideration* era un requisito meramente formal y probatorio de la seriedad de la intención vinculatoria y no de fondo. Entre comerciantes, y especialmente entre banqueros, la presencia de un escrito era suficiente indicación de la seriedad de la promesa emitida. Una vez que la intención de un banquero aparecía expresada en un escrito (así fuere informal) no podía desvirtuarse alegando un tecnicismo, ya que, concluyó Mansfield, “el *nudum pactum* no existe en el derecho de los comerciantes”.<sup>204</sup>

En contraste con los arquetipos comerciales medievales españoles, el arquetipo comercial de Mansfield estaba provisto de buena fe presunta y el jurado tenía que presumir la buena fe hasta que se probase lo contrario. Esta transformación de la presunción de buena fe, por sí sola, ilustra el impacto de la conducta arquetípica en el derecho de propiedad sobre bienes muebles. La elección de un modelo de comportamiento no sólo creó reglas para dirimir disputas, también contribuyó a la convalidación de métodos de adquisición característicos de distintos tipos de actividades comerciales.

Por ejemplo, la presunción de buena fe en la adquisición (no en la mera emisión) de títulos de crédito por los banqueros o comerciantes requería el pago de algún tipo de valor mercado. Una vez pagado este valor, automáticamente se les otorgaba a los adquirentes la presunción de buena fe y le correspondía a quien objetase tal caracterización probar la mala fe o la ausencia de buena fe.

Es así como la determinación de la conducta arquetípico facilitó la eterna tarea del juzgador de tratar en forma igual a los semejantes. En última instancia, la igualdad de tratamiento en el derecho comercial anglosajón comenzó a depender de la cercanía o alejamiento del comportamiento de las partes del comportamiento arquetípico. A partir de Mansfield, jurados en juicios mercantiles más y más tuvieron que determinar la “razonabilidad” del comportamiento de las partes. La búsqueda de lo razonable en la adquisición de bienes muebles era otra manera de determinar de qué forma se hubiese comportado un comerciante modelo o arquetípico bajo circunstancias similares.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 1038.

<sup>204</sup> *Idem*.

## F. Documentos representativos del dominio

En contraste con la mera cesión, la negociabilidad de los documentos representativos del dominio, tales como los conocimientos marítimos, los recibos y certificados de almacenes generales de depósito, permite a sus tenedores legítimos obtener la posesión de los bienes transportados o almacenados bajo circunstancias en las cuales los propios dueños "históricos" de tales bienes no pueden obtenerla. La negociabilidad independiza o abstrae los derechos de los tenedores legítimos de los derechos provenientes de la relación causal entre el consignante, el transportista y el consignatario. Es tal la confianza que inspiran estos títulos en los medios financieros que, como se describió anteriormente, las bancas centrales frecuentemente condicionan su descuento de letras aceptadas por bancas comerciales a que estas letras se acompañen por títulos representativos del dominio de las mercaderías transportadas o almacenadas.<sup>205</sup>

Dada la amplia circulación de los conocimientos marítimos a partir del siglo XVIII y debido al papel preeminente de Gran Bretaña en el comercio marítimo durante los siglos XVIII y XIX, se hubiera esperado una temprana e inequívoca adopción de los principios de negociabilidad de la letra de cambio con respecto a los conocimientos marítimos. Sin embargo, tal adopción, no ocurrió en el derecho inglés sino hasta bien avanzado nuestro siglo. Le correspondió al derecho comercial norteamericano crear el primer conocimiento marítimo inequívocamente negociable y abstracto.

A pesar de que los conocimientos marítimos con elementos de negociabilidad se utilizaban en el comercio del algodón de Estados Unidos con Inglaterra desde principios del siglo XIX, Estados Unidos no se convirtió en una potencia marítimo-comercial sino hasta el final de la Primera Guerra Mundial.<sup>206</sup> A partir de esa época, el derecho estadounidense adoptó el principio de que la posesión de buena fe de un conocimiento marítimo requería del transportista la entrega de los bienes descritos en el conocimiento, aun cuando éste hubiera sido obtenido fraudulentamente por el consignante de los bienes o cuando la descripción de los bienes por el porteador fuera inexacta debido a error o fraude.<sup>207</sup>

El derecho inglés ha sido más renuente que el norteamericano respecto a los derechos del tenedor de buena fe del conocimiento marítimo. Durante los siglos XVIII y XIX las cortes inglesas continuaban aferrándose, aunque con cierta atenuación, al *nemo dat*. El propio lord Mansfield adoptó la regla de que cuando un factor (comisionista o agente comercial) declaraba fraudulentamente tener la propiedad de los bienes embarcados no podía transferir por endoso al

<sup>205</sup> Véase Kozolchyk, B., *op. cit.*, nota 1178, p. 625-29.

<sup>206</sup> G. Gilmore, *op. cit.*, nota 181, p. 1077.

<sup>207</sup> G. Gilmore, y C. Black, *The Law of Admiralty*, 1957, p. 90-91.

subsiguiente tenedor de buena fe del conocimiento un título mejor del que él poseía.<sup>208</sup>

La renuencia a conceder abstracción y negociabilidad al conocimiento es clara en la Ley del Reino Unido de 1855, modificativa de leyes previas en cuanto a conocimientos de embarque:

Como quiera que la costumbre comercial permite que un conocimiento de embarque se transmita por endoso, la propiedad de los bienes embarcados también puede transferirse al endosatario por medio del endoso; sin embargo, todos los derechos [y obligaciones] derivados del contrato de transporte entre el transportista y el consignante de los bienes continúan en vigor y acompañan a la transferencia de la propiedad del endosatario [...]<sup>209</sup>

La historia legislativa de esta provisión refleja una seria preocupación por el uso generalizado de conocimientos fraudulentos que encubrían embarques o mercaderías inexistentes. A pesar de la frecuencia de las prácticas fraudulentas, un conocimiento en manos de un consignatario o endosatario era suficiente evidencia del embarque en una acción contra el transportista para obtener posesión de la mercadería o de su valor mercado.<sup>210</sup> Sólo si el transportista probaba que el tenedor tenía conocimiento del fraude al recibir el título o que el fraude era atribuible al consignante o al tenedor, podía excusarse de la entrega de los bienes descritos o de su valor mercado.<sup>211</sup>

Debe notarse, por tanto, que la negociación del conocimiento de embarque inglés a fines del siglo XIX a un tenedor de buena fe, en contraste con la propia negociación en Estados Unidos, no legitimaba los derechos de este tenedor si el conocimiento había sido emitido con base en un fraude del consignante de los bienes. La causa de la ambivalencia inglesa es clara. Por una parte, era menester proteger a los transportistas contra reclamaciones fraudulentas, sobre todo cuando Inglaterra poseía la principal marina mercante del mundo. Por otra parte, era necesario crear confianza en los usuarios de esta marina y, a medida que aumentaba el volumen del comercio marítimo, también crecía el número y variedad de acreedores. Estos acreedores necesitaban adquirir garantías reales sobre los bienes transportados con el fin de asegurarse el reembolso de los préstamos que facilitaban su compra o que financiaban la manufactura de bienes o el rendimiento de servicios tomando como base los bienes o materia prima transportados.

¿Quiénes eran estos acreedores? En primer lugar, se encontraba el dueño “histórico” o consignador. Éste tenía necesidad de controlar la entrega del cargamento hasta el último momento para no perder su carga a manos de un

<sup>208</sup> Wright v. Campbell, 96 Eng. Rep. 363, 364 (1767).

<sup>209</sup> 18 y 19 Vict., ch. 111.

<sup>210</sup> *Idem.*

<sup>211</sup> *Idem.*

comprador o agente insolvente o fraudulento. Por ello, insistía en el derecho a desviar el cargamento en tránsito o a detener su entrega cuando, previo al endoso a un tenedor de buena fe, el consignatario hubiese dado muestras de insolvencia, o de serio incumplimiento o imposibilidad de pago.

A continuación se encontraban los banqueros del vendedor (conocidos en la jerga del siglo XIX como "casas de aceptaciones"). Estos banqueros tenían que ser protegidos contra el fraude de los vendedores de letras acompañadas por el conocimiento. La protección que buscaban era la abstracción del conocimiento del negocio subyacente y la entrega automática del cargamento o de su valor mercado contra la presentación de un conocimiento válido en forma de juego de originales o de un original.

Después estaban los acreedores prendarios del comprador, quienes habían concedido sus préstamos con base en la garantía real proveniente del título a los bienes cubiertos por el conocimiento. Estos bienes podían ser revendidos en su condición de embarque, ser usados como materia prima para manufacturas ulteriores o como equipo para la rendición de servicios por el comprador. Estos acreedores prendarios necesitaban un derecho sobre el título en sí para poder presentar el conocimiento al transportista marítimo y obtener la posesión de los bienes. Este derecho se obtenía por medio de un acuerdo de prenda o hipoteca del título y de un endoso en garantía del propio título.

A continuación estaba el comprador-importador; éste necesitaba la seguridad de que el conocimiento no se tornase en un documento irrelevante. Por lo tanto, si bien el capitán o la compañía naviera que firmasen el conocimiento no podían hacerse responsables del contenido de los embalajes, cajas o paquetes descritos en el conocimiento, sí tenían que hacerse responsables de la ausencia de la carga descrita si el consignador o consignatario probaba que esa carga le fue entregada al transportista.

Debe recordarse que, para mediados del siglo XIX, las ventas internacionales "documentarias" (tales como la CIF y la LAB o FOB) comenzaron a popularizarse sobre todo en puertos como Londres, Marsella y Nueva York. En estas ventas, contrariamente a lo que sucedía con las ventas en mercados internos, el pago del precio se debía hacer no al momento de la entrega de los bienes sino al momento de entrega de los documentos o títulos representativos del dominio, como el conocimiento de embarque o de los recibos de almacenes generales de depósito.<sup>212</sup> La popularización de la venta CIF significó que el banco que se comprometía a pagar contra la presentación de una factura, póliza de seguros y conocimiento de embarque necesitaba un conocimiento que le diese acceso inmediato a los bienes embarcados en caso de que su acreditado se negase a pagar el precio de compra o a aceptar la letra girada contra él.

<sup>212</sup> Generalmente véase E. Perkins, *Financing Anglo American Trade*, 1975, pp. 5-15, 252-53; también véase R. Kilbourne, *Louisiana Commercial Law*, 1980, pp. 86, 109.

Finalmente, el transportista necesitaba saber que podía ejercer un derecho de retención de los bienes transportados hasta que se le pagase el flete debido por el transporte de los bienes en cuestión. Esta multiplicidad de acreedores con derechos de tipo real sobre los bienes transportados ejerció una gran influencia sobre la legislación y jurisprudencia de garantías prendarias norteamericana del siglo XX, la más avanzada al respecto.

## G. La garantía prendaria contemporánea en Estados Unidos

---

### *1. La expansión de la categoría de los bienes muebles y la contracción del dominio sobre los mismos*

La omnipresencia del crédito comercial y al consumidor en Estados Unidos ha requerido la expansión del número de bienes sujetos a propiedad y posesión mobiliaria, a la par que ha hecho necesaria una contracción del contenido del dominio sobre bienes muebles. La propiedad mueble contemporánea incluye no sólo los títulos representativos del dominio del siglo XIX, sino también una gran variedad de derechos, títulos o documentos, algunos de los cuales resultan de la comercialización de actividades que el siglo XIX consideraba privativas del derecho civil, tales como las cédulas hipotecarias y los bonos de deuda territorial.

Otros nuevos bienes muebles provienen de la vida comercial y corporativa del siglo XX, tales como las acciones y bonos u otros tipos de obligaciones de sociedades anónimas cotizadas en bolsa (de forma documental o electrónica), los contratos de compraventa a plazos y de rendición de servicios continuos (ambas formas de contratación redituando pagos periódicos de manera documental o electrónica), cuentas por cobrar, derechos de autor, marcas y patentes, buen nombre (*goodwill*) de la empresa y regalías de todo tipo, contratos de exclusividad, etcétera.

Algunos de estos derechos, títulos o documentos no tienen forma tangible, como el buen nombre de la empresa; otros sólo existen en forma de mensaje electrónico generado por computadoras, como los certificados de acciones de empresa de mucha cotización en las bolsas de valores o los recibos de almacenes de depósito para productos de constante venta y reventa en las bolsas de productos y materias primas, como el algodón o el petróleo. Otros bienes frecuentemente dados en prenda en la práctica financiera norteamericana se asemejan al famoso río del griego Heraclites —un río en constante estado de flujo y cuyas aguas nunca son las mismas.

Tal es el caso de bienes descritos en contratos de prenda contemporáneos como el inventario y las cuentas por cobrar del comerciante. El inventario y las cuentas por cobrar se parecen al río de Heraclites en el sentido que es un bien

o universalidad de bienes en constante estado de flujo y de cambio. A veces los bienes de inventario son reemplazados por bienes idénticos inmediatamente después de ser vendidos, a veces se reemplazan con otros bienes distintos y a veces no se reemplazan. Por lo tanto, a los efectos de publicidad o notificación a terceros por medio de su descripción en registro, los bienes de inventario (*inventory*) no son susceptibles de ser identificados en forma individual o por número de serie, sólo pueden ser descritos e identificados genérica o globalmente; es decir, como una universalidad de bienes.<sup>213</sup>

Al mismo tiempo que el número y variedad de bienes muebles se ha expandido, el concepto de *la propiedad sobre bienes muebles* se ha contraído al crearse en el derecho norteamericano el tipo de derecho descrito anteriormente como fragmentado; es decir, un derecho a la posesión del bien mueble coexistente con otros de igual, mayor o menor rango y susceptible de ser vendido o gravado independientemente de la existencia física del bien. Se recordará que el derecho fragmentado del acreedor prendario del inventario y cuentas por cobrar de un comerciante retiene su derecho sobre las nuevas "encarnaciones" de su garantía, como nuevos bienes de inventario, nuevas cuentas, depósitos en cuentas corrientes bancarias o bienes adquiridos con los mismos. Es tal la fragmentación del derecho de propiedad sobre bienes muebles que el derecho norteamericano de garantías prendarias expresamente declara que no es necesario ser dueño u ostentar la titularidad de un bien para poder gravarlo con garantía prendaria; todo lo que debe tener el deudor prendario es un derecho a la posesión del bien (*rights in the collateral*).<sup>214</sup>

Tomemos, por ejemplo, la cadena de operaciones crediticias que comienza con el pedido u orden de compra de 100 tractores, comunicada por teléfono, télex, mensaje de computadora o factura *proforma* por el vendedor 1 (en adelante identificado como V1), un distribuidor de tractores al por mayor, a la empresa manufacturera (en adelante identificada como M), el fabricante de los tractores. Una vez que V1 ha hecho su pedido utilizando cualesquiera de los formatos antes descritos, este pedido se convierte en una activo de M y puede ser usado por éste como garantía real (colateral) en su "línea de crédito" con B1, su banco acreditador.

<sup>213</sup> Véase UCC 1-201 (37) (el cual define la garantía mobiliaria [*security interest*]); también véase UCC 9-105 (1) (a) (deudor de cuentas por cobrar), (b) (títulos de crédito y prendarios), (c) (garantías), (e) (depósitos bancarios), (f) (título representativo), (h) (bienes), (i) (títulos de crédito); id. 9.106 (intangibles); id. 9-102 (2) (equipo); id. 9-109 (3) (productos agrícolas); id. 9-913 (1) (muebles); id. 9-106 (cuentas); id. 9-109 (4) (inventario).

<sup>214</sup> *Ibidem*, 9-202 y 9-203 (1) (c), 1985; también véase G. Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, 1965, p. 335. "El artículo no especifica la cantidad de derechos que un deudor debe tener sobre el bien: evidentemente, bastará un título menor al dominio (título legal) y el acreedor obtendrá los derechos que el deudor tenía (o, posiblemente, si el colateral es negociable o si el deudor tiene el poder de conferir el título a un comprador de buena fe, otorgar más derechos)."

El contrato de "línea de crédito" que tiene M con su banco normalmente especifica que M acuerda otorgar una garantía prendaria a B1 sobre toda su planta industrial para la manufactura de tractores, incluyendo maquinaria y equipo de producción, enseres, bienes inmuebles por incorporación o por destino, inventario y cuentas por cobrar. El contrato de garantía autoriza a B1 a obtener la posesión de forma pacífica de todos y cada uno de los bienes enumerados por M, a retener dinero en depósito o a compensar saldos de M, lo mismo que a obtener directamente el pago de las cuentas por cobrar de los clientes de M. A cambio de esta garantía, M recibirá un crédito rotatorio y acumulativo por una cantidad determinada, cuyo monto se relaciona con un porcentaje del valor de los bienes enumerados.

V1 concluye un contrato de garantía con su banco acreditador (en adelante identificado como B2) similar aunque no idéntico al contrato de prenda entre M y B1. Una cláusula de garantía prendaria entre V1 y B2 se refiere a una regla del Código Uniforme de Comercio de Estados Unidos que le otorga prioridad a la prenda de B2 sobre otras prendas, incluso las anteriormente registradas, que afecten los bienes del inventario de V1. La razón de la preferencia otorgada a la prenda de B2 es que su préstamo fue el que más *directa* y específicamente facilitó la compra de tales bienes (*purchase money security interest*), mientras que el acreditamiento y la prenda de B1 sobre tales bienes a M facilitó su manufactura y no su adquisición de inventario. De hecho, M pocas veces tiene inventario disponible, ya que la mayoría de sus ventas de tractores responde a órdenes de compra que generan el proceso de fabricación de los tractores especificados. En otras palabras, como fabricante, M trata de no acumular inventario sino de producir lo ya vendido.

Otra diferencia entre las dos prendas antes descritas radica en la mayor especificidad con que se detallan los porcentajes de liquidez del inventario y cuentas por cobrar de V1, ya que el negocio de este último depende de ventas a un número mucho más elevado de comerciantes al detalle del número del que depende M. Por otra parte, la prenda otorgada por M describe la planta y el equipo con menor especificidad que la de la prenda de V1 debido al menor valor de la planta y equipo de este último.

V2, un comerciante al detalle y cliente de V1, obtiene una línea de crédito de su banco (en adelante identificado como B3) en el que V2 también da en prenda su equipo, enseres, bienes inmuebles por incorporación o destino, inventario y cuentas por cobrar, a la par que acciones de su sociedad anónima familiar, buen nombre comercial y derechos de distribución exclusiva de artículos enumerados separadamente. V2 también da en prenda una serie de contratos de compraventa a plazos de tractores celebrados con compradores-consumidores (en adelante identificados como C1-10). Al igual que la prenda entre B2 y V1 estos contratos y cuentas por cobrar con C1-10 son descritas con mayor especificidad y la prioridad de la prenda de B3 sobre los bienes de inventario de V2 es especificada en relación con la regla del Código Uniforme

de Comercio. Sin embargo, esta prioridad podrá no extenderse a las compras de los tractores de C1-10 que hagan terceros también consumidores. Tales compras podrían quedar exentas de gravámenes aunque el precio pagado por los compradores quedará sujeto a los gravámenes de B3 y quizás también a los de B2.

Conforme la cadena de ventas se aproxima al consumidor, la nomenclatura del bien sujeto a prenda cambia y refleja la nueva función económica del bien en cuestión. Así, los mismos tractores que V1 y V2 prendaron bajo el rubro de "inventario" cuando llegan a manos de C1-10 se convierten en "equipo de producción". Si por otra parte uno de los tractores se utiliza solamente como vehículo para el transporte personal de C1, sería caracterizado por la ley de prendas como un "bien de consumo". Esta cambiante nomenclatura de bienes muebles no sólo refleja la expansión de la categoría de bienes muebles, sino también la necesidad de proteger a diversos acreedores con base en la contribución que cada uno hace al valor mercado del bien o bienes en cuestión. La necesidad de acomodar y armonizar los derechos de todos los que contribuyen a la producción y distribución de bienes muebles en el mundo financiero norteamericano produjo una conceptualización, que, en opinión de este autor, debe mucho al derecho inmobiliario inglés.

El derecho posesorio descrito anteriormente en este trabajo como fragmentado es, en nuestra opinión, un descendiente directo de la llamada doctrina de los "estates" característica del derecho inmobiliario inglés. "¿Qué es un estate?" se preguntó un juez inglés del siglo XVIII (refiriéndose a los múltiples derechos al uso y venta de la tierra heredados del derecho feudal anglosajón). "Un estate no es más —se contestó el propio juez— que el tiempo [que tiene el poseedor] sobre la tierra" (*An estate is nothing more than time on the land*). Dada la escasez de tierra explotable en Inglaterra, el ingenio de los abogados especializados en derecho inmobiliario creó un conjunto de derechos coexistentes, como derechos de uso (*uses*), fiduciarios (*trusts*) de regreso a una cadena de herederos o "reversionarios" (*reversions*) y de futura adquisición (*future interests*).

A diferencia de sus antecedentes en el derecho romano antiguo (posteriormente caracterizados como derecho de dominio directo y útil), cada uno de estos derechos era vendible, hipotecable o donable. De esta manera, en el derecho inmobiliario inglés se podía, al mismo tiempo, vender un derecho reversionario (es decir, el derecho de dominio directo que retenía el dueño original de una finca otorgada en un usufructo por la vida del usufructuario) y se podía hipotecar o vender dicho usufructo o el derecho real exigible en un plazo determinado o al cumplimiento de una condición estipulada por un causante o causahabiente, o se podía otorgar el dominio directo a un dueño fiduciario y el dominio útil a uno fideicomisario.

El UCC refleja la influencia de la fragmentación de derechos heredada del derecho inmobiliario y su rechazo a la búsqueda de la voluntad del dueño histórico (como en el *nemo dat* romano) al declarar que no era necesario ostentar

la titularidad del bien prendado (léase dominio absoluto o relativo) para poder constituir una prenda sobre el mismo.<sup>215</sup> Tanto los derechos del deudor como del acreedor prendario norteamericano contemporáneo distan mucho de ser los derechos del *paterfamilias* romano. Todo lo que se requiere del deudor es que actúe de buena fe y posea fragmentos del derecho posesorio transferible a su acreedor; del acreedor se requiere que actúe con buena fe y sea el receptor de tales fragmentos a cambio de su contribución de un valor mercado (en efectivo, en forma de un crédito o por medio de otro bien) y de la necesaria publicidad registral o posesoria.

## ***2. Publicidad registral ad hoc, valor mercado y buena fe***

Las nociones contemporáneas norteamericanas de publicidad, valor mercado y buena fe son el producto de la experiencia acumulada por los sistemas jurídicos descritos en este estudio.

Por ejemplo, la razón por la cual un acreedor prendario norteamericano en posesión del bien prendado no requiere de publicidad registral es que, como sucedía con la *possessio* romana y la *gewere* germanica, su posesión pública y notoria es por sí sola una forma de publicidad.<sup>216</sup>

A la inversa, aquellos acreedores que no estén en posesión del bien prendado deben llevar a cabo una publicidad suficientemente efectiva para proporcionar un claro aviso a futuros compradores del bien, acreedores dispuestos a facilitar su crédito con base en lo inscrito en el registro respecto al bien o bienes en cuestión y representantes de los acreedores quirografarios en caso de quiebra del deudor.<sup>217</sup> El principio central de la publicidad *ad hoc* es que la información debe ser la más actual, escueta y accesible posible. La accesibilidad responde a un criterio de probabilidad de búsqueda. Cada estado que adopta el sistema registral del UCC debe preguntarse en qué registro o sección de registro es más probable que acreedores y compradores de comportamiento ordinario o promedio busquen la información relativa a las transacciones de su deudor o vendedor. La respuesta a la interrogante determina si se requiere que la inscripción sea de tipo solamente local (provincial o municipal) o central (capital estatal).

La buena fe, como sucedía en la Inglaterra de lord Mansfield, se mide en la mayoría de los casos con base en la conducta promedio o consuetudinaria de los comerciantes, tal como se reflejaba en los usos y costumbres comerciales. En casos excepcionales, cuando el deudor era manifiestamente víctima del superior conocimiento del mercado o del poder económico del acreedor, la

<sup>215</sup> Véase UCC 9-202, 1985.

<sup>216</sup> G. Gilmore, *op. cit.*, nota 215, pp. 438-441.

<sup>217</sup> *Ibidem*, pp. 461-66.

buenas fe requeridas de este último era la arquetípica o la de un acreedor modelo. En ningún caso se definía la buena fe del acreedor prendario en los mismos términos "subjetivos" de la buena fe del tomador-adquirente de títulos de crédito.

La subjetividad del adquirente de títulos valiosos significaba que todo lo que se requería de éste era la honestidad de hecho, independientemente de si otros comerciantes hubiesen adquirido o no el título en cuestión. Esta versión de la buena fe, descrita en la jerga de los litigantes como la de un comprador "de buen corazón aunque de mente en blanco" (*good of heart but empty of head*), sólo excluía de la caracterización de tenedor de buena fe a ladrones o estafadores, mientras que la versión requerida de los acreedores prendarios excluía a todos aquellos comerciantes que no pudiesen probar que sus colegas (promedio o modelo) hubiesen hecho lo mismo que ellos con respecto a la prenda en cuestión.<sup>218</sup>

### **3. Registro y protección de derechos posesorios**

Para poder acomodar y armonizar la publicidad de múltiples y conflictivos derechos fragmentados sobre bienes muebles, el registro no podía diseñarse como un registro de escrituras públicas o de folios reales descriptivos de los bienes muebles dados en prenda. El proceso de creación y registro de escrituras es demasiado dilatado para reflejar cada una de las innumerables transacciones características del acreditamiento comercial. Tómese como ejemplo la prenda del inventario. La enumeración y descripción notarial detallada del inventario de cualquier establecimiento conlleva costos y demoras inconsistentes con el tipo de préstamo y con la naturaleza de los bienes en cuestión. Además, es muy posible que aun antes de que se firmase la escritura de prenda, ya hubiese variado sustancialmente la composición del inventario descrito por el notario. El registro de la prenda, por tanto, requiere de una versión mucho más sumaria de lo prestado y lo garantizado.

La idoneidad de la publicidad que legitima los derechos del tercero depende del tipo de bien y transacción en cuestión. La sola presencia de una guitarra o de un televisor en el mostrador de una casa de empeños, de por sí, notifica al tercero de la posible existencia de una prenda. Esto no es cierto con el inventario de un comerciante o con un derecho prendario sobre una cuenta por cobrar. El solo hecho de que bienes de inventario estén en manos del comerciante al por mayor o por menor no indica, ni debe indicar, la existencia de un gravamen sobre los mismos.

Por otra parte, a menos que cada bien porte una etiqueta que indique la presencia de un gravamen, no puede imputárse conocimiento del gravamen

<sup>218</sup> Comparese UCC 1-201 (19) con *Ibidem* 3-302 (1) (b) e *ibidem*, 2-103 (1) (b).

al comprador. También debe recordarse que quien compra en un comercio al detalle o al por mayor debe poder comprar confiado en la existencia de un derecho de venta que legitime su adquisición. Un método de publicidad que indique la existencia de un gravamen sobre cada bien en venta es simplemente incompatible con la comercialización de bienes o cuentas. Por ello, ha sido necesario recurrir al registro comercial y a su apariencia legitimadora como el medio más generalizado para la publicidad de los gravámenes que recaen sobre bienes muebles.

En las disputas sobre la posesión de los bienes muebles prendados poco importa quién es o fue su dueño histórico. Lo que importa es quién tiene derecho a la posesión inmediata. Por tanto, la información que tiene que ofrecer el registro es muy sumaria: quién le prestó a quién, cuándo se prestó, cuál es la garantía real del préstamo, sobre qué bienes recae y hasta cuándo. La naturaleza de los bienes al igual que de la información requerida hace que el registro de las prendas sobre bienes muebles sea, esencialmente, un registro de deudores y no un registro de bienes o de transacciones referidas a bienes descritos en libros, folios o documentos electrónicos. En otras palabras, lo que le interesa al acreedor o comprador es averiguar lo antes posible qué es lo que debe el deudor prendario en cuestión, a quién, por qué tiempo y con qué garantía prendería.

La organización del registro y de su publicidad, por tanto, gira en torno a las siguientes preguntas: cuál es el texto de la información registral que puede proporcionar el aviso de la existencia de derechos prendarios en la forma más clara e inmediata a la transacción y, en qué sitio o archivo es donde tal información podrá ser localizada más fácilmente por los presuntos deudores y compradores.

Con respecto a determinados bienes valiosos como son los automóviles, muchos legisladores norteamericanos han decidido que la publicidad más efectiva es mediante el sistema de certificados de títulos. Así, las prendas o hipotecas, a la par que las ventas preeexistentes, deben aparecer inscritas en el certificado en sí. De no aparecer en el certificado, no podrán reclamarse tales derechos frente a terceros. En otros casos la velocidad transaccional es tal que los derechos a la posesión de los bienes muebles en cuestión se inscriben en registros electrónicos. Éste es el caso de las acciones y bonos sin expedición de certificados o de recibos de almacenamiento del algodón electrónicos; es decir, registrados en computadoras.

Recientemente se experimentó con un registro bancario londinense para conocimientos marítimos provenientes de embarques de petróleo crudo.<sup>219</sup> En este experimento, la transmisión al comprador o acreedor de un código electrónico, parecido al de las máquinas bancarias para el retiro de fondos deposi-

<sup>219</sup> Véase B. Kozolchyk, "Is Present Letter of Credit Law Up to Its Task", 8 *Geo. Mason. U. Law Review*, 1986, pp. 285, 287-298.

tados, generó la transferencia del derecho de posesión del petróleo gravado o vendido. El primer tenedor del conocimiento de embarque impreso tenía que entregar este documento (emitido como un solo original) al registro para la emisión del primer código identificativo. El último tenedor de tal código o dispositivo de identificación tenía el poder de requerir la impresión del conocimiento de embarque para ser presentado al transportista y requerir de él la entrega del cargamento.

Cuando se generalicen estas prácticas de transmitir y gravar la propiedad mueble valiosa será muy difícil distinguir entre el mensaje electrónico que declara la intención de transferir derechos, el código o dispositivo identificativo, el derecho a la posesión de los bienes embarcados o almacenados y la posesión física de los mismos.

## **5. EL GRAVAMEN UNITARIO DEL ARTÍCULO 9 DEL UCC**

---

El artículo 9 del UCC ha reducido considerablemente los problemas creados por la fragmentación del dominio sobre bienes muebles. Su solución fue crear un gravamen unitario para todos aquellos acreedores a quienes el deudor (que sólo tiene que ostentar un derecho de posesión y no de dominio) hubiese concedido una garantía real sobre el bien. En este sentido, es importante notar que el artículo 9 sólo cubre la prenda o hipoteca contractual y no la legal; es decir, aquélla impuesta por la ley o por la jurisprudencia de equidad de cada estado o de la Federación norteamericana.

El artículo 9 unificó gravámenes tales como: 1) la venta con reserva de dominio (*conditional sale*); 2) la prenda con desplazamiento de la posesión o prenda tradicional (*traditional or possessory pledge*); 3) la prenda sin desplazamiento de posesión o la hipoteca mobiliaria (*chattel mortgage*); 4) el gravamen del acreedor-endosatario de un título representativo del dominio (*letter of hypothecation*); 5) el gravamen sobre los bienes de inventario, cuentas por cobrar, títulos de crédito, títulos representativos del dominio y todos los productos de las ventas de un deudor productor de bienes, mayorista o detallista (*factor's lien*); 6) el gravamen sobre los bienes cubiertos por recibos fiduciarios emitidos por deudores a quienes se les entrega la posesión de bienes prendados (mediante el gravamen 4 anterior) a los efectos de permitir su reendoso al deudor y su almacenamiento y venta por éste último para obtener fondos con qué pagar la prenda preexistente (*trust receipt*).

La unificación de todos estos gravámenes, lo mismo que la de todos los gravámenes contractuales preexistentes al UCC, implica que, independientemente de su denominación, el gravamen del UCC será válido entre el acreedor y el deudor si ambos cumplen con los requisitos especificados por el UCC bajo el rubro de creación del gravamen (*attachment*). Con respecto a un tercero, será válido el gravamen si el acreedor prendario cumple con los

requisitos de “perfección” (*perfection*) estipulados en el artículo 9. El concepto de “perfección” está íntimamente ligado al de la publicidad. Perfecciona un gravamen todo acto o procedimiento que notifique *idóneamente* a un tercero acreedor o comprador la existencia de la prenda. Tendrá prioridad (*priority*) aquel gravamen *perfeccionado* que cumpla con los requisitos de prioridad especificados por el artículo 9.

La prioridad de derechos, por lo general, depende de la inmediatez de la contribución hecha por el acreedor con gravamen perfeccionado al valor mercado del objeto prendado. Así, por ejemplo, aquel acreedor que facilitó el crédito que permitió que el comerciante en la transacción hipotética descrita anteriormente comprase los 10 tractores (*purchase money security interest*) tendrá prioridad sobre gravámenes inscritos antes sobre el “equipo” o sobre “el inventario” de ese propio comerciante (categorías genéricas en las que quedarían automáticamente incluidos los tractores) siempre y cuando el acreedor posterior cumpliese con ciertos requisitos de notificación a los acreedores previamente inscritos.

El gravamen unitario es especialmente necesario en un sistema jurídico federal como el de Estados Unidos donde 50 legislaturas estatales tienen el poder de crear sus propias leyes sobre gravámenes prendarios. No es difícil vislumbrar el caos normativo cuando estados, vecinos o lejanos, promulgan reglas contrapuestas respecto a la creación, perfección o prioridad de gravámenes. Un derecho exigible en el estado A bien podía no serlo en el estado B, en donde se encuentre el bien prendado o el deudor prendario. Tal incertidumbre sólo conduciría a la eventual negativa de los acreditantes a conceder créditos.

## 6. CONCLUSIONES: NATURALEZA Y DERROTERO DEL DERECHO MOBILIARIO

---

Dado que el mercado de bienes muebles de Estados Unidos es el más activo del mundo, sus experiencias con las ventas y gravámenes de bienes muebles revela mucho en torno a la naturaleza jurídica de los derechos sobre estos bienes. Además de indicar la imperiosa necesidad de uniformar normas, documentos y procedimientos administrativos y judiciales entre los 50 estados, la experiencia norteamericana revela las siguientes tendencias:

### *1. La creciente “mobilización” y abstracción de transacciones y fragmentación de derechos*

La creciente comercialización de transacciones<sup>220</sup> implica, entre otras características, la “mobilización” de tradicionales derechos inmobiliarios y la abstrac-

<sup>220</sup> Véase B. Kozolchyk, “La comercialización del derecho civil y la civilización del derecho comercial” en este tomo.

ción de derechos históricamente causales. Considérese, por ejemplo, el uso generalizado de cédulas o bonos hipotecarios destinados a ser negociados libremente y compárese con la tradicional escritura hipotecaria de los países del notariado latino destinada a ser retenida por el acreedor o su familia durante la vida de la hipoteca. Considérese, además, la dispersión y circulación de los derechos de titularidad sobre bienes inmuebles valiosos entre los múltiples tenedores de acciones o bonos de la sociedad anónima norteamericana dueña del inmueble.

La "abstracción" o separación de los derechos del tercero comprador o acreedor de los derechos y obligaciones provenientes de las transacciones subyacentes también es evidente en actos o contratos históricamente causales como la representación. En derechos de supervivencia familiar agrícola, como lo fueron el bíblico, el indostaní y el romano preclásico, la contravención del mandatario de su acuerdo con el mandante afectaba al tercero adquirente. El principio rector del mandato en el contexto agrícola era que un mandatario no podía lesionar a su mandante, sólo podía beneficiarlo. Recuérdese que la lesión al mandante podía implicar la pérdida de la tierra ancestral o del bien familiar valioso.

En el derecho contemporáneo de mercados financieros desarrollados, la transacción entre el mandatario y el tercero es abstracta e independiente de la relación entre el mandante y el mandatario o poder-habiente. Quien negocia con un mandatario o tenedor de un poder o con quien ostente una posición con poder de negociación debe poder confiar en la apariencia de poder y no debe convertirse en víctima de restricciones causales y ocultas, como la revocación o modificación privada (no registrada o hecha pública) del poder del mandante.

Además de ser abstractos, los derechos sobre bienes muebles continúan fragmentándose. Tómese como ejemplo los derechos sobre compras o ventas de acciones mobiliarias o bonos. En la actualidad, hay mercados financieros muy importantes donde solamente se negocian opciones de compra y venta sobre acciones y bonos, y por si eso fuera poco, sobre otras opciones. Otros mercados sólo comercian respecto a derechos "derivados" (*derivatives*) sobre rentas e intereses en obligaciones contractuales monetarias a plazos cortos e intermedios. La fragmentación es a tal grado que se comercia sobre el derecho a permutar regalías, réditos o intereses en una moneda determinada a cambio de similares obligaciones en otra moneda. Desde un punto de vista de volumen de numerario, éstos son los mercados más activos del mundo. *Cualquier día de la semana* se pueden llegar a comprar y vender dos o más trillones de dólares de estos derechos fragmentarios sobre contrataciones pecuniarias.

No debe sorprender la continua fragmentación de derechos mobiliarios, puesto que ella refleja la insaciabilidad del mercado financiero global respecto a bienes y derechos que produzcan réditos constantes y predecibles. Cualquier obligación capaz de producir tales réditos en una moneda confiable inmediatamente obtendrá su nicho en el mercado global.

## *2. El creciente uso del registro mobiliario o comercial y la buena fe registral*

Hace más de dos siglos, el derecho germánico inmobiliario independizó los derechos del adquirente de inmuebles o acreedores hipotecarios de los derechos de sus causantes o vendedores. Dicha independencia se logró por medio de la publicidad registral. De igual manera, la abstracción del derecho mobiliario contemporáneo depende, cada día más, del registro comercial. Éste es un registro de deudores donde (como en Estados Unidos y Canadá, por ejemplo) se inscriben gravámenes (unitarios o separados) sobre bienes individuales o universalidad de bienes, incluyendo, en algunos países, derechos de propiedad intelectual. El registro comercial o sus dependencias emiten, en algunos países o estados, certificados de propiedad sobre bienes valiosos y de gran actividad mercantil tales como automóviles y aviones u otros bienes muebles valiosos susceptibles de ser identificados por número de serie.<sup>221</sup> Como se mencionó antes, recientemente los registros comerciales privados han comenzado a emitir códigos identificativos para bienes fungibles tales como materias primas y productos agrícolas.

La apariencia legitimadora del registro comercial contemporáneo requiere de una buena fe independiente de la intención del dueño original, del último vendedor del bien o del deudor prendario. La intención de buena fe que cuenta para promover la abstracción y comercialización de transacciones es la del comprador en mercado abierto o la del acreedor prendario característico del mercado en cuestión. En situaciones excepcionales, cuando el deudor deposita gran confianza en el acreedor o cuando depende totalmente de él, la buena fe requerida es la del acreedor arquetípico.

## *3. Globalización de los mercados de bienes y servicios y necesidad de uniformidad jurídica*

La existencia de un mercado financiero global se hizo posible gracias a las comunicaciones globales por medio de computadoras y satélites artificiales. Estos mercados funcionan durante las 24 horas del día y, como ya se destacó, manejan cifras superiores a las de cualquier mercado nacional o regional. Sin embargo, a la par de la uniformidad de adelantos técnicos, que permite la comunicación de computadora a computadora sin necesidad de tener que volver a teclear el mensaje de compra, venta, arrendamiento, permuta, etcétera, es necesario operar con base en una uniformidad de consecuencias jurídicas. ¿Cómo podría operar este mercado si un mensaje proveniente de un banco

<sup>221</sup> UCC 9-302 (d), comentario 4, 1985.

japonés a otro mexicano pidiendo comprar determinado número de pesos o réditos en pesos se entiende como una oferta de permuta o viceversa?

Lo mismo sucede con los mercados de bienes fungibles. ¿Quién estaría dispuesto a comprar recibos de almacenes generales de depósito o conocimientos de embarque negociables si el título emitido como negociable en el país A no lo es en el país B, o si la prenda o hipotecamobiliaria en el registro comercial del país C no puede ser ejecutada en el país D, donde se encuentran los bienes en cuestión?

#### ***4. La metamorfosis del nemo dat y la necesidad de registros internacionales***

La globalización de mercados de bienes muebles y servicios financieros requiere de registros verdaderamente internacionales, donde presuntos compradores y acreedores tengan acceso a la información necesaria para decidir sobre su compra o préstamo. Como se discutió antes, estos registros tendrán que actuar no sólo como depositarios de documentos y mensajes electrónicos sino también de códigos identificativos o autenticadores y de certificados o títulos sobre derechos fragmentarios.

A diferencia del *nemo dat* romano que hacía depender la validez de la adquisición de la voluntad del dueño “histórico”, el *nemo dat* de los futuros registros internacionales hará depender la validez de lo que conste en el registro y de lo que exprese la certificación o código de identificación y transferencia registral.

#### ***5. El nuevo nemo dat y las directrices del derecho privado***

La nueva versión del *nemo dat* respecto a adquisiciones por medio de registro de bienes muebles puede ayudar a contestar importantes interrogantes en cuanto a las directrices del derecho privado. Por una parte, es posible vislumbrar una constante evolución del derecho privado hacia una meta de justicia distributiva (fijada por el derecho público) en la que cumple su cometido si logra que progresiva y ordenadamente más sujetos de derecho tengan acceso igualitario y seguro (o libre de incertidumbre jurídica) a un creciente número de bienes. Por otra parte, también es posible vislumbrar no un proceso verdaderamente evolucionario, sino cíclico en el cual el número de bienes y su importancia es una función del contexto social: cacería nómada, agricultura de supervivencia familiar, industria para artículos de primera necesidad, comercio, industria para bienes de producción y consumo, etcétera. Cada uno de estos contextos tiene su propia noción del dominio, posesión y transferencia de los bienes, de quién tiene derecho a ellos y porqué. La función del derecho privado en esta visión

cíclica no es lograr metas numéricas absolutas, sino facilitar la actividad central del contexto socioeconómico por medio de la provisión de certidumbre jurídica.

Es cierto que respetados teóricos de las ciencias sociales coinciden en cuanto a la existencia de una progresión desde el concepto del *status* como factor central del derecho privado hacia el concepto de *contrato*. Cuando predomina el *status*, como en el derecho romano antiguo, todos los derechos y obligaciones giran en torno a la figura del *paterfamilias*, corolario de una sociedad clasista y exclusivista. En este polo de la evolución, se tiene derecho a bienes no por lo que uno produce y contrata (comprando o vendiendo bienes y servicios), sino por lo que uno es (ciudadano, patrício, aristócrata, guerrero, etcétera). Cuando predomina el concepto de contrato, el derecho a la adquisición de bienes depende de los méritos individuales del sujeto de derecho, de lo que produce y de lo que contrata. No importa quién sea en términos de *status* social, lo que interesa es lo que se pueda contribuir al bienestar de la parte co-contratante y al bienestar común.

El presente estudio refleja la presencia de una dramática evolución desde el dominio absoluto del *paterfamilias* romano a los derechos posesorios fragmentarios de los compradores y acreedores estadounidenses, desde el repudio del prestamista como profesión a su generalizada aceptación y vital contribución. Pero este estudio también revela que, a medida que aumenta el número de poseedores y sujetos de derechos a la posesión de bienes muebles, también se hace necesario determinar a qué poseedor se le debe otorgar prioridad sobre otros poseedores.

Y esta protección, por lo general, es el resultado de determinar qué clase o profesión contribuye más a la política económica y crediticia adoptada por el legislador. Estos hallazgos revelan que la dicotomía entre *status* y contrato en una económica de mercado (en contraste con una economía basada en la guerra, el botín y el tributo) es inexistente y circular: el *status* que concede la acumulación de propiedad depende de los contratos o declaraciones unilaterales de voluntad que hacen posible tales adquisiciones y viceversa. Aquéllos cuyos derechos contractuales o promisorios son los más protegidos deben su protección a su *status* económico, profesional o social.

En este sentido es difícil hablar de una evolución lineal, ya que en uno de los supuestos polos de la evolución los conceptos terminan confundiéndose. Quizás esta observación pudiera usarse como argumento a favor de la hipótesis cíclica en el sentido de que el contexto de la actividad económica central (caza y pesca nómada, agricultura de supervivencia, guerra para la captura del botín y demanda de tributos, pequeña industria y comercio, industria y comercio masivos e internacionales) determina el significado de las instituciones jurídicas, incluyendo la propiedad y la posesión.

Sin embargo, el presente estudio también revela la presencia de dos instituciones "constantes". La primera es de índole conceptual. Desde el momento en el que la contratación sobre bienes muebles se generalizó por

medio del comercio, así fuese de pequeña escala, se hizo necesario recurrir a un tipo de lógica que determinase los derechos y obligaciones con base en la intención de las partes. Esta intención fue enmarcada en figuras diseñadas originalmente por la geometría jurídica romana y desde entonces ha estado en constante refinamiento con la ayuda de las fórmulas de conducta promedial o arquetípica. Cualquier fórmula de adjudicación de propiedad mueble debe reflejar la conducta de mercado promedio o arquetípica para poder adquirir viabilidad jurídica.

La segunda constante es de índole funcional. Mientras que el concepto de la propiedad mueble ha cambiado significativamente, su función social y jurídica continúa siendo la misma: legitimar la posesión de aquéllos a quienes les corresponde asegurar la supervivencia de su grupo o subgrupo social durante el ciclo de evolución en vigor. Esta conclusión no ignora el obvio papel de la posesión como legitimadora de la titularidad mobiliaria. Lo que significa es que desde el punto de vista del derecho mercantil y, según el germano, "de cosas", la función central del derecho desde el inicio del comercio ha sido la legitimación de la posesión, aunque requiera usar la posesión misma para legitimar la titularidad formal o histórica. Las recientes prácticas electrónicas registrales en las que el registro emite mensajes de titularidad, ilustran de nuevo que la que más cuenta en la gran mayoría de las transacciones electrónicas mercantiles es *la posesión* de los mensajes de titularidad sobre bienes muebles.

Finalmente, este estudio sugiere que siempre y cuando la adaptación jurídica que requieren los nuevos ciclos de supervivencia involucre la producción, distribución y consumo de bienes muebles, el éxito de las fórmulas jurídicas utilizadas en esos ciclos dependerá del uso juicioso de estas constantes.