

LOS NEGOCIOS JURÍDICOS POR INTERMEDIARIO EN INDIAS: “LA COMENDA”

CÁNDIDA GUTIÉRREZ GARCÍA
MARÍA TERESA MARTÍ GARCÍA
Universidad de Castilla-La Mancha

1.- LA COMENDA: CONCEPTO Y FUENTES.

1.1.- Diversas acepciones del término comenda.

Uno de los conceptos que ha tenido mayor relevancia dentro de nuestro derecho histórico y por ende en Hispanoamérica ha sido el de la comenda.

Para poder afrontar este tema tenemos que comenzar diciendo que la comenda tiene y ha tenido diversas acepciones. En el derecho romano el término *commendare* hacía referencia al depósito de dinero o la simple custodia de una cosa consignada e incluso a la práctica seguida por los emperadores romanos para que las personas que merecían su confianza ocuparan cargos públicos. En los derechos visigodos y medievales la comenda se aplicará tanto a las relaciones privadas como a las públicas. Por último, analizando el derecho histórico español la comenda ha tenido diversos significados, según especifica MARTÍNEZ GIJÓN⁽¹⁾:

a.- Como guarda o tutela de menores, mujeres o personas que carecían de capacidad jurídica plena. Como ejemplos claros podemos citar: El Fuero de

(1) J. MARTÍNEZ GIJÓN, La Comenda en el Derecho español, Anuario de Historia del Derecho núm 34, pag. 33 y sig.

Estella que entendía por comenda la tutela testamentaria de los menores de edad, en Aragón, se dejaba en comenda al rey, la mujer, los hijos y todos los bienes de los infanzones cuando estos marchaban a la guerra. Refiriéndonos al derecho indiano, la comenda será una relación personal del español con el indio, en tanto en cuanto el primero debe cuidar del segundo.

b.- Las fuentes castellano leonesas califican de *commendatus* al que solicita de un señor poderoso la custodia de personas débiles e inferiores a cambio de algún tipo de prestación.

c.- También la comenda puede tener un sentido de *mandare* o *praecipere*, encomendar u ordenar la realización de una acto, como puede ser administrar justicia o llevar a cabo la voluntad del testador.

d.- Otro significado es el de entrega de castillos para su custodia o de villas, ciudades, lugares, tierras y monasterios en provecho de la persona que los recibe.

e.- Se puede entender por comenda, además, una relación jurídica coincidente con el depósito o comodato.

f.- El último de los significados que analizaremos es el de la comenda en el ámbito mercantil y se entiende por tal un negocio jurídico de tipo lucrativo y basado en la confianza. Esta modalidad reviste diversas formas, pero generalmente se la concibe como contrato por el cual una persona entrega a otra un capital, que puede consistir en mercancías o dinero, para que con él negocie en el tráfico mercantil, dividiéndose luego los beneficios en la proporción establecida por la ley o convenida por las partes. La figura descrita es difícil de definir ya que tiene caracteres de la comenda marítima, de la comenda-depósito, de la sociedad y de la comisión. Ahora bien, la nota que distingue la comenda mercantil es el ánimo de lucro. Esta última acepción será a la que nosotros vamos a hacer referencia.

1.2.- El problema de las fuentes jurídicas.

1.2.1.- Aplicación de las fuentes legislativas.

Para poder analizar correctamente el problema de las fuentes jurídicas reguladoras de la figura de derecho que tratamos de examinar, tenemos que partir de una idea y es que esta comenda que nosotros queremos estudiar, es figura mercantil. Por tanto, significa que se registrará, en primer lugar, por la costumbre mercantil y en un segundo plano con carácter supletorio por la Ley. Lo único

que podemos conocer de esta costumbre son los documentos de la época conservados en distintos Archivos entre los que se encuentra el de Protocolos de Sevilla y a los que nos referiremos al final de nuestro estudio una vez analizada la evolución histórica y su plasmación legislativa.

En cuanto a la legislación, que como hemos dicho se aplica de una forma supletoria a la costumbre, se puede afirmar que, una vez conquistados los territorios americanos, quedaron directamente incorporados a la Corona de Castilla lo que supone la aplicación automática del Derecho Castellano a los nuevos territorios. Pero la Conquista trajo consigo nuevas situaciones jurídicas que no se habían regulado con anterioridad y que los Derechos Castellanos desconocían, así que para dar solución a estas nuevas necesidades fue imprescindible la promulgación de Reales Cédulas, Instrucciones, Ordenanzas, Reales Provisiones y otras normas legales. Con el tiempo se recogieron en Cedularios y Recopilaciones. La más importante de estas últimas es la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680. Estas normas procedían en su mayor parte del rey ayudado por el Consejo de Indias, por los Secretarios y Ministros de Indias que elevaban al monarca sus consultas sobre los problemas que iban surgiendo en los territorios americanos sometidos a la Corona así como también del lo sujetos candidatos a los oficios públicos civiles y eclesiásticos de América y Filipinas. Tras la consulta, el rey decidía sobre ella, dándole el Consejo la forma legal. Por último, el monarca la firmaba, procediéndose a su archivo y envió de copia a sus destinatarios.

Otra parte importante de las fuentes legales eran las que procedían de Indias emanando de diversas autoridades: virreyes, presidentes, gobernadores, audiencias, visitadores generales y cabildos.

La principal fuente supletoria del Derecho Indiano en materia de Derecho Civil, Mercantil, Procesal y Penal era el propio Derecho Castellano. Ya en las Ordenanzas para las Audiencias de Méjico y Santo Domingo de 1528 y 1530 se ordena guardar "las Leyes y Pragmáticas de nuestros Reinos conforme a la Ley de Toro" es decir, primero las leyes del rey, en segundo lugar el Fuero Real de Castilla, y por último, las Partidas. Esta misma norma se establece en las Leyes Nuevas de 1542 y en las Ordenanzas generales de las Audiencias de 1563. La única limitación que se fija será un poco más tarde, en 1614, cuando se establece que para que se ejecute en las Indias los despachos dados por los otros consejos es necesaria una real Cédula de cumplimiento en cada caso dada por el Consejo de Indias.

1.2.2.- *Importancia del Derecho consuetudinario en Indias.*

Otro aspecto a tratar es el de los derechos consuetudinarios que aunque se utilizaban de una forma generalizada, fueron confirmados en 1530, 1542 y 1555. Además, estas normas pasarán a la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680 con dos limitaciones:

- Que no sean contrarias a la Religión ni a la Recopilación de las Leyes de Indias y...

- Que el rey tendrá derecho a añadir lo que considerase conveniente para el servicio de Dios Nuestro Señor, la monarquía y la conservación cristiana de los naturales de aquellas provincias.

Según GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO⁽²⁾ se realizaron otras confirmaciones de los derechos consuetudinarios en 1552, 1563 y 1567 en los que se dió cabida a estos derechos indígenas por estimarse ajustados al orden cristiano y natural. En otros casos se suprimieron algunos derechos en base a estas mismas dos razones. Se desconoce la aplicación real de los mismos en América y así dice ZORRAQUÍN BEÇU⁽³⁾ que “la evolución social, el mestizaje y los cambios ideológicos del siglo XVIII concluyeron con esta tentativa de mantener los usos y costumbres anteriores a la conquista española”. Otra de las cuestiones interesantes que se pueden plantear es la posible prelación de los estos Derechos Indígenas respecto al Derecho Indiano. Existen varias opiniones al respecto: MANZANO⁽⁴⁾ opina que debía aplicarse el Derecho Indiano antes que la costumbre indígena, pero para ZORRAQUÍN BEÇU⁽⁵⁾ los Derechos indígenas constituían un Derecho personal ya que sólo podían aplicarse a los naturales del Nuevo Mundo, pero ésto quedó alterado con la Recopilación.

La costumbre criolla debe incluirse en este pequeño apartado sobre las fuentes, porque tuvo una gran importancia en el siglo XVI a través de los Cabildos, manteniendo incluso un poder superior del que le otorgaban las Leyes. Según TAUANZOATEGUI⁽⁶⁾ se aplicó a : “la regulación de cacicazgos, los tributos, la mita, el aprovechamiento de las tierras y aguas, el comercio, los procedimientos judiciales y, de modo decreciente, en el régimen penal, el matrimonio y

(2) ISMAEL SANCHEZ BELLA, ALBERTO DE LA HERA y CARLOS DÍAZ REMENTERIA, Historia del Derecho indiano, Ed Mapfre 1992, pag.93.

(3) Ver nota 2, pag.93 y 94.

(4) Ver nota 2, pag 94.

(5) Ver nota 2, pág 94.

(6) Ver nota 2, pág 94.

las sucesiones." Para AVILA MARTEL y BRAVO LIRA⁽⁷⁾ la costumbre, en general, tuvo una mayor significación en América que en Castilla porque, en ésta última, la ley la reprimía casi en su totalidad.

Conviene también destacar las fuentes indianas de carácter contractual: capitulaciones, asientos de negros, tratados internacionales y tratados con los indios.

1.2.3.- Las Bulas Alejandrinas de 1493.

En América se aplicó también las normas pontificias, en concreto, las Bulas Alejandrinas de 1493 y constituyeron una de las bases fundamentales del régimen establecido para el Nuevo Mundo hispánico. Según ZORRAQUÍN BEÇU⁽⁸⁾, "el Derecho elaborado progresivamente para las Indias deriva en sus instituciones fundamentales de las bulas alejandrinas" y se refiere en especial a "el sistema político, la situación internacional de las Indias, el gobierno de la Iglesia, los fines de la conquista, la exclusividad de la navegación y del comercio, las licencias para cruzar el Atlántico y, sobre todo, la finalidad religiosa que inspiró la colonización hispánica del Nuevo Mundo."

1.2.4.- Conclusión.

En resumen podemos afirmar que en Indias estuvieron vigentes: En primer lugar, las normas dadas especialmente para ellas, bien en la Península o en las propias Indias (por gobernantes, audiencias, cabildos, visitadores, etc...); las costumbres nacidas en los municipios de españoles; los Derechos indígenas que no fueran contra la religión o el Derecho dado para las Indias y, supletoriamente, el Derecho Castellano, que se aplicará con gran abundancia en muchas materias: Derecho Privado, Penal y Procesal (Recopilaciones castellanas, Fuero real y, sobre todo, las Partidas)⁽⁹⁾.

El trabajo de rastrear la comenda mercantil en todas estas fuentes será el objeto de nuestro estudio, teniendo en cuenta las limitaciones que se nos impone por la brevedad de esta ponencia y de que, en muchos casos, no existen investigaciones serias sobre algunas de las fuentes enumeradas, a las que sólo podre-

(7) Ver nota 2, pág. 94.

(8) Ver nota 2, pág 94.

(9) Ver nota 2, pág 96.

mos aludir en este apartado. Para comenzar la evolución histórica, hay que partir necesariamente del derecho romano analizando el origen del término *comendare* y su vinculación con el depósito, el mandato y otras figuras jurídicas.

2.- CLAVES SOBRE EL POSIBLE ORIGEN ROMANO DE LA COMENDA.

2.1.- Relación entre la comenda y distintas figuras romanas:

2.1.1.- Introducción.

Como hemos visto el término *comenda* presenta distintas acepciones según en los campos en donde se desarrolla. Unas veces destaca el aspecto real de la relación sobre el aspecto personal (custodiar cosas) y otras es el aspecto personal el que prima (protección de personas). No obstante existe elementos comunes que confluyen, aunque quizá el más destacado es el que se refiere a la confianza que una de las partes intervinientes demuestra respecto a la otra.

La comenda como negocio de confianza dirigido a obtener lucro, fue una de las instituciones que ha gozado de mayor importancia en la vida mercantil de la Península Ibérica.

Pese a que se dan diversas formas bajo las cuales puede presentarse la comenda, en general hemos de decir que se la concibe, según arriba habíamos visto, como “contrato por el cual una persona *commendator* entrega a otra *commendatarius*, un capital, que puede consistir en mercancías o dinero, para que con él negocie en el tráfico mercantil, dividiéndose luego los beneficios en la proporción establecida por la ley o convenida por las partes.”⁽¹⁰⁾

Independientemente de su concepto, el término *comenda* no es unitario sino que viene referido a las diversas formas en la que se manifiesta, así vemos como se habla de comenda marítima, comenda depósito, comenda *entremezclada* con sociedad y la comenda comisión. Entre todas ellas existen vínculos más allá de los puramente terminológicos, coexistiendo entre todas ellas la idea común de lucro y confianza, por ello A. Lathes⁽¹¹⁾, califica a la comenda de “negocio jurídico fiduciario *sui generis*.”

(10) J. MARTÍNEZ GIJÓN, *La Comenda en el Derecho español*, Anuario de Historia del Derecho, núm. 34, pág. 36.

(11) A. LATHES, *Il Diritto marítimo privato nelle certe liguri des secoli XII e XIII*, (Roma 1939), págs. 36 y sig.

2.1.2.- *Depositum*.

La llamada comenda depósito, en principio, podemos identificarla con el depósito y como tal, establecer su posible origen en el depósito romano, en tanto en cuanto este término *commendare* fue utilizado según manifiestan fuentes jurídicas romanas cuando se trata al depósito como contrato real, consistente en la consigna (*depositio, commendatio*), de una cosa mueble para su custodia gratuita (elemento que deja de ser esencial en época Justiniana, pues se admite la posibilidad de compensación), con obligación de devolverla cuando trascurra el tiempo establecido o cuando así lo requiera el depositante. El acto de la consigna se indica unas veces con el verbo *deponere* y otras con el de *commendare*⁽¹²⁾.

El uso de confiar cosa mueble propia o de un tercero a persona de confianza, lo encontramos en Roma desde época muy antigua, recibiendo tutela jurídica en el derecho quiritorio, a través de la concesión de una acción penal contra el depositario infiel como se recoge en las XII Tablas. Según el testimonio de Paulo⁽¹³⁾, reconocida como errónea la antigua interpretación por la que la acción decenviral sólo sancionaría el depósito necesario, demostraría que la condena "*in duplum*" era una acción penal y no contractual. La única duda que surge es, si podría configurarse como acción autónoma o como un caso de aplicación de la *actio furti*. También podría invocarse la *actio reivindicatoria* por el propietario de la cosa, para poder recuperarla (si bien tendría que demostrar su propiedad). Del mismo modo se podría incoar por deterioro de la cosa la *actio legis Aquiliae* imputándosela al depositario por dolo o culpa.

Sería en época del procedimiento formulario cuando el depósito como negocio recibiría tutela jurídica a través de una acción contractual y por obra del pretor, concediendo en el edicto una acción basada en el hecho mismo del depósito: "*quod ... depositum erit*". Fue reconocido y configurado como verdadero y propio contrato obligatorio *iuris civilis* por la Jurisprudencia de la segunda mitad del siglo I del Imperio, apareciendo junto a la fórmula "*in factum concepta*" o "*in ius ex fide bona*".

Este contrato es calificado como real a pesar de que no se transfiere la propiedad y se perfecciona con la entrega de la cosa para su custodia, pues un sim-

(12) Ulp. D. 16.3.1 *depositum es quasi diu positum* y d.50.16.186 *commendare nihil aliud at quam deponere*.

(13) Sent.2.12.11 (= Coll X, 7, 11) *ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*.

ple acuerdo de promesa de custodiar sin la entrega del objeto sería únicamente una promesa de depósito o simplemente un “mandatum ad custodiendum”, no un depósito.

La custodia de la cosa atribuye al depositario la mera detentación, conservando la propiedad el depositante o commendator, siendo posible incluso la custodia dada por el depositario a un subdepositario. El depositario no podría hacer uso de la cosa, más si lo hace de buena fe creyendo tener el consentimiento del commendator, no surgiría responsabilidad penal, pero el negocio dejaría de ser depósito, transformándose en comodato si el objeto es una especie. Hablaríamos, en cambio de mutuo si el objeto del negocio hubiese sido una cantidad de cosas fungibles debidamente identificadas. Pero sobre todo, según el pensamiento de la Jurisprudencia, se trataría en estos casos de lo que se ha dado en llamar la figura anómala del depósito irregular.

Esta figura, según algunos autores⁽¹⁴⁾, sería una creación bizantina y no reconocida por el Derecho clásico y se refiere a la transferencia de cosas fungibles en propiedad de una persona a otra, acordando que esta última ha de restituir la misma cantidad y calidad de cosas recibidas, pudiendo disponer y usar de ellas libremente.

Las fuentes nos ponen de manifiesto que el término commendare era el usual para referirse al depósito de dinero, así Papiniano⁽¹⁵⁾ se pregunta: “quid est aliud commendare quam deponere?” y Ulpiano generaliza el punto de vista de este jurista con las palabras siguientes: “commendare nihil alicuid est quam deponere” en D. 50.16.186.

Estos depósitos se confían a banqueros, que vienen obligados a restituir tantumdem, así el texto citado de Papiniano, nos pone en conocimiento la forma como el banquero recibiría el dinero, con la facultad para el deponente de su restitución, cuando así lo desee.

Esta Institución, independientemente de que su naturaleza sea clásica o postclásica, sería originaria de las bancas romanas y que según Beigel⁽¹⁶⁾, podrían considerarse Bancas de Depósitos.

La gratuidad, característica esencial también en este tipo de negocios, desaparece igualmente en época justiniana haciéndose compatible con este

(14) LONGO, Appunti sul deposito irregolare, “Bull. dell. Ins. de D. Romano”, XVIII, págs. 121 y sig.

(15) D. 16.3.24.

(16) BEIGEL, Rechnungswesen und Ruckführung der Römer (1904) págs. 206 y sig.

contrato, un posible pacto de intereses, en cuanto a que en esta época encontramos la primacía de la voluntad de las partes a la verdadera naturaleza del negocio.

Pese a que, como decíamos, en época clásica este depósito sería gratuito, ésto que en principio parece oponerse a la finalidad lucrativa que pudiera estimular a las partes contratantes, sin embargo, hemos de poner de manifiesto que siempre a los depositarios, incluso en esta época, les resultaría lucrativo, en cuanto que podrían usar la moneda depositada y especular con ella, siempre y cuando que el depósito se hiciera teniendo en cuenta su naturaleza fungible, no en consideración a su individualidad específica. Ahora bien, esta finalidad lucrativa podría transformar esta relación en un mutuo, sin embargo, así como al banquero podría situársele como mutuante, no permite en principio hacer extensiva esa condición al que entregó el dinero al banquero con la pretensión de dividir en su momento los beneficios. Algunos textos⁽¹⁷⁾ ponen de manifiesto que esta era la tendencia de los particulares, es decir, la entrega de capitales por la vía del depósito para hacerles producir o fructificar. Por ello el interés de los juristas en declarar nula la relación, en cuanto incompatible con la naturaleza del depósito.

Conociendo básicamente estas figuras, podríamos establecer ciertas analogías con las empleadas para el comercio en Indias a través de intermediario, siendo el depósito de mercancías el medio más usual. La realización de negocios personalmente con las mercancías, viajar al lugar en el que pretendían venderlas, efectuar la venta y regresar, etc... Pocos documentos aparecen en este sentido, más bien todo lo contrario. En el Archivo de Protocolos de Indias existen muchos documentos en que el uso del intermediario resultaba más lucrativo para comerciar en Indias y esto por muchas razones.

Esta actividad de negocios por intermediario, se organizó a través de diversas figuras jurídicas, como así ponen de manifiesto los documentos en los cuales aparecen plasmadas. Por ejemplo de comisión, consignación y muy frecuentemente de factoría.

2.1.3.- *Mandatum*.

Si como podemos ver la comenda, se realiza por cuenta de otro y previo acuerdo de las partes, estaremos ante una relación de mandato, que podría tener

(17) D.42.5.24.

su origen quizá en el mandato romano. Este último aparece como contrato consensual, en el que una parte (mandante) encarga a otra (mandatario) la realización de una gestión o actividad, aceptándose de manera gratuita y en beneficio del primero o de un tercero.

Este contrato, que fue pronto reconocido en el derecho romano, podía defenderse a través de una *actio iuris civilis* de buena fe, aun cuando la idea de contrato de mandato no parece ser anterior a la formación del procedimiento formulario.

Los romanos, ante el aumento del tráfico mercantil, se vieron precisados a encargar a otras personas su realización, incluso a extranjeros, que los realizarían por su cuenta e interés con terceras personas.

Sin embargo, es preciso establecer la diferencia de este contrato de mandato con la *procuratio*, que tendría relieve en relación con terceros, mientras que el primero sólo tendría valor entre mandante y mandatario. El otorgamiento de la *procuratio* tenía también valor con respecto a terceros.

La gratuidad constituía el criterio para distinguirlo de otro tipo de contrato, pues hablaríamos de un contrato de *locatio operarum* o *locatio operis* si el contrato se llevaba a cabo mediante retribución.

El término comenda aparece utilizado en los documentos de Indias, en un doble sentido; primero, como actividad mercantil que se realiza por cuenta de otro y previo acuerdo convenido, y segundo, como retribución del que acepta y ejecuta la actividad. El contenido es muy variado, pero generalmente consiste en vender, comprar o enviar mercancías en el cobro de deudas⁽¹⁸⁾.

Algunos documentos nos muestran como en ocasiones la encomienda era remunerada y en otras gratuita⁽¹⁹⁾.

La aceptación y ejecución de las comendas era compatible con la posibilidad de llevar a cabo otras actividades y se daban en atención a su honradez y capacidad negociadora, lo que nos hace pensar que estas relaciones no se daban con exclusividad entre quienes las estipulan, sino que se darían para una relación concreta y que, un vez concluida, liberaría a las partes de toda obligación. Todo ello nos pone de manifiesto la similitud con el mandato romano.

(18) Escribanía de Alonso de Cazalla, Oficio XV, Libro 1º y 2º del año 1538 que dice: Diego Díaz Bravo había enviado desde Sevilla a Diego Bravo en Cuba, mercancías para que dicho Diego Bravo recibió y dejó en encomienda a Pedro Porres para que las venda y acudiese con el procedido de ellas.

(19) Así lo acordaba en la Escribanía de Manuel Segura, Oficio IV y libro V de 1511 folio 4026-4030 en la que se estipula que los sobredichos no seamos obligados a contar ninguna encomienda por nuestro trabajo.

Contrariamente a lo que hemos dicho con anterioridad respecto a los negocios concluidos con una relación única, se dieron otro tipo llamados de factoría, según los cuales, el factor es un hacedor de los negocios de otro o de una compañía, por cuenta de las cuales actúa, pero de manera continua y permanente durante el tiempo previsto por el contrato, de acuerdo con las instrucciones recibidas de sus principales y con derecho a retribución económica.

La factoría sería pues una relación estable con un tiempo de duración previamente establecido. Su origen nos recuerda al procurator omnium bonorum romano, en cuanto que era nombrado alguien procurador para todos los asuntos y que tenía su fuente, no tanto en el otorgamiento de un título a la persona, como en el acuerdo de las partes, constituido por el hecho de gestionar todos los asuntos y por la aceptación de este encargo.

Los documentos que recogen la práctica del comercio en Indias, ponen de manifiesto, que si bien la prestación del factor se refiere a servicios concretos, como tratar vender, comprar y negociar las mercaderías que le fueran mandadas y encargadas, existía una dependencia del factor con respecto a su principal⁽²⁰⁾.

2.1.4.- Societas.

A veces la comenda se llevaba a cabo respecto de un socio a otro, es decir, al compañero que reside en Indias se le encarga la compra o venta de determinadas mercancías o el cobro de deudas, lo que nos lleva a pensar en un contrato de sociedad romana en la que una de las partes aporta su trabajo y la otra u otras el capital. No se trataría de una obligación que el socio capitalista impone al socio que aporta la actividad, sino que existiría un interés mutuo por parte de los socios en la práctica de los negocios.

En estos casos, el factor se asemeja al compañero que no contribuye con aportaciones dinerarias a la formación del capital social. En cuanto a las responsabilidades exigidas al factor, numerosos documentos muestran que se obliga a que los socios respondan proporcionalmente a las pérdidas.

También vienen contemplados aquellos supuestos en los que el socio se sirve de los bienes en su propio beneficio o si se los ha apropiado indebidamente de la misma manera que en el contrato de sociedad romana, el socio gestor viene

(20) Documento realizado en la Escribanía de Bernal González Vallecillo, Oficio XV, Libro del año 1516 fols.231 y 234 (en que se dice ... siguiendo las instrucciones que por los memoriales que por vos o por otras personas en vuestro nombre me sean dados).

obligado, frente a los demás socios, según que la actividad haya surgido por una relación basada en la “negotiorum gestio” tutelada por una “actio negotiorum gestiorum” o bien, que la relación haya surgido en virtud de un mandato y como gestión de negocios en interés de otro, estando tutelada esta última por la “actio mandati”.

Pese a que en la mayoría de los documentos se habla de dividir los riesgos, no faltan algunos ejemplos⁽²¹⁾ en los que el comendatario declara que las mercancías adquiridas “ego solvi et habeo de meo...”, con los que parece dar a entender que, si bien ha habido aportación por su parte, los riesgos de la empresa recaen exclusivamente en el comendante, lo que nos acerca a la llamada “sociedad leonina” en Roma.

Es análoga la responsabilidad del socio incumplidor con el socio romano, en cuanto que comprobamos en las Partidas 5.10.15 que resuelven esta situación siguiendo los módulos jurídicos romanos no habiendo posibilidad de ser penalizado con prisión por deudas, si el socio gestor resultara alcanzado a la hora de la liquidación.

Del mismo modo el socio gestor goza, como en el Derecho romano del “beneficium competentiae”, es decir, el socio condenado no podría serlo más allá del límite del “quantum facere potest”, por lo que no podría ser condenado al pago completo de las deudas si esto le podía suponer el quedar reducido a un estado de pobreza absoluto.

2.1.5.- *Aestimatum*.

En ocasiones, los negocios en Indias se realizan a través del establecimiento de una comisión en las ventas, con referencia a un interés lucrativo para ambos que se aproximaría a la figura romana llamada aestimatum. El depositario encarnaría la figura del comisionista, puesto que la finalidad de ese depósito “res vendenda tradere” aparece con gran claridad y difiere de la expresión “res custodiandae tradere”. Si como sabemos el aestimatum romano es un acuerdo entre dos sujetos en virtud del cual uno de ellos entrega al otro determinadas mercancías, acordando el valor de entrega y el otro se compromete a venderlas a terceros y a pagar a la otra parte, en un plazo determinado, el valor convenido de las mercancías vendidas, devolviendo aquellas que no lo han sido, esto nos

(21) Documento de 1259.

podía llevar a establecer cierta relación con el negocio mercantil de la comenda en Indias, puesto que el comendatario se obliga a realizar también en ocasiones estas ventas estableciendo una comisión sobre el precio obtenido en las mercancías y las otras le serían devueltas al comendante.

2.1.6.- *Locatio operarum y locatio operis.*

No sólo son estas figuras romanas a las que no hemos referido las que nos recuerdan el origen romano de los negocios realizados por el intermediario en Indias, sino que también presenta similitud con el contrato de *locatio operarum*, en cuanto que se trata de la puesta a disposición de otro, de la propia actividad laboral durante un cierto tiempo mediante la retribución de estos servicios, pudiéndose acordar mediante división de las ganancias, a través del pago por la realización de estos negocios que suponen un lucro para el que los encarga.

La obligación del comendante o locator consistiría en la entrega de mercancías o de capital, mientras que la del comendatario o conductor sería la de llevar a cabo la actividad comercial arrendada. Por lo que se refiere a Indias y según consta en los documentos⁽²²⁾ el comendatario viajaría con las mercancías que debía vender y en ocasiones emplear el dinero nuevamente obtenido en otras diferentes. En ocasiones se indica al comendatario en que nave ha de viajar, la ciudad donde ha de llevar a cabo su actividad e incluso, es frecuente que se determinen las mercancías que se han de adquirir con los frutos obtenidos de la venta para traerlas de regreso. Quizá con estas especificaciones lo que se pretendía era evitar riesgos inútiles para el comendante si se dejaba a la libre voluntad del comendatario a la hora, tanto de viajar, como al libre desarrollo de su actividad, teniendo en cuenta que estos contratos se llevan a cabo según la capacidad del contratado y la confianza que se deposita en él para el ejercicio de su actividad. Por tanto, a mayor grado de confianza depositada en el comendatario, menor número de recomendaciones y limitaciones por parte del comendante.

2.1.7.- *Mutuum y foenus nauticum.*

Cabe incluso, después de analizar los documentos en los que se recoge el grado de participación en las ganancias de cada uno de ellos y en los que se pone

(22) A.E. SAYOUS, *Les méthodes commerciales de Barcelona au XIV siècle*, pág. 230.

de manifiesto que en ocasiones es menor para el comendante que ha arriesgado su capital, si estaríamos ante un préstamo o mutuo comercial encubierto bajo el soporte de otros contratos. Se trataría de un mutuo en el que los intereses son sustituidos por una participación en los beneficios de la empresa.

En la comenda marítima las posibles pérdidas y riesgos que pueden afectar son asumidos por el comendante y así se advierte en numerosos documentos⁽²³⁾, comprendiendo en ellos los que se puedan dar en el viaje de ida y regreso; y aquellos que sobrevengan fuera de él, ahora bien, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el documento por parte del comendatario, dejaría libre de carga al comendante. El riesgo por viaje comprendería, naufragio, piratería, echazón, avería, etc...

El comendatario rendiría cuentas al finalizar el viaje a través de una serie de operaciones, que vendrían ya estipuladas en el documento originario del contrato. Incluso la liquidación podía hacerse entre personas distintas de las que habían suscrito el documento, sirviéndose de un tercero que, en ocasiones, sería el patrón de la nave⁽²⁴⁾.

Por todo ello, podemos afirmar que, en estos casos, se pueden asimilar estos negocios con el préstamo marítimo llamado en Roma *foenus nauticum*, aunque tal vez transformados por elementos procedentes de la sociedad.

Algunos autores afirman que la comenda presenta una naturaleza jurídica esencialmente semejante al préstamo marítimo⁽²⁵⁾.

De distinta opinión son aquellos que ven en la comenda la coincidencia no sólo de un contrato, sino que puede apreciarse características o efectos de muy diferentes relaciones jurídicas, como serían los contratos de mandato, *locatio conductio operis y operarum*, *institorio*, *societas*, *foenus nauticum*, depósito regular o irregular e incluso el contrato innominado *do ut fas*, contribuyendo todas ellas a conformar el contrato de comenda⁽²⁶⁾. SAYOUS⁽²⁷⁾ considera la comenda como un contrato de mandato. Para PONS y SANDALINAS⁽²⁸⁾ la comen-

(23) Año 1232, año 1261 (en notes dotzencentristes d'Ausona pág. 468. Nota 195 y Pág 475. Nota 220).

(24) Año 1252 aparece en *Les Méthodes commerciales de Barcelona au XIII siècle* pág 195 y año 1231: A. GARCIA, *Contrats commerciaux vigatans de principis del segle XIII*; apéndice 9, pág 328.

(25) P.S. LEICHT, *Il Diritto privato preirneriano*, (Bolonia 1933), págs. 263-267.

(26) E. SOPRANO, *La commenda el la colonna nella tavola di Amalfi*, pág. 207.

(27) A.E.SAYOUS, *Les transfert de risques, les negotiations commerciales et la lettre de change à Marseille pendant le XIV° siècle*, en *Revue historique du Droit français et étrangères*, (1935), págs. 472.

(28) J.M. PONS y V. SANDALINAS, *Constituciones y otros derechos de Cataluña*, págs. 283 y 284.

da participa de la naturaleza jurídica del depósito, del mandato y de la sociedad; según BROCA y AMELL⁽²⁹⁾ de la de préstamo y de la de sociedad; y GAY DE MONTELLA⁽³⁰⁾ aun cuando se inclina por la naturaleza asociativa de la comenda, no deja de ver en ella elementos del mandato, la comisión, la participación y el depósito.

Es nuestra opinión que la comenda no presenta características unitarias con un determinado contrato romano, no pudiéndose encuadrar claramente en un molde único, sino que en él se entremezclarían distintos aspectos de los diferentes contratos que en Roma existieron.

3.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

3.1.- Derecho visigodo.

Vamos a partir del concepto de comenda como depósito para conocer cual ha sido su evolución histórica. Es por ello que vemos en el Derecho visigodo como se acentúa la equivalencia entre *commendare* o *deponere*, entendiendo la comenda como sinónimo de depósito. En la Interpretatio de las Sentencias de Paulo 2, 14, De Usuris & 3 se utiliza el verbo *deponere*; en cambio, en 2.12 De Depósito & 2 al referirse al depósito se dice "quum in iudicio de rebus agitur commendatis". En el Liber Iudiciorum "deponere" no significa contrato de depósito sino que se aplica en muy diversos sentidos como son:

- Deponere arma (9.3.2).
- Pignere deposito furato (5.6.2).
- Pignere si pro debito deponatur (5.6.3).
- Deponere querellam comiti exercitus (9.2.6).
- Deponere sarcina (8.4.27).
- Deponerem vestem laicarem (3.5.3).
- Deponerem sacerdotem ab honore (12.3.21).

Una vez hemos precisado este dato sobre la terminología utilizada por este libro, pasaremos a analizar más despacio la comenda en el Liber Iudiciorum, diciendo que no se hace en él una distinción clara entre depósito, comodato y

(29) G. M^a. DE BROCA y J. AMELL, Instituciones de Derecho civil catalán vigente, II, pág. 170.

(30) R. GAY DE MONTELLÁ, Sobre la naturaleza jurídica del contrato de "comanda" en el Derecho mediterráneo de los siglos XII y XIII.

mutuo. El Libro 5, Título 5⁽³¹⁾ trata “de las cosas encomendadas e emprestadas” previendo la posibilidad de un depósito retribuido y estableciendo analogías entre esta figura y el prestamo de dinero. También se establecen las clases de depósito dinerario. La Ley 5.5.1⁽³²⁾ permite el depósito retribuido de animales y establece los supuestos de responsabilidad en caso de muerte del animal cuando dice que “é yure todavia que aquella animalia non fue muerta por su culpa, ni por su negligencia, é assi non sea tenuto de pechar el animalia.” Lo mismo se aplicará para las “cosas emprestadas”. La Ley 5.5.2 establece la misma responsabilidad por culpa o negligencia cuando los animales estén prestados para la realización de las faenas agrícolas. Por otro lado, la Ley 5.5.3⁽³³⁾ establece que “Si algun omne diere en guarda á otro oro ó plata, ó ornamentos, ó otras cosas ó ge lo diera que lo vendiesse, si se perdió aquella cosa, ó se le quemó con otras cosas en casa daquel que la recibiera, este qui la recibió venga a su sennor con testimonios, é del que un escripto de quanto perdió, é yure que nenguna cosa non ende a , ni metió en su provecho; e assi non sea tenuto de pagar ende nada, fueras ende el oro ó la plata que non puede arder. E si algun omne mientra la casa ardió levó dend alguna cosa, y el sennor de la cosa lo sopo, si lo pudiesse fallar, péchelo en quatro duplos, é si fallar alguna cosa daquellas quel eran comendadas, entréguela á su sennor de las cosas”, y en caso de hurto “den espacio á aquel que la recibió en comenda cuemo fuere razon, por demandar al ladrón que la furtó” quedando obligado el comendatario a entregársela a su propietario sin que por ello quede obligado a la entrega de la multa que le corresponda pagar al ladrón. En el caso de que no pudiera hallarse al ladrón el comendante sólo podrá reclamar del comendatario la mitad del valor de la cosa robada. Tenemos que añadir que “si por aventura el sennor fallar depues aquellas cosas en casa daquel que las recibiera ascondidas, que dize que las perdiera ó que ge las furtaran, este pague tanto por ellas cuemo el ladrón pagarie.” Como podemos apreciar nos encontramos con un caso de depósito donde se contrae la obligación de realizar una actividad dirigida a la venta de las cosas que por vía de depósito le ha sido confiada al comendatario. En el Liber Iudiciorum encontramos también recogida una Ley similar al la Lex Rhodia de Iactu cuando se

(31) Códigos Antiguos de España, I, publicada por Marcelo Martinez Alcubilla, (Madrid 1885), pág 37 y sig.

(32) Ver nota 31, pág 37 y 38.

(33) Ver nota 31, pág 38.

dice en 5.5.5.⁽³⁴⁾ que “qui recibe alguna cosa emprestada, ó en guarda, é salvar todas sus cosas de quema ó de agua, ó de enemigos, ó de otra tal guisa, é perdiere la aiena peche lo que recibió en guarda sin nenguna escusación. E si salvare alguna partida de sus cosas, é la aiena perdiere, segund el asmamiento de lo que salvó peche quanto mandare el iuez. E si perdió todas sus cosas, é salvar la aienas deve haver parte de lo que salvó segund mandare el iuez. Ca derecho es que aquel non aya danno solamiente, que se metió en grand periglo, é mientras que se esforzó de salvar las cosas ayenas, perdió las suyas propias.” Otra de las cuestiones más destacables del Liber Iudiciorum (Fuero Juzgo) es la inexistencia del depósito irregular ya que como se fija en 5.5.3 el oro y la plata pueden ser devueltos al depositante por el depositario, incluso después de un incendio porque “el oro ó la plata...non pueden arder”, aludiendo al contenido real del negocio puesto que en caso de hurto la solución es muy diferente, ahora bien, si se permite el préstamo con usura tal y como se establece en la Ley 5.5.4.

3.2.- Derecho local: Fueros.

En el Derecho altomedieval, la voz encomendar viene referida casi siempre al depósito de bienes muebles, pero esto no impide suponer que haya otros casos en que se permita dicha figura jurídica referida a bienes inmuebles como se prevé en el Fuero de Medinaceli. En cuanto a la terminología más utilizada encontramos las siguientes: *commendatio*, *comendatio*, *encomendado*, *comenda*, *acomenda*, *comienda*, *acomienda*, *lexa* o *leya* (estas dos últimas en Aragón) y depósito (Fueros de Cuenca y la versión latina de Teruel).

Según MARTÍNEZ GIJÓN⁽³⁵⁾ los Fueros se dividen en dos grupos según los dos tipos de comenda que se conocen en esta época:

1.- Si las cosas se entregan en guarda y custodia: Esta modalidad está recogida en los Fueros de Avilés, Oviedo, Cuenca y Soria que reproducirán de una forma simplificada la Ley 5.5.5 del Fuero Juzgo. En concreto, Fuero de Avilés 21 y Fuero de Soria 374.

El supuesto a que hacen referencia estos Fueros, salvo en el caso de Soria, es la entrega de una cosa o cosas que no se especifican, pero en todo caso muebles, por el huésped al albergador, estableciéndose el principio de irresponsabi-

(34) Ver nota 31, pág 38.

(35) J. MARTÍNEZ GIJÓN, La comenda en el Derecho español, Anuario de Historia del Derecho, núm. 34, pags. 47 y sig.

lidad de éste en el caso de la pérdida de las cosas que no ha recibido en comenda y regulándose el procedimiento a seguir cuando el huésped no se conforma con las que en su momento le sean devueltas por el albergador.

2.- La relación de depósito se entiende de forma más amplia en cuanto no le atribuyen un objetivo de guarda o custodia: Fuero de Alfambra 48 y Fuero de Cuenca 41.11; Fuero de Iznatoraf 834 Fuero de Zorita de los Canes 814. Podemos ilustrar esta afirmación de que no hay objetivo concreto de guarda y custodia, sino que se trata de una relación jurídica más abierta por lo que se fija en el Fuero de Zorita que en el 814⁽³⁶⁾ dice así: “Otoquesi mando, que por toda cosa que acomendada fuere, que deben de razón firmar non lo pudiere, ninguno no salue si non por su cabeça; empero si depues del sacramento la cosa negada en el pudiere ser prouada, tornela doblada al sennor et a palacio las setenas, segund de de ladron.”

Estos Fueros normalmente se referían a cosas de naturaleza fungible ya que el comodato de útiles de labranza se regulaba de forma independiente así lo podemos apreciar en el mismo Fuero de Zorita de los Canes 321⁽³⁷⁾ cuando dice: “De aquel que aprestamo tomare de otro aradro opala.- Todo aquel que aradro, opala, o forco, o estas cosas semiabiles aenpreitamo tomo, et non lo tornare quando gelo demandaren, peche el menoscabo que por aquello uiniere, al sacramento del querelloso fasta v menkales; de v fasta x, al sacramento del querelloso et de un uezino, de x menkales adelante, al sacramento del querelloso et de dos uezinos.” En el mismo sentido lo tenemos en Fuero de Cuenca 13.16; Fuero de Iznatoraf 328; Fuero de Béjar 411; Fuero latino de Teruel 419; Fuero romance de Teruel 532; Fuero latino de Albarracín y Carta Puebla de Albarracín.

En todos estos Fueros se concibe la relación jurídica de una forma más amplia permitiendo la posibilidad de que la comenda diese vida a otras relaciones jurídicas y, en concreto, al préstamo usurario.

3.3.- Fuero Real.

La comenda en Fuero Real se identificará totalmente con el depósito y tanto, en este caso, como en el Código de Tortosa 4.17.1 y en los Fueros de Valencia 4.15.23 se admitirá la posibilidad de construir un depósito de dinero.

(36) Fuero de Zorita de los Canes, Edición preparada por Rafael de Ureña y Smenjaud, (1911), pág 359.

(37) Ver nota 36, pág 173.

En Fuero Real 3.15.5⁽³⁸⁾ se dice que “Quien alguna cosa de otri rescibiere en encomienda, esa mesma cosa sea tenuto de entregar á aquel de quien la rescibió, é no sea osado de la usar en ninguna manera, sino como fuere encomendado; pero si algunos dineros por cuenta, ó oro, ó plata en masuca rescibiere de otri en encomienda á peso, bien puede usar dello, é dar otro tanto, é tal como aquello, á aquel de quien los rescibió, é si los dineros, ó el oro, ó la plata rescibio so cerradura; é non por cuenta, ni por peso, no sea osado de lo usar: é si lo ficiere, pechelo doblado á aquel de quien lo tenía.” Analizando esta Ley se puede apreciar que Fuero Real admite, no sólo el depósito con la finalidad de guarda o de custodia de las cosas depositadas por el depositante, sino que también se puede realizar un depósito de cosas fungibles o de dinero pudiendo ser estas últimas utilizadas por el depositante. Este mismo sistema se sigue en las Partidas 5.3.2 y 9, en el Código de Tortosa 4.17.6, así como en los Fueros de Valencia 4.15.23, imponiéndose en Tortosa y Valencia, la pena de hurto al depositario que usa de la cosa indebidamente y que corresponderá al “pechelo doblado” del Fuero Real.

La relación jurídica de la comenda-depósito otorga unos mayores privilegios al depositante. Así como en el Código de Tortosa 4.17.11 el depositario o depositarios quedan obligados solidariamente, si son varios, a restituir el objeto de la comenda tan pronto les requiera el depositante, así como sus herederos. Esta norma es similar a la que establece la Ley 7.15.3 de Fuero Real.

3.4.- Las Partidas.

Pasando a examinar las Partidas podemos decir que el depósito se denomina con el término “condesijo”, así en el principio del Título 3 de la Partida 5⁽³⁹⁾ se dice: “Depósitum en latín, tanto quiere dezir en romance, como condesijo” y la Ley 5.3.1⁽⁴⁰⁾ lo define: “Condesijo, a que llaman en latin depositum, es quando vn ome da a otro, su cosa en guarda, fiandose en el. E tomo este nome de peño, que quiere tanto dezir como poner de mano en guarda de otro, lo que quiere condessar. E son tres maneras de condesijo. La primera es, quando alguno, sin otra cuyta que le acaezca da a otro en guarda sus cosas. La segunda es,

(38) Ver nota 31, pág. 129.

(39) Ver nota 31, págs. 524 y 525.

(40) Ver nota 31, págs. 524 y 525.

quando alguno lo ha de fazer en tiempo de cuyta; esto seria como si se quemasse, o se cayesse la casa, a al, en que tuviesse alguna cosa, o se quebrantasse la naue, en que lo llevasse o acesciendo alguna destas cuytas, diesse en guarda a otro, a aquella sazón, alguna de aquellas cosas que tuuiesse y, estorcerlas de aquel peligro. La tercera es, quando algunos omes contienden en razón de alguna cosa, e la meten en mano de fiel, encomendandogela, fasta que la contienda sea librada por juycio.” Se distinguen aquí tres tipos de depósito: el regular, el necesario y el depósito judicial. Además las Partidas recogen otra clasificación entre depósito regular, que ocupa un lugar preferente a cualquier otro crédito y que debe ser devuelto en especie y el irregular que, aunque privilegiado, ocupa, en el orden de prelación de créditos, un lugar posterior a los que gozan de garantía real, a los invertidos en la sepultura del fallecido o por la reparación de la casa o nave y a los utilizados en satisfacer deudas contraídas con el rey por razón de contrato, delito o en pago de la dote de la mujer. Todo esto puede verse en Partidas 5.3.9.

La Partida 5.3.3⁽⁴¹⁾ fija la responsabilidad del depositario de la siguiente forma: “...pero aquel que recibió la cosa, tenuto es de gela guardar bien y lealmente, de guisa que no se pierda, nin se empeore, por su culpa ni por su engaño. E por su culpa, dezimos, que se pierde la cosa, quando la non guardasse en aquella manera que toda la mayor partida de los omes suelen guardar sus cosas.” Esta Partida exige al depositario la reponsabilidad que habitualmente se le puede pedir a los hombres en el cuidado de las cosas propias y se fija además, la posibilidad de exigir responsabilidad por culpa leve en los siguientes casos: acuerdo expreso de las partes, ofrecimiento voluntario del depositario y por último “quando recibe precio por guardar la cosa que le dan en condesijo” –las Partidas admiten también el depósito retribuido– al mismo tiempo definen la culpa leve en los siguientes términos “e por leue culpa dezimos que se pierde la cosa, quando aquel que la tiene, non pone toda aquella acucia, e femencia, que otro ome acucioso, e sabidor deuia poner.” Se establece el principio de irresponsabilidad por caso fortuito en la Partida 5.3.4⁽⁴²⁾ estableciendo los supuestos en que esto ocurre: “E esto seria, quando se muriesse la cosa encomendada de su muerte natural, o la matasse, otro, sin su culpa de aquel que la tuuiesse en guarda, o si gela robassen, o gela furtassen, ca en cualquier destos casos, o en otros seme-

(41) Ver nota 31, pág. 524.

(42) Ver nota 31, pág. 524.

jantes dellos, non seria tenuto de la pechar, aquel que la tuuiesse en guarda." Sólo hay cuatro excepciones: "La primera, si quando el que la recibe en guarda, se obliga a pecharla, si se perdiere en qualquier manera. La segunda es, quando aquel que recibe la cosa en condesijo, non la quiere tornar a su dueño pudiendolo fazer. Ca si despues que el gela demandare en juyzio, e fuere pleito començado por demanda, e por respuesta, se muriesse o se perdiessse aquella cosa, tenuto es aquel que la recibio, de la pechar. La tercera es, si por su culpa, de aquel que tiene en condesijo, o por su engaño, acesció la ocasión, porque se perdió, o se murió. La quarta es, quando la cosa es dada en guarda, principalmente, por pro de aquel que la recibe en deposito, e non por el que la da: en qualquier destes casos, maguer la cosa que es dada en condesijo, se pierda o muera, o se empeore, por ocasión, tenuto es aquel que la recibio en guarda de la pechar, a aquel que gela dio, en condesijo, o en guarda, o a su heredero." Por último, hay que decir que hay un caso en que siempre se responde, incluso en caso fortuito, y es al que se refiere la Partida 5.3.2 cuando contempla la hipótesis de depósito irregular, en cuanto supone el posible uso por el depositario de la cosa depositada, adquiriendo el dominio de la misma y por ello, responde en cualquier caso de su pérdida. Nos encontraríamos en éste caso con un supuesto parecido al mutuo.

La comenda-depósito está considerado por las Partidas como un negocio generalmente gratuito. El principio de gratuidad informa esta normativa y su violación transforma este negocio en un arrendamiento de servicios. Así lo establece la Partida 5.3.2⁽⁴³⁾ diciendo: "Otosi dezimos, que entonce toma ome en condesijo las cosas quando non recibe precio, nin gualardón, por guardarlo. Ca si lo recibiesse, o prometiesse de gelo dar, entonce non seria condesijo, mas seria loguero, pues algo señalado toma por la guarda."

La formalización de este negocio tiene unos elementos precisos que se describen en la Partida 3.18.72⁽⁴⁴⁾ afirmando: "Sepan cuantos esta carta vieren, como Domingo otorgo, e vino conociendo que auia recebido de Velasco en guarda mil marauedis en oro, en un saco, que era sellado con sello de tal ome: los quales marauedis assi cerrados e sellados, prometio Domingo de tornarlos, é darlos a Velasco bien e cumplidamente, e sin contienda ninguna, quando quier que gelos demandasse, o heredero, o su personero, que mostrasse esta carta, so pena del dablo, obligandose a si mismo, e a sus herederos, e a sus bienes, a Velasco, e a

(43) Ver nota 31, pág. 524.

(44) Ver nota 31, pág. 433.

los que lo suyo ouiesen de heredar, renunciando, e quitandosse de toda ley y de todo fuero, etc. e señaladamente, que non pueda poner defension ante si diziendo que aquellos dineros non se fueron mostrados, nin contados e dados. E porque sobre las cosas que los omen dan vnos a otros, en condesijo, ponen pleytos e posturas de muchas maneras: por ende los escriuanos deuen ser auisados de les escriuir las cartas, en la manera que ellos lo pusieren, e lo acordaren entre si, guardando todavía esta forma que de suso diximo, que es mal comunal.” Se trata de un caso de deposito dinerario pero como si fuera de cosa no fungible.

3.5.- Novísima Recopilación.

Antes de pasar al estudio de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680, tenemos que prestar atención a la Novísima Recopilación, considerando que la Nueva Recopilación esta contenida casi completamente en la Novísima. Esta última recoge una serie de normas que afectan principalmente a dos materias:

a.- La regulación de los depósitos y fianzas.

b.- Las normas que se refieren al Consulado de Sevilla.

a.- Los depósitos y fianzas se regulan en el libro 10 título 9 de la Novísima Recopilación. En este cuerpo legal la palabra encomienda se equipara con el término deposito. Así la Ley 10.9.1⁽⁴⁵⁾ se llama “Obligación de los que tengan dinero de otros en encomienda, confianza u otra razón a devolverlo en las mismas especies de su recibo.” No merece la pena detenernos en el análisis de estas normas pues se trata de materia distinta a la que es objeto de nuestro estudio. En concreto, se plantea la cuestión del cambio de valor de las monedas y su repercusión en el depósito de las mismas.

b.- El Consulado de Sevilla según la Recopilación de las Leyes de Indias tenía la función de conocer de los casos y pleitos referentes a los factores enviados a Indias para que vendieran las mercancías depositadas por el comendante o capitalista. En la Novísima Recopilación la Ley 9.2.14⁽⁴⁶⁾ establece las características generales de esta Institución y son las siguientes:

- El Consulado de Sevilla estará compuesto por hacendados que posean doce mil pesos sencillos, o más en fincas y heredades fructíferas, de comer-

(45) Códigos Antiguos de España, II, Edición preparada por Marcelo Martínez Alcubilla, (Madrid 1885), págs 1725 y sig.

(46) Ver nota 45, págs. 1630 y 1631.

ciantes que superen esta cifra y de mercaderes que tengan esta suma empleada en su giro, dueños de fabricas considerables, propietarios de embarcaciones capaces de navegar en América y Europa cuyos caudales superen los ocho mil pesos. Se requiere la mayoría de edad o habilitación para administrar bienes, de buena fama, costumbres y crédito.

- Los órganos principales de que se compone son el Prior, dos cónsules o diez consiliarios. El Prior junto con los cónsules forman tribunal que conocerán de todo tipo de pleitos y diferencias que surjan entre los comerciantes y sus factores, encomenderos y dependientes, oyendo, para ello, a las partes interesadas sin admitir alegaciones de abogados. Si hubiera dificultad en la exposición de las pruebas podrán alegarse por escrito. En los negocios de Mayor Cuantía se admitía recurso de Apelación.

- Las normas que se aplican para la resolución de las cuestiones planteadas ante este Tribunal serán las de Castilla e Indias y ordenanzas de la materia principalmente las que rigieron el Antiguo Consulado de Sevilla modificadas por el reglamento de 12 de octubre de 1778 para el comercio libre.

4.- LA COMENDA EN INDIAS.

4.1.- Legislación: La Recopilación de las Leyes de Indias de 1680.

4.1.1.- Introducción.

La comenda se regula en diversas Leyes de la Recopilación de la Leyes de Indias de 1680 aplicándose de forma subsidiaria a lo que la costumbre mercantil tenía por conveniente. La Recopilación se refiere, en esta materia, a dos cuestiones:

- a.- Los consulados, su funcionamiento y su jurisdicción sobre encomiendas.
- b.- Normas referentes a los factores, comerciantes y otros obligados por las encomiendas.

4.1.2.- Los Consulados de Sevilla, Lima y Méjico.

La Ley 9.6.22⁽⁴⁷⁾ de la Recopilación de las Leyes de Indias establece la jurisdicción del Consulado de Sevilla para conocer de los casos que se refieran

(47) Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias de 1680, Ed. conmemorativa al 5º Centenario en el LXXV Aniversario de la Escuela Libre del Derecho, Méjico 1987, pág. 167.

al tráfico mercantil en Indias en los siguientes términos: “Damos poder y facultad, y concedemos jurisdicción al Prior y Cónsules de la Universidad de cargadores de la Ciudad de Sevilla, para que puedan conocer y conozcan de todas, y qualesquier diferencias, y pleytos, que huviere, y fe ofrecieren fobre cosas tocantes y dependientes á las mercaderías, que fe llevaren, ó enviaren á las Indias, y fe traxeren de ellas, y entre Mercader y Mercader, y compañía y factores: afsi fobre compras, y ventas, y cambios, fe guros, y cuentas, y compañías, que hayan tenido y tengan: como fobre fletamentos de Navios, y factores que los dichos Mercaderes, y cada vno dellos, huvieren dado á fus Factores, afsi en eftos Reynos, como en las Indias, y fobre todas las otras cofas, que acesceren, y fe ofrecieren, tocantes al trato, comercio, y mercaderías de las Indias, para que lo oigan, libren, y determinen breve, y fumariamente, fe gun eftylo de Mercaderes, fin dar lugar á dilaciones.”

Así mismo, conocerán de las causas criminales cuando factores y compañeros defrauden alguna hacienda correspondiendo, en estos casos, la sustanciación de una causa criminal. La Ley 9.6.24⁽⁴⁸⁾ dice: “Mandamos, que fi el Prior, y Consules hallaren en alguna parte á qualquier Compañero, ó Factor, que haya tomado, y defraudado de la hazienda de fus compañeros, ó de fu Amo, que puedan proveer cerca de la reftitucion, y recaudo de la dicha hazienda, lo que les pareciere convenir...” Como vemos se distingue claramente distintos supuestos asimilando el concepto de factor al de un arrendamiento de servicios ya que depende de un amo, mientras que hay otros casos de socios-compañeros que defraudan la hacienda de la sociedad a la que pertenecen.

El Libro 9, Título 46 habla de la creación de los Consulados de Méjico y Lima, establecidos por normas de Felipe II del día 15 de junio de 1592, de 9 de diciembre de 1593 y de 8 de noviembre de 1594 y de Felipe III en el día 15 de abril de 1618, para que ejerzan funciones similares a las del Consulado de Sevilla y establecen las reglas para la elección del personal a su cargo, como son el Prior, los Consules y Diputados que deberán ser elegidos por mercaderes, casados y viudos con más de 25 años de edad, conforme a una reglas establecidas en las Leyes 9.46.6; 9.46.7; 9.46.8; 9.46.9; 9.46.10; Entre las causas que pueden conocer el Prior y los Cónsules se encuentran las siguientes: “El Prior, y Cónsules de eftos dos Confulados, conozcan de todas, y qualesquier diferencias, y pleytos que huviere, y fe ofrecieren, fobre cofas tocantes, y dependientes á las mercaderías, y tratos dellas, y entre Mercader, y Mercader, Compañeros,

(48) Ver nota 47, pág. 168.

Factores y Encomenderos, compras, ventas, trueques, cambios, quiebras, feugros, cuentas, compañías que hayan tenido, y tengan, y Factorias, que los Mercaderes, y cada vno de ellos huvieren dado á fus Factores, afsi en los Reynos, y Provincias de Nueva Efpaña, y el Perú, como fuera de ellos, y fobre fletamentos de requas, y Navios entre fus dueños, y Maefres, y fus cuentas, y los dichos, y fus Fletadores, y Cargadores, fobre el cumplimiento de fus conciertos, y fletamentos, entregos de mercaderias, y otras cofas, pagas de ellas, y de fus daños, y averias, y de fus fletes, y otras diferencias, que refultaren de los dicho, y de las que huviere entre los Maefres, y Marineros, fobre las cuentas, y ajuftamientos de fus montos, y foldadas, y de todas las demás cofas que acaescieren, y fe ofrecieren, tocantes al trato de mercaderias, y de todo lo demás de que pueden, y deven conocer los Consulados de Burgos, y Sevilla, guardando, y cumpliendo primero, y principalmente lo difpuefto, y ordenado por las leyes de efte título, y Recopilación.” (9.46.28)⁽⁴⁹⁾ Como podemos apreciar se refiere expresamente a los casos de encomienda mercantil.

4.1.3.- *Obligaciones de los factores y comerciantes.*

Vamos a analizar, seguidamente, las obligaciones de los factores y comerciantes recogidas en la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680:

a.- Obligación de los factores y compañeros de llevar una contabilidad ordenada. La Ley 9.46.59⁽⁵⁰⁾ establece que “Ordenamos y mandamos, que los Factores, ó Compañeros, que recibieren oro, ó plata, ó poderes para emplear, ó mercaderias para vender, ó affentar en compañías, tengan libros de gaftos por menor, empleos, compras, y ventas, con toda claridad, y diftincion, dia, mes, y año, con los nombres de las perfonas, y Corredores, para dar las cuentas por los dichos libros: y fi fueren arguidos de falfos, el Consulado ordene, que fe hagan las cuentas por las menores cofas, mas baratas compras, y mas crecidas ventas, que en los mifmos tiempos, lugares, y generos fe huvieren hecho por otros, y los condene en los daños recrecidos, y privacion de oficio, y cargo de factores.”

b.- Los factores desempeñaran sus cargos según se le ordenase corriendo a su cargo los riesgos del viaje tanto de ida como de vuelta. Así lo dice la Ley 9.46.60⁽⁵¹⁾: “Los Factores....hagan los empleos, donde, y en la forma que les

(49) Ver nota 47, pág. 138.

(50) Ver nota 47, pág. 143.

(51) Ver nota 47, pág. 143 y 144.

ordenaren, con toda puntualidad, fin mudar intento, pena de que ferá por fu cuenta el riefgo de ida y buelta...”

c.- Tampoco podrá el factor comprar mercaderías al fiado. La Ley 9.46.61⁽⁵²⁾ fija que “...Ningun Factor, que recibiere dinero de perfonas del comercio... pueda comprar mercaderias fiadas para fi, ni obligarfe como principal, ni fiador, ni por dinero, reduciendolas á él por haverlo tomado á daño para comprarlas...”.

d.- Los factores tendrán que emplear todo lo que llevaren de sus encomenderos, así “Los Factores empleen en mercaderias toda la plata, y oro de fus Encomenderos, conforme á fus memorias; y fi no lo hizieren, les paguen los generos que faltaren, á los precios mas fubidos que valieren al tiempo de entregar lo demás empleado.” (Ley 9.46.62)⁽⁵³⁾.

d.- También están obligados a regresar en la primera flota o navío que salga para las Indias una vez se le haya contratado para su cargo: “Quando los Factores llegaren á Epaña, o á la parte adonde fueren á emplear, fi eftuvieren para falir flota, ó Navios, en que con buena diligencia fe puedan defpachar, y bolver, u fe bolvieren otros Factores, que con ellos hayan ido, fean obligados á hazer lo mifmo...” (Ley 9.46.63)⁽⁵⁴⁾.

e.- La rendición de cuentas se realizará en el lugar donde se otorgasen los factorajes o compañías: “Los Factores, ó Compañeros, que otorgaren factorages, ó compañías, fean obligados a ir á las partes de los otorgamientos, á dar cuentas de las mercaderias, oro, ó plata recebido...” (Ley 9.46.64)⁽⁵⁵⁾.

La Recopilación de la Leyes de Indias consideran como derecho supletorio en estas materias “las leyes, y ordenanças de los Consulados de Burgos y de Sevilla” (Ley 9.46.75)⁽⁵⁶⁾.

4.2.- La costumbre mercantil: Práctica del comercio por intermediario en Indias.

4.2.1.- Derechos y obligaciones de las partes.

Una vez que hemos visto la evolución histórica del derecho supletorio aplicado en Indias, nos queda por tratar el desarrollo de esta figura en la práctica mercantil, regida habitualmente por la costumbre.

(52) Ver nota 47, pág 144.

(53) Ver nota 47, pág. 144.

(54) Ver nota 47, pág. 144.

(55) Ver nota 47, págs. 144 y 145.

(56) Ver nota 47, pág 146.

Una serie de documentos inéditos recogidos en el Archivo de Protocolo de Sevilla nos ponen de manifiesto la consideración, por parte de los notarios del siglo XVI, que fueron calificados como pactos y postura o simplemente como obligaciones, de tal manera que siempre aparecían al principio del documento antes de la frase que acompañan a éstos y antes de empezar "sepan cuantos esta carta vieren..."

La relación jurídica contenida en los documentos podemos describirla del siguiente modo:

Una persona que ha de emprender el viaje a las Indias declara que ha recibido de otra (el capitalista que permanece en Tierra), las mercancías que se determinan y estiman frecuentemente, bien cargadas o para cargar en la nave, que, en ocasiones, ni se las nombra en el documento. En éste caso se trataría de una comenda unilateral con aportación del capitalista solamente. En determinadas ocasiones, el comendatario queda en libertad de venderlas en el puerto, que a su juicio, considere mas oportuno. En cuanto al reparto del beneficio, lo normal es que el comendatario participe de los beneficios y la relación acabaría con el simple cumplimiento. Algunos documentos nos muestran como las relaciones son más duraderas y estables. Por lo general, los comendatarios serían marineros, patrones de nave, algún comité, artífices de la seda, etc... Los comendantes suelen ser mercaderes, banqueros, e incluso podemos leer en algún documento como comerciante a un Comendador de la Orden de San Juan de Jerusalén. Existe también algún supuesto en que aparece alguna mujer como comendante.

La obligación principal del comendatario sería la venta de la mercancía de acuerdo con las instrucciones recibidas del comendante, si las hubiere y, en todo caso, en las condiciones más favorables. Esta obligación se hacía constar en los documentos de la siguiente forma: "me obligo de vender los dichos cueros a los mejores precios que pudiere" (documento número 1) o también podría aparecer: "las cuales beneficiaré y venderé en cualesquier parte del dicho reino de tierra firme de las dichas Indias, que a mi me pareciere, a las personas, y los mejores precios que por ella pudiere haber y hallar al contado y no al fiado." (documento número 2). En ningún caso el comendatario estará obligado a adquirir, con los beneficios obtenidos nuevas mercancías, salvo que así se hubiera estipulado entre las partes. Por todo ello, la función del comendatario terminaría una vez se hubiera vendido las mercancías y hubiese regresado para liquidar cuentas. La existencia de relaciones más amplias, nos queda patente en ciertos documentos en los que se recoge la obligación de ir vendiendo todas aquellas mercancías que sucesivamente le fueran remitidas por el comendante, así como realizar todos

aquellos negocios que le encargase durante su estancia en Indias (documento número 3).

Normalmente, las mercancías eran cargadas en la nave a costa del comendante aunque no siempre ocurría así. Si bien en algunos casos las mercancías se recibían en Indias de manos de consignatarios del capitalista. Por regla general, sería el encargado de venderlas el que viajase con ellas. Los riesgos del “mar y del viento y de la mala gente” lo soporta el comendante aunque algunos documentos nos ponen de manifiesto casos excepcionales en los que el riesgo sería asumido por el comendatario en caso de baratería de este último o del patrón.

Una de las cuestiones primordiales de la comenda mercantil es la distribución de beneficios para los que no suele existir un criterio uniforme y así, algunos documentos nos muestran un reparto proporcional por mitad, otros casos la proporción es de dos tercios para el comendante y un tercio para el comendatario, o en la cuarta parte para éste y el resto para el capitalista, por último, las ganancias del comendatario se pueden calcular atribuyéndole una cuota ideal en el capital: “lo que a los dichos quinientos ducados cupiere de ganancias en las dichas mercaderías y procedido de ellas, bien así como si yo metiere por mi puesto los dichos quinientos ducados rata por cantidad de las dichas ganancias” (documento número 2). Existen algunos documentos excepcionales en que la repartición de beneficios se deja a juicio de uno o de otro e incluso también algunos otros en los que no se determina cuál será la ganancia del comendatario. Junto a estos sistemas de participación en los beneficios, aparece otro donde la ganancia del comendatario se estipula en base a un tanto por ciento.

Por lo que se refiere a la rendición de cuentas, la costumbre mercantil sigue el criterio de que, un vez vendidas las mercancías y hecho el viaje de regreso, el comendatario tenía que rendir personalmente cuentas al comendante, mientras que a éste último podría hacerse a través de un tercero que actuaba en su nombre. Si el contrato había sido de mayor duración las liquidaciones podían ser parciales. El plazo para hacer la liquidación se realizaba del siguiente modo: a lo obtenido se le deduce el capital, las costas, los fletes, los derechos del Rey y el remanente se dividirá entre las partes según lo hubiesen acordado (documento número 4)

Para el cumplimiento de estos contratos las partes se aseguran de alguna manera su culminación. En ocasiones las garantías son prestadas unilateralmente por el comendatario. Sin embargo, encontramos como ejemplos de garantía por las dos partes contratantes: “y ambos a dos los susodichos prometemos y nos obligamos de cumplir esta escritura y lo en ella contenido y de la no reclamar ni

contradecir en ningún tiempo ni por ninguna causa ni razón que sea, so pena que así no lo cumpliere, de y pague a la parte obediente que hubiere por firme doscientos mil maravedies por pena con nombre de interese etc..." (documento número 2). Por lo general, el comendatario se obligaba con su persona, sus bienes muebles e inmuebles, de manera que si no cumplía estaba fijada la prisión y la ejecución de sus bienes sin ser oído y como si se tratara de cosa juzgada y sentencia firme..." (documento número 2). Tratando de asegurar el buen fin de la relación, en ocasiones, el comendatario renunciaba a los recursos, excepciones, privilegios, etc... que podía haber alegado en su beneficio.

4.2.2.- *Naturaleza jurídica.*

4.2.2.1.- *Según los Notarios de la época.*

Los Notarios, al realizar las escrituras, no se plantearon el problema de cual era la naturaleza jurídica de estos contratos y así, en algunos casos, aparecen considerados como meros contratos de sociedad y otros lo califican de contrato de factoraje. En ocasiones, ni siquiera se plantean su calificación y la sustituyen por una breve descripción de su contenido esencial.

Si partimos de cuales son las relaciones que se crean entre las partes, en las que uno de ellos, bien en nombre propio o en el del principal, pero siempre por cuenta de éste realiza actos de comercio como sería la compra o venta de mercancías o el cobro de deudas, nos encontraríamos ante la figura jurídica del mandato, que sería el título jurídico que legitimaría su actuación.

Son más frecuentes los contratos de factoría equiparados con el de encomienda. Los documentos reflejan al factor como un hacedor de los negocios de otro o de una compañía por cuenta de la cual actúa, pero de una manera continua y permanente que viene prevista en el contrato. Por ello, se acerca esta figura a la de un procurador. Ahora bien, tenemos que tener en cuenta que la figura del factor no es unívoca sino que coexisten varias de ellas. Así destacan la de factor-servidor y la de factor-compañero. El primero, a través de los documentos que hemos estudiado, podemos comprobar que se encarga la prestación de servicios concretos: "vender, comprar, negociar todas las mercaderías que fueran mandadas y encargadas según y de la manera y forma que se acostumbra a hacer entre factores y mercaderes". Existe, por tanto, una dependencia del factor que se aproxima al socio que aporta su trabajo, industria o lo que se ha dado en llamar la solicitud de su persona y, como podemos apreciar la idea de servi-

cio desaparece, por lo que ya no nos encontraríamos ante un mandato puro. La diferencia de condición entre factores-servidores y factores-compañeros radica en la mayor exigencia de responsabilidad a la que está obligado.

Por último, otro de los términos más usados por los Notarios es el de comisión pero este concepto se asimila en los documentos a la encomienda por lo que no hay diferencia alguna con lo que nosotros entendemos como tal. Una cosa similar encontramos respecto al término compañía, por esta vía se encargaría al socio que reside en las Indias la venta o compra de determinadas mercancías o el cobro de deudas, pero cuando prevalece el contrato de compañía sobre el de encomienda, esta última se modifica, de tal modo que la libertad para aceptar o rechazar las encomiendas desaparece.

4.2.2.2.- *Opinión Personal.*

Como podemos apreciar, existen diversas figuras de calificación jurídica del comendatario:

a.- Como socio: Se puede llamar socio a quien se obliga a poner en común con otra u otras personas bienes, dinero e industria con ánimo de partir entre sí las ganancias. Partiendo de esta definición, no podemos considerar al comendatario como socio por que realiza los negocios de otro que le es ajeno. Además, en los documentos habitualmente se diferencian con claridad el status de compañero del status de factor.

b.- Como persona que realiza un arrendamiento de servicios: En algunas ocasiones el factor aparece en los documentos sometido a una retribución fija anual, similar al salario, en todo caso con cierto carácter aleatorio, pero esta cláusula debe entenderse como secundaria respecto a la relación principal que une a las partes entre sí y que en los documentos aparece como sigue “según y de la manera y forma que se acostumbra a hacer entre factores y mercaderes”, por lo que la función que realizan estas personas no se adapta al concepto de arrendamiento.

c.- Como depositario en cuanto persona que tiene obligación de custodiar determinadas mercancías, es decir, mero detentador no propietario con la obligación de ser devueltas o vendidas. Sin embargo, la figura pura de depósito no contempla esta última posibilidad ya que el simple uso significaría el hurto de la cosa.

d.- Como mandatario o apoderado: El poder exige y permite una actuación por cuenta y en nombre del representado, con los mismos efectos que si éste

actuara personalmente. Hay otros casos en que actúa sin poder, por lo que el comendatario realizaría su función por cuenta propia. Estaríamos igualmente ante un caso de mandato de carácter comercial dado que encierra la realización de actos de esta clase.

Tras realizar un breve examen de las funciones asumidas y de las Instituciones afines, podemos concluir afirmando que el mandato es la figura jurídica más utilizada por aquellos que querían realizar sus negocios en Indias sin necesidad de su traslado personal, si bien en algunas ocasiones aparece diluida por la complejidad de tipos que en la práctica se presentan y que contienen elementos tomados de las distintas Instituciones de Derecho que hemos apuntado.

5.- ANEXO DOCUMENTAL.

5.1.- Documento número 1.

*Archivo de Protocolos de Sevilla. Oficio III. Libro I-2º del año 1508.
Fols. 717 rº a 718 rº.*

(fols. 717 rº) Pacto y Postura.- Sepan cuantos esta carta vieren, cómo yo Constantin Griego, marinero de la nao de Lope Sanchez, estante en Sevilla, otorgo y conozco que hago pacto y postura y conveniencia asesegada con vos Garcia de Sevilla, cambiador, vecino de esta dicha ciudad de Sevilla en la collación de San Isidoro, que estades presente, y en tal manera que yo sea tenido (fol. 717 vº) y obligado, y me obligo de cargar en la dicha nao seis cueros para vino vacíos, de cuatro arrobas y media cada uno, para los llevar a las Indias de la Mar Oceano, al Puerto de Santo Domingo, de los cuales dichos cueros me otorgo de vos por bien contento y pagado a toda mi voluntad, sobre lo cual renuncio la excepción de los dos años que ponen las leyes en derecho de la pecunia no contada, ni vista ni recibida ni pagada, los cuales dichos seis cueros van a riesgo y a ventura de vos el dicho Garcia de Sevilla, del mar y del viento y mala gente, salvo de baratería de patrón y comendatario, desde el día y hora que la dicha nao partiere del puerto de las Muelas, donde ahora está, y fuere derechamente a hacer su descarga al dicho puerto de Santo Domingo y echaren la primera ancla, hasta veinte y cuatro horas cumplidas primeras siguientes, corra el dicho riesgo otorgo y me obligo de vender los dichos cueros a los mejores precios que pudiere, y sacando los derechos del Rey todo lo restante que que montare en los dichos cueros que lo partiremos en esta manera: las dos terceras partes para vos el dicho García de Sevilla y la otra tercera parte para mi el dicho Constantin

Griego, las cuales dichas dos terceras partes del precio porque se vendieren los dichos cueros otorgo y me obligo de vos dar y pagar aquí en Sevilla desde el día que la nao llegare a esta dicha ciudad hasta tercero día siguiente, so pena del doblo, y la dicha pena pagado o no todavía vos pague el dicho principal; además de esto si lo así no pagare y cumpliere como dicho es, por esta carta doy poder cumplido a cualesquier alcaldes y jueces, así de la Corte de la Reina Nuestra Señora, como de esta dicha ciudad de Sevilla y de otra cualquier ciudad o villa o lugar, ante quien esta carta apareciere, para que sin yo, no otro por mi, ser llamado a juicio, ni oído ni vencido sobre esta razón, me puedan prender y prendan, y hagan y manden hacer entrega y ejecución en todos mis bienes, y los vendan y rematen luego, sin plazo alguno que sea de alongamiento, y de los maravedies que valieren vos entreguen y hagan pago de estos dicho maravedies, que así hubiéredes de haber según dicho es, y de todas las costas (Fol. 718 rº) que sobre ello se vos recrecieren, bien así como si todo esto fuese cosa juzgada y pasada en pleito, por demanda y por respuesta, y fuere sobre ello dada sentencia definitiva, y la tal sentencia fuese consentida de las partes en juicio; y renuncio que me no pueda amparar ni defender en esta razón por cartas ni privilegios de Rey ni de Reina, ni de otros señores cualesquier, ganados ni por ganar ni por alguna otra razón, ni excepción ni defensión, que por mi ponga o alegue; y para lo así pagar o cumplir obligo a mi y a todos mis bienes, muebles y raices, habidos y por haber. Hecha la carta en Sevilla, estando en oficio de la escribanía pública de mi Juan Ruiz de Porras, escribano público de Sevilla, que es en esta dicha ciudad en la calle de las Gradas de ella, martes primero día del mes de agosto, año del Nacimiento de Nuestro Salvador Jesucristo de mil quinientos y ocho años; y porque no sabía escribir firmaron por él los escribanos de Sevilla yuso escritos. Testigos que lo conocieron ser y llamarse según se nombró: Fernando Gallego, vecino de la villa de Palos, y Juan Gallego, vecino de Triana guarda y collación de esta dicha ciudad. Testigos que fueron presentes a lo que dicho es. Alonso de Cáceres y Juan de la Rentería escribanos de Sevilla... Alonso de Cáceres escribano de Sevilla.- Juan de la Rentería escribano de Sevilla. (Rubricados.)

5.2.- Documento número 2.

Archivo de Protocolos de Sevilla. Oficio XIX. Gaspar de León. Libro 5º del año 1580. Fols. 421 rº 425 rº.

(fol. 421 rº) Obligacion y concierto.- Sepan quantos esta carta vieren como

yo Juan de Salazar, vecino de esta ciudad de Sevilla en la collación de San Marcos, otorgo y conozco a vos Alonso de Velasco, vecino de esta ciudad de Sevilla en la collación de San Marcos, que estais ausente, y digo que por quanto vos el susodicho habeis cargado y registrado ciertas cargazones de mercancías en diferentes naos que van en esta flota que ahora va a la provincia de Tierra Firme de las Indias, de que va por general don Antonio Manrique, que de costo de España suman y montan seiscientas y treinta y cuatro mil y cuatrocientas y cincuenta y un maravedíes, consignadas a Agustín Martínez, estante en la dicha ciudad del Nombre de Dios de Tierra Firme de las dichas Indias, y en su ausencia a Rodrigo León, estante en la dicha ciudad del Nombre de Dios, que las dichas mercaderías y precios de ellas son los siguientes: (...)

(Fol. 422 vº) Que todas las dichas mercaderías a los dichos precios, y las averias de maestre, y derechos de almojarifazgo, suman y montan los dichos seiscientas y treinta y cuatro mil y cuatrocientas cincuenta y un maravedíes. Y vos el dicho Alonso de Velasco, por me hacer bien y buena obra, ordenais a los dichos Agustín Martínez, y Rodrigo de León, que el que de ellos recibiere y cobrare las dichas mercaderías, luego que las reciba y cobre, me las dé y entregue a mi para que yo las beneficie y venda para vos acudir con el dicho procedido; por tanto, por esta presente carta yo me obligo que llevándome Dios en salvamento a la dicha ciudad del Nombre de Dios de Tierra Firme de las dichas Indias, recibiré y cobraré de los dichos Agustín Martínez y Rodrigo de León, o del que (fol. 423 rº) recibiere las dichas mercaderías, y las tuviere en su poder, las dichas mercaderías; las cuales beneficiaré y venderé en cualesquier partes del dicho reino de Tierra Firme de las dichas Indias que a mi me pareciere, a las personas, y por los mejores precios que por ellas pudiere haber y hallar al contado y no al fiado; y el dicho procedido me obligó de os lo traer, y yo venir con ello en el tornaviaje que la dicha flota hiciere para España, registrado en el registro de su majestad de cualquier nao, o naos que me pareciere, a vos dirigido y consignado, y a riesgo de quien lo hubiere de haber; y venido que yo sea en salvamento a esta ciudad de Sevilla, me obligo por mi persona y bienes de os dar buena cuenta y razón con pago, cierta, leal y verdadera, del dicho procedido de las dichas mercaderías; y sino os diere la dicha cuenta y razón con pago, como dicho es, y yo no viniere a os la dar, que vos el dicho Alonso de Velasco la podais hacer y liquidar en mi ausencia, y por todo aquello en que me alcanzáredes que no os hubiere dado la dicha cuenta y razón con pago, buena y verdadera, como dicho es, me podais ejecutar con sólo vuestro juramento, o de quien vuestro poder hubiere, en que difiero la prueba, de como yo el dicho Juan de Salazar no

os di la dicha cuenta y razón con pago de dicho procedido, y de como para la dar no vine de las dichas Indias así puede ser habido, y de los maravedíes que me hiciéredes de alcance, sin otra prueba, de que os relieve; y demás de lo susodicho yo el dicho Juan de Salazar (fol. 423 vº) he sido, y soy de acuerdo y concierto con vos el dicho Alonso de Velasco en que por razón de que yo os beneficie y venda las dichas mercaderías, y tenga cuenta con el buen despacho de ello, me hagais, como me haceis, participe en las ganancias de las dichas mercaderías, y lo que hubiere a cantidad de quinientos ducados cupiere de ganancia en las dichas mercaderías y procedido de ellas, bien así como si yo metiere por mi puesto los dichos quinientos ducados, y mercaderías que ellos montaren, y yo he de haber y llevar lo que montare mi parte, y que cupiere por los dichos quinientos ducados rata por cantidad de las dichas ganancias, luego que estén hechas y fenecidas las cuentas de todo ello, y yo haya dado las dichas cuentas, y razón con pago de todo lo susodicho, como dicho es; (...)

5.3.- Documento número 3.

Archivo de Protocolos de Sevilla. Oficio XV. Bernal González Vallecillo. Libro 1º del año 1518. Fols 226 rº 228 vº.

(fol. 226 rº) Obligación.- Sepan cuantos esta carta vieren como yo Juan Diaz Pino, el mozo, cómitre de sus altezas, vecino que soy de Triana, guarda y collación de esta ciudad de Sevilla, otorgo y conozco que he recibido, y recibí de vos Gaspar Centurión, genovés, banquero en esta dicha ciudad de Sevilla, y vecino que sois de ella en la collación de Santa María, que estades presente, las mercaderías siguientes, que costaron los precios siguientes: (...)

(fol. 228 vº) Las cuales dichas mercaderías yo llevo cargadas en la nao que Dios salve que ha nombre Santa María del Antigua, de la cual es maestre Cristobal Vallés, vecino de la villa de Palos, y son en mi poder, de que soy y me otorgo de vos bien pagado y entregado, y contento a toda mi voluntad; y renuncio que no pueda decir ni alegar que los no recibí de vos como sobredicho es, y si lo dijere y alegare que me no valga, y en esto en especial renuncio la excepción de los dos años que ponen las leyes en derecho de la pecunia no vista ni contada, ni recibida ni pagada; por ende, por esta presente carta otorgo y prometo, y me obligo que llevandome Dios a salvamento las venderé en la Isla de Cuba, que es en las Indias del mar Oceano, o en otra cualquier parte de las dichas Indias que a mi mejor me pereciere, y a los mejores precios que por ellas pudiere haber u hallar. Y el precio porque las vendiere me obligo de lo traer, o

enviar a esta ciudad de Sevilla, o hacer de ello aquello que vos el dicho Gaspar Centurión os pareciere y me escribiéredes. Y que sacado el principal, y todas las costas que se hicieren para el beneficiar de la dicha hacienda, que el pro y ganancia que Dios en ella diere, yo el dicho Juan Diaz Pino haya la cuarta parte de la dicha ganancia. Y si por caso vos el dicho Gaspar Centurión, u otro por vos, me enviáredes algunas mercaderías para vender en las dichas Indias haciendo vuestros negocios, que de todo el pro y ganancia, que de las tales mercaderías hubiere, y de los negocios en que entendiere, se hubiere, que de todo ello haya asimismo yo el dicho Juan Pino la cuarta parte de tal pro y ganancia, sacando las costas y lo que hubiere costado las tales mercaderías. Y asimismo por cuanto vos el dicho Gaspar Centurión me habeis dado, y dareis cargo de cobrar algunas deudas de cambios en las dichas Indias: por esta presente carta otorgo y prometo, y me obligo de os dar cuenta con pago buena, cierta y verdadera, sin ningún arte ni engaño, ni colusión alguna, de todo lo que por vos yo así cobraré cada y cuando por vos el dicho Gaspar Centurión, o por dicho vuestro poder hubiere, me fuere pedido y demandado, habiendo y llevando yo el dicho Juan Diaz Pino por mi trabajo uno por ciento de los cambios que así cobraré. Y otro si prometo y me obligo de tener y guardar, y cumplir todo cuanto en esta carta dice, y cada una cosa de ello, según dicho es, y de no ir ni venir contra ello, ni contra parte de ello, por lo remover, ni por lo deshacer en juicio ni fuera de el, en tiempo alguno, ni por alguna manera; y si contra ello fuere o viniere, o lo no tuviere o guardare, y cumpliere según y en la manera que dicho es, que yo sea tenido y obligado y me obligo de (fol. 228 vº) vos dar y pagar y pechar cien mil maravedíes de esta moneda que se ahora usa por pena y por postura, y por pura promisión y solemne estipulación, y conveniencia valedera asesegada que con vos hago y pongo, con todas las costas y misiones, y daños y menoscabos que vos, u otro por vos, hiciéredes y recibiéredes, y se recrecieren sobre la dicha razón; y la dicha pena pagada o no pagada que esta obligación sobredicha valga y sea firme en todo y por todo, según que en ella se contiene. Y demás de esto, si lo así no pagare y cumpliere como sobredicho es, por esta presente carta doy y otorgo libre y llenero, y cumplido poder, a todos y cualesquier alcaldes, y jueces y justicias, así de esta dicha ciudad de Sevilla como de cualquier fuero o jurisdicción que sean, ante quien esta carta pareciere, y de ella y de lo en ella contenido, fuere pedido y demandado cumplimiento de justicia, para que por todo rigor de derecho me costringan y apremien y a lo así pagar y cumplir, y haber por firme como sobredicho es: sobre lo cual renuncio toda apelación, alzada, y vista y suplicación, y agravio y nulidad, que me no vala en esta razón

en juicio ni fuera de el, en tiempo alguno ni por alguna manera. Y para lo así pagar y tener, y guardar y cumplir, y haber por firme como sobredicho es, obligo a mi y a todos mis bienes muebles y raices, habidos y por haber. Fecha la carta en Sevilla, estando en el oficio de la escribanía pública de mi Bernal González de Vallecillo, escribano público de Sevilla, que es en la calle de las Gradass de ella, viernes doce dias del mes de marzo año del nacimiento de nuestro Salvador Jesucristo de mil y quinientos y diez y ocho años. Y el dicho Juan Diaz Pino lo firmó de su nombre. Testigos que fueron presentes a lo que dicho es Diego Martinez de Medina, escribanos de Sevilla.- Juan Diaz.- Diego Martinez de Medina, escribano de Sevilla.- Juan Rodriguez de Medina, escribano de Sevilla (Rubricados).

5.4.- Documento número 4.

Archivo de Protocolos de Sevilla. Escribanía de la Becerra. Fragmento de un libro del año 1536.

(fol. rº) Sepan cuantos esta carta vieren, cómo yo Domingo Diaz, marino, vecino de esta ciudad de Sevilla en la collación de San Vicente, otorgo y conozco que he recibido y recibí de vos Miguel Martinez, curtidor, vecino de esta dicha ciudad en la dicha collación de San Llorente, que estades presente, ciento y dos varas de jerga y cien cajas de carne membrillo, lo cual me obligo a llevar y llevaré a la Nueva España de las Indias del Mar Océano, y lo venderé a los mejores y mayores precios que pudiere haber y hallar, y vendido otorgo y me obligo de vos dar cuenta de ello, y de lo procedido que se hubiere, en esta dicha ciudad de Sevilla, a la vuelta del tornaviaje, cierta y leal y verdadera, sin arte y sin engaño, y de vos acudir y dar y pagar, y acudiré y daré y pagaré tres mil y ciento y diez maravedies, que es el costo por que vos comprastes la dicha jerga. Y por las dichas cajas de carne de membrillo mil y novecientos maravedies, que es el precio que vos costaron; y vos, enterado y pagado de ello, lo que sobrase, sacando primeramente lo susodicho para vos, y costas de fletes y derechos y otras costas, todo lo que Dios diere de ganancia se parta entre mi y vos, en que yo haya de ello la mitad y vos el dicho Miguel Martinez la otra mitad, y así mismo otorgo que he recibido de vos el dicho Miguel Martinez, ciertas menudencias que vos costaron treinta y un reales de plata, los cuales así mismo me obligo de vender en la dicha Nueva España, y vos acudiré con el principal y ganancia, sacando el costo de fletes y otras cosas lo que sobrare se parta entre mi y vos igualmente, lo cual otorgo y prometo de lo cumplir, y de vos dar la

dicha cuenta de tornaviaje en esta dicha ciudad de Sevilla, cierta y leal y verdadera, sin arte y sin engaño alguno como dicho es; y para la paga de las dichas cantidades de maravedíes otorgo y contato ejecutorio, y para que me (fol. vº) puedan prender y prendan, y hagan y manden hacer entrega y ejecución en mi y en todos mis bienes, doquier que los hallaren y los yo haya, y vendan y los rematen luego, sin plazo alguno que sea de otorgamiento, porque de los maravedíes que valieren vos entreguen y hagan pago de las dichas cantidades de maravedíes de suso nombradas, y de las costas que vos recrecieren; sobre lo cual renuncia toda y cualesquier apelación y suplicación, y agravio y nulidad, y todas y cualesquier leyes y fueros y derechos que en mi favor sean, bien así como si todo lo susodicho fuese y pasase en cosa juzgada, y por juez competente fuese dada sentencia definitiva, y por mi consentida y pasada en cosa juzgada; y para lo así pagar y cumplir, obligo a mi y a todos mis bienes, muebles y raíces, habidos y por haber. Hecha la carta en Sevilla, en el oficio de mí Cristóbal de la Becerra, escribano público de Sevilla, jueves dos días del mes de marzo, año del Nacimiento de Nuestro Salvador Jesucristo de mil quinientos y treinta y seis años, y lo firmo de su nombre. Testigos que fueron presentes, Jerónimo de Aguilar y Juan Martínez escribanos de Sevilla.- Obligación de llevar cierta jerga y cajas de membrillo, y de las vender y acudir con la ganancia por mitad.- Juan Martínez escribano de Sevilla.- Cristóbal de la Becerra escribano público de Sevilla.- Domingo Díaz.- Jerónimo de Aguilar escribano de Sevilla, testigo (Rubricados.)

