



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El contrato de mandato en Roma y su régimen actual

Presentado por:

Bárbara Curiel Fernández

Tutor:

Javier Hernanz Pilar

Valladolid, 16 de junio de 2020

1 ÍNDICE

RESUMEN.....	4
ABSTRACT	4
PALABRAS CLAVE	4
KEY WORDS.....	4
1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. EL CONTRATO DE MANDATO EN ROMA.....	8
2.1. Concepto de mandato	8
2.2. Origen del mandato	9
2.3. Fuentes de mandato.....	11
2.4. Rasgos característicos del contrato de mandato	11
2.5. Elementos del mandato.....	17
2.6. Régimen jurídico del contrato de mandato: obligaciones y acciones de las partes	22
2.6.1. <i>Obligaciones del mandante</i>	22
2.6.2. <i>Obligaciones del mandatario</i>	25
2.6.3. <i>Acciones de las partes</i>	29
2.7. Tipos de mandato.....	30
2.7.1. <i>Clasificaciones del mandato</i>	30
2.7.2. <i>Supuestos particulares de mandato</i>	35
2.8. Extinción del mandato	37
2.9. Distinción entre el contrato de mandato y otras figuras	42
2.9.1. <i>El contrato de mandato y la representación</i>	42
2.9.2. <i>El contrato de mandato y el iussum</i>	43
2.9.3. <i>El contrato de mandato y la procuraduría</i>	45
2.9.4. <i>El contrato de mandato y la locatio conductio</i>	48
2.9.5. <i>El contrato de mandato y la negotiorum gestio</i>	50

3.	RÉGIMEN ACTUAL DEL CONTRATO DE MANDATO: EL MANDATO EN ESPAÑA	52
3.1.	Evolución histórica del contrato de mandato en España	52
3.2.	Aspectos preliminares	57
3.3.	Definición de mandato	57
3.4.	Rasgos característicos del contrato de mandato	58
3.5.	Elementos del mandato	60
3.6.	Tipos de mandato: clasificación según distintos criterios	64
3.7.	Régimen jurídico del contrato de mandato en España: obligaciones y derechos de las partes. Efectos.....	66
3.7.1.	<i>Obligaciones del mandatario</i>	66
3.7.2.	<i>Obligaciones del mandante</i>	69
3.7.3.	<i>Efectos</i>	71
4.	COMPARATIVA ENTRE EL CONTRATO DE MANDATO EN ROMA Y EL CONTRATO DE MANDATO ACTUAL EN ESPAÑA	76
5.	CONCLUSIONES	84
6.	ABREVIATURAS	90
7.	ÍNDICE DE FUENTES	91
8.	ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	94
9.	BIBLIOGRAFÍA	95

RESUMEN

El incremento de las relaciones comerciales entre ciudadanos romanos y no romanos a consecuencia de la expansión territorial de Roma generó la necesidad de crear una figura que permitiera a una persona encomendar la realización de ciertas gestiones y negocios jurídicos por medio de otra. Surge así la figura del contrato de mandato, en la que una de las partes, el mandante, encarga a la otra, el mandatario, la ejecución, de manera gratuita, de un acto o gestión en concreto. Este contrato, que en su origen poseía un marcado carácter consensual y que se enmarcaba en el ámbito de la representación indirecta, ha ido evolucionando hasta llegar a nuestro ordenamiento actual, donde se regula con cambios que se apuntaron al final de la época romana, como la posibilidad de pactar una remuneración o la responsabilidad ampliada a supuestos de culpa. También incluye otras innovaciones ajenas al ámbito romano, como la representación directa.

ABSTRACT

The increase in commercial relationships between Roman and non-Roman citizens because of the territorial expansion of Rome, generated the need to create a figure that would allow a person to entrust certain legal procedures and business through another. Thus, emerges the figure of the contract of mandate, in which one of the parties, the mandator, instructs the other, the mandatary, the execution, for free, of a specific act or management. This contract, which originally had a marked consensual character and reflected the indirect representation, has evolved to reach Spanish legal system, where it is regulated with some differences pointed out at the end of the Roman period, like the possibility of setting a remuneration or an extended responsibility to cases of guilt. It also includes some other innovations out of the Roman context, such as the assumption of the direct representation.

PALABRAS CLAVE

Mandato, mandante, mandatario, *ius Gentium*, consensualidad, gratuidad, bilateralidad imperfecta, *actio mandati*, buena fe, *iussum*, *ratihabitio*, teoría de la representación.

KEY WORDS

Mandate, *iussum*, *procurator*, mandator, mandatary, *ius Gentium*, consensuality, gratuity, bilaterality, *actio mandati*, good faith, *iussum*, *ratihabitio*, theory of representation.

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de mandato encuentra su origen en el siglo III a.C., como una figura jurídica que pretende dar respuesta a una necesidad contingente: la expansión territorial de Roma conllevó el incremento del tráfico jurídico entre ciudadanos romanos y no romanos que debía ser regulado, al tiempo que debía permitir la representación de intereses de dos partes que podían no encontrarse en el mismo espacio geográfico, actuando el mandante a través del mandatario. Así, una de las partes contratantes, conocida como mandatario, se obliga al cumplimiento de manera gratuita de un encargo que la otra parte, el mandante, le hace.

Ante la imposibilidad de aplicar el *ius Quiritium* a este tipo de relaciones, se recurrió al marco del *ius Gentium*, en el que prima el carácter consensual -el mero acuerdo entre las partes contratantes- para formalizar el contrato.

A diferencia de otros contratos recogidos en el *ius Gentium*, el mandato presenta un carácter bilateralmente imperfecto, ya que las obligaciones se generan para el mandatario, mientras que el mandante sólo queda obligado de manera eventual, en el caso de que tenga que afrontar la devolución de una cantidad pagada o una indemnización por los daños y perjuicios causados en la ejecución del contrato.

La buena fe y la gratuidad también son notas características del contrato. No obstante, en este trabajo nos detendremos en la evolución de su carácter gratuito. De considerar nulo el mandato en presencia de una remuneración, esta pasará a ser admitida en época del Principado, no como una contraprestación económica por el servicio prestado por el mandatario, sino como una gratificación. Este *honorarium* sólo podrá ser reclamado a través de la *cognitio extra ordinem*.

Sin embargo, para asegurar el cumplimiento de las demás obligaciones del contrato, las partes tienen reconocida una acción específica: la *actio mandati*, directa -si es ejercitada por el mandante contra el mandatario-, e indirecta, -si es el mandatario el que actúa contra el mandante-.

Otras cuestiones que serán abordadas atañen a las obligaciones adquiridas por las partes, así como a los modos en que se extingue el contrato. La posible admisión del mandato post mortem, así como las consecuencias jurídicas del exceso de mandato (una actuación por parte del mandatario que excede los límites fijados por el mandante), serán tratadas en el texto.

Para finalizar el análisis de esta figura en el Derecho romano, pondremos en valor las diferencias del mandato con otras instituciones afines. Comenzaremos estudiando el papel de la representación en Derecho romano y su relación con el contrato de mandato. En el ámbito romano se reconoce la representación indirecta (actuar por cuenta del representado, pero en nombre propio), por lo que, en principio, el nexo obligacional une al mandatario con un tercero; para que esos efectos repercutan sobre el mandante, se requerirá una actuación posterior. Tras ese primer análisis, confrontaremos al contrato de mandato con otras figuras como el *iussum*, la procuraduría, la *locatio conductio* y la *negotiorum gestio*.

Antes de continuar, recapitulamos tres elementos del mandato: carácter consensual, gratuidad -con matizaciones como resultado de la evolución histórica- y representación indirecta son sobre los que pivota el contrato de mandato en la época romana.

En la segunda parte de este trabajo se pretende mostrar la evolución posterior de esta institución. Relegada al olvido durante buena parte de la Edad Media -una sociedad feudal encontraba relaciones de dependencia entre señores y siervos para realizar gestiones que hubieran podido encomendarse vía mandato-, es rescatada parcialmente por Las Partidas de Alfonso X el Sabio en el siglo XIII.

Desde entonces, avanzamos hasta la etapa de la codificación del Derecho Civil para descubrir una regulación en el pionero *Code* francés de 1804, el célebre Código Napoleónico, que supone una evolución respecto al Derecho Romano al optar por el mandato representativo entendido como la representación directa, al tiempo que admite el mandato remunerado.

El otro gran código continental de la época, el *Codice civile* italiano de 1865 se configuró con mayor flexibilidad, al admitir tanto el mandato representativo, como el mandato sin representación, dando cabida a la representación directa e indirecta en esta figura.

Con estas dos aportaciones, los sucesivos Códigos y proyectos de Código Civil en España van mutando la consideración del contrato de mandato, hasta llegar al texto de 1889. En los artículos 1709 a 1739, se adopta una visión más moderna de esta institución.

Además, cabe destacar que, al igual que ocurría con el mandato de crédito en Roma, subsiste una figura en nuestro ordenamiento, la comisión mercantil, que no es más que un mandato cualificado en función de la habilitación profesional de una de las partes contratantes. Esta figura, regulada en los artículos 244 a 246 del Código de Comercio sigue

estando presente en el tráfico jurídico, frente al carácter más residual que ha adquirido el mandato civil.

En definitiva, este trabajo persigue señalar las peculiaridades del mandato romano, como gestión esencialmente gratuita de negocios ajenos, poniendo el foco en aspectos como la representación y el carácter consensual.

2. EL CONTRATO DE MANDATO EN ROMA

2.1. Concepto de mandato

El mandato responde a los caracteres de un contrato consensual, imperfectamente bilateral, de buena fe y esencialmente gratuito. Consiste en un encargo que el mandante realiza al mandatario y que éste debe ejecutar sobre la base de la confianza y la amistad, pudiendo tratarse de un asunto particular o proyectarse sobre el conjunto del patrimonio del mandante.

Esta definición procede de las señas contenidas en diversos textos que serán analizados en los siguientes epígrafes destacando, a modo de introducción, tres de ellos:

Las Instituciones de Gayo:

*Gai, 3, 155 ss: "Mandatum consistit, siue nostra gratia mandemus siue aliena; itaque siue ut mea negotia geras siue ut alterius, mandauerim, contrahitur mandati obligatio et inuicem alter alteri tenebimur in id, quod uel me tibi uel te mihi bona fide praestare oportet."*¹.

Contribuciones de Paulo recogidas en el Digesto:

*D.17,1,1 (libro XXXII ad Edictum): "Obligatio mandati consensu contrahentium consistit"*².

*D17, 1,1,4 (libro XXXII ad Edictum): "Mandatum, nisi gratuitum, nullum est"*³.

Así, el primero de los textos enuncia el contenido del mandato, entendido como la conducta a ejecutar por el mandatario pactada con el mandante, sobre la base de una bilateralidad imperfecta, y mediante una relación basada en la buena fe. Al respecto, Nicholas matiza que, aunque el servicio pudiera ser de naturaleza diversa, lo normal era la constitución de un mandato para celebrar un contrato o distintas operaciones legales para con terceros.⁴

Los dos textos restantes apuntan al carácter consensual del contrato -y, por tanto, a la ausencia de exigencia de una forma concreta-, así como a la gratuidad que ha de conducir esta figura, al menos en su etapa inicial.

¹Gai, 3, 155 ss: "El mandato se establece tanto si mandamos en nuestro interés, como en interés ajeno; así pues, si yo te mando que gestiones mis negocios o los de otro, se contrae la obligación de mandato y quedamos obligados recíprocamente el uno con el otro en lo que se deba hacer de buena fe, yo para ti y tú para mí".

² D.17,1,1 trad. Castellano: "La obligación del mandato consiste en el consentimiento de los contratantes".

³ D.17,1,1,4 trad. Castellano: "El mandato, si no es gratuito, es nulo".

⁴ NICHOLAS, B. *Introducción al Derecho Romano*. Madrid: Civitas, 1987. Página 244.

Para avanzar en la comprensión del concepto, resulta útil acudir al análisis de su origen etimológico.

Así pues, es generalmente admitido que el término mandato deriva de la palabra latina “*mandatum*” que, a su vez, procede de “*manum dare*”, en cuyo origen significaba “*confiar*” una cosa a alguien, otorgar a otro el poder de representación⁵, o “*manu datio*”, ritual mediante el cual las partes contratantes, utilizando sus manos, escenificaban la promesa del cuidado mutuo y recíproco de sus distintos encargos e intereses⁶.

En lo relativo a los términos con los que se distinguía a las partes contratantes, al que realizaba el encargo se le denominaba *mandator* (mandante), mientras que a quien lo recibía y aceptaba se le designaba como *procurator o is qui mandatum accepit* (mandatario)⁷.

2.2. Origen del mandato

Desde un punto de vista histórico, podemos acotar el momento de su surgimiento a un intervalo comprendido tras la *lex Aquilia* y la época de Cicerón. Esta acotación, planteada por von Mayr⁸, se fundamenta en que la *lex Aquilia* reconocía una acción contra el *adstipulator* desleal que perdería su razón de ser con la *actio mandati* propia del contrato de mandato, encontrándose esta última ya recogida en tiempos de Cicerón. Por tanto, se ubica en el ámbito de la República, probablemente en el entorno del siglo III a.C.

En la época primitiva, con un tráfico jurídico enmarcado en el ámbito territorial más próximo, lo que se consigue a través del mandato podía lograrse mediante alternativas como un *procurator*, que habitualmente caía dentro de la jurisdicción doméstica del principal.

Sin embargo, con la expansión territorial de Roma y con el incremento de relaciones entre ciudadanos romanos y no romanos, nació la necesidad de articular el mandato para la

⁵ NEGRO COSTEA, J. L. *Representación, Mandato y Poder*. Madrid: Escuela Militar de Intervención. Curso de perfeccionamiento en notaría militar. Ministerio de Defensa, 2010. Página 66.

⁶ Así lo recoge San Isidoro en sus Etimologías 5.24.20 “*Mandatum dictum, quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat*” SAN ISIDORO DE SEVILLA. *Etimologías, I. Edición Bilingüe preparada por José Oroz Reta*. Madrid: 1982. Páginas. 522-523.

⁷ BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho privado romano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006. Página 471.

⁸ VON MAYR, R. *Historia del derecho romano*. 2 volúmenes, segunda edición. Barcelona: Editorial Labor, S.A., 1930-1931. Volumen I. Páginas 219 y 225.

ejecución de determinadas tareas o negocios jurídicos que encontraban barreras en la versatilidad que requiere el tráfico comercial y en la dispersión geográfica. Así, el mandato se reconduce a través del *ius Gentium* y, en consecuencia, presenta un carácter consensual, con el que bastaba el consentimiento de las partes para la realización del contrato. Esta característica -compartida por el mandato, el arrendamiento, la compraventa y la sociedad- está presente en figuras que perfeccionan operaciones tan frecuentes y de trascendencia práctica que son conocidas en todos los ordenamientos jurídicos⁹.

En base a las tesis formuladas por Arangio-Ruiz, los contratos consensuales, enmarcados en el *ius Gentium*, aparecen cuando se requieren figuras jurídicas que ofrezcan unos resultados similares para los ciudadanos no romanos que los que ya podían obtenerse a través de los cauces que el *ius Civile* consagraba a los ciudadanos romanos¹⁰.

Como se ha señalado, el surgimiento de esta figura se debe a la expansión comercial que prosiguió a la expansión territorial. El auge de las relaciones comerciales entre ciudadanos romanos y no romanos abrió un nuevo capítulo en la gestión territorial y propició una mayor relación entre los pueblos. Ante la imposibilidad de aplicar el *ius Quiritium*, surgió la necesidad de crear figuras análogas a las que regulaban las relaciones entre romanos. Además, debían tener en cuenta la realización de gestiones comerciales con personas que se encontraban en lugares distintos.

No obstante, von Mayr¹¹ aprecia un germen del mandato en épocas anteriores al considerar, cuanto menos, que el concepto y su nombre no eran desconocidos en la vida económica y social de Roma, avalando esta idea con las referencias a la *res mandata* que realizó Plauto en varias ocasiones.

Al margen de esta matización, en el plano doctrinal encontramos dos posturas diversas sobre el surgimiento y, en consecuencia, sobre la protección a la que quedaban sujetas las partes de este contrato. Así, para Lombardi¹², se manifiesta en la articulación de relaciones entre ciudadanos romanos y peregrinos, quedando bajo la defensa del pretor

⁹ PETTI, E. *Tratado elemental de derecho romano*. Madrid: Editorial Saturnino Calleja, S.A., 1926. Página 372.

¹⁰ ARANGIO-RUIZ, V. *Il mandato in Diritto Romano. Corso di Lezioni svolto nell'Università di Roma 1958-1949*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. Páginas 45 a 47.

¹¹ VON MAYR, R. *Op. Cit.* Volumen II. Página 186.

¹² LOMBARDI, G. *Sul concetto di "ius Gentium"*. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1947. Página 15.

urbano. Será posteriormente cuando, basándose en el aumento de este tráfico jurídico, se establezca la figura del pretor peregrino.

Por otro lado, Arangio-Ruiz¹³ proclama que, desde el primer momento, estas instituciones quedaban sujetas al pretor peregrino, a consecuencia de su origen en el *ius Gentium*. Será cuando pasen a ocuparse de los negocios entre ciudadanos romanos y peregrinos cuando lleguen a la esfera del pretor urbano.

2.3. Fuentes de mandato

Encontramos alusiones a la figura del mandato en diferentes textos romanos, encontrándose el grueso principal de los mismos en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano: Digesto, 17.1 (mandati vel contra) y 3.3 (de procuratoribus et defensoribus); Instituciones, 3.26 (de mandato); Codex, 2.12 (de procuratoribus) y 4.35 (mandati)¹⁴.

2.4. Rasgos característicos del contrato de mandato

Una vez definido ya el concepto del mandato y analizadas sus principales fuentes, pasamos ya al examen de los rasgos característicos de este contrato. Siguiendo las distintas definiciones de mandato aportadas por diversos autores, como la que realiza Longo¹⁵, podemos destacar como notas distintivas del contrato de mandato las siguientes:

2.4.1. La consensualidad

Supone el perfeccionamiento del contrato por el mero acuerdo entre las partes, entendido como la prestación del consentimiento, sin que se precise el cumplimiento de una fórmula predeterminada. Constituye una nota común a los contratos consensuales emanados del *ius Gentium*. Dicho consentimiento es suficiente para la perfección del contrato y puede

¹³ ARANGIO-RUIZ, V. *Op. Cit.* Página 45.

¹⁴ PÉREZ MARTÍN, Antonio. “Mandato y Representación en el Derecho Histórico”. *Anales de derecho*. Universidad de Murcia, núm. 12, 1994, página 207.

¹⁵ LONGO, G., v. “mandato”, en *NNDI X*. Torino: Editrice Torinese, 1957. Página 106: “los elementos del contrato en Derecho romano, son, por tanto, la consensualidad, la actividad que debe llevarse a cabo, [...], la gratuidad”, “se trata de un contrato bilateral imperfecto”.

ser este tanto expreso como tácito¹⁶. En lo relativo a este último, debe quedar patente la voluntad cierta de contraerlo, disponiendo obligatoriamente el que consiente tácitamente de la posibilidad de oponerse tanto física como jurídicamente¹⁷. A esta consensualidad alude Paulo en:

D. 17,1,1 pr. (*Paul. 32 ad. ed.*): “*Obligatio mandati consensu contrahentium consistit.*”¹⁸

Encuentra reiteración en los textos de Ulpiano:

D. 17,1,18 (*Ulp. 40 ad sab.*): “*Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intellegitur.*”¹⁹

Y también es destacado por Gayo manifiestamente en sus Instituciones:

*Gai, 3, 135: “Consensu fiunt obligationes in emptionibus etuenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.”*²⁰

Ahondando en esta característica, Gayo señala en sus Instituciones que la ausencia de formalidades para la celebración del mandato permite que se pueda contraer también entre ausentes:

*Gai, 3, 136: “Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.”*²¹

¹⁶ MIQUEL, J. *Curso de Derecho Romano*. Barcelona: PPU, 1987. Página 399.

¹⁷ NEGRO COSTEA, J. L. *Op. Cit.* Páginas 67 y 68.

¹⁸ D.17,1,1 pr. (*Paul. 32 ad ed.*), que afirma que el requisito de la obligación es el acuerdo entre las partes.

¹⁹ D. 17,1,18 (*Ulp. 40 ad sab.*) trad. Castellano: “*Se entiende que manda el que tolera el mandato ajeno de que se le haga un préstamo.*” Página 626.

²⁰ *Gai, 3, 135*, trad. Castellano: “*Se contraen obligaciones mediante el consentimiento en las compraventas, en los arrendamientos, en las sociedades, en los mandatos.*”

²¹ *Gai, 3, 136*, trad. Castellano: “*Y decimos que por estos modos se contraen las obligaciones mediante el consentimiento porque no se requiere ninguna formalidad ni de palabras ni de escritura, sino que es suficiente con que consientan aquellos que realizan el negocio. Por lo que tales negocios se contraen también entre ausentes, como, por ejemplo, por carta o por un mensajero entre las partes, mientras que, por el contrario, la obligación por las palabras no puede contraerse entre ausentes.*” Página 264.

Ahora bien, este carácter consensual nos permite realizar una delimitación negativa del contrato de mandato. Al ser preciso el consentimiento de ambas partes contratantes, en el caso de que una persona realice negocios de otro y este último lo ignora, no nos encontramos ante un mandato, sino ante una gestión de negocios ajenos o "*negotiorum gestio*"²² que analizaremos más adelante. Es cierto que podría plantear una delimitación difusa con el mandato tácito, que quedaría marcada por la prestación del consentimiento del mandante - más concretamente, por la existencia de una facultad expresa de oposición por parte del mandante- y, por tanto, por el conocimiento que implica sobre las acciones a ejecutar por el mandatario.

Realizada esta precisión, vamos a centrar el análisis del elemento consensual del mandato en una cuestión: el carácter verbal o escrito del consentimiento.

Comienza el debate a raíz de un texto de Paulo que, al enunciar algunas de las palabras que podían dar lugar al surgimiento del mandato, realiza la siguiente afirmación:

D. 17,1,1,2 (*Paul. 32 ad ed.*): "*Iten sive "rogo" sive "volo" sive "mando" sive alio cuocumque verbo scripserit, mandati actio est.*"²³

La controversia se genera en torno a la consideración del término *scripserit*, traducido literalmente como "escrito". Destacan las aportaciones de tres autores a este respecto.

Para Arangio-Ruiz existe una modalidad de contrato de mandato que se formalizaba por escrito, el ejecutado a través de la *procuratio ad litem* en la época postclásica y Justiniana. En los demás casos, aboga por una línea de contratos en la que los romanos redujeron el empleo de documentos a aspectos en los que resultaban imprescindibles, como en la *testatio*, de manera que no se requería la forma escrita para otras formas de mandato.

Para Donatuti lo esencial es la fijación de los términos del contrato consensual. De esta forma, considera que no es necesario ningún tipo de palabra o fórmula especial, llegando a otorgar validez a la manifestación de voluntad mediante gestos, como una simple afirmación con la cabeza.

²² NEGRO COSTEA, J. L. *Op. Cit.* Página 68.

²³ D. 17,1,1,2 (*Paul. 32 ad ed.*) trad. Castellano: "*Asimismo se da acción de mandato tanto si hubiera escrito «ruego» como «quiero», «mando», o cualquier otra expresión.*"

Por su parte, Watson²⁴. defiende que la presentación por escrito no está exenta de importancia: “si pides verbalmente a alguien que haga algo por ti, ni las partes ni los testigos recordarán las palabras exactas que fueron empleadas. En este caso, el tenor literal es básico. Así, si existe una forma escrita, contamos con un registro permanente de las palabras usadas. Cuando tratamos con palabras concretas que pueden constituir un mandato, es natural pensar en un mandato escrito”

Ahora bien, Watson llega a articular un punto de unión entre las tres visiones. Para ello, considera que la *non prohibere* (o *patientia*) -especie de consentimiento tácito-, puede convertirse en *mandare* (o *voluntas*). Esto se puede conseguir con el simple gesto de afirmación con la cabeza que, consecuentemente, venga refrendado por la acción del mandatario.

Al margen de esta cuestión y, como última precisión en relación con el consentimiento, cabe apuntar que éste puede ser retirado, dando lugar a una causa de extinción del mandato: si la retirada procede del mandante, se habla de la revocación; mientras que si procede del mandatario, se califica como renuncia.

En ambos casos, para evitar incurrir en otro tipo de compensaciones, la retirada del consentimiento ha de producirse mientras se encuentra la *res integra*, de manera que no sobrevengan perjuicios para ninguna de las dos partes. En caso de que se hayan producido gastos o ya no se encuentre intacto el objeto del contrato, pueden derivarse responsabilidades. Esta cuestión será analizada en el epígrafe dedicado a las causas de extinción del mandato.

2.4.2. *La bilateralidad imperfecta*

El mandato es un contrato bilateral imperfecto, lo que quiere decir que del mismo se generan siempre obligaciones para una de las partes, el mandatario, pero únicamente de manera eventual para la otra, para el mandante.²⁵ Entre otros supuestos, surgen obligaciones para el mandante en aquellos casos en los que el mandatario se ve en la obligación de cubrir ciertos gastos de manera personal o cuando el cumplimiento del mandato le genera un perjuicio²⁶, siempre que no incurra en el supuesto de exceso de mandato. En este último caso,

²⁴ WATSON, A. *Contract of mandate in Roman Law*. London: Oxford Clarendon Press, 1961. Página 62.

²⁵ MIQUEL, J. *Op. Cit.* Página 399.

²⁶ PANERO GUTIÉRREZ, R. *Derecho Romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. Página 604.

como veremos más adelante, habría que precisar el alcance de la obligación del mandante con respecto al mandatario, sobre la base del enfrentamiento de posturas entre los Sabinianos y los Proculeyanos.

Otra vertiente de la bilateralidad imperfecta aparece marcada en el momento en que surgen las obligaciones para las partes. Así, la obligación para el mandatario -consistente en cumplir con el encargo recibido-, surge desde el mismo momento en que se perfecciona el mandato; mientras tanto, la eventual obligación del mandante -para resarcir al mandatario por los gastos y perjuicios-, surge en un momento posterior, generalmente tras la ejecución del contenido del mandato.

Algunos autores cuestionan esta bilateralidad imperfecta ya que, al tratar de una forma conjunta los requisitos de consensualidad y bilateralidad, entienden que el vínculo obligatorio surgido directamente de la *bona fides* alcanzaba a las dos partes de forma recíproca²⁷. Sin embargo, estas dudas parecen ceder ante textos como el recogido en Gayo D.17,1,41: “*potest et ab una duntaxat parte mandati iudicium dari*”²⁸, enunciando un supuesto en el que el mandato puede dar lugar al ejercicio de acciones únicamente por una de las partes (el mandante).

Como última nota, podemos añadir que la bilateralidad imperfecta sólo alcanza al contrato de mandato: los demás contratos consensuales (arrendamiento, sociedad y venta) comprenden obligaciones recíprocas para ambas partes²⁹.

2.4.3. La gratuidad

El mandato es un contrato esencialmente gratuito, pues el negocio se fundamenta en las ideas de la confianza y la amistad, no debiendo el mandante estipular pago alguno al mandatario en términos de compensación por el ejercicio de la actividad objeto del mandato celebrado.

²⁷ PROVERA, G., v. “*mandato*” (*storia*), en *ED XXV*. Milano: Giuffrè, 1975. Página 311.

²⁸ D. 17,1,41. trad. Castellano: “*También puede darse la acción de mandato solamente por una parte*”. El texto completo se refiere al supuesto de exceso de mandato, reconociendo acciones únicamente a favor del mandante. No obstante, profundiza en la tesis de la bilateralidad imperfecta del contrato de mandato.

²⁹ PETIT, E. *Op. Cit.* Página 372.

Hasta tal punto se consideraba la gratuidad del mandato que incluso Paulo llegó a considerar nulo todo aquel mandato que no fuera gratuito, tal y como lo expresa en:

D. 17,1,1,4 (*Paul. 32 ad ed.*): *“Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.”*³⁰

Continuando con esta línea, Gayo señala en sus Instituciones que el mandato ha de consistir en aquella actividad mediante la cual uno se compromete con otro para realizar algo gratuitamente, de manera que en el caso de que se pactara con remuneración constituiría un arrendamiento de servicios en lugar de un mandato:

*Gai, 3, 162: “In suma sciendum «est, quotiens faciendum» aliquid gratis dederim, quo nomine, si mercedem statuisssem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem, ueluti si fulloni polienda curandaue uestimenta «dederim» aut sarcinatori sarcienda”*³¹.

Las obligaciones del mandante pueden consistir en el resarcimiento al mandatario por los gastos realizados y los daños sufridos en ejecución del encargo -exigible por el mandatario a través de la *actio mandati contraria*-. Sin embargo, esta transmisión pecuniaria se encuadra en el ámbito obligacional, y no plantea ninguna duda sobre el mantenimiento del carácter gratuito del mandato³².

Con el tiempo, sin abandonar la exigencia de la gratuidad, se comenzó a aceptar por parte de un sector mayoritario de la doctrina la posibilidad del pacto de una remuneración entre las partes como muestra de gratitud. Siguiendo a Gómez de la Serna, *“muchos casos se presentan en que se hacen servicios que, por su naturaleza, no pueden ser estimados debidamente, y en que media una recompensa, que más que pago material del servicio es una prueba de reconocimiento por parte de quien lo ha recibido”*³³. Algunos autores como von Mayr apuntan a la época del Principado

³⁰ D. 17,1,1,4 (*Paul. 32 ad ed.*) trad. Castellano.: *“El mandato es nulo, si no es gratuito, pues tiene su origen en los buenos oficios de la amistad, y esto es incompatible con el salario; así, si interviene una cantidad, el negocio se parece más a un arrendamiento.”*

³¹ *Gai, 3, 162*, trad. Castellano: *“En fin, es sabido que siempre que encomiendo hacer algo gratuitamente, de modo que si se estableciera remuneración se constituiría un arrendamiento, hay acción de mandato; por ejemplo, si doy al tintorero vestidos para limpiarlos y arreglarlos, o al sastre para que los cosa.”*

³² PROVERA, G. *ED XXV, Op. Cit.* Página 314.

³³ GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Curso histórico-exegético del derecho romano comparado con el español*. 2 volúmenes. Madrid: Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1850. Página 345.

como el momento histórico en el que se reconocen acciones para la reclamación judicial de estas cantidades³⁴.

La tutela judicial de esta remuneración no quedaba sujeta a la *actio mandati contraria* (como sí que ocurría con los gastos derivados del propio contrato de mandato, cuya restitución constituye parte esencial de la obligación del mandante). En su lugar, se recondujo por la vía de la *cognitio extra ordinem*, como acción derivada del propio pacto, fuera del ejercicio de las acciones previstas en el contrato de mandato.

Queda por reseñar la denominación que recibía esta cantidad: *honor*, *honorarium* o *salarium*. Debe distinguirse de la *merces* pagada en el marco de la *locatio conductio* o arrendamiento de servicios: más allá de las diferencias en su denominación, en el mandato este pago no se configura como una contraprestación por el servicio prestado, lo que sí concurre en la *locatio conductio*³⁵³⁶.

2.4.4. *La buena fe*

El mandato es un contrato que se rige por el principio de buena fe, nacido de las relaciones de amistad y confianza, y cuya acción contiene la cláusula *ex fide bona*.

2.5. Elementos del mandato

Según la doctrina mayoritaria, se pueden clasificar los elementos del mandato en elementos reales y personales, pues carece de elemento formal alguno.

2.5.1. *Elementos reales*

En lo relativo al elemento real del mandato, constituye éste el encargo cuya ejecución encomienda el mandante al mandatario.

³⁴ VON MAYR, R. *Op. Cit.* Página 188.

³⁵ LONGO, G., *NNDI, Op. Cit.* Página 106.

³⁶ En un apartado posterior se analizan con mayor detalle las diferencias entre el contrato de mandato y otras figuras afines, entre las que se encuentra la *locatio conductio*, A efectos sistemáticos, en este apartado sólo se ha tratado la cuestión del pago al agente -mandatario o locatario-, en función del contrato.

Ese encargo, esa gestión, puede tener como objeto, por un lado, la realización de una actividad de hecho -de una gestión material- o, por otro, la celebración de un negocio jurídico. Podía abarcar un solo asunto o alcanzar a todos los asuntos del mandante.

En cuanto al contenido material que puede presentar un mandato consistente en la realización de una actividad de hecho, podemos fijar como punto de partida el texto de las Instituciones de Gayo tratado en el epígrafe anterior, Gai 3,162³⁷. Gayo considera que son gestiones propias del mandato todas aquellas que se realicen de manera gratuita y que, en caso de que se les incorporara una remuneración, tendrían la consideración de un arrendamiento de servicios o *locatio conductio*. Cita como ejemplos el encargo de dar unos vestidos a un tintorero para limpiarlos, o acordar con un sastre que cosa.

Autores como Watson entiende que realizar una interpretación literal de este texto no es acertado. En primer lugar, porque este tipo de actividades, aunque no se pacte una remuneración, pueden quedar subsumidas en otras figuras contractuales al margen del mandato. Ofrece un ejemplo contenido en el Digesto, que recoge un texto de Ulpiano³⁸:

D. 16,3,1,8 (*Ulp. 30 ad. ed.*): “*Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto.*”³⁹

En el texto anterior, lo que se expone es un caso en el que se le dan unas ropas al encargado de unos baños para que las guarde. Ulpiano lo que explica aquí es que, en el caso de que ese encargado hubiera percibido una remuneración por el encargo de guardar las ropas, estaríamos ante un supuesto de *locatio*, mientras que, si no hubiera percibido remuneración alguna, el caso sería constitutivo de depósito, y no de mandato, lo que contradice, en cierta manera, lo argumentado por Gayo (que, según su razonamiento, podría haberse tildado como mandato en lugar de como depósito).

En segundo lugar, los ejemplos manejados hasta este momento constituyen un contrato entre un mandante y un mandatario, sin que intervenga un tercero. La práctica

³⁷ Ver texto de Gai 3,162, así como su traducción al castellano, en la página 16.

³⁸ WATSON, A. *Op. Cit.* Página 78.

³⁹ D. 16,3,1,8 (*Ulp. 30 ad ed.*) trad. Castellano: “*Si se perdieron los vestidos dados al encargado de unos baños para que los guardase, si no recibió merced alguna por guardar los vestidos, se obliga por la acción de depósito, y creo que solo debe responder del dolo; pero sí, si recibió merced, por la acción de conducción.*”

demonstró que la mayoría de los contratos de mandato son aquellos en los que el mandatario tenía que actuar con un tercero para lograr una determinada gestión en nombre del mandante.

En cuanto al otro fin para el que se puede celebrar un contrato de mandato, siendo este el más común en el ámbito romano, es la realización por parte del mandatario de un negocio jurídico con un tercero. Puede consistir en distintas actuaciones como la compra o venta de algo o la representación del mandante en un proceso, entre otras⁴⁰.

Una vez expuestos los distintos usos o fines que puede tener el mandato, hemos de entrar ya a considerar los requisitos que tiene que cumplir su objeto para ser considerado válido.

Sobre estos requisitos se pronuncia Gayo en sus Instituciones en diferentes textos. Así pues, alude a la licitud y a la moralidad del elemento real del contrato de mandato como requisitos de validez de este en:

*Gai, 3, 157: "Illud constat, si quis de ea re mandet qua contra bonos mores est, non contrahi obligationem, ueluti si tibi mandem ut Titio furtum aut iniuriam facias."*⁴¹

De este texto se deriva que son nulos los contratos cuyo objeto sea la comisión de una gestión ilícita, dañosa para otro, y contraria a las buenas costumbres.

Los beneficiarios de la acción se definen normalmente en función de la utilidad que representa para sus intereses. Así, el mandato debe constituirse en interés del mandante, de un tercero o de ambos dos. Puede darse el caso de que interese al mandatario, pero en ese caso tendrá que interesar también a la otra parte, ya que si solo interesa al mandatario no es válido al considerarse un mero *consilium*⁴² y carecer de efectos jurídicos. Así se deduce de:

⁴⁰ BERNARD SERRAGA, L. *Tesis Doctoral, Relaciones entre fianza y mandato en Derecho Romano*. Valencia: Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 1998. Página 100.

⁴¹ *Gai, 3, 157*, trad. Castellano: "Es evidente que cuando alguien realiza el mandato de una cosa que atenta contra las buenas costumbres no se contrae la obligación, como, por ejemplo, si te mando que robes a Ticio o le hagas un daño."

⁴² *Consilium* (lat): consejo. En un primer momento, la diferenciación entre el contrato de mandato y el *consilium* se basaba en la existencia de la intención de obligarse del mandatario. Si esta existía, estábamos ante un mandato mientras que, si dicha intención no existía, hablábamos de un mero consejo. Posteriormente, en la época republicana se optó por un criterio de distinción más ajustado: se estipuló que el mandato en interés del propio mandatario (*mandatum tua tantum gratia*) es, en realidad, un consejo. Fue esta afirmación la finalmente aceptada como criterio a seguir en esta cuestión.

*Gai, 3, 156: "Nam si tua gratia tibi mandem, superuacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes."*⁴³

Adicionalmente, el mandato tiene que contratarse estando vivas las partes contratantes, siendo nulo el mandato celebrado tras la muerte de estas, no pudiendo obligar a los herederos del mandatario:

*Gai, 3, 158: "Item si quid post mortem meam faciendum mihi mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse."*⁴⁴

No obstante, dedicaremos posteriormente unas notas para hablar de los efectos de la muerte del mandatario o del mandante, así como la admisibilidad del mandato *post mortem*, figura no válida en el Derecho Romano clásico pero que se incorpora en cierta medida en la época justiniana⁴⁵.

Por último, en cuanto a las conductas que se esperan del mandatario para el cumplimiento del encargo, éstas pueden haber sido pactadas entre las partes.

En ausencia de una previsión concreta de las conductas, se admite el establecimiento de una esfera de actuación amplia, de manera que prime el resultado por encima de los medios empleados. En principio, siempre y cuando el mandatario no se exceda de los límites y condiciones fijados por el mandante. No obstante, los textos presentan ejemplos en los que la primacía del resultado alcanza una cota tal que se admiten prestaciones distintas a las contenidas en el mandato, siempre que refuercen el beneficio del mandante⁴⁶. Paulo refuerza esta idea al conceder al mandante en estos supuestos la *actio mandati*. Así se desprende de:

D.17,1,46: "[...] *Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quoties certum mandatum sit, recedi a forma non debeat, at quoties incertum, vel plurium causarum, tunc, licet, aliis*

⁴³ *Gai, 3, 156*, trad. Castellano: "Pero si te mando algo en tu propio interés, el mandato es inútil, puesto que lo que tú hayas de hacer en tu propio interés debes hacerlo según tu criterio, no por mandato mío."

⁴⁴ *Gai, 3, 158*, trad. Castellano: "También es inútil el mandato cuando alguien me manda que haga algo después de mi muerte, porque se admite generalmente que una obligación no puede comenzar en la persona del heredero."

⁴⁵ LONGO, G., *NNDI, Op. Cit.* Página 107.

⁴⁶ PROVERA, G. *ED XXV, Op. Cit.* Página 316.

*praestationibus exsoluta sit causa mandati, quam quae ipso mandato inerant, sit tamen hoc mandatori expedierit, mandaie erit actio*⁴⁷.

Finalmente, nos encontramos con el caso del mandato incierto -*mandatum incertum*- que, tal y como recoge el Novissimo Digesto, fue admitido tanto en el derecho clásico como en el periodo justiniano. En este caso, el mandatario puede llevar a cabo todas las conductas que no vayan en contra de la propia naturaleza del contenido del contrato⁴⁸.

2.5.2. *Elementos personales*

Son dos los elementos personales del mandato: mandante y mandatario. Cuando hablamos del mandante, nos referimos a aquella persona que encarga la realización de cierta gestión a otra. Esa persona a la que el mandante encomienda dicha gestión es el mandatario, quien, para convertirse en tal, ha de aceptar el encargo que le propone el mandatario, ya sea de manera expresa o de forma tácita.

Posteriormente nos referiremos a las obligaciones que asume cada parte, teniendo en cuenta la bilateralidad imperfecta del contrato.

2.5.3. *Ausencia de elementos formales*

Por su configuración como contrato consensual, el mandato en Roma no requería de ninguna forma especial de celebración, ni escrita ni oral, para su validez, siendo suficiente el consentimiento de los contratantes. Sin embargo, cierto es que, en el supuesto del mandato tácito, se reputaba como necesaria la existencia de actos que manifestaran la voluntad de contraerlo; es decir, no era suficiente con el silencio o no oposición de una de las partes, sino que para que se tuviera por aceptado ese contrato de mandato, se exigía que el que consentía de forma tácita, tuviera la opción, tanto física como jurídica, de mostrar su oposición⁴⁹.

⁴⁷ D. 17,1,46 trad. Castellano: “*Así pues, muy fácilmente se ha de observar esta forma en los mandatos, de suerte que cuando el mandato sea cierto, no deba apartarse uno de la forma, pero siempre que sea incierto o de muchas causas, entonces, aunque se haya cumplido la causa del mandato en otras prestaciones que las que en el mismo mandato estaban contenidas, si no obstante esto hubiere convenido al mandante, habrá la acción de mandato*”.

⁴⁸ LONGO, G., *NNDI, Op. Cit.* Página 107.

⁴⁹ NEGRO COSTEA, J. L. *Op. Cit.* Página 68.

2.6. Régimen jurídico del contrato de mandato: obligaciones y acciones de las partes

Como se ha señalado, el contrato de mandato tiene una naturaleza imperfectamente bilateral, de manera que el grueso de las obligaciones recae en una de las partes: el mandatario, que se compromete a realizar una determinada gestión (general o específica) en nombre del mandante.

Esta configuración implica que las obligaciones del mandatario van a revestir un mayor calado que las que asume el mandante. No obstante, hay que precisar que, al tratarse de un contrato basado en la buena fe, el mandatario responde de manera general únicamente por dolo⁵⁰ alcanzándole, en cierta medida, la responsabilidad por culpa en el derecho justinianeo⁵¹.

Se va a proceder al análisis de las obligaciones de cada una de las partes por separado para, a continuación, realizar una referencia a las acciones que las partes podían ejercer para garantizar el cumplimiento de las referidas obligaciones.

2.6.1. Obligaciones del mandante

Dentro del carácter imperfectamente bilateral del contrato, el mandante únicamente afronta obligaciones de manera eventual, surgiendo éstas en un momento posterior al perfeccionamiento del mandato, generalmente una vez que el mandatario ha ejecutado el encargo. Para exigir su cumplimiento, el mandatario dispone de la *actio mandati contraria* contra el mandante.

La responsabilidad del mandante se basa en que no podía rechazar los resultados de una gestión realizada de acuerdo con sus indicaciones, siempre y cuando el mandatario hubiera actuado de buena fe⁵². Algo que encuentra su reflejo en el siguiente texto:

⁵⁰ RASCÓN, C. *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho romano. Tercera edición*. Madrid: Editorial Tecnos, 2008. Página 297.

⁵¹ IGLESIAS, J. *Derecho romano. Instituciones y derecho privado*. Sexta edición revisada y aumentada. Barcelona: Ediciones Ariel, 1972. Página 437.

⁵² PROVERA, G., *ED XXV, Op. Cit.* Página 318.

D 17,1,27,4 (Gai. 9 ad ed. prov.): *“impensia mandati exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.”*⁵³

Resulta necesario interpretar en el contexto de cada caso qué debe entenderse por buena fe. Sin embargo, hay que considerar que comprende los supuestos en lo que el mandatario entabla relaciones contractuales con un tercero por cuenta del mandante, en cuyo caso este último ha de afrontar los gastos del contrato, siempre que no concurra culpa por parte del mandatario⁵⁴.

Así configurada, la responsabilidad se manifiesta en que “el mandante está obligado a resarcir al mandatario los gastos que éste hubiere realizado con ocasión de su gestión, así como de los daños que éste hubiere podido sufrir eventualmente con ocasión de la realización del encargo”⁵⁵. Como indica Arangio-Ruiz⁵⁶, esta obligación presenta dos vertientes:

- El reembolso al mandatario de cualquier gasto originado por la realización del mandato.
- El resarcimiento de cualquier perjuicio ocasionado, directa o indirectamente, por la ejecución del contrato. Bajo esta premisa podría quedar incluido el resarcimiento del lucro cesante del mandatario.

Sin embargo y, pese a esta afirmación, es necesario tratar la cuestión en profundidad. Para ello, vamos a dividir el alcance de la obligación tomando como referencia dos puntos de vista:

En primer lugar, procede abordar los gastos por los que debe responder el mandante en el caso de que revoque el mandato, es decir, en el supuesto de que revoque su consentimiento y ponga fin a la relación contractual con el mandatario.

⁵³D 17,1,27,4 (Gai. 9 ad ed. prov.), trad. Castellano: *“Los gastos realizados con ocasión del mandato, si han sido hechos de buena fe, deben ser abonados en todo caso, y no importa que el mandante, gestionando él mismo el negocio, hubiese podido gastar menos.”*

⁵⁴ WATSON, A. *Op. Cit.* Página 156.

⁵⁵ MIQUEL, J. *Op. Cit.* Página 400.

⁵⁶ ARANGIO-RUIZ, V. *Op. Cit.* Página 165.

Watson⁵⁷ plantea los gastos de buena fe que han de ser cubiertos al mandatario por parte del mandante. Parte del siguiente texto:

D. 17,1,15 (*Paul. 2 ad Sab.*): “*Si mandassem tibi, ut fundum emereres, postea scripsissem, ne emereres, tu, antequam scias me vetuisse, emisisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adificiatur is qui suscipit mandatum.*”⁵⁸

Sobre esta base, presenta dos interpretaciones:

- Siguiendo a Heldrich, que entiende que el mandato se extingue tan pronto como el mandante lo revoca, pero, sobre la base de la buena fe, la obligación permanece hasta que el mandatario es informado de la terminación del contrato⁵⁹.
- Para Arangio-Ruiz, el contrato sólo puede entenderse como terminado cuando el mandatario conoce efectivamente la revocación del mandato y, siempre que se dé la situación de *res integra*.

Finalmente, en segundo lugar, es preciso abordar lo que ocurre con los gastos y daños del mandatario por los que responde el mandante en el caso de que se produzca un exceso de mandato. En este caso, el mandatario ha actuado fuera de los límites marcados por el mandante, incluso aunque haya cumplido con el encargo recibido. Para los autores más estrictos, este exceso en la ejecución del mandato supone realizarlo en condiciones distintas a las acordadas con el mandante, tanto si son más o menos favorables⁶⁰.

Hay que precisar que, si el mandatario cumple en unas condiciones más ventajosas que las pactadas con el mandante, queda protegido por la *actio mandati contraria* porque, como señala con un ejemplo Gómez de la Serna, “*el que te mandó que comprases la heredad por cien áureos, se sobreentiende que te mandó que la compraras en menor cantidad, si podías conseguirlo*”⁶¹.

⁵⁷ WATSON, A. *Op. Cit.* Páginas 155 y 156.

⁵⁸ D. 17,1,15 (*Paul. 2 ad Sab.*), trad. Castellano: “*Si te hubiese mandado que comprases un fundo y luego te escribiese que no lo comprases, pero tú lo hubieses comprado antes de saber que yo lo había prohibido, estaré obligado contigo por mandato, para que no se pueda perjudicar al mandatario.*”

⁵⁹ LÓPEZ RENDO, C. *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al derecho moderno*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1999. Página 46.

⁶⁰ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* Página 436.

⁶¹ GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Op. Cit.* Página 339.

Las situaciones más conflictivas se plantean cuando el mandatario ha excedido los límites marcados por el mandante. Como punto de partida tomamos el siguiente texto:

D.17,1,5,2: *“Itaque si mandaveris tibi, ut domum Seianam centum emeris, tuque Titianam emeris longe maioris pretii, [...] non videris implese mandatum”*⁶².

Numerosos autores recurren a este texto y a ejemplos parecidos, como el mandato por el que se ha de comprar un fundo por cien y finalmente se compra en ciento cincuenta.

En un primer momento, siguiendo el texto de Paulo, la escuela de los Sabinianos entiende que el mandante no podía ser obligado a aceptar la adquisición, aún si el mandatario exigiera únicamente el precio fijado (los cien del ejemplo), renunciando a lo demás. La situación implicaría que el mandante dispone de la *actio mandati* para exigir el cumplimiento de la obligación por parte del mandatario, mientras que el mandatario no tiene a su alcance la *actio mandati contraria* al considerarse su ejercicio como algo distinto al mandato.

Frente a esta concepción, la escuela de los Proculyanos defendió otra tesis que finalmente se impuso, al tiempo que resultaba más benévola para el mandatario. Se reconocía a este la *actio mandati contraria*, pero con el límite de la cuantía que se había estipulado en el mandato (los cien del ejemplo), renunciando al excedente pagado⁶³.

Esta postura, más transigente con el mandatario, encuentra su reflejo en:

D.17,1,4: *“Sed Proculus recte eum usque ad pretium statatum acturum existimat; quae sententia sane benignior est”*⁶⁴.

2.6.2. Obligaciones del mandatario

De forma general, podemos establecer que el mandatario queda obligado al cumplimiento adecuado del mandato (teniendo en cuenta, como se ha indicado anteriormente, que se trata de un contrato de ejecución y no de resultado), sin que pueda apoderarse de los beneficios que le corresponden al mandante. La responsabilidad por el cumplimiento del mandato surge desde el momento del perfeccionamiento del contrato -

⁶² D.17,1,5,2 trad. Castellano: “Y así, si yo te hubiere mandado que comprases en ciento la casa de Seyo, y hubieres comprado la de Ticio en mucho mayor precio, [...] no se considera que cumpliste el mandato”.

⁶³ PETIT, E. *Op. Cit.* Página 403.

⁶⁴ D.17,1,4 trad. Castellano: “pero Próculo opina que aquel que demandara con razón hasta el precio fijado; cuya opinión es verdaderamente más equitativa”.

sin perjuicio de las causas que pueden extinguirlo y del tiempo necesario para ejecutarlo-, disponiendo el mandante de la *actio mandati* para dirigirse contra el mandatario.

Las partes pueden haber pactado las conductas en las que debe consistir el mandato, o pueden dejar una esfera de actuación amplia al mandatario en aras de la realización del encargo. Este margen más abierto encuentra su máxima expresión en el mandato incierto - *mandatum incertum*-, en el que el mandatario puede llevar a cabo todas las actividades que no estén prohibidas por el propio contenido del encargo a ejecutar⁶⁵.

De este planteamiento inicial, se desprenden tres obligaciones del mandatario:

- El desarrollo de la acción o comportamiento previsto en el mandato, efectuado con plena diligencia -*diligenter fines mandati custodiendū*⁶⁶-, pudiendo elegir el mandatario los medios que considere más oportunos para la ejecución, siempre que éstos no hayan sido pactados expresamente.
- Responder por los perjuicios causados al mandante en los casos en los que concurra dolo. Cabe reseñar que se llega a admitir en el periodo postclásico algún tipo de responsabilidad por culpa. Esta extensión parcial a los supuestos de negligencia es justificada por la doctrina por el hecho de que el mandante, al depositar su confianza en el mandatario, demanda tácitamente todos los cuidados necesarios para la ejecución del mandato⁶⁷. Además, el alcance por culpa se da en un periodo en el que se encontraba más generalizado el *salarium* u *honorarium* que percibía el mandatario como muestra de gratitud del mandante.
- Reintegrar al mandante todas las adquisiciones efectuadas a cuenta de éste en el marco del mandato, incluyendo los intereses pecuniarios que pudieran haberse devengado al aplicar el capital destinado del mandato a usos propios.

⁶⁵ LONGO, G., *NNDI*, *Op. Cit.* Página 107.

⁶⁶ D. 17,1,46 (*Paul. 74 ed.*), en el que Paulo nos aclara mediante un ejemplo sobre la compra del esclavo Estico que “*En tanto el mandato sea claro, no hay que apartarse de él, pero si resulta incierto o comprende varias causas, entonces, aunque la causa del mandato quede satisfecha con otras prestaciones distintas de las contenidas en el mandato mismo, sin embargo, si conviene al mandante, se dé contra él la acción de mandato.*”

⁶⁷ PETIT, E. *Op. Cit.* Página 404.

Una vez que ha comenzado el mandato y que, en consecuencia, ya no se da la *res integra*, el mandatario queda obligado a completarlo salvo que se aprecie una circunstancia de fuerza mayor.

Con el fin de profundizar en el alcance de estas obligaciones, vamos a plantear dos aspectos. La primera cuestión es la de la posibilidad de que el mandatario encargue a otra persona la ejecución del mandato, recurriendo a un *submandato*. En este caso, la conducta en que consiste el contrato de mandato es ejecutada por un tercero, distinto del mandatario. Así descrito, parece que se encadenan dos contratos de mandato: el original, entre el mandante y el mandatario; y un segundo como consecuencia de la cesión, entre el mandatario original (que ahora actúa también como mandante de este segundo contrato) y un tercero (que se convierte en mandatario de este segundo acuerdo). No obstante, en ambos contratos el contenido es el mismo: dar cumplimiento al encargo realizado por el mandante original.

Donatuti considera que, salvo que se encuentre expresamente contemplado en el mandato, esta posibilidad no debe ser admitida, al considerarse que excede de la *voluntas* del mandante⁶⁸.

Por su parte, Sanfilippo sostiene la posibilidad de que el mandatario encomiende a otra persona la ejecución del mandato original, salvo que esta posibilidad esté expresamente prohibida por el mandante o que, por el propio contenido de la acción, ésta haya de ser desarrollada por un mandatario que cuente con habilidades especiales⁶⁹. De hecho, de la interpretación del texto D.17,1,8,3, defiende que el mandatario original ostenta la *actio mandati* contra la persona que ejerce de mandatario en el contrato de submandato:

D.17,1,8,3 (*Ulp. 31 ad ed.*): “*Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest): quamquam*

⁶⁸ Para abonar su postura emplea el D. 44,3,15,2 (*Venuleius 5 interdict.*): *Item adiciendum est, unde emisti, aut unde is emit, cui tu emendum mandaveras, et quod apud eum, qui vendendum mandavit, quod si is quoque, cui mandatum erat, alii vendendum mandaverit, non aliter huius, qui postea mandaverat, dandam accessionem Labeo ait, quam si id ipsum dominus ei permiserit.* Justifica la decisión negativa en esa ausencia de consideración expresa de la facultad del mandatario para designar a un sustituto que lleve a cabo la obligación.

⁶⁹ SANFILIPPO, C. *Il Mandato. Corso di diritto romano*. Catania: Dott G. Crisafulli Editore, 1947. Páginas 180 y 181.

enim volgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest."⁷⁰

Pese a este posible ejercicio de la *actio mandati* por parte del mandatario original contra el tercero que lleva a cabo el submandato, Iglesias afirma que es el mandatario original el que ha de soportar todos los riesgos que puedan derivarse de la sustitución⁷¹.

La segunda cuestión a plantear versa sobre el alcance del mandato. Arangio-Ruiz pone el foco en el hecho de que, al estar basado en la amistad o confianza, el mandatario a menudo se excede el contenido del contrato para ayudar al mandante⁷². Aquí subyace una tenue línea que separa el cumplimiento del mandato de un regalo o donación que realiza el mandatario.

En el caso de que ese exceso de celo en el cumplimiento del mandato sea considerado como una donación, hay que indicar que, en el ámbito romano, la donación se erige como un contrato que requiere del acuerdo entre las partes.

En esta referencia al alcance del mandato, podemos identificar el caso contrario: aquél en el que el mandatario enajena un bien por un precio inferior al que había marcado el mandante. Paulo considera válida esta operación, pero deja claro el contenido de la obligación del mandatario con el mandante: no sólo ha de hacerle entrega del importe obtenido de la venta, sino que también ha de abonar la diferencia existente entre el precio de la venta y el que el mandante había fijado originalmente. Con ello se pretende que los legítimos intereses del mandante queden protegidos frente a la actuación del mandatario, que consigue llevar a término el mandato, pero causando un perjuicio económico a su representado o, en el mejor de los casos, un lucro cesante. Esta postura queda reflejada por Paulo en varios textos:

⁷⁰ D. 17,1,8,3 (*Ulp. 31 ad ed.*) trad. Castellano: "*Si alguno hubiera mandado a otro gestionar los negocios de otra persona que, a su vez, se los había encomendado a él, tiene la acción de mandato, porque también él mismo responde (porque puede demandar). Aunque vulgarmente se diga que el procurador antes de la litiscontestación no puede nombrar otro procurador, no obstante, se da la acción de mandato: únicamente no se puede hacer esto a efectos de demandar.*"

⁷¹ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* Página 473.

⁷² ARANGIO-RUIZ, V. *Op. Cit.* Páginas 166 a 168.

D.17,1,5,3: *“Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, et petam fundum, non obstabi mihi exceptio, nisi et reliquam mihi, quod deest, mandatu meo, praestes, et indemnem me per omnia conserves”*⁷³.

Paulo, *Sent. 2,15,3*: *“Cero pretio rem iussus distrahere, si minoris vendiderit, mandati iudicio pretii dumma poterit integrari. Venditionem enim dissolvi non placuit. Interpret.: Si quis cuiuslibet mandet, ut rem suam decem solidis vendat, et ille eam octo vendiderit, pretium, quod ei mandatum est, quicquid minus ab emptore percepit, mandator complere coompellitur. Venditio tamen rescindi non potest”*.

2.6.3. Acciones de las partes

Una vez establecido el contenido de las obligaciones contraídas por el mandante y el mandatario, resta enunciar la protección que podían invocar para garantizar el cumplimiento de las mismas: la *actio mandati*. Se configura como una *actio in ius ex fide bona* e infamante⁷⁴, con la intención de obtener lo que una parte debe a la otra.

La existencia de las acciones se justifica porque, a través del contrato de mandato, el deber moral que lleva aparejado se convierte en una obligación legal. Obligaciones que surgen para el mandatario y, eventualmente, para el mandante, con un contenido evaluado en el epígrafe anterior.

Podía adoptar dos formas:

- *Actio mandati* directa, concedida a favor del mandante para que el mandatario procediera al cumplimiento de sus obligaciones.
- *Actio mandati* contraria, planteada a favor del mandatario para que lograr el cumplimiento de sus derechos, fundamentalmente el resarcimiento o reembolso de los gastos ocasionados y los daños sufridos, por parte de del mandante.

Las referencias incluidas en los textos parecen hablar de un *actio mandati* en ambas direcciones, clarificando su contenido en función de la parte que invocara la acción (mandante o mandatario). Algunos autores apuntan a que la terminología de acción contraria

⁷³ D.17,1,5,3 trad. Castellano: *“Asimismo, si yo te hubiere mandado que vendieses en cien un fundo mío, y tú lo hubieres vendido en noventa, y yo reclamara el fundo, no me obstará excepción, si no me dieras también el resto que falta, con arreglo a mi mandato, y me indemnices de todo”*.

⁷⁴ RASCÓN, C. *Op. Cit.* Página 297.

fue introducida por los compiladores para distinguir la obligación principal de una secundaria o eventual⁷⁵. A pesar de que en numerosos textos se identificaran ambas acciones -la directa y la contraria- bajo la denominación de *actio mandati*, se trataban de dos acciones distintas⁷⁶.

Por lo que respecta al momento procesal de su surgimiento, la acción directa nace con la celebración del contrato (sin perjuicio del tiempo necesario para cumplir con el mandato), mientras que la indirecta aparece en un momento posterior (normalmente una vez que el mandatario había realizado el encargo)⁷⁷.

Con anterioridad, al hacer referencia al origen del contrato de mandato y a su carácter consensual, se ha señalado el órgano ante el que debían sustanciarse estas acciones. El origen en el *ius Gentium* de esta figura y su posterior implantación en el ámbito del *ius Civile* abrió las puertas a que, en función de la época histórica, esta acción pudiera ser tratada por el *pretor peregrino* (vinculado al *ius Gentium* y aplicable a las relaciones con no romanos) o por el *pretor urbano* (circunscrito a las relaciones entre ciudadanos romanos).

2.7. Tipos de mandato

En este epígrafe vamos a realizar un recorrido por los principales criterios en función de los que podemos clasificar los diferentes contratos de mandato, comenzando con el que emplea la idea de utilidad o de la persona o personas que obtienen un beneficio de la ejecución del mandato, al ser el que goza de mayor repercusión. Por tener unas particularidades específicas, se tratarán de forma independiente las figuras del mandato de crédito y del mandato *post mortem*.

2.7.1. Clasificaciones del mandato

Podemos identificar varios criterios para sistematizar la tipología del mandato:

Clasificación en función del interés

En los textos encontramos una clara evolución de la tipología del mandato, aunque resulta interesante identificar una nota común: la mayoría de las planteadas se basan en el

⁷⁵ PROVERA, G., *ED XXV*, *Op. Cit.* Página 312.

⁷⁶ LONGO, G., *NNDI*, *Op. Cit.* Página 107.

⁷⁷ GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Op. Cit.* Página 340.

interés, entendido como el beneficio del sujeto o sujetos, generado a consecuencia de la ejecución del mandato.

Como se ha manifestado anteriormente, el mandato arroja una vertiente interna entre el mandante y el mandatario y, salvo que sólo requiera una acción del mandatario, una vertiente externa entre éste y un tercero. En consecuencia, las partes que eventualmente pueden verse beneficiadas por el contrato son: el mandante, el mandatario y el tercero (si lo hubiere).

En base a este criterio, la primera tipología, comprendía en las Instituciones de Gayo, habla exclusivamente de dos tipos: en interés del mandante y en interés de un tercero.

Gai 3,155: “mandatum consistit, siue nostra gratia mandemus siue aliena; itaque siue ut mea negotia geras siue ut alterius, mandauerim, contrahitur mandati obligatio, et inuicem alter alteri tenebimur in id, quod uel me tibi uel te mihi bona fide praestare oportet”

Esta previsión, como fruto de la evolución histórica, se verá completada hasta alcanzar los cinco tipos de mandato en función del interés que queda satisfecho. Así se recoge tanto en el Digesto (D.17,1,2), como en Las Instituciones de Justiniano (I. 3,26.pr).

D.17,1,2 (libro II. *Rerum quotidianarum, siue Aureorum*): *“mandatum inter nos contrahitur, siue mea tantum gratia tibi mandem, siue aliena tantum, siue mea et aliena, siue mea et tua, siue tua et aliena; quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur”*⁷⁸.

I. 3,26.pr: *“: “mandatum contrahitur quinque modis, siue sua tantum gratia aliquis tibi mandet, siue sua et tua, siue aliena tantum, siue sua et aliena, siue tua et aliena. at si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum”*.

En consecuencia, los cinco tipos que podemos identificar conforme a esta sistematización son los siguientes:

- *Sua tantum gratia*, en beneficio exclusivo del mandante.
- *Sua et tua gratia*, en beneficio del mandante y del mandatario.

⁷⁸ D.17,1,2 trad. Castellano: *“contráese mandato entre nosotros, ya si te mando solamente por mi utilidad, ya si solamente por la ajena, ya si por la mía y por la ajena, ya si por la mía y por la tuya, ya si por la tuya y por la ajena; pero si yo te mando solamente por tu utilidad, es superfluo el mandato, y por esto no nace de él obligación alguna”*.

- *Aliena tantum*, en beneficio de un tercero. En este supuesto, resulta de interés la matización aportada por Negro Costea⁷⁹, al proclamar que “al no haber utilidad para el mandante, algunos jurisconsultos entendían que no había mandato propiamente dicho hasta que el mandatario consentía y cumplía y, hecho esto, quedaba convertido en un gestor de negocios ajenos, respondiendo el mandante de los daños que le sobrevinieran”. Otra teoría sobre este supuesto procede de von Mayr⁸⁰ al afirmar que, “el mandato en interés de un tercero se consideraba siempre como dado al mismo tiempo en interés del propio mandante con tal de que éste se presentase como gestor de negocios del tercero”.
- *Sua et aliena*, en beneficio del mandante y de un tercero.
- *Tua et aliena*, en beneficio del mandatario y de un tercero.

Especialmente reseñable es el último inciso del texto, “*at si tua tantum gratia tibi mandatum si, supervacuum est mandatum*”, que excluye la validez del contrato de mandato realizado exclusivamente en beneficio del mandatario, es decir, la representación directa de éste, que queda subsumida bajo la figura del *consejo*. Encuentra su plasmación en el propio Digesto:

D.17,1,2,6: “*Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emtiones praediorum colloques, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloques; cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui datur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium*”⁸¹.

Entre los fundamentos que justifican la inadmisibilidad del mandato en beneficio exclusivo del mandatario se encuentra el hecho de que el mandatario es libre para seguir o no las indicaciones recibidas, debiendo asumir él mismo el resultado del consejo, incluso en el caso de que éste conduzca a un perjuicio. Además, por el otro lado de un hipotético

⁷⁹ NEGRO COSTEA, J. L. *Op. Cit.* Página 67.

⁸⁰ VON MAYR, R. *Op. Cit.* Volumen II, página 188.

⁸¹ D.17,1,2,3 trad. Castellano: “Más por tu interés interviene mandato, por ejemplo, si yo te mandara, que coloques tu dinero en compras de predios antes que prestarlo a interés, o por el contrario, que lo prestes a interés, antes que colocarlo en compras de precios; cuya especie de mandato es más bien consejo que mandato, y por esto no es obligatorio, porque nadie se obliga por un consejo, aunque no le convenga a quien se daba, porque cada cual es libre de explorar en sí mismo si le conviene el consejo”.

contrato, el mandante carece de acción para instar al cumplimiento del consejo que ha dado, porque su situación no va a verse modificada: ni se verá beneficiado ni perjudicado por la acción que finalmente realice el mandatario.

Sin embargo, Gómez de la Serna⁸² recuerda la responsabilidad a la que se enfrenta el que aconseja con mala intención, debiendo responder por la acción de dolo. Se basa en la doctrina expuesta por Ulpiano bajo el principio “*consilii non fraudulentum nulla obligatio est; coeterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit*”. Esta precisión responde a que debe primar la lealtad y la buena fe al emitir un consejo, debiendo ser perseguibles los casos en los que quien formula el consejo se mueve por malas intenciones.

Clasificación en función del alcance del mandato

Parte de la concepción marcada por Ulpiano, plasmada en el D.3,3,1,1⁸³. Supone una doble distinción:

- *Mandatum unius rei*, relativo a un asunto específico.
- *Mandatum omnium bonorum*, de carácter general, que se proyecta sobre la administración de todos los asuntos o patrimonio del mandante.

El mandato general se encuentra en el origen de la representación del mandato, cuando un procurador -generalmente un liberto manumitido- se encargaba de la gestión del patrimonio del paterfamilias. Supone retomar el debate sobre las diferencias entre la procuraduría y el mandato, figuras que se fueron asimilando, hasta considerar al procurador como mandatario. De hecho, como afirma Arias Ramos “en Derecho justinianeo la referida procuraduría o administración general no es más que una de las modalidades del mandato”⁸⁴.

⁸² GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Op Cit.* Página 337.

⁸³ En el D.3,3,1,1 Ulpiano manifiesta que el procurador -aunque se refiere a la figura del mandatario en el ámbito del mandato-, puede ser nombrado para todos los asuntos o para uno solo. Además, en el texto argumenta que, frente a la concepción inicial en la que se veía más frecuente el nombramiento de un procurador para todos los asuntos -llegando algunos a considerar inválido la representación para un único asunto-, el nombramiento de procurador para un solo asunto era plenamente válido.

⁸⁴ ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A. *Op. Cit.* Página 240.

Clasificación en función del objeto del mandato

En este campo podemos seguir las aportaciones de Panero Gutiérrez⁸⁵. Entre los distintos criterios que plantea, destaca el que distingue entre:

- *Mandatum ad litem*, o judicial, centrado en la representación procesal y que, para algunos autores, supone una especie de representación directa, ya que los efectos de la gestión del mandatario parecen transmitirse directamente al mandante.
- *Mandato extrajudicial*, que abarca los demás supuestos.

Clasificación en función de la forma de prestar consentimiento

El modo de prestar el consentimiento nos permite diferenciar entre:

- *Mandato expreso*, entendido como aquel en el que el mandante y el mandatario prestan su consentimiento de manera clara.
- *Mandato tácito*, en el que quizá no resulta tan evidente el consentimiento del mandante pero que, con el fin de diferenciarlo de la *negotiorum gestio*, implica que el mandante debe tener una facultad clara para oponerse al perfeccionamiento del contrato.

Clasificación en función de las acciones que puede desarrollar el mandatario

Empleando nuevamente la sistematización presentada por Panero Gutiérrez⁸⁶, encontramos:

- *Mandatum incertum*, concebido en términos generales, dejando un amplio margen de actuación para que el mandatario cumpla con el encargo recibido.
- *Mandatum certum*, celebrado en términos concretos. Puede incluir las acciones concretas que ha de desarrollar el mandatario o, alternativamente, prever las actuaciones que quedarán prohibidas para éste.

La distinción refleja una gran trascendencia práctica ya que, en caso de que se pacte un *mandatum certum*, si el mandatario no se atiene a las indicaciones pactadas, incluso aunque

⁸⁵ PANERO GUTIÉRREZ, R. *Op. Cit.* Páginas 605 y 606.

⁸⁶ PANERO GUTIÉRREZ, R. *Op. Cit.* Páginas 605 y 606.

consiga su fin con unas condiciones más ventajosas, el mandato podría carecer de validez o precisar de una ratificación de las actuaciones por parte del mandante.

Clasificación en función del momento en que comienza a producir obligaciones

El autor francés Petit⁸⁷ presenta una distinción en dos categorías, basándose en si el contrato produce obligaciones de manera inmediata tras su celebración, o éstas comienzan cuando se inicia su ejecución:

- Inmediatamente obligatorio, en los supuestos en los que uno de los beneficiados es el mandante. Alcanza al mandato en interés del mandante; en interés del mandante y de un tercero; y en interés del mandante y del mandatario.
- Una vez que comienza la ejecución del mandato, en los casos en los que entre los beneficiados no se encuentra el mandante. Se proyecta al mandato en interés de un tercero, así como al mandato en interés del mandatario y de un tercero.

2.7.2. *Supuestos particulares de mandato*

La figura particular del *mandatum pecuniae credendae*

Ciertamente, el *mandatum pecuniae credendae* o mandato de crédito supone que el mandante encargue al mandatario que prestase una determinada cantidad de dinero a un tercero. Puede ser considerado como un tipo de mandato extrajudicial, pero sus peculiaridades justifican un tratamiento separado.

Así, como seña característica, supone el surgimiento de dos acciones a favor del mandatario para que éste pueda recuperar la cuantía prestada. Por un lado, una *actio ex mutuo* -la *actio certaine creditae pecuniae*- contra el tercero que actúa como prestatario; y, por otro, la *actio mandati contraria* contra el mandante si el tercero no paga⁸⁸. Esta amplia esfera para reclamar responsabilidades acentúa el papel que desarrolla el mandato de crédito como garantía del pago.

⁸⁷ PETIT, E. *Op. Cit.* Página 402.

⁸⁸ LONGO, G., *NNDI*, *Op. Cit.* Página 107.

Al tener esta finalidad de garantía, en la práctica se configura como un mandato diferente del típico, considerando la doctrina que sólo es aplicable a los tipos de mandato *mea gratia* y *aliena gratia*, es decir, en favor del mandante o en beneficio de un tercero⁸⁹.

Como defiende Santa Cruz Teijeiro⁹⁰, en época Justiniana era un mandato poco típico, al estar sometido a requisitos especiales por esa pluralidad de acciones, llegando a recibir la calificación de mandato cualificado.

Este mandato constituye una especie de garantía: el mandante no sólo encarga la realización del préstamo por parte del mandatario, sino que, si el mandatario no recupera su dinero del tercero, puede dirigirse contra el mandante, que actúa como un deudor subsidiario. De esta forma, el mandante en esta figura se erige como un garante del reembolso de la cantidad prestada.

Es más, esta supuesta llegó a evolucionar para ofrecer, en la práctica, un mecanismo de cesión de créditos para transferir un derecho de cobro del mandante (acreedor) a otra persona que actúa como mandatario, que quedaría subrogado en la posición del acreedor original. En este caso, el mandatario recibe la denominación de *procurator in rem suam*⁹¹.

El supuesto de mandato *post mortem*

Consiste en pactar un encargo a ejecutar tras la muerte del mandante. En el derecho clásico esta posibilidad no era admitida, tal y como recoge Gayo en sus Instituciones:

Gai. 3,158: *“Item si quid <quid> post mortem meam faciendum <mibi> mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse”*⁹².

El tráfico jurídico diario excedió esta previsión inicial, teniendo que llegar a admitir jurisprudencialmente los mandatos *post mortem* que tenían por objeto la construcción de un monumento funerario para la persona del mandante. Tal es el parecer recogido por Ulpiano:

⁸⁹ PROVERA, G. *ED XXV, Op. Cit.* Página 315.

⁹⁰ SANTA CRUZ TEIJEIRO, J. *Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946. Página 532.

⁹¹ PROVERA, G., *ED XXV, Op. Cit.* Página 315.

⁹² *Gai. 3,158 trad. Castellano: “Tampoco vale el mandato si se encarga hacer algo después de mi muerte, porque es opinión generalizada que no puede nacer la obligación en el heredero”.*

D.17,1,12,17 (*libro XXXI, ad Edictum*): “*Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavi, hereseius poterit mandati agero*”⁹³.

Posteriormente, en época de Justiniano termina por admitirse este tipo de mandato⁹⁴, bajo la justificación de que el contrato ya había comenzado a ejecutarse cuando ambas partes estaban vivas.

Así expuesto, el mandato *post mortem* parece entrar en contradicción con una de las causas de extinción del mandato que será analizada en el epígrafe siguiente: la muerte del mandante o del mandatario. No obstante, la diferencia es clara. En el mandato *post mortem* la conducta a ejecutar por parte del mandatario ha de ser desarrollada tras la muerte del mandante; mientras que el fallecimiento del mandante o del mandatario como causa de extinción del contrato se refiere a la posición en que quedan las partes supervivientes en relación con una obligación que, en principio, estaba pactada para ejecutarse en vida de los intervinientes. Incluso en este último caso, se analizarán algunos supuestos en los que continúa la ejecución del mandato.

2.8. Extinción del mandato

Existen cuatro causas principales para la extinción del mandato. Dos de ellas corresponden al mandante, como son la revocación y su muerte; y las dos restantes competen al mandatario, a saber, la renuncia y su fallecimiento. A efectos sistemáticos, la causa de extinción por muerte de cualquiera de las partes será analizada en el mismo subepígrafe.

A estas cuatro causas debe sumarse una general, en razón del objeto del contrato de mandato, que puede adoptar la forma del cumplimiento del contenido del contrato o, alternativamente, la imposibilidad de llevarlo a cabo.

⁹³ D.17,1,12,17 (*comentarios al edicto, libro XXI*): “*Escribe el mismo Marcelo, que si alguno mandó que después de su muerte se le hiciera un monumento, podrá su heredero ejercitar la acción de mandato*”.

⁹⁴ LONGO, G., *NNDI*, *Op. Cit.* Página 107.

2.8.1. Por revocación (*revocatio*) del mandante

El mandante podrá revocar el mandato en cualquier momento anterior al comienzo de la ejecución del mandato, es decir, en cuanto se dé la situación de *res integra*, ya que la revocación no puede referirse a hechos consumados⁹⁵. En los textos destaca:

Gai. 3, 159: “*Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit*”⁹⁶.

Ahora bien, esta revocación o retirada del consentimiento del mandante surte efectos una vez que es conocida por el mandatario. Si éste actúa antes de tener noticia de la retirada del mandante, puede ejercitar acción para ser indemnizado por los gastos y daños ocasionados.

En este punto es necesario acudir a los postulados de Walker, que en 1879 situó al mandato en un escalón intermedio entre los contratos reales y los consensuales. Entre otros aspectos, basaba esta consideración en el hecho de que el simple consentimiento no da lugar a la obligación del mandato, ya que las partes pueden retirarse en cuanto no haya perjuicios efectivos, es decir, en tanto se mantenga la *res integra*. En sentido amplio, este concepto abarca que el mandatario no haya comenzado su actuación, extendiéndose también a que la falta de actuación no haya causado perjuicios sobre el mandante.

La facultad del mandante para retractarse de su consentimiento mientras se encuentre la *res integra* ha sido avalada desde época clásica.

2.8.2. Por renuncia (*renuntiatio*) del mandatario

De manera análoga a la retirada del consentimiento del mandante, el mandante puede renunciar al mandato. Sin embargo, no será hasta la época de Paulo cuando esta previsión abarque también al mandatario. Los requisitos son que concurra la *res integra* y que no cause graves perjuicios al mandante de manera que éste pueda ejecutar, por sí mismo o por medio de un nuevo encargo, el contenido del mandato que ha sido extinguido.

⁹⁵ GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Op. Cit.* Página 341.

⁹⁶ *Gai. 3, 159* trad. Castellano: “*El mandato, aunque se haya contraído válidamente, queda deshecho si es revocado estando aún íntegra la cosa*”.

Esta reticencia de aplicar la facultad de retirada al mandatario no sólo profundiza en la consideración del mandato como un contrato bilateralmente imperfecto. Al mismo tiempo plantea una cuestión pecuniaria básica: minimizar las pérdidas del mandante.

Watson⁹⁷ plantea un concepto de pérdida de gran alcance, que contempla el daño sobre el patrimonio preexistente del mandante, pero también el lucro cesante⁹⁸ por los ingresos que éste deja de percibir al no haber llegado a buen término el mandato. Este fin de proteger las pérdidas del mandante es el que retrasó la admisibilidad de un hipotético desistimiento del consentimiento del mandatario o renuncia.

A la renuncia hace referencia Paulo en:

D. 17,1,22,11 (*Paul. 32 ed.*): “*Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet, nisi renuntiatum sit. Renuntiare autem ita potest, ut integrum ius mandatori reservetur vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi, aut si redundet in eum captio qui suscepit mandatum*”⁹⁹.

El mandatario responderá de los perjuicios que le ocasione al mandante si la renuncia es intempestiva e injustificada¹⁰⁰, algo que queda patente en el siguiente inciso del texto al que nos acabamos de referir:

D.17,1,22,11 (*continuación*): “[...] *E quidem si is, cui mandatum est, ut aliquid mercaretur, mercatus non sit, neque renuntiaverit, se non emturum, idque sua, non alterius culpa fecerit, mandati actione teneri cum convenit; hoc amplius tenebitur, sicuti Mela quoque scripsit, si eo tempore per fraudem renuntiaverit, quum iam recte emere non posset*”¹⁰¹.

⁹⁷ WATSON, A. *Op. Cit.* Página 73.

⁹⁸ Como ejemplo de intereses económicos del mandante afectado en concepto de lucro cesante puede citarse el tener que contratar un transporte de mercancías con poca antelación y, consecuentemente, más caro, ante la retirada del consentimiento del mandatario.

⁹⁹ D. 17,1,22,11 (*Paul. 32 ed.*): “*Mas así como hay libertad para no aceptar un mandato, así debe ejecutarse el aceptado, si no se hubiera renunciado. Mas puede renunciarse de modo que se reserve íntegro al mandante su derecho para ejecutar cómodamente la misma cosa o por sí, o por medio de otro, o si recayera perjuicio sobre aquel que aceptó el mandato*”.

¹⁰⁰ PANERO GUTIÉRREZ, R. *Op. Cit.* Página 610.

¹⁰¹ D.17,1,22,11 (*continuación*): “[...] *Y a la verdad, si aquel a quien se mandó que comprar alguna cosa, no la hubiera comprado, ni hubiere manifestado que él no la comprara, y esto lo hiciera por culpa suya, no por la de otro,*

No obstante, deberá ser oído el mandatario para tomar en consideración si su renuncia se basa en una justa causa¹⁰². El fondo, como manifiesta Gómez de la Serna, pasa porque la “obligación del mandatario no van tan allá que se vea en la precisión de sacrificar su propio interés en beneficio del mandante”¹⁰³, máxime cuando nos encontramos ante un contrato esencialmente gratuito.

Entre las causas justificadas admitidas para renunciar al mandato, incluso de forma intempestiva, se encuentran las enemistades manifiestas que surjan entre el mandante y el mandatario (que afectarían al componente de amistad y confianza que sustenta este contrato), la enfermedad del mandatario, o la necesidad inaplazable de que éste tenga que realizar un viaje.

2.8.3. *Por la muerte de cualquiera de las partes:*

En el mismo apartado vamos a tratar las consecuencias del fallecimiento del mandante y del mandatario.

Comenzando con la muerte del mandante, es uno de los supuestos de extinción del mandato porque la relación de confianza con el mandatario no se transmite a los herederos. Además, por el elemento personal del contrato, el mandante realizó un encargo de algo que no quería o podía ejecutar por sí mismo, mientras que sus herederos pueden disponer de la facultad para llevar a cabo el encargo que era objeto del mandato.

La causa de extinción es recogida por Gayo en:

*Gai. 3, 160: “Item si, adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, id est vel eius, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, ut, si mortuo eo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione: alioquin justa et probabilis ignorantia damnum tibi afferret”.*¹⁰⁴

conviene que él quede obligado por la acción de mandato; y tanto más se obligará, como también escribió Mela, si por fraude lo hubiere hecho saber a tiempo en que ya no pudiera comprarla convenientemente”.

¹⁰² ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A. *Op. Cit.* Página 666.

¹⁰³ GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Op. Cit.* Página 343.

¹⁰⁴ *Gai. 3, 160* trad. Castellano: “Se disuelve también el mandato si estando aún íntegra la cosa sobreviene la muerte del mandante o del mandatario. Pero motivos de utilidad han hecho decidir que si muerto el mandante e ignorándolo

Es importante señalar la última frase del texto de Gayo. Como figura basada en la buena fe, el mandatario que continuara con la ejecución del contrato al desconocer el fallecimiento del mandante dispone de la *actio mandati contraria* frente a los herederos para ser indemnizado por los gastos realizados.

Gómez de la Serna va más allá e indica que si la gestión ya ha sido comenzada y de su paralización se deriva un grave perjuicio para el mandatario, la conducta puede continuar al menos hasta que se evite la materialización de ese daño irreparable¹⁰⁵.

En cuanto a la muerte del mandatario, la lógica dicta la extinción del mandato, al desaparecer la parte del contrato que actúa como agente y que debía llevar a cabo una conducta activa en beneficio del mandante.

Esta obligación no se transmite a los herederos, pero, si éstos ejecutan el mandato carecerían de toda acción, puesto que han actuado sobre un supuesto erróneo de representación (el mandato se perfecciona entre el mandante y el mandatario original).

De forma independiente, se ha de considerar el *mandatum post mortem*. Como ha sido manifestado en apartados anteriores, no fue admitido en época clásica (salvo supuestos muy concretos, como la construcción de un monumento funerario en memoria del mandante), aunque en el periodo justiniano sí que gozó de validez. Esta idea ha sido reflejada por autores como Arangio-Ruiz¹⁰⁶. El mandato *post mortem* quedaba exento de esta causa de extinción, ya que era configurado precisamente para que tuviera efectos tras la muerte de una de las partes.

2.8.4. *Por el cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento del contrato*

Si el mandatario cumple con el objeto del contrato, ejecuta el encargo o gestión en cuestión, este quedará, lógicamente, extinguido por su satisfacción. Se basa en que el mandato es un contrato que demanda la ejecución, pero que no lleva aparejado la exigencia de un resultado.

tú, hubieres ejecutado el contrato, puedes entablar la acción de mandato, porque de otra manera, una ignorancia justa y probable te ocasionaría perjuicio”.

¹⁰⁵ GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Op. Cit.* Página 342.

¹⁰⁶ ARANGIO-RUIZ, V. *Op. Cit.* Página 142.

De la misma manera, si su cumplimiento se manifestara imposible, quedará extinguido el contrato al no poder satisfacer el mandatario el objeto del mismo.

2.9. Distinción entre el contrato de mandato y otras figuras

Este apartado pretende diferenciar el contrato de mandato de otras figuras presentes en el tráfico jurídico romano con las que presenta alguna similitud.

2.9.1. El contrato de mandato y la representación

Desde un punto de vista conceptual, podemos plantear dos modelos de representación:

- Representación directa, en la que el representante actúa en nombre y por cuenta del representado, de manera que los actos concluidos por el representante despliegan sus efectos sobre el representado, de forma inmediata, sin ser necesario ningún tipo de paso intermedio para que éste acepte o consienta el resultado de las acciones llevadas a cabo por el representante.
- Representación indirecta, en la que el representante actúa por cuenta del representado, pero en nombre propio. De esta manera, las consecuencias jurídicas de los actos realizados con un tercero recaen en el representante. A partir de aquí, se han establecido mecanismos que permitan trasladar esas consecuencias al representado. En definitiva, esta modalidad indirecta no puede calificarse inmediatamente como representación, al precisar de un acto del representado para que se proyecten los efectos de lo actuado sobre su persona.

Sin embargo, en la época romana no fue desarrollada una teoría general de la representación. A nivel teórico, se tradujo en el reconocimiento de la representación indirecta, no reconociendo la modalidad directa.

La consecuencia fundamental de esta postura es clara: el nexo obligacional se establece entre el mandatario y el tercero que con él negocia; y no entre éste y el mandante¹⁰⁷, por lo que es la parte que ejerce como mandatario la que asume el resultado de lo desarrollado con terceros. Más expeditivo se muestra Gómez de la Serna, al afirmar que, al menos en su

¹⁰⁷ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* Página 438.

origen, “en el mandato no se reputaba al mandatario como representante del mandante, sino como una persona que obraba en su propio nombre, pero por cuenta de otro”¹⁰⁸. Así, surgirá la necesidad de buscar una fórmula, un acto o negocio posterior, para que las consecuencias de las actuaciones llegaran al mandante.

La ausencia de un desarrollo doctrinal de la representación en Derecho romano responde a una discusión teórica porque, como señala Hernanz Pilar, “nadie puede dudar de que sus efectos *-los de la representación directa-* se daban ya en Roma”¹⁰⁹, justificando la falta de una teoría en esta materia en el hecho de que en Roma existían mecanismos que cubrían las funciones de la representación directa, destacando la estructura de la familia en su amplia acepción en el Derecho romano, el *iussum*, o las actuaciones del procurator, entre otros.

Se ha de destacar que, pese a que se ha afirmado el carácter indirecto de la representación en Roma -por tanto, también en el contrato de mandato-, hay autores como Couder¹¹⁰ que propugnan la existencia de un caso de representación directa: el mandato judicial o *ad litem*, ya que en este ámbito el mandante recibía de forma inmediata el resultado de la gestión del mandatario -llamado *cognitor* en esta modalidad-.

Finalizando ya con lo relativo al contrato de mandato y la representación, esta pretendida confusión, inexistente en Roma, estará presente en parte del ordenamiento jurídico nacido de la codificación, especialmente en su corriente francesa. Será la escuela Pandectística alemana del siglo XIX la que se encargue de elaborar una teoría moderna que distinga desde la óptica moderna la representación (encuadrándola en la parte general del Derecho civil) del mandato como figura contractual.

2.9.2. *El contrato de mandato y el iussum*

La ausencia de una teoría de la representación en Roma y la admisión únicamente de la representación indirecta se justifican en buena medida por la existencia de mecanismos alternativos mediante los que se conseguían efectos semejantes a los de la representación

¹⁰⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Op. Cit.* Página 331.

¹⁰⁹ HERNANZ PILAR, J. *La representación en el negocio jurídico*. Portal Iustel, 2003. Página 2.

¹¹⁰ COUDER, R. *Compendio de lecciones de Derecho romano*. Madrid: Imprenta de la revista de Legislación, 1883. Página 519.

directa, de manera que los efectos de lo actuado por un agente con un tercero podían repercutirse inmediatamente sobre el principal.

Entre estos mecanismos destaca el papel del *iussum*, definido como “una declaración unilateral y expresa de voluntad emitida por el titular de la potestad, autorizando, permitiendo o consintiendo la conclusión de un negocio jurídico por quien lo recibe”¹¹¹ y, por tanto, asumiendo los efectos de lo actuado por un representante.

Su origen se circunscribe a los actos ejecutados por las personas sujetas a patria potestad por cuenta del *paterfamilias*, ya que era común la actuación a través de sus hijos (*filius*) o de sus siervos (*servus*). Surge principalmente como un mecanismo de traslación de los efectos de lo actuado por el agente al *paterfamilias* en los negocios de disposición, actuando como un medio de protección al tercero, ya que el agente (*en su origen, filius o servus*) tenía limitada capacidad jurídica.

Así configurado, existe una clara diferenciación entre el mandato, entendido como un contrato imperfectamente bilateral, y el *iussum*, considerado como una autorización o manifestación de voluntad unilateral. ¿Cómo pueden llegar a confundirse ambos términos? La explicación desde una aproximación moderna pasa por considerar, erróneamente, que en Roma existía una confusión entre ambas figuras. Sin embargo, desde la perspectiva romana, este acercamiento sólo se produjo a nivel terminológico, estando plenamente diferenciadas ambas figuras a nivel jurídico-técnico.

En efecto, siguiendo a Hernanz Pilar, “su semejanza se circunscribe al terreno puramente terminológico, no pudiendo hablarse de una identidad entre ambos conceptos (*iussum* y *mandatum*), puesto que únicamente si aparece el mandato [...] desprovisto de su naturaleza contractual, y adopta un significado lato y atécnico, cabe la posibilidad de entrever una cierta proximidad y una superficial equivalencia del mismo al *iussum*”¹¹².

Para abonar esta tesis, podemos profundizar en tres diferencias esenciales que existen entre ambos conceptos:

1. El *iussum* presenta un carácter unilateral (una declaración unilateral de voluntad), mientras que el mandato, como contrato requiere el acuerdo de voluntades entre ambas partes -mandante y mandatario-, incluso aunque entre en juego la bilateralidad

¹¹¹ HERNANZ, PILAR, J. *Op. Cit.* Página 4.

¹¹² HERNANZ, PILAR, J. *Op. Cit.* Página 7.

imperfecta por la que el mandato genera obligaciones para el mandatario y, sólo eventualmente, para el mandante.

2. El *iussum* ofrece una posibilidad de actuación a sus receptores, que pueden actuar con libertad al no tener un contenido imperativo, mientras que del contrato de mandato se generan obligaciones derivadas del consentimiento de las partes y, por lo que atañe al mandatario, la obligación de actuar para cumplir el compromiso adquirido.

A diferencia de lo que ocurre con el mandato, donde el mandatario queda obligado a cumplir con el objeto del mandato con la celebración del mismo, el *iussum* “no genera pretensiones obligatorias, sino que solamente ofrece a sus receptores la posibilidad de actuar de acuerdo con lo indicado por el declarante”¹¹³. En el caso de que esos receptores decidan llevar a cabo el negocio en cuestión, los efectos se observarán en el patrimonio del declarante del *iussum* (el *iubens*), siendo este el único afectado por la obligación.

3. El *iussum* proyecta sus efectos a nivel externo frente a terceros -una suerte de subrogado de la representación directa-, mientras que el mandato únicamente atañe a la relación entre el mandante y el mandatario, requiriéndose un acto posterior para que lo actuado tenga eficacia frente a terceros.

2.9.3. *El contrato de mandato y la procuraduría*

La procuraduría puede identificarse con el origen de la idea de la representación y de la actuación por cuenta ajena¹¹⁴, encontrando una definición del *procurator* en Cicerón:

Cicerón, Pro Caecina 20.57: “is qui legitimen procurator dicitur, omnium rerum eiu, qui in Italia non sit absitue rei publicae causa, quasi quidam paene dominus hoc est alieni irui vicarius”¹¹⁵.

¹¹³ HERNANZ PILAR, J. *El iussum en las relaciones potestativas*. Valladolid: Universidad de Valladolid., 1993. Página 126.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. “Notas acerca del origen del contrato de mandato y su relación con la procuraduría en el Derecho Romano”. *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1994. Página 418.

¹¹⁵ Cicerón, Pro Caecina 20.57 Trad. Castellano: “Se dice que es legítimo procurador, el que en Italia tiene derechos sobre todas las cosas que posee y de las que no es dueño, pues éste se encuentra lejos de la república del que aquél es representante”.

Sobre este punto de partida, dos son los hechos admitidos por una parte amplia de la doctrina en torno a esta discutida cuestión relativa a la relación existente entre el mandato y la procuraduría.

En primer lugar, es generalmente aceptada la existencia de un único procurador en la época primitiva, siendo esta figura el *procurator omnium bonorum*¹¹⁶, para la administración general de un patrimonio.

Por otro lado, lo es también la afirmación de que los primeros administradores generales de un patrimonio ajeno, conocidos bajo la nomenclatura de procuradores, fueron esclavos manumitidos que, aun habiéndoles sido otorgado el estatus de libres, seguían administrando los bienes de sus patronos¹¹⁷. Esto se debía a los deberes que acarrecaba la relación de *patronatus*¹¹⁸ del liberto para con su antiguo dueño, cuyo ejercicio implicaba que, aun gozando el liberto de la condición de hombre libre, este tuviera que cumplir con una serie de exigencias respecto del que fuera su patrono.

Señalaba Arangio-Ruiz¹¹⁹ que, en un primer momento, la libertad que se concedía a esos esclavos no era tan apreciable en la realidad como a priori se consideraba, ya que, a pesar de su cambio de *status*, el liberto seguía perteneciendo a la familia del patrono al no tener la opción de negarse a la realización de las tareas que el patrono le encargaba.

Por ello, la frontera entre mandato y procuraduría se vuelve más difusa cuando las relaciones entre patrono y liberto abandonan la esfera familiar para convertirse en relaciones jurídicas¹²⁰. Con este cambio, el liberto puede contratar frente a terceros, aun cuando esté realizando funciones de administración general del patrimonio de su *dominus* y, en consecuencia, puede actuar en juicio o ser objeto de reclamación de responsabilidad por parte del tercero con el que contrata.

Así, en el plano doctrinal existe un debate sistematizado por Watson¹²¹, por el que la pretendida identidad entre mandato y procuraduría se fundamenta en las acciones

¹¹⁶ Siguiendo esta postura, ARANGIO-RUIZ, V. *Op. Cit.* Página 9.

¹¹⁷ MILELLA, O. *Il libertus procuratur. Le origini della procura in Diritto Romano*. Bari: Anales Bari, 1966-1967. Páginas 377 y ss.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Op. Cit.* Página 429.

¹¹⁹ ARANGIO-RUIZ, V. *Op. Cit.* Página 9.

¹²⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Op. Cit.* Página 429.

¹²¹ WATSON, A. *Op. Cit.* Páginas 36 y 37.

disponibles en ambas figuras. Para algunos autores, como Frese o Donatuti creen que mandato y procuraduría mantuvieron su independencia durante toda la época clásica; mientras que otros como Solazzi argumentan que la *actio mandati* propia del contrato de mandato también era usada contra el procurador; encontrando teorías intermedias como la de Arangio-Ruiz, por la que la *actio mandati* estaría disponible contra el procurador, pero sin desplazar a la *actio negotiorum gestorum*.

Este debate doctrinal no es más que el reflejo de las posturas divididas entre los juristas romanos, que oscilan desde las posturas más conservadoras de Celsio y Pomponio, que mantienen la separación de procuraduría y mandato, hasta las de Papiniano y Ulpiano, que encuadran la *actio mandati* en relación con el procurador¹²².

Por ir más allá de la configuración de las acciones, Fernández de Buján considera que, en el periodo clásico, la procuraduría está centrada “en el poder que se atribuye a otro para actuar por cuenta ajena, siempre dentro de los límites que expresamente señale el principal”, mientras que el mandato está centrado “en el deber que una persona asume cuando acepta representar a otro, con ocasión de un encargo o gestión a él encomendado”¹²³. Esta lucha entre poder y deber sienta las bases de unas diferencias marcadas tanto por el carácter del asunto, al menos inicialmente, (alcance general para la procuraduría frente a un asunto específico en el mandato), como la forma de adquirir en nombre del representante (en el mandato se respeta la representación indirecta).

En el acercamiento entre mandato y procura pueden señalarse otros hitos importantes. Como ejemplo, destaca la aparición de la figura del *procurator ad litem*. Más allá de las aportaciones de Watson para alegar el carácter clásico de esta clase de procurador, vamos a emplear una de sus conclusiones: “*el procurator ad litem puede ser considerado como mandatario ya que actúa para el cumplimiento de una única tarea*”¹²⁴. En consecuencia, puede emplearse en este contexto la *actio mandati*.

Un paso más viene dado por un texto de Gayo en el que afirma que la posición del *procurator ad litem* puede ser la misma que la que existe en otros supuestos de procuraduría. Así se establece en:

¹²² WATSON, A. *Op. Cit.* Página 51.

¹²³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Op. Cit.* Página 433.

¹²⁴ WATSON, A. *Op. Cit.* Página 43.

D. 3,3,46,4 (Gai. 3 ed. Prov.): “Procurator ut in ceteris quoque negotiis gerendis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet. itaque quod ex lite consecutus erit sive principaliter ipsius rei nomine sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati iudicio restituere usque adeo, ut et si per errorem aut iniuriam iudicis non debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat.”¹²⁵

D. 3,3,46,5 (Gai 3 ed. Prov.): “Item contra quod ob rem iudicatam procurator solverit, contrario mandati iudicio recipere debet: poenam autem, quam ex suo delicto praestitit, recipere non debet.”¹²⁶

Para finalizar, centrándonos ya en la época justiniana, el contrato de mandato podía celebrarse para la gestión de general de un patrimonio, acabando con la nota de especificidad que lo diferenciaba de la procuraduría. Esto da lugar a una supuesta identidad entre ambas figuras. No obstante, de nuevo no existe unanimidad sobre la fusión de las dos, planteando un criterio diferenciador enunciado por Fernández de Buján¹²⁷: “se habla de mandato cuando alguien acepta un encargo recibido, a fin de que despliegue una determinada actividad”, mientras que la procuraduría se refiere a “supuestos en los que alguien actúa espontáneamente, sin que haya recibido un encargo de actuar in interés de otro”, encuadrándose en este caso el procurador como un *falsus procuratur*, al actuar más bien como un *negotiorum gestor*.

2.9.4. El contrato de mandato y la *locatio conductio*

El contrato de mandato en Roma se configuraba, como ya hemos visto, como un contrato de naturaleza gratuita, al contrario de lo que ocurría con la *locatio conductio*, en la que se establecía una remuneración, una *merces* para la parte que ejecutaba la gestión. De hecho, como hemos mencionado previamente, en el supuesto de que se conviniera una remuneración en contraprestación a la actividad realizada por el mandatario, el mandato se convertía de manera automática en *locatio conductio*.

¹²⁵ D. 3,3,46,4 (Gai. 3 ed. Prov.) trad. Castellano: “El procurador debe rendir cuentas con arreglo a la buena fe lo mismo de los litigios que de la gestión de los demás asuntos. Así pues, debe restituir en virtud de la acción de mandato cuando hubiere conseguido en el litigio, sea a consecuencia directa del mismo sea con ocasión de él, de suerte que incluso aunque hubiera conseguido lo que no se debía por error o injusticia del juez, debe igualmente entregarlo.”

¹²⁶ D. 3,3,46,5 (Gai. 3 ed. Prov.) trad. Castellano: “Asimismo, lo que hubiere pagado el procurador en virtud de la sentencia, debe recuperarlo por la acción contraria de mandato; aunque no la pena que pagó por su propio delito.”

¹²⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Op. Cit.* Página 438.

Esta idea aparece reflejada tanto en el Digesto como en las Institutas de Justiniano. Así, podemos destacar los siguientes textos de dichas obras:

D. 17,1,1,4 (*Paul. 32 ad. Ed.*): “*Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit*”.¹²⁸

I. 3,26,13: “*In summa sciendum est, mandatum nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta, incipit locatio et conduction esse. Et, ut generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suspect officio mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede locatio et conductione intelligitur. Et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta quis dederit, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.*”¹²⁹

Sin embargo, ha de destacarse que esa onerosidad propia de la *locatio conductio* constituye un rasgo diferencial respecto del contrato de mandato únicamente en los supuestos en que el objeto, la prestación, de los dos contratos a analizar coincida de forma sustancial. Así pues, la idea de este factor de la onerosidad de la *locatio* frente a la gratuidad del mandato como único criterio distintivo de ambos contratos no parece estar aceptado de manera unánime en la doctrina romanista.¹³⁰

Existen aquellos que abogan por el argumento de que sendos contratos poseen la misma prestación característica, siendo la única diferencia existente la presencia de una retribución como contraprestación a los servicios realizados. Sin embargo, con el discurrir del tiempo, surge respecto de la figura del mandato lo que podría asimilarse a una especie de retribución que se concede al mandatario por la realización del objeto del contrato. Esa remuneración se denomina *honorarium* pero, a diferencia de la *merces* de la *locatio*, ese *honorarium*

¹²⁸ D. 17,1,1,4 (*Paul. 32 ad. Ed.*): “*Es nulo el mandato, si no es gratuito, porque trae su origen de la oficiosidad y de la amistad; luego la retribución es contraria a la oficiosidad, porque interviniendo dinero, la cosa tira más bien a locación y a conducción*”.

¹²⁹ I. 3,26,13: “*Ha de saberse, por último, que el mandato, si no fuere gratuito, cae en otra forma de negocio; porque habiéndose fijado estipendio, comienza a ser arrendamiento: y para hablar en general, en aquellos casos en que, habiéndose aceptado un encargo sin retribución, se celebra un contrato de mandato o de depósito, en estos mismos casos, mediando retribución, se entiende que se hace un arrendamiento*”.

¹³⁰ SEVERIN FUSTER, G. “Sobre el modelo de contratación de servicios remunerados en el Derecho Romano. Algunos aspectos relevantes de la *locatio conductio*”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, núm. 2, 2015. Página 363.

se concibe, en palabras de Girard¹³¹, más como una suerte de “*donación remuneratoria que como un pago equivalente al servicio recibido*” –una especie de muestra de gratitud-, siendo además el *honorarium* reclamable únicamente por vía de la *cognitio extra ordinem* y no por la acción del mandato.

La realidad es que la diferenciación entre las dos figuras contractuales parece estar más relacionada con aspectos de carácter social: en el mundo romano, los servicios que se realizaban eran objeto de una clasificación en función de la distinción social que comportaran. De esta manera, gozaban de mayor relevancia aquellos servicios de carácter intelectual o los que fueran propios de las profesiones ejercitadas por hombres libres, frente a los servicios de carácter manual. Mientras que los últimos eran susceptibles de la *locatio conductio*, los primeros únicamente podían ser constitutivos de mandato, estando reservadas también de manera exclusiva para esta figura aquellas gestiones relativas a la realización de actos jurídicos y a la administración de un patrimonio¹³².

2.9.5. *El contrato de mandato y la negotiorum gestio*

Ambas figuras presentan una semejanza evidente: son supuestos de gestión gratuita de negocios ajenos, un carácter que tiene poca presencia en otros ordenamientos jurídicos y que en Roma mostraba la importancia de las relaciones de confianza en el tráfico jurídico.

El punto de unión que plantea la confusión entre ambas pasa por la realización de una gestión en favor de un representado por parte de un agente. No obstante, mientras que en el mandato existe el encargo al mandatario (agente) por parte del mandante (representado), en la *negotiorum gestio* se da la circunstancia de que no existe un encargo por parte del representado, llegando éste a desconocer las actuaciones que está realizando el representante. En esencia, se trata de un elemento intencional que concurre en el mandato, pero que se encuentra ausente en el supuesto de la *negotiorum*.

Es preciso indicar un supuesto de mandato que podría plantear una semejanza entre las dos figuras analizadas: el mandato tácito, en el que el encargo de actuar, al no realizarse

¹³¹ GIRARD, P.-F. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 4.^a ed. Paris: Arthur Rousseau éditeur, 1906. Páginas 581 y 582.

¹³² SEVERIN FUSTER, G. *Op. Cit.* Página 365.

de manera expresa, es más difuso. Incluso bajo esta hipótesis, como afirma Murillo Villar¹³³, en la *negotiorum gestio* “los juristas romanos concluyeron que la gestión tiene que tener lugar normalmente desconociéndolo el *dominus negotii*”. De esta manera, el mandante en un contrato tácito puede no conocer los medios y el contenido concreto de las actuaciones del mandatario, pero sí que existe la confirmación de alguna operación en su representación al haber perfeccionado un mandato concurriendo la voluntad como elemento esencial.

De la falta de conocimiento por una de las partes (y, por ello, la imposibilidad de prestar el consentimiento como elemento básico para el surgimiento de las obligaciones), se deriva otra consecuencia: el mandato constituye un auténtico contrato, al tiempo que la *negotiorum gestio* se configura como un cuasicontrato.

También son diferentes las acciones que protegen a las partes. En el mandato se identifica la *actio mandati*, directa o contraria, en función de que sea ejercitada por el mandante o por el mandatario, respectivamente. Por su parte, la *negotiorum gestio* presenta la *actio negotiorum gestorum*.

En la práctica, la *negotiorum gestio* tenía una justificación clara: permitir que un representante vele por los intereses del representado (*dominus negotii*) en ausencia de éste cuando no existían otras prevenciones para la defensa de su patrimonio o negocios. Por ello, nuevamente se incardina en una relación de confianza, propia de una estructura social como la romana, pero con poco sustento en una economía de mercado como la actual.

¹³³ MURILLO VILLAR, A. “La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana”. *Revista internacional de Derecho Romano*, núm. Abril de 2016. Página 16.

3. RÉGIMEN ACTUAL DEL CONTRATO DE MANDATO: EL MANDATO EN ESPAÑA

3.1. Evolución histórica del contrato de mandato en España

El contrato de mandato queda configurado en el Derecho romano como una figura esencialmente gratuita -con los matices indicados en el caso de que exista un *honorarium*-, en la que no es posible la representación directa, y sostenida por el mero acuerdo entre las partes sobre la base de una relación de amistad o confianza.

Estas tres claves son los ejes sobre los que va a pivotar la evolución del mandato hasta la actualidad.

Históricamente, resulta llamativa la práctica desaparición del mandato del tráfico jurídico durante siglos, desde el final de la época visigoda hasta su recuperación en el siglo XIII de la mano de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. Este hecho se debe, en parte, a una de las circunstancias señaladas: la relación de confianza y consensual.

La estructura social experimentó una gran transformación en la época medieval, pasando de un modelo basado en la confianza entre sujetos a una sociedad protagonizada por las relaciones de vasallaje en una organización feudal. Según Pacheco¹³⁴, el relego del mandato a un segundo plano obedece a la existencia de vínculos personales de dependencia que permiten prescindir socialmente de la figura del mandatario

En consecuencia, hasta la Alta Edad Media los protagonistas de las relaciones jurídicas encontraban carta de naturaleza a sus acciones gracias a la obligación de servir que tenían los vasallos respecto a sus señores. En otros estamentos sociales se emplearon otros vínculos jurídicos al margen del mandato.

Sin embargo, las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio rescatan parcialmente este contrato, aunque lo ubican jurídicamente en el marco de las normas de la fianza. De esta manera, el inicio del Título XII de la Quinta Partida, destinado a la fianza, afirma que: “y después de esto (*de describir la fianza*) diremos de todas las otras cosas que los hombres hacen los unos por otros por su mandato o sin él, de que nace obligación entre ellos, que es como otra manera de fianza”.

¹³⁴ PACHECO CABALLERO, F. L. *La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas*. RDP, 1990. Páginas 655 y siguientes.

Las relaciones entre mandato y fianza ya se identificaban en Derecho romano. Incluso en el periodo justiniano encontramos figuras como el *mandatum iustiae credendae*, en los que puede hablarse de una fusión entre el sujeto del fiador y del mandante.

El segundo de los aspectos claves de su evolución que hemos identificado, la ejecución gratuita, ha sido objeto de una recepción más laxa, partiendo de la base de que desde la época del Principado se admitía, previo pacto, la entrega de un *honorarium*, que podía ser exigido por el mandatario a través de la *cognitio extra ordinem*, siempre que ésta no fuera entendida como una contraprestación económica por la actuación del mandatario.

No obstante, el Derecho común tradicional defiende este carácter gratuito. Es en el ámbito francés, de la mano del Código Napoleónico de 1804 cuando se admite la retribución del mandato en el supuesto de que así se disponga por las partes.

En la normativa de nuestro país, se mantuvo la apuesta por el carácter gratuito de esta institución, como figura en varios códigos y proyectos, incluyendo la propuesta de García Goyena en 1851¹³⁵.

Esta seña queda superada, de manera expresa, en el Anteproyecto de Código Civil de 1882. En concreto, el artículo 1 de las normas que regulan el mandato lo definía como “*un contrato por el cual una persona se obliga, gratuitamente o por recompensa, a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra*”.

La posibilidad de retribución en este contrato plantea una posible confusión con entidades afines, como el arrendamiento de servicios. En el mundo romano era sencillo distinguirlos ya que, en origen, el mandato era gratuito, mientras que en el arrendamiento de servicios existía una remuneración por los servicios prestados. Desde que se admitió, con mayor o menor amplitud, la remuneración del mandato, la distinción entre ambas figuras cambió. Según Lacruz Berdejo¹³⁶, “*se fue dibujando una doctrina que asignaba al arrendamiento de servicios la prestación de trabajo material o manual, y al mandato los trabajos o servicios intelectuales o de profesiones liberales*”.

¹³⁵ Artículo 1602 del Proyecto de Código Civil de 1851, que proclamaba que “*el mandato es un contrato por el que uno se encarga gratuitamente de dirigir los negocios que otro le comete*”.

¹³⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Derecho de Obligaciones II: contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. Madrid: Dykinson, 1999. Página 219.

El tercer eje que sustenta los cambios históricos en esta institución viene marcado por la representación que ostenta el mandatario. Se trata de una cuestión arraigada en el Derecho romano en el que, como se ha indicado en este trabajo, sólo se admitía la representación indirecta (la actuación del mandatario en nombre propio pero por cuenta del mandante). La evolución termina ofreciendo una identidad entre el mandato y la procuraduría -entendida como representación-, existiendo una salvedad que consistía en prohibir el mandato en representación propia, es decir, en interés exclusivo del mandante o también llamado consejo. Este principio se mantiene prácticamente intacto hasta la época de la Codificación.

En ese contexto histórico aparecen dos vertientes, la francesa y la italiana, marcadas por la diferente relación que plantean entre el mandato y la representación.

La aportación francesa, encabezada por el Código de 1804, recoge la evolución posterior a la época romana. No sólo admitiendo el mandato remunerado, como ya hemos visto, sino también identificando la actuación del mandatario en nombre y por cuenta del mandante, articulando un mandato exclusivamente representativo sobre la base de una representación directa.

La redacción del artículo 1984 del Código, *“le mandato ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom”*. Supone considerar que la representación es un elemento necesario del mandato, de manera que el mandatario es siempre un representante del mandante¹³⁷, planteando una modalidad directa, en principio no contemplada en Roma, a la par que un debate doctrinal. Así, con esta redacción, no estaría admitido el mandato sin representación directa, en el que el mandatario actúa en nombre propio o ejecuta actuaciones que carecen de transcendencia jurídica.

La otra corriente continental se muestra en el Codice italiano de 1865, en el que sí que se contempla ese mandato sin representación. Incluye explícitamente los mandatos en los que el mandatario actúa en nombre propio, o sin representación del mandante. Establece que en estos supuestos el mandante no tiene acciones contra los terceros con los que ha

¹³⁷ PROVERA, G. *ED XXV, Op. Cit.* Página 319.

contratado el mandatario. Lo mismo ocurre en el caso de los terceros con respecto al mandante, ya que es el propio mandatario el obligado de manera directa¹³⁸.

En cualquier caso, esta identidad entre mandato y representación es cuestionada por la doctrina germana en el siglo XIX. Así, la pandectística alemana va a distinguir claramente ambas figuras. Así, “*el mandato y la representación son dos instituciones distintas. El mandato origina una relación obligatoria, personal e interna, entre mandante y mandatario, mientras que el apoderamiento suministra un poder jurídico de obrar con eficacia en nombre del poderdante*”¹³⁹ y, por tanto, como algo externo al mandato.

Esta separación queda patente con la diferente ubicación sistemática de ambas figuras en el Código alemán: en el Libro I se agrupa la regulación relativa a la representación como componente autónomo, recogiendo en el Libro II lo relativo al mandato articulado como contrato. Un modelo que ha encontrado seguimiento en nuestro propio código de 1889, donde la representación, de manera genérica, aparece recogida en el artículo 1259 CC, lejos del encuadre normativo del mandato.

Esta dualidad entre mandato y representación permite abrir tres escenarios¹⁴⁰:

- *Mandato con representación*: el mandatario actúa en nombre del mandante, en virtud del contrato de mandato, a lo que se suma la concurrencia de un poder -como acto unilateral del mandante-, para autorizar esa actuación en su nombre.
- *Mandato sin representación*: contempla la actuación en nombre propio del mandatario, incluso con terceros, o la realización de asuntos que tengan una menor trascendencia jurídica.
- *Representación sin mandato*: supuesto en el cual la representación sirve de base para la actuación en el marco de otra figura contractual.

Realizadas estas precisiones iniciales sobre el elemento representativo, la posibilidad de admitir la representación directa tuvo una recepción dispar en España, según el momento histórico.

¹³⁸ Artículo 1744 del Código italiano de 1865: “*quando il mandatario agisce in suo nome, il mandante non ha azione contro coloro coi quali il mandatario ha contrattato, nè i medesimi l’hanno contro il mandante. In tal caso però il mandatario è direttamente obbligato verso la persona con cui ha contrattato, come se l’affare fosse suo proprio*”.

¹³⁹ NEGRO COSTEA, J. L. *Op. Cit.* Página 73.

¹⁴⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Op Cit.* Página 218.

Así, el Proyecto de 1836 admitía esta modalidad de representación directa para los mandatos especiales, mientras que establecía matices para los mandatos generales ya que, en este segundo supuesto, se entendía que, en ausencia de una indicación expresa, se actuaba en nombre del mandatario; si se establecía esa indicación expresa, podía considerarse la actuación en nombre del mandante¹⁴¹.

Posteriormente, el Proyecto de García Goyena, fechado en 1851 recupera la regulación francesa y opta por un mandato representativo en nombre del mandante.

Finalmente, el Anteproyecto de Código de 1882 regula ambas posibilidades, el mandato con y sin representación. La introducción de esta modalidad sin representación queda estipulada en el artículo 9 de las normas relativas a este contrato: *“cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo”*. Se trata de una redacción muy similar a la contenida en el Código italiano de 1865 y que, siguiendo la clasificación de la pandectística alemana, podría definirse como una representación sin mandato.

Por finalizar la distinción entre mandato y representación, la jurisprudencia española ha asumido la clasificación de la pandectística alemana a la que se ha hecho referencia. Castán Tobeñas¹⁴² cita varios ejemplos de sentencias judiciales que refrendan esta idea, entre los que destaca la Sentencia del Alto Tribunal de 22 de mayo de 1942¹⁴³.

¹⁴¹ Artículo 1408 del Proyecto de Código de 1836: *“cuando un mandatario general para negocios y contratos celebra algunos sin expresar en nombre de quién lo hace, se entenderá ser en el suyo propio; pero si el mandato fuere especial, los contratos relativos al objeto del mandato se tendrán siempre por celebrados en nombre del mandante”*.

¹⁴² CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo cuarto, Derecho de obligaciones*. Decimocuarta edición. Madrid: Reus, 1988. Página. 533.

¹⁴³ En la Sentencia del Alto Tribunal de 22 de mayo de 1942 se afirma que: *“con general aceptación, el Derecho científico distingue actualmente los conceptos jurídicos de mandato y representación, y hace observar que las diferencias esenciales entre ambos ni siquiera se borran por completo en el mandato representativo; porque el mandato afecta a la relación material de carácter interno entre mandante y mandatario, y el apoderamiento, concepto formal, trasciende a lo externo y tiene como efecto ligar al representado con los terceros, siempre que el representante actúe dentro del poder que se le haya concedido”*.

3.2. Aspectos preliminares

El contrato de mandato en España viene regulado en el Libro cuarto del Código Civil, relativo a las “*Obligaciones y Contratos*”, concretamente en su Título IX “*Del mandato*”, que engloba los artículos 1709 a 1739. Dicho título se divide en cuatro capítulos: Capítulo Primero “*De la naturaleza, forma y especies del mandato*”, que engloba los artículos 1709 a 1717; Capítulo Segundo “*De las obligaciones del mandatario*”, que agrupa los artículos 1718 a 1726; Capítulo Tercero “*De las obligaciones del mandante*”, que abarca los artículos 1727 a 1731; y, finalmente, el Capítulo Cuarto “*De los modos de acabarse el mandato*”, que recoge los artículos 1732 a 1739.

A su vez, se ha de hacer alusión a la forma mercantil del contrato de mandato, que se conoce bajo la denominación de contrato de comisión (o contrato de mandato mercantil) y que se regula en los artículos 244 a 302 del Código de Comercio.

3.3. Definición de mandato

Su definición en concreto viene dada en el artículo 1709 y de la misma se deduce que el contrato de mandato es aquel mediante el cual “*se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra*”.

Esta definición se considera de manera general escasa para su distinción respecto de otras figuras similares con un fin parecido. Así pues, la definición del Código no diferencia, por sí misma, el contrato del mandato de otros con pretensiones afines, como el contrato de arrendamiento de servicios o de obra.

En palabras de Puig Brutau, la diferencia principal entre el contrato de mandato y el contrato de arrendamiento, o prestación, de servicios, reside en que “el mandato implica el encargo de gestionar intereses del mandante”, teniendo que ser esta gestión “de la clase que admitiría perfectamente la gestión representativa, lo que no ocurre en el contrato de servicios”.¹⁴⁴

De esa diferenciación se deriva otra que hace referencia al objeto de ambos contratos. El mandato implica la gestión de intereses del mandante -fundamentalmente a través de la ejecución de actos jurídicos-, mientras que el arrendamiento de servicios suele sustanciarse

¹⁴⁴ PUIG BRUTAU, J. *Compendio de Derecho Civil. Volumen II*. Barcelona: Editorial Bosch, 1997. Página 476.

en prestaciones de orden material, como la ejecución de determinadas tareas, demostrando la imposibilidad de realizar una gestión representativa en el arrendamiento de servicios¹⁴⁵.

Por ello, parte mayoritaria de la doctrina entiende que, para la realización de esa diferenciación, es necesaria la interpretación conjunta del articulado relativo estas figuras contractuales contenido en el Código Civil.

3.4. Rasgos característicos del contrato de mandato

Los rasgos que caracterizan al contrato de mandato son los siguientes: la consensualidad, la cuestión de la gratuidad y la onerosidad, la unilateralidad y la bilateralidad del contrato, su inclusión en los contratos *intuitu personae* y su carácter representativo o la ausencia del mismo.

3.4.1. Consensualidad

El mandato es un contrato que se perfecciona con el mero consentimiento, lo que lo diferencia principalmente de otras figuras afines como lo es la gestión de negocios ajenos, que se encuentra regulada en el Código Civil en los artículos 1888 y siguientes.¹⁴⁶

3.4.2. La cuestión de la gratuidad y la onerosidad

El contrato de mandato se reputa gratuito de manera general, tal y como dispone el artículo 1711 en su apartado primero al señalar que “*A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito*”. Sin embargo, es el propio artículo 1711 en su apartado segundo el que establece que “*si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo*”.

¹⁴⁵ OLIVER RODRIGUEZ, E., TORRES BALLESTÉ, J. y ALIER Y CASSI, L.M. *Enciclopedia Jurídica Española*. Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1910. Página 581.

¹⁴⁶ DE PABLO CONTRERAS, P. *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex, 2014. Página 713.

3.4.3. *La unilateralidad y la bilateralidad*

La cuestión analizada previamente, relativa a la gratuidad y a la onerosidad, goza de especial importancia para la determinación del carácter unilateral o bilateral del mandato. Así pues, en caso de que el mandato sea gratuito, sólo generará obligaciones para el mandatario, siendo un contrato unilateral. Por el contrario, si el mandato es oneroso, mediando precio o contraprestación alguna, el contrato será bilateral y originará obligaciones tanto para el mandatario como para el mandante.¹⁴⁷

3.4.4. *“Intuitu personae”*

La locución latina *intuitu personae* posee varios significados como son «*en función de la persona*», «*respecto a la persona*» o «*en atención a la persona*». En consecuencia, la caracterización del mandato como un contrato *intuitu personae* se traduce en que dicho contrato se origina en torno a la base de una relación de confianza existente entre las partes contratantes, lo que le otorga el carácter de personal.

3.4.5. *Carácter representativo o ausencia del mismo*

El papel del mandatario en el mandato es la realización de distintos actos y gestiones que le encomienda el mandante. Partiendo de la base de que el mandatario siempre interviene por cuenta ajena, a la hora de la ejecución de dichos encargos, el mandatario puede actuar en representación de su mandante o puede hacerlo en su propio nombre, sin revelar que está gestionando los intereses de su mandante¹⁴⁸.

En el primer caso, estaríamos ante un supuesto de mandato representativo, significando esto que el mandante será parte en todos los negocios jurídicos que el mandatario celebre para con terceros y estos podrán dirigirse contra él.

En el segundo supuesto, no poseería el mandato carácter representativo, ya que el mandatario actuaría en su propio nombre y, a diferencia del primer supuesto, los terceros sólo podrían actuar contra el mandatario, sin perjuicio de las acciones que otorgue el propio mandato.

¹⁴⁷ DE PABLO CONTRERAS, P. *Op. Cit.* Página 281.

¹⁴⁸ PUIG BRUTAU, J. *Op. Cit.* Página 476.

3.5. Elementos del mandato

3.5.1. Elementos reales

En lo relativo al elemento real del mandato, a su objeto, no se contiene en el Código Civil restricción alguna sobre el mismo. Únicamente, se deduce la necesidad de delimitar su área de actuación para diferenciarlo de otros contratos similares como el arrendamiento de servicios¹⁴⁹. En consecuencia, esa distinción supone que el límite al objeto del mandato se ciña a aquellos asuntos o negocios de trascendencia jurídica que gestionen intereses que incidan en la esfera jurídica del mandante.¹⁵⁰

Por otra parte, se exige que dichos actos o servicios de gestión, cumplan ciertos requisitos. Así pues, deberán ser posibles, lícitos y determinados y quedarán fuera del objeto del mandato aquellos intereses del mandante que gocen de carácter personalísimo.¹⁵¹

3.5.2. Elementos personales

¿Quiénes son las partes?

Al igual que en Derecho Romano, las partes del contrato de mandato en nuestra legislación actual son el mandante, que es aquel que encarga el servicio o acto de gestión, y el mandatario, que es quien realiza dicho encargo por cuenta e interés del mandatario.¹⁵²

Capacidad de los contratantes

Poco dice el Código sobre este aspecto, siendo necesario diferenciar entre la capacidad del mandante y la que le es exigible al mandatario.

En cuanto a lo relativo a la capacidad exigible al mandante, requerirá la capacidad ordinaria para contratar, correspondiente a la del menor emancipado, salvo en los supuestos en los que se exija la mayoría de edad para realizar una gestión. Además, el mandante ha de tener legitimación plena para poder ejercer el acto que comisiona.

¹⁴⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op. Cit.* Página 542.

¹⁵⁰ CAÑIZARES LASO, A. *Esquemas de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones y Contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. Página 399.

¹⁵¹ PUIG BRUTAU, J. *Op. Cit.* Página 478.

¹⁵² DE PABLO CONTRERAS, P. *Op. Cit.* Página 718.

En relación con el mandatario, el artículo 1716 CC dispone lo siguiente: *“El menor emancipado puede ser mandatario; pero el mandante sólo tendrá la acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto de las obligaciones de los menores”*.

Del tenor literal de dicho precepto se deduce que poseen capacidad para ser mandatario, tanto los mayores de edad, como los menores emancipados. Sin embargo, el mandato que se pueda otorgar a estos últimos será a riesgo del propio mandante, ya que este únicamente podrá ejercitar acción alguna contra él *“en conformidad a lo dispuesto respecto de las obligaciones de los menores”*. Esto significa, según explica Castán Tobeñas, que el menor será responsable solamente, *“por consecuencia del mandato, en cuanto se haya enriquecido”*.¹⁵³

Pluralidad de sujetos

Ha de distinguirse aquí entre los supuestos en los que existe pluralidad de mandantes y aquellos en los que lo que se da es pluralidad de mandatarios.

- La pluralidad de mandantes viene regulada en el artículo 1731 CC, cuyo contenido es el siguiente: *“si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato”*.

En este supuesto, dos o más personas nombran a un mismo mandatario para que realice un negocio común a esos mandantes. Se admite la posibilidad de que la declaración de voluntad de cada mandante pueda realizarse en momentos y documentos diferentes.

Dicho artículo señala también la responsabilidad solidaria de los mandantes para con el mandatario en lo relativo a todos los efectos que produzca el mandato en cuestión, responsabilidad que se justifica en el hecho de que el negocio a celebrar por el mandatario es común a todos los mandantes.

- Por otro lado, el artículo 1723 CC se pronuncia sobre la pluralidad de mandatarios, disponiendo lo siguiente: *“la responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria, si no se ha expresado así”*.

Del tenor literal de este precepto, se deducen distintos aspectos. En primer lugar, se entiende que, salvo que se pacte de manera expresa la solidaridad, la responsabilidad que se deriva es mancomunada. Se exige como presupuesto que se trate de la gestión colectiva, por parte de todos los mandatarios, de un único asunto.

¹⁵³ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op. Cit.* Página 542.

En lo relativo al modo de actuación de los mandatarios, no queda fijado en la ley un modo concreto. Por consiguiente, se habrá de estar a lo que cada contrato de mandato en concreto estipule. En caso de ausencia de acuerdo en el contrato en cuestión, establece la doctrina que se habrá de acudir, por analogía, a la aplicación de la normativa relativa al albaceazgo, contenida en los artículos 895 a 897 del propio Código Civil.¹⁵⁴

La sustitución en el mandato

Se prevé en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que participen terceros en la realización del encargo o gestión objeto del mandato. En concreto, el artículo 1721 CC se pronuncia sobre esta cuestión, estableciendo lo siguiente: *“el mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto: 1º cuando no se le dio facilidad para nombrarlo, 2º cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo”*.¹⁵⁵

Esta opción no contradice ese carácter personal del mandato, sino que, tal y como se señala en la RDGRN de 30 de julio de 1976, esta opción *“viene a suponer por el contrario una mayor confianza personal en el mandatario para que pueda llevar a término el encargo o misión encomendada”*.¹⁵⁶

A la luz del artículo observado, cabe distinguir distintos supuestos en relación con la sustitución:

- El primer supuesto sería aquel en el que el mandante prohíbe el nombramiento de un sustituto: en este caso, como hemos visto previamente, lo que el sustituto hubiera realizado no podría oponerse al mandante, siendo nulas esas actuaciones (salvo que sean objeto de ratificación).

Ante esta situación, el mandatario tendrá que responder ante su mandante de los daños que le hayan sido causados a este último.

- El segundo supuesto sería aquel en el que el mandante autoriza la sustitución y, además, nombra él mismo al sustituto: aquí, el mandatario no responderá de la

¹⁵⁴ CAÑIZARES LASO, A. *Op. Cit.* Página 399.

¹⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Op. Cit.* Página 229.

¹⁵⁶ DE PABLO CONTRERAS, P. *Op. Cit.* Página 720.

gestión que realice el propio sustituto, respondiendo este de manera directa ante el mandante que le designó.

- El tercer supuesto sería aquel en el que el mandante autoriza la sustitución, pero, a diferencia del caso anterior, no nombra él mismo al sustituto, sino que es el propio mandatario quien lo designa: aquel que sea designado como sustituto por el mandatario, quien tampoco responderá en esta ocasión, deberá cumplir el requisito de ser capaz y solvente.
- El cuarto supuesto sería aquel en el que el mandante autoriza esa sustitución, pero no nombra sustituto y, a diferencia del caso anterior, el sustituto designado por el mandatario es notoriamente incapaz o insolvente: si esto ocurre, el mandatario responderá de la actuación del sustituto que él mismo nombró ante el mandante, quien poseerá además de una acción directa contra el sustituto incapaz o insolvente.
- El quinto y último supuesto sería aquel en el que el mandante ni prohíbe la sustitución ni la autoriza: ante esta situación, el mandatario responderá de la gestión llevada a cabo por el sustituto, gozando el mandante aquí también de la mencionada acción directa contra el sustituto.¹⁵⁷

3.5.3. *Ausencia de elementos formales*

Se sigue el principio de libertad de forma propio de nuestro ordenamiento jurídico y del Derecho de contratos. Por lo tanto, no se exige ninguna forma específica ni para el otorgamiento ni para la aceptación del mandato.

¹⁵⁷ CAÑIZARES LASO, A. *Op. Cit.* Página 405.

3.6. Tipos de mandato: clasificación según distintos criterios

Siguiendo la clasificación del mandato que realiza Castán Tobeñas¹⁵⁸., podemos distinguir, en atención a los siguientes criterios, distintas clases de mandato.

Por su carácter

En función de su carácter, podemos distinguir entre *mandato gratuito* y *mandato retribuido*, tal y como resulta del previamente mencionado art. 1711 CC, que recordamos que contiene una presunción de gratuidad del mandato a falta de pacto en contrario.

Evidentemente, será *gratuito* todo aquel mandato por el que no se perciba, por parte del mandatario, retribución alguna en compensación a la realización del objeto del contrato.

Por el contrario, será *retribuido* aquel contrato de mandato en el que se pacte una remuneración en contraprestación al cumplimiento del encargo contenido en el mandato.

Por su naturaleza y sus efectos

En función de su naturaleza y sus efectos, se distingue entre mandato ostensible o *representativo* y mandato simple o *propio nomine* (en nombre propio), conocido en el ámbito del Derecho mercantil como contrato de comisión.

Mandato ostensible o *representativo* será todo aquel en el que el mandatario actúe tanto en representación y nombre ajenos, es decir, de su mandante.

Mandato simple o *propio nomine* es aquel que se celebra cuando el mandatario actúa en su propio nombre, pero por cuenta de su mandante.

Por su forma

Siguiendo el criterio de la forma, entendiendo como tal la manera de expresar el consentimiento, se distingue entre mandato *expreso* y mandato *tácito*, diferenciándose dentro del expreso entre *escrito* y *verbal*.

El artículo 1710 CC afirma que “*El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario*”.

Tal y como se dispone en dicho artículo, el mandato *expreso* puede otorgarse por instrumento público o privado, de manera *escrita*, y de palabra, de manera *verbal*.

¹⁵⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op. Cit.* Páginas 539 a 541.

En cuanto al mandato tácito, se requiere que los actos de los que se derive “*impliquen necesariamente de modo evidente y palmario la intención de obligarse*”, exigencia que se desprende del contenido de la Sentencia de 3 de marzo de 1904.

Por su objeto

Se diferencia entre mandato *judicial*, siendo este primero aquel mandato cuyo objeto es susceptible de tratamiento ante los Tribunales, y mandato *extrajudicial*, que es aquel cuyo asunto principal se gestiona fuera de los Tribunales.

Por la extensión del poder conferido y las operaciones a realizar

Se establece una doble diferenciación. Según la extensión de los asuntos objeto del mandato, este puede ser *general* o *especial*. Por otro lado, según las operaciones que el mandatario puede realizar, a las que se la ha autorizado, hablamos de mandato *concebido en términos generales* y de mandato *expreso* para acto o actos determinados.

La primera distinción viene recogida en el artículo 1712 CC, que expone que “*el mandato es general o especial*” y considera que, mientras que el primero “*comprende todos los negocios del mandante*”, el segundo afecta a “*uno o más negocios determinados*”.

Sobre la clasificación en función de las operaciones que puede ejecutar el mandatario se pronuncia en el artículo 1713 CC cuando señala que “*el mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración*”, requiriéndose mandato *expreso* “*para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio*”.

Ha de prestarse especial atención a la hora de contemplar el mandato *general* y aquel *concebido en términos generales*, pues su denominación puede conducir a equívoco. El mandato *general* es una figura distinta al mandato *concebido en términos generales*, pues este último puede englobar tanto todos los negocios del mandante como únicamente alguno en concreto.

Igualmente, un mandato *especial*, cuyo objeto únicamente se constituye de negocios concretos del mandante, puede concebirse *en términos generales*, lo que únicamente posibilitará al mandatario para llevar a cabo actos de administración sobre esos negocios determinados.

Para evitar este tipo de contradicciones, conviene observar la Sentencia de 20 de noviembre de 1968. En ella se fija una interpretación relativa al sentido de las clasificaciones contenidas en los artículos 1712 y 1713 CC. Dicho pronunciamiento establece que la división del artículo 1712 alude a la extensión del encargo en relación con los asuntos del mandante,

mientras que la del artículo 1713 apunta a la intensidad con la que las facultades le son concedidas al mandatario.¹⁵⁹

3.7. Régimen jurídico del contrato de mandato en España: obligaciones y derechos de las partes. Efectos.

En este apartado, hemos de distinguir entre las obligaciones que conciernen al mandante y las que son inherentes a la condición de mandatario.

3.7.1. Obligaciones del mandatario

Las obligaciones del mandatario se recogen en el Código Civil a lo largo de los artículos 1718 a 1726. Para el estudio de este apartado, seguiremos el estudio realizado por Lacruz Berdejo¹⁶⁰ sobre esta materia, quien identifica como obligaciones del mandatario las siguientes:

Cumplimiento del encargo objeto del mandato

El artículo 1718 identifica, en su primer párrafo, esta obligación como fundamental, cuando señala que *“el mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante”*.

En función del objeto del mandato, el sentido y el alcance de esta obligación se verá modificado. Así, en el supuesto de que el mandato se haya celebrado para contratar, esa obligación de contratar no será una obligación de resultado, sino que se entroncará dentro de las obligaciones de medios.

Como base de este contrato, la actuación del mandatario debe orientarse principalmente en la consecución de los intereses de su mandante, a quien corresponde delimitar y precisar su interés en cuestión. Por esta razón, el mandatario tiene que cumplir ciertas pautas de comportamiento a la hora de actuar:

- *El mandatario no podrá sobrepasar los límites del mandato* (art. 1714 CC): esos límites marcan las fronteras del ámbito jurídico dentro del que puede desenvolverse el mandatario para la realización de la gestión encomendada por el mandante. En

¹⁵⁹ PUIG BRUTAU, J. *Op. Cit.* Página. 477.

¹⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Op. Cit.* Páginas 224 a 228.

ocasiones, se realiza una demarcación de carácter negativo, señalando aquello que el mandatario no está autorizado a llevar a cabo.

El artículo 1715 CC completa lo anterior al establecer que *“no se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste”*. Han de distinguirse aquí dos situaciones diferentes: en primer lugar, los supuestos en los que el mandante fija exhaustivamente y comunica de forma inequívoca al mandatario tanto el modo y los términos en los que ha de llevar a cabo la actividad encomendada, como la persona con quien ejecutarlo. En este caso, parece entenderse que el mandatario no podrá realizar actuaciones diferentes de las que quedaron otorgadas por el contrato de mandato y, si finalmente se producen, estas deberán ser objeto de ratificación por el mandante.

Sin embargo, existen otras situaciones más laxas en las que se permite, siempre persiguiendo el cumplimiento del mandato, que el mandatario alcance el mismo de manera más ventajosa para el mandante aun ejerciendo actos para los que, en un principio, no hubiera sido autorizado.

- *El mandatario debe ajustarse a las instrucciones indicadas por el mandante a la hora de ejecutar el mandato* (art. 1719.1 CC): estas instrucciones podrán otorgarse por el mandante tanto en el momento de la celebración del contrato como a lo largo de su ejercicio, pudiendo proceder también dichas instrucciones de la figura de un tercero siempre y cuando el mandante así lo establezca.

En el caso de que no existan instrucciones, el párrafo segundo del art. 1719 CC establece que la guía que deberá seguir el mandatario para la realización del objeto del contrato será la actuación que llevaría a cabo un buen padre de familia.

A su vez, se prevén dos supuestos en los que el mandatario podrá satisfacer el mandato de manera alternativa a la encomendada por el mandante: cuando surjan acontecimientos sobrevenidos que requieran la realización de ese cambio y carezca de la posibilidad de solicitarle al mandante nuevas instrucciones; o cuando, sin un cambio en las circunstancias, considere que la perpetración del mandato por otras vías le resultará más ventajoso al mandante. En este último supuesto, deberá comunicárselo con inmediatez a su mandante para que tome las determinaciones convenientes.

Responsabilidad por el mal cumplimiento de la gestión

Esta responsabilidad se regula en el artículo 1726 CC: *“El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido”*. Responde el mandatario por la realización de la gestión, por una mala ejecución de la misma o por la falta de observancia de las instrucciones que le fueron indicadas por el mandante. Sin embargo, no será responsable si su actuación respeta de manera fiel dichas reglas.

Obligación de comunicación o información

Si bien el Código Civil no se manifiesta de manera expresa sobre esta obligación, se deduce que el mandatario tiene que cumplir con el deber de comunicar al mandante del curso de la gestión encomendada y todas las incidencias que se vayan produciendo a lo largo de su desarrollo. Acudiendo a otros ordenamientos con el fin de otorgar una mayor concreción de esta obligación, dada la ausencia de reglas legales en nuestro propio sistema, podemos destacar ciertas notas a cerca de la misma:

- El mandatario habrá de comunicarle al mandante la información tantas veces como este se lo requiera o se haya estipulado en el contrato. Si el mandatario le denegara esa comunicación al mandante, incurriría en responsabilidad, pudiendo ser el mandato incluso revocado.
- El mandatario deberá poner en conocimiento del mandante las circunstancias sobrevenidas que puedan acarrear consecuencias en la gestión tan pronto como tenga constancia de su existencia, salvo que el mandante ya se encuentre al tanto de las mismas.
- El mandatario tendrá que notificarle a su mandante tanto el cumplimiento de la actividad encomendada como la imposibilidad de su culminación a la mayor brevedad posible.

Rendición de cuentas y abono de saldos e intereses

Dentro de este epígrafe, distinguimos dos obligaciones: la obligación de rendir cuentas al mandante y la obligación de abonarle saldos e intereses.

A la primera alude el Código Civil en el artículo 1720: *“Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo”*. Esto se traduce en dos conclusiones:

- En aquellos supuestos en los que el mandato no sea representativo, el mandatario deberá transmitir al mandante los derechos y obligaciones derivados de la gestión realizada, teniendo el mandante que liberar de esas obligaciones al mandatario y debiendo asumirlas siempre y cuando fuera posible.
- En los casos en los que el mandato goce de carácter representativo, no será necesario lo anterior, pero tendrá que quedar el mandatario igualmente liberado, debiéndole ser abonados los gastos, pérdidas y retribuciones que deriven de la ejecución del mandato. Por su parte, el mandatario tendrá que entregar al mandante lo obtenido para él.

La segunda de las obligaciones viene contenida en el artículo 1724: *“El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora”*. Esas cantidades a las que alude el Código son aquellas que anticipara el mandante para la realización de la gestión y las que recibiera el mandatario de un tercero en la ejecución de dicha gestión. El interés al que se hace referencia en el precepto se entiende que es el interés legal.

3.7.2. Obligaciones del mandante

Siguiendo la enumeración realizada por Lacruz Berdejo¹⁶¹, las obligaciones del mandante son las siguientes:

Remuneración al mandatario

Señala el artículo 1711 CC que, *“a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Esto, no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo”*. Se derivan, por tanto, dos situaciones en las que el mandante deberá retribuir sus servicios al mandatario: cuando se pacte una retribución o, en ausencia de pacto, cuando por razón de la ocupación del mandatario y su correspondencia con el servicio objeto del mandato, esa retribución sea exigible.

En lo relativo a la determinación de la cuantía de esa remuneración, se entiende que será aquella que se haya pactado. En defecto de pacto, se acudirá a las tarifas o baremos profesionales, en el caso de que el mandatario sea un profesional, pues si no lo es o su oficio es de naturaleza diferente a la del servicio objeto de mandato, se acudirá a los usos del tráfico

¹⁶¹ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Op. Cit.* Páginas 230 a 232.

y a la práctica habitual. Finalmente, cuando la remuneración no se pueda fijar mediante los procedimientos anteriores, la determinación de la misma correrá a cuenta del juez¹⁶².

Anticipo de recursos

En virtud del artículo 1728 CC, el mandante “*deberá anticipar al mandatario, si este lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato*”.

Es criticada por la doctrina la falta de firmeza del artículo señalado a la hora de desarrollar esta obligación. Realizando una interpretación amplia del precepto, cuando alude a las “*cantidades necesarias*” para realizar el objeto del contrato, habrá de entenderse por tales no únicamente dinero, sino también aquel conjunto de instrumentos, datos, documentos u objetos que se reputen necesarios para la práctica del mandato.

Para que se genere esta obligación, debe ser el mandatario, que no está forzado a anticipar los gastos, quien solicite al mandante el anticipo de los recursos que necesite ya que, en caso contrario, no existirá tal exigencia.

Reembolso de anticipos y pago de sus intereses

En virtud del artículo 1728, el mandante deberá reembolsar las cantidades anticipadas al mandatario, sin estar esto supeditado al éxito del negocio, ya que habrá de hacerlo igualmente cuando dicho negocio fracase.

Esta obligación engloba también el abono de los intereses de lo anticipado, intereses que empezarán a contar desde el día de la anticipación.

Resarcimiento de daños

Derivada del principio de indemnidad del mandatario y recogida en el art. 1729 CC, supone que el mandante deberá resarcir los daños al mandatario siempre y cuando no deriven de su propia culpa o negligencia, estableciéndose un sistema objetivo, por lo que no quedará la obligación supeditada a la prueba de esa culpa o negligencia por parte del mandante.

¹⁶² CAÑIZARES LASO, A. *Op. Cit.* Página 402.

Protección de los créditos del mandatario y derecho de retención del mandatario

El artículo 1730 CC regula esta obligación, que constituye una carga para el mandante y un derecho para el mandatario. Concretamente, señala que “*el mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso*”.

3.7.3. *Efectos*

La regulación del contrato de mandato en el Código Civil permite que el mandatario actúe con terceros tanto en nombre propio como en nombre del mandante. En función de esta posibilidad, los efectos pueden ser los propios, en el primer caso, de una representación indirecta -se manifiestan en la esfera jurídica del propio mandatario- o, en el segundo supuesto, de una representación directa -los efectos se trasladan inmediatamente al ámbito del mandante-.

Actuación del mandatario que obra en nombre del mandante

En este supuesto, existe *contemplatio domini* frente al tercero, requisito indispensable para que se originen los efectos de la representación directa. Esta representación acarrea que los efectos de la gestión realizada por el mandatario con los terceros se generen de manera directa en la esfera jurídica del mandante. Así, quedan patentes tanto la existencia de un mandato como la actuación por parte del mandatario en nombre ajeno o en el del mandante. A su vez, es manifiestamente conocido que los asuntos objeto de gestión por el mandatario son propiamente del mandante.

En lo relativo a la responsabilidad del mandatario, que se regula en el artículo 1725 CC, el que ejecuta el encargo en concepto de mandatario propiamente dicho, actuando dentro de los límites del mandato, no responde ante terceros salvo que quede obligado de manera expresa. En el caso de que el mandatario sobrepase dichos límites en su actuación, sí responderá frente al tercero, quedando el mandante desvinculado salvo que él mismo ratifique su vinculación. Sin embargo, lo característico aquí es la vinculación directa del mandante frente al tercero.¹⁶³

¹⁶³ CAÑIZARES LASO, A. *Op. Cit.* Páginas 406 y 407.

Actuación del mandatario que obra en nombre propio

Al contrario que en el caso anterior, aquí no se aprecia la *contemplatio domini*, por lo que no se generan las consecuencias de la representación directa previamente mencionada. Así, el tercero frente al que el mandatario actúa ignora que el mandatario está procediendo con un interés diferente al suyo propio. Se genera entre ellos dos una vinculación directa.

En este supuesto, no son ejercitables acciones de carácter directo entre el tercero y el mandante, salvo que nos encontremos ante un mandato que aluda a cosas que pertenezcan a la propiedad del mandante, subsistiendo las acciones existentes entre el mandatario y el mandante.

3.8. Extinción del mandato

El mandato se puede extinguir tanto por las causas generales de extinción de todos los contratos como por causas especiales e intrínsecas al contrato de mandato de manera singular.

El artículo 1732 CC fija como causas especiales de extinción del mandato las siguientes:

1º.- Revocación.

2º.- Renuncia o incapacitación del mandatario.

3º.- Muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario. También se aprecia como supuesto la incapacitación sobrevenida del mandante -salvo disposición en contrario del propio mandante o que el objeto del mandato consista precisamente en la realización de alguna encomienda en caso de incapacidad de éste-, requiriendo de una resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar para extinguir el mandato.

3.8.1. Revocación

Contemplada en los artículos 1733 a 1735 CC, se plantea como una facultad unilateral del mandante que puede ejercitarse con independencia de que el contrato se realice a título gratuito o contemple alguna remuneración. En este extremo, Albaladejo plantea que la

revocación del mandato puede no generar una acción en favor del mandatario por dejar de percibir esa remuneración¹⁶⁴.

La notificación, tanto al mandatario como a los posibles terceros afectados, es preceptiva

Del mismo modo, puede adquirir una forma expresa o tácita. En la modalidad tácita, se contempla la sustitución de un mandatario por otro para ejecutar el mismo negocio (artículo 1735 CC), apuntando que el *“produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido (al mandatario original)”*.

Como excepción a esta potestad del mandante, debe citarse la posible irrevocabilidad del mandato. A nivel doctrinal, ha sido negada en múltiples ocasiones -García Goyena llega a considerar el mandato como revocable, aunque se haya pactado lo contrario¹⁶⁵-. De manera excepcional, los tribunales han validado en ciertos casos la existencia de un pacto de irrevocabilidad, aunque en muchos casos lo supeditan a la concurrencia de una causa que lo justifique, como la protección de intereses legítimos de otras personas.

3.8.2. *Renuncia*

Identificada en los artículos 1736 y 1737 del Código, de manera análoga a la revocación, pero, en esta ocasión, referida a la actuación unilateral del mandatario. En cuanto a los rasgos comunes con la anterior, destaca la obligación de ponerlo en conocimiento de la otra parte, el mandante.

No obstante, podemos reseñar dos particularidades: en primer lugar, el mandatario debe indemnizar al mandante en caso de que éste sufra perjuicios -salvo que la renuncia se deba a la imposibilidad de seguir desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo- (art. 1736); en segundo lugar, el mandatario debe continuar realizando su actuación durante un periodo razonable en el que el mandante adopte las medidas necesarias para adaptarse a la renuncia.

¹⁶⁴ ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*. Barcelona: Bosch, 1997. Página 792. Realiza esta apreciación, aunque remite el alcance concreto de la indemnización que puede derivarse de la revocación al estudio de las Sentencias de 26 de mayo de 1988, de 8 de abril de 1991, y de 26 de junio de 2000.

¹⁶⁵ Opinión recogida en LACRUZ BERDEJO, J. L. *Op. cit.* Página 238.

Como limitación, Albaladejo constata la prevención de que el contrato de mandato prohíba expresamente la renuncia del “*derecho a renunciar*”¹⁶⁶.

3.8.3. *Muerte del mandante o mandatario*

Regulada en los artículos 1738 y 1739 del Código, se indica que es una causa de extinción sujeta a dos cuestiones específicas. Por un lado, se otorga validez a las actuaciones realizadas por el mandatario mientras éste ignore el fallecimiento del mandato, respaldando la vigencia de los efectos frente a terceros con los que haya contratado de buena fe. Y, por otro, en el caso del deceso del mandatario, los herederos deben poner esta información en conocimiento del mandante, protegiendo sus intereses hasta ese momento.

Albaladejo cita específicamente el “mandato celebrado para ejecutar en vida, pero con pacto de que no se extinga, si antes de terminada la ejecución muere alguna de las partes”¹⁶⁷. Otorga validez a esta figura, pudiendo recaer el nuevo papel de mandante o mandatario en legítimos herederos de aquellos que ocupaban esa posición en primer lugar.

3.8.4. *Quiebra, insolvencia o prodigalidad*

Este supuesto, enunciado en el artículo 1732.3 del Código tiene su encaje en el origen del mandato: es una figura que se basa en la confianza. La mala ejecución que suele acompañar a estos casos de quiebra, insolvencia o prodigalidad es motivo suficiente para cuestionar esta confianza y dar por finalizado el mandato.

Lacruz Berdejo realiza una actualización de los términos a situaciones del tráfico jurídico actual¹⁶⁸, entendiendo que deben incluirse supuestos como el concurso de acreedores o la suspensión de pagos.

3.8.5. *Incapacitación del mandante o del mandatario*

Con relación al texto del Código, resulta de especial interés la introducción de los supuestos de incapacidad del mandatario y del mandante en los apartados 2 y 3 del artículo 1732. Ambos fueron tratados de manera más exhaustiva por la modificación vía artículo 11

¹⁶⁶ ALBALADEJO, M. *Op. Cit.* Página 792.

¹⁶⁷ ALBALADEJO, M. *Op. Cit.* Página 793.

¹⁶⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Op. Cit.* Página 243.

de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre¹⁶⁹, que persigue la protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Los efectos varían dependiendo del sujeto objeto de incapacitación. Si ésta afecta al mandatario, la extinción del mandato se produce de manera automática, al carecer de la capacidad jurídica para concluir negocios o actuaciones en nombre del mandante.

Sin embargo, tal y como recoge el propio Código, si el incapacitado es el mandante, el mandato todavía puede subsistir en dos supuestos: en primer lugar, que el contrato contemplara expresamente su continuidad en caso de la declaración de incapacidad del mandante y, en segundo lugar, bajo la hipótesis de que se estableciera el mandato para que el mandatario realizara alguna actividad si al mandante le sobreviniera una causa de incapacitación.

Adicionalmente y, en relación al mandante, el artículo 1732.3 CC establece que *“el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”*.

¹⁶⁹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

4. COMPARATIVA ENTRE EL CONTRATO DE MANDATO EN ROMA Y EL CONTRATO DE MANDATO ACTUAL EN ESPAÑA

Llegados a este punto, es conveniente realizar una comparativa entre las figuras del contrato de mandato en Roma y del contrato de mandato vigente en el ordenamiento civil en España.

Para llevar a cabo esta comparación, vamos a basarnos en seis ejes principales de ambos contratos: rasgos característicos, elementos, clases, obligaciones y derechos de las partes contratantes, efectos, y causas de extinción.

Rasgos característicos

En el Derecho romano, recordemos que el contrato de mandato se configuraba, siguiendo la conceptualización del mismo que aportan Arias Bonet y Arias Ramos¹⁷⁰ como un contrato consensual imperfectamente bilateral y de buena fe, en el cual una de las partes contratantes, conocida como mandatario, se obliga al cumplimiento de manera gratuita de un encargo que la otra parte, el mandante, le hace, de la realización de un determinado servicio o, incluso, de la gestión total de su patrimonio.

De dicha definición se deducían cuatro rasgos característicos que eran la consensualidad, la bilateralidad imperfecta, la gratuidad y la buena fe.

En el ámbito del Derecho civil actual, si bien es cierto que la mayoría de los rasgos coinciden con los propios del mandato romano, hay que realizar una interpretación diferente de algunos de ellos. En parte, porque la propia definición que ofrece el artículo 1709 CC como contrato por el que “*se obliga a una persona a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra*”, presenta una delimitación difusa con otras figuras afines, como el arrendamiento de obra o servicio. Este hecho obliga a un estudio sistemático del conjunto de la regulación del mandato en el Código para conocer su alcance.

Especial atención al respecto requieren los aspectos de la gratuidad u onerosidad y la unilateralidad o bilateralidad, íntimamente relacionados entre ellos, y la cuestión del carácter representativo o no representativo del contrato de mandato español.

¹⁷⁰ ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A. *Op. Cit.* Página 664.

En lo relativo a la gratuidad u onerosidad del contrato, aunque el art. 1711 CC establece de manera general que “*a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito*”, también señala en su apartado segundo que “*si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo*”. Por lo tanto, el Código concede a las partes la posibilidad de pactar una remuneración a la hora de celebrar un contrato de mandato e, incluso en algunos supuestos, obliga a su retribución. Esto sin duda es algo que no ocurría en el mandato romano, donde con el paso del tiempo es cierto que se llegó a aceptar una especie de gratificación por la actuación realizada por el mandatario, denominada “*honorarium*”, pero que no se configuraba como un pago o remuneración obligatoria por el servicio prestado.

El alcance remuneratorio del mandato actual se ve reforzado por el hecho de que, en aquellos casos en los que se presume su remuneración y ésta no ha sido pactada entre las partes, puede acudirse a lo marcado en las tarifas o baremos profesionales o, en ausencia de éstos, a lo que se determine por vía judicial.

Como última precisión, en el ámbito romano, la reclamación de ese “*honorarium*” por parte de mandatario, no se realizaba en el marco de las acciones del mandato -*actio mandati contraria*-, si no que el recurso procesal se encontraba fuera de ese contrato, en la *cognitio extraordinem*. Por el contrario, la regulación en el ámbito civil actual asume esta reclamación, si se pacta, como parte inherente al mandato.

En cuanto a la unilateralidad o bilateralidad del mandato, en el ámbito civil español esta cuestión está estrechamente vinculada a lo anteriormente observado respecto de la gratuidad u onerosidad del mandato. A diferencia de lo que ocurría en Derecho romano, quedando el mandante obligado sólo cuando el mandatario realizaba desembolsos o sufría perjuicios resultado del cumplimiento del contrato, aquí, en el caso de que el mandato sea gratuito, únicamente generará obligaciones para el mandatario, siendo un contrato unilateral. Sin embargo, en el supuesto de que el mandato sea oneroso, existiendo precio o contraprestación, será un contrato bilateral y generará obligaciones para ambas partes. Se observa pues una modulación del carácter bilateralmente imperfecto que tenía este contrato en Roma.

Una de las principales diferencias entre ambos contratos es, sin duda alguna, la cuestión de la representación. En el Derecho romano, el contrato de mandato era una figura típica de la representación indirecta en la que actuaba el mandatario por cuenta del mandante, pero en su propio nombre y no en el de este último, repercutiéndose los efectos del contrato

en la esfera jurídica del mandatario y exigiéndose una actuación posterior para trasladar las consecuencias jurídicas al mandante. Sin embargo, en el Derecho civil actual no es esta la única opción.

Se admite en el Derecho civil que, aun considerando que el mandatario siempre interviene por cuenta ajena, el mandatario pueda actuar tanto en su propio nombre y sin reconocer que, en realidad, está gestionando intereses de otro, como en representación y nombre de su mandante¹⁷¹.

En el primer caso estaríamos ante un mandato de representación indirecta, propio del Derecho romano. Por el contrario, la segunda situación es un supuesto de mandato representativo o representación directa, no aceptado en el contrato de mandato romano.

Esa admisión de la representación directa encuentra su reflejo en varios preceptos del Código Civil, tales como el art. 1725 por el que se estipula que, si el mandatario actúa dentro de los límites del mandato, “*no es responsable personalmente a la parte con quien contrata*”, salvo que se obligue a ello de manera expresa. Es una expresión de la representación directa, por la que los efectos -y, en consecuencia, la responsabilidad- de lo operado en el marco del mandato frente a un tercero, repercuten directamente en la esfera del mandante.

Elementos

Distinguiremos aquí entre los elementos formales, personales y reales.

En cuanto al elemento *formal*, son coincidentes los dos contratos ya que ninguno de los dos requiere exigencia de alguna forma especial para su validez, pues debido a su carácter consensual, el consentimiento prestado por las partes contratantes se reputa suficiente, en ambos casos, para su perfección.

En lo relativo a los elementos *personales*, a los sujetos, las partes son las mismas tanto en el Derecho romano como en el Derecho civil. Así, en sendos contratos, el contrato se celebra entre el mandante, quien encarga la actividad o gestión objeto del mandato, y el mandatario, a quien le es encomendado el servicio y quien se compromete a realizarlo en interés del mandante.

Sin embargo, existen en la actualidad en este ámbito tres diferencias respecto de lo que acaecía en el Derecho romano: en primer lugar, la regulación de la posibilidad de que

¹⁷¹ PUIG BRUTAU, J. *Op. Cit.* Página 476.

existan una pluralidad de mandantes o de mandatarios; en segundo lugar, la exigencia de que las partes del contrato de mandato gocen de cierta capacidad para poder celebrarlo; y, en tercer lugar, la posibilidad de la participación de terceros en el contrato.

En lo que atañe a la pluralidad de mandantes o de mandatarios, el Código Civil los regula en los arts. 1731 y 1723, respectivamente. Al margen de que sean válidos los contratos con varios mandantes -para la consecución de un fin común- o de varios mandatarios -para llevar a cabo las acciones contenidas en el contrato de mandato-, las diferencias también alcanzan a su régimen de responsabilidad. En el caso de varios mandantes que designen un mandatario común, están obligadas solidariamente a todos los efectos del mandato. Por el contrario, si son varios los mandatarios, estos, salvo pacto en contrario, responden de forma mancomunada en lugar de solidaria.

Refiriéndonos a la segunda cuestión relativa a la capacidad de las partes, en el caso del mandante, ha de gozar de la capacidad general para contratar, es decir, de la capacidad de obrar, si bien es cierto que también deberá contar con la capacidad concreta para el acto cuya gestión se haya encomendado al mandatario.

En cuanto al mandatario, en su caso es suficiente la capacidad general de obrar en el supuesto de que el mandato sea representativo, pero siendo este no representativo, deberá contar, además, con la capacidad determinada del acto jurídico concreto a realizar.

La plasmación doctrinal de estos requisitos se reconduce hacia la admisión del menor emancipado como sujeto del contrato, siempre con los límites de su capacidad de obrar. De forma análoga, en lo referente a la extinción del contrato, el ordenamiento civil contempla la incapacidad sobrevenida de las partes.

Respecto a la cuestión de la participación de terceros en el contrato, Se prevé en el Código Civil, concretamente en su art. 1721 la posibilidad de que participen terceros en la realización del encargo o gestión objeto del mandato, lo que no entra en conflicto con el carácter personal del mandato. Con diferente alcance, pero podemos concluir que el nombramiento de un sustituto por parte del mandatario está admitido en nuestro ordenamiento, salvo que esa posibilidad haya sido prohibida en el contrato. Esta posibilidad también llegó a ser admitida en el Derecho romano (añadiendo también la prohibición en los casos en los que, por las habilidades necesarias para el mandato, este no pudiera ser subcontratado). No obstante, en el ámbito civil actual, el régimen de responsabilidad del mandatario que confía la ejecución de lo pactado a un sustituto o tercero puede llegar a ser

más flexible. Así, en la mayoría de los casos, salvo que se aprecie que se ha nombrado como sustituto a una persona “notoriamente incapaz o insolvente”, no responderá de la gestión de ese sustituto.

Pasando a analizar los elementos *objetivos*, el mandato del Código Civil también exige que la gestión a realizar en el mandato disponga de carácter posible, lícito, moral y, en este caso y a diferencia del ámbito romano, determinado o determinable¹⁷².

Tipos

Las clasificaciones que hoy en día se realizan en torno al contrato de mandato, son, en su mayoría similares a las realizadas en el ámbito del Derecho romano.

Así, al igual que en el ámbito romano, se distingue entre *mandato judicial* y *extrajudicial* en cuanto a su objeto y entre expreso y tácito en cuanto a su forma de celebración.

Se establece en el Derecho civil una diferenciación en función de la extensión del poder conferido en el contrato de mandato. Distingue el art. 1712 entre *mandato general*, que comprende todos los negocios del mandante, y *especial*, que afecta a uno o más negocios determinados. Su correspondencia romana la encontramos la clasificación en función del alcance del mandato, donde el *mandatum omnium bonorum* se identificaría con el *mandato general* y el *mandatum unius rei* haría lo propio con el *mandato especial*.

El art. 1713 CC, basándose en las operaciones para cuya ejecución está autorizado el mandatario, alude al *mandato concebido en términos generales*, que comprende únicamente actos de administración, y al *mandato expreso para actos determinados*, el cual permite realizar actos que vayan más allá de la mera administración. Así, para todo lo que exceda de la mera administración requiere de un mandato expreso, realizando el Código una referencia expresa a los actos de “*transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio*”. Esta separación encuentra su respuesta en la clasificación en función de las acciones del mandatario del Derecho romano, correspondiéndose el *mandatum incertum* con el *mandato concebido en términos generales* y el *mandatum certum* con el *mandato expreso para actos determinados*.

Sin embargo, sí son propios únicamente del ordenamiento civil actual los criterios que distinguen entre *mandato gratuito* y *mandato retribuido* y entre *mandato representativo* y *mandato propio nomine* o no representativo, ya que, como hemos señalado previamente, el mandato

¹⁷² PUIG BRUTAU, J. *Op. Cit.* Página 478.

romano se caracterizaba por su gratuidad y por ser un instrumento de representación indirecta.

Obligaciones y derechos de las partes contratantes

En lo relativo a las obligaciones de mandante y mandatario, no existen diferencias importantes entre el mundo romano y el español actual. En ambas épocas se establecen como obligaciones del mandante el reembolso de los gastos generados y el resarcimiento del perjuicio ocasionado por la ejecución del mandato al mandatario. Destaca en el ámbito civil, además de las anteriores, la existencia de una obligación de remuneración, en los supuestos en los que se reputara como legalmente exigible, y de una obligación de anticipo de los recursos necesarios para la realización del objeto del mandato, siempre y cuando el mandatario lo solicitara.

El mandatario tiene, tanto en el Derecho romano como en el civil actual, la obligación de desarrollar la acción constitutiva del mandato con diligencia, siguiendo las instrucciones del mandante, así como la obligación de responder por los perjuicios que le haya originado al mandante y de reintegrarle lo que haya percibido como consecuencia de la ejecución del mandato.

Sí supone una novedad respecto al ámbito romano lo dispuesto en el art. 1730 CC, que parece otorgar un derecho de retención al mandatario en el supuesto de que el mandante no cumpla con sus obligaciones de reembolso e indemnización.

Adicionalmente, el mandatario hace frente a otras dos obligaciones que suponen un paso más respecto a la época romana. Una de ellas supone una innovación parcial: en el art. 1726 CC se estima la responsabilidad tanto por dolo como por culpa, aunque en este último supuesto ha de graduada por los Tribunales, empleando como criterio modulador el hecho de que exista o no remuneración por el contrato. En Roma, inicialmente, el mandatario sólo respondía por dolo, aunque eventualmente se llegó a admitir la responsabilidad por culpa, especialmente en aquellos casos en los que el mandato llevaba aparejada una remuneración u *“honorarium”*.

La otra innovación hace referencia al deber de información del mandatario con el mandante, al deber dar cuenta de sus operaciones, con una amplitud doctrinal entendida como la obligación de informar sobre el estado de ejecución siempre que el mandante lo demande.

Efectos

Radica aquí una diferencia especial, pues los efectos que produce el mandato en cada una de las dos épocas no son iguales. Mientras que, en el Derecho romano, el mandato es una figura propia de la representación indirecta con lo que ello conlleva, en el Derecho civil, como hemos señalado con anterioridad, el mandatario puede actuar en nombre propio y por cuenta del mandante o en nombre del mandante y por cuenta de este.

Esto se traduce en que en los supuestos de representación indirecta en los que el mandatario actúa en su propio nombre y por cuenta del mandante, como es el caso romano, se genera una vinculación directa entre el tercero y el mandatario, contra quien podrá dirigirse, pero no así entre el tercero y el mandante, quien, mediante otro acto, recibirá en su esfera jurídica los efectos derivados de la gestión realizada por el mandatario. Esta configuración más típica del mandato romano encuentra su reflejo en el artículo 1717 CC.

Por el contrario, en los casos de representación directa, propios del ámbito civil actual, en los que el mandatario actúa por cuenta y nombre del mandante, los efectos de lo perpetrado por el mandatario con los terceros se plasman de manera directa en la esfera jurídica del mandante, siendo lo característico aquí la vinculación directa entre el tercero y el mandante, pudiendo dirigirse el tercero directamente contra él.

Extinción

El mandato romano se podía extinguir por la *revocatio* del mandante, por la *renuntiatio* del mandatario, tanto por el cumplimiento como por el incumplimiento del objeto del mandato y por la muerte de cualquiera de las partes.

El art. 1732 CC recoge como causas especiales de extinción del contrato de mandato, además de las generales de todos los contratos, la revocación, la renuncia, la muerte de cualquiera de las partes, la quiebra, insolvencia o la declaración de prodigalidad y la incapacitación del mandante o del mandatario, no siendo las cuatro últimas recogidas para el mandato romano.

En esencia, puede entenderse que tres de estas nuevas causas -quiebra, insolvencia y declaración de prodigalidad-, están relacionadas con la propia naturaleza del mandato: un contrato basado en la confianza. Una confianza que puede verse alterada por la falta de diligencia asociada a las conductas que llevan a la quiebra, a la insolvencia o a la prodigalidad. En esta misma línea, parte de la doctrina entiende que deberían ser consideradas como causas

de extinción otras figuras análogas, como el concurso de acreedores, que puede contemplar tanto la referida quiebra como situaciones más transitorias como la suspensión de pagos.

5. CONCLUSIONES

- I. El surgimiento del contrato de mandato en Roma trae causa en la expansión comercial que prosiguió a las conquistas territoriales del siglo III a.C. Con una base esencial en la confianza, pretendía salvar dos obstáculos: regular las obligaciones jurídicas entre ciudadanos romanos y no romanos, y articular la representación de sujetos que no se encontraban físicamente en el mismo lugar. Desde mi punto de vista, constituye un ejemplo más del carácter contingente de la creación de figuras contractuales en Roma: la ausencia de una teoría general del contrato hace que se recurra a instituciones nuevas para adaptar la realidad social al tráfico jurídico.
- II. Precisamente por su emanación del *ius Gentium* y la ausencia de forma predeterminada, se enmarca como uno de los contratos consensuales, consistente en que un mandatario se obligue a realizar una gestión o encargo por cuenta del mandante. En mi opinión, su encuadre en el *ius Gentium* le aporta una gran flexibilidad, aunque, desde una perspectiva moderna, puede conllevar un componente de inseguridad jurídica. En el trabajo se ha expuesto la teoría de autores que consideran que debía adoptar una forma escrita y, aunque opto por considerar que el carácter consensual se inclina hacia la libertad de forma, es cierto que la modalidad verbal del contrato puede plantear problemas interpretativos y de carga de la prueba. Entiendo que ocurre lo mismo en el supuesto del mandato incierto. Algunas de estas aparentes desventajas han sido subsanadas en el ordenamiento moderno, pudiendo dictar el mandante las instrucciones oportunas o demandando información al mandatario en cualquier momento.
- III. A diferencia de los demás contratos consensuales, tiene un carácter imperfectamente bilateral, porque de él van a derivarse siempre obligaciones para el mandatario (cumplir con el contenido del mandato), mientras que la responsabilidad del mandante sólo va a existir de manera eventual, en el caso de que tenga que restituir anticipos o sufragar daños causados en la ejecución del mandato. Considero que es una muestra más del acomodo que encontró el mandato en los contratos consensuales, más por su versatilidad, que por la semejanza con los negocios jurídicos comprendidos en esta categoría.

Al mismo tiempo, defiendo que esta figura, al menos en su origen, destaca por una excesiva protección del patrimonio del mandante, en clara desventaja para el mandatario. Destaco los supuestos de exceso de mandato en los que, según los

Sabinianos, el mandante no quedaba obligado a aceptar lo actuado por el mandatario, generando un perjuicio evidente en la esfera patrimonial del mandatario que ha realizado el desembolso. Con los Proculyanos se suaviza esta consideración. Aún así, el mandatario afronta una pérdida patrimonial, debiendo entregar la cosa y pudiendo ser resarcido por el mandante sólo hasta la cantidad pactada en el mandato. Desde una perspectiva moderna, genera un daño emergente en el patrimonio del mandatario, debido a su propia actuación y consolidado por la obligación de entregar el resultado de lo actuado.

- IV. La seña de la gratuidad terminará perdiendo fuerza, pasando de ser causa de nulidad a convertirse, en época del Principado, en una posibilidad. No es entendida como una contraprestación económica, sino como un reconocimiento u “*honorarium*” a la persona del mandatario. No obstante, entiendo la naturaleza gratuita de la prestación no se ve alterada. Así, la reclamación de esa cuantía se ubica procesalmente fuera del contrato de mandato, pudiendo ser exigida a través de la *cognitio extra ordinem* en lugar de por las acciones características del mandato.
- V. Aunque no será hasta las codificaciones modernas cuando se admita el reconocimiento económico como parte del contrato de mandato, definiendo que la posibilidad de incorporar un “*honorarium*” en el ámbito romano preserva la gratuidad, pero añade un componente de profesionalización al mandato. Algo que me llama la atención, habida cuenta de que nos encontramos ante un contrato que se extingue con la mera acción y que no exige llevar aparejado un resultado determinado.
- VI. La posibilidad de que exista esa remuneración conlleva una ampliación en la responsabilidad que afronta el mandatario que, bajo ciertas premisas, pasará de abarcar únicamente los supuestos de dolo, a alcanzar también aquéllos de culpa o negligencia. A mi parecer, resulta una extensión lógica: se abre a la exigencia de un plus de responsabilidad que va más allá de la que se deriva de la mera amistad o confianza. En otras palabras, ahonda en la idea de la profesionalización que definiendo en la conclusión anterior, aún cuando sigue siendo un contrato que no lleva aparejada la exigencia de la consecución de un resultado concreto.
- VII. Especial relevancia presenta la regulación de la representación en el ámbito romano. En el tráfico jurídico moderno, por razones de rapidez y eficacia, resulta imprescindible la admisión de la representación directa: que un agente o intermediario pueda actuar frente a un tercero en nombre del principal, trasladándose

las consecuencias de lo actuado con el tercero directamente al principal. Esto no se daba en Derecho Romano, ámbito en el que, por la ausencia de una teoría de la representación, sólo tiene reconocimiento la representación indirecta. Ello plantea un paso intermedio: una acción posterior por la que los efectos de lo actuado por el mandatario y el tercero pasen al mandante. Y una consecuencia práctica: bajo la representación indirecta, será el mandatario el que quede obligado por su actuación frente a terceros, pese a estar obrando por cuenta ajena, al contratar en nombre propio. Considero que este aspecto ha de analizarse desde la óptica de la época romana, en la que existían mecanismos sustitutivos para desplegar los efectos de la representación directa, aún careciendo de regulación específica, destacando el papel de la familia romana y de instrumentos como el *iussum*.

- VIII. En cuanto a las obligaciones de las partes, que cuentan con la *actio mandati* -directa para el mandante e indirecta para el mandatario-, cobra fuerza el carácter imperfectamente bilateral para el mandatario, que asume una mayor carga obligacional. A mi juicio, esto se ve sustentado en otras premisas, como la inadmisibilidad del mandato efectuado en beneficio exclusivo del mandante, centrando al mandatario como una persona de confianza del mandante que ejecuta su encargo. Considero que esto se verá superado a medida que se reconozca la posibilidad de gratificación económica del mandatario, una señal que será tenida en cuenta en la evolución posterior del contrato, hasta el punto de considerar en nuestro Código Civil que existen personas dedicadas a este tipo de tareas, cuya remuneración se presume.
- IX. En cuanto a las causas de extinción en el ámbito romano, destacan la renuncia y la revocación del consentimiento, así como el fallecimiento de cualquiera de las partes, sin que, en la época más avanzada, excluya la posibilidad del mandato *post mortem*. Nuevamente identifico una clara evolución en la casuística: desde ese mandato que puede seguir siendo válido tras la muerte del mandante, hasta otras circunstancias que se incorporarán en el ámbito de la codificación. Con ello, defiendo que se trata de un contrato que, expresa o tácitamente, ha experimentado una evolución con el paso del tiempo, fruto sin duda de la flexibilidad que le otorga su naturaleza consensual y la no exigencia de requisitos formales.
- X. Como he señalado, el amplio espectro material del contrato de mandato, hace que éste haya de ser distinguido de otras figuras. Del repaso realizado, entiendo que hay

que prestar atención a dos criterios de separación: por un lado, introduzco el que hace referencia a la prestación económica, encontrando la *locatio conductio* o arrendamiento de servicios, en la que se paga por el servicio prestado, frente a la consideración del *honorarium* de la remuneración del mandato -si existe-, que se concibe como una especie de donación remuneratoria. Además, no todos los servicios podían ser objeto de arrendamiento. Así, los que responden a un contenido más intelectual o a una actividad de profesiones liberales, recaían en el ámbito objetivo del mandato.

El segundo criterio hace referencia a la representación. Es preciso un análisis de la procuraduría, como germen de la representación en Derecho romano y con una pretendida identidad con el contrato de mandato en la época Justiniana. Además, existe un debate con la figura del *iussum*, si bien es cierto que el mismo se ciñe únicamente al ámbito terminológico, pues solo tomando como referencia un significado atécnico del mandato, se podría llegar a establecer un mínimo acercamiento entre ambos. Bajo este paraguas también se trata la *negotiorum gestio*, pero ésta tiene la consideración de cuasicontrato al ser llevada a cabo por el representante sin el conocimiento de representado.

- XI. La evolución histórica relegó al mandato a un segundo plano. Del análisis del contexto histórico, defiende que se debe a los cambios que fundamentaron el tránsito de una sociedad basada en la confianza a un modelo feudal en el que el carácter consensual de muchas figuras quedó supeditado a las relaciones de vasallaje. El mandato resurge parcialmente en el marco de las Partidas de Alfonso X el Sabio, conservando en pleno siglo XIII buena parte de los elementos de esta institución en el mundo romano. También formará parte de la codificación civil del siglo XIX, en el que se articulan progresivamente como principales novedades la admisión del mandato retribuido o la posibilidad de la representación directa.
- XII. Especial relevancia tiene la recepción de esta institución en los códigos del siglo XIX. A mi juicio, el debate doctrinal entre representación y mandato arroja una regulación dispar. Desde la unión de ambos conceptos, admitiendo únicamente el mandato representativo del Código francés de 1804, hasta la admisión de la modalidad representativa y no representativa en la configuración del Código italiano de 1865. Nuestro Código Civil opta por este segundo planteamiento, destacando también la aportación de la Pandectística alemana a la hora de formular una teoría de la

representación. Considero que supone, una vez más, llevar al plano jurídico lo que ya suponía una realidad social: permitir la representación directa e indirecta a la hora de actuar en nombre de otro.

- XIII. Estos nuevos principios han sido acogidos en la vigente regulación de nuestro Código Civil, que contempla el mandato en los artículos 1709 a 1739. El mandato no sólo puede ser retribuido, sino que en algunos supuestos esta remuneración se presume. Por lo que respecta a la representación directa, esta es contemplada. A mi juicio, estas son las dos mayores innovaciones con respecto a la época romana. En el primer caso, porque incorpora la posibilidad de remuneración como una nota del mandato, exigible por las mismas acciones generales que protegen el contenido del contrato. La segunda, porque admite la representación directa: creo que es algo consistente con la elaboración de una teoría general de la representación, al tiempo que se trata de un reconocimiento de las exigencias del tráfico jurídico actual.
- XIV. No obstante, también identifico otros elementos que representan una evolución histórica: la admisión de una pluralidad de mandantes o mandatarios; la extensión de la responsabilidad del mandatario de los casos de dolo a los de culpa o negligencia (especialmente si ha mediado retribución); la posibilidad del mandatario de exigir una cantidad para acometer gastos; o la aparición de nuevas causas de extinción del mandato como la quiebra, insolvencia o prodigalidad (derivadas de una concepción ampliada y actualizada a los tiempos de la confianza en la que se basa el mandato), o la incapacidad sobrevenida de las partes (como manifestación de la capacidad de obrar exigible a ambas partes en el contrato). De hecho, destaco la puesta al día de algunas de las causas de extinción, como la incapacitación del mandante o del mandatario, introducida vía Ley 41/2003, como intento de renovar la vigencia de este contrato.
- XV. A modo de conclusión personal, el mandato, basado en una relación de confianza, sirvió para dar solución a una exigencia comercial al llevar al tráfico jurídico una necesidad social. Su plasmación en el Código Civil con importantes novedades como la admisión sin salvedades de una remuneración o la actuación del mandatario a través de una representación directa, puede convertirlo en un instrumento para la ejecución de determinados negocios jurídicos, en los que se pretende disfrutar de la versatilidad de una actuación desarrollada por una persona de confianza y de la seguridad jurídica que otorga la protección del Código Civil. Su carácter consensual

y la sencillez de su planteamiento propiciaron un recorrido histórico del mandato en diferentes etapas de Roma. Al contrario que los demás contratos consensuales de esa época, no ha mantenido gran presencia en los siglos posteriores, pero un acercamiento a la configuración de la institución permite vislumbrar un funcionamiento sencillo con grandes ventajas para el tráfico jurídico a pequeña escala.

6. ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CC	Código Civil
CCom.	Código de Comercio
C. o C.J.	Codex de Justiniano
Gai.	Institutiones Gai
D.	Digesto/Digesta
ED.	Enciclopedia del Diritto
I.	Instituciones de Justiniano
NNDI.	Novissimo Digesto Italiano
Paulo, Sent.	Pauli Sententiae
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

7. ÍNDICE DE FUENTES

7.1. Fuentes clásicas

Gai Institutiones (Gai.)

3, 135.

3, 136.

3, 155.

3, 156.

3, 157.

3, 158.

3, 159.

3, 160.

3, 162.

7.2. Fuentes postclásicas

Pauli Sententiae (Paulo, sent.)

2,15,1.

2,15,2.

2,15,3.

7.3. Fuentes justinianas

Institutiones (I.)

3,19,4.

3,26.

3,26,7.

3,26,13.

Digesta (D.)

3,3,46,4.

3,3,46,5.

16,3,1,8.

17,1,1.

17,1,1,1.

17,1,1,2.

17,1,1,4.

17,1,2.

17,1,5,3.

17,1,8,3.

17,1,8,6.

17,1,15.

17,1,18.

17,1,22,11.

17,1,27,4.

17,1,41.

17,1,46.

41,2,49,2.

44,3,15,2.

Codex (C.)

4,26,3.

4,26,8.

4,27,1.

4,35,13.

4,35,21.

7.4. Fuentes jurídicas modernas

Código Civil Español (CC): Libro IV, Título IX, artículos 1709 a 1739.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad: artículo 11.

8 ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1942.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1968.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2000.

9 BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN VELASCO, Manuel y HERNÁNDEZ TEJERO, Francisco. *Instituciones/Gayo*. Madrid: Civitas, 1985.

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*. Barcelona: Bosch, 1997.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Il mandato in Diritto Romano. Corso di Lezioni svolto nell'Università di Roma 1958-1949*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

ARCOS VIEIRA, María Luisa. “Sobre el contrato de mandato en el Código Civil y en el Fuero Nuevo”. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, pp. 61-86.

ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio. *Derecho Romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1986.

BERNAD MAINAR, Rafael. *Curso de Derecho privado romano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006.

BERNARD SERRAGA, Lucía. Dir. Gabriel Buigues Oliver. Tesis Doctoral, *Relaciones entre fianza y mandato en Derecho Romano*. Valencia: Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 1998.

CAÑIZARES LASO, Ana (directora). *Esquemas de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones y Contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo cuarto, Derecho de obligaciones. Decimocuarta edición*. Madrid: Reus, 1988.

COUDER, Ruben De. *Compendio de lecciones de Derecho romano*. Madrid: Imprenta de la revista de Legislación, 1883.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex, 2014.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Contratos en especial*. Tomo 2. Madrid: Tecnos, 2012.

D'ORS, Álvaro, HERNANDEZ-TEJERO JORGE, Francisco, FUENTESECA, Pablo, GARCIA-GARRIDO, Manuel Jesús y BURILLO, Jesús, con la ayuda del C.S.I.C. *El Digesto de Justiniano*. Tomos I, II y III. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1968.

FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino y PARICIO, Javier. *Fundamentos de Derecho Privado Romano*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, D.L, 1993.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Derecho privado romano*. Madrid: Iustel, 2013.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. “Notas acerca del origen del contrato de mandato y su relación con la procuraduría en el Derecho Romano”. *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1994, pp: 417-438.

GARCÍA MARTÍNEZ, Pedro Javier. *Tesis doctoral: La extralimitación en el Ámbito de la Actuación Representativa*. Murcia: Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, 2017.

GIRARD, Paul-Frédéric. *Manuel Élémentaire de Droit Romain, 4.ª ed.* Paris: Arthur Rousseau éditeur, 1906.

HERNANZ PILAR, Javier. *La representación en el negocio jurídico*. Portal Iustel, 2002.

HERNANZ PILAR, Javier. *El iussum en las relaciones potestativas*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de Obligaciones II: contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. Madrid: Dykinson, 1999.

LOMBARDI, Gabrio. *Sul concetto di “ius Gentium”*. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1947.

LONGO, Giannetto, v. “mandato”, en *NNDI X*. Torino: Editrice Torinese, 1957.

LÓPEZ RENDO, Carmen. *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al derecho moderno*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1999.

MILELLA, O. *Il libertus procuratur. Le origini della procura in Diritto Romano*. Bari: Anales Bari, 1966-1967.

MIQUEL, Joan. *Curso de Derecho Romano*. Barcelona: PPU, 1987.

MURILLO VILLAR, Alfonso. “La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana”. *Revista internacional de Derecho Romano*, núm. Abril de 2016. Págs. 1-37.

- NEGRO COSTEA, José Luis. *Representación, Mandato y Poder*. Madrid: Escuela Militar de Intervención. Curso de perfeccionamiento en notaría militar. Ministerio de Defensa, 2010.
- NICHOLAS, Barry. *Introducción al Derecho Romano*. Madrid: Civitas, 1987.
- OLIVER RODRIGUEZ, Enrique., TORRES BALLESTÉ, Juan. y ALIER Y CASSI, Lorenzo María. *Enciclopedia Jurídica Española*. Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1910.
- PACHECO CABALLERO, Francisco Luis. “La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 74 mes 9, 1990, pp.655-670.
- PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. *Derecho Romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio. “Mandato y Representación en el Derecho Histórico”. *Anales de derecho*. Universidad de Murcia, núm. 12, 1994, pp. 206-264.
- PROVERA, Giuseppe., v. “mandato” (*storia*), en *ED XXV*. Milano: Giuffrè, 1975.
- PUIG BRUTAU, José. *Compendio de Derecho Civil. Volumen II*. Barcelona: Editorial Bosch, 1997.
- RASCÓN, César. *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho romano. Tercera edición*. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.
- RASCÓN, César. *Manual de Derecho Romano. Tercera edición*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
- SAN ISIDORO DE SEVILLA. *Etimologías, I. Edición Bilingüe preparada por José Oroz Reta*. Madrid: Editorial Católica, 1982.
- SANFILIPPO, Cesare. *Il Mandato. Corso di diritto romano*. Catania: Dott. G. Crisafulli Editore, 1947.
- SANTA CRUZ TEIJEIRO, José. *Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo. “Sobre el modelo de contratación de servicios remunerados en el Derecho Romano. Algunos aspectos relevantes de la locatio conductio”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, núm. 2, 2015, pp 357-389.
- WATSON, Alan. *Contract of mandate in Roman Law*. London: Oxford Clarendon Press, 1961.