

MANDATO Y REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO HISTÓRICO

SUMARIO.— I. Derecho Romano.— II. Derecho visigodo.— III. Derecho altomedieval.— IV. El mandato en la época del Derecho Común. A) El Derecho Común. B) Derecho castellano. C) Derecho Aragonés. D) Derecho Catalán. E) Derecho Valenciano.— V. Codificación.

Supuesto de hecho en el que descansa la institución jurídica. La complejidad de la vida económica y la diversidad de intereses de una misma persona exigen a veces la presencia de ésta a un mismo tiempo en diversos lugares, lo cual es humanamente imposible. Otras veces motivos de enfermedad o de distancia nos impiden estar presentes allí donde se llevan a cabo acciones de nuestro interés. Es posible también que para la defensa y promoción de nuestros intereses en determinadas circunstancias más que nuestra presencia física sea preferible la presencia de otra persona, que conozca bien las circunstancias y nos represente defendiendo nuestros intereses.

Para responder a estas necesidades el ordenamiento jurídico tiene la representación y el contrato de mandato. En nuestro Código Civil, en su artículo 1709, se configura el mandato como el contrato por el que «se obliga una persona (mandatario) a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o por encargo de otra» (mandante).

Pero ¿qué tipo de relación une al mandante y al mandatario y a éstos con terceros? Cuando el mandatario, de acuerdo con el encargo recibido, lleva a cabo una gestión, comprando, por ejemplo, una casa a un tercero, ¿quién es el que ha comprado la casa? ¿quién va a ser el titular de la misma? ¿el mandatario o el mandante? ¿Con quién de los dos ha realizado la venta el tercero?

Para contestar a estas preguntas la doctrina jurídica ha elaborado la teoría de la representación, según la cual el mandatario actúa en representación del mandante¹. Dentro de la representación el derecho distingue la representación necesaria, es decir, la impuesta por la ley para las personas jurídicas y las personas físicas, que carecen o tienen disminuida la capacidad de obrar (menores, locos, etc.), y la representación voluntaria, establecida libremente por el representante y el representando.

Hay otra división de la representación todavía de mayor interés. Se califica como representación perfecta, directa o inmediata, aquella en la que el representante obra por cuenta y en nombre del representado, de manera que los efectos de los actos que realiza el representante se producen automáticamente en el representado. Se designa como representación imperfecta, indirecta o mediata, aquella en que el representante obra por cuenta del representado, pero en nombre propio; aquí los efectos de los actos del representante se producen únicamente en favor o en contra de sí mismo, siendo necesarios nuevos actos para transferirlos al representado².

1 La representación es un concepto que opera en ámbitos muy diversos: la Teología (Cristo redime a la Humanidad a quien representa como nuevo Adán), el Derecho internacional (los legados y embajadores representan a su respectivo país), las personas jurídicas (actúan por medio de representantes), las personas físicas; etc. Aquí básicamente nos referimos sólo a este último ámbito.

2 BUCHKA, H.: *Die Lehre der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, Rostock 1852; BETHMANN-HOLLWEG, Moritz A. von: *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlichen Entwicklung*, I-IV, Bonn 1864-1868; EISELE, F.: *Cognitur und Prokurator. Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung*, Friburgo 1881; S. SCHLOSSMAN, *Die Lehre von der Stellvertretung*, I-II, Leipzig 1900-1902; TRAVIESAS, M. Miguel: «La representación voluntaria», *Revista de Derecho Privado X*, 106-107 (1922) 193-210; TRAVIESAS, M. Miguel: «La representación y otras ideas afines», *Revista de Derecho privado X*, 113 (1923), 33-50; CAMPOS PORRATA: «Mandato y representación», *Revista crítica de derecho inmobiliario* (1932) 27 ss.; CLARISSE: *De la representation. Son rôle dans la creation des obligations*, Paris 1949; BAUER, Huberta: *Die Entwicklung*

El contrato de mandato tal como hoy suele desarrollarse en la vida real va unido a la representación que hemos calificado de directa. Pero ¿ha sido siempre así? ¿Desde cuándo se ha admitido la representación directa? ¿Cómo se ha configurado el contrato de mandato a lo largo de la historia? A estas preguntas trataré de dar respuesta de alguna manera en la presente exposición.

I. DERECHO ROMANO

Pasando por alto el tratamiento del tema en los derechos prerromanos, por falta de datos al respecto, vamos a examinar cuál fue la respuesta que a estas cuestiones dio el derecho romano.

Fuentes. Las normas romanas sobre este tema están recogidas fundamentalmente en los siguientes lugares de la compilación justiniana: Instituciones 3.26 (*de mandato*), Digesto 3.3 (*de procuratoribus et defensoribus*) y 17.1 (*mandati vel contra*) y Código 2.12(13) (*de procuratoribus*) y 4.35 (*mandati*). Por otra parte, el tema del mandato y de la representación ha despertado vivo interés entre los romanistas, quienes le han dedicado numerosas monografías³.

des Rechtsinstituts der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluss der Rezeption in Deutschland bis zur Kodifikation des BGB (tesis doctoral, Erlangen-Nürnberg 1963); BARRARA: *La representación en el Derecho privado*, México 1967; MÜLLER, Ulrich: *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunster Dritter. Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre von der unmittelbaren Drittberechtigung und Drittverpflichtung*, Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte 3, Stuttgart 1969; DÍEZ-PICAZO: «El concepto jurídico de representación en el Derecho privado», *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 16, 153 ss.; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: La distinción entre poder y mandato en el C. c. español», *Revista Internacional del Notariado* nr. 46-47 (1980) 83 ss.; COING, Helmut: *Europäisches Privatrecht, I Älteres Gemeines Recht*, München 1985, 423-430 y 462-463, y *II 19. Jahrhundert*, München 1989, 455-458 y 487-490.

3 Los textos romanos de las Instituciones (Inst.), Digesto (D.), Código (C.), Instituciones de Gayo (Gayo) y Sentencias de Paulo (Pauli Sent.) se citan por las siguientes ediciones: *Corpus Iuris Civilis, I, Institutiones. Recognovit Paulus Krueger. Digesta. Recognovit Theodorus Mommsen. Retractavit Paulus Krueger*, 24 ed. Hildesheim 1988; *II, Codex Iustinianus. Recognovit et retractavit Paulus Krueger*, 14 ed. Dublin 1967; *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars altera Auctores. Edidit notisque illustravit Johannes Baviera*,

Configuración jurídica. En el derecho romano el mandato se configura como un contrato consensual⁴, en la medida en que se perfecciona por el consentimiento, sin estar sujeto a una forma determinada; es imperfectamente bilateral y gratuito, ya que se trata de un deber moral (*officium*), basado en las relaciones de amistad.

Etimológicamente mandato deriva de *manu dare* (= dar poder de representación) o *manu datio*, rito por el que los contrayentes, asidos de las manos, se prometían el recíproco cuidado de sus intereses y cumplir sus encargos⁵. El mandante es designado *mandator*, mientras el mandatario es denominado *procurator* o *is qui mandatam accepit*.

La figura del *procurator* o encargado de la administración de los bienes de una familia, se identificaba con un liberto y se encuadraba en la *praepositio*, ya que el posible mandante encargaba a un liberto la adminis-

Florentiae 1968. Como estudios sobre las instituciones romanas aquí contempladas cf. MITTEIS, L.: *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht*, Viena 1885; RÜMELIN, M.: *Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Civilprozess*, Frigurgo 1886; WENGER, L.: *Die Stellvertretung in Rechte der Papyri*, Leipzig 1906; LE BRAS, Gabriel: *L'évolution générale du procureur en droit privé romain*, Paris 1922; RICCOBONO, S. «Lineamenti della dottrina della rappresentazione diretta in diritto romano», *Annali del Seminario giuridico di Palermo* 15 (1930) 389 ss.; RABEL: «Die Stellvertretung in der hellenistischen Rechten und in Rom», *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Pavia 1934, 236 ss.; ARIAS RAMOS, J.: «Representación y «praepositio»», *Boletín de la Universidad de Santiago* 31 (1941); ARANGIO RUIZ, V.: *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni nell'Università di Roma, anno 1948-49*, Napoli 1949, reimp 1965; KASER, Max: *Das Römische Privatrecht*, I, München 1955; COUDERT: *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy 1957; CLAUS, Axel: *Gewillkürte Stellvertretung in Römischen Privatrecht*, Berlin 1973; KASER, Max: «Stellvertretung und notwendige Entgeltlichkeit», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Röm. Abt.* 91 (1974); HAMZA, G.: «Fragen der gewillkürten Stellvertretung in römischem Recht», *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungariae* 25 (1983) 89-107; KLAMI, H. T.: «Mandatam and Labour im Roman Law», *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Röm. Abt.* 106 (1989) 575-586; GARCÍA VÁZQUEZ, C.: «Algunas consideraciones en torno al procurator y a la negotiorum gestio», *R.I.D.A.* 38 (1991) 153-17.

4 D.17.1.1 pr.: «Obligatio mandati consensu contrahentium consistit».

5 Esta segunda etimología es la que recoge San Isidoro en sus Etimologías 5.24.20: «Mandatam dictum, quod olim in commissio negotio alteri alteri manum dabat». Cf. San ISIDORO DE SEVILLA: *Etimologías*, I, Edición bilingüe preparada por José Oroz Reta, Madrid 1982, 522-523.

tración de sus bienes. En el Bajo Imperio todas las familias importantes tenían un *procurator*. Con el paso del tiempo, al ser desempeñado por personas no sujetas al *paterfamilias* y de una posición social superior a la de los libertos, la posición del *procurator* se fue asimilando a la de mandatario, hasta llegar a constituir procuración y mandato una única institución, que tiene su aplicación preponderante en la esfera procesal⁶.

Gratuidad. Decíamos que el contrato de mandato se configuró en el derecho romano como un contrato gratuito. Según Paulo en la gratuidad radica la diferencia entre el contrato de mandato y el contrato de arrendamiento de servicios: el mandato se basa en la amistad y es nulo si no es gratuito; si interviene el dinero no se trata de un mandato, sino de un arrendamiento de servicios⁷.

No obstante esta regla general de que el mandato tiene que ser gratuito, en la última época clásica se llegó a admitir, en ciertos casos, que el mandatario recibiera una remuneración (*honorarium, salarium*) por sus gestiones, remuneración que fue exigible *per extraordinariam cognitionem*⁸.

En el derecho romano el mandato se utilizó no sólo para poner en práctica los intereses del mandante, sino también como medio para la cesión de créditos y deudas y para la constitución de fiadores entre ausentes. En el primer caso el acreedor nombraba su procurador en juicio a la persona a quien quería cederle los créditos sin que ésta, una vez sancionados judicialmente, tuviera la obligación de transmitirlos al mandante. En el segundo caso el fiador actúa como mandante, ordenando a una persona (acreedor) que preste una cantidad a otro (deudor), saliendo él responsable de la devolución de dicha cantidad.

Nacimiento. Configurado el mandato como un contrato consensual, existe desde el momento en que el mandante da un encargo al mandatario y éste lo acepta. En la existencia o no de encargo por parte del mandante radica la

6 D.3.3.1 pr.: «Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat». Cf. LEVY, Ernst: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, 63.

7 D.1.17.1.4: «Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit».

8 C.4.35.1: «Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potest experiri; de salario quod promisit a praeside provinciae cognitio praebebitur».

diferencia entre mandato y gestión de negocios. En la terminología justiniana existe un *verus procurator*, sólo cuando existe un mandato precedente, frente al gestor de negocios sin mandante que es considerado un *falsus procurator*⁹.

La gestión de negocios se lleva a cabo con la esperanza de que el *dominus negotii* ratifique posteriormente la actuación del gestor. Es decir la ratificación produce los mismos efectos que el mandato, según la regla de origen sabiniano: *ratihabitio mandato aequiparatur*¹⁰.

Contenido. El mandato, como todo contrato, no puede versar sobre algo ilícito o inmoral, bajo pena de nulidad. Ha de referirse a una actividad lícita y digna de un ciudadano, que pueda ser desempeñada por el mandatario. Puede versar sobre un asunto concreto (*mandatum unius rei* o mandato especial) o sobre la administración general de todo el patrimonio (*mandatum omnium bonorum* o mandato general). En el derecho justiniano el encargo lo recibía el *procurator*, cuyas facultades concretas dependían del contrato consensual correspondiente, aunque ya desde la época clásica se admitió el mandato indeterminado, es decir, a determinar por el mandatario; en el derecho justiniano se amplió todavía más la esfera de actividades del mandatario.

Clasificación. De acuerdo con los beneficiarios de las actividades encomendadas en el mandato, los juristas postclásicos distinguieron cinco tipos de mandatos, según redundaran en beneficio del mandante, del mandante y del mandatario, de un tercero, del mandante y un tercero, y del mandatario y

9 D.46.3.12 pr. y 6: «Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est... Sed si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur». D.47.2.43.1: «Falsus procurator furtum quidem facere videtur. Sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. Quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos recipiendo». Cf. D.46.8.3.1; D.47.2.81.7.

10 D.43.16.1.14: «Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecissem interdictoque isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari».

un tercero¹¹. No podía ser en interés únicamente del mandatario, por ejemplo, si el mandante encargase al mandatario que diera a su dinero particular una determinada inversión más ventajosa, ya que en ese caso no se trataría de un mandato, sino de un consejo, que no originaría ninguna obligación¹².

Derechos y obligaciones. Perfeccionado el contrato de mandato romano, se originan una serie de obligaciones y derechos para el mandatario y para el mandante.

El mandatario puede renunciar al mandato, notificándolo adecuadamente al mandante¹³; posteriormente, para poder renunciar al mandato se exigía una iusta causa¹⁴.

Si lo acepta está obligado a llevar a cabo su gestión de acuerdo con las instrucciones recibidas¹⁵ o según lo aconsejaron las circunstancias del caso. Con el transcurso del tiempo se le fue reconociendo al mandatario cada vez más amplitud de acción a su iniciativa. En el Bajo Imperio la extralimitación en el mandato no implica necesariamente nulidad de las gestiones realizadas¹⁶.

El mandatario debía rendir cuentas al mandante al final de su actuación y entregarle todos los intereses de los capitales invertidos y en general

11 Inst. 3.26 pr.: «Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena». Cf. Inst. 3.26.1-6; D.17.1.2 pr.; D.17.1.2.1-5.

12 Inst. 3.26. pr.: «...at si tua tantum gratia tibi mandatum sit supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nec mandati inter vos actio nascitur». Cf. D.16.3.1.14.

13 D.17.1.22.11: «Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consumari oportet, nisi renunciatum sit (renunciari autem ita potest, ut integrum ius mandatori reservetur vel per se vel per alium andem rem commode explicandi).

14 Inst. 3.26.11: «Mandatum non suscipere liberum est; susceptum autem consummandum aut quam primum renuntiandum est, ut aut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuntiatur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilo minus mandati actio locum habet, nisi si iusta causa intecessit aut non renuntiandi aut intempestive renuntiandi». Paul. Sent. 2.15.1: «Post subitam valetudinem, ob necessariam peregrinationem, ob inimicitiam et inanes rei actiones integra adhuc causa mandati negotio renuntiari potest».

15 D.17.5.1.3: «Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes tuque cum nonanginta venderis et petam fundum, non obstat mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves».

16 Paul. Sent. 2.15.3: «Certo pretio rem iussus distrahere si minoris vendiderit, mandati iudicio pretii summa poterit integrari: venditionem enim dissolvi non placui».

todas las adquisiciones que hubiera conseguido, como consecuencia del mandato.

En cuanto a la responsabilidad por su actuación, parece ser que en el derecho clásico el mandatario respondía sólo en caso de dolo, ya que se trataba de una gestión gratuita y se piensa que son interpolados aquellos textos en los que se contiene responsabilidad por culpa¹⁷. Frente a éste parecer existe un texto de Cicerón que habla claramente de responsabilidad por negligencia¹⁸. En todo caso, lo que sí está claro es que en el derecho postclásico se admitió la responsabilidad por culpa, y, en el justiniano, la responsabilidad por culpa leve apreciada en abstracto.

El mandante está obligado a resarcir al mandatario todos los gastos que el mandato le haya ocasionado, así como los intereses de las sumas que el mandatario hubiere invertido y los daños que hubiere sufrido como consecuencia directa de la ejecución del mandato.

Acciones. Para exigir el cumplimiento de estas obligaciones las partes disponían de la *actio mandati*, una acción de buena fe (*ex bona fide*), que producía efecto infamante en el condenado en su virtud. Se trataba de una acción doble: la *actio mandati directa*, en favor del mandante, para exigir al mandatario el cumplimiento de sus obligaciones, y la *actio mandati contraria*, en favor del mandatario, para exigir sus derechos frente al mandante.

Según García Vázquez la *actio negotiorum gestorum* apareció para proteger las relaciones entre el *procurator ad litem* y el representado; posteriormente se extendió a todos los casos de gestión de negocios de otro. Cuando el mandato fue reconocido, esta acción quedó para la hipótesis de gestión sin mandato. Son interpolados los textos en que el *procurator* está convertido en mandatario: en ellos *verus procurator*, es quien tiene mandato, y *falsus procurator*, quien no lo tiene, a pesar de que originariamente éste era el verdadero *procurator*¹⁹.

17 D.17.1.8.10: «Proinde si tibi mandavi, ut hominem emerem, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. Sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis; si dolus non intervenit, nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum». Cf. D.50.17.23: «Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum...»

18 Cicerón, Pro Roscio Am. 38, III.

19 GARCÍA VÁZQUEZ, C.: «Algunas consideraciones» (cf. supra n. 3).

Extinción. El contrato de mandato se extingue: 1) por revocación del mandante²⁰, 2) por renuncia del mandatario fundada en causa justa²¹ y 3) por muerte o *capitis diminutio* de cualquiera de las dos partes²². De esta última circunstancia se exceptuaba en el derecho justiniano el *mandatum post mortem collatum* o encargo de realizar algo después de la muerte, bien del mandante o bien del mandatario (a realizar por sus herederos)²³, posibilidad esta última no admitida al parecer por los clásicos²⁴.

Efectos del mandato. Pero ¿qué efectos produce el mandato con respecto a terceros? ¿Qué tipo de relación une al mandante y al mandatario? ¿Admitieron los romanos la representación directa y/o la indirecta?

En el ámbito procesal, ya en el período de las *legis actiones*, aunque la regla general fue la no admisión de la actuación *alieno nomine*²⁵, no obstante se admitió la representación, es decir, que una persona actuará en juicio por otra persona en los siguientes casos: 1) *pro populo*, en defensa de

20 Inst. 3.26.9: «Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanesit». Cf. D.17.1.15.

21 Inst. 3.26.11: «Mandatum non suscipere liberum est; susceptum autem consummandum aut quam primum renuntiandum est, aut per semet ipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur, nam nisi ita renuntiatur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilo minus mandati actio locum habet, nisi iusta causa intercessit aut non rennuntiandi aut intempestive rennuntiandi». Cf. D.17.1.22.11; D.17.1.27.2. Cf. supra n. 13-14.

22 D.17.1.26 pr.: «Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte»; D.17.1.27.3: «Morte quoque eius cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum et ob id heres eius, licet executus fuerit mandatum, non habet mandati actionem». Cf. Inst. 3.26.10.

23 C.8.37(38).11: «Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem an cum morietur vel pridie quam morietur stipulatus sit aliquis vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes omnia, quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem vel pridie quam morietur scripta esse noscuntur, nihilo minus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus». Cf. C.4.11.1.

24 Gayo 3.158: «Item si quid post mortem meam faciendum mihi mandetur, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse».

25 Gayo 4.82: «Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actionem in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis». Cf. infra n. 26.

causas de interés público, por ejemplo, en las acusaciones públicas o en las acciones populares; 2) *pro libertate*, en favor de un hombre de quien se discutía su estado de libertad; 3) *pro tutela*, en interés de un pupilo; 4) *ex lege Hostilia*, en acciones de hurto en favor de un prisionero de guerra, de un ausente por causa de la república o de un pupilo cuyo tutor estaba impedido²⁶. En este último caso puede hablarse ya de que existe una distinción entre representante y representado, cosa discutible con respecto a los otros tres casos.

En el proceso formulario se fue admitiendo progresivamente la representación tanto legal como voluntaria. En el primer caso tenemos a los tutores y curadores, como representantes de los incapaces, y los actores, curadores y síndicos, como representantes de las corporaciones. En ambos casos el representante consume la acción y su ejecución recae en el representado. Representación legal es, pues, aquí sinónima de representación directa.

En la representación voluntaria se distingue el *cognitor*, o representante nombrado en presencia del adversario con arreglo a determinadas formalidades y el *procurator*, nombrado sin formalidades. Cuando el representante es un *cognitor* la acción procesal se consume definitivamente y la acción ejecutiva de la sentencia se da en favor del representado. Pero cuando el representante es un *procurator* la acción no se consume para el demandante, que puede volver a ejercitarla; para evitar esto el *procurator* debe dar caución pretoria (*de rato*) de que su representado aceptará el resultado de la sentencia y no volverá a reclamar; la acción ejecutiva derivada de la sentencia corresponde al *procurator*, es decir, al representante y no al representado. Cuando el *procurator* había sido presentado personalmente (*procurator praesentis*) o constaba de otro modo su nombramiento desde el principio, la

26 Inst. 4.10 pr.: «Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno; alieno veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro propulo, pro libertate, pro tutela, preterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum tutela essent, et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare: nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio itemque aliae multae causae saepe impedimento sunt, quo minus rem suam ipsi exequi possint».

jurisprudencia de la última época lo equiparó al *cognitor*, es decir, consume la acción y la acción ejecutiva corresponde al representado.

En la esfera civil rigió el principio de negación de la representación directa y admisión exclusiva de la representación indirecta. Es decir, los actos realizados por el mandatario producían sus efectos directamente sobre sí mismo y no sobre el mandante. Con ello se excluía tanto la representación directa como la admisión de contratos en favor de terceros. Esta doctrina, recogida en diversos lugares de los textos romanos²⁷, quedó sintetizada en principios como los siguientes: *alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur*²⁸; *et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere ut alter suo nomine recte agat possumus*²⁹; *per liberam personam nihil nobis acquiri potest*³⁰, etc.

Claus mantiene que los romanos admitieron en un principio la representación directa, lo mismo que lo habían hecho otros pueblos antiguos, como el babilonio, el judío, el griego, etc.³¹. El cambio, es decir, negación de la representación directa y admisión sólo de la indirecta, según este autor, debió ocurrir entre los siglos III y II a. de C., al ser substituido el principio de la contraprestación por el de la voluntad, que por influjo griego triunfa en los contratos consensuales. El primero que lo formularía debió ser Q. Mucius Scevola prohibiendo la representación por medio de los no sometidos³². Max Kaser rechaza esta teoría y mantiene que el principio de la no representación está ya en los primeros tiempos del derecho romano; se basa en el sentimiento de todos los pueblos primitivos de que los actos jurídicos producen efectos sólo en quien los realiza y no en un tercero, por lo cual tampoco se admitió el contrato en favor de terceros³³.

27 D.44.7.11: «Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus». D.50.17.73.4: «Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest». Cf. 41.1.53.

28 D.45.1.38.17.

29 D.44.7.11. Cf. supra n. 27.

30 C.4.27.1; Inst. 2.9.5; Paul. Sent. 5.2.2.

31 Bibliografía al respecto en MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 16.

32 CLAUS, A.: *Gewülkurte Stellvertretung* (supra n. 2).

33 KASER, M.: *Das Römische* (supra n. 2).

En todo caso está fuera de toda duda que en la época clásica el ordenamiento jurídico romano rechazó la representación directa, salvo excepciones, como la realizada en juicio por imperativo de la ley, y así los efectos de los actos realizados por el mandatario con un tercero repercutían directamente sólo en el mandatario, siendo preciso un nuevo acto de cesión para que éstos recayeran sobre el mandante.

No deja de extrañar esta renuencia del pensamiento jurídico romano a reconocer efectos inmediatos y directos a la representación. Y, en efecto, la doctrina romanística ha tratado de investigar las razones de lo que, en principio, parece una limitación.

Por una parte, Mitteis, Ugen, Laband, etc. han resaltado la trascendencia de la dignidad personal y del individuo romano que consideraba poco noble que lo hecho por una persona aprovechara a otra, de manera que la obligación contractual se consideraba como un vínculo exclusivo entre los contratantes³⁴.

Por otra parte, Wenger, Weber, etc. han llamado la atención sobre el conservadurismo y formalismo riguroso que caracterizó desde siempre la adquisición de obligaciones en el derecho romano: éstas sólo producían efecto, particularmente en la *stipulatio*, cuando se cumplían todos los requisitos, fórmulas y ceremonias³⁵.

A mi entender el ordenamiento jurídico romano no admitió la representación directa, por una parte, porque repugnaba que la voluntad del *pater* se delegara en una persona extraña y, por otra, porque no tuvo necesidad de ello. Su misión fue suplida por otros medios. En los estadios primitivos de la economía romana no era necesaria la representación, ya que toda la vida económica se desenvolvía en el ámbito familiar. Al imponerse la economía de mercado tampoco fue necesaria, ya que los negocios se gestionaban generalmente por medio de los esclavos o por personas sujetas al *paterfamilias*, quien adquiría a través de ellos sólo derechos y nunca obliga-

34 Gayo 2.95: «Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usufructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse». Cf. D. 45.1.126.2; MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 17-18.

35 MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 18-19.

ciones, como recoge la siguiente regla: *melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*³⁶.

Pero como el tercero que contrataba con personas sujetas al paterfamilias quedaba desprotegido y se retraería de tratar con ellos, el derecho pretorio suministró diversos mecanismos, que al amparar los derechos de tercero, sirvieran al mismo tiempo para fomentar el tráfico jurídico. Así aparecieron las *actiones adiectitiae qualitatis*, llamadas así porque se agregaban a las acciones existentes contra quien contrajo la obligación. Por la *actio quod iussu* responde el paterfamilias cuando el negocio había sido realizado con su autorización por los sometidos a su potestad o el negocio le proporcionaba ventajas³⁷. No se trata de una transferencia de la acción, de una acción directa, sino de una acción supletoria³⁸. Incluso hasta parece que se dio una acción directa (*pro socio*) cuando el hijo había actuado con mandato del padre³⁹.

Por este mismo medio fueron apareciendo nuevas acciones. Así, la *actio exercitoria*, por la que el paterfamilias respondía de las deudas contraídas por el hijo o esclavo que había puesto al frente de una nave⁴⁰; la *actio institoria*, por la que el paterfamilias respondía de las deudas contraídas por

36 C.2.3.3: «Servus creditoris meliorem causam domini facere potest in deterius autem reformare novo pacto non potest obligationem recte constitutam».

37 Gayo 4.70: «Inprimis itaque si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur». Cf. C.4.26.13.

38 D.14.1.5.1: «Item si servus meus navem exercebit et eum magistro eius contraxero, nihil obstabit, quo minus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel iure civili vel honorario competit: nam et cuivis alii non obstat edictum, quo minus cum magistro agere possit: hoc edicto non tranfertur actio, sed adicitur».

39 Así parece desprenderse del siguiente texto, que se considera interpolado: «Quotiens iussu alicuius vel cum filio eius vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit» (D.17.2.84).

40 Gayo 4.71: «Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus fuerit negotium gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem in eum dari. Quin etiam, licet extraneum quisque magistrum navi praeposuerit sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in eum redditur. Ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor vocatur is, ad quem cottidianus navis quaestus pervenit».

el hijo o esclavo en un negocio del padre, siempre que las deudas hubieran sido contraídas en beneficio del negocio⁴¹; las *actio quasi institoria* o *actio utilis ad exemplum actionis institoriae*, que consistía en la extensión, por iniciativa de Papiniano, de la *actio institoria* a todos los contratos concluidos por el *procurator*, siempre que hubiera actuado por mandato o con conocimiento del *paterfamilias*⁴².

Angelini⁴³ y Behrends⁴⁴ han planteado nuevas hipótesis en las que tratan de explicar las relaciones existentes entre el *procurator* y el mandato; el procurador es un mandatario con competencias para actuar en proceso, enajenar, hipotecar y novar en los bienes y negocios del mandante.

Por otra parte, cuando para proteger un interés legítimo no existía una *actio adiectitia* o similar, la jurisprudencia admitió excepciones al principio general de *alteri stipulari nemo potest*. Así, por ejemplo, en la adquisición de la posesión y de la propiedad por un tercero libre⁴⁵; la donación en favor

41 Gayo 4.71: «Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit. Ideo autem institoria vocatur, quia qui tabernae praepositus institor appellatur. Quae et ipsa formula in solidum est».

42 D.19.1.13.25: «Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. Et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi possi utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit; ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere». Cf. D.3.5.30 pr.; D.14.3.19 pr.; D.19.1.13.25; C.4.25.5; C.4.25.6. Cuando no había habido *praepositio* ni *iussum* por parte del *paterfamilias* cabía la *actio de peculio* o de *in rem verso*. Cf. D.15.3.3.2; C.4.26.7.3.

43 ANGELINI, P.: *Il «procurator»*, Milano 1971.

44 BEHRENDTS, O.: «Die Prokuratur der klassischen römischen Zivilrecht», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Röm. Abt. 88 (1971) 215 ss.

45 D.41.1.53: «Ea quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus veluti stipulationem: quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus». Durante los Severos, para que tuviera lugar la adquisición por este medio, no era necesario que lo supiese el dueño. Cf. C.7.32.1: «Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est». En el derecho justinianeo se exigió el mandato o la ratificación.

de tercero⁴⁶; la adquisición del derecho de prenda⁴⁷; la adquisición de herencia⁴⁸; la legitimación del procurador para recibir el pago del representado⁴⁹; orden del mutuante al mutuario para que entregara una cantidad a un tercero que resultaba obligado no frente al mutuario sino frente al mutuante⁵⁰; depositar la cosa ajena para devolverla a su dueño⁵¹; estipulación dotal⁵²;

46 C.8.54(55).3: «Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condicitione actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserunt, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur».

47 D.13.7.13: «Si cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pignoratiticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem, sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere».

48 C.6.9.9: «Ut verborum inanium excludimus captiones, ita haec observari decernimus, ut apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros qualiscumque testatio amplectandae hereditatis ostendatur. statutis prisco iure temporibus coartanda. eo addito ut etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exeratur, nihilo minus tamen efficaciam parem, quasi suis sita curriculum, consequatur».

49 D.46.3.49: «Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori; sed et si iussu eius alii solvatur, vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet. Ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit, tutori si soluta sit pecunia vel curatori vel procuratori vel cuilibet successori vel servo actori, proficiet ei solutio». Cf. D.46.3.12.

50 D.12.1.9.8: «Si nummos meos tuo nomine dederam velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi conditionem; Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederam, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine eritor numeret futuro creditori nostro». Cf. C.4.27.3.

51 C.3.42.8: «Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi actione uti non prohiberis; si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intelligis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem stricto iure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio».

52 C.5.14.7: «Pater, pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncta nepotibus pactus restitui, licet his actionem quaerere non potuit, tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio». Cf. D.24.3.45; C.5.12.26; C.5.14.4.

contratos realizados por representantes de ciudades en los que la ciudad tenía una *actio utilis de pecunia constituta*, cuando era en su favor, pero no respondía cuando era en perjuicio, sino que respondían los que habían concluido el contrato. Todos estos cambios fueron recogidos en gran medida en el derecho justiniano, que además extiende la *actio de in rem verso* como útil a los intermediarios no sometidos al mandante⁵³.

Además hay que tener en cuenta que el ordenamiento jurídico romano reconoció y aceptó la figura del nuncio o mensajero, que era un mero transmisor de la voluntad emitida por el mandante⁵⁴, lo que indujo a Savigny a identificarlo con el representante y consiguientemente mantener que el derecho romano admitió la representación directa⁵⁵.

Los derechos de las partes quedaban suficientemente garantizados por estos mecanismos y no será necesario acudir a la representación directa. Por otra parte, en el Bajo Imperio se difuminaron las fronteras entre libres y esclavos y adquirieron más personalidad los hijos, con lo que desaparecieron en parte los obstáculos que estorbaban a la representación directa. De hecho, como han demostrado particularmente Wenger y Levy, en la práctica se admitió la representación directa en todos los campos, aunque no se llegará a construir dogmáticamente su admisión⁵⁶. En este sentido cabe pensar que la inclusión de la regla negativa en la compilación justiniana no tenía un valor práctico, sino más bien histórico, como recuerdo o supervivencia de elementos arcaicos.

Con ello damos por terminado el estudio del contrato de mandato en el derecho romano, en cuyo examen nos hemos detenido particularmente, porque como veremos la configuración jurídica del mandato realizada por los romanos va a llegar en líneas generales hasta la actualidad.

53 C.4.26.7.3: «Alioquin si cum libero rem agente eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit».

54 D.2.14.2; D.18.1.1.2; D.23.1.18; D.36.1.38; D.44.7.2.2.

55 Cf. MOHNHAUPT, Heinz: «Savignys Lehre von der Stellvertretung», *Ius Commune* 8 (1979) 60-77.

56 WENGER, L.: *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*, Leipzig 1906, 193-209 y 237-269; LEVY, E.: *Weströmisches Recht* (supra n. 2), 60-87.

II. DERECHO VISIGODO

La regulación del mandato en la época visigoda continúan las tendencias manifestadas en el Bajo Imperio.

Fuentes. Su regulación está recogida principalmente en el Breviario de Alarico⁵⁷ y en el *Liber Iudiciorum* 2.2-3. Las instituciones objeto del presente estudio no han merecido estudios especiales y para su conocimiento tenemos que acudir a la consulta directa de las fuentes señaladas y de los estudios generales clásicos⁵⁸.

Terminología. En cuanto a la terminología el mandante aparece designado con los términos *mandator*, mientras el mandatario es denominado *prosecutor*, *procurator*, *adsertor* y *mandatarius*. Esta última voz aparece en Occidente por primera vez en una ley de Chindasvinto⁵⁹, mientras que el término era conocido en Oriente ya en el siglo VI⁶⁰.

Kahn ha puesto de relieve que aunque en el Breviario de Alarico se sigue empleando la expresión *agere nomine alieno* en cuanto contrapuesta a *agere suo nomine*, con referencia a la posesión, a la venta, a la demanda

57 Los pasajes al respecto tomados del Codex Theodosianus, del Codex Gregorianus, de las Sentencias de Paulo y del Epítome de Gayo han sido publicados y comentados por M. Conrat en obra citada en nota siguiente.

58 Los textos visigodos tomados del Código de Eurico, Breviario de Alarico (cf. supra n 57) y Liber Iudiciorum (LV) se citan por las siguientes ediciones: d'ORS, Álvaro: *El Código de Eurico. Edición, Palíngenesia, Indices*, Estudios Visigóticos II, Roma-Madrid 1960; HAENEL, Gustavus: *Lex romana visigothorum ad LXXVI librorum manu scriptorum fidem recognovit, septem eius antiquis epitomis, quae praeter duas adhuc ineditae sunt...*, Aalen 1962; ZEUMER, Karolus: *Leges Visigothorum*, Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio I, Legum Nationum Germanicarum I, Hannoverae 1892. Por lo que a estudios se refiere cf. DAHN, Felix: *Westgothische Studien. Entstehungsgeschichte, Privatrecht, Strafrecht, Civil- und Straf-Process und Gesamtkritik der Lex Visigothorum*, Würzburg 1874, 100 y 246-248; CONRAT (COHN), Max: *Breviarium Alariciarum. Römisches Recht im Fränkischen Reich in Systematischer Darstellung*, Leipzig 1903, facs. Aalen 1963, 9-11, 249-253 y 284-286; LEVY, Ernst: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956; ARCHI, G. G.: *L'Epítome Gaii. Studio sul tardo diritto romano in Occidente*, Milano 1937; LEVY, Ernst: «West-östliches Vulgarrecht und Justinian», *Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Kan. Abt.* 76 (1951) 1-36; PETIT, Carlos: «De negotiis causarum (I)», *Anuario de Historia del Derecho Español* 55 (1955) 151-251.

59 LV 2.2.4 y 9 i. f.

60 LEVY, E: *Weströmisches* (supra n. 57), 69-70.

del fisco y al reparto de los frutos de la herencia, esta expresión ya no se usa, como en los clásicos romanos, para precisar mejor el sentido del negocio, sino como una reminiscencia del pasado. El Liber Iudiciorum da un paso más: omite las expresiones *nomine alieno* y *nomine suo*, incluso cuando figuraban así en el texto que ha seguido como modelo⁶¹. Cuando en el Liber aparece la expresión *in nomine* tiene el sentido de invocación a la divinidad, en favor de, en honor de. Lo mismo ocurre en los textos conciliares a partir del VIII Concilio de Toledo⁶².

El documento en el que se recoge el encargo recibe el nombre de *iniunctio*. En las llamadas Fórmulas Visigóticas se nos han conservado tres fórmulas de *iniunctiones*, una para litigar, otra para reclamar una deuda y otra para recuperar un siervo. En la primera fórmula en vez de utilizar la expresión «agere in nomine meo», como habrían utilizado los clásicos romanos, se dice «ut ad vicem personae meae peragere iubeas» y se ratifica de antemano la actuación del mandatario: «ita ut quicquid de lege et iustitia ageris, ratum me in omnibus esse polliceor». En la segunda fórmula se utiliza la expresión «propter apicem personae meae», que Zeumer corrigió por «ad vicem personae meae», que es la expresión utilizada en la tercera fórmula. Martín Mínguez defiende la lectura de la copia ambrosiana «propter apicem» y cree que alude a obispos y reyes, que por su cualidad, según LV 2.3.1 no podían actuar en juicio personalmente, sino que tenían que actuar a través de un procurador⁶³.

Configuración del mandato. El mandato sigue configurado como con-

61 Es significativo comparar la formulación de LV 2.3.2 («Iudex primum a litigatore perquirat, utrum propriam causam dicat, an aliena fortasse suscepit») con su correspondiente en Gayo 4.82 («Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno»).

62 Cf. KAHN, Siegmund Ulrich: «Bedeutungswandel von «nomine» in den Rechtsquellen der Westgoten und der Spanier der «Reconquista», *Jus Commune* 11 (1984) 217-230.

63 Se trata de las fórmulas 41-43. Han sido editadas junto con las restantes fórmulas, entre otros, por ZEUMER, Karolus: *Formulae merovingici et karolingici aevi*, Monumenta Germaniae Historica, V, Formulae, Hannoverae 1886, 594; MARTÍN MÍNGUEZ, Bernardino: *Las llamadas fórmulas visigóticas*, Madrid 1920 (publicadas anteriormente en diversos números de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*); GIL, Ioannes: *Miscellanea Wisigothica*, Sevilla 1972, 109-110; CANELLAS LÓPEZ, Ángel: *Diplomática hispano-visigoda*, Zaragoza 1979, 168-169.

trato consensual, que se constituye y perfecciona por simples palabras⁶⁴, por escrito, por nuncio, ante el juez y el magistrado⁶⁵. Aunque en el texto no se diga, se deduce del mismo que puede constituirse entre ausentes, ya que de lo contrario no tendría sentido incluir el nuncio entre los modos de constitución del mandato.

De acuerdo con la tendencia iniciada en el Bajo Imperio se confunde la procura y el mandato. El cargo de *procurator* se desvaloriza socialmente, es considerado torpe y deshonesto y en consecuencia se prohíbe a obispos, presbíteros y diáconos⁶⁶, lo mismo que a los decuriones. Se configura como un mandatario: el procurador puede actuar sólo con mandato previo⁶⁷ y termina confundiendo con él y substituyéndolo⁶⁸. San Isidoro en sus Etimologías 9.4.35 desconoce ya por completo el papel que había tenido el *procurator*: «Procuratores vero, eo quod vice curatoris fungantur, quasi propter curatores, sicut proconsul pro consule»⁶⁹.

La gestión de negocios sin mandato del dueño sigue surtiendo efectos para el dueño del negocio⁷⁰.

Gratuidad. Por otra parte, que el mandato ya no se considera como esencialmente gratuito, puede comprobarse en el Liber Iudiciorum 2.3.7-8,

64 Epítome de Gayo 2.9.18: «Similiter et mandari verbo potest. Et quum verbis mandatum fuerit, obligatio contrahitur».

65 Pauli Sententiae 1.3.1: «Mandari potest procuratio praesenti, et nudis verbis, et per literas, et per nuncium, et apud acta praesidis et magistratus».

66 LEVY, E.: *Weströmisches* (supra n. 57), 63.

67 LV 2.3.2: «Ut iudex a litigatore perquirat, utrum propriam causam dicat, an aliena fortasse suceperit. Interrogetur etiam, cuius mandatum habeat; et postquam causam iudicaverit, iudex comprehendat in iudicio, quem aut ex cuius mandatum audierit negotium prosequentem, hac preterea mandati exemplar accipiat illius adsertoris apud se cum iudicati exemplaribus reservandum. Liceat tamen illi, qui pulsatus est, mandatum a petitore coram iudice petere, ut, quam ob causam fuerit iudicio presentatus, vel quid tenor mandati contineat, indubitanter possit agnoscere».

68 Cod. Theod. 2.12.4: «Procurator, licet maritus sit, id solum exequi debet, quod procuratio emissa praescripserit. Interpr.: Qui uxoris suae negotium fuerit proscutus, quamvis maritus sit, nihil aliud agat, nisi quod ei agendum per mandatum illa commiserit».

69 S. ISIDORO DE SEVILA: *Etimologías* (supra n. 5), 780-781; LEVY, E.: *Weströmisches Recht* (supra n. 57), 63-70.

70 LEVY, E.: *Weströmisches Recht* (supra n. 57), 296-298.

que se basa a su vez en precedentes romanos⁷¹. Levy cree que estas disposiciones calificadas de *antiquae* proceden del Código de Eurico⁷².

Objeto. En cuanto al objeto, se hace depender la validez expresamente de la honestidad de su contenido, ya que es nulo si se manda algo contra los *bonos mores*; así, por ejemplo, si se manda cometer delitos como el hurto, el homicidio, el adulterio, no surge ninguna obligación⁷³. En el Liber Iudiciorum la representación queda reducida prácticamente a la procesal.

Derechos y obligaciones. Dentro ya del contenido del mandato, con respecto a los derechos y obligaciones de las partes se precisa que el mandatario puede hacer todo aquello para lo que fue comisionado⁷⁴, pero no puede extralimitarse del contenido del mandato⁷⁵. Así, por ejemplo, se especifica que no puede hacer una composición en el juicio, si no ha sido facultado expresamente para ello⁷⁶, ni siquiera el marido en favor de su mujer⁷⁷. En aquello en que se extralimite, no puede perjudicar al mandante: «et quod extra mandatum egit non preiudicet mandatori»⁷⁸.

71 Cf. infra notas 81 y 90-91.

72 LEVY, E.: *Weströmisches Recht* (supra n. 2), 288.

73 Epítome de Gayo 2.9.18: «Possumus enim aut nostra negotia aut aliena cuiunque agenda mandare: dummodo honestum aliquid agi mandemus. Nam si contra bonos mores aliquid mandare voluerimus, hoc est, si cuiquam mandemus, ut alicui furtum faciat, aut homicidium aut adulterium admittat, in his rebus mandati obligatio non contrahitur».

74 Interpr. a Pauli Sententiae 1.3.2: «Procurator eas res tantum agere potest, quas ei evidenter constiterit fuisse commissas». Cf. supra n. 68.

75 Epítome de Gayo 2.9.20: «Sed is, cui mandatur, mandati formam egredi non potest: aut si egressus fuerit, et mandatori teneatur obnoxius, et quod extra mandatum egit, non praeiudicet mandatori». Cf. supra n. 74; LEVY, E.: *Weströmisches Recht* (supra n. 57), 293-294.

76 Gregor. 1.1: «Transactionis placitum ab eo interpositum, cui causae actionem, non decisionem litis mandasti, nihil petitioni tuae derogavit. Interpr.: Si quis per mandatum procurator litis fuerit institutus, et de compositione causae in ipso mandato nihil continetur adscriptum, litigare potest, componere penitus non praesumat. Quod si composuerit, non valebit».

77 Cf. supra n. 68; LV 2.3.6: «Maritus sane non sine mandatum causam dicat uxoris, aut certe ante iudicem se tali obliget cautione, quod uxor negotium eius non resolvat, et si resolverit, damnum, quod cautio demonstrat, maritus recipiat, qui sine mandatum causam dicere praesumit uxoris...».

78 Cf. supra n. 75.

En el caso hipotético de que el mandatario venda una cosa por un precio menor al fijado por el mandante, las Sentencias de Paulo consideran válida la venta y el mandatario está obligado a devolver al mandante no sólo el precio pagado sino también la diferencia entre el precio establecido y el precio pagado⁷⁹.

Otro de los supuestos que se recoge en el Breviario es el caso en que el mandatario emplea dinero propio en la compra de un objeto por orden del mandante y éste después no lo quiere aceptar. Las Sentencias de Paulo determinan que el mandante no sólo está obligado a pagar al mandatario el precio pagado, sino también sus intereses⁸⁰.

Tanto el lucro como el daño causado al mandatario en la realización de su gestión repercuten en el mandante⁸¹, no aquello en lo que aquél se haya extralimitado⁸². El mandatario responde no sólo por dolo, como en el derecho romano clásico, sino también por malicia o negligencia⁸³. Puesto que el negocio ya no es gratuito, el mandatario tiene derecho a cobrar por su gestión lo que hubieren convenido. Si después de terminado el pleito o su gestión tardara el mandante más de tres meses en pagarle lo acordado, el

79 Pauli Sent. 2.15.3: «Certo pretio rem iussus distrahere, si minoris vendiderit, mandati iudicio pretii summa poterit integrari. Venditionem enim dissolvi non placuit. Interpr.: Si quis cuilibet mandet, ut rem suam decem solidis vendat, et ille eam octo vendiderit, pretium, quod ei mandatum est, quicquid minus ab emtore percepit, mandatori complere compellitur. Venditio tamen rescindi non potest.» Cf. supra n. 75.

80 Pauli Sent. 2.15.2: «Si meis nummis mandato tuo aliquid tibi comparavero, et si rem postea accipere nolis, mandati actio mihi adversus te competit. Non enim tantum quod impensum est, sed et usuras eius consequi possum».

81 LV 2.3.7: «Sic ut lucrum, ita et damnum iuxta condicionem mandati ad eum, qui causam mandaverat revertatur...».

82 Cf. supra n. 75.

83 LV 2.3.5: «Qui causam alicuius ex mandato susceperit, insistat; quod si protrahit tempus, et causa, que forsitan celerius potuerat expediri, hoccasionibus superfluis aut fraudulentata dilacione suspenditur, mandator recurat ad iudicem. Et qui mandatum acceperat, si malicie alicuius aut cupiditatis vel negligentie vitio, adversario presente in iudicio, susceptum negocium ultra decem dies absque precepto iudicis dilataverit, his, qui mandaverat, aut per se proponere aut alicui elegerit suam liceat committere actionem».

procurador podrá quedarse, previo mandato del juez, con la cosa ganada en el juicio⁸⁴. Sus derechos se transmiten a sus herederos⁸⁵.

Extinción del mandato. El mandato puede extinguirse por las siguientes causas:

1) Por muerte del mandatario, quien transmite sus derechos a los herederos⁸⁶. También se extingue por muerte del mandante, si ésta tiene lugar antes de que el mandatario empiece su gestión⁸⁷.

2) Por revocación del mandante⁸⁸. Si el mandatario dilata maliciosa o negligentemente la causa el mandante podrá nombrar a otro mandatario ante la otra parte y el juez o proseguir por sí mismo la causa⁸⁹. No obstante, si el mandatario cumple fielmente su gestión el mandante no podrá sustituirlo por otro⁹⁰.

3) Por renuncia del mandatario, que una vez aceptado el encargo ha de fundamentar en enfermedad repentina, peregrinación necesaria o enemistad con un poderoso. A este respecto es interesante observar el proceso seguido hasta llegar a esta norma. Originariamente se preveía la libertad de renuncia, ya que se trataba de un contrato gratuito. Posteriormente, en las Sentencias de Paulo la renuncia se limita a los casos de enfermedad, peregrina-

84 LV 2.3.7: «Quod si acceptam rem prosecutor infra tres menses reddere neclexerit mandatori, quidquid de eadem causam per quacumque definitionem consequi potuit, perdat, et mandator iudicis instantia rem sibi competentem accipiat».

85 LV 2.3.8: «Omne lucrum quod ipse fuerat habiturus, heredibus eius a mandatoris partibus exolvatur».

86 Epítome de Gayo: «Solvitur mandatum aut morte, cui mandatum est, aut contraria illius voluntate qui mandavit». LV 2.3.8: «Qui mandatum fecit si mortuus fuerit, antequam causa dicatur, mandatum, quod fecerat, non valeat; et qui mandatum suscepit si, antequam causa dicatur, fuerit morte preventus, mandatum nullam habeat firmitatem.»

87 Cf. supra n. 86.

88 Cf. supra n. 86.

89 Cf. supra n. 83.

90 LV 2.3.7: «...qui causam ex mandato dixerit et fideliter, ut negocium peragatur, institerit, ab eo mandator nec mandatum repetat, nec ipsum postea ad alium tranferat actionem; quia iniustum est, ut mercedem sui laboris amittat, qui pro suscepta causa fideliter laborasse cognoscitur».

ción, enemistad o que la acción resultara inútil⁹¹. Obsérvese que estas dos últimas causas («ob inimicitiam et inanes rei actiones»), que en las Sentencias de Paulo aparecen como distintas, se unen en la Interpretatio como si se tratara de una única causa. Esta modificación está en consonancia con las normas, que para mantener la imparcialidad de la justicia establecen que no se puede elegir como patrón a un poderoso o persona mayor, bajo la pena de perder el juicio y multa de dos libras de oro al poderoso si injuria al juez y expulsión de la sala⁹². En LV 2.3.9 se insiste en esto mismo y se añade que si un poderoso litiga con un pobre y no interviene por sí mismo tiene que elegir como procurador a uno de condición equivalente a la del pobre y el pobre podrá elegir un procurador tan poderoso como el de la otra parte⁹³.

Con respecto a los mandatarios o representantes judiciales el Liber Iudiciorum establece que el mandato tiene que darse por escrito, de puño y letra del mandante y ante tres testigos⁹⁴. Si alguien interviene sin ser nombrado se le castiga con multa de 10 sueldos y al reincidente con expulsión

91 Pauli Sent. 2.15.1: «Ob subitam valetudinem, ob necessariam peregrinationem, ob inimicitiam et inanes rei actiones integra adhuc causa negotio renuntiari potest. Interpr.: Propter subitam infirmitatem, et necessitatem peregrinationis, vel propter inimicitias maioris personae ne cuiuscumque videatur actio vacillare, integra adhuc causa, is qui susceperit, susceptum negotium renuere potest».

92 LV 2.2.8: «Quicumque habens causam ad maiorem personam se propterea contulerit, ut in iudicio per illius patrocinium adversarium suum obprimere, ipsam causam, de qua agitur, etsi iusta fuerit, quasi victus perdat; iudex autem mox viderit quemcumque potentem in causa cuiuslibet patrocinari, liceat ei de iudicio eum habicere. Quod si potens contempserit iudicem et proterve resistens de iudicio egredi vel locum dari iudicanti noluerit, potestatem habeat iudex ab ipso potente duas auri libras exigere et hunc iniuria violenta a iudicio propulsare». En la recensión ervigiana se añade que de las dos libras de multa, una será para el juez y otra para la parte.

93 «Nulli liceat potentiori, quam ipse est, qui committit, causam suam ulla ratione committere, ut non equalis sibi eius possit potentia opprimi vel terreri. Nam etiam si potens cum pauperem causam habuerit et per se asserere noluerit, non aliter quam equali pauperi aut fortasse inferiori a potente poterit causa committi. Pauper vero, si voluerit, tam potenti suam causam debeat committere, quam potens ille est, cum quo negotium videtur habere».

94 LV 2.3.3: «Si quis per se causam dicere non potuerit aut forte noluerit, adsertorem per scripturam, sue manus vel testium signis aut suscriptionibus roboratam, dare debet...» LV 2.3.4: «Ingenuam vero et pauperem personam... non aliter ex mandato subdendam questionem permittimus, quam ut mandator de eadem personam non servo, sed ingenuo per mandatum, sua vel trium testium adnotatione firmatur, specialiter committat agendum...»

de la sala⁹⁵ y 50 azotes si se niega a salir de ella⁹⁶. Si son muchos los litigantes, para evitar tumultos en la sala se determina que cada parte intervendrá sólo mediante su respectivo representante⁹⁷. El príncipe y los obispos no pueden actuar en juicio por sí mismos, sino que tendrán que hacerlo por medio de alguno de sus súbditos, para evitar que tengan como contrarios a personas inferiores y poder garantizar así la imparcialidad del juez⁹⁸. Lo mismo cabe decir de los poderosos⁹⁹. Los nobles sin embargo no pueden actuar por mandatario; sí lo pueden hacer las demás personas libres y siervos, respondiendo el mandante de los daños que se ocasione al mandatario¹⁰⁰. En la recensión ervigiana se precisa que los siervos no pueden actuar de procuradores, a no ser en beneficio de su señor, en favor de la iglesia, de los pobres o en asuntos del fisco¹⁰¹. Las mujeres pueden actuar por sí mismas en juicio, pero no en nombre de otros; el marido no puede actuar por su mujer, si no tiene un mandato, y si lo hace sin mandato su actuación no perjudica a la mujer¹⁰².

Efectos. ¿Qué tipos de efectos se producen en el patrimonio del mandante por la actuación del mandatario? Aunque durante la época visigoda parece mantenerse el principio romano de que no es posible adquirir nada por medio de personas libres, en realidad, como ha observado Levy el principio romano se encuentra ya desvirtuado¹⁰³. Para ello baste comparar a este respecto el texto de las Sentencias de Paulo 5.2.2 y la Interpretatio correspondiente. En las primeras se dice: «Per liberas personas, quae in potestate nostra sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis

95 LV 2.2.1.

96 En LV 2.2.8 no aparece claro si este castigo se aplica a los procuradores voluntarios o a los simples asistentes.

97 LV 2.2.2.

98 LV 2.3.1; Cf. C.2.12.25; Nov. Val. 12.

99 Cf. supra n. 93.

100 LV 2.3.4: «Questionem in personis nobilibus nullatenus per mandatum patimur agitari. Ingenuam vero et pauperem personam... non aliter ex mandato subdendam questioni permittimus...; hac videlicet constitutione servata, ut, si tormenta vel damna innocentibus fuerint inrogata, ad omnes satisfactionem mandator iudicis compellatur instantia».

101 LV 2.3.3.

102 LV 2.3.6: «Femina per mandatum causam non suscipiat, sed suum proprium negotium in iudicio proponere non vetetur.» Cf. supra n. 77.

103 LEVY, E.: *Weströmisches Recht* (supra n. 57), 37.

possessionem posse, utilitatis cuasa receptum est». El texto precedente se transforma en la Interpretatio en el siguiente: «Per liberas opersonas, quae nobis nulla conditione obligatae sunt, acquirere nihil possumus. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem certum est». En el segundo texto la base de la representación no es ya la pertenencia a la familia, el estar bajo la potestad del paterfamilias, sino el estar vinculado por alguna conditio. Por otra parte, la expresión «certum est» parece aludir a discusiones de las escuelas.

Por lo que se refiere a las actuaciones de los sometidos al pater se pueden establecer los principios siguientes:

1) A través de ellos el paterfamilias puede adquirir¹⁰⁴ y hacer novaciones¹⁰⁵.

2) Si el pater no ha consentido en la actuación de su sometido, no responde de su actuación, tiene lugar la acción noxal¹⁰⁶. La misma norma se aplica al esclavo que sin consentimiento de su dueño se le encarga un ganado y lo pierde¹⁰⁷.

3) Si el señor consintió en la actuación del esclavo, entonces sí responde; si el esclavo huye con el ganado que le ha confiado otro con consentimiento de su señor o lo destruye, su señor puede librarse de responsabilidad jurando su inocencia¹⁰⁸.

4) Si no consta el consentimiento del padre, el Liber Iudiciorum establece una serie de presunciones referidas a la compraventa: se supone que el pater no ha consentido si se trata de cosas de mucho valor, estimándose lo

104 Epitome de Gayo 2.1.7: «adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed et per eos, qui in potestate nostra sunt, sicuti filii vel servi: quia quicquid his a qualibet persona donatum vel venditum fuerit, aut heredes fuerint instituti, id patribus et dominis sine aliqua dubitatione conquisitur: praeter eos filios, quibus per leges ut castrense peculium habere permissum est». Cf. Cod. Theod. 8.9.3.

105 Pauli Sentent. 5.9.1: «Non solum per nosmet ipsos novamus, quod nobis debetur, sed etiam per eos, per quos stipulari possumus: veluti per filiumfamilias vel servum, iubendo vel ratum habendo. Procurator quoque noster, ex iussu nostro receptum est, ut novare possit».

106 Pauli Sentent. 2.32.11: «Servus, qui furtum fecerit damnumve dederit, nisi id pro sui quantitate dominus sarcire sit paratus, noxae dedi potest».

107 LV 5.5.6: «Quod nesciente domino servo fuerit commendatum, si id perierit, nec dominus nec servus ullum damnum incurrant. Sue enim inputet culpe, qui servo alieno res suas commendaverit domino nesciente».

108 LV 5.5.7.

contrario cuando se trata de cosas de poco valor, que comúnmente se confían a esclavos. Para deshacer la presunción se exige la prueba con testigos o por juramento¹⁰⁹.

Finalmente hay que indicar que en el Breviario se recogen las *actiones adiectitiae Quod iussu*¹¹⁰, la *actio institoria*¹¹¹, la *actio exercitoria*¹¹² y la *actio de in rem verso*¹¹³ con las mismas características del derecho romano.

En definitiva, se puede concluir que por lo que se refiere a las instituciones objeto de este estudio, la época visigoda significa una continuación de las tendencias manifestadas en la última etapa del derecho romano.

III. DERECHO ALTOMEDIEVAL

¿Cual es la suerte que corre en la Alta Edad Media las instituciones que estamos examinando? ¿Desaparecieron por completo o continuaron con la configuración jurídica que habían recibido en la época visigoda?

La respuesta a estas cuestiones no es fácil, por carencia de datos. Benito Gutiérrez mantiene que los «fueros municipales aparecen mudos» con respecto al mandato, institución que debió regirse por la costumbre, ya que «documentos antiguos acreditan su existencia»¹¹⁴.

Ciertamente si examinamos los diplomas y fueros medievales podemos llegar a la conclusión de que esta institución se mantuvo viva en la Alta Edad Media.

Terminología. En cuanto a la terminología, el mandante aparece denominado *mandator*, *mandador*, mientras el mandatario es denominado

109 LV 5.4.13.

110 Cod. Theod. 2.31.1; Greg. 1.1; Pauli Sentent. 1.4.6.

111 Pauli Sentent. 2.8.1-3.

112 Pauli Sentent. 2.6.1.

113 Pauli Sentent. 2.9.1.

114 GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Los Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español, tratado de las obligaciones*, IV, Madrid 1869, 501. Una opinión similar mantiene Pacheco Caballero (cf. infra n. 172), al expresar que el contrato como mandato no se recoge ni en los fueros municipales, ni en el Fuero Real, en los que sólo se recoge la representación procesal.

*mandatarius, iudex, qui tenebat mandamento, qui vocem obtinet, qui vocem pulsabat, adsertor*¹¹⁵.

La actuación en nombre propio se expresa con términos como *in voce sua, pro sua parte* o similares¹¹⁶. Siguiendo la tendencia manifestada en la época visigoda, desaparecen las expresiones *nomine suo, nomine alieno*. Cuando se usa la expresión *in nomine* tiene el sentido de invocación «en favor de», «en honor de», mientras la expresión *suo nomine* tiene un significado simplemente reflexivo, «por sí mismo». En este sentido ha de interpretarse según Kahn el conocido documento de León del año 1100, suprimiendo la coma después de *Toleti* y poniéndola después de *suo nomine*: «.. in tempore Adefonsi Imperatori rengante in civitas Toleti suo nomine, gener verum suus comes Anrichus sedente cum filiam ipsius Imperatori nomine Tarasia et tenente de illo terra de Portugal pro sua hereditas»¹¹⁷.

Aunque el sentido visigótico y altomedieval de la expresión «in nomine» se mantiene todavía en los documentos de fines del siglo XII y principios del siglo XIII, e incluso el Fuero Juzgo no traduce nunca «in nomine» por «en nombre» sino por otras expresiones¹¹⁸, no obstante, dicho sentido empieza a ser cada vez más raro y ya en 1183 aparece la expresión «in nomine» con el sentido clásico romano¹¹⁹, indicio claro de la recepción, que será plena en las Partidas. La diferencia a este respecto entre el Espéculo y las Partidas es clara: en éstas la recepción es clara, mientras aquél no lo es tanto¹²⁰.

115 Cf. HINOJOSA, Eduardo de: *Documentos para la historia de las instituciones de León y de Castilla (siglos X-XIII)*, Madrid 1919, p. 11, 17, 23, 24 (a los mandatarios se les llama «mandatores»); SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Claudio: *Una ciudad hispano-cristiana hace un milenio. Estampas de la vida de León*, Buenos Aires 1947, 72; LÓPEZ ORTIZ, José: «El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica», *Anuario de Historia del Derecho Español* 14 (1942-43) 184-226, esp. 205; ROUDIL, Jean: *Los Fueros d'Alcaraz et d'Alarcón*, I, París 1968, 256.

116 HINOJOSA, E. de: *Documentos* (supra n. 115), p. 15, 22.

117 KAHN, S. U.: «Bedeutungswandel» (supra n. 62).

118 LV 2.1.6: «quarumque rerum scripturae in Principis nomine existerint» = «si algum escripto fuero fecho de la donación del principe»; LV 12.2.17: «placitum in nomine divae memoriae Chintiliani Regis... conscribere debemus» = «que ficiesemos pleyto et escripto por mandado del Rey Cintilla».

119 MIQUEL ROSSEL, Francisco: *Liber Feudorum Maior*, I, Barcelona 1945, 421.

120 Cf. Espéculo 4.6.2 y Partidas 3.3.1; Espéculo 4.5.7 y Partidas 3.2.29; etc. Cf. KAHN, S. U.: «Bedeutungswandel» (supra n. 62), 229.

La existencia del mandato extrajudicial está atestiguada en diplomas y es regulado en los fueros. Así en los Fueros de la Familia de Cuenca se dice que cuando a uno se le exige que pague una deuda puede liberarse alegando que ya la pagó al acreedor o que «por su mandado pago a otro o en algun lugar dio el debdo por su mandato»¹²¹.

Parece ser que se admitió el mandato retribuido. Así, en un documento de los años 951-957 se da una herencia en concepto de mandaterias y otros buenos servicios. Es posible que el documento no se refiera a mandato en sentido estricto, sino a simple nuncio, dentro del servicio de mandadería que los súbditos prestaban a sus señores¹²². La escasez de noticias sobre este particular no nos permite concluir si en estos casos se trataba siempre de actuación calificada dentro del nuncio o si en algunos casos se trataba de un mandato. En favor de la no gratuidad del mandato López Ortiz aduce un documento portugués del año 991 en el que se da una finca «pro eo quod nobis sakastis limpio de concello»¹²³.

En algunas disposiciones aragonesas al mandante se le obliga a que preste fianza de aceptar todo lo que el mandatario haga¹²⁴.

En el mismo sentido de la normativa del Liber Iudiciorum, las fuentes medievales procuran mantener la igualdad de las partes. Así, el Fuero del Obispado de Compostela de 1113 al poderoso que litiga con un pobre se le obliga a que elija como representante suyo a uno de condición similar a la del pobre¹²⁵. En una de las compilaciones privadas del derecho aragonés se prohíbe nombrar procurador a una persona poderosa, bajo pena de arrasarle

121 Cf., por ejemplo, ROUDIL, Jean: *El fuero de Baeza. Edición, estudio y vocabulario*, La Haya 1962, 158 y 437 (lugares paralelos de fueros de Iznatoraf, Cuenca, Zorita, Béjar y Teruel).

122 HINOJOSA, E. de: *Documentos* (supra 115), doc. nr. 3. Cf. también los documentos 52, 67, 83, etc.

123 LÓPEZ ORTIZ, J.: «El proceso» (supra n. 115) 205.

124 LÓPEZ ORTIZ, J.: «El proceso» (supra n. 115), p. 205 n. 72.

125 «De causis pauperum. Si quis potentum iudicii tractare adversus pauperem, vel diffinite habuerit, similem personam introducat quae per se causam suam definiat, ne forte cunjuspiam majestate pauperis justitia suffocetur». Cf. MUÑOZ Y ROMERO, Tomás: *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra...*, Madrid 1847, 406.

la casa, destierro y multa de mil maravedís¹²⁶, mientras el Fuero de Zamora impone como pena la pérdida del pleito¹²⁷.

Representación legal. Con respecto a la representación legal es posible llegar a algunas conclusiones, a pesar de la precariedad de las fuentes:

1) Los hijos están representados por sus padres y en su defecto los parientes más cercanos¹²⁸;

2) el señor representa a los que están bajo su dependencia, como fámulos, pastores, yuberos, etc.¹²⁹;

3) las personas jurídicas, como indica López Ortiz, sobre todo tratándose de monasterios e iglesias, están frecuentemente representadas por el patrono de la iglesia o del monasterio¹³⁰.

4) En caso de deudor ausente, su representación corresponde a su esposa y, en su defecto, a sus hijos y, a falta de éstos, a quien tuviere sus bienes¹³¹.

5) Según el Fuero de Soria pueden nombrar personero el enemistado que no va a concejo ni a mercado, el enfermo que no puede andar y la mujer viuda. Con ello parece darse a entender que en los demás casos uno tiene que actuar por sí mismo. Para poder ser personero es preciso ser pariente del mandante o tener casa poblada en la villa, para que pueda ser emplazado y prendado si fuere menester¹³².

126 «Postea habent forum in Borgia quod homo qui afferat ricum hominem pro bandariça vel pro vocerio causa nocendi suo vicino de Borgia, alii vicini expellant eum a Borgia et precipitent domos suas in terram et peitet domino regi mille solidos». Cf. RAMOS Y LOSCERTALES, José M^o: «Textos para el estudio del derecho aragonés en la Edad Media», *Anuario de Historia del Derecho Español* 2 (1925) 521.

127 «Omne que fur a so plazio por dar sua firma, non lieve consigo mas de un consejero e so vozero; e se maes hy levar, caya de la voz...E otro tal aya el que ovier a recibir e la firma: non lieve consigo mas de un consejero e so vozero; e se mas levar, caya de la voz». Cf. CASTRO, Américo y ONIS, Federico de: *Fueros leoneses de Zamora*, Salamanca, Ledesma y Alba de Troles, I, Madrid 1916, 39.

128 «Esto es por fuero en la casa del rey: que sy a los huerfanos que non an tiempo les demandare algun omne alguna demanda, deve ser llamado el mas çercano pariente». Cf. SÁNCHEZ, Galo: *Libro de los fueros de Castilla*, Barcelona 1981, 161.

129 Cf. ejemplos en LÓPEZ ORTIZ, J.: «El proceso» (supra n. 115), 204.

130 LÓPEZ ORTIZ, J.: «El proceso» (supra n. 115), 205.

131 UREÑA Y SMENJAUD, Rafael de: *Fuero de Cuenca (formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del fuero de Iznatoraf)*. Edición crítica, con introducción, notas y apéndice, Madrid 1935, 542 ss.

132 SÁNCHEZ, Galo: *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid 1919, 53.

En los fueros de la familia de Cuenca se contienen algunas disposiciones relativas a instituciones que aparentemente podrían confundirse con el mandato o que podrían tener alguna relación con él. Ya indicamos que los romanos excluían del mandato el consejo. En el Fuero de Cuenca se despenaliza el aconsejar, a no ser cuando se refiere a la venta de un cristiano¹³³. En el mismo campo penal los fueros de Alcaraz y de Alarcón determinan que quienes mandan cometer un homicidio o producir heridas han de ser incluidos en la categoría de enemigos, junto con los realizadores materiales del hecho¹³⁴. En el campo civil está la figura del *venditor*, que las versiones romances traducen por *vendedor o corredor*, cuya misión es vender los bienes u objetos que le encarga el concejo, saliendo *otor de ellos*¹³⁵. Otra figura es la del pastor que lleva las «ovejas ad mandatum domini sui» y que si no sigue las instrucciones que le ha dado su amo tiene que pagar una multa¹³⁶.

En una época como la altomedieval, de un nivel de técnica jurídica muy simple, es lógico que no encontremos reflejada expresamente la problemática de la representación directa o indirecta, ni en los fueros ni en los diplomas, es decir, ni en la esfera normativa, ni en la de la práctica jurídica.

En líneas generales podríamos decir que en la época altomedieval el mandato se caracteriza por las notas siguientes: práctica del mismo con ausencia o escasez de normas positivas escritas que lo regulen, con predominio del aspecto penal y procesal sobre el civil y de la representación necesaria sobre la voluntaria.

IV. EL MANDATO EN LA ÉPOCA DEL DERECHO COMÚN

A. EL DERECHO COMÚN

Con la llamada recepción del Derecho Común el mandato se vuelve a configurar tal como había sido recogido en la compilación justiniana. En líneas generales se puede decir que debido a la autoridad de los textos romanos

133 UREÑA Y SMENJAUD, R. dc: *Fuero de Cuenca* (supra n. 131), 354-357.

134 ROUDIL, J.: *Los Fueros* (supra n. 115), 256.

135 UREÑA Y SMENJAUD, R. dc: *Fuero de Cuenca* (supra n. 131), 458-461.

136 UREÑA Y SMENJAUD, R. dc: *Fuero de Cuenca* (supra n. 131), 742-743.

(y a que con dichos textos se encontraban soluciones a los problemas del tráfico económico), los juristas del «ius commune» no se atreven a modificar las normas romanas y esto incluso los canonistas, quienes sólo se apartan de ellas cuando lo exigía la Teología. Habrá que esperar al racionalismo, con la substitución del principio de autoridad por el de la razón, para que se dé el paso definitivo de abandonar en este punto la normativa romana.

Para el conocimiento de las instituciones aquí consideradas disponemos de las glosas y comentarios que los juristas medievales dedicaron a los pasajes correspondientes de las fuentes romanas. A éstos hay que añadir los textos canónicos, principalmente del Decreto (C.5 q.3 c.3), de las Decretales de Gregorio IX (X.1.38) y del Libro Sexto (VI.1.19), con sus glosas correspondientes, así como los estudios en que autores modernos han tratado el problema de la representación en la civilística y en la canonística¹³⁷.

137 Los textos canónicos son citados por la edición siguiente: FRIEDBERG, Aemilius: *Corpus Iuris Canonici*, I-II. Graz 1959; la literatura jurídica es citada por la edición que en cada caso se indica. Con respecto a los estudios, cf. FRÄNKEL, Richard: «Zur Zessionslehre der Glossatoren und Postglossatoren», *Zeitschrift für das gesamte Handels— und Konkursrecht* 67 (1910) 79-126; FRÄNKEL, Richard: «Die Grundsätze der Stellvertretung bei den Scholastiken», *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 27 (1912) 289-391; TRIFONE, Romualdo «La stipulatio nelle dottrine dei glossatori», *Studi in onore E. Besta*, I, Milán 1939 y en *Scritti minori*, Bari 1966, 167-190; BUSSI, Emilio: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova 1937, 293-320 e Idem, (*Contratti, successioni, diritti di famiglia*), Padova 1939, 97-104; KRADEPOL, A.: *Stellvertretung und kanonisches Eherecht* (1939), red. Amsterdam 1964; WESENBERG, G.: «Zur Behandlung des Satzes alteri stipulari nemo potest durch die Glossatoren», *Festschrift Schulz*, II, Weimar 1951, 259-267; LANGE, H.: «Alteri stipulari nemo potest bei Legisten und Kanonisten», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Röm. Abt. 73 (1956) 279-306; ARIAS BONET, Juan Antonio: «Estipulaciones en favor de terceros en los glosadores y en las Partidas», *Anuario de Historia del Derecho Español* 34 (1964) 235-248; LEGENDRE, Pierre: *La pénétration du Droit romain dans le Droit canonique classique de Gratien à Innocent IV*, París 1964; R. NAZ, «Procurateur», *Dictionnaire de droit canonique*, VII, París 1965, 324-329; LEGENDRE, Pierre: «Nouvelles observations sur le mandat chez les canonistes classiques», *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Dijon 1970-71, 7-35 y en LEGENDRE, Pierre: *Ecrits juridiques du Moyen Age occidental*, London 1988; ZIMMERMANN, Albert (ed.): *Der Begriff der repraesentatio im Mittelalter: Stellvertretung, Symbol, Zeichen, Bild*, *Miscellanea medevalia* 8, Berlin 1971; PADOA SCHIOPPA, Antonio: «Sul principio della rappresentanza diretta nel Diritto canonico classico», *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano 1976, 107-131.

Para evitar repeticiones con lo ya indicado al tratar del derecho romano vamos a limitarnos aquí a señalar las principales novedades que aportan los juristas del *Ius Comune*.

Los glosadores, como en el Bajo Imperio, conectan la representación con el mandato e insisten en la distinción entre mandato y otras instituciones como el consejo, los contratos reales, la relación entre mandato tácito, gestión de negocios y ratificación. La doctrina dominante, siguiendo a Azón, concibe el mandato como contrato consensual, como un encargo que da el mandante y es aceptado por el mandatario¹³⁸.

El documento del mandato debe contener tres elementos: nombres del mandante y del mandatario, mención de la causa del mandato y compromiso del mandante de aceptar como válido lo actuado por el mandatario¹³⁹.

La glosa concibe el mandato como un contrato gratuito, ya que de lo contrario sería un arrendamiento¹⁴⁰. Aunque este sea la opinión dominante

138 «Mandatum est officium honestum, gratis susceptum exhibendum ab amico. Quae definitio non placet, quia de inhonesta re fit mandatum, licet non sit obligatorium. Item etiam quia is qui non est amicus, mandatum suscipere et implere potest et tenetur, ut si absenti et ignoto scribam et mandatum suscipiat, nec enim ob hoc ipsum est amicus, ut Digesto, de verborum significatione, lege Late, § Amicos [D.50.16.223.1]. Ego itaque ita definio: mandatum est officium ab eo qui gratuito suscepit exhibendum». Cf. AZO, *Summa Codicis* (in C.4.35), ed. Lugduni 1557, f. 101 nr. 1-2; LEGENDRE, P.: «Nouvelles» (supra n. 137), 11-14 y 17-20.

139 Glosa *tria* a X.1.38.1 s. v. *mandato*: «Tria debet continere mandatum, scilicet, nomen eius qui procuratorem cum constituit, et causam ad quam constituit et ratum habebit quod cum eo factum fuerit». Cf. *Decretales D. Gregorii papae IX suae integritati una cum glossis restituae, ad exemplar romanum diligenter recognita*, Venetiis 1600, p. 327. Un contenido similar (con la particularidad de que al referirse al procurador procesal se añade que se indique ante qué jueces se nombra el procurador) se contiene en la glosa de mandato a X.1.38.13 s. v. *mandato procuratoris*, edic. cit. p. 337.

140 Glosa *mandatum* a Inst. 3.26 pr. s. v. *mandatum*. «Mandatum est officium gratuito ab eo qui susceperit exhibendum, nisi enim fiat gratis incipit esse locatio, si non erat facturus, alias enim tale factum ideoque locari consuevit», en ACCURSIUS: *Glossa in Volumen*, Corpus Glossatorum Juris Civilis, XI, Augustae Taurinorum 1969, p. 96. Cf. glosa *Scilicet ut mercede* a Inst. 3.26.13 s. v. *Mercede* y glosa *Scilicet in pecunia numerata* a Inst. 3.26.13 s. v. *mercede interveniente*: «Scilicet in pecunia numerata ut diximus supra in principio. Item hec regula generalis est vera nisi sit talis persona que non consueverat locare operas suas vel res talis que non consueverat locari, tunc enim non locati, licet prescriptis verbis agitur.» *ibid.*, p. 98. Cf. glosa *Utrum fuerit* a C.4.35.1 s. v. *praebebitur*, en ACCURSIUS: *Glossa in Codicem*, Corpus Glossatorum Juris Civilis, X, Augustae Taurinorum 1968, p. 225.

entre los juristas del *Ius Comune*, hubo sin embargo voces discordantes. Así la *Summa Vindocinensis* mantiene que la remuneración no es contraria al espíritu del mandato, postura que en general asumieron los canonistas¹⁴¹. Incluso entre los civilistas, al irse admitiendo que en determinados casos, v. gr. en la representación procesal, se podía exigir un *honorario*, se concibió el mandato como una forma contractual para el arrendamiento de servicios superiores.

A los cinco modos de mandato incluidos en las Instituciones, Juan Basiano añade un sexto: «ut cum sua gratia et tua et aliena aliquis ubi mandat ut emas fundum pro me et te et ticio». Incluso dice que se puede añadir un séptimo, cuando «tutor mandat contutori suo ut servum necessarium emat pupillo et sic pro gratia mandantis et mandatarii et pupilli contrahitur mandatu»¹⁴². Cuando el mandato es en favor del mandatario, se considera que se trata de un consejo, y en consecuencia no es obligatorio, a no ser en casos excepcionales determinados por la ley¹⁴³.

El contenido del mandato tiene que ser de acuerdo con las buenas costumbres; en caso contrario, no obstante ser mandato, no genera obligación, incluso aunque medie un juramento¹⁴⁴.

141 LEGENDRE, P.: «Nouvelles» (supra n. 137) 15 y 20-22.

142 Glosa *Immo* a Inst. 3.26 pr. s. v. *quinque*: «Immo videtur quod sex ut sequitur. Sed dic quinque scilicet obligatoriis, ultimum enim non est obligatorium; ultimum enim est quando tantum tua gratia, ut Digesto, eodem titulo, lege II, § finali [D.17.1.2.6]. Item secundum Joannem est quoddam aliud VI obligatorium ut cum sua gratia et tua et aliena aliquis tibi mandat ut emas fundum pro me et te et ticio. Item ultimum potest dici septem modis et exemplificatis, ut Digesto, eodem, Si procuratorem, § Si tutores [D.17.1.3.4], ubi tutor mandat contutori suo ut servum necessarium emat pupillo et sic gratia mandantis et mandatarii et pupilli contrahitur mandatum»: ACCURSIUS: *Glossa in Volumen* (supra n. 140), p. 96.

143 Cf. glosa *Nota bonam regulam* a Inst. 3.26.6 s. v. *ex consilio*: «Nota bonam regulam quem de consilio non teneri; fallit tamen in casibus qui his legibus dicuntur...»: ACCURSIUS: *Glossa in Volumen* (supra n. 140), p. 97.

144 Cf. glosa *Etiam si iuramentum* a Inst. 3.26.7 s. v. *illud*: ACCURSIUS: *Glossa in Volumen* (supra n. 140), p. 97. Cf. glosa *Mandatum* a D.17.1 rubr. s. v. *mandatum*: «Mandatum est officium ab eo qui gratuitum suscepit exhibendum, licet Placentinus dicat mandatum esse officium honestum gratis susceptum ab amico exhibendum, quod non valet, quia et de inhonesta re sit mandatum, licet non sit obligatorium»: ACCURSIUS: *Glossam in Digestum Vetus*, Corpus Glossatorum Juris Civilis, VII, Augustae Taurinorum 1969, p. 503.

El mandato puede ser general o especial, precisándose este último para que el mandatario pueda hacer determinadas gestiones, como transigir, condonar una deuda, prestar juramento, contraer matrimonio, etc.¹⁴⁵.

Los glosadores discuten y adoptan posturas diversas frente a problemas como si el mandato tiene que constituirse por escrito o de palabra¹⁴⁶ o si basta que exista la voluntad de mandato y que ésta se exprese de algún otro modo, como enseñando un sello; si la acción contraria al mandato es infamante o no (imponiéndose ésto último), quiénes pueden dar mandato, quiénes pueden ser mandatarios, la extensión del mandato a la esfera del derecho público, etc.¹⁴⁷.

El mandatario debe realizar el mandato, a no ser que renuncie al mismo dentro del tiempo congruente¹⁴⁸. Si se extralimita en sus facultades, los juristas distinguen si la extralimitación se refiere a la cantidad, en cuya caso su actuación es válida, o si se refiere a la calidad, en cuya caso es inválida, a no ser que el mandante conozca la actuación del mandatario y no se oponga a ella¹⁴⁹. El mandatario procesal no está facultado para nombrar sustituto antes de la *litis contestatio*, mientras el mandatario civil sí¹⁵⁰.

Por lo que a la revocabilidad del mandato se refiere, hay autores como Juan Faber que opinan que se puede renunciar al mandato incluso sin motivo, mientras Jacobo Butrigario y Alberico no admiten una libertad de renuncia tan amplia, ni siquiera antes de la aceptación del mandato. La primera postura fue aceptada por los canonistas¹⁵¹.

145 BUSSI, E.: op. cit. supra n. 137, pp. 298-299 y 102-103.

146 Cf. glosa *mandatum* a Inst. 3.26 pr. s. v. *mandatum*: «Mandatum... fit per verbum rogo, volo, mando, supplico et similia»; ACCURSIUS: *Glossa in Volumen* (supra n. 140), p. 96.

147 LEGENDRE, P.: «Nouvelles» (supra n. 137), 23-34.

148 Cf. glosa *Scilicet suscepto* a Inst. 3.26.6 s. v. *liberum*: «Scilicet suscepto consilio, sed suscepto mandato necesse est consumari secundum Joannem, nisi congruo tempore renunciatur...»; ACCURSIUS: *Glossa in Volumen* (supra n. 140), p. 97.

149 BUSSI, E.: op. cit. supra n. 137, pp. 299 y 98-102.

150 Cf. VI.1.19.1 y glosa *Et ita idem* a X.13.33 s. v. *mandatum dominus revocavit*: «Et ita idem est si mandatum fuerit revocatum, ac si non habuisset mandatum, imo plus, quia contra voluntatem domini, quare litterae non valent. Et ita patet hic et ex littera sequenti, quod ratihabitio in tali casu locum non habet adversario contradicente... Et quod dicitur, procurator ante litem contestatam non potest alium procuratorem constituere, istud verum est ad agendum; sed ad negotia procurator datus alii demandare potest...»; *Decretales* (supra n. 139), 53-54.

151 Cf. supra n. precedente.

Con respecto a la responsabilidad del madatario, si se exceptúa Odofredo y Martín de Gosia, la mayoría de los civilistas, defienden que responde por dolo «et lata culpa et levi et levissima», como recoge la glosa acursiana¹⁵² y Azón¹⁵³. Con respecto a la responsabilidad del mandante, existía diversidad de pareceres en cuanto a si éste debía indemnizar al mandatario por los perjuicios ocasionados al gestionar el encargo: unos mantenían que no, basados en D.17.1.26.6, mientras otros defendían que sí, apoyándose en D.17.2.52.4.

Por lo que al problema de la representación directa o indirecta se refiere, los glosadores y comentaristas van a mantener el principio romano del *alteri stipulari nemo potest*, pero restringiendo su aplicación: ampliando los casos de las *actiones adiecticiae* y las excepciones al principio. Esta tendencia se manifiesta ya en *Lo Codi* y es seguida en la Summa de Placentino, la *Collectio Codicis Chisani*, la Summa de Azón, etc., que incluyen las estipulaciones hechas por el tutor o curador en favor del pupilo o del sometido a curatela, las estipulaciones del procurator en favor de su principal, etc.¹⁵⁴. También se limitó la aplicación del principio mediante la distin-

152 Cf. glosa *et omnem culpam* a C.4.35.13 s. v. *A procuratore*: «et omem culpam de dolo et lata culpa et levi tenetur secundum omenes... sed secundum Joannem et Bulgarum et Azonem etiam de levissima tenetur, ut hic, nam qui omnem dixit nihil omisit. Sed Otofredus et Martinus contra...»: ACCURSIUS: *Glossa in Codicem* (supra n. 140), p. 226.

153 «Et non tantum venit dolus in actionem istam, sed etiam culpa lata, levis et levissima secundum nos, ut infra, eodem A procuratore [C.4.35.13] et lege In re mandata [C.4.35.21]. Quidam tamen utuntur eadem distinctione hic, qua et in commodato, ut dixi supra commodati et sic si mandarem tibi gratia mea tantum, secundum eos teneris de dolo et lata culpam tantum. Sed certe, ut ait Bulgarus, alia est natura huius contractus, quam illius»: AZO, *Summa Codicis* (supra n. 138), f. 102 nr. 26.

154 Glosa *et est ratio* a Inst. 3.19.4 s. v. *nihil agit*: «Et est ratio quia invente sunt etc. ut infra, eodem, § Alteri [Inst. 3.19.19] et Digesto, de verborum obligationibus, Si ista [lege Stipulatio], § Alteri [D.45.1.38.17]. Fallit tamen in casibus XVI. In primis ut si stipulantis intersit, quia sit tutor eius cui stipulatur rem pupilli salvam fore. Secundo, quia procuratori stipuletur domino. Tertio, si stipuletur creditori, ut infra, eodem, § Sed si quis [Inst. 3.19.20] et Digesto, de verborum obligationibus, Stipulatio ista, § Si stipuler [D.45.1.38.20] et § Si quis insulam [D.45.1.38.21]. Quarto, fallit in omnibus pretoriis stipulationibus, ut Digesto, de pretoriis stipulationibus, In omnibus [D.46.5.5], ut est damni infecti, ut Digesto, de damno infecto, Damni, § finali [D.39.2.18.16]. Item iudicatum solvi et similes, ut Digesto, de procuratoribus, In cause, § finali [D.3.3.27.1]. Item fallit in procuratore presentis, ut Digesto, de verborum obligationibus, Si procuratori [D.45.1.79] et Digesto, de procuratoribus, lege Procurator [D.3.3.68]. Item fallit in actore municipium, ex cuius pacto queritur

ción entre las palabras promissivas, obligatorias y ejecutivas en la estipulación en favor de tercero, resultando así seis combinaciones posibles, cuatro de las cuales se consideraban válidas¹⁵⁵.

Martín de Gosia llegó incluso a proponer que, puesto que eran tantas las excepciones, convendría invertir los términos, estableciendo como principio la concesión de una acción útil, no directa, contra el mandante en favor del tercero y considerar como excepción los casos en que no se concedería¹⁵⁶. Aunque la innovación era más bien formal, no prosperó y el resto de los autores siguió manteniendo la vigencia del principio romano.

municipius. Idem in curatore furiosi et consimilium personarum et tutoribus, Digesto, de constituta pecunia, lege Eum qui, § Si actori [D.13.5.5.9]. Item fallit in institore, nam sibi actio ex pacto instituti queritur, ut Digesto, de institoria, lege I in fine [D.14.3.1] et lege II [D.14.3.2]. Item fallit in iudice vel notario vel simile persona publica, ex quorum pactis in stipulationibus alteri queritur, ut Digesto, rem pupilli salvam fore, lege II et III et IIII, prima responsione [D.46.6.2-4] et in Autentico, de executoribus et qui conveniuntur, § I, collatione VIII [A.7.7.1] et in Autentico, de heredibus ab intestato, § Ex his, collatione IX [A.9.1.5]. Item fallit in creditore ex cuius pacto queritur actio debitori, ut Digesto, de pignoratitia actione, lege Si cum venderet, I responsione [D.13.7.13]. Item fallit si avus paciscatur dotem reddi nepti quam etiam in potestate non habet, ut Digesto, soluto matrimonio, Gaius [D.24.3.45]. Item fallit in procuratorem vendentis, ut Digesto, de actionibus empti venditi, Iulianus, § Si procurator [D.19.1.13.25]. Item fallit in deponente si paciscatur alii rem restitui. Item fallit in comodante faciente simile pactum, ut Digesto, depositi, Publica [D.16.3.26] et Codice, ad exhibendum, Si res [C.3.42.8]. Item fallit in donante simile pactum faciente in eventum alicuius conditionis, ut Codice, de donationibus que sub modo, Quomodo [C.8.53.3]. Item fallit si pater stipuletur filio vel alii posito sub sua potestate post mortem suam, scilicet, patris, nam et filio queritur licet heres non sit, ut Digesto, de verborum obligationibus, Quodcumque, § Si quis ita [D.45.1.45.2]. Si vero pure et non post mortem ipsi stipulanti queritur, ut Digesto, de verborum obligationibus, lege Dominus servo [D.45.1.39]. His enim casibus ex pacto vel stipulatione alterius alteri queritur non alias, ut hic et Codice, per quas personas nobis acquiritur, lege I [C.4.27.1]. Cum enim sunt speciales non sunt trahendi ad consequentiam, ut Digesto, de legibus et senatusconsultis, lege Quod vero [D.1.3.14]. Sed Martinus dicebat hos casus facere regulam et si quis casus esset contra illud speciale est et quod hic regulariter dicitur, et infra, eodem, § alteri [Inst. 3.19.19] et Codice, per quas personas nobis acquiritur, lege I [C.4.27.1]. Dicebat iure directo non valere, sed utiliter acquiri potest et sic secundum cum semper ex pacto alterius queritur. Quod falsum est, cum parum interesset directo vel utiliter quereretur, ut Digesto, de negotiis gestis, Actio [D.3.5.46(47)]. Accursius»: ACCURSIUS: *Glossa in Volumen* (supra n. 140), 87-88.

155 MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 37-39.

156 Cf. supra nota 154 in f. y MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 44-54.

Bártolo y Baldo defendieron que el tercero tenía una *actio utilis*, siempre que el representante por determinados motivos no pudiera cederle la *actio directa*¹⁵⁷.

Hubo autores como van Leeuwen y Domat que basándose en que ya no existían esclavos y su puesto había sido ocupado en este negocio jurídico por personas libres, como factores, etc. había que traspasar a éstos las reglas romanas sobre la adquisición por medio de esclavos¹⁵⁸.

Sobre la base de D.45.1.38.1 se mantuvo que era válida la *stipulatio alteri facta*, cuando ésta era en interés del receptor de la promesa y, sobre la base de D.46.6.2 cuando la promesa en favor de tercero era hecha ante notario, ya que actuaba como *servus publicus*¹⁵⁹. Por otra parte, al procurador constituido para dirigir un negocio se le equiparó al institor romano y se le aplicaron sus normas, respondiendo el mandante de los contratos del procurador, hasta tal punto que hubo decisiones judiciales en Francia y Holanda y juristas que mantenían la responsabilidad exclusiva del mandante¹⁶⁰.

Generalmente se venía manteniendo que la canonística admitió la representación directa no sólo en casos particulares (asistencia de obispos al concilio por medio de un representante, en los esponsales y matrimonio, en los menores, en las personas morales, en los padrinos, en la toma de posesión de un beneficio, etc.), sino también como principio general, recogido en el aparato *Ecce vicit Leo*¹⁶¹, en las glosas de

157 BALDUS a D.19.1.14: «Vides ergo, quod iste dominus vendens per procuratorem suum obligatur utili actione ad exemplum institoris... Sed quero quando sit verum quod ex contractu facto per procuratorem actio ipsi domino? Respondeo, quando procurator non est solvendo vel non reperitur, ita quod non potest actionem cedere». Citado por MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 34.

158 COING: *Europäisches Privatrecht* (supra n. 2), 426.

159 BUSSI, E.: *La formazione* (supra n. 137), 304-320.

160 COING: *Europäisches Privatrecht* (supra n. 2), 428.

161 Glosa *et ita* a C.1 q.7 c. 9 s. v. *et per te*: «et ita iste poterat Petro et successoribus suis per alterum promittere, unde est argumentum quod aliquid potest acquiri per alterum argumento 63 distinctione Tibi [D.63 c.33], et hoc verum est dummodo sit mandatarius super illa re que acquiritur. Leges contrarie sunt que dicunt quod nemo potest pacisci vel stipulari per alterum...» Citado por PADOA-SCHIOPPA, A.: «Sul principio» (supra n. 137), 114-115.

Alano¹⁶², la glosa Palatina¹⁶³, recogida por Juan el Teutónico en su aparato al Decreto¹⁶⁴ y finalmente en las reglas 68 y 72 del Liber Sextus: «Potest quis per alium, quod potest facere per ipsum» y «Qui facit per alium est perinde ac si faciat per seipsum».

No obstante estudios recientes de Müller y Padoa Schioppa concluyen que, si exceptuamos a Antonio de Butrio¹⁶⁵ y a Nicolás de Tudeschis¹⁶⁶, la mayoría de los canonistas aceptaron la norma romana del *alteri stipulari nemo potest* y trataron las excepciones como representaciones de hecho con

162 Glosa *argumentum* a C.1 q.7 c.9 s. v. *et per te*: «Argumentum quod per alium alii potest promissio fieri, quod verum est si mandatarius sit secundum Bartolum. Sed contra alii stipulari vel pacisci nemo potest...» Citado por PADOA-SCHIOPPA, A.: «Sul principio» (supra n. 137), 115.

163 Glosa *argumentum* a C.1 q.7. c. 9 s. v. *et per te*: «Argumentum contra Institutiones, de inutilibus stipulationibus, § Si quis [Inst. 3.19.4], quia dicitur quod alteri stipulari vel pacisci nemo potest nisi sit servus ut ibi vel procurator presentis, Digesto, de verborum obligationibus, Si procurator presentis [D.45.1.79]. Dic ergo ideo hoc fieri quia papa servus est beati Petri, unde dicit se in epistolis suis servus servorum Dei... Sed credo iure canonico me teneri si ego promitto tibi me daturum Titio decem, XXII, questione V, Iuramenti [C.22 q.5 c.12], maxime ubi intervenit sacramentum, argumento Digesto, de constituta pecunia, lege 1 [D.13.5.1 pr.].» Citado por PADOA-SCHIOPPA, A.: «Sul principio» (supra n. 137), 116.

164 Glosa *Argumentum* a C.1 q. 7 c. 9 s. v. *et per te*: « Argumentum contra Institutiones, de inutilibus stipulationibus, § Si quis alii [Inst. 3.19.4]. Quia ibi dicitur, quod alteri stipulari vel pacisci nemo potest, nisi sit servus eius, ut ibi, vel procurator presentis, Digesto, de verborum obligationibus, Si curatori presens [D.45.1.79]. Dic ergo ideo hoc fieri, quia papa servus est beati Petri, unde dicit se in epistolis suis servus servorum Dei.... Vel hoc sit favore religionis. Sed credo iure canonico me teneri, si ego promitto tibi me daturum Titio.... Cf. *Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum, una cum glossis Gregorii XIII Pontificis Maximi iussu editum: ad exemplar romanum diligenter recognitum, editio ultima*, Lugduni 1613, col. 601.

165 «In extraneo autem non queritur actio sine cessione regulariter.... De equitate canonica videtur quod queratur... Quod eredo ut agi possit via denunciationis evangelicæ sed non ordinario iure...» Citado por PADOA-SCHIOPPA, A.: «Sul principio» (supra n. 137), 126.

166 El Abad Panormitano, aunque en un principio había mantenido la vigencia del principio romano, después afirma: «puto tamen quod si verba proferuntur in presentem, ut quia promitto tibi quod dabo Titio absenti X, quod per viam denunciationis evangelicæ potero compelli ad solvendum, et sic salvo et intelligo illam glossam nun novissime scribendo». Citado por PADOA-SCHIOPPA, A.: «Sul principio» (supra n. 137), 127.

base teológica (el Papa era el vicario de Cristo), no como representaciones jurídicas. Dino de Mugello presenta las reglas del Sexto como concordantes con el principio romano¹⁶⁷ y Fachineus mantiene que en ninguna parte del derecho canónico se dice que valga la estipulación hecha en contra del derecho romano¹⁶⁸.

El mérito principal de los canonistas fue el haber dado impulsos, contenidos en la Biblia y en la Teología, para una nueva orientación de la doctrina, que obtendrá sus resultados en el iusnaturalismo¹⁶⁹.

A pesar del parecer contrario de la doctrina del «ius commune», la representación fue admitida expresamente en los estatutos de ciudades italianas, como Florencia, Pisa, Bérgamo, Bolonia, Como, Brescia, etc. De ello dio fe el mismo Baldo quien afirma: «Statutum civitatis Perusii permittit recta via agi sine cessione per eum, cuius nomine recepta est obligatio». Ante este hecho los juristas del *ius commune* adoptaron posturas diferentes: unos negaron validez a estos estatutos por ir contra el derecho romano, mientras otros trataron de compaginarlos con el sistema romano¹⁷⁰.

B. DERECHO CASTELLANO

Fuentes. Todas estas nuevas ideas fueron recibidas en Castilla. Para conocer la regulación del mandato en Castilla disponemos básicamente del Fuero Real 1.10 (de los personeros), Partidas 3.5 (de los personeros), 5.11.7-10, 5.12.13 y 5.12.20-34 y Ordenamiento de Alcalá 16, así como las glosas y comentarios a dichos textos. Las fuentes indicadas junto con las roma-

167 «Et sic proprie regula ad ea que possunt per alium explicari, in his autem que per alium non possunt ut non procedit regule effectus». Cf. DYNUS: *De regulis iuris.*, Lugduni 1543, f. 115r.

168 «Sed nullibi iure canonico est expressum, alteri stipulationem factam valere contra iuris civilis regulas. Ergo non valet». Citado por MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 137), 62.

169 MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 137), 72; PADOA-SCHIOPPA, A.: «Suñ principio» (supra n. 137), p.129 n. 65-67.

170 Cf. MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 55-60), donde defiende que algunos de estos estatutos (los de Bolonia y Pisa) adoptaron esta normativa por influjo de Martín de Gosia.

nas¹⁷¹ y la jurisprudencia de los tribunales constituyen las fuentes normativas para la regulación del mandato hasta el Código Civil¹⁷².

Configuración del mandato. Conviene resaltar que las Partidas no dedican un título especial al mandato sino que tratan de este contrato dentro de la fianza: «despues desto [de la fianza] diremos de todas las otras cosas, que los omes fazen unos por otros, por su mandado o sin el, de que nasce obligacion entre ellos, que es otra manera de fiadura¹⁷³». Esta conexión entre el mandato y la fianza aparece ya en el derecho justiniano al asimilar el mandante al fiador en el *mandatum iustitiae credendae o mandatum qualificatum*¹⁷⁴. La misma postura adopta Azón¹⁷⁵.

Con respecto a la procuración y mandato, que se habían confundido en una sola institución desde el derecho romano vulgar, García Goyena y J. Aguirre afirman: «Tampoco debe confundirse el mandato con la procuración, aunque viene a ser lo mismo; y sólo se diferencian ya que en ésta supone un poder por escrito, cuando aquel puede ser únicamente verbal, y ya en que la palabra mandato es más general, y comprende todo poder

171 GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Los Códigos* (supra n. 114), 529 dice que el derecho romano «surte las veces de jurisprudencia».

172 Los textos normativos castellanos se citan por las siguientes ediciones: MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: *Leyes de Alfonso X, II Fuero Real*, Ávila 1988; *Las Siete Partidas del sabio rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López...*, Salamanca 1555; Ordenamiento de Alcalá: *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla publicadas por la Real Academia de la Historia*, I, Madrid 1861, 492-593; Cf. PACHECO CABALLERO, Francisco Luis: «La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas», *Revista de Derecho Privado* (1990), 655-670. La doctrina castellana sobre el mandato, anterior a la codificación, aparece recogida en numerosas obras, algunas de las cuales se citan en notas siguientes. Cf. además GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel de: *Elementos del Derecho civil y penal de España...*, 12ª ed., II, Madrid 1877, 319-325.

173 Partidas 5.12 pr. Esta conexión aparece también en Part. 5.12.1 (al definir la fianza) y en Part. 5.12.20 (al definir el mandato).

174 D.17.1.38. 1 ss.; D.1.48.6.4.

175 Bajo el título *De fideiussoribus et mandatoribus* Azón afirma lo siguiente: «Est autem nomen fideiussoris generale, ut contineat etiam mandatorem et constitutorem et eum qui ex toto transfert in se obligationem, qui et vocatur expromissor». AZO, *Summa Codicis* (supra n. 138), f. 220, nr. 2.

dado a otro, de cualquiera clase que sea»¹⁷⁶. Habrá que esperar hasta la primera mitad del presente siglo para llegar a la separación de ambas instituciones.

Gratuidad. Las Partidas, siguiendo las doctrinas del Derecho Común, se decantan por la gratuidad del mandato¹⁷⁷. Todavía a principios del siglo XIX, Asso y De Manuel definen el mandato como «un contrato de buena fe por el que uno encarga a otro gratuitamente sus negocios y éste acepta el encargo»¹⁷⁸.

Pero aunque por el peso de la tradición se seguía manteniendo que el mandato por naturaleza era gratuito, los «modernos jurisconsultos» opinaban que este requisito no era esencial, postura que asumió la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior al Código, al defender que no se podía exigir salario ni honorarios por los trabajos que ocasionare el mandato, a no ser que se hubiera pactado expresamente o se entendiera, por los términos en que se hizo, que el mandante se obligaba a retribuir al mandatario¹⁷⁹.

Terminología. La terminología es ya la misma que la actual, con la particularidad de que el mandatario, por influencia procesal, recibe también la denominación de «personero», en cuanto que actúa en nombre de la persona del mandante¹⁸⁰.

176 GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín: *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos...*, 4ª edic., II, Madrid 1852, 316.

177 Por una parte en Partidas 5.12.21 se insiste en que el mandatario acepta el mandato «por fazer gracia e amor aquel que gelo manda», y por otra, en Partidas 5.12.25 al indicar qué puede exigir el mandatario menciona sólo los gastos que haya hecho con ocasión de la gestión: «Rescibiendo un ome de otro mandado para fazer alguna cosa guisada, si acaesciere que pechare algo porende, es tenuto el que gelo mando fazer, de gelo pagar». Cf. sin embargo PACHECO CABALLERO, F. L.: «La recepción» (supra n. 172), 668-669 quien mantiene que las Partidas adoptan a este respecto una postura ambigua. Cf. supra notas 7-8, 71, 140-141.

178 JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, Ignacio y MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de: *Instituciones del derecho civil de Castilla*, 6ª ed., Madrid 1805 186.

179 GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Los Códigos* (supra n. 114), 503; MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo: *Diccionario de la administración española, peninsular y ultramarina...*, 2ª edic., IX, Madrid 1869, 20; NAVARRO AMANDI, Mario: *Código Civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo...*, Madrid 1880, 335-336.

180 En las Partidas el mandante viene designado como el mandador (Part. 5.12.24), como aquel «que manda» (Part. 5.12.22), como aquel «que manda facer la cosa» (Part. 5.12.22) o «que fizo el mandamiento» (Part. 5.12.21); el mandatario es designado como aquel «a quien manda facer la cosa» (Part. 5.12.20) o aquel que recibe «el mandamiento» (Part. 5.12.20) o «mandado» (Part. 5.12.21).

Constitución. El mandato según las Partidas se puede contituir entre presentes o entre ausentes, de palabra, por escrito o por mensajero, condicionado o incondicionado, limitado o ilimitado en su duración¹⁸¹. No requiere una fórmula especial, sino que puede expresarse con palabras como «ruego, mando, quiero, o por otras semejantes dellas, porque se pueda entender que el que faze el mandamiento lo faze con entencion de se obligar»¹⁸². El mandato para actuar en juicio puede hacerse de palabra o en documento, cumpliendo determinadas formalidades¹⁸³. La gestión de negocios sin mandato y posterior ratificación produce los mismos efectos que el mandato¹⁸⁴.

Contenido. Según la doctrina, ya conocida, el mandato tiene que versar sobre una cosa lícita. Si se trata de algo ilícito, mandante y mandatario están obligados frente al tercero perjudicado, pero no entre sí¹⁸⁵. Siguiendo a las fuentes romanas se considera como ilícito el mandato de dar a barragana o cualquier otra mujer, vestidos, joyas y otras cosas y caso de cumplir dicho mandato el mandatario no podrá exigir indemnización por daños o resarcirse por lo gastado, si el mandante es menor de 25 años, porque se trata de una «cosa desaguisada e mala»¹⁸⁶.

181 Partidas 5.12.24: «Los mandamientos... puedense fazer estando delante los que mandan fazer la cosa. e los que reciben el mandado. E aun se pueden fazer por cartas, o por mensajeros ciertos, maguer non esten delante los que mandan fazer la cosa, nin los que reciben el mandamiento. E puedense fazer a día cierto o so condición» Coincide básicamente con D.17.1.1.3 e Inst. 3.26.12. Cf. NAVARRO AMANDI, M.: *Código* (supra n. 179), 337.

182 Partidas 5.12.24: «E estos mandamientos... se pueden fazer por tales palabras, diziendo un ome a otro ruego, o mando, o quiero, que des tantos maravedis, o que fagades tal cosa, o que me fiedes. Por qualquier de tales palabras como estas, o por otras semejantes dellas, porque se puede entender que el que faze el mandamiento lo faze con entencion de se obligar». Coincide básicamente con D.17.1.1.2.

183 Partidas 3.5.13-18.

184 Partidas 5.12.26-36.

185 Partidas 5.12.25. Cf. supra notas 73 y 144.

186 Partidas 5.12.25: «Otro si decimos que si alguno que fuesse menor de veynte e cinco años, madasse a otro, qualquier que fuesse, que entrasse fiador a alguna barragana, o a otra alguna mala muger, con que oviessse que ver que le diesse de vestir, o otras joyas algunas, o otra cosa qualquier, maguer este a quien lo mandasse fazer, despendiessse por tal mandado alguna cosa, non seria el otro tenuto de gelo fazer cobrar, si non quisiere, porque tal despensa es fecha a daño del menor, e sobre cosa desaguisada e mala». Coincide básicamente con D.17.1.12.11 y D. 17.1.2.1.

Las Partidas recogen fielmente la doctrina romana en lo relativo a los cinco tipos de mandato: en beneficio del mandante¹⁸⁷, de un tercero¹⁸⁸, del mandante y de un tercero¹⁸⁹, del mandante y del mandatario¹⁹⁰ y del mandatario y un tercero¹⁹¹. El mandato en favor sólo del mandatario se considera consejo y no mandato y no obliga a responder a no ser que se haga dolosamente, por engaño¹⁹².

El mandatario o personero. El mandatario puede ser constituido para actuar en la esfera judicial o extrajudicial. Puede nombrar personero el mayor de 25 años¹⁹³, que no esté sujeto a patria potestad o curatela y sea libre. Los menores de dicha edad pueden nombrar procurador sobre peculio castrense o cuasicastrense; los estudiantes y peregrinos, cuando el padre está ausente; y el demandado como siervo, si ha vivido como libre; en los demás casos se necesitará la concurrencia del guardador para nombrar personero¹⁹⁴.

No se puede nombrar mandatario en pleito criminal en que pueda haber condena a muerte, pérdida de miembro o destierro¹⁹⁵. Por el contrario, no pueden actuar por sí mismos, sino que tienen que nombrar un personero, el rey y su hijo, los obispos, los ricos hombres y señores de caballeros, los maestros o grandes comendadores de Órdenes y los concejos¹⁹⁶.

No pueden ser personeros los siguientes sujetos: 1) el menor de 25 años, si se trata de actuar en juicio, y el menor de 17, si se refiere a asuntos extrajudiciales¹⁹⁷; 2) el loco, desmemoriado, mudo y sordo total; 3) el acusado de un delito; 4) la mujer, a no ser que se refiera a parientes en causa de servidumbre o de muerte¹⁹⁸; 5) el religioso y el subdiácono, a no

187 Partidas 5.12.20. Coincide básicamente con D.17.1.2.1 e Inst. 3.26.1.

188 Partidas 5.12.21. Coincide básicamente con D.17.1.2.2 e Inst. 3.26.3.

189 Partidas 5.12.21.

190 Partidas 5.12.22. Coincide básicamente con D.17.1.2.4 e Inst. 3.26.2.

191 Partidas 5.12.22. Coincide básicamente con D.17.1.2.5 e Inst. 3.26.5.

192 Partidas 5.12.23. Coincide básicamente con D.17.1.26 e Inst. 3.26.6.

193 En Fuero Real 1.10.9 se dice 16 años para asuntos extrajudiciales.

194 Partidas 3.5.1-4.

195 Fuero Real 1.10.2 y 1.10.7; Partidas 3.5.12.

196 Fuero Real 1.10.3; Partidas 3.5.11.

197 Partidas 3.5.19.

198 La versión del Fuero Real de Briviesca añade el caso de que sea tutora de sus hijos. Cf. Fuero Real 1.10.4: SANZ GARCÍA, Juan: *El Fuero de Briviesca y el Fuero Real*, Burgos 1927, 104.

ser en causas religiosas; 6) el siervo, exceptuados los del rey; 7) los caballeros en servicio y oficiales reales mayores, mandaderos del rey o del concejo y en general las personas poderosas, que podrían deshacer el equilibrio entre las partes, a no ser en pleitos del rey, viudas, huérfanos o personas miserables¹⁹⁹.

Se puede constituir personero por ley o voluntariamente. En el primer caso está el marido con respecto a su mujer, los parientes hasta el cuarto grado, el parentesco legal, por aforramiento y en caso de comuneros²⁰⁰.

Conviene llamar la atención sobre la evolución seguida con respecto a la presencia de personeros en juicios. En un principio sólo por gracia especial se concedía que uno pudiera comparecer en juicio civil por otro, salvo algunas excepciones; posteriormente estas excepciones se fueron convirtiendo poco a poco en regla general, hasta el punto de que en vísperas de la codificación la presencia de las partes en juicio sólo se permitía a vecinos y en los tribunales inferiores.

Los personeros judiciales no pueden delegar a otro hasta que no se haya iniciado el pleito (a no ser que se le hubiere concedido otra cosa en el poder), mientras los extrajudiciales pueden libremente nombrar sustituto²⁰¹.

Deberes y derechos del personero. En cuanto a las obligaciones del mandatario o personero, éste tiene que cumplir el mandato bien y lealmente, de acuerdo con los poderes conferidos; si se extralimita, su actuación es inválida²⁰².

El mandatario responde de su actuación por dolo o culpa²⁰³ y según Gregorio López incluso por culpa levísima²⁰⁴.

Debe dar cuenta de su gestión y ceder al mandante todas las acciones que haya obtenido frente a terceros²⁰⁵.

199 Fuero Real 1.10.16; Partidas 3.5.5-9.

200 Partidas 3.5.10; Fuero Real 1.10.5.

201 Partidas 3.5.19. Cf. supra nota 150.

202 Fuero Real 1.10.11 y 13; Partidas 3.5.19; Part. 5.12.20 y Part. 5.12.21. Cf. sin embargo notas 16, 79 y 149.

203 Fuero Real 1.10.10 y 17; Partidas 3.5.26, 5.12.20-21.

204 Glosa *De omni culpa* a Partidas 5.12.20 s. v. *Por su culpa*: «De omni culpa, intellige etiam levissima quando mandatum requirit rex actissimam industriam...» *Las Siete Partidas* (supra n. 172), 79. Cf. supra notas 17-18, 83, 152-153. Cf. NAVARRO AMANDI, M.: *Código* (supra n. 179), 339-341.

205 Partidas 5.12.21 y 3.5.25-26.

Tiene derecho a que se le resarzan los gastos que haya hecho en la ejecución del mandato, pero no de los pagos efectuados por equivocación²⁰⁶.

El mandatario está dispensado de cumplir sus obligaciones en los siguientes casos: enfermedad grave, enemistad grave entre contrayentes, desorden en los negocios del mandante después de constituido el mandato, impedimentos que pueden originarse después y averiguación de algo que de haberlo conocido el mandante podía haber cambiado el contenido del mandato.

Obligaciones del mandante. El mandante, por su parte, tiene que responder de los gastos que haya hecho el mandatario²⁰⁷, así como de la fianza, cuando hubiere ordenado al mandatario que saliera fiador de un tercero²⁰⁸.

Extinción del mandato. Según Fuero Real 1.10.18 y Partidas 3.5.23-24 el mandato se puede extinguir:

1) Por muerte natural o civil del mandante, antes de que el mandatario inicie su gestión. Se cuestionó si los poderes otorgados por las comunidades religiosas para la administración de sus bienes caducaron al ser éstas suprimidas; la sentencia del 20 de junio de 1863 declaró que quedaban sin efecto desde su supresión, no siendo posible reconocer personalidad a nombre de dichas corporaciones en el apoderado nombrado antes de su supresión²⁰⁹.

2) Por muerte del personero antes de comenzar su gestión; si muere, una vez iniciada la gestión, ésta podrá ser terminada por sus herederos.

3) Por conclusión de la gestión; se puede plantear apelación, pero no proseguirla sin nuevo mandato.

4) Por revocación; antes de iniciarse el pleito el mandante puede revocar libremente el mandato por cualquier motivo y sin dar explicación; después de iniciado sólo puede hacerlo si el procurador está enfermo, preso, ha ido en romería o se ha convertido en enemigo suyo²¹⁰.

206 Fuero Real 1.10.7; Partidas 3.5.25-6.

207 Partidas 5.12.20 y Part. 5.12.25; Fuero Real 1.10.17.

208 Partidas 5.12.13.

209 GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, IV, 2ª edic. Madrid 1871, p. 551.

210 Fuero Real 1.10.12 únicamente exige que le comunique al alcalde la revocación.

5) Por renuncia del personero, fundada en las mismas causas que la revocación y comunicándoselo al mandante²¹¹.

Representación directa e indirecta. ¿Qué tipo de relaciones existen entre el mandante y el mandatario y entre éstos y un tercero? ¿Se admitió la representación directa o la indirecta? En Partidas 5.11.7-10 se admite el principio romano «alteri stipulari nemo potest» de acuerdo con la interpretación del Derecho común, es decir, no se admite la representación directa; por ello el personero tiene que dar fianza de cumplir lo que determine la sentencia o que el poderdante salga «fiador de cumplir e de pagar todo lo que en el pleyto fuesse judgado. Ca estonce non le deven demandar otra fiadura». No obstante se ha tratado de restringir la aplicación del principio, aumentando en cierto modo el número de excepciones, como ha puesto de relieve Arias Bonet²¹². Entre las excepciones al principio romano se incluyen: 1) los juzgadores y escribanos, ya que los terceros se encuentran bajo el poder y guarda de estos oficiales, los cuales además son «como siervos publicos del Concejo do viven»²¹³; 2) estipulaciones en favor del acreedor, sin posibilidad de acción por parte del tercero, tal como se había recogido en Lo Codi, la Summa de Azón, etc.; 3) admite un reconocimiento general de la validez de la *stipulatio alteri* realizada por el personero siempre que el contrato tenga lugar dentro de los límites de la personería; el mandante podrá ejercer la acción, si se la cede el personero; en caso contrario podrá obligarle a que se la ceda, para poder estar legitimado frente a tercero.

¿Esta regulación de las Partidas fue derogada por el Ordenamiento de Alcalá cuando establece que la obligación es válida, aunque no se hayan cumplido las formalidades o si la obligación se contrajo frente a «otra persona privada en nombre de otro entre absentes»?²¹⁴.

211 Fuero Real 1.10.10.

212 ARIAS BONET, J.: «Estipulaciones» (supra n. 137) 245-248.

213 En las Partidas aparece ya la transformación del *servus publicus* en escribano, lo mismo que en la glosa se había transformado en *notarius*. El texto del D.46.6.2 que sirvió de base para la transformación explica que se añadan «los juzgadores».

214 Ordenamiento de Alcalá 29: «Paresciendo que se quiso alguno obligar a otro por promysion o por algun contracto o en otra manera, sea tenuto a aquellos a quien se obligó et non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha stipulacion, que quier decir prometimiento con çierta solemnitad del derecho, e que fue fecha la obligacion o el contracto entre absentes, o que fue fecha a escrivano publico o a otra persona privada en nonbre de otro

La postura de los juristas hispanos no fue unánime y el peso de la tradición iuscomunitaria era muy fuerte para apartarse de ella. El autor de las glosas incunables al Ordenamiento de Alcalá mantiene que el problema es discutido y él mantiene que con esta disposición se reforma la doctrina del *Ius Commune* y se concede no una acción útil, sino una acción directa: «sed hodie per legem istam acquiratur ei stipulatio, ergo dicamus idem in actione, cum de animo obligandi constet, quod nota, et sic circa istum passum dicamus etiam illa iura esse correcta per istam legem et vidi consuli a quodam»²¹⁵.

Diego Pérez de Salamanca, comenta extensamente el pasaje citado (que transcribe porque según él difiere del texto incluido en las Ordenanzas reales) e indica que los juristas discutían si de dicha obligación surgía una acción civil o sólo se trataba de una obligación natural. En el primer supuesto, nuevamente discutían si se trataba de una acción directa o una acción útil. Aunque ya Bártolo admitía en casos similares de estatutos italianos la concesión de una acción directa, la mayoría de los autores mantenían que sólo se trataba de una acción útil, con lo que la disposición de Alcalá no derogaba la disposición de Partidas 5.11.7²¹⁶. Autores como Gómez y Covarrubias insistían que el principio romano permitía la existencia de un *pactum nudum*, pacto que según el derecho canónico y el derecho

entre absentes, o que se obligó a uno de dar o de fazer alguna cosa a otro; mas que sea baledera la obligaçion o el contracto que fueren fechos en qual quier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro o fazer contracto con él». Cf. *Cortes* (supra n. 172), 514.

215 C. f. 22v, gl. *alguna cosa*. Un ejemplar de dichas glosas se contiene en el Incunable 2535 de la Biblioteca Nacional de Madrid. Aunque en una ocasión determinada propuse como autor de estas glosas a Rodrigo Sánchez de Arévalo, posteriormente me he inclinado por Juan Arias Dávila. cf. PÉREZ MARTÍN, Antonio: «Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá. Su edición y estudio», *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main 1982, 245-292 y «Glosas medievales a textos jurídicos hispánicos: inventario y tipos», *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, nr. 14-15 (1989-90) 17-35.

216 *Ordenanças reales de Castilla, por las cuales primeramente se han de librar y juzgar todos los pleytos civiles y criminales, nuevamente glossadas y enmendadas en el texto, con las aplicaciones de los fueros de Aragón y Ordenanças de Portugal, por el doctor Diego Pérez de Salamanca*, Salmanticae, col. 1040-1064.

castellano era válido y daba origen a una *actio*, pero no reconocían que el tercero o el representante adquirieran sin más una acción directa²¹⁷.

En vísperas de la codificación no se había logrado todavía una solución doctrinal al problema de la representación. Benito Gutiérrez concibe dos tipos de mandatario, uno equivalente al nuncio, es un «agente intermedio, *nudus minister*, por lo que los actos verificados con un tercero no reflejan sobre él, ni es un verdadero responsable»; el segundo tipo es cuando el mandatario obra «en nombre propio, que es la manera más común sobre todo en asuntos de comercio; y entonces no es un mero intermediario, sino que contrae con el tercero obligaciones directas, sin perjuicio de las que le ligan con el mandante»²¹⁸. En una sentencia del 26 de junio de 1867 se afirmó expresamente que el mandante respondía de los actos del mandatario, sin entrar en la cuestión doctrinal de si se trataba de una responsabilidad directa o indirecta²¹⁹.

C. DERECHO ARAGONÉS

La doctrina sobre el mandato referida a Castilla que acabamos de ver puede aplicarse en líneas generales a los demás territorios hispánicos, con algunas particularidades que pasamos a examinar.

En las fuentes jurídicas aragonesas hay escasas referencias a las instituciones que estamos considerando²²⁰.

Con respecto al mandato referido a algo ilícito, Vidal Mayor 5.5.2-14 admite excepcionalmente en determinados casos la *antoría* en el caso de

217 Cf. textos citados por MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), p. 74 n. 4; PADOA-SCHIOPPA, A.: «Sul principio» (supra n. 137), 128; COING, H.: *Europäisches* (supra n. 2), I, 425.

218 GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos* (supra n. 209), 539-540.

219 Citada por MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario* (supra n. 179) 20.

220 Se contienen básicamente en las siguientes fuentes: TILANDER, Gunnar: *Vidal Mayor. Traducción aragonesa de la obra In excelsis Dei thesauris de Vidal de Canellas*, I-III. Lund 1956; PÉREZ MARTÍN, Antonio: *Fori Aragonum vom Codex von Huesca (1247) bis zur Reform Philipps II (1547)*.., Vaduz 1979; MOLINO, Miguel de: *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum*, Zaragoza 1513; DIESTE Y JIMÉNEZ, Manuel: *Diccionario del derecho civil aragonés*, Madrid 1869, 380-384; JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO.

mandato sobre algo ilícito²²¹, mientras se niega en general en los fueros²²². Una postura similar a la de los fueros mantiene Pérez de Salanova en sus Observancias²²³, cuya postura es recogida en las Observancias de Jaime de Hospital²²⁴ y en las de Díaz de Aux²²⁵. Pérez de Patos al glosar el fuero en

I. y MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. de: *Instituciones* (supra n. 178); BLAS Y MELENDO, Andrés: *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Zaragoza 1898, 424-430; ISABAL Y BADA, Marceliano: *Exposición y comentario... del cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del reino de Aragón» derogado por el vigente Apéndice al Código Civil Español*, Zaragoza 1926, 573-576.

221 «Empero por tal que en este caso del dreito non reciba tuerto ninguno, esta sentencia deve ser assi entendida que, si por aventura aqueill qui fizo aqueill mal ha razón que se pueda provar, puede nonpnar en iuditio ad aquel de qui ovo mandamiento, et nonpnado aqueill antor, es assaber mandador, deve ser excusado en iuditio, et esto puede ser monstrado por tal exyemplo...» Cf. TILANDER, G.: *Vidal Mayor* (supra n. 220), 332-334. A continuación del texto citado Vidal trata de las consecuencias jurídicas del consejo.

222 «Cum quis accusator de preda, aut furto, et alius qui non sit ingenuus, opponit se dicens, quod de mandato suo ipse predo, vel raptor, aut latro, illud malum commisit. Secundum forum antoria illa, quam facit super predone, aut latronem valere non potest». Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220), 61. Ello podría confirmar mi tesis de que el estadio del texto del Vidal Mayor representa un estadio evolutivo anterior al representado por el texto conservado de los fueros. Cf. Antonio PÉREZ MARTÍN: «El estudio de la recepción del Derecho Común en España», en CERDÁ y RUIZ-FUNES y SALVADOR CODERCH, Pablo: *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra 1985, 304-310 y «La primera codificación oficial de los fueros aragoneses: las dos compilaciones de Vidal de Canellas», *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo* 2 (1989-90) 9-80 (esp. 37-41).

223 «Observatur quod si quis acusatur de preda vel de furto aut alio maleficio et si aliquis infancion dicat de mandato illud fecit, quod talis actoris non valet sicut quilibet alius qui talem actorem fecerit non valeret»: MS 248 del Archivo de la Catedral de Tortosa, f. 86v. Sobre estas glosas Cf. PÉREZ MARTÍN, Antonio: «El estudio de la recepción del derecho común en España», en: CERDA Y RUIZ-FUNES, Joaquín y SALVADOR CODERCH, Pablo: *I Seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra 1985, 300-302.

224 «De foro et usu regni observatur quod si quis accusetur de preda, furto aut alio maleficio, et aliquis infancio dicat quod de mandato suo fecit, talis antoria non valet, sicut quilibet alius qui non esset infancio talem antoriam facere non valeret. Ratio huius est quia in maleficiis non est locus antoriae ut hic, licet non minus puniatur malefactor dicendo sibi alium mandasse, quia uterque tenetur...» Cf. MARTÍNEZ DÍEZ, G.: *Observancias* (supra n. 220), 151.

cuestión distingue según se trate de un mandatario que esté o no bajo la potestad del mandante: el mandante responde siempre, mientras el mandatario sólo responde cuando no está sometido a la potestad del mandante²²⁶. Martín de Pertusa en sus glosas al pasaje citado sostiene que no nace obligación para el mandante, ya que se trata de algo contrario a las buenas costumbres²²⁷.

Con respecto a la gestión de negocios sin mandato, Díaz de Aux mantiene que en Aragón no existe ratificación en los juicios y arbitrajes, si bien lo hecho por la mujer puede ser ratificado por su marido²²⁸. Esta disposición, como observa Martín de Pertusa, fue derogada por los fueros de 1461 de *ratihabitione*²²⁹.

El procurador debe ser constituido ante juez y buenos hombres o en documento público, con todos los requisitos formales. Por lo que se refiere a quiénes pueden ser nombrados procuradores, aunque Vidal 1.43.16 mantiene que la mujer no puede ser procuradora²³⁰, las Observancias admiten

225 «De consuetudine regni, si quis accusetur de praeda, furto vel maleficio, et aliquis infantio dicat, quod de mandato suo fecit, talis antoria non valet, sicut quilibet alius qui non esset infantio, talem antoriam facere non valeret». Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220), 672.

226 «Idem dicitur si homo meus mandato meo committit aliquod malum ego videor comisisse.... Licet maleficiis de foro et usu regni hodie antoria locum non habeat...» Qui de mandato alterius committit maleficium non excusatur malefactor nisi super eum dominium habeat mandans et e contra non potest alium eo quod mandato eius fecerit nisi possit ei imperare». Cf. PÉREZ MARTÍN, Antonio: *Las glosas de Pérez de Patos a los Fueros de Aragón. Estudio introductorio y edición del manuscrito 13408 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, Zaragoza 1993, 326-237.

227 Glosa *Nec obligat* a Fori 4.1.1 s. v. *aut latronem*: «Nec obligat mandantem, quia contra bonos mores mandatum facit...» Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220), 61.

228 «De consuetudine regni non habemus ratihabitionem in iudiciis nec in arbitris. Sed gesta per uxorem in iudicio possunt haberi rata per eius virum». Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220), 672.

229 «Hodie est forus unicus de ratihabitione in foris Calataiubii, ubi vide quando locum habeat et fieri posit in iudiciis». Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220), 672. Cf. p. 586.

230 «La muller en ningún caso deve aver offitio de procurador o de vozería». Cf. TILANDER, G.: *Vidal Mayor* (supra n. 220), 52.

que lo sea y pueda nombrar procuradores, lo mismo que el marido²³¹. La infanzona puede nombrar procurador para que jure por ella²³².

Pérez de Patos mantiene que aunque según el derecho romano el reo no puede intervenir en las causas criminales por medio de un procurador, en Aragón, por derecho consuetudinario, sí puede hacerlo, tanto el reo como el actor, cuando estén enfermos o heridos²³³; las Observancias adoptan una postura similar²³⁴.

Con respecto a la revocación del mandato, el procurador no se entiende revocado en su procuradoría por la mera comparecencia del principal, a no ser que éste lo diga expresamente²³⁵. Se le puede revocar sólo antes de la conclusión de la causa²³⁶. Pérez de Salanova afirma que la revocación

231 «Item vir si constituat uxorem procuratricem et ex post uxor conveniat aliquem vel conveniat et nomine proprio constituat et ut procuratrix viri substituat procuratorem. Licet assensus viri sui non intervenerit bene valet quicquid actum est cum tali procuratore constituto et substituto, quia assensus viri intervenisse videtur». Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220), 646.

232 «Tamen infantiona propter talem demandam non tenetur venire ad concilium, nec ante iustitiam, nisi voluerit; sed stando in ecclesia mittet procuratorem, advocatum vel nuncium suum qui iuret pro ea super anima infantione». Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220) 29.

233 «Nota quod in causa criminali non potest intervenire procurator ex parte actoris et ut rey... Sed de consuetudine regni admittitur ex parte actoris quando est infirmus, vel vulneratus, alias actoris et rey eque debet esse conditio, nec debet licere actori quod reo non liceat...». Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Las Glosas* (supra n. 226), 109.

234 «Nota quod in causis criminalibus, actor potest constituere procuratorem, si veniat pena talionis, sed reus habet personaliter interesse cum criminaliter agit contra eum..... De usu regni reus accusatus criminaliter existens captus, potest de auctoritate iudicis cause, procuratorem ad litem constituere, ita tamen quod in litis contestatione et in publicatione testium et in prolatione sententie, ipse accusatus sit presens...». Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220), 644 y 645. Jaime de Hospital trata con bastante detalle este tema en las *Quaestiones iuris*. Cf. MARTÍNEZ DÍEZ, G.: *Observancias* (supra, n. 220), 36-38.

235 «Ideo statuimus quod de cetero per comparitionem et enantamentum principalis factam et factum in iudicio procuratores revocari non censeantur, etiam si dicta protestatio per principalem facta non fuerit, ymo processus et actitata per talem procuratorem valeant et remaneant in sui roboris firmitate». Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220), 174.

236 «Item procurator et substituti ab eo, possunt ante litem constestatam et post a domino revocare usque ad conclusionem cause. Sed postea non...» Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220), 644.

puede hacerse ante el juez incluso después de la contestación de la litis, inscribiéndola en el libro de la Curia²³⁷. Martín de Pertusa se plantea el problema de si se puede revocar al procurador a quien se juró no revocar o con pacto de no revocarlo y responde afirmativamente, de acuerdo con la doctrina del Derecho Común²³⁸.

Según las Observancias de Pérez de Salanova, el procurador no puede renunciar, una vez que ha empezado a actuar²³⁹. Según las Observancias de Jaime de Hospital²⁴⁰ y de Díaz de Aux²⁴¹ si el procurador renuncia y no comparece otro en su lugar, el mandante será reputado contumaz por haber elegido a tal procurador. Pérez de Patos dice que hay que citar antes al

237 «Si vis revocare procuratores, et times de eis, vade coram iudice et revoca eos omnes in generali, et facias hos scribi in libro curie». Cf. MS 248 del Archivo Capitular de Tortosa (cf. supra n. 223), f. 76r. Una postura similar adopta Vidal 1.43. Cf. TILANDER, G.: *Vidal Mayor* (supra n. 220), 51-52.

238 Cf. glosa *Quid si iuravi* a Observancias 1.7.5 s. v. *se revocatum*: «Quid si iuravi procuratorem non revocare, valet revocatio ut vult glossa... Et si fit pactum cum procuratore de non revocando, valet revocatio... Quid de procuratore constituto in contractu comande vel censuali ex pacto ad confitendum etc. an possit revocari, die quod non quia videtur constitutus in rem propriam et sic est irrevocabilis...» Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220), 645.

239 «Procurator postquam semel fuerit usus procuratorio, non potest postea renunciare, set antea potest, quia mandatum voluntarium est. Set susceptum est necessarium adimplere». Cf. MS 248 del Archivo Capitular de Tortosa (supra n. 223), f. 76r.

240 «Item procurator ante litem contestatam et post potest renunciare procuracionem lite pendente; sed ille cuius est procurator reputabitur contumax et procedetur contra eum ut contumacem, nisi alius compareat procurator, quia ratione dictae renunciacionis non citaretur dominus litis, sed reputabitur contumax, ut dictum est, et imputetur sibi quia talem procuratorem elegit dominus aliquis». Cf. MARTÍNEZ DÍEZ, G.: *Observancias* (supra n. 220), 34.

241 «Item procurator ante litem contestatam et post, potest renunciare procuracioni lite pendente; sed ille cuius est procurator, reputabitur contumax, et procedetur contra eum, ut contra contumacem, nisi alius compareat procurator; quia ratione dicte renunciacionis, non citaretur dominus litis, sed reputabitur contumax ut est dictum et imputet sibi dominus, quia talem procuratorem elegit. Idem in procuratore dicente se nolle facere partem, vel dicente se revocatum postquam fecerat partem». Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Fori Aragonum* (supra n. 220), 645.

mandante para que pueda purgar la contumacia y sólo entonces, si no comparece, se le puede castigar como contumaz²⁴².

D. DERECHO CATALÁN

El derecho catalán general no tiene disposiciones especiales sobre la institución del mandato, siendo aplicables directamente las del derecho romano²⁴³. Lo mismo cabe decir de las Costumbres de Tortosa, que aunque dediquen dos títulos a esta materia (4.19 *de mandato* y 2.9 *de procuratoribus*) se limitan a reproducir las disposiciones romanas: se refieren principalmente al mandato judicial, responsabilidad por culpa levísima, mandato especial para enajenación de bienes, etc.²⁴⁴

Aunque Jaime Callis comentando el Usatge *Omnes homines* dice que el mandato según el Derecho Común es gratuito y voluntario y según los Usatges puede ser coactivo y necesario, equivaliendo al *iussu*²⁴⁵, sin embar-

242 «Se pone quod procurator est contumax, punietur ipse, vel dominus. Puta quod non comparuit sicut debet. Dicas quod a principio procurator puniendus est...Et cum procurator contumax est, citandus est dominus ut purget contumaciam procuratoris, quod nisi fecerit purgaverit contumaciam suam et tanquam contumax punietur..» Cf. PÉREZ MARTÍN, A.: *Las Glosas* (supra n. 226), 111-112.

243 Disposiciones sobre salarios de procuradores, que el acuerdo esté recogido en escritura pública (Cortes de Montblanch de 1333) y limitadas a tres anualidades pasadas y vencidas (Cortes de Barcelona de 1564) cf. en PONS GURI, J. M. y SANDALINAS FLORENZA, V.: *Constituciones y otros derechos de Cataluña*, Barcelona 1952, 112 y 114.

244 Cf. FOGUET, Ramón y FOGUET MARSAL, José: *Código de las Costumbres escritas de Tortosa a doble texto, traducido al castellano del más auténtico ejemplar catalán*, Tortosa 1912, 109-118 y 230-231; OLIVER, Bienvenido: *Historia del derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*, III, Madrid 1879, 178-181 y 460-466; AUNOS PÉREZ, Antonio: *El derecho catalán en el siglo XIII*, Barcelona 1926, 84-85.

245 «Mandatam de iure communi debet esse gratuitum et voluntarium, sed de iure usaticorum potest etiam esse necessarium et coactivum ut hic, vel die quod hic sumitur mandatam pro iussu, ut in § Lex autem, Institutionibus, de aquilia tutore [Inst.¿?] et lege 1, Digesto, quod iussu [D.15.4.1] cum ibi notatis et haec plus placet mihi». Cf. *Antiquiores barchinonensium leges, quas vulgus Usaticos appellat, cum commentariis supremorum iurisconsultorum Iacobi a Monte Iudaico, Iacobi et Guilelmi a Vallesicca et Iacobi Calicii cum indice copiosissimo non antea excussae*, Barchinonae 1544, f. 40r.

go se puede concluir que en líneas generales la regulación de esta institución en Cataluña fue similar a la castellana, por basarse en ambos casos en las normas romanas²⁴⁶.

E. DERECHO VALENCIANO

Algo similar se puede decir con respecto a Valencia, cuyas disposiciones relativas al mandato se contienen en el título 23 (*de procuratoribus*) y en el título 69 (*mandati*) de los Furs, así como en las glosas a dichos textos²⁴⁷.

Las disposiciones forales se limitan generalmente a reproducir disposiciones romanas, guardando en muchos casos una correspondencia literal con las disposiciones paralelas de las Costumbres de Tortosa. La principal particularidad que ofrecen es que para ser procurador no se exige la edad de 25 años sino la de 20.

Las glosas a los fueros se mueven completamente dentro de la cultura del derecho común y el tema que tratan más detenidamente es si se puede intervenir o no por procurador en las causas criminales²⁴⁸.

En conclusión, se puede afirmar que en vísperas de la codificación la práctica y la teoría con respecto al mandato era en todo España muy similar. Se basaba fundamentalmente en las fuentes romanas, interpretadas por el *Ius Commune*, utilizadas bien directamente o a través de las recopilaciones hechas en cada territorio.

246 A esta conclusión llegó Gómez de la Serna en un estudio comparativo entre el derecho catalán y castellano, citado en *Biblioteca Judicial, Legislación Foral de España, Derecho civil vigente en Cataluña*, Madrid 1888, 103.

247 DUALDE SERRANO, Manuel: *Fori antiqui Valentiae*, Madrid-Valencia 1950-1967, 34-39 y 106-109; COLÓN, Germá y GARCÍA, Arcadi: *Furs de Valencia*, II, Barcelona 1974, 180-209.

248 Sobre la ubicación de dichas glosas, todavía inéditas, cf. PÉREZ MARTÍN, A.: «El estudio» (supra n. 223), 316-318.

V. CODIFICACIÓN

La Codificación recoge en líneas generales la doctrina del *ius commune*, manteniendo unidas la representación y el mandato²⁴⁹. Resuelven de manera distinta si el mandatario tiene que realizar la gestión por sí mismo (así, v. gr. el *Allgemeines Landrecht* prusiano y el Derecho de obligaciones suizo) o si puede nombrar ayudantes o substitutos, en cuyo caso él responde de sus actuaciones.

Las notas principales de la configuración del mandato en la época de la codificación e inmediatamente después son: la exclusión de la gratuidad como nota esencial del mandato y la separación entre el mandato en la esfera civil y en la procesal y, en la esfera civil, la separación entre el mandato y la representación.

Con la primera se daba fin a un proceso que se había iniciado ya en el Bajo Imperio. Ya vimos que aunque el derecho romano consideraba la gratuidad como una nota esencial del mandato, y de acuerdo con esto distinguía el mandato del arrendamiento de servicios, sin embargo sabemos que el mismo derecho romano ya admitió la retribución.

En el BGB alemán el mandato es gratuito; cuando no lo es constituye un contrato distinto: el contrato de mandato retribuido (§ 675, *Geschäftsbesorgungsvertrag*). Según el art. 1711 de nuestro Código Civil, el mandato puede ser gratuito o retribuido, presumiéndose que es gratuito cuando no hay pacto expreso en contrario y retribuido cuando el mandatario tiene por profesión el desempeño de esos servicios. Es evidente que a partir de ese momento ya no se podía seguir manteniendo la gratuidad como nota esencial del mandato, ni tampoco que la gratuidad era la base para distinguirlo del contrato de arrendamiento de servicios.

Esto explica el hecho de que la mayoría de los civilistas de fines del siglo pasado y principios del presente mantuvieran que la esencia del mandato no radicaba en la gratuidad sino en la representación.

Pero a esta conclusión no se llegó sin dificultades. Presupuesto necesario para ello fue la elaboración dogmática de la teoría de la representación directa, a la que se llegó mediante un proceso largo y difícil en el que se

249 Code civil francés, art. 1984 s.; ABGB austríaco, § 1002; ALR prusiano, I, 13 §§ 5 ss. De alguna manera también presuponen esta concepción los códigos italiano y español.

pueden distinguir diversos estarios²⁵⁰. Ya vimos cómo la recepción del Derecho romano prolonga la postura romana de negar la representación directa y admitir sólo la indirecta.

Esta misma postura mantuvieron los humanistas en su afán de volver a las fuentes romanas según su sentido originario. Mantienen la vigencia del principio romano, defendiendo que la obligación sólo puede surgir entre las partes intervinientes y que el contrato en favor de terceros es contrario a la esencia de la estipulación, concluyendo de este modo en una postura básicamente similar a la de los glosadores y comentaristas. Su aportación no significó en este punto un avance, si bien es verdad que elaboraron concepciones, que podrían haberles llevado a la negación de la prohibición romana del *alteri stipulari*, pero su apego a los textos romanos les impidió sacar dicha consecuencia.

Una consideración aparte merece Francisco Hotomano, quien defendió la tesis de Mantín de Gosia, manteniendo que el principio romano se refiere sólo a la adquisición de la acción directa, no a la adquisición de una acción útil y, alegando la *aequitas*, convierte las excepciones en regla²⁵¹.

La llamada jurisprudencia elegante de la Escuela Holandesa, por influencia de la doctrina española, va a significar un cambio importante. Un grupo importante de juristas holandeses (Wiessenbach, Huber, Simon van Leeuwen, Simon van Groenewegen, Voet, etc.) estima que el principio romano está anticuado y en desacuerdo con las necesidades de la expansión económica holandesa, expresada en los *mores hodierni*. Simon van Leeuwen, partiendo de la *actio exercitoria* y de la *actio institoria* llega a poner al representado en el puesto del representante, convirtiéndolo en la figura

250 EVERDING, Karl Friedrich: *Die dogmengeschichtliche Entwicklung im 19. Jahrhundert* (tesis doctoral, Münster 1951).

251 «Regula iuris est, ut alterius conventio alteri non prosit; quae regula in extraneis adeo vera est, ut ne procurator quidem suo contractu acquirere domino actionem possit; quamquam adversari multa videntur. Nam Bulgarus quidem, et Johannes et Accursius eosque secuti ceteri existimant eius regulae tantum exceptiones esse. Sed ego Martini sententiam probabiliorum esse arbitror, ut regula de stricto iure, directisque actionibus: loci autem multi alii de bono et aequo, utilibusque actionibus intelligantur. Quod enim Accursius ait, parum interesse, utrum quis directa an utili experiatur. Ubi autem iure communi deficiente succedit aequitas, ibi utilem actionem concedi potest». Citado por MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 96. Cf. también BAUER, H.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 26-48.

central de origen y destino de acciones útiles; las acciones directas corresponden todavía al representante²⁵².

El cambio verdaderamente significativo tiene lugar con los iusnaturalistas, al substituir el criterio de autoridad mantenido hasta ahora, por el de la razón. Hugo Grocio es el primero que declara la incompatibilidad de la prohibición romana del *alteri stipulari* con un orden jurídico natural, poniendo el acento en la esfera subjetiva y distinguiendo la representación directa del contrato en favor de terceros. Su línea de pensamiento fue continuada por S. Puffendorf, C. Thomasio, Werner y C. Wolff²⁵³, quienes negaron la validez del principio romano y construyeron las instituciones de la representación directa y de los contratos en favor de terceros; no obstante éstos exigían todavía el consentimiento del tercero y en la representación no distinguían entre relaciones internas y relaciones externas²⁵⁴.

Estas ideas fueron recogidas por los juristas en contacto con la práctica, que cada vez dan más importancia a los derechos particulares, en los que se adoptan tesis contrarias al principio romano²⁵⁵ y tuvieron su reflejo tanto en las codificaciones del ámbito alemán (ALR, ABGB, Codex Maximilianeus Bavaricus, Código de Sajonia, etc.) como en las del ámbito francés: el Código de Napoleón, que recoge las doctrina de Domat y Pothier, no

252 «A quibus tamen moribus nostris in tantum receditur ut non in institores aut praepositos directa detur actio, sed adversus ipsos dominos praepositos agi debeat, qui institorum nomine tenentur, nisi iis sit actum quos institores aut praepositos suos negant... Alteri stipulando efficax obligatio et actio acquiritur». Citado por MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 106.

253 Christian Wolf defiende que uno puede concluir contratos por medio de un procurator o mandatarius, adquiriendo el mandante y no el mandatario los derechos y obligaciones derivados del contrato: «Quoniam mandatarius tuo nomine egit, quod infra fines mandati agit, tu fecisse putandus est, cumque de voluntate tua alteri constare non possit nisi ex mandato manifesto, quod mandatarius facit intra fines mandati manifesti, id a te factum recte sumit is, cum quo agitur, consequenter promittendo te huic et acceptando hunc tibi obliget». Citado por BAUER, H.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 61.

254 BAUER, H.: *Die Entwicklung* (supra n. 2); 49-63.

255 Shilter, por ejemplo, defendió la postura contraria al principio romano basándose en los *mores germanorum*, llegando a sostener que dicha doctrina se había recogido en el derecho godo y había aflorado en el Ordenamiento de Alcalá de 1348. Cf. MÜLLER, U.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 119-120.

distingue todavía entre mandato y poder y relaciones internas y externas, identificando representación y mandato²⁵⁶.

La Escuela Histórica, con su estudio de las fuentes romanas, significó una vuelta al principio romano y una duda sobre la admisibilidad de la representación directa.

Surge así la llamada *Zessionstheorie* defendida, entre otros, por Mühlenbruch, Sinteis, Thöl, Puchta, Wangerow, Bähr y Thibaut. Para éstos en los contratos realizados por medio de un representante, los efectos se producen directamente en el representante, quien tiene que cederlos al representado para que éste pueda considerarse titular de los mismos; en determinados supuestos el tercero tiene una acción útil, es decir, para satisfacer las exigencias del tráfico económico se siguen admitiendo las acciones adyecticias²⁵⁷.

Frente a quienes negaban la representación directa, hay otros juristas que la defienden y la estudian no al examinar el mandato, sino en la teoría general del derecho. Tratan, por una parte, de integrar la representación dentro del sistema jurídico en el que la declaración de la voluntad es un elemento decisivo para la modificación de las relaciones jurídicas y, por otra, de explicar cómo se puede mantener que la obligación es una relación entre dos personas concretas²⁵⁸.

Surge así la *Geschäftsherrntheorie* de Savigny, para quien el representante es un mero instrumento del representado, equivalente a la figura romana del nuncio. El representante, al actuar como tal, expresa no su voluntad, sino la de su representado, incluso cuando de acuerdo con las facultades que éste le ha dado, elige una configuración concreta dentro de las posibles del negocio jurídico, por lo cual se producen en él todos los efectos del negocio jurídico. Por otra parte, basado en D.41.1.53, mantiene la prohibición del contrato en favor de terceros²⁵⁹.

En las *Representantionstheorien* el punto común de todas es que mantienen que el negocio jurídico es concluido realmente por el representante, aunque en nombre del representado y por ello los efectos se producen

256 BAUER, H.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 64-89.

257 Cf. BAUER, H.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 91-96.

258 COING, H.: *Europäisches Privatrecht*, (supra n. 2) II, 456.

259 BAUER, H.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 97-110; MOHNHAUPT, Heinz: «Savignys Lehre von der Stellvertretung», *Ius Commune* 8 (1979), 60-77.

automáticamente en el representado. Es lo que hoy se suele entender por representación directa. Esta teoría fue aceptada en el Código de Comercio alemán y BGB y de ella partió la civilística alemana²⁶⁰.

Esta entrada del representado en las relaciones contractuales se explicó de diversos modos: unos por medio de la ficción (en cuanto a los efectos jurídicos el representado es considerado parte contratante), otros a través de la distinción entre causa y efecto²⁶¹.

Otras teorías intermedias que se elaboraron entonces no alcanzaron el éxito de las anteriores. Mitteis mantuvo que en la perfección del negocio jurídico intervenían las dos voluntades, es decir, la del representante y la del representado²⁶².

Se debe a Laband el separar dos instituciones que desde el Bajo Imperio habían estado unidas: la representación y el mandato. Laband defiende una separación clara entre las facultades del representante y las del mandatario, ya que aunque generalmente vayan unidas, pueden separarse y las del representante son más amplias que las del mandatario; la representación mira principalmente a las relaciones del representante con un tercero, mientras las del mandato primariamente se orientan a las relaciones entre mandante y mandatario. Esta elaboración doctrinal alemana fue aceptada generalmente en el resto de Europa²⁶³ y en concreto en España, que ha sido aceptada incluso por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de 1927. Son dos instituciones distintas, ya que el mandato origina una relación obligatoria personal e interna entre mandante y mandatario, mientras el apoderamiento suministra un poder jurídico de obrar con eficacia en nombre del poderdante; el apoderamiento tiene como finalidad necesaria la representación, mientras que el mandato puede existir sin ella (art. 1.717); el mandato requiere la aceptación expresa o tácita del mandatario, mientras que el

260 WINDSCHEID, Bernhard: *Lehrbuch der Pandektenrechts*, 6ª ed., I, Frankfurt am Main 1887, § 73; H. BAUER, *Die Entwicklung* (supra n. 2), 111-135.

261 BAUER, H.: *Die Entwicklung* (supra n. 2), 115-121.

262 MITTEIS, Ludwig: *Die Lehre der Stellvertretung nach römischen Recht*, Viena 1885.

263 Se acoge en el BGB alemán, en la nueva redacción del derecho suizo de obligaciones (1911) y en el Codice civile italiano de 1942.

poder es un acto jurídico unilateral, que sólo requiere la declaración de voluntad del poderdante.

Con ello se había solucionado uno de los problemas que más habían preocupado en el pasado, es decir, el problema de las relaciones entre el mandante y el tercero.

Pero si ni la gratuidad, ni la representación son notas esenciales del contrato de mandato ¿cual es su nota esencial que lo distingue de otros contratos, particularmente del arrendamiento de servicios? ¿Tiene este contrato una sustantividad propia o es una especie de arrendamiento de servicios? ¿No habremos vuelto a caer con estas distinciones en las sutilezas que se achacaban al derecho romano? Con ello entramos ya en una problemática, cuyo tratamiento no corresponde a la historia del derecho sino a la civilística.

ANTONIO PÉREZ MARTÍN
Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Murcia