

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

---

**FACULTAD DE DERECHO**

**" EL CONTRATO DE MANDATO EN ROMA "**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA :  
SALVADOR JIMENEZ MUÑOZ**

---

**MEXICO, D. F.**

**1973**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS PADRES:

SALVADOR JIMENEZ V.

ROSA MA. M. DE JIMENEZ.

A TODA MI FAMILIA

AL DR. JOSE DE JESUS LEDEZMA U.

CON MI SINCERO AGRADECIMIENTO -

POR SU VALIOSA DIRECCION.

A MIS ESTIMADOS MAESTROS:

LIC. PEDRO ASTUDILLO URSUA.

DR. GUILLERMO FLORIS MARGADANT.

DR. IGNACIO GALINDO GARCÍAS.

DR. HECTOR GONZALEZ URIBE.

LIC. ENRIQUE LOAEZA.

LIC. SARA MONTERO DE LOBATO

LIC. ENRIQUE TAMAYO DIAZ.

A MIS AMIGOS:

MARISA AGUILAR.

ALEJANDRO Y EMILIO DE ANTUÑANO MAURER

GRACIELA DE MARIA Y CAMPOS

ENRIQUE DIEZ CALFEDO

GARLAND, LORAINÉ Y JANE DILLARD

JUAN GALLARDO THURLOW

SALVADOR Y RUBEN GUERRERO ZORRILLA.

ENRIQUE GONZALEZ P.

ALBERTO GUTIERREZ MOLLER

MAC LANG

RUBEN LORREGUI DEL TORO

GUILLERMO LOPEZ PORTILLO

CONNIE MC. CORCKLE

PABLO PINSON C.

RENE PAITEVIN

MANUEL RIVERA HAWLEY

ALVARO TINOCO ARTIGAS

## INDICE

Introducción.

Capítulo I.

Concepto de Contrato en Roma.

Capítulo II.

Contrato de Mandato.

Capítulo III.

Relación del mandato con otras figuras jurídicas.

Conclusiones.

Bibliografía.

## INTRODUCCION

Desde los inicios de mi carrera profesional, pensaba en cuál habría de ser el tema de tesis que escogería al terminarla. Fueron muchas las ideas que tuve al respecto y procuré ir tomando nota de los temas y aspectos jurídicos que despertaban en mí la inquietud de investigar.

Llegados mis estudios a su término, hice una selección de ellos, lo que me situó dentro de dos o tres campos del derecho únicamente. El siguiente paso consistió en relacionar el aspecto jurídico con el que habría de tener mayor relación, de acuerdo con los planes que formulé para mis actividades futuras. Al mismo tiempo pretendía que mi investigación pudiera ser de utilidad para la ciencia jurídica, con la cual todo aquel que de ella ha obtenido la magnífica herramienta del conocimiento del derecho, se encuentra obligado no sólo a aplicarla debidamente, sino además a tratar de desarrollarla.

De acuerdo con todo esto, encontré que la figura del an dato era la que satisfacía mis pretensiones, y que sería la investigación de sus fundamentos históricos, lo que ayudaría a consolidar mejor la comprensión del concepto actual.

Desde cuándo se formó el contrato de mandato y cómo, cuáles fueron las necesidades sociales que le dieron origen, cómo



evolucionó en sus primeras etapas.

Estas cuestiones, a mi manera de ver, son fundamentales, por lo que decidí enfocar esta figura jurídica a su nacimiento histórico, y fue así como me encontré ubicado en el fértil campo del Derecho Romano, el que ha dado origen a la inmensa mayoría de las figuras que componen el ámbito de nuestra cultura jurídica.

El plan de trabajo consiste en formular una estructura - que contenga no sólo la génesis propia del contrato de nuestro interés, sino también su situación dentro de las figuras contractuales romanas y además, distinguir el contrato de mandato de figuras afines; por lo que el contenido queda dividido en tres capítulos. El primero que trata en general del contrato como fuente de obligaciones; el segundo, del mandato propiamente; y el tercero, de la relación del mandato con la procuración y la gestión de negocios.

## CAPITULO I.

### CONCEPTO DE CONTRATO EN ROMA

- I.- Contrato, fuente de obligaciones civiles.
- II.- Tesis de Bonfante sobre el origen delictual de la -  
obligación en Roma.
- III.- Concepto de Nexum.
- IV.- Lex Poetelia Papiria.
- V.- Beneficio de competencia.
- VI.- Influencia Cristiana.
- VII.- Definición de obligación.
- VIII.- Ausencia de un concepto general de contrato en la -  
época clásica.
- IX.- Contrato y pacto.
- X.- Distinción entre contrato y pacto.
- XI.- Relación histórica entre contrato y pacto.
- XII.- Pacto.
- XIII.- Clasificación de los pactos.
- XIV.- Tipos contractuales.
- XV.- Forma de los contratos en Roma.
- XVI.- El contrato como fuente de obligaciones de Gayo a  
Justiniano.
- XVII.- Evolución de los contratos.
- XVIII.- Aparición de los diversos tipos de contratos.

## I.- CONTRATO, FUENTE DE OBLIGACIONES CIVILES.

En la investigación que ahora emprendemos, debemos partir de la afirmación de que los contratos han sido en el Derecho Romano Clásico, fuentes indiscutibles de obligaciones civiles.

Así, Gayo enseñaba a mediados del Siglo II, en sus Instituciones, que todas las obligaciones nacían de contratos o de delitos. (1)

Esta bipartición, no se refiere a los contratos solamente, sino que significa toda conducta que genera obligaciones. Pero ya en la época clásica se percibe la tendencia a insertar en el concepto de contractus, el elemento del consentimiento o acuerdo contractual, iniciándose de esta manera la elaboración del concepto técnico del contrato, como contrato obligacional, del que deriva una actio del ius civile para exigir su cumplimiento.(2)

Por lo anterior y antes de iniciar el estudio del contrato en general como antecedente del mandato, al que se contrae nuestra tesis profesional, convendrá por tanto referirnos con brevedad a la formación y evolución de la obligación civil; no ya considerada como sinónimo del amplísimo concepto de deber jurídico, sino como equivalente del "ius ad rem", concepto con

el cual los juristas clásicos querían designar lo que actualmente solemos llamar "derecho personal", en oposición al "ius in re" o derecho real.

Téngase presente, no obstante lo anterior, que ese "ius in re" que Justiniano llamaría más tarde "obligatori" o "vinculum iuris", no es solamente la conducta del deudor, ni el deudor mismo, sino el complejo total que se engendra con ocasión de la relación entre acreedor y deudor respecto de una prestación de dar, hacer o no hacer.

Ahora veamos como se formó el concepto de obligación en la evolución jurídica de Roma.

Ullámense fuentes de obligaciones o con término romano - causa obligationum, los hechos jurídicos de donac puede derivarse una relación obligatoria.

La obligación puede nacer de las más variadas causas, es decir, tanto por un negocio jurídico como por un acto ilícito, o por un hecho jurídico puro y simple, sin intervención de la voluntad del sujeto, o sea, por la ley.

Los negocios jurídicos de los cuales puede nacer la obligación, son negocios jurídicos bilaterales o contratos.

Sólo en algunos casos excepcionales la obligación nace de simple promesa o pollicitatio.

En cuanto a las obligaciones generadas por hechos puros y simples, es de notar que algunos de ellos tienen gran analogía con el hecho que constituye el elemento objetivo del contrato o del delito; solo falta el elemento intencional. En las fuentes se dice en semejantes casos que la obligación nace quasi ex contractu o quasi ex delicto, de donde se formaron por obra de los intérpretes las dos categorías de los cuasi contratos o de los cuasi delitos. (3)

En base a esto, la clasificación de las fuentes de las obligaciones puede ser establecida como sigue:

- 1.- Contratos y promesas (pollicitaciones).
- 2.- Delitos.
- 3.- Cuasi Contratos.
- 4.- Cuasi delitos.
- 5.- Hechos jurídicos puros y simples y ley.

Entre las fuentes de las obligaciones sobresale por su importancia el contrato, es decir, "el acto por el cual dos personas o más regulan sus respectivos intereses jurídicos y al cual el derecho objetivo atribuye determinados efectos según la función económica-social del contrato en cuestión". (4)

La obligatio nace ex contractu. El contractus (según la doctrina que hoy prevalece, obligatio y contractus son términos alusivos a figuras del ius civile) presupone un acuerdo de voluntades, como requisito primario y elemental, pero su fuerza obligatoria se hace depender si se exceptúan los llamados contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, sociedad, -- mandato -- de un elemento real -- contratos re -- o formal -- contratos verbis o litteris.

Si fuente de obligatio es el contractus, y si éste tiene modos de ser de diversos -- re, verbis -- conviene señalar que el pensamiento de los juristas clásicos abriga la idea de que sólo son contractus los actos lícitos que descansan en un acuerdo, y no en una declaración unilateral.

Precisada así la noción de contractus, advertimos ahora --

que hay actos lícitos que no se fundan en el acuerdo, y crean sin embargo, un vínculo obligatorio. Nos lo pone de manifiesto el propio Gayo, a propósito del pago de lo indebido - *indebito solutio* - quien recibe lo que no se le debe y que otro le paga por error - *qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit* -, queda obligado a restituir, y sin que tal obligación surja de contrato - *haec species obligationis non videtur ex contractu consistere*. (5).

## II.- TESIS DE BONFANTE SOBRE EL ORIGEN DELICTUAL DE LA OBLIGACION EN ROMA.

Según la teoría de Bonfante, la obligación romana nació, en tiempos arcaicos, dentro del terreno de los delitos. Originalmente, la comisión de un delito hacía surgir, a favor de la víctima o de su familia, un derecho de venganza, eventualmente limitado por el principio del talión, el cual, mediante una "composición", podía transformarse en el derecho de la víctima o de su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia. (6)

Formaba parte el delito de los hechos ilícitos en general,

o sea, de aquellos que ocasionaban daños a terceros, ya sea -  
en su persona, o en su patrimonio.

Bonfante afirma que existía una equiparación entre un de-  
lincente y una persona que cumplía una obligación civil, en -  
materia de responsabilidad. Tanto el ladrón como el mutuario  
estaba en primer término obligados con su propia persona y -  
eran reducidos a condición servil. Cuando se estableció que -  
primeramente debía pedirla la "poena " o la "pecunia" o res --  
credita" y que solamente faltando el pago y toda satisfacción  
sobre el patrimonio del deudor, pudiese el poseedor del derecho  
resarcirse en vía ejecutoria sobre la persona, entonces proba-  
blemente, por vez primera la obligatio tomó el significado nue-  
vo patrimonial, entonces se hizo objeto de la "actio" y de la  
"solutio" la poena o la pecunia, no el corpus, y la reducción  
a la condición servil pasó a segunda línea como figura de proce-  
dimiento ejecutivo o sea la actio in personam, pasó a segunda  
línea.

### III.- CONCEPTO DE INJURIA.

Según la opinión antigua y todavía dominante, el contrato



formal más antiguo era en la sociedad romana el nexum, negocio que correspondía en su forma al mancipium o a la mancipatio, o sea al modo típico romano usado para transferir la propiedad de la res mancipi. (7)

De tal manera que el pater familias que asumía el carácter de deudor de los bienes recibidos en préstamo, se veía en la necesidad de otorgar al acreedor una garantía de tipo personal y de este modo, un miembro de la comus del deudor se ofreció entonces al acreedor, en forma tal, que aquél permanecía obligatus al mismo acreedor, de tal manera que sólo con el pago se disolvería la ligatio. De aquí que el pago, para el pensamiento jurídico latino sea una verdadera solutio o dissolutio de la ligatio. El acreedor pesaba, en presencia de cinco testigos y de un ortabalanza, el bronce que servía de dinero, entregando el valor convenido al deudor y se llevaba al rehén. Este negocio se llamaba el nexum. (8)

De acuerdo a la mecánica del arcaico nexum en Roma, se obtenía una clara separación entre deudor y responsable, en virtud de la bifurcación entre el debitor y el nexi. Es importante observar la propensión inconsciente de los romanos para ir deslindando los conceptos jurídicos, aquí tenemos el ejemplo

en plena época arcaica, en que el derecho no genera efecto -  
sin la concurrencia de la magia y religión.

#### IV.- LEX POETELIA PAPIRIA

Un momento culminante de la transformación de la obligación de penal en patrimonial, o sea en la génesis de la obligación moderna, está representado por la promulgación de la Lex Poetelia. (9)

La situación del sujeto sometido al nexum que se encontraba sometido por el acreedor, a esclavitud, determinó que en el año de 326 A. C., se dictara la Lex Poetelia Papiria, que vino a abolir el nexum al prohibir el encadenamiento de un ciudadano y su venta o muerte, disponiendo que el deudor respondería solamente con sus bienes, siempre que fueran suficientes para garantizar la suma adecuada. También decretó la libertad de todos los nexi y suavizó la situación del adiectus. La tradición nos refiere la historia de la ley en estos términos: un joven romano, C. Publilio, se hallaba en condición de nexus con respecto al acreedor de su padre, escapando a esta situación y mostrando sus espaldas laceradas por el mal trato recibido, logró conmovir al pueblo y a los patres. Estos autorizan a los cónsules para presentar una ley

ante los comicios, mediante la cual, salvo en casos de delito, se aboliese el estado de nexum, debiendo responder de las deudas los bienes del deudor y no su cuerpo. (10)

Fue lo que se podría decir una victoria de los plebeyos sobre los patricios, pues aquellos eran los más perjudicados - porque formaban parte de la clase económicamente débil.

Esta ley pareció a los antiguos el triunfo de la libertad civil; eo anno, dice Tito Livio, plevi romande velut aliud initium libertas is factum est; "es un progreso en el desarrollo - de la obligación. (11)

La ejecución personal duró todavía, pero prohibiendo tener preso al deudor o a quien se ofreciese en su lugar durante el estado de obligación pendiente antes de pronunciar una condena, es decir, vedando el nexum o la mancipatio, de la persona fuera de las acciones noxales, con lo cual desapareció el carácter patrimonial en que el objeto era la prestación y el patrimonio del deudor la garantía. (12)

#### V.- BENEFICIO DE COMPETENCIA.

En materia civil la condena que obtenga un cónyuge contra

el otro, no puede ir más allá de las posibilidades de la parte vencida, de manera que tal condena puede privar al vencido de sus bienes suntuarios, etc., pero debe dejarle un mínimo - para poder subsistir de acuerdo con su rango social.

Esta es una excepción que oponían ciertos deudores al acreedor y a estos deudores, no se les puede condenar nada más que en su haber; *in id quantum facere possunt*.

El acreedor está obligado a recibir menos de lo que debía.

Esto se concedía:

- a).- A los ascendientes demandados por sus descendientes y a los patronos demandados por sus manumitidos.
- b).- Al marido perseguido en restitución de la dote por la acción *rei uxoriae*.
- c).- Al asociado perseguido por su consorcio, por razón de obligaciones sociales.
- d).- Al donante contra el cual ejercita el donatario, en ejecución de su donación, una acción personal.

VI.- INFLUENCIA CRISTIANA.

El cristianismo proyecta su influencia en la evolución del concepto de obligación romana, a través de la filosofía patristica y de los concilios que desde el Edicto de Tolerancia, se pudieron considerar obra comun de la iglesia y el estado. (13)

La exigencia del pretium instum en el contrato de compra-venta, originaría la lesión, laesio enormis como vicio de algunos contratos bilaterales. Se combate constantemente en las llamadas Constituciones Imperiales la llamada "voracitas creditorum" y se desarrolla extensivamente el llamado favor debitoris en la interpretación de los contratos.

VII.- DEFINICION DE OBLIGACION.

Las instituciones de Justiniano (Digesto. 22. 1. 3.) definen la obligación como el iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura.

Cuando dos jefes de familia, dentro de la organización de

la Civitas, realizaban un acto parecido al foedus, por el cual se comprometían a observar una determinada actitud, el vínculo que de ahí nacía se llamaba propiamente obligatio, y su infracción era sancionada por una guerra simbólica, es decir, por una actio. De esta manera podemos definir la obligatio como una religio protegida por el ius mediante una actio. (14)

Combinando la definición de obligación hecha en las instituciones de Justiniano, con la observación hecha por Paulo que dice: "Obligationum substantia consistit ut aliquid corpus -- nostrum aut servituten nostram faciat seu alium novis obstringat au dandum aliquid vel faciendum vel praestandum", se puede definir a la obligación como un vínculo jurídico entre dos o más personas, de las cuales una o más (sujeto o sujetos activos), están facultados para exigir de otra, u otras, cierto comportamiento positivo o negativo (dare, facere, praestare, non facere, peti), mientras que el sujeto o los sujetos pasivos tienen el deber jurídico de observar este comportamiento. (15).

El sujeto activo de la obligación, o sea el poseedor del derecho se llama acreedor (creditor), voz generalizada, derivada del *ci* o originario de los contratos obligatorios, o sea del mutuo y contratos semejantes, en los que hay una con-

fianza o crédito (*credere, res creditae*). *Reus stipulandi* es el acreedor en la estipulación, forma común de obligarse en el comercio romano. El sujeto pasivo o el obligado llámese deudor (*debitor, reus promitendi* en la estipulación o sencillamente *reus*). (16)

Los romanos llamaban *obligatio* al derecho de obligación, que responde a la idea de que el deudor se hallaba "ligado" al acreedor, idea en que se deja sentir el influjo del criterio de la responsabilidad, que ya en la época clásica había cedido bastante, (*Supra, S 35, 2*), tanto que los juristas de la época emplean con la misma significación que *obligatio*, el término *debitum*, que equivale a "debito" o "deuda", y que designaba el deber de realizar la prestación, no la responsabilidad.

Históricamente considerados estos términos se ha de señalar que el genuino y más antiguo de los dos, *obligatio* debió circunscribirse, al principio, en su significado, a las obligaciones del derecho civil; más tarde en el curso de la época clásica, se empleó para designar las obligaciones de derecho honorario, adquiriendo entonces la misma, amplia significación que hoy tiene. (17)

VIII.- AUSENCIA DE UN CONCEPTO GENERAL DE CONTRATO EN LA EPOCA CLASICA.

En la época clásica no se forman conceptos jurídicos generales sino conceptos referidos a negocios singulares. No existe la idea de contrato in genere, sólo de contratos en concreto. (13)

Las razones son las siguientes:

a).- El alto grado de desarrollo de esta época no ha alcanzado un alto nivel de abstracción.

b).- Los romanos fueron inductivos en su procedencia lógica es decir, parten de ideas concretas particulares, y sólo en la época Bizantina se preocupan por generalizar.

c).- Los clásicos son eminentemente casuistas, lo cual quiere decir que no tienen capacidad para construir nociones generales.

IX.- CONTRATO Y PACTO.

Aunque no aparece expresamente enunciado en las fuentes -



jurídicas romanas, existió en la época arcaica el principio según el cual el derecho civil no consideraba más libertad a los particulares de contratar, que celebrando aquellos negocios jurídicos previamente definidos por el mismo derecho civil como contratos.

Todos aquellos acuerdos lícitos, que no encuadraban en un contrato civil, fueron considerados meros pactos, que no producían más efecto jurídico que el de una excepción procesal y una mera obligación natural.

Esta obligación natural no crea un derecho procesalmente eficaz. Si el deudor no cumple, no encontrará acción alguna a su disposición para forzarle a cumplir o a entregar el equivalente monetario del objeto de la obligación, más daños y perjuicios.

A pesar de esta característica, la obligación natural es de índole jurídica, y no únicamente de carácter moral, lo cual se manifiesta en lo siguiente:

1.- Su cumplimiento no recibe el trato de las donaciones ni da lugar a la *condictio indebiti*. No se trata de un pago, que, jurídicamente hablando, pueda considerarse "indebido". -

Aún cuando posteriormente resultara que el deudor dijese no haber conocido el carácter natural de su deuda, y que, de haberlo conocido, no habría pagado, no se le permitiría el ejercicio de la *conditio indebiti* para recuperar su pago.

2.- Puede servir de fundamento a negocios accesorios, - como son fianza, prenda é hipoteca.

3.- Puede ser novada. Es decir, su contenido puede ser trasvasado a una nueva obligación original; la nueva que surge puede ser civil.

4.- Antes de repartir la herencia de un *paterfamilias*, debe tenerse en cuenta qué obligaciones naturales existían entre el difunto y los herederos, sometidos anteriormente a su patria potestad.

5.- La obligación natural puede compensarse, en algunos casos con una obligación civil, cuando menos en la época post-clásica.

#### X.- DISTINCION ENTRE CONTRATO Y PACTO.

El *pactum*, en su sentido más originario se distinguía radicalmente del *contractus*, porque así como éste servía para --

trabar una obligatio, el pactum servía para paralizar una realización de una represalia, de un proceso. En el edicto del pretor se trataba de los pactos precisamente al hablar de las causas de interrupción de un proceso y en el Digesto se respetó esa misma colocación. El caso más típico era el del actum de non petendo o de perdón de deuda. La eficacia normal del pacto era el producir no una acción, sino una excepción. Sin embargo, la doctrina ulterior fue extendiendo la categoría de los pactos a relaciones jurídicas, de origen pretorio o imperial, que producían una acción, por lo que la diferencia con el contrato no resultó ya justificable.

#### XI.- RELACION HISTORICA ENTRE CONTRATO Y PACTO.

En cuanto porqué se estudia la historia del contrato en torno al pacto, encontramos las siguientes razones:

a).- En el derecho romano sólo aparecerán esporádicamente conceptos abstractos y por é ello no se investiga la íntima esencia del contrato, más frecuentemente se refieren dos juristas clásicos a los "contratos" y a los "pactos".

b).- Los acuerdos convencionales no autorizados por el derecho civil, fueron simplemente llamados pactos.

c).- Principalmente a través de la jurisprudencia clásica y de las Constituciones Imperiales, se fue incrementando el número de pactos que recibiendo sanción legal, devenían en contratos.

#### XII.- PACTO.

En el código de las XII tablas se emplea la expresión, al tratarse de la posibilidad de una composición para evitar el talion en las lesiones graves. (Tabla VIII, 2).

También se emplea el vocablo con otras acepciones, empleándose en general, para referirse a todo acuerdo de voluntades no formal, tanto tenga por objeto crear obligaciones, como modificar las emergentes de un contrato anterior o simultáneamente concluido, bien tenga relación con las etapas de formación, perfeccionamiento, cumplimiento del mismo, o finalmente se refiera a la extinción de las obligaciones.

Arangio Ruiz dice que, en su antiguo y técnico significado, el sustantivo pactum expresa, como el antiguo verbo pacere y también el más moderno pacisci, un acuerdo realizado entre dos personas que estaban jurídicamente vinculadas, para disolver esa relación preexistente de derecho. (19)

El acuerdo de voluntades concluido entre dos o más personas sin formalidad alguna, que no encuadraba dentro de las distintas categorías de contratos consagrados por el Derecho Romano, ha sido designado con el término general del pacto (pactum, pactio, pactum, conventum)

Etimológicamente, pactum se deriva de pascisci, hacer las paces (XII Tablas VIII, 2).

Sólo en la época clásica el pacto llega a tener el significado de convenio jurídico, tenían cierto efecto jurídico; - engendraban obligaciones naturales, de modo que su cumplimiento voluntario no podía considerarse como un pago de lo indebido o una donación.

#### XIII.- CLASIFICACION DE LOS PACTOS.

Una distinción elaborada desde la primera época es la de pactos adjuntos in continenti y pactos adjuntos ex intervallo.

Se consideran pactos adjuntos in continenti a aquellos - que se han concluido conjunta o inmediatamente después que la contratación original, por ejemplo, al recibir la cantidad pres

tada en él. Para mencionar el caso más frecuente; el acudor - pactó y estipuló que pagaría los intereses.

Pactos unidos ex intervalo son todos aquellos que por - variación de la voluntad de las partes, se agregaron después, ejemplo: el cambio de lugar para el pago que debía de hacerse en Roma y se trasladaba a Damasco.

Otra distinción, la de pacto nudo y pacto vestita.

Los pactos nudos estaban desprovistos de acción. El pacto vestido es el que produce acción; revistiéndose de la forma de ciertos actos o contratos.

Estos se encuentran clasificados dentro del esquema, que del sistema contractual romano hace SCHM. (20).

Pacta aucta, incorporados a los contratos de buena fé - que sanciona el derecho consuetudinario.

Pacta praetoria, sancionados por el edicto del pretor.

Pacta legitima, sancionados por constituciones imperiales.

Pacta nuda, desprovistos de acción.

Otra clasificación es la que deriva Bonfante del pacto de no pedir (pactum de non petendo): la transacción y el compromiso.

La transacción.- Es aquél pacto con el cual, las partes, mediante concesiones recíprocas llegan a un convenio acerca de cuestiones litigiosas o dudosas.

El compromiso.- Es una convención mediante la cual las partes se obligan a someter la decisión de un litigio al juicio de un tercero, que se llama árbitro.

#### XIV.- TIPOS CONTRACTUALES.

A través de la figura del pretor, de la jurisprudencia y del derecho imperial, se fue rompiendo poco a poco el principio de la escasez de las figuras contractuales en Roma, aumentándose así el número de contratos.

Estos contratos los podemos agrupar en las siguientes categorías:

- a).- Contratos nominados.
- b).- Contratos innominados.

Dentro de la categoría de los contratos nominados, encontramos según su manera de perfeccionarse, cuatro clases:

1.- Contratos verbis.- las convenciones que en la legislación romana se perfeccionaban mediante el empleo de palabras solemnes exigidas por la ley formaban la categoría de los contratos consensuales. (21)

2.- Contratos litteris.- las convenciones que en Roma se perfeccionaban por medio de la escritura, formaban los contratos literales (*litteris contrahitur obligatio*), que se caracterizaban por ser formales, unilaterales y de derecho estricto. De la forma escrita que consistía en inscripciones realizadas en libros de cuenta o en simples escrituras de deudas que solían llevar los romanos, han derivado este contrato.

3.- Contratos reales.- el que se les llame reales, se explica si tenemos en cuenta que proceden de la fiducia, en la que había, lo mismo que en el mutuo, una entrega de propiedad, una verdadera *datio rei*. (22)

4.- Contratos consensuales.- si de la antigua fiducia se desarrolló el sistema de los contratos reales, fue la *stipulatio*



cuna de la teoría de los contratos consensuales. En efecto, desnudando a la estipulación de su vestido solemne, quedaba llanamente un acuerdo de voluntades sobre un objeto lícito.

Son convenciones que se perfeccionan por el sólo consentimiento de las partes, sin necesidad del cumplimiento de formalidad alguna, ni de la entrega de la cosa. (23)

En algunos textos figura un quinto miembro: el de los contratos que se forman re et verbis. Se enuncia en D. 12, 1, 9, 3-4: "Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi conditio competit, sive re fuerit contractus factus sive coniunctum, referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habet tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat", etc. Y se explica así en D. 44, 7, 52, 3: "Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem". (24)

De los contratos innominados podemos decir que se desarrollaron durante la época clásica, en el momento en que el esquema de los demás contratos ya se había establecido.

Los contratos innominados se semejan a los contratos reales por recibir la eficacia procesal, por la simple prestación de una de las partes, pero se diferenciaban por sus distintas consecuencias procesales.

Dentro de esta categoría de contratos encontramos cuatro casos:

- 1.- Do ut des. El caso típico de la permuta.
- 2.- Facio ut des. Por la prestación de servicios o la entrega del objeto.
- 3.- Do ut facias. En realidad este grupo era igual al anterior, con la diferencia de que la situación jurídica, se observa ahora desde el punto de vista de la parte que prometía el objeto.
- 4.- Facio ut facias. El convenio respectivo de intercambio de servicios no producía acción por el simple acuerdo de voluntades, sino únicamente cuando una de las partes cumplía con lo pactado.

#### XV.- FORMA DE LOS CONTRATOS EN ROMA.

Interesa verificar las diferentes formas de los contratos

en la legislación romana, ya que de ese pueblo parte una primera clasificación científica que, directamente o por reflejo de otras civilizaciones jurídicas, han llegado hasta nuestros días. Según las reglas sancionadas por Gayo y Justiniano, los contratos se dividían en cuatro clases, según la manera como se hicieran:

- 1.- Por actos (re).
- 2.- Por palabra (verbis).
- 3.- Por escrito (litteris).
- 4.- Por consentimiento (solo consensu).

Esta división es defectuosa, señala Hunter, y no divide las clases conforme a sus caracteres más importantes, Para prevenir equivocaciones y malas inteligencias, el autor mencionado efectúa una clasificación más científica, conforme a las figuras jurídicas que existían en tiempo de Justiniano y que se hallaban contenidas en las Institutas, para caracterizar mejor a los contratos en Roma, y los engloba de la siguiente manera:

- 1.- Contratos re:
  - a).- Mutuo.
  - b).- Comodato.
  - c).- Depósito.
  - d).- Pignus (prenda).

2.- Contratos verbis: Stipulatio.

3.- Contratos litteris:

a).- Expensilatio.

b).- Chirophae.

c).- Syngraphae, (los tres enumerados eran desusados en la era justiniana).

4.- Contratos consensu:

a).- Compra-venta.

b).- Arrendamiento.

c).- Sociedad.

d).- Mandato. (25)

En cuanto a la gran agrupación de contratos en re, o sea aquéllos que se realizaban por "actos", la obligación legal - dependía no de la observancia de ésta o de aquellas fórmulas, sino del hecho de que el demandante había llenado por su parte el compromiso que contrajo al cerrar el contrato, la segunda - gran agrupación de los contratos verbis o por palabras (de verborum obligatione, según la clasificación de las Institutas), son definidas como que "se contrae por medio de una sola interrogación y una respuesta, cuando estipulamos que nos será dada o hecha alguna cosa". La tercera agrupación de los contratos litteris (de litterarum obligatione), o contratos escritos, son definidos por las Institutas como que "se contraía en otro tiempo una obligación que se decía formada nominibus.

Por último consideraremos la agrupación denominada de consensu obligatione (obligación por el sólo consentimiento) o - contratos consensuales: la Instituta los define de esta manera: "Las obligaciones se forman por el sólo consentimiento en los - contratos de venta, arrendamiento, sociedad y mandato. Se dice que en éstos la obligación se contrae por el sólo consentimiento, porque no se necesita para que se produzca, ni de escrito - ni de la presencia de las partes, ni de la entrega de ninguna cosa; pues basta que consientan aquéllos entre quienes se hace el negocio. Así, estos contratos pueden tener lugar entre ausentes, como por ejemplo, por cartas, misivas o por mensajeros. Además en estos contratos cada parte se obliga con la otra a - todo cuanto la equidad exige que ellas se presenten mutuamente; mientras que en las obligaciones por palabras, el uno estipula y el otro promete. (26)

XVI.- EL CONTRATO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES DE GAYO A JUSTINIANO.

Gayo enseñaba todavía a mediados del Siglo II, en sus -- instituciones, que todas las obligaciones nacían de contratos

o de delitos.

De los contratos; era un acuerdo de voluntades sancionado por el Derecho Civil y cuya eficacia obligatoria se hacía depender de la entrega de una cosa, de un acto verbal, escrito o real, o del mero consentimiento.

De los delitos; como actos contrarios al derecho que por provocar un daño eran castigados con una pena y con la obligación de reparar el perjuicio ocasionado a la víctima. (Paulo, Dig. 11, 3, 14, 1.).

Fero con el Digesto, al citarse de nuevo a Gayo, en relación con este tema, se le hace añadir por interpolación una nueva fuente de obligaciones un poco nebulosa, bajo el título de *variae causarum figurae*. (27)

Esta clasificación fue llevada por los compiladores al Digesto dentro del título de las obligaciones y de las acciones (de *obligationibus et actionibus*) (Gayo, Dig. 44, 7, 1.).

En el Digesto encontramos un pasaje en donde el juriscon-

sulto Modestino, también ha intentado formular una clasificación de las mismas al decir que ellas "se contraen por una cosa, con palabras, o al mismo tiempo por ambas, o por el consentimiento o por la ley, o por el derecho honorario o por necesidad o por delito. (Modestino Dig. 44, 7, 52,).

Los compiladores usan de la clasificación de Gayo y del principio que expresa, que quien ha recibido un pago indebido, está obligado a devolverlo, insertaron en las instituciones de Justiniano una clasificación de las fuentes de las obligaciones que las agrupaba en cuatro términos: "las obligaciones, o nacen de un contrato o de un cuasicontrato o de un delito o de un cuasidelito". (Just. 3, 13, 2,).

La cuatripartición Justiniana, a la que se atribuye la virtud de haber dejado perfectamente asentado el concepto de contrato como acuerdo de voluntades y generador de obligaciones, también ha recibido objeciones, por lo que las meras figuras del cuasicontrato y del cuasidelito, son tan imprecisas como la denominación general de las "varias especies de causa".

Es por defecto en la terminología que no nos da a conocer con claridad la estructura, de las cuales nace efectivamente -

la obligación porque dentro de la categoría del cuasicontrato se requieren actos y hechos dispares que sólo tienen en comun el carácter negativo de no ser contratos, pues les falta lo substancial de la convención que es el acuerdo de voluntades, y porque dentro de los cuasidelitos se pretende incluir situaciones distintas al delito, cuando en realidad entre ambas figuras no hay siquiera diferencia de estructura jurídica, pues al cuasidelito o le falta la culpa o se identifica con el delito mismo.

Una ventaja de la cuatripartición Justiniana, está en la posibilidad de separar las fuentes de las obligaciones civiles en hechos jurídicos lícitos e ilícitos, lo cual, como se reconoce, influye substancialmente en el desarrollo evolutivo del Derecho Civil.

#### XVII.- EVOLUCION DE LOS CONTRATOS

Las voces pactum (pactio), contrahere, contractus, no son denominaciones técnicas del contrato. Poco a poco la palabra contractus llegó a designar el más importante grupo de los contratos obligatorios.



En Roma la idea del contrato se formó sobre los contratos obligatorios libres de forma, como la compra-venta. Los contratos bilaterales formales (mancipatio, in iure cessio, stipulatio) fueron concebidos originariamente como actos unilaterales; la mancipatio y la in iure cessio, como actos unilaterales.

En cuanto a la teoría de la conclusión del contrato, lo mismo que ocurrió con la del negocio jurídico, los romanos no supieron elevarse por encima de consideraciones fragmentarias a la formulación de principios generales. (28)

En el antiguo Derecho Romano, como en todos los derechos antiguos, hay la peculiar creencia de que los vínculos jurídicos solamente pueden crearse con la observancia de gestos y acciones rituales. Esta necesidad de rito es más intensa en Roma, por la circunstancia que en la antigüedad el derecho se confió a los sacerdotes.

Pero posteriormente, conforme se desarrolló el derecho, los períodos preclásico y clásico, los negocios libres de forma, especialmente los contratos consensuales, constituyeron la regla general. Así podemos apreciar que partiendo de la forma

llegó a aceptarse que el mero consentimiento "nudo consensu", formaba el contrato.

A través del derecho edictal de los pretores de la jurisprudencia clásica y de las Constituciones Imperiales, principalmente, se fue incrementando el número de pactos que devenían en contratos.

En el Digesto (D. II, 1, 3, 14, "De Pactus") se menciona al contrato al referirse a la convención, aice: "convienen los que desde diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar; - así también los que por diversos movimientos del ánimo, concienten en una misma cosa, ésto es, se encaminan a un mismo parecer.

El derecho romano no formuló en abstracto la teoría del contrato como se hace en el derecho moderno; él sup. de contratos particulares y distinguía, además, las convenciones, - los contratos y los pactos. Según la concepción romana de la época clásica, contrato - contractus - es el acto lícito que descansando en un acuerdo de voluntades, se endereza a la constitución de un vínculo obligatorio. Presuponiendo - siempre el acuerdo, el efecto jurídico del contrato sólo en

determinados casos, en los llamados contratos consensuales, - depende exclusivamente del acuerdo mismo. En todos los demás tal efecto se supedita al agere o a la forma. (29)

En la paráfrasis de las instituciones que elaboró Teófilo, el contrato es el acuerdo y el consentimiento de dos o más personas relativo a un mismo objeto con el fin de crear una obligación y de vincular una persona a otra. (Teófilo 3, 13, 2,).

El presupuesto del consentimiento para la formación de los contratos es sin embargo ya evidente en las instituciones de - Gayo, toda vez que ya en ellas se opone tal concepto al de delito.

La convención era el acuerdo de dos o más personas en un - asunto de interés comun. (D. II, 14, 1, 2,).

Así pues el contrato se definía como una convención que - tiene nombre y causa presente, civilmente obligatoria por su - naturaleza (D, II, 14, 7, 1,).

El pacto consistía en una convención destituida de la cau- sa y de nombre que puede por su naturaleza producir obligación.

Por ello Heinaccio decía que era (nula) nuda promesa de una -  
cosa o de un hecho futuro. (30)

De ordinario, estos pactos carecían de acción, pero les -  
había obligados por disposición de la ley, otros por edicto -  
del pretor.

a).- El Derecho Romano Preclásico.- Dionisio de Halicar-  
naso señala que los romanos celebraban sus contratos pública y  
solemnemente, ante testigos, pero que el rey Numa había inaugu-  
rado un templo para la fides pública, para las controversias -  
surgidas de arreglos jurídicos que debían buscar su base en la  
buena fé, ya que la forma era deficiente. No podemos dar mu-  
cha confianza a esta clase de informes sobre la antigüedad ro-  
mana, pero Dionisio, confirma aquí lo que por otros indicios -  
es verosímil, que el antiguo contrato romano era esencialmen-  
te formal (nexum, mancipatio, stipulatio), y que, a su lado -  
hubo arreglos jurídicos informales nacidos del simple consen-  
timiento, que pertenecían más bien al campo de la moral, de la  
religión, de los convencionalismos sociales, sin estar fortale-  
cidos por las sanciones realmente jurídicas, tan severas, que  
encontramos en el derecho romano preclásico. La forma contrac-  
tual era necesaria para advertir que ya se había entrado en el  
peligroso campo del derecho.

Sin embargo, ya en tiempos de las XII tablas (Siglo V antes de Cristo) encontramos algunos acuerdos jurídicos informales, simples pactos que tenían una eficacia completa.

b).- El Derecho Romano Clásico.- a primera vista parece que el pretor había tomado, en este período, todos los pactos bajo su protección, como resultaría de su categórica promesa de "Pacta conventa... servare". (31)

El pretor sólo excluye expresamente de esta promesa contenida en su Edictum, los pactos contrarios al derecho o a la buena fé. Sin embargo no encontramos aquí el principio jusnaturalista de que "pacta sunt servanda". Todos los acuerdos - que antes no habían tenido una eficacia procesal plena, quedaban absorbidos por la creciente lista de los contratos, por los pactos auctores y pactos pretorios, mientras que al mismo tiempo los contratos perdían su carácter formal y los pactos perdían su carácter de ser acuerdos dependientes o modificatorios.

c).- El Derecho Romano Vulgar en Occidente.- durante la fase postclásica de los pactos natos, está íntimamente ligada

a la decadencia de la *estipulatio*. Influencias populares estaban trasladando el acento de este severo contrato verbal, - tan castizamente romano, hacia la pieza probatoria del mismo, la *cautio*. También encontramos en esta fase la tendencia de poner todos los contratos importantes por escrito, de manera que combinando estos dos factores, quedaba poco lugar para el *pactum nudum*.

d).- El Derecho Justiniano.- en éste lo que impera es que el consentimiento es el nervio del contrato; hemos visto - como los romanos fueron ampliando el número de contratos.

La tipicidad de estas figuras contractuales procedía de - la forma de su aparición y de la forma especial de su protección procesal. Los bizantinos, que admiten la categoría general de contrato como acuerdo de voluntades, permanecen apegados al antiguo sistema y no se atreven a reconocer como contratos todos los pactos entre dos o más personas.

La legislación del Bajo Imperio y Bizantina, amplió el - cuadro de las figuras contractuales, creando nuevos esquemas, así encontramos un contrato de enfiteusis, que el emperador --

Zenón distingue de la locación, de la venta y de la sociedad; un contrato de donación es, esencialmente, que Justiniano considera un contrato especial; y el mismo Justiniano llama contrato - también al convenio de transmisión de propiedad.

#### XVIII.- APARICION DE LOS DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS.

La historia general de las instituciones jurídicas, muestra un desarrollo evolutivo que va de lo simple a lo complejo, al igual que en otros aspectos culturales. En Roma es opinión unánime de los especialistas que los más antiguos negocios contractuales fueron orales, porque la oralidad es la forma más simple de contratación, sobre todo cuando no se ha desarrollado la "grafía" y porque la oralidad reviste aspectos mágicos y religiosos para los romanos.

La estipulación romana más que un contrato, fue un negocio abstracto es decir, "una forma de contratación" de tal manera - que es probable que los negocios bilaterales se hayan podido formar en la época arcaica a través de estipulaciones recíprocas. Lo cierto es que con posterioridad a los negocios orales,

dentro de los cuales también debe destacarse la nuncupación -  
mancipativa, aparecen los contratos escritos llamados litteris,  
todavía ligados a concepciones mágicas.

De gran importancia para la historia de los contratos, -  
fue la aparición de los contratos reales, que se perfecciona-  
ban mediante la entrega de la cosa u objeto indirecto. Así -  
aparecieron el mutuo, comodato, depósito y prenda. Los espe-  
cibilistas piensan que los contratos meramente consensuales fue-  
ron originalmente de tipo real, el hecho es que ya para fines  
del primer siglo de la época clásica con el triunfo del consen-  
sualismo en la contratación, se había aceptado por la jurisperu-  
dencia y el derecho pretorio los contratos llamados meramente  
consensuales o ex consensu, a saber: compra\_venta, arrendamien-  
to, mandato y sociedad, sin embargo no fue fácil de extender -  
esta idea para aceptar otro tipo de contratos diferentes de -  
los cuatro que mencionan las instituciones de Gayo, más bien  
a través de la idea de formación de los contratos reales fue  
que el pretor proveyó de acción a los llamados contratos inno-  
minados.

Al correr el tiempo, el derecho romano, viene a recono-  
cer fuerza obligatoria a algunas otras convenciones que no -



encajaban dentro del marco de los tipos contractuales fijos.

BIBLIOTECA CENTRAL  
U. N. A. M.

NOTAS AL PRIMER CAPITULO

- 1.- Margadant. Derecho Romano - pág. 315.
- 2.- Max Kaser. Derecho Romano Privado - pág. 272.
- 3.- Pedro Bonfante. Instituciones de Derecho Romano - pág. 313.
- 4.- Margadant. Derecho Romano - pág. 317.
- 5.- Juan Iglesias. Instituciones de Derecho Privado - pág. 370.
- 6.- Margadant. Derecho Romano - pág. 309.
- 7.- Bonfante. Instituciones de Derecho Romano - pág. 315.
- 8.- Margadant. Derecho Romano - pág. 309.
- 9.- Bonfante. Instituciones de Derecho Romano - pág. 317.
- 10.- Beatriz T. Bernal de Bugeda. Metamorfosis de la Responsabilidad Obligatoria - pág. 19.
- 11.- Tito Livio. Tomo VIII - pág. 28.
- 12.- Peña Guzmán. Derecho Romano - pág. 240.
- 13.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVII - pág. 1005.
- 14.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVII - pág. 1013.
- 15.- Margadant. Derecho Romano. - pág. 308.
- 16.- Paul Jors. Derecho Privado Romano - pág. 234.
- 17.- Bonfante. Instituciones de Derecho Romano - pág. 317.
- 18.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVII - pág. 1014.
- 19.- Arangio Ruiz. Istituzioni di Diritto Romano - pág. 353.
- 20.- Rodolfo Soam. Instituciones de Derecho Privado Romano - pág. 353.

- 21.- Peña Guzmán, Derecho Romano. - pág. 243.
- 22.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVII - pág. 1014.
- 23.- Gayo III - pág. 136.
- 24.- Juan Iglesias. Instituciones de Derecho Privado - pág. 370.
- 25.- Hunter. Sumario de Derecho Romano - págs. 91 y 92.
- 26.- TIT XXII de Institutas de Justiniano.
- 27.- Margadant. Derecho Romano. - pág. 315.
- 28.- Kaser. Derecho Romano Privado. - pág. 39.
- 29.- Juan Iglesias. Instituciones de Derecho Privado - pág. 370.
- 30.- J. Gottl Heineccio. Elementos de Derecho Romano - pág. 223.
- 31.- Lenel. Edictum Perpetum - pág. 65.

CAPITULO II

CONTRATO DE MANDATO

I.- Definición de Mandato.

II.- Formación.

III.- Caracteres.

IV.- Orígenes del Mandato.

V.- Efectos del Mandato.

VI.- Mandante.

VII.- Obligaciones del Mandante.

VIII.- Mandatario.

IX.- Obligaciones del Mandatario.

X.- Relaciones del Mandante y del Mandatario con los terceros.

XI.- Acciones.

**XII.- Casos especiales del Mandato.**

**XIII.- Extinción del Mandato.**

MANDATO, PODERACION Y CARACTERES

DEFINICION DE MANDATO

Podemos definir el mandato como el contrato consensual, imperfectamente bilateral, consistente en ejecutar lo que alguno encarga a otro de llevar a cabo gratuitamente, en interés del mandante o de un tercero, siendo naturalmente que el mandatario acepta. (1).

Caracteres propios de este contrato son por lo tanto, - la consensualidad, su imperfecta bilateralidad, la actividad por ejecutarse (objeto), la gratuidad y el interés que el mandante o el tercero tienen en la ejecución del contrato, - Gayo dice: "Se contraen las obligaciones por mero consentimiento en los casos de las compra-ventas, de las locaciones, de las sociedades y de los mandatos", y "decimos que en estos casos las obligaciones se contraen por mero consentimiento, porque no se requieren ni palabras ni escrituras especiales, sino que es suficiente que quienes hacen el negocio hayan -- convenido hacerlo, y por ello, incluso, tales negocios son contraídos entre ausentes, como por ejemplo: por una carta o por un mensajero, mientras que por el contrario una obligación verbal no puede llegar a formarse entre ausentes".(2)

Como se aprecia, Gayo se limita en este paraje a oponer los contratos consensuales a los formales (verbis y litteris) quizás por la simple razón de que era el tema de estos últimos negocios del que venía disertando (92-134) o tal vez por que la obligatio verborum servía también y era ampliamente utilizada para transformar en solemnes los contratos de derecho de gentes que por su simple estructura eran consensuales. Podría ser también posible, como ya hacía ver Ferrini (opere, 2, 391), que una frase de comparación entre contratos consensuales y reales no aparezca en el manuscrito de Verona.

Es elocuente, el fragmento 22, Pr. del comentario 3 de las Instituciones de Justiniano a este propósito:

"Dícese que la obligación se contrae en estos casos por el sólo consentimiento, porque ni es precisa la escritura, - ni la presencia de los contratantes, ni dar cosa alguna para que la obligación se produzca, sino que basta que los que contraen consientan".

En qué sentido Gayo dice que *sufficit eos consensisse*, - es decir, en qué límites de ese *sufficitate* pueda inducir que el elemento del consentimiento sea común a todos los contratos, no lo vamos a estudiar ahora, basta observar que la palabra *consensus* expresa el acuerdo de las voluntades como - quiera que se exprese.

Por eso en el citado paso de Gayo (136) se nota particularmente que los contratos consensuales pueden celebrarse inclusive entre ausentes.

Haciendo posible la manifestación de voluntad per mensaje-  
ro internuntius o mediante una epístola, abundan las afirmacio-  
nes de los juristas romanos en ese sentido refiriéndose a di-  
versos contratos consensuales (D. 17 24 Pr.) (D. 18, 1, 1, 2)  
(- 13, 2, 1, 1), y de nuevo (Paulo D. 17, 11, 1): "Obligatio mandati  
consensu contrahentiun consistit".

1.- "Itaque per nuntium quoque vel per epistulam mandatum  
suscipi potest."

El texto se limita a recordar los modos usuales para lo-  
grar el contrato entre ausentes, y por lo mismo no se detiene  
a contemplar los casos en los que la voluntad negocial puede  
manifestarse entre presentes, debe notarse que para el perfec-  
cionamiento de los contratos consensuales puede bastar tam-  
bién un signo o movimiento (nutus) de segura interpretación.  
Así lo dice Ulpiano aunque él se refiera al fideicomiso en -  
(D. 25, 3, 32, 21).

También en Derecho Postclásico y Justiniano, por lo de-  
más, el mandato continuó como un contrato consensual, el prin-



cipio según el cual el procurator ad litem deba ser nombrado por escrito, no es un principio de derecho privado sino del procesal en una época en que ambos derechos se habían separado claramente.

### FORMACION

El mandato es a su vez la fusión de dos instituciones - clásicas: el mandato verdadero y propio y la procura. Mandatario (is qui mandatam est, es qui mandatam accepit) era en el antiguo derecho el encargado de un servicio, de una misión jurídica o no jurídica, pero aislada y definitiva. Del lado jurídico la gratuidad; del lado social, la delicadeza y la - importancia de la función confiada, son el criterio discrecional del mandato. (3).

Este contrato tenía una gran utilidad práctica, pues sucede con frecuencia que una persona está impedida, por enfermedad o por ausencia, de realizar los actos necesarios a la gestión de sus bienes y tiene que recurrir a la buena voluntad de un tercero. (4). Así que los poderes confiados al mandatario podían ser más o menos amplios; ya estaba encargado de uno o varios asuntos especiales; ya su mandato era general y comprendía la administración del patrimonio entero. (5)

Ulriano lo divide en general, omnium rerum, y en especial unius rei, según se refiere a todos los negocios del mandante o a uno determinado. Puede ser también expreso o tácito; porque estando presente permite, por ejemplo: que alguno salga fiador de él, se entiende implícitamente que le da el encargo de que lo haga. (6)

El mandato hecho en utilidad del mandatario en realidad no es mandato aunque tenga la forma exterior de este contrato; es un consejo que no produce obligación, y por lo tanto, ni acción ni contra el que lo da ni contra el que lo recibe. (7)

Siendo el mandato, un contrato de representación, se utiliza también con el fin de cesión de créditos y deudas mediante la forma de una representación procesal (dato ad agendum) pero sin obligación de transferir el resultado obtenido, como si fuera en interés del mandatario.

El mandato se perfecciona mediante la declaración del consentimiento. Es suficiente, sin embargo, para el derecho clásico tardío, que alguien conscientemente tolere la gestión de un asunto suyo por otra persona. (8)

El contrato de mandato es perfecto por el sólo acuerdo de las partes. El consentimiento puede ser dado, ora por palabras, por carta o por mensajero; ora tácitamente, pues el que sabe que un tercero obra por él y que no se opone a éllo es considerado como dando un mandato tácito. (9) Por lo demás, las partes eran libres de contratar pura y simplemente, a plazo o bajo condición.

#### CARACTERES

##### a).- Bilateral Imperfecto.-

Según la terminología empleada por las escuelas medievales y adoptada por la dogmática moderna, el mandato pertenece a la categoría de los contratos que se denominan imperfectamente bilaterales. (10) Esta categoría comprende, como es sabido, todas las convenciones de una de las dos partes, mientras que la obligación de la otra presenta un carácter eventual. Por lo contrario, cuando la bilateralidad es perfecta desde el momento en que el contrato se perfecciona, las obligaciones son recíprocas, debe tenerse en cuenta que desde un punto de vista, no solamente estadístico, sino también de necesidad social; el mandato es un contrato en el cual se impone

su acercamiento definitivo con los contratos recíprocos. Es raro que surjan dificultades entre depositante y depositario o entre comodante y comodatario. El mandatario en cambio, habitualmente tendrá algo que escoger, además de la hipótesis - frecuente de que haya anticipado gastos por cuenta del mandante; basta pensar que faltando a los romanos el sistema de la representación directa verdadera y propia, era precisamente el mandatario quien comprando o vendiendo, concertando acuerdos de todo tipo y así sucesivamente, se obligaba personalmente hacia los terceros, por lo que tenía que ejercitar la acción contraria de mandato contra el mandante, sin tener en cuenta por lo demás, aquél caso del mandato cualificado en el que la acción contraria jugaba el papel de una verdadera acción de - regreso.

Todas las anteriores consideraciones nos hacen comprender cabalmente como haya sido posible a Gayo definir los contratos consensuales señalando como característica común de - los cuatro la obligación recíproca (11). Lo anterior indica que también en estos contratos una de las partes queda obligada respecto de la otra en virtud de la prestación que debe - realizar "ex aequo et bono", mientras que por el contrario en las obligaciones verbales una de las partes estipula y la otra promete y en las literales, uno obliga a otro - mediante una transcripción en el expensum.

b).- OBJETO.

Es una obra honesta y de posibilidad en su ejecución y que además ofrezca interés para el mandante exclusivamente, al menos según la regla general. (12)

Para el derecho romano, objeto del mandato no era necesariamente un acto jurídico por que debería ejecutarse por el mandatario en interés del mandante, nos lo dice Gayo en III, 162: " y por último, es también sabido que si yo me comprometo a hacer gratis un trabajo que, de haberse estatuido un precio, significaría haberse contratado una locación, tengo la "actio mandati", así por ejemplo: si yo diera a un tintorero vestimentas para que las limpie o las preste, o a un sastre para que las repare".

Cualquier servicio por tanto que de mediar una merx sería arrendamiento y que no obstante se hace gratuitamente objeto de mandato cuando alguno se obliga espontáneamente a cumplirlo o a efectuarlo, puede ser objeto de este contrato. - - Gayo cita repétidamente los casos del fullo (lavadero y planchador) y del sarcinator (remendero), y sin embargo, es esta una aplicación excepcional del mandato, ya que

no debe pensarse que en el pensamiento dogmático de Gayo reciprocidad de obligación corresponda a bilateralidad - perfecta, tanto es así, que en Instituciones III, 155, después de haber señalado en qué casos nace la obligación del mandato el jurista agrega: "et invicem alter alteri tenebuntur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestent oportet".

La conclusión anterior la apoya aún más el profesor Arancio Ruffo en el importante estudio logrado por el profesor - - Donatute.

Contributo alla teoria del mandato, II: La volontà del - mandante, in Anali Univ. Perugia, 38, 1927.

Para concluir con este aspecto basta señalar que uno de los caminos que han sido más aprovechados por los romanistas de la escuela italiana a fin de comprobar que en el pensamiento de Gayo si se encontraba clara la idea de la bilateralidad imperfecta del mandato; ha sido el que proporciona el derecho procesal a través del análisis y confrontación de las acciones directa y contraria de mandato que nos permite individualarlo ya desde la época clásica cuando menos desde la época Gayana como un contrato que la jurisprudencia conceptuó como bilateral imperfecto.

también en Roma como en el Derecho Actual, este contrato impone la mayor parte de las comisiones al mandatario, la obligación de ejecutar un negocio jurídico en interés ajeno. Por ello - todos los casos que hasta aquí hemos examinado entran en la misma categoría del contrato estudiado.

Debe aclararse, que según lo que nos trasmite Gayo, los Romanos pudieron también extender el mandato a los servicios intelectuales de carácter superior inherentes a las profesiones liberales.

La afirmación que expresa que en todos los casos en que un servicio de este tipo sea gratuito, encuentra su aplicación directa en el señalado carácter de gratuidad, ya que hasta la época de Gayo la contraprestación correspondía a la bilateralidad de una locatio conductio.

Están fuera de discusión aquellas actividades que los romanos consideraban como de la más alta importancia o prestigio de tal modo que eran imposibles consiuestrarlas como mercancías susceptibles de locatio conductio, tal es el caso del jurisconsulto, que por mera y espontánea benevolencia expresa su opinión a quienes se la piden, por eso en la alta sociedad ro-

mana se consideraba extraña al mundo del contrato la actividad semi política del orator (tácito anales XIII, 43), viendo en la retribución que da el cliente una recompensa para quien le había salvado el patrimonio, el honor u otro bien como fuente de amistad. Tal es el caso del agrimensor que en su concepción clásica nos expone Ulpiano en D. 11, 6, 1, Pr... "quia non crediderunt veteres inter talem personam (corr. cum tali persona) locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficci loco praebere et id, quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari"...

c).- GRATUIDAD.

Para el jurista romano, si un mandato no era gratuito, era en realidad una locatio conductio.

A pesar de esto, se introdujo la costumbre de considerar la relación entre médicos y abogados con sus clientes, como una relación de mandato por no querer ser tratados estos profesionistas como locutores sobre la misma base que los simples obreros. De este modo surgió la anomalía del mandato remunerado, cuyos litigios fueron tramitados por el pretor mediante un procedimiento extra ordinem. (13)



Debemos recordar al lado del texto de Gayo (III,152) donde se escribe que cualquier servicio normalmente prestado como objeto de locación se convertiría en objeto de mandato si se desempeñara gratuitamente; el último párrafo de una afirmación de Paulo contenida en D. 17, 1, 1, 4. "Mandatum nisi gratuitum nullum est nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit".

Este principio choca con la regulación jurídica dada por el derecho clásico a la figura del procurador. Este era en el fondo un empleado del mandante de modo que no se concibe que pudiera dedicar toda su actividad a la administración de los asuntos de aquél sin recibir una contra prestación periódicamente. No obstante la jurisprudencia tenía al alcance de la mano la solución de esta dificultad cada vez que el procurador era un liberto del mandante, debido a que la función administrativa del liberto encuadraba perfectamente dentro de las operae, que debía prestar en función del patronato, ver por ejemplo el caso der Meracios en D. 38, 1, 50, 1, que extiende el caso a otras hipótesis: "Non solum antem libertum sed etiam alium quem libet operas euentium alendum aut satis temporis au quaestum alimentorum reliquendum"...

Y el *Giavolemo* en el fragmento 33 del mismo título: "Imponi operae ita, ut i. s. libertus se alat non possunt."

Cuando la entrega de alimentos se realiza periódicamente o a través de una suma de dinero tomaba el nombre de *salarium* y no se considera una contraprestación por la obra prestada - que pudiera dar origen a una locación, sino como objeto de una disposición unilateral del mandante que llegado el caso el beneficiario podía exigir a través de la *cognitio extraordinem*.  
(14).

Una amplia interpretación del concepto de *salarium*, se ha oído también aplicar al *procurator ad litem*. Pero en este caso se ha presentado la necesidad de evitar que bajo la forma no ilícita de compensación por las fatigas del *procurator*, se llegase a la promesa de una cuota o *palmarium* sobre lo que pudiera obtenerse en el juicio. Basta para ilustrar lo anterior referirnos al conocido texto de Papiniano en D. 17, 1, 7.

"*Salarium procuratori constitum si extra ordinem, peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit (atque ius fidem adhiberi placitis oporteat) an eventum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit*".

d).- EL INTERES DE UN MANDANTE O DE UN TERCERO EN LA CONFIGURACION DEL MANDATO.

El asunto o negocio debe ser en interés del mandante (mandador) o de un tercero, pero no en interés exclusivo del mandatario. Esta última forma del mandato tua gratia, equivale a un simple consejo (consilium) que no obliga a quien lo recibe y es jurídicamente intrascendente. (15).

Cuando Gayo en III, 155 inicia la explicación sobre el mandato, nos enseña que este contrato es válido, sea que se contraiga en interés del mandante o de un tercero y niega con amplitud de argumentos la validez de un mandato contraído en interés del mandatario.

El texto citado nos remite a D. 17, 1, 2, y a las Inscripciones Imperiales 3, 26, Br., 6. haciéndonos ver que estos dos textos no son genuinos.

ORIGENES DEL MANDATO

El término *mandare* derivaba de *manum dare* = *in manum dare* y en el latín vulgar significa "confiar una cosa a alguien", "dar una comisión o encargo", "autorizar", "dar una orden o instrucción".

*Mandatum* en sentido estricto de contrato consensual, fue una creación artificial de la literatura jurídica. Todavía es dudoso si los juristas clásicos llegaron a usar *mandare* y *mandatum* en su más amplia acepción ( en el sentido de *iussum*) (16)

El mandato históricamente tiene su origen en los deberes morales de actuación, en interés de los parientes, impuestos por las normas sociales romanas al individuo. De aquí que las obligaciones que derivan del mandato, se basen en los *fides*, y como *fides* no limita su imperio a los ciudadanos romanos, el mandato celebrado con los peregrinos es también jurídicamente obligatorio, prestaciones que por tradición no podían constituir materia de mandato. Se mantiene su carácter gratuito, si bien era socialmente obligado corresponder al servicio recibido con un *honorarium*, al cual el procedimiento imperial de la extraordinaria *Agnatio* (*vide supras* 42, III, 1,). En el derecho post-clásico vulgar desaparece el carácter gratuito del mandato. (17).

El jurisconsulto Paulo advierte que el mandato debe su origen a las relaciones de amistad y de benevolencia entre los -- contrayentes. (13).

Los romanos no desarrollaron una teoría general de este -- contrato. Cada contrato tuvo un nacimiento separado y razones de ser específicas.

Esto significa que debe haber muy fuertes razones para -- reconocerle un enlace legal, y más aún, para que se le sitúe en un lugar y tiempo determinado.

El mandato tiene especial interés por dos razones:

1.- El mandato parece haber emergido, casi totalmente -- formado, teniendo todas las características que tenía el derecho romano clásico, y aún del derecho postclásico; es el resultado del concepto en su forma legal. Este contrasta fuertemente con otros contratos, por ejemplo: la compra-venta.

2.- En el derecho moderno, el mandato no ha sobrevivido en su forma original, más bien es afín a la locatio conductio.

El mandato romano se consideraba como un contrato independiente, en los comienzos.

Para trazar el origen del mandato uno debe comenzar examinando otros casos en los que una parte hace algo, no para sí sino para otros. Esto nos dará una idea de cómo se formó la institución que a nosotros nos interesa.

Dando una corta mirada a otras primitivas instituciones - en las que una persona hace algo, no para su propio provecho, nos encontramos ahora en posición de apreciar los orígenes del mandato mismo. Primeramente, podemos decir que son otras instituciones las que nos ayudan a comprender mejor el mandato.

Ya sea que esas instituciones fueran anteriores al mandato, o posteriores, no es de primera importancia. Si fueron anteriores, pudieron usar donde el mandato no hubiera podido. Por lo tanto, por inferencia, puede haber la presunción que originalmente el mandato no era algo rígido. De cualquier manera, es Plauto quien primeramente utiliza el término. Posteriormente, y esto tiene gran importancia para establecer el origen del mandato, el uso del *Mandatum pecunia credendae*. - como una figura de garantía parece que es algo posterior. Nuestra búsqueda de tempranas instituciones, puede lanzar alguna luz de las reglas del mandato. Sabemos que estuvo bien establecido como un concepto social, mucho antes que fuera recono-

cido como un contrato. De aquí que no es necesario hacer conjeturas, de dónde provienen las ideas básicas. Por otra parte, debemos establecer porque es esencialmente gratuito. Si se comprende que tendrá más de una influencia, será claro ver que ésta será la idea de obligación social.

Uno pudiera decir que, ya fuese un desarrollo de la posición legalista de los funcionarios públicos, o que la mentalidad romana, confrontada por dos problemas similares, reaccionó a ambos en la misma forma. La influencia del estado fue determinante. Muchas de las dificultades fueron precisamente en casos en los que la posición de los funcionarios públicos no podían ser ejemplares. Así encontramos disputas para decidir cuál acción aplicar contra el heredero, cuando un mandatario que excedió su mandato, tiene la "actio mandati", y cuando un mandato para prestar a un tercero, era válido. Las diferencias que existen entre la posición del funcionario público y el mandatario, sólo demuestran que el estado estaba dispuesto a dar más apoyo al primero. (19)

En el derecho romano se había establecido la idea de que una persona en principio, sólo podía adquirir derechos y contraer obligaciones por si misma, actuando directa y personalmente.

te; no se admitía la iusa de representación, pero era posible, sin embargo, que el jefe de familia se valiera de un mandatario o representante convencional, sino porque de acuerdo con un recurso técnico-jurídico, el jefe de la familia era considerado, como formando una sola personalidad jurídica con tales personas bajo potestad. (20).

El derecho romano no conoce, de manera general, que la gestión de una persona en lugar y nombre de otra, produzca efectos en aquella persona que no interviene. La representación tiene efectos tan solo mediatos, de manera que aquellos pertenecen a la persona del representante, la cual debe, desde luego, transferirlos por los medios idóneos, a la persona del representado. (21). Una representación "directa", se da sin embargo a través de los propios hijos y esclavos, sea a efecto de la adquisición de derechos, sea por lo que a las obligaciones contraídas se refiere, en virtud de las acciones adyecticias, que de manera más o menos plena, según los casos, conducen a una condena contra el padre o dueño. Este tipo de representación directa se extendió al supuesto de que el encargado de un negocio (*prae positus*) fuera de una persona extraña a la potestad del representado, pero de una manera más amplia Papiñano introdujo una acción análoga a la *actio institoria*, gra-



cias a la cual se alcanzaba el mismo resultado de toda gestión realizada por toda persona extraña a la familia del representado, cuando contraía una deuda por el encargo de aquél, y los últimos clásicos admiten igualmente la adquisición de la posesión y de la propiedad a través de tales representantes. (22).

El mandato figura en último lugar en la exposición que hace Gayo de los contratos consensuales. Tal vez fue el más reciente de los contratos que figuran en este grupo. Cuando se elaboró el capítulo segundo de la lex Aquilia, la actio mandati, no era aún conocida; además, el contrato de mandato, se hallaba ya reconocido en la época de Cicerón. Su desarrollo durante la república, resulta un tanto obscuro por la carencia de fuentes pero indudablemente, en la época clásica, el mandato fue un contrato iuris civiles del que derivaba una acción (actio mandati) en favor de cada una de las partes contratantes. La fórmula no nos ha sido conservada, pero in ius concepta y contenía la cláusula ex fide bona. La condena implicaba infamia. Mediante la actio mandati directa, el mandator podía exigir la ejecución del encargo, y consiguientemente la entrega de todo aquello que el mandatarius había adquirido al cumplimentar la ejecución del encargo. Por medio de la llamada actio mandati contraria, el mandatario podía exigir el reembolso de los gastos -

que hubiese efectuado con ocasión del mandato. Cuando se confiaba al mandatario la celebración de un negocio jurídico cualquiera, los derechos y deberes derivados del negocio, se adquirían y contraían respectivamente (por falta de representación directa) por el mandatario. Si A encargaba a B la compra de una cosa de S y B realizaba el encargo, era B titular de la *actio empti* contra S y S el facultado para reclamar el precio. B venía obligado a transferir la *actio* a A, y A obligado por su parte a liberar a B de las obligaciones contraídas frente a S.

La génesis de este contrato, necesita una explicación. ¿Por qué fue creado por los juristas republicanos? En los tiempos modernos, incluso en el derecho continental, cuyos codificadores adoptaron el *mandatum romano*, este contrato desempeña una función muy modesta. El mandato de hacer algo en favor del mandator sin compensación alguna, queda en realidad fuera del ámbito jurídico, ya que las partes no sienten, por causa de la gratuidad, el deseo de obligarse. En Roma y especialmente en aquellos estratos sociales fueron en realidad las que surgieron este contrato. La amistad (*amicitia*) imponía serios y hasta penosos deberes. En la Roma republicana, no se titubeaba en acudir a un amigo en demanda de la ayuda precisa para

poder salir de una situación penosa. Al amigo podía exigirse hospitalidad, patrocinio, despliegue de actividades e incluso préstamos. (23)

En el moderno Derecho Romano, el contractus mandati desapareció casi enteramente al desaparecer las condiciones sociales en que aquél se basaba.

#### EFFECTOS DEL MANDATO

Los efectos del mandato consisten y se agotan en la generación de obligaciones entre ambas partes. Carece, en cambio, de efecto externo o de poder de representación frente a terceros.

El mandatario está autorizado, como apoderado que es, de actuar en nombre propio (no en nombre ajeno, porque no se da la representación directa) y en interés del mandante, sufriendo éste los efectos de lo actuado por el mandatario como querido por el mismo mandante. Este apoderamiento llámase técnicamente iubere y no técnicamente mandare. (24)

Por ser el mandato un contrato sinalagnático imperfecto, produce una obligación a cargo del mandatario; la de ejecutar el mandato. (25).

El mandatario debe cumplir el mandato y rendir cuentas - del mismo. Debe cumplir fielmente el mandato y es responsable por la culpa levis in abstracto. Debe, además, rendir cuentas del mandato, entregando al mandante lo que hubiere percibido por efecto del mandato y transfiriendo a aquél los derechos derivados de los negocios jurídicos, realizados por el mandatario - por cuenta del mandante. Todos estos derechos del mandante se hallan garantizados por la actio mandati directa en favor del mismo. El mandatario podrá exigir del mandante la indemnización de los perjuicios que de la ejecución del mandato le hubieran derivado. La gratuidad del mandato no quiere decir que el mandatario ha de soportar los daños que del mandato deriven. Si el mandatario hizo gastos con ocasión del mandato, el mandante deberá reembolsarlos; si contrajo obligaciones tendrá derecho a exigir del mandante, que le releve de ellas o le proporcione los medios de cumplirlas. Estos derechos del mandatario están subordinados a la condición de que éste se hubiera conducido - conforme a la voluntad del mandante.

Si el mandatario se aparta totalmente de la voluntad del mandador (compra una cosa distinta de la querida por el mandante), la operación será por cuenta del mandatario, a más de tener que abonar el mandante los perjuicios que a ésta hubieran derivado. Si el mandatario se aparta parcialmente de la voluntad del mandante y la operación en que el mandato consiste es divisible, cuando, por ejemplo: recibió el mandato de garantizar por mitad una deuda del mandante y la garantizó toda. Habrá mandato solamente por la mitad de la deuda y no la habrá por la otra mitad. (26)

#### MANDANTE

El que da el mandato se llama mandante, manator o dominus - - - . El es quien en primer término, adquiere derechos por virtud del contrato de mandato, él es quien da el encargo, por eso la acción de que dispone contra el mandatario se denomina actio mandati directa. La acción como ocurre en todos aquellos casos en que el contrato recae sobre gestión de negocios ajenos, se encamina a obtener la indemnización de los daños necesarios causados por negligencia o abandono de la gestión, rendición de cuentas y restitución de lo obtenido por el mandatario en función de tal - por ejemplo: reembolso de créditos

cobrados -, el mandatario, o sea el que recibe el encargo y se compromete a llevarlo a cabo, sólo en ciertas y determinados casos adquiere derechos.

#### OBLIGACIONES DEL MANDATARIO.

Debe hacerse de manera que el mandato no cause al mandatario ningún perjuicio. Si pues el mandatario hace gastos justificados, o ha sufrido pérdidas a causa de la ejecución del mandato, el mandante debe indemnizarle de ellas. (27).

Si el mandatario ha contraído obligaciones, debe procurarle su liberación ejecutándolas o tomándolas a su cargo mediante una novación. Es además responsable de toda falta para con el mandatario puesto que está interesado en el contrato.

#### MANDATARIO

Mandatario (is cui mandatam est, is qui mandatam accepit) era en el antiguo Derecho el encargado de un servicio, de una misión jurídica, pero aislada y definitiva. (28)

La figura del mandatario aparece en el pensamiento jurídico

como exponente de la necesidad de dar solución al problema de la gestión de negocios de personas, que por comodidad, imposibilidad, o impedimentos, no querían o no podían actuar personalmente, en forma directa para el ejercicio de sus derechos, (29) y alentada por el sentimiento de amistad y confianza, - se arbitró el recurso de encomendar la gestión a un amigo, surgiendo así la institución.

En Roma el mandatario era la persona sui iuris que por virtud de un contrato de mandato quedaba facultada a gestionar los negocios del mandante, realizando actos jurídicos o de otra naturaleza, que si bien debía actuar a propio nombre (suo nomine) sin ejercer funciones representativas, lo era en interés ajeno y en consecuencia engendraba la ocasión de rendir cuentas de la gestión a realizar a posteriori, por otro acto, la transferencia de los adquiridos por tales casos.

Originariamente, mandatario sólo podía ser el amigo, persona sui iuris en quien el mandante también sui iuris, capaz, - depositaba su confianza, encomendándole la gestión de negocios, y podía, en consecuencia, inmiscuirse en su patrimonio y realizar actos jurídicos o de otra naturaleza. (30)

El mandatario, en principio, no ejercía función representativa; el mandatario debía realizar las contrataciones o actos materiales a nombre propio. Las relaciones entre el mandante y el mandatario que sólo había contratado con este último y - que de este modo era quien adquiría derechos y obligaciones - para sí. Pero como en realidad obraba para el mandante en virtud de la obligación emergente del contrato de mandato, por un acto posterior debía transmitirle los derechos y acciones, y - el mandante, por su parte, debía cumplir las obligaciones a su cargo surgidas del contrato de mandato respecto al mandatario, indemnizándolo en su caso. (31). Y procurándole la liberación de las obligaciones que hubiese contraído dicho mandatario frente a terceros, cumpliéndolas o haciéndose cargo de ellas mediante una novación, y era además responsable de toda falta para - con el mandante, porque el contrato con terceros se hizo en su interés, se ideó un procedimiento que vino a corregir los defectos de ese complicado sistema.

La reforma se hizo en base a las instituciones pretorianas, que determinaban las acciones quod iussus, y sobre el modelo de ellas se acordaron acciones que se denominaba útiles - (utilitatis causa) del mandante contra el tercero, y por ésta - contra él, aún cuando el mandatario no hubiese realizado el acto de transferencia, porque se decía: "la equidad exige que -



esta cesión se tuviera por realizada. (32)

El mandatario del Derecho Romano quedaba facultado para realizar negocios jurídicos o actos de otra naturaleza.

#### OBLIGACIONES DEL MANDATARIO

Debe sujetarse a las instrucciones del mandante y el que se excede hace una cosa distinta de lo convenido (D. XVIII, 1, 5, Pr.). El mandatario no debe excederse de los límites del mandato; por ejemplo: "si alguno te ha mandado comprar un fundo o hacerte esponsor por Ticio hasta llegar a la cantidad de cien escudos de oro, no debes excederte de esta suma ni en la compra ni en la fideyusión, pues en otro caso no tendrá la acción de mandato. (33)

Esto nos hace ver que debe cumplir la ejecución sin salir de los límites asignados. Si los excede es considerado como incumplidor de la obligación; exponiéndose a daños e intereses y a la infamia resultante de la condena, sin poderse hacer indemnizar de sus desembolsos.

En Derecho Justiniano el mandatario responde por culpa y no solamente por dolo, como ocurría en la época clásica. - Fue esta innovación impropia, puesto que el mandatario - difícilmente estaría dispuesto a asumir esta responsabilidad sin recibir compensación alguna. (34).

En la ejecución del mandato, el mandatario respondía de la culpa leve.(35). Esto parece injusto, ya que no se aprovechaba el mandatario del contrato, pero, por otra parte, como con frecuencia se trataba de encargos delicados, se consideraba que el mandatario no debía aceptar si no estaba dispuesto a realizar con sumo cuidado el acto en cuestión.

Parecía lógico suponer que el mandatario, si bien respondía de la culpa leve por lo menos quedaba libre de responsabilidad en casos de fuerza mayor. Efectivamente, Juliano, en D. 47, 2, 62, hizo la observación de que *vemini officium suum de-ninosum esse debet*. Sin embargo, en D. 17, 1, 26, 6, Paulo - opinaba que el mandatario respondía de la pérdida por robo, - naufragio y otras desgracias, opinión injusta que, desde los glosadores ha sido muy criticada. Más justa es la cita D. 17, 1, 26, 7, en que Nerasio reconoce que el mandante era responsable del daño causado por un esclavo, comprado por instruccio

nes del mandante, el cual roba algún objeto al mandatario.

Además de este deber de responder de dolo, culpa grave y culpa leve, encontramos que el mandatario debía rendir cuentas e incorporar al patrimonio del mandante los resultados positivos de la ejecución del mandato. Este último punto parece extraño, pero se explica inmediatamente si se sabe que el mandato Romano no se combina, sino en casos excepcionales, con una representación jurídica directa. Para terceros, el mandatario era considerado como alguien que obraba por cuenta propia. El acto en cuestión tuvo sus consecuencias, en primer término en el patrimonio del mandatario. (36) Las obligaciones del mandatario se sancionaban mediante la actio mandati directa; pero también existía una actio mandati contraria, ya que además el mandante podía incurrir en responsabilidades a consecuencia del mandato.

#### RELACIONES DEL MANDANTE Y DEL MANDATARIO ENTRE SI Y CON LOS TERCEROS.

En nuestro derecho actual, el mandante está representado por el mandatario. Es considerado como habiendo tratado con los terceros por intermedio del mandatario, y las consecuen-

cias del acto se realizan directamente en su persona. Pero esta idea de representación no es admitida en Derecho romano, en el - que la regla general es que una persona sui juris no puede adquirir más que por sí misma y no puede obligar más que a sí misma. Resulta de esto que el mandatario no representa al mandante. Las relaciones creadas por el mandato entre las partes son extrañas a los terceros que no tienen negocio más que con el mandatario. El solo es quien se hace propietario, acreedor, o deudor, según la naturaleza del acto realizado. Pero como en suma obra por el mandante y no por sí mismo, hemos visto que está obligado a trasmitirle el beneficio de la operación, y que el mandante debe descargarle de las obligaciones que ha contraído.

Esta teoría, lógica en su principio, tenía inconvenientes prácticos. Además de las complicaciones y lentitudes que resultaban, el mandante no tenía acción contra los terceros, ni los terceros contra él, y todos estaban expuestos a los riesgos de la insol-  
vencia del mandatario. Así que, aunque el principio no haya de-  
saparecido nunca en Derecho romano, las consecuencias han sido a  
tenuadas en interés de la equidad.

Se realizó un progreso en materia de obligaciones, cuando el man-  
datario había contratado con un tercero, se acabó por dar acción  
al tercero contra el mandante, y acaso también al mandante contra  
el tercero. La reforma salió de una institución pretoriana. Su-  
cedía con frecuencia que pusiera a su esclavo o a su hijo bajo -  
petestad a la cabeza de un comercio. El tercero, que contraía -  
con este encargado o institor, no tenía contra él más que un de-

recho ilusorio puesto que el esclavo no se obliga civilmente por contrato y el hijo de familia que se obliga no tiene patrimonio. Por otra parte no podía obrar contra el comisionante, porque un alieni juris no obligaba al jefe de familia. Pero el comisionante había autorizado tácitamente al institor a hacer todos los actos relativos al comercio, por lo que muy a menudo los terceros solo trataban con el esclavo en consideración al dueño; era, pues, equitativo que quedara obligado por los contratos del institor. — Eso es lo que decidió al pretor, permitió al tercero convertido en acreedor al contratar con el institor, ejercitar contra el jefe de la familia la acción nacida del contrato bajo el nombre de acción institoria. El edicto aplicaba la misma solución en el caso en que el jefe de familia había puesto a la cabeza del comercio al esclavo ajeno o a un hombre libre. (Gayo IV, S71). Desde entonces era natural no restringirla a las operaciones comerciales y aplicarla cuando una persona libre estaba encargada de realizar una serie de actos de otra naturaleza, o aún un acto aislado; en resumen, a todos los casos de mandato.

#### ACCIONES

El mandato pertenece a los contratos bilaterales imperfectos, por lo tanto debe producir una acción directa y otra contraria, ambas de buena fe; la primera que nace inmediatamente que el contrato se celebra; la segunda por un hecho posterior. La acción directa del

mandato es la que se da al mandante y a su heredero, contra el mandatario y su heredero, para que el mandatario haga el negocio que tomó a su cargo, y él y su heredero entreguen la cosa adquirida, - con sus frutos, den cuentas y presten toda clase de culpa.

Acción contraria de mandato es que compete al mandatario que cumplió con el mandato, y a su heredero, contra el mandante y su heredero, para conseguir su indemnización. La acción directa de mandato, en caso de condenaación lleva consigo la infamia. (37).

La actio mandati, con su fórmula ex fide bona, se da tanto para -- que el mandante que encargó una gestión pueda exigir que el mandatario le rinda cuentas y transfiera lo conseguido por aquella gestión que se le encomendó, como, en función de acción "contraria", para que el mandatario pueda exigir del mandante la indemnización por los gastos y perjuicios que le haya causado el encargo. La -- acción del mandante reconoce por finalidad instar la ejecución del mandato a tenor del contrato y exigir la entrega de todo aquello -- que para la ejecución del mandato o como consecuencia de esta ejecución, hubiese recibido el mandatario del propio mandante o de un tercero. El mandatario responde por *culpa*, el cual comprende también la grave negligencia que implica una violación de la *fides*; -- también en ciertos casos, por la culpa.

El mandatario puede regularmente servirse de un submandatario (Ulp. D. 17, 1, 3, 3), pero sin rebasar los límites del mandato. Si --

por ejemplo, el que ha recibido el mandato de comprar, compra excesivamente caro, pagará la diferencia respecto al precio autorizado, a sus propias expensas. En este caso, los proculeyanos, concedían al mandatario una acción contra el mandante, para exigir de éste el pago de la cantidad hasta el límite autorizado. Los sabinianos negaban tal acción. Los juristas posteriores siguieron en esto a los sabinianos, Justiniano en cambio, a los proculeyanos.

En favor del mandatario se otorga una acción contraria (contrarium mandati iudicium) para reclamar el abono de los gastos necesarios - que hubiera efectuado, o la indemnización de los daños que hubiera sufrido por la ejecución del mandato. (38)

#### CASOS ESPECIALES DE MANDATO

1.- Mandato remunerado.- Para el jurista romano, si un mandato no era gratuito, era en realidad una locatio conductio.

A pesar de esto, se introdujo la costumbre de considerar la relación entre médicos o abogados con sus clientes como una relación de mandato, por no querer ser tratados estos profesionistas como locatores - sobre la misma base que los simples obreros. De este modo surgió la anomalía del mandato remunerado, cuyos litigios fueron tramitados por el pretor mediante un procedimiento extra ordinem. (39)

2.- Mandato en interés del mandatario (mandatum tua gratia).- Este no es más que un buen consejo, entre amigos, sin consecuencias jurí-

dicas, salvo en casos de mala fé por parte del mandante.

De ahí que D. 50. 17. 47. dispone que consilii non fraudulentii nulla obligatio est. Sin embargo, en caso de un consejo fraudulento, no procedía la actio mandati, sino la actio doli, ya que, técnicamente, el mandatam tua gratia no era un mandato, a pesar de su nombre, por carecer del rasgo esencial de ejecutarse en interés y por cuenta del mandante.

La regla anterior parece tener una excepción, en relación con los consejos que los profesionistas daban a sus clientes. Aunque se hubieran dado de buena fé, producían responsabilidad para el profesional, si no correspondían a las normas técnicas establecidas o aceptadas generalmente por el gremio en cuestión, y siempre que le resultara un daño o un perjuicio al cliente que hubiera seguido el consejo. Sin embargo, ésta es solo aparente, ya que la relación entre el cliente y el profesional era un mandato remunerado; en este caso, quien daba el consejo era el mandatario y no el mandante, como en el caso del mandatam tua gratia. A causa de este mandato remunerado, el mal consejo dado por el profesional quedaba sancionado por una actio mandati.

Todo consejo para cometer un delito se consideraba doloso y exponía al que lo daba a las mismas penas en que incurría el que ejecutara el consejo. (40)

3.- MANDATUM CREDENDI.-- Un tipo especial de mandatam fué el mandate de conceder crédito a una tercera persona. El caso mas sencillo



es el siguiente: A encarga a B que preste dinero a C. Si B cumplía el encargo, éste tendría una actio ex mutuo contra C y una actio - mandati contraria a A. Guarda este contrato indudable semejanza con la fideiussio y en el fondo constituye una especie de fianza, - pero las diferencias existentes entre esta especie de mandato y - la fideiussio, resultan muy acusadas en el Derecho Clásico. Si - el acreedor demandaba al deudor principal, el fideiusser quedaba libre por efecto de la litis contestatio.

Si B demandaba a C, su actio mandati contraria a A subsistía intacta. Todas las excepciones utilizables por el deudor principal, lo eran también por el fideiussor, pero en cambio A no podía utilizar las excepciones que competían a C. En resumen, el mandatum credendi fue un mandato semejante a otro cualquiera y no se - hallaba sujeto a reglas especiales. La tendencia de los compiladores fue asimilar el mandatum credendi a la fideiussio, para de este modo, postergar en lo posible la stipulatio (indispensable - para la fideiussio). Así pues, en el Derecho de Justiniano, las excepciones utilizables por C, fueron también utilizables por A y en el caso de una pluralidad de mandadores, el beneficium divisionis se aplicaba a estos también, mientras que el beneficium divisionis de Mariano se aplicaba exclusivamente a los confideiussores. En Derecho Justiniano el mandatum credendi, no fue un contrato semejante a los demás mandatos, sino un mandatum sui generis, una forma

de mandato sometida a normas especiales. Por esta razón fué llamada *mandatum qualificatum* por los modernos juristas, denominación ésta que debe ser evitada cuando se trate de Derecho Clásico. (41)

4.- EL MANDATUM POST MORTEM, que cobraba eficacia después de la muerte del mandante. Todavía Gayo negaba validez a este mandato y con cierta razón. En primer lugar, violaba la regla según la cual el mandato se extinguía automáticamente por la muerte del manante, y, en segundo lugar, todo mandato debía ejecutarse en interés del mandante, mientras que en este caso se ejecutaba en interés del heredero (excepto si se trataba de hacer un monumento funerario para el difunto, por ejemplo). Sin embargo, en tiempo de Justiniano se reconoció expresamente la validez de este mandato. (42)

#### EXTINCIÓN DEL MANDATO

El mandato acaba naturalmente por la realización del acto de que está encargado el mandatario. Puede también tener fin antes de ser ejecutado, o cuando solo ha recibido un comienzo de ejecución. Para que se desvanezca del todo el mandato, como si no hubiera existido, es necesario que todavía no haya empezado a tener ejecución; porque la revocación nunca puede referirse a hechos consumados (Ley 15; y s 1, Ley 16, tit.1 lib XVII del Digesto). Por la misma razón debe ser indemnizado el mandatario, en el caso de que haya cumplido el mandato después de la revocación, pero antes de que la supiera.

Las causas que pueden traer la extinción del mandato son: 1.- El mutuo disentimiento. 2.- La voluntad del mandante, que tiene el derecho de revocar el mandato a su gusto. El mandatario obra válidamente mientras ignore la revocación. (Paulo, L, 15, D. mand. XVII, 1); 3.- La voluntad del mandatario, que puede renunciar a cumplir el mandato con tal que no resulte ningún daño para el mandante, si no le debe una indemnización a menos que haya tenido un motivo legítimo para renunciar; 4.- La muerte del mandante o del mandatario, pues el mandato implica una confianza personalísima que no puede sobrevivir a una de las partes. El mandatario continúa, por lo demás, obrando válidamente mientras no esté informado de la muerte del mandante. El mandato era estrictamente personal y, por ello, se extinguía con la muerte de una de las partes. Sin embargo, motivos de utilidad han hecho decir que si después de la muerte del mandante e ignorando dicha muerte, has ejecutado tú el mandato, tendrás la acción del mandato; porque sin esto, tu ignorancia legítima y plausible te causaría perjuicio. Y se está en un caso semejante cuando se decide que los deudores que, después de la manumisión del administrador de ticio pagan por ignorancia este liberto, quedan libres, aunque de derecho estricto no debiesen quedarlo, porque han pagado a quien no debían pagar. (43)

El maestro Guillermo F. Margadant explica que la relación jurídica que nace del mandato, también terminaba por las siguientes causas: Por incumplimiento total; por imposibilidad de cumplimiento y por vencimiento del término previsto, o por el incumplimiento de una condición resolutoria.

Como relación personalísima que es, el mandato se extingue cuando siendo imposible la ejecución todavía y no habiendo sido iniciado (se integra), una de ambas partes desiste del contrato (revocare de mandante y denuntiare del mandatario) o muere.

Subsiste, sin embargo, la responsabilidad, cuando el desestimiento es extemporáneo (Paulo D. 17, 1, 22, 11; Gayo cod. 17, 2) o cuando el mandato se prosigue desconociendo la muerte del mandante - (Gayo 3). En la época clásica, el mandato otorgado para un tiempo posterior a la muerte del mandante (Post mortem) no es válido (Gayo 3, 158). Justiniano lo permite.(44).

Por último, veremos el significado de algunos términos que eran utilizados con relación a la extinción del mandato.

Integro mandato.- No quieren decir estas palabras que después que la cosa dejó de estar íntegra, la muerte de uno de los contrayentes no disuelve el mandato, sino que los herederos del mandante deben indemnizar al mandatario, y los del mandatario a su vez a los del mandante, de las obligaciones y acciones que tuvieron lugar en vida de sus respectivos antecesores.

Solvitur Mandatum.- El mandante, al confiar en una persona, busca en ella la inteligencia, la industria, la buena fé y estas circunstancias, no se transmiten a los herederos; causa suficiente para que por la muerte del mandatario, se extinga el mandato. Por otra parte, el mandante en el hecho de dar a otro el mandato, significa que no quiere o que no puede hacer una cosa por sí mismo, y su sucesor probablemente tendrá posibilidad y voluntad de ejecutarla; motivo también para que se extinga el mandato por la muerte del mandante.

*Tu ignorans eum decessisse.*- El principio riguroso en virtud del cual inmediatamente que muere el mandante cesa el mandato, podría traer graves perjuicios al mandatario de buena fe que ignorando la muerte del mandante hubiera puesto en ejecución la condición gratuita de que se encargó. Esto sería una falta de equidad, en un contrato de buena fé que requiere consultar latamente la utilidad respectiva de los contrayentes. De aquí dimana que se haya conservado la acción contraria al mandatario, para que pueda ser indemnizado de lo que hizo después de la muerte del mandante mientras lo ignoraba. Pero cuando se trata de un negocio ya empezado, parece que si se sigue de su paralización un perjuicio irreparable, no debe detenerse el mandatario en llevarlo a cabo, al menos hasta impedir el daño que se teme. Si bien entonces no sería considerado como mandatario, sino como gestor de negocios.

*Justa et probabilis ignorantis.*- Estas palabras se refieren al mandatario; después que éste muere, si sus herederos ejecutaran el mandato, carecerían de toda acción, porque no podría alegar la ignorancia de la muerte de aquél en cuya representación obraron indbidamente.

*Manumissio dispensatori.*- Todo el que tiene justa causa para ignorar que el mandato ha sido revocado, puede contraer válidamente con el mandatario.

NOTAS AL SEGUNDO CAPITULO

- 1.- Arangio Ruíz. Instituzioni di Diritto Romano - pág. 173.
- 2.- Instituciones de Gayo III, - págs. 135 y 136.
- 3.- Bonfante. Instituciones de Derecho Romano - pág. 310.
- 4.- Ulpiano, L1, f 2 de Procur III, 3)
- 5.- Ulpiano, L1, f 1, D. de Procur III, 3, 8
- 6.- Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano - pág. 410
- 7.- Alvaro D'Ors. Derecho Privado Romano - pág. 270.
- 8.- Max Kaser. Derecho Romano Privado - pág. 207.
- 9.- Ulpiano, L 6, f 2, D. Mandat, XVII, 1
- 10.- El mandante estaba obligado a indemnizar los gastos necesarios erogados por el mandatario, pero éste no tenía derecho a exigir una remuneración por su intervención, ya - que la naturaleza del mandato era esencialmente gratuita.
- 11.- Gayo III, 137.
- 12.- Pedro Bonfante. Instituciones de Derecho Romano - pág. 320.
- 13.- Margadant. Derecho Romano - pág. 417.
- 14.- Arangio Ruíz. Instituzioni di Diritto Romano - pág. 182.
- 15.- Max Kaser. Derecho Romano Privado. pág. 207.
- 16.- Schulz. Clasical Roman Law. - pág. 459
- 17.- Kaser. Derecho Romano Privado - pág. 206.
- 18.- Pedro Gómez de la Serna. Derecho Romano - pág. 334.
- 19.- Watson. Contract of Mandate in Roman Law - pág. 36.
- 20.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVIII, - pág. 1014.
- 21.- Es un caso de representación "indirecta".

- 22.- Schulz. *Classical Roman Law* - pág. 532.
- 23.- Nos dice Schulz que era parte muy principal del oficio de una persona, ayudar al amigo en lo posible. Cuando Cicerón fue desterrado y su familia en Roma pasó por situaciones apuradas, el famoso orador escribía a su mujer confortándola y diciéndole " si erunt in officio amici, pecuni non deerit".
- 24.- Max Kaser. *Derecho Romano Privado* - pág. 208.
- 25.- Eugene Petit. *Tratado Elemental de Derecho Romano* - pág. 412.
- 26.- Teijeiro. *Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano*. pág. 349.
- 27.- Gayo, L 27, f 4 Mandat, XVII, 1
- 28.- Bonfante. *Instituciones de Derecho Romano* - pág. 325.
- 29.- Digesto, L III T. III de Procuratoribus et Defensoribus.
- 30.- Digesto L III, T. III de Procuratoribus et Defensoribus
- 31.- Digesto L 17, de la acción de mandato directa o contraria.
- 32.- Digesto L 19, T. I de las acciones de compraventa.
- 33.- Ortolan. *Instituciones de Justiniano*, - pág. 272.
- 34.- Fritz Schulz. *Derecho Romano Clásico*. - pág. 531.
- 35.- Digesto T. III 50, 17, 3.
- 36.- Margadant. *Derecho Romano*. - pág. 417.
- 37.- Pedro Gómez de la Serna. *Derecho Romano* - pág. 260.
- 38.- Max Kaser. *Derecho Romano Privado* - pág. 209.
- 39.- Margadant. *Derecho Romano* - pág. 417.
- 40.- Digesto 47, 10, 11, 6.
- 41.- Schulz. *Derecho Romano Clásico* - pág. 535.
- 42.- Margadant. *Derecho Romano* - pág. 420.
- 43.- Ortolan. *Institutas de Justiniano* - pág. 274.
- 44.- Max Kaser. *Derecho Romano Privado* - pág. 207.

**CAPITULO III.**

**RELACION DEL MANDATO CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS**

**I.- Cogniter y Procurator.**

**II.- Relación entre mandato y procuración.**

**III.- Concepto y elementos de la gestión de negocios.**

**IV.- Diferencias entre el mandato y la gestión de negocios.**



I.- COGNITOR Y PROCURADOR.

La palabra cognitor, además de representante, tiene también otro significado, el de perito; así en la ley malacitana caps. 63, 64 y 65 ( el estatuto del municipio de Málaga, que es uno de los más importantes descubrimientos epigráficos), se nos habla de cognitores llamados a responder de la valoración de los fundos dados en garantía al municipio por los contratistas. (1)

Para constituir al cognitor, el demandante deberá presentarlo a su adversario con estas u otras palabras equivalentes: "Te presento como cognitor (agente) mío en este acto a Lucio Ticio". Otras veces se acostumbra esta frase: "Puesto que me reclamas un fundo, te presento como cognitor (agente) mío a Plevio Nevio". Desde luego el cognitor actúa en nombre propio y la condena o la absolución, recaen directamente sobre él y no sobre el representante.

En cambio, la designación del procurator no necesita ninguna formalidad: se sustituye en la litis, no con palabras ciertas, sino por el sólo mandato, y se constituye aún ausente e ignorándolo el adversario. Es más, hay quienes piensan que -

puede ser tenido como procurador alguien a quien no se le haya otorgado mandato, con tal que se presente al negocio, de buena fé y dé caución de que el dueño ratificará el asunto; por más que, aún quien tiene mandato, debe de ordinario presentar garantías, pues a menudo el mandato es incierto al principio de la litis y se esclarece después a presencia del juez. El procurator en el proceso es un mandatario para la litis, que no tiene otro vínculo, otro modo de constitución, sino el simple del mandato, sin estar vinculado a forma alguna en el derecho romano; más aún, se da un paso adelante y se llama procurator también a quien no tiene mandato y se le admite al juicio siempre que se haya dado caución y lo haga de buena fé.

En el sistema de las acciones de la ley la presencia del procurator tiene por objeto sustituir a la persona de uno de los litigantes, pero el procurador obra en nombre propio, quedando obligado y comprometido personalmente a soportar las consecuencias del litigio, y mediante acuerdo privado con el litigante sustituido, a entregarle el beneficio del pleito en caso de éxito. (2)

Al cognitor y al procurator hay que agregar el defensor: éste en sustancia, no es personalmente distinto del cognitor -

y del procurator; es el procurator que interviene en defensa - del demandado especialmente cuando éste, por razón de ausencia, por ejemplo, no puede presentarse en juicio ni puede él mismo constituir un cognitor. De manera que el defensor es un procurator, por lo comun sin mandato, que se presenta a sostener los derechos del demandado, naturalmente, pasando él mismo a ser demandado y cargando con las eventuales consecuencias del proceso y de la condena. (3)

Resulta dudoso para algunos si podía igualmente admitirse por parte del actor la intervención de un procurator no provisto de mandato; pues bien, esto se admitió realmente y tales procuradores son, en el fondo, desde el punto de vista del derecho civil, negotiorum gestores, como los llamamos en nuestro lenguaje de escuela; mientras los romanos decían que eran falsi procuratores.

No todos pueden ser válidamente cognitores y procuratores ni todos pueden constituir un cognitor o un procurator; existen prohibiciones de diversa índole. Hay personas que no pueden hacer de cognitor y de procurator en ciertos casos y respecto de otras personas. Así también los hay que no pueden dar, pro-

curator y cognitor en modo alguno. La más importante exclusión de la capacidad para ser constituido válidamente cognitor o procurator es la relativa a las personas con defectos físicos; después, aparte de las mujeres, son incapaces los infames.

Paulatinamente la institución del procurator iba siendo suplantada por la del cognitor, con tal de que el dominus esté presente en su designación.

La diferencia entre el procurator y el cognitor desaparece en el bajo imperio y el representante judicial recibe el nombre general de defensor, distinguiéndose tan sólo entre defensor de presente y defensor de ausente, según que el representante esté en lugar del juicio o fuera de él.

## II.- RELACION ENTRE MANDATO Y PROCURACION.-

La relación entre mandato y procuración es uno de los más difíciles problemas del Derecho Romano, y de hecho involucra tres cuestiones separadas:

a).- La fusión de la procuración (especialmente "procuratio omnium bonorum) con mandato.

b).- El aspecto clasista de "procuratio ad litem", y

c).- El aspecto clasista de "procuratio unius rei".

Hay muchas opiniones de solución del problema, pero ninguno lo trata desde un punto de vista histórico. Fresse, Demitati, Albertario y Serrao, creen que durante todo el período clásico, las dos instituciones, mandato y procuración, estaban completamente separadas. Esto significa que gran cantidad de textos están interpolados y que sin duda sufrieron alteraciones en manos de los compiladores. Sala<sub>z</sub>i, por otra parte, mantiene que la "actio mandati" se usó contra el procurador durante el período clásico, sin desplazar la "actio negotiorum gestorum", pero no toma en cuenta, sin embargo, su desarrollo histórico ni nos dice ni cuándo ni cómo se usó la acción. (5).

En el Derecho Justiniano el mandato absorbe a la procura. La procura con este origen, y el mandato, con su vinculación a la corriente del ius gentium, son dos figuras distintas en la época clásica. (6)

Procurator era un agente jurídico y estable, un encargado de negocios de un modo permanente. En su origen, el verdadero procurator era solamente el procurator omnium bonorum, ad res administrandas datus, o sea el administrador de un patrimonio, de ordinario en ausencia del dominus; pero posteriormente toma una figura específica el procurator ad litem. El procurator - consiguió amplias facultades sobre el patrimonio del administrado: enajenar bienes, adquirir la posesión, y en consecuencia, en el derecho nuevo, la propiedad, pagar, exigir, novar, permutar y representar al principal en juicio, impetrar para él la restitución por entero. Este procurator era una figura social, un esclavo o un liberto ligado a la casa de su amo, y las amplias facultades reconocidas a él derivan de su posición de hecho, no del mandato; no sólo en la época de Cicerón se - distingue el mandatario del procurator, sino que todavía en - la época de Gayo y de Paulo se discute y se admite la diferencia del mandato en orden al procurator. De todos modos, la - tendencia de dar el papel de mandatario al procurator, se revela ya en el Derecho Clásico, y probablemente el mandato - - general nació en un principio para el procurator.

En la sociedad romano helénica, a la que son extrañas - las instituciones características del ambiente social y familiar de Roma, la típica figura del procurator desaparece, y

también su concepto jurídico-órgano permanente de negocios-se  
ofusca. (7)

### III.- CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA GESTION DE NEGOCIOS

Entremos ahora a analizar una figura jurídica que por su semejanza con el contrato de mandato lo consideramos de gran importancia. Se trata de la negotiorum gestio la cual se encuentra situada en el campo de los llamados cuasi-contratos, que se parecían a los contratos por ser lícitos y engendrar obligaciones, pero diferían de ellos por la falta del más típico y notable entre aquéllos a que el Derecho Justiniano llama cuasi-contratos. (8)

Ulpiano en Dig. 3, 5, 1, define a la negotiarum gestio - como el acto voluntario de administración o gestión de intereses ajenos realizado sin encargo de su titular y aún sin su conocimiento.

Según la opinión hoy dominante, la negotiorum gestio surge como institución pretoria y con frecuencia a un campo de -

aplicación concreta: los *negotia absentis*, esto es para regular las relaciones que nacían entre una persona ausente y quien espontáneamente se había cargo de sus negocios, sea para representarlo en justicia, sea para administrar su patrimonio, sin que existiera entre ambos relación contractual alguna. (9)

Admitida tal opinión, se discute todavía acerca de si el pretor confiere la acción directa y la contraria, o si sólo esta última, pero aquí se hace observar que la redacción del edicto no ayuda a pensar en una necesaria referencia a la acción del gestor, y que el comentario de Ulpiano alude a las obligaciones del *dominus negotii*, (10) no menos que a las del gestor. Esto si, la *negotiorum gestio* se extendería progresivamente a diversos casos hasta ser acogida, con carácter general, en el ambiente del *ius civile*.

Más consistente nos parece, sin embargo, la tesis que ve en la *negotiorum gestio* una institución de raigambre civil. Creada por la jurisprudencia republicana, una acción *in ius ex fide bona*, para amparo de las pretensiones que pudieran surgir entre el *procurator-omnium rerum*, o *aditem* y el principal o *dominus negotii*. Toda la materia de la gestión de negocios fue sometida luego por la jurisprudencia posterior al



regimen único de la fórmula in ius concepta, extendiéndola a cualesquiera clases de asuntos ajenos, y no sólo a los procesos. Finalmente, la jurisprudencia postclásica y el Derecho Justiniano sustraen al campo de la negotiorum gestio y de su correspondiente acción lo referente al procurator, nombrado o constituido por el dominus negotii, dando a la gestión de negocios la configuración teórica del cuasi-contrato.

Los requisitos necesarios son que el dominus negotii desconozca la actividad del gestor (11) que el gestor hubiera obrado por propia iniciativa, porque era de la esencia de la institución que la gestión no se realizara por encargo o con conocimiento del titular, pues en tales supuestos se estaría en presencia de un mandato expreso o tácito.

Que en la actividad desarrollada por el gestor no tenga éste el menor interés patrimonial. No hay por tanto, negotiorum gestio cuando un socio o coheredero realiza actos en favor de los demás, pero que suponen también para él una ventaja, o cuando un acreedor, en posesión de bienes del deudor hace gastos en ellos, porque suum negotioum gerat.

Que el acto de gestión haya sido *utiliter coeptum*, es decir, emprendido en vista de premisas que hacían evidente su conveniencia, aunque a veces el resultado final buscado no se logre, v. gr., si se presta auxilio a un esclavo enfermo, el cual, no obstante ello, fallece.

Que haya en el gestor *animus negotia aliena gerendi*, intención de obrar para otro.

En realidad, existen en las fuentes evidentes contradicciones en cuanto a la exigencia de este último requisito. Y, como sucede siempre ante oscuridades en las fuentes, se originan entre los comentaristas hipótesis diversas. Pachioni defendió la idea de que las obligaciones del gestor y las del dominus, se originaron y desarrollaron independientemente, con fundamento propio, las del gestor nacen del hecho de administrar el *negotium alienum*, prescindiendo de la intención, y, por tanto, el dominus tendrá siempre contra él, la acción correspondiente; pero solamente cuando se dé el *animus* aludido nacerán obligaciones para el dominus *negoti* y solo entonces el gestor tendrá la *actio negotiorum gestio contraria*. En cambio, según algunos (Parsch, Arangio Ruiz), la exigencia del *animus* sería creación justiniana, contentándose los ju-

risconsultas clásicos con el hecho objetivo de la gestión. Otros, por el contrario, entienden (Riccobono, Bonfante) que la jurisprudencia clásica no prescindió de la exigencia del animus, y que fue justiniano el que tendió a eliminarle concediendo la actio negotiorum gestio en casos en que tal intención no aparece acompañado a la mera gestio objetiva.

Desde luego, a las interpolaciones señaladas por Riccobono en los textos que servían de apoyo a la tesis de no considerar clásica la exigencia del animus negotia aliena gerendi, son hoy generalmente admitidas.

La gestión de negocios producía efectos respecto a las partes, esto es, gestor y dominus negotii y, además, creaba relaciones entre este y los terceros que se hubieran vinculado al negocio.

La principal obligación del gestor era la de ejecutar el negocio comprendido hasta su total terminación, no estándole permitido abandonarlo ni aún por el fallecimiento del titular deber que era riguroso por los perjuicios que el abandono podía traer aparejado al dominus y por el carácter estrictamen-

te voluntario del acto de gestión (Paulo, Dig., 3, 5, 19, 2). También debía el gestor rendir cuentas de su actuación y en ese sentido debía transferir al dominus, todas las sumas percibidas así como los derechos adquiridos, valiéndose de la tradición si fueran reales y de la cesión de créditos si fueran obligaciones. Si hubiera empleado en provecho propio los fondos manejados debía pagar los correspondientes intereses -- (Paulo, Dig. 3, 5, 19, 2). En el ejercicio de su cometido el gestor respondía hasta de la culpa leve, juzgándose que había obrado con diligencia cuando su gestión fuera de utilidad para el principal (utiliter gestum). Sin embargo, estaba eximido de la responsabilidad por la culpa leve cuando estuviera ligado al dominus por vínculos afectivos o cuando el negocio lo hubiera realizado para evitarle un grave daño (Ulpiano, Dig., 3, 5, 3, 9). La responsabilidad del gestor podía llegar hasta el caso fortuito, debiendo resarcir todo perjuicio cuando hubiera realizado operaciones riesgosas que el principal no acostumbraba ejecutar.

El dominus, en virtud de los principios generales del mandato, debía por su parte cumplir con ciertas obligaciones. Así le correspondía liberar al gestor de todas las deudas que

hubiera contraído en el ejercicio de su gestión y reembolsarle los gastos útiles que hubiere efectuado, con los correspondientes intereses. (Pomponio, Dig. 3, 5, 11,).

Hay un grupo primordial de derechos que nacen siempre, y necesariamente de la *negotiarum gestio*, y son los que asisten a la persona a quien pertenece el negocio gestionado—*dominus negotii*— el cual puede exigir que la gestión, una vez iniciada se lleve a cumplido término, poniendo en éllo toda la diligencia posible, y que el gestor le rinda cuentas y le entregue lo obtenido en calidad de tal. Dispone al interesado de la *actio negotiorum gestorum directa* para hacer cumplir sus derechos - (12). Por su parte el gestor dispone de la *actio negotiorum gestorum contraria*, contando además con el derecho de retener la cosa (*in retentionis*), hasta tanto si le pagaran los gastos que por ella hubiera efectuado. (13)

Para que la acción contraria del gestor pudiese tener éxito, era preciso que la gestión hubiera sido útil o realizada en interés, objetivo del dueño del negocio (*negotium utiliter gestum*), en cambio, no se tenía en cuenta si el resultado apetecido no se obtenía. (Ulpiano, Dig., 3, 5, 9, 1,). (14)

En cuanto a la relación del dominus con los terceros con quienes el gestor hubiera contratado, regía el principio de la representación indirecta que jugaba para el mandato y era aplicable a la gestión de negocios. En consecuencia, únicamente el gestor quedaba vinculado directamente con los terceros y recién cuando hubiera transmitido al principal los derechos y obligaciones contraídas, este pasaba a ser titular de los mismos.

Cabe destacar, por último, que si la gestión fuera ratificada por el dominus negotii, el negocio equivalía al mandato (ratihabitio mandatum comparatur) y por lo tanto las partes estaban autorizadas, desde dicho momento a valerse de las acciones propias de este contrato.

#### IV.- DIFERENCIAS ENTRE EL MANDATO Y LA GESTION DE NEGOCIOS

Existen analogías entre la negotiorum gestio y el contrato de mandato en el sentido de la causa o de la relación objetiva, inclusive la doctrina de la res cotidiane, establece un ligamen entre ellos en razón de su estructura (15), pero de fondo se trata de dos figuras jurídicas diferentes por las siguientes razones:

En la negotiorum gestio falta completamente el acuerdo - contractual o sea la conventio (16). Por la ratificación de - la gestión hecha por el dominus, ésta se convierte en mandato: Raihabito mandato comparatur (17).

El gestor, a diferencia del mandatario no ha recibido un encargo, sino que asume por propia iniciativa una gestión ajena, sin ánimo de exigir una retribución. (18).

El gerente está obligado a continuar y concluir, aún después de la muerte del dueño, la gestión que ha emprendido, debe dar cuenta de ella y restituir lo que ha recibido para el dueño con los frutos e intereses; pero excepcionalmente, sólo responde de la culpa lata si se ha encargado del negocio para evitar al dueño una pérdida o un daño, que hubiera sufrido, si nadie hubiese cuidado de sus intereses. (19)

La relación entre mandante y mandatario surge de un negocio jurídico bilateral, mientras que la gestión de negocios es un acto jurídico unilateral que el gestor ejecuta por propia iniciativa.

Por las razones anteriores podemos vislumbrar una simili-

tud entre la gestión de negocios y el mandato, pero las diferencias fundamentales que se aprecian claramente, no dejan lugar a dudas sobre la definitiva separación entre estas dos figuras jurídicas.



NOTAS AL TERCER CAPITULO

- 1.- Scialoja Vittorio. Procedimiento Civil Romano - pág. 185.
- 2.- Cuenca Humberto. Proceso Civil Romano - pág. 231.
- 3.- Del f 84, hb IV de Gayo.
- 4.- Cuencá. Proceso Civil Romano - pág. 232.
- 5.- Watson. Contract of Mandate in Roman Law - pág. 137.
- 6.- Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano - pág. 251.
- 7.- Bonfante. Instituciones de Derecho Romano - pág. 188.
- 8.- Arangio Ruíz. Instituciones de Derecho Romano. - pág. 134.
- 9.- Peña Guzmán. Derecho Romano. - pág. 233.
- 10.- El dominus negotii es aquél en cuyo favor opera la gestión de negocios. El negotiorum gestos es aquél que actúa en beneficio del mismo.
- 11.- Un texto de Scaevola parece oponerse a esta transformación. Se ha propuesto (Vangerow, Girard) para conciliarle con los demás, que la transformación en mandato se daría sólo a favor del gestor, el cual podría utilizar a su elección la actio mandati contraria a la negotiorum gestio, pero no a favor del dominus negotii, en consideración a que la acción mandati directa es infamante.
- 12.- Schm. Instituciones de Derecho Privado Romano - pág. 283.
- 13.- Peña Guzmán. Derecho Romano - pág. 172.
- 14.- Jors-Kunkel. Derecho Privado Romano - pág. 231.

- 15.- Arangio Ruiz. Responsabilita Contractuale in Diritto Romano-pág.135.
- 16.- Bonfante. Instituciones de Derecho Romano - pág. 187.
- 17.- J. Santa Cruz Teijeiro. Manual Elemental de Instituciones de  
Derecho Romano.- pág. 254.
- 18.- Alvaro D'Ors. Derecho Privado Romano - pág. 273.
- 19.- Maynz. Traite Des Obligationz D'Apres le Drait Romain - pág. 226

CONCLUSIONES

1.- El delito es la más remota fuente histórica de las obligaciones civiles en Roma.

2.- La Lex Poetelia Papiria da las bases para que en época posterior a esta ley, el crédito tienda a convertirse en un bien incorporal que pudiera comprarse y venderse libremente.

3.- En la época clásica se considera ya al contrato como - productor de obligaciones civiles; nos lo dice Gayo en sus "Instituciones": "omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto".

4.- Es el alto concepto de la amistad que tenía el pueblo romano, lo que unido a las imposibilidades de actuar de una persona por propia cuenta, en un momento dado, propicia la formación del concepto del mandato.

5.- En el mandato romano, el sólo consentimiento era suficiente para dar origen a las obligaciones de las cartas, sin requerirse de palabras o escrituras por lo que este contrato se ubica en la categoría de los contratos consensuales.

6.- En el derecho clásico inicial, el mandato y la procuración eran diferentes; sin embargo ya para la época de Justiniano teóricamente no existe razón para considerarlos separados.

7.- La gratuidad como elemento esencial en el mandato, se explica porque las relaciones de amistad son las razones de ser de este contrato.

8.- El mandatario no representa directamente al mandante, ya que aquél actúa en nombre propio como un representante indirecto del mandante, y los efectos del mandato recaen inicialmente sólo en la persona del mandatario; sin embargo, ya en la época Post-clásica se reconoce la representación directa a través de - las acciones institoria, exercitoria, quasi-institoria y otras.

9.- Estructuralmente hablando, el mandato y la gestión de negocios son dos figuras jurídicas diferentes, ya que el primero se origina de un negocio jurídico bilateral y la gestión de negocios de un acto jurídico unilateral; además, el mandato se configura como un contrato y la gestión de negocios como un cuasicontrato.

BIBLIOGRAFIA

FUENTES

- 1.- El Digesto de Justiniano. Edit. Aranzadi. Pamplona 1968.
- 2.- Instituciones de Gayo. Francis de Zulueta. Edit. Oxford at the Clarendon Press.
- 3.- Tito Livio, Historia de Roma. Edit. Joaquín Gil. Buenos Aires-Argentina 1944.
- 4.- Corpus Juris Civilis. Theodorus Mommsen. Edit. Berulin Kurici MCMXXV.
- 5.- Otto Lenel, Edictum Perpetum, 3a. edición. Leipzig 1927.

OBRAS DE DOCTRINA

Arangio Ruíz. Instituzioni di Diritto Romano, Napoli, 1947.

Arangio Ruíz. Responsabilita Contractuale in Diritto Romano. Edit. Nicola Jovene, Napoli, 1933.

Arias José. Manual de Derecho Romano, Edit. Guillermo Kraft. Buenos Aires, 1953.

Arias Ramos. Derecho Romano, Editorial Revista de Derecho Romano, Madrid, 7a. edición.

Bernal de Bugedas, Beatriz. Metamorfosis de la Responsabilidad Obligacional, Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Vol. 5. Puerto Rico, 1969.

Bonfante Pedro. Instituciones de Derecho Romano, Edit. Reus, Madrid, 1959.

Cuenca Humberto. Proceso Civil Romano. Edit. Jurídicas Europa

D'Ors Alvaro y Pérez Peix. La formación histórica de los Tipos Contractuales Romano. Conferencia Pronunciada el 22 de marzo de 1947 en la Academia Maritense del Notariado. Madrid 1950.

De Francisci Pietro. Síntesis Histórica de Derecho Romano Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid 1954.

Gómez de la Serna, Pedro. Curso Histórico Exegetico del Derecho Romano comparado con el español. Edit. A. Peñuelas. Madrid 1874.

Heineccio J. Gottl. Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta, Edit. Garmer, París 1875.

Iglesias Juan. Instituciones de Derecho Privado. Edit. Ariel, - Madrid 1952.

Hunter. G. A. Sumario de Derecho Romano. Edit. La España Moderna Madrid 1922.

Jolowics H. F. Historical Introduction to the Study of Roman - Law. Edit. at the University Press. Cambridge 1965.

Kaser Max. Derecho Romano Privado, Edit. Reus, S. A. Madrid - - 1968.

Ledesma Uribe, José de Jesús. Las Leyes de las Doce Tablas. La Legislación Decenviral del Siglo III de Roma, México 1965.

Leage R. W. Roman Private Law, Edit. Mac Millan & Co. Ltd. New York 1961.

Margadant, Guillermo F. Derecho Romano. Edit. Esfinge, S. A. - - México 1965.

Maynz, Charles. Traite Des Obligations D'Après le Droit Romain. Bruselas 1859.

Ortolán Manuel. Institutas de Justiniano. Edit. Henry Plon. París 1863.

Paul Jors-W. Kinkel. Derecho Romano Privado. Edit. Labor, S. A. Barcelona, 1966.

Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Edit. Saturnino Calleja, S. A. Madrid 1951.

Peña Guzmán y Argüello. Derecho Romano, Edit. Tea, Buenos Aires 1966.

Schulz, Fritz. Classical Roman Law, Oxford University Press, Oxford, 1954.

Saaloja Vittorio. Procedimiento Civil Romano. Ediciones Jurídicas. Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1954.

Sohn, Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Edit. Gráfica Panamericana, S. de R. L., México, 1951.

Teijeiro, J. Santa Cruz. Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano, Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946.

Watson Alan, Contract of Mandate in Roman Law. Edit. at the - Clarendon Press, Oxford, 1961.

#### ENCICLOPEDIAS

1.- Nueva Enciclopedia Jurídica Tomo X. voz: mandat. Edit. Artes Gráficas Rafael Salva. Barcelona 1960.

2.- Enciclopedia Paulys Real. Tomo XIII. voz: locatio conductio Georg Wissowa. Stuttgart, Alemania 1926. Edit. J. B. Metzlersche.

3.- Enciclopedia Jurídica Omeba. voz: mandat. Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina.

4.- Diccionario de Derecho Romano. González Fernández de León. - voz: mandato. Edit. Sea. Buenos Aires. 1962.

5.- Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Adolf Berger. voz: - - mandate. Edit. French University. New York - 1953.