

UNIVERSIDAD CATOLICA DE LA SANTISIMA CONCEPCION

FACULTAD DE DERECHO



EVOLUCION HISTORICA DEL CONTRATO DE MANDATO

AUTORES: ABARZUA CASTRO, CLAUDIO A.

MUÑOZ GONZALEZ, JUAN CARLOS K.

PROFESOR GUIA: ANDRADES RIVAS, LUIS E.

Investigación que constituye el cumplimiento de un requisito para el egreso de la carrera de Derecho de la UCSC.

CONCEPCION- CHILE- 2016

Índice	Pág.		Pág.
Introducción.	3	IV. Cuarta Parte.	
I. Primera parte.		1. El Mandato en los proyectos de código civil en Chile.	51
1. Antecedentes jurídicos e históricos que sirvieron de base al contrato de Mandato.	5	2. Proyecto de código civil de los años 1841-1845.	52
2. La representación directa en el ámbito de la familia.	9	3. Autonomía del contrato de Mandato.	54
3. El origen de la institución del Mandato como un contrato consensual.	12	4. El Mandato como contrato consensual.	54
4. Relación entre Mandato y Procuraduría.	13	5. Pluralidad de mandatarios.	55
II. Segunda parte.		6. Mandato oneroso.	55
1. El Mandato en el Derecho Romano.	22	7. Mandato especial y general.	56
2. Extinción del contrato de Mandato.	28	8. Pluralidad de mandantes y mandatarios.	56
3. Efectos del Mandato.	29	9. Objeto del Mandato.	56
4. El Mandato en el Derecho Visigodo.	35	10. Actos jurídicos a que se extiende el Mandato.	57
III. Tercera parte.		11. Capacidad de los contratantes.	57
1. El Mandato en el Derecho Medieval.	39	12. Facultades del mandatario.	59
2. Aporte del Derecho Canónico.	40	13. Facultad de delegar la ejecución del Mandato.	60
3. El contrato de Mandato en las Siete Partidas.	41	14. Límites y responsabilidades del mandatario en su actuar.	61
4. Mandato y Fianza.	42	15. Obligaciones del mandante.	62
5. El Mandato como contrato consensual.	43	16. Extinción del Mandato.	63
6. El contrato de Mandato en beneficio del mandante.	43	V. Quinta Parte.	
7. El contrato de Mandato en beneficio de un tercero	44	1. Proyecto de código civil del año 1853.	66
8. El contrato de Mandato en beneficio del mandante y un tercero.	46	2. El negocio no debe interesar solo al mandatario.	66
9. El contrato de Mandato en beneficio del mandante y mandatario.	46	3. El mandatario incapaz.	67
10. El contrato de Mandato en beneficio del mandatario y un tercero.	47	4. Grado de culpa de la cual responde el mandatario.	67
11. El contrato de Mandato en beneficio exclusivo del mandatario.	47	5. Delegación del Mandato.	68
12. Las Impensas del Mandato.	48	6. Mandato general con cláusula de libre administración.	68
13. Los Límites del Mandato.	49	7. Rendición de cuentas.	69
14. Extinción del Mandato.	50	8. Intereses que debe el mandante al mandatario.	69

	Pág.		Pág.
9. Obligación del mandante de procurar medios para ejecutar el Mandato.	69	7. Retracto del mandatario.	74
10. Derecho de prenda del mandatario.	70	8. Las personas que por profesión u oficio atiendan negocios ajenos.	74
11. Terminación del Mandato.	70	9. Grado de culpa del mandatario.	75
VI. Sexta Parte.		10. Ejecución y administración del Mandato.	75
1. El Mandato en el Proyecto Inédito.	71	11. Delegación del Mandato.	76
2. Remuneración del mandatario.	72	12. Facultades Especiales tratadas en el proyecto.	76
3. Profesiones que y carreras que suponen largos estudios.	72		
4. Recomendación de negocios ajenos.	72	Conclusión.	77
5. Transformación del mandatario en agente oficioso.	73	Bibliografía.	79
6. Consentimiento tácito del mandante.	73		

Explicación de las Abreviaturas.

D. = Digestorum, Digesto de Justiniano.

Inst. = Institutas, Instituta de Justiniano.

Cod. = Codicis, Codex de Justiniano.

L. I. = Liber Iudiciorum.

Paul. Sent. = Sentencias de Paulo.

Gayo. = Institutonium, Instituta de Gayo.

Trad.Cast. = Traducción al castellano.

Introducción.

El supuesto de hecho en el que se fundamenta el contrato de mandato, como institución jurídica, se reduce a la complejidad de la vida económica, social, jurídica y cultural de las personas inmersas en la sociedad. Es la diversidad de intereses por la que una misma persona tiene la necesidad de estar presente en varios lugares, pero en un mismo tiempo. Cuestión que como es bien sabido no es físicamente posible, ya que, pueden existir motivos de enfermedad, de distancia, de capacidad jurídica, entre otros.

Con el fin de dar solución a estas múltiples necesidades, nuestra legislación nacional consagra la institución jurídica del Mandato en el Código Civil, Libro IV, Título XXIX, "Del Mandato", artículos 2116 al 2173. El legislador ha definido lo que debe entenderse por Mandato en el artículo 2116: *"El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado, procurador, y en general, mandatario"*.

Ahora bien, es necesario preguntarse ¿Qué tipo de relación une al mandante y al mandatario? ¿Qué relación tienen estos con terceros? En el supuesto en que un mandatario compre un vehículo a un tercero para su mandante, ¿Quién es el que compra el vehículo? ¿Quién va a ser el dueño del mismo? ¿El mandatario o el mandante, puede ser un tercero? ¿El mandante es parte en el contrato de compraventa celebrado entre su mandatario y un tercero?

La doctrina jurídica ha elaborado una serie de teorías que solucionan estas interrogantes, entre ellas, la más relevante es la teoría de la representación, según la cual se establece que el mandatario actúa en representación de su mandante. Esta representación puede ser de dos tipos, distinguiéndose la representación legal de la representación voluntaria. La primera es impuesta por la ley para las personas jurídicas y las personas naturales que carecen o tienen disminuida su capacidad de ejercicio, por ejemplo una sociedad comercial y su representante legal o los incapaces relativos como un menor adulto y su respectivo padre o madre. La segunda se establece de manera libre y espontánea entre el mandante o mandatario, por ejemplo una persona celebra un contrato de mandato con su hermano para que éste le compre un caballo.

Existe otra arista de gran importancia en el contrato de mandato, distinguiéndose entre mandato con representación directa, perfecta o inmediata y mandato con representación indirecta, imperfecta o

mediata; la primera es aquella en la que el mandatario actúa por cuenta y en nombre de su mandante, de modo tal que los actos y contratos ejecutados o celebrados realizados por el mandatario se producen simultáneamente en la persona del mandante y su patrimonio; la segunda es aquella en que el mandatario obra por cuenta del mandante, pero en nombre propio, por lo que los actos y contratos ejecutados o celebrados producen sus efectos plenamente en sí mismo, lo que en definitiva significa una nueva serie de actos y contratos para poder transferirlos a su mandante.

En la actualidad el contrato de mandato se manifiesta en la sociedad intrínsecamente unido a la representación de tipo directa, como ha sido expresado anteriormente, pero cabe preguntarse ¿Cómo se ha llegado a configurar el contrato de mandato a lo largo de la historia del derecho? ¿Desde cuándo se ha admitido la figura del mandato con representación directa? ¿Siempre ha existido desde los tiempos del derecho romano? ¿Cuáles han sido sus variaciones a lo largo de la historia en cuanto a sus elementos? A estas y otras interrogantes trataremos de brindar su correspondiente solución en la presente investigación.

El cuerpo de esta investigación contempla de forma cronológica, los acontecimientos histórico-jurídicos que han ayudado a consagrar la institución jurídica del mandato que existe hoy, para lo cual es necesario efectuar una división espacio temporal de la historia del derecho, la cual nos ayudará en definitiva, a focalizar los distintos elementos que lo componen en sus respectivas fuentes jurídicas. Así entonces hablaremos del mandato en: II.1) Derecho Romano, fundamentalmente contenidas en la compilación justiniana: Instituciones 3.26 (*de mandato*) -Digesto 3.3 (*de procuratoribus et defensoribus*) - Digesto 17.1 (*mandati vel contra*) -Codex 2.12 (13) (*de procuratoribus*) -Codex 4.35 (*mandati*) II.4) Derecho Visigodo, fundamentalmente consagradas en: -Breviario de Alarico. -*Liber Iudiciorum* 2.2-3. III. 1) Derecho Medieval, contenidas en: -Fueros medievales. -Fuero Juzgo. -Las Siete Partidas. IV.1) El Mandato en los proyectos de código civil en Chile: -Tratados Exegéticos. -Proyectos del Código Civil Chileno de Don Andrés Bello. Sin embargo, consideramos imprescindible iniciar nuestra investigación con las figuras, instituciones y antecedentes que, luego de un largo y paulatino proceso, configuraron lo que hoy conocemos como contrato de mandato.

Primera Parte

I. 1. Antecedentes jurídicos e históricos que sirvieron de base al contrato de mandato.

En los inicios de la *urbs* es lógico deducir que no existía el mandato, puesto que la vida para los romanos era muy sencilla y simple, debido al escaso tráfico mercantil, el comercio reducido o prácticamente inexistente, una economía agraria y una comunidad pequeña de habitantes, factores que fundamentan el supuesto que, para los romanos de esa época, no se concebía la necesidad jurídica de hacerse representar por otra persona. En el derecho de familia podemos encontrar una de las primeras manifestaciones de esta necesidad, se había producido en el núcleo familiar, en los casos en que el impúber perdía la patria potestad que el paterfamilias ejercía sobre él, a causa del fallecimiento. En este supuesto se produciría una situación en la que sería necesario recurrir a una solución en virtud de la cual el impúber fuese representado por una persona capaz de actuar en su nombre, para así suplir su incapacidad de administración y disposición de su patrimonio. Además era necesario representar al pupilo en todas las demás relaciones jurídicas civiles y procesales en las que hubiese sido parte. La persona llamada a ocupar la tutela legítima era el *agnatus proximus*, tutor que se preocupaba de administrar y defender correctamente los bienes que conformaban el patrimonio del pupilo, con el fin de proteger sus intereses patrimoniales propios, frente al evento en que pudieren verse afectados, debido a que el *agnatus proximus* se convertiría en heredero legítimo del pupilo, Digesto 26.2.1: "*Lege duodecim tabularum permissum est parentibus, liberis suis sive feminini, sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare*"¹. Con el transcurso del tiempo, como resultado de un proceso lento y paulatino, la tutela va asumiendo con mayor fuerza, un intrínseco sentido como institución supletoria de la patria potestad y de acuerdo con este carácter, se configura cada vez más como un medio reglado para defensa y protección de los intereses del pupilo². Esta nueva orientación tuitiva, se aprecia claramente en la regulación jurídica contenida en la *Lex Laetoria*

¹ D. 26.2.1.Trad.Cast: "*Por la ley de las Doce Tablas se permitió a los ascendientes que den por testamento tutores a sus descendientes, ya del sexo femenino, ya del masculino, si estuvieran bajo su potestad*". GARCIA Garrido, Manuel Jesus. Derecho Privado Romano: Casos, Acciones e Instituciones. Madrid. Editorial Dykinson, 1991, p. 753.

² La consolidación de la tutela como función pública surge con la aparición de la tutela magistradual o Atiliana. A fines del siglo III a.C. Probablemente a través de un plebiscito del año 210 a.C., proposición del tribuno L. Atilio, se otorga al pretor urbano la facultad de nombrar tutor a los impúberes que carezcan de él. Este nombramiento se hacía de acuerdo con la mayoría del colegio tribunicio. A partir de esta tutela oficial, el cargo de tutor se configura plenamente como representante y protector de los intereses del pupilo. GUZMAN Brito, Alejandro. Dos estudios en torno a la historia de la tutela Romana. Editorial S.A. Eunsa. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 17-117.

de circumscriptione adolescentium del año 191 a.C.³, por la que se establecían una serie de sanciones contra aquellos que en la actividad comercial se aprovechaban de la inexperiencia e ignorancia de los mayores de catorce años y menores de veinticinco. En este marco regulador dirigido a la protección del patrimonio del pupilo, se situaría en el derecho clásico la *cura minorum*, como una clase de curatela sumada a las ya recogidas en las XII Tablas: la *cura prodigi* y la *cura furiosi*. En estos supuestos también puede reconocerse la necesidad de que una persona actúa en interés de otra y que por tanto, nos lleva a concluir que corresponde a un antecedente histórico de la representación, que es la base principal del mandato.

Desde el punto de vista del derecho privado, precisamente en el derecho sucesorio, existe otra institución que necesariamente merece tratarse, como antecedente histórico del mandato, en la que se produce un nuevo supuesto de representación por cuenta de otra persona distinta de la que actúa, denominado testamento *per aes et libram*⁴. Gayo afirma en sus *Institutas* II.103, que originariamente el *familiae emptor* se colocaba en la situación del heredero, Gayo II. 103: “*Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, atque olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, qui cuique post mortem suam dari uellet. Nunc uero alius heres testamento constituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*”⁵. Primitivamente esta forma a través de la cual se reglaba la sucesión, no constituía realmente un testamento, sino que trataba de una transferencia entre vivos, puesto que el *familiae emptor* recibía los bienes en virtud de la *mancipatio* con precio fingido y no estaría obligado jurídicamente a transferirlos a las personas designadas por el testador, sino que sólo estaba obligado a ello en base a la confianza en él depositada y a los *mores maiorum* que requieren la conducta social. Así se desprende que la utilización de estas formas de la *mancipatio* con fines de transmisión *mortis causa* se podría explicar a través de la desconfianza del testador de que se respetase

³ La Lex Laetoria establecía una acción de carácter penal y popular, que podía ejercitar cualquiera, frente a todo aquél, que en el desenvolvimiento comercial con el menor hubiese obtenido una ventaja causando perjuicio económico al patrimonio del pupilo. A la *cura minorum* se le dedica en el Digesto el Título cuarto del libro cuarto.

⁴ ARANGIO RUZZI, Vincenzo. “Sobre el testamento *per aes et libram*”. Congreso Internacional de Derecho Romano y de Historia del Derecho, (Verona septiembre de 1948), 3v, [s.n.], 1948. p.79 y ss.

⁵ Gayo II. 103. Trad.Cast: “Las dos primeras especies de testamento han caído en desuso, y solo se ha conservado el testamento *per aes et libram*, pero se ha reformado la manera de practicarlo. Antiguamente el comprador de la familia, es decir, el que recibía en *mancipio* la familia del testador, obtenía el lugar de un verdadero heredero, y el testador le señalaba la parte de herencia que debía dar a cada uno después de su muerte. Ahora por el contrario se instituye por testamento otro heredero encargado también de la distribución de los legados, y solo se hace uso por mera fórmula de un comprador de la familia para imitar el derecho antiguo”.

su última voluntad después de su muerte, por lo que hacía intervenir en su sucesión a un amigo de su confianza⁶. Se hace evidente el hecho de que la transferencia de esos bienes se haría en base a la *fiducia*, aunque respetándose las solemnidades de la *mancipatio*, ya que, el causante daba las instrucciones al fingido adquirente *familiae emptor*, en presencia de cinco testigos y del *librepiens*. De este modo el fingido comprador no adquiriría realmente el dominio de dichos bienes que se traspasaban, puesto que en la fórmula utilizada en la *mancipatio*, no se contenía ninguna expresión que afirmase que el patrimonio deviniese del adquirente. Por el contrario, la fórmula citada, contenía las expresiones de *mandatela* y *custodela* para hacer referencia, a que el patrimonio que se recibía, era objeto de encargo y custodia y no de adquisición.

No existen registros que contengan una referencia expresa y específica a la acción que podría ejercitar contra un *familiae emptor* que defraudase la confianza que el causante depositó en él, mientras vivía, con el objeto de transmitir los bienes recibidos a las personas designadas. Sin perjuicio de afirmar que en este supuesto, no se dan todos los rasgos característicos que posteriormente conformarán el contrato de mandato, aunque hay que destacar la idea, de que los romanos, desde tiempos antiguos, tenían interés en que una persona actuara en nombre de otra.

Ahora nos referiremos a la *fiducia* como antecedente histórico del contrato de mandato, más propiamente a la idea de representación⁷. Como es sabido, la *fiducia cum amico* fue utilizada en determinados tiempos⁸, de inseguridad y persecución política en Roma, como un medio en virtud del cual, se transmitía a través de la *mancipatio* el dominio de ciertos bienes a un amigo, en la confianza de que éste los devolvería, cuando el peligro hubiese pasado. Esta modalidad de la *fiducia* está íntimamente relacionada a la idea que se tiene por mandato, ya que el fiduciario no solo detentaba los bienes transferidos conservados en su poder, hasta el momento de la *remancipatio*, sino que se ocupaba de su cuidado, conservación y administración. Por lo que es sencillo suponer que tratándose de casas o de fincas era menester que el amigo cuidase, cultivase, reparase, dichos bienes, para cumplir la función de administrador en aquellos casos. El fiduciario en un principio, adquiriría el compromiso moral de retransmitir los bienes al

⁶ GARCIA Garrido, Manuel Jesus. Ob. Cit., p. 814.

⁷ *Ibidem*, p. 579.

⁸ La *fiducia*, aunque de aparición temprana, tuvo frecuente aplicación hasta el siglo I a.C. En tiempos posteriores se siguió utilizando como lo prueban algunas fuentes de los siglos I y II a.C. Así una tabla aparecida en Pompeya databa del año 61 d.C. y la Fórmula Bética que se sitúa en el siglo II d.C. En la época postclásica no tiene ninguna vigencia. En los textos del Corpus Iuris, los compiladores proceden sistemáticamente a modificar y sustituir la *fiducia* por otras instituciones. *Ibidem* p.3.

fiduciante, más tarde su obligación se convertiría en jurídica y por tanto exigible. El fiduciario que actuaba formalmente en interés de otro, no lo hacía en su propio interés, sino que se constituía en un auténtico gestor y administrador de los bienes del otro.

Desde el punto de vista del derecho procesal, ya en la época arcaica, existían algunos supuestos de representación. Estos se presentaban en las actuaciones procesales que una persona ejecutaba en nombre de otra por cuenta ajena, este actor correspondía a la figura del *cognitor*, Gayo IV. 82: “*Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno. Alieno, ueluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim, quamdiu legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, nisi, pro populo et libertatis causa*”⁹. La fórmula de designación solemne del *cognitor* se encuentra contenida en las Instituciones de Gayo IV. 83: “*Cognitor autem certis uerbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat: quod ego a te uerbi gratia fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do; adversarius ita: quando tua me fundum petis, in eam rem Publium Maeuium cognitorem do. Potest ut actor ita dicat: quod ego tecum agere uolo, in eam rem cognitorem do; adversarius ita: quando tu mecum agere uis, in eam rem cognitorem do. Nec interest, praesens an absens cognitor detur. Sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognouerit et susceperit officium cognitoris*”¹⁰.

Otra institución más propia del derecho hereditario, que guarda relación con la idea de representación es el legado, aunque hay que dejar claro, el hecho que de los cuatro tipos de legado que se reconocen en Gayo II.192: “*Legatorum utique genera sunt quattuor: aut enim per vindicationem legamus, aut per damnationem, aut sinendi modo, aut per praeceptionem*”¹¹, sólo el *legatum per damnationem* sirve de base a nuestra investigación. Supuesto en el que es posible reconocer una actuación ejecutada por una persona por cuenta e interés de otra. Es de la expresión “*damnas esto*” utilizada por el testador, puede deducirse que exista una actuación orientada en interés del legatario, que el heredero, por expreso encargo

⁹ Gayo IV. 82. Trad.Cast: “*Cumplenos advertir ahora que puede uno deducir las acciones en su propio nombre o a nombre de otro, esto es, a título de cognitor, procurador, tutor, curador, si bien antiguamente, cuando estaban en uso las acciones de la ley, no era lícito actuar en juicio a nombre de otro, salvo cuando fuese por el pueblo o por la causa de la libertad*”.

¹⁰ Gayo IV.83. Trad.Cast: “*El nombramiento de cognitor para que sustituya a uno en un pleito, debe hacerse delante de la parte contraria y usando de palabras determinadas, es a saber, de las siguientes el actor: por cuanto yo te reclamo un fundo, v.gr., nombro por mi cognitor en este negocio a Lucio Ticio: el demandado de estas otras: en atención a que tú me reclamas un fundo, nombro por mi cognitor en este negocio a Publio Mevio. También puede el actor nombrar cognitor por medio de estas palabras: queriendo tu entablar una acción contra mí, nombro cognitor en este negocio. Y nada importa que la persona nombrada esté presente o ausente; pero en este último caso no será cognitor sino a condición de que llegue a su noticia el nombramiento y lo acepte*”.

¹¹ Gayo II. 192. Trad.Cast: “*Hay cuatro especies de legados: legamos por vindicación, por condenación, por vía de tolerancia o permiso y por elección o preferencia*”.

del causante, queda en la necesidad jurídica de cumplirlo, Gayo II. 201: *“Per damnationem hoc modo legamus: heres meus Stichum, servum meum dare damnas esto. Sed et si dato scriptum sit, per damnationem legatum est”*¹².

Dentro del derecho hereditario hay que considerar el fideicomiso, como una institución que guarda relación directa con la idea de representación por cuenta de otro, no obstante su tardío reconocimiento legal en la época clásica.

Todas y cada una de estas instituciones históricas del derecho romano, nos hacen concluir de forma afirmativa que han pertenecido al proceso que posteriormente dará origen al contrato de mandato, determinando las bases de su estructura, contenido y naturaleza jurídica.

I. 2. La representación directa en el ámbito de la familia.

Es en el ámbito de la familia y en la esfera del tráfico de los actos y negocios jurídicos, en que se desarrollan en gran parte los supuestos anteriormente analizados, que dicen relación con la facultad que tenía una persona para ser representada por otra. El paterfamilias actuaba a través de un sometido a su *potestas*, ejecutando éste un acto o negocio en beneficio e interés del primero. Bastante frecuente era la situación en que el *pater* utilizaba los servicios de sus propios hijos, sus esclavos, o personas en las que él depositaba su confianza, para ejecutar actos de la vida cotidiana. Ahora, es claro el hecho que algunos carecían de más capacidad que otros, privando esta incapacidad de actuar frente a terceros a nombre propio en los negocios que realizaban. Acerca de la teoría de la representación y su elaboración doctrinal, debemos tener claro el hecho que es de época tardía, iniciando en la historia del derecho a través de la escuela del derecho natural del siglo XVIII y las formulaciones dogmáticas de la pandectística alemana del siglo XIX, antecedentes que dan como resultado la actual concepción de la representación jurídica.

En los inicios del derecho romano operaba la idea de la sustitución, recayendo ésta en la figura del *nuntius*, respecto del cual puede afirmarse que equivaldría a un instrumento material por el cual el *dominus negotii* hacía pública su voluntad, cumpliendo la misma función que un documento o carta. El *nuntius* fue admitido para los efectos de perfeccionamiento y conclusión de los contratos consensuales¹³,

¹² Gayo II. 201. Trad.Cast: *“Legamos por condenación de esta manera: que mi heredero sea condenado a dar a mi esclavo Stichum; y aun cuando solo se diga: que mi heredero de, siempre el legado será por condenación”*.

¹³ Gayo III.136. Trad.Cast: *“Decimos que en estos casos se contraen las obligaciones por el consentimiento, porque ni hay necesidad de palabras solemnes, ni de escritura alguna, bastando solo que consientan las partes contratantes. De*

no permitiéndose por el contrario su aplicación en la observancia de las formalidades exigidas en los actos y negocios solemnes del viejo *ius civile*¹⁴. No obstante, estas personas mandadas por el *dominus*, en los casos de no ser impúberes o dementes, podían ejecutar ciertos actos o celebrar ciertos contratos, siempre que éstos tuvieran como fundamento la adquisición de un bien o de un derecho de crédito a favor de su *paterfamilias*. Estas limitaciones reducía considerablemente las posibilidades del *paterfamilias* de emplear a estos *alieni iuris* en la administración y gestión de su patrimonio, puesto que en el supuesto de que el *servus* o el *filius* realizase otro tipo de actuaciones jurídicas en nombre del *paterfamilias*, éste no se hacía responsable de las obligaciones jurídicas derivadas del mismo, surgiendo solamente a cargo de los hijos o siervos una *obligatio naturalis*, esto es, aquellas que no dan acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas dan derecho a retener todo lo que se haya dado o pagado en razón de ellas. Es a partir del siglo II a.C., cuando se admite que en ciertos casos, el *dominus* es responsable de las obligaciones derivadas de los negocios celebrados con su autorización por los esclavos o hijos sometidos a su potestad¹⁵, Digesto 14.5: “*Quod iussu*”. Aparte de estas situaciones, existen otras en que el *paterfamilias* resulta responsable, cuando el negocio jurídico que produce algún tipo de obligación, estuviese en directa relación con su actividad comercial, al frente de la cual éste hubiese puesto a un sometido a su potestad, D.14.1: “*Ulpianus; Utilitatem huius edicti patere, nemo est, qui ignoret; nam quum interdum ignari, cuius sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit, eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit; quum sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quam institore, quippe res patitur, ut de conditione quis institoris dispiciat, et sic contrahat, in navis magistro non ita, nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium*”; D.14.3: “*Magistri autem imponuntur locandis navibus, vel ad merces, vel vectoribus conducendis armamentisve emendis; sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem*”¹⁶, o bien cuando el *paterfamilias* hubiese concedido al *filius* o al *servus* un *peculio* y la

aquí es que estas obligaciones se pueden contraer aun entre ausentes por carta o mediante tercera persona, cosa que no puede suceder en las obligaciones verbales”.

¹⁴ Instituciones como la *mancipatio*, la *in iure cesio* o la *sponsio*.

¹⁵ D.15.4. Trad.Cast: “*De la acción de lo que se hizo por mandato*”. D.14.5. Trad.Cast: “*De la gestión de negocios que se dijere haberse hecho con el que está en ajena potestad*”.

¹⁶ D.14.1. Trad.Cast: “*Ulpiano; Nadie hay que ignore, que es patente la utilidad de este Edicto; porque como a veces por la necesidad de navegar contratamos con patronos, ignorando de qué condición o quiénes sean, fue justo que el que destinó patrón para la nave se obligara, como se obliga el que puso al frente de una tienda, o de un negocio, a un factor de comercio; como quiera que haya mayor necesidad de contratar con el patrón, que con el factor de comercio, y de este modo contrate, pero no así respecto del patrón de la nave, porque a veces el lugar y el tiempo no permiten la determinación de deliberar más detenidamente*”. D.14.3. Trad. Cast: “*Mas se nombran patronos para dar en arriendo*”.

obligación asumida por los mandados no traspasase los límites de éste, D.15.1: *“Ulpianus; ordinarium Praetor arbitratus est, prius eos contractus exponere eorum, qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hoc pervenire, ubi de peculio datur actio. 1.- Est autem triplex hoc Edictum, aut enim de peculio, aut de in rem verso, aut quod iussu hinc oritur actio”*¹⁷. La época de aparición de las *actiones adiecticiae qualitatis* es posterior a la *lex Aebutia*, en donde el pretor concedía esta acción para permitir al demandante dirigirse adyecticiamente en contra del padre para evitar que la acción contra el sometido a su potestad no fuese eficaz por la carencia de un patrimonio propio¹⁸. La utilización de esclavos o personas incapaces para actuar por sí mismas, fue una situación más frecuente de lo que se creía, sobre todo con fines de administración de los negocios o bienes del *dominus*. En el mundo romano estas funciones de administración no sólo recaían en manos de una sola persona o esclavo, sino que además, en los casos de patrimonios considerablemente grandes, se solía nombrar a varios siervos actores con capacidad para representar los intereses ajenos de su *dominus*. Estos casos se daban en las explotaciones agrícolas, navieras, industriales y comerciales, pudiendo incluso hacerse cargo de los bienes ubicados en toda una provincia. Esta figura del esclavo administrador, de modo frecuente aparece mencionada como arquetípica en las fuentes del derecho romano, en donde se recoge la recompensa en honor a los servicios prestados a su *dominus*, ésta se denominaba *manumissio testamentaria*, la cual consistía en la autorización que hacía el *dominus* en su testamento, para liberar al esclavo en cuestión, siempre y cuando diera cumplimiento a la obligación de rendir cuenta de los negocios encomendados a los herederos del causante, D.26.7.58: *“Qui negotiationem per Pamphilum et Diphilum, prius servos, postea libertos, exercebat, suo testamento eos tutores reliquit, et cavuit, ut negotium eodem more exerceretur, quo se vivo exercebatur hique tutelam administraverunt non tantum quum impubes patroni filius fuisset, sed etiam post pubertatem eius; sed Diphilus quidem cum incremento negotiationis rationes obtulit, Pamphilus autem putavit, reddere oportere non ad incrementum negotiationis, sed ad computationem usurarum, ut in tutelae iudicio solet; quaesitum est, an secundum voluntatem defuncti exemplo Diphili Pamphilus quoque*

las naves, o para las mercancías, o para conducir pasajeros, o para comprar aparejos; pero aunque hubiere sido puesto al frente para comprar o vender mercancías, también por este motivo obliga al naviero”.

¹⁷ D.15.1. Trad. Cast: *“Ulpiano; Juzgó en el orden el Pretor exponer primero los contratos de los que están sujetos a ajena potestad, que dan acción por el todo, y de este modo llegar después al punto en que se da la acción de peculio. 1.-Mas es triple este Edicto, porque de él nace o la acción de peculio, o la de lo que se convirtió en provecho, o la de lo que se hizo por mandato”.*

¹⁸ Institutas 4.7, la fórmula es con transposición de personas, ya que en la intención aparece el nombre del hijo o esclavo, mientras que en la *condemnatio* aparece el del padre que debía pagar, con lo que se consigue la eficacia de la condena pecuniaria.

*rationem reddere debeat? Respondit, debere. Claudius Tryphoninus: quia lucrum facere ex tutela non debet*¹⁹”.

I. 3. El origen de la institución del Mandato como un contrato consensual.

En la doctrina del derecho romano existen discrepancias en cuanto al origen exacto del mandato, no obstante la posición del profesor Arangio Ruiz es la tesis predominante y a la que nos adherimos²⁰. El Profesor Arangio-Ruiz sostiene que el mandato es una institución del *Ius Gentium*, como consecuencia de que en un principio sólo se reconocería ante la jurisdicción del *pretor* peregrino. Posteriormente en una etapa más desarrollada del *Ius Civile* se admitió ante la jurisdicción del *pretor* urbano, por lo que se produce en este caso, como en otras instituciones y categorías jurídicas romanas, una asunción del *Ius Gentium* por el *Ius Civile*. Evidentemente el mandato en sus inicios fue antes una realidad social que jurídica, cuando la vida y actividad mercantil se intensifica, cuando el tráfico de bienes se expande a otros pueblos, cuando las relaciones se extienden a personas de otras culturas, religiones e idiomas, se hace indispensable encontrar un mecanismo en que una persona fuese representada por otra, por cuenta y riesgo de la primera²¹. Que tuviera la posibilidad de ejecutar encargos que debían ser llevados a cabo en otras localidades, en su mayoría distantes, negocios en los cuales el representado no podía o no le resultaba conveniente trasladarse personalmente a ese determinado lugar. El *Ius Gentium* regulaba una gran cantidad de instituciones y figuras jurídicas que participan en el ámbito de las actuaciones mercantiles y precisamente se recurría a la fórmula de la representación, elemento base del contrato de mandato. El Profesor Arangio-Ruiz centra su postura en la consensualidad del mandato, sostiene que es un punto decisivo para la calificación como institución procedente del *Ius Gentium*²², D.18.1.1.2: “*Est autem emtio iuris Gentium, et ideo consensu peragitur; et inter absentes contrahi potest, et per nuntium, et per litteras*”²³. D.19.2.1: “*Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio,*

¹⁹ D.26.7.58. Trad.Cast: “Uno que se dedicaba a cierto negocio valiéndose de Panfilo y de Difilo, antes esclavos, y después libertos, los dejó como tutores en su testamento, y dispuso que se siguiese el negocio en la misma forma en que viviendo él se hacía; estos administraron la tutela no solamente mientras fue impúbero el hijo del patrono, sino también después de su pubertad; mas Difilo presentó las cuentas con el incremento de la negociación, pero Panfilo juzgó que no debía referirlas al incremento de la negociación, sino al cómputo de los intereses, como suele hacerse en el juicio de tutela; se preguntó, ¿debería también Panfilo rendir las cuentas a la manera de Difilo según la voluntad del difunto? Respondió que debía. Y añadió Claudio Trifonino: porque no debe realizar lucro con la tutela”.

²⁰ ARANGIO Ruiz, Vincenzo. El Mandato en Derecho Romano. [s.n.], Nápoles, 1965, p. 44 y ss.

²¹ GARCIA Garrido, Manuel Jesus. Ob. Cit., p.595: “El contrato se basaba en reglas y costumbres sociales que tienen en cuenta los juristas”.

²² ARANGIO Ruiz, Vincenzo. Ob. Cit., p. 260-275.

²³ D.18.1.1.2. Trad.Cast: “Mas la compra es de derecho de gentes, y por eso se perfecciona por el consentimiento; y puede hacerse entre ausentes, y por mensajero, y por carta”.

*ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae, et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium, et magis emptionem et venditionem esse. Quodsi ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit*²⁴. No obstante, es importante tener presente que existen textos en los que se omite el mandato, lo que nos llevaría a concluir lo contrario, es decir, que el mandato no tiene su procedencia del *Ius Gentium*, sino que en tiempos más posteriores correspondientes al *Ius Civile*, D.2.14.7: “*Iuris Gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1.-Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, et ceteri similes contractus*”²⁵.

Anteriormente a la existencia de la *actio mandati*, como mecanismo de defensa judicial frente al incumplimiento de los deberes derivados de una relación de mandato, el mandatario que no cumpliera el encargo o defraudase la confianza depositada en él, sería susceptible de ser sancionado por una condena de carácter sagrado por haber infringido un deber *officium* derivado de la amistad. Esta sanción del derecho romano, según los textos de aquella época, sería eficaz socialmente y conllevaría el descrédito del mandatario, debido a la gran importancia que en la mentalidad romana estaba la idea de la amistad y confianza. Se daría también una infamia social de ahí el carácter de infamante de la acción de mandato, como acción con fórmula *oportere ex fide bona*²⁶.

I. 4. Relación entre Mandato y Procuraduría.

En el Derecho Primitivo, según la mayoría de la doctrina romanística, el único *procurator* que existió originariamente fue el *procurator omnium bonorum*²⁷. También resulta generalmente admitido, que las primeras personas que actuaron como administradores generales de un patrimonio ajeno, con la calidad

²⁴ D.19.2.1. Trad.Cast: “*Más de tal modo parece que tienen alguna semejanza la compra y venta, y la locación y conducción, que en algunos casos suele preguntarse si es compra y venta, o locación y conducción, como, por ejemplo, si yo hubiere convenido con un orifice que con oro suyo me hiciera anillos de cierto peso y de cierta forma, y que él recibiere, por ejemplo, trescientos, ¿será acaso compra y venta, o locación y conducción? Pero parece bien, que es un solo negocio, y que más bien es compra y venta. Pero si yo lo le hubiere dado el oro habiéndose convenido retribución por su trabajo, no hay duda que será locación y conducción*”.

²⁵ D.2.14.7. Trad.Cast: “*Algunas convenciones de derecho de gentes producen acciones; otras, excepciones. 1. - Las que producen acciones, no subsisten con su nombre, sino que pasan al nombre propio de un contrato, como compra, venta, locación, conducción, sociedad, comodato, depósito, y los demás contratos semejantes*”.

²⁶ D’Ors Pérez-Peix, Alvaro. Derecho Privado Romano. Universidad de Navarra, Pamplona 1997, p. 535.

²⁷ Autores como ARANGIO Ruíz, Vincenzo. Ob. Cit., p. 9; SERRAO, Feliciano. El Procurator. Giuffrè. Milán, 1947, p. 11-21; FRESE, Benedict. El Mandato en Relación con la Procuraduría. [s.n.]. Aalen, 1974, p. 397 y ss.

de procuradores, fueron esclavos manumitidos que no obstante la concesión de la libertad, continuaban administrando los bienes de sus *dominus*. La particular situación en la que se encontraba el *libertus* en relación a su anterior *dominus* y los deberes de reverencia, gratitud y fidelidad, en que se concretaba la institución del patronato, originaba en la persona del *libertus*, a pesar de ser legalmente un hombre libre, la subsistencia de los lazos estrechos respecto de su *dominus*. Estos deberes, que en un principio se restringían a la esfera estrictamente religiosa y espiritual, iban poco a poco, transformándose en auténticos deberes jurídicamente exigibles. Así, los intereses del *dominus*, de no prescindir de los servicios prestados por su antiguo esclavo, fueron los que originaron en numerosos casos, a que el *libertus* continuase administrando el patrimonio de su *dominus*. Más aún, en los inicios del imperio romano, la diferencia que resultaba de la libertad concedida, fuese menos profunda de lo que en un principio podía parecer un cambio tan relevante de *status*, ya que, el liberto continuaba siendo parte de la familia del *dominus*, debido a que no le era posible negarse a cumplir los encargos que se le encomendaban. Cabe tener presente que no toda relación de patronato estaba configurada en exclusivo beneficio del *dominus*, puesto que éste también tenía deberes y obligaciones para con sus *libertos*, denominados *fidei patroni*. Los terceros extraños que contrataban o suscribieran algún tipo de relación jurídica con el *libertus*, seguían teniendo la impresión de que continuaban tratando con la denominada *longa manus* del *dominus*.

Cuando las relaciones entre *dominus* y *libertus*, pasan a ser relaciones jurídicas de las que se pueden derivar acciones judiciales, la situación cambia, debido a que el liberto, aún continuando como administrador general del patrimonio del *dominus*, ya contrata frente a terceros, en nombre propio y está en condiciones tanto de actuar en juicio frente a éstos, como de ser demandado directamente por ellos.

Cicerón nos proporciona la definición más antigua del concepto de *procurator*, Cicerón, Pro Caecina 20.57: “*Is qui legitimen procurator dicitur, omnium rerum eiu, qui in Italia non sit absitue rei publicae causa, quasi quidam paene dominus hoc est alieni irui vicarius*”²⁸, en ella se exige la ausencia física del *Dominus* del lugar en el que celebra el negocio su representante. En el mismo sentido Alan Watson²⁹. Contrario a la definición antes mencionada encontramos a Feliciano Serrao³⁰, que la entiende en exceso

²⁸ Cicerón Pro Caecina 20.57. Trad.Cast: “Se dice que es legítimo procurador, el que en Italia tiene derechos sobre todas las cosas que posee y de las que no es dueño, pues éste se encuentra lejos de la república del que aquél es representante”.

²⁹ WATSON, Alan. El Contrato de Mandato en el Derecho Romano. [s.n.]. [s.l.], 1984, p. 6.

³⁰ SERRAO, Feliciano. Ob. Cit., p. 12.

restrictiva, puesto que, a su juicio entiende que no sería necesaria la ausencia del *dominus*, para establecer la relación de procuraduría entre representante y representado. En este mismo sentido el autor Vincenzo Arangio Ruiz³¹.

Establecer las relaciones entre mandato y procuraduría, en el derecho arcaico, ha sido un problema muy debatido para la doctrina romanística. Para poder entender esta controversia doctrinal nos referiremos a las notas del Profesor Federico Fernández de Bujan³², quien sigue a Alan Watson³³, dividiendo la controversia en tres aspectos fundamentales: Primero, la fusión de la procuraduría, especialmente la figura *omnium bonorum* con el mandato. Segundo, la clasicidad del *procurator ad litem*. Tercero, la época histórica de aparición de la figura del *procurator unius rei*.

En cuanto al primer aspecto que trata la fusión de la procuraduría con el mandato, la figura del *procurator omnium bonorum* encuentra su origen en la época antigua, no obstante se discute si a este procurador en la época clásica, se le aplicaba o no el estatuto jurídico del contrato de mandato. Una parte de la doctrina, sostiene que estas instituciones son reguladas por regímenes diferentes³⁴. Por otra parte se sostiene que durante la época clásica la *actio mandati* podía ser ejercitada contra un procurador³⁵. Según el Profesor Arangio Ruiz, en la época clásica, en los casos en que el dueño de un negocio quisiese reclamar contra su procurador, por incumplimiento de sus obligaciones como administrador general, debido a su mala gestión, debía ejercitar la *actio negotiorum gestorum*³⁶. Según García Garrido, siempre que existía el encargo de administrar un patrimonio, los juristas clásicos admitían la concurrencia de las dos acciones derivadas del mandato y de la gestión de negocios³⁷. Algunos fragmentos en los que se aprecia la relación existente entre mandato y procuraduría son los siguientes: Celso D.17.1.50: “*Si is, qui negotia fideiussoremque liberaret, idque utiliter fecit, negotiorum gestorum actione fideiussorem habet obligatum, nec refert, ratum habuit, nec ne; fideiussor etiam antequam solveret procuratori pecuniam, simula c ratum habuisset, haberet tamen mandati actionem*”³⁸. Juliano D.17.1.31: “*Si negotia mea mandavero gerenda ei,*

³¹ ARANGIO Ruiz, Vincenzo. Ob. Cit., p. 10.

³² Fernández De Bujan, Federico. “*Notas acerca del origen del contrato de mandato y su relación con la procuraduría en derecho romano*”. Boletín de la Facultad de Derecho, UNED. 1994, n° 7, España: UNED, p. 417-438.

³³ WATSON, Alan. Ob. Cit., p. 36 y ss.

³⁴ Fernández De Bujan, Federico. Ob. Cit., p. 430.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ Ibídem, p.431.

³⁸ D.17.1.50. Trad.Cast: “*Si el que administraba los negocios de un fiador, pagó al estipulante así, para que dejase libres al deudor y al fiador, y esto lo hizo útilmente, tiene obligado al fiador por la acción de gestión de negocios, y no*

*qui mihi actione in quadruplum tenebatur, post aunum vero in simplum, etsi post aunum cum eo mandati agam, praestare mihi quadruplum debebit; nam qui alterius negotia administranda suscipit, id praestare debet in sua persona, quod in aliorum*³⁹. D.3.3.47: *“Qui duos procuratores omnium rerum suarum relinquit, nisi nominatim praecepit, ut alter ab altero pecuniam petat, non videtur mandatum utrilibet eorum dedisse*⁴⁰. D.46.8.22.3: *“Quodsi debitam pecuniam procurator per iudicem, cui nihil mandatum fuerit, petierit, magis est, ut in solidum fideiussores teneantur, si dominus ratum non habuerit*⁴¹. Pomponio D.27.3.3: *“Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur, incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori procuratorive, arbitrato iudicis cavendum est, quod eo nomine iis ábsit*⁴². D.34.3.8.6: *“Si heres vetitus sit agere cum eo, qui negotia defuncti gesserit, non videtur obligatio ei praelegata, quae dolo, cel ex fraude eius, qui negotia gesserit, commissa sit; et testator id videtur sensisse; ideo si heres negotiorum gestorum egisset, agens procurator ex testamento incerti, doli mali exceptione excludere potest*⁴³. Africano D.15.3.17: *“Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit; nihilominus posse cum domino de in rem verso agi existimavit, nam et si procurator meus in negotia mea impensus pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdidit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum*⁴⁴. D.21.1.51.1: *“Circa procuratoris personam, quum quidem ipse scierit, morbosum, vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit; at quum ipse ignorans, esse vitiosum, mandatu domini, qui id sciret, emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam*⁴⁵. Gayo III.155: *“Madatum consistit, siue nostra gratia*

importa, si lo ratificó, o no; el fiador aun antes que pagase el dinero al procurador, tendría, sin embargo, la acción de mandato, tan pronto como lo hubiese ratificado”.

³⁹ D.17.1.31. Trad.Cast: *“Si yo le hubiere encomendado la gestión de mis negocios a quien me estaba obligado por acción en el cuádruplo, pero después de un año en el simple importe, aunque después del año ejercite yo contra él la acción de mandato, deberá pagarme el cuádruplo; porque el que para administrarlos toma a su cargo los negocios de otro, debe responder respecto a su persona de lo que respecto a la de otros”.*

⁴⁰ D.3.3.47. Trad.Cast: *“El que dejó dos procuradores para todas sus cosas, no se entiende que dio mandato a cada uno de ellos para que uno pida de otro cantidades, si expresamente no lo dispuso”.*

⁴¹ D.46.8.22.3. Trad.Cast: *“Pero si el procurador, a quien nada se le hubiere pedido por medio del juez una cantidad debida, es más cierto que los fiadores están obligados a la totalidad, si el principal no lo hubiere ratificado”.*

⁴² D.27.3.3. Trad.Cast: *“Si se ejercitase la acción de tutela o la de gestión de negocios, siendo incierto cuanto se debe por los adversarios al tutor o al procurador, se ha de dar caución por arbitrio del juez por cuanto por este concepto les falte”.*

⁴³ D.34.3.8.6. Trad.Cast: *“Si al heredero se le hubiera vedado ejercitar la acción contra aquel que hubiere gestionado negocios del difunto, no se considera que se le prelegó la obligación que se haya contraído por dolo, o por fraude del que hubiere gestionado los negocios; y parece que esta fue la intención del testador; por lo tanto, si el heredero hubiese ejercitado la acción de gestión de negocios, ejercitando el procurador en virtud del testamento la de cosa incierta, puede ser rechazado con la excepción de dolo malo”.*

⁴⁴ D.15.3.17. Trad.Cast: *“Habiendo un esclavo tomado en mutuo dinero para cosa de su señor, lo perdió sin culpa suya; esto no obstante juzgó que podía ejercitarse contra el señor la acción de lo convertido en su utilidad, porque también si mi procurador, habiendo tomado en mutuo dinero para gastarlo en negocios míos, lo había perdido sin culpa, con razón ejercerá por este motivo la acción de mandato o la de gestión de negocios”.*

⁴⁵ D.21.1.51.1. Trad.Cast: *“Respecto a la persona del procurador, habiendo sabido ciertamente este que aquel tenía enfermedad o vicio, no se ha de dudar que aun cuando él quede obligado a su principal por la acción de mandato, o*

*mandemus, siue aliena negotia geras, siue ut alteris obligatio, et inuicem alter alteri tenebimur mihi bona fide praestare oportere*⁴⁶. D.17.1.2: *“Item sive rogo, sive volo, sive mando, sive alio quocunque verbo scripserit, mandati actio est”*⁴⁷. D.3.3.46.7: *“Si duobus mandata sit administratio negotiorum, quorum alter debitor sit mandatoris, an alter cum eo recte acturus sit? Et utique recte; non enim ob id minus procurator intelligitur, quod is quoque, cum quo agitur, procurator sit”*⁴⁸. Scaevola D.17.1.60.2: *“Duobus quis mandavit negotiorum administrationem; quasitum est, an unusquisque mandati iudicio in solidum teneatur? Respondi, unumquemque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque non amplius debito exigatur”*⁴⁹. Papiniano D.17.1.55: *“Procurator, qui non res inclusas subtrahit, sed traditas non reddidit, iudicio mandati, non furti tenetur”*⁵⁰. D.17.1.56.4: *“Sumtus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, iudicio mandati restituí necesse est”*⁵¹. D.34.3.23: *“Procurator, a quo rationem heres exigere prohibitus, eoque nomine procuratorem liberare damnatus est, pecuniam ab argentario debitam ex contractu, quem ut procurator fecit, iure mandati cogetur restituere, vel actiones praestare”*⁵². D.41.2.49.2: *“Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur”*⁵³. D.46.8.3: *“Quum minor vigintiquinque annis creditor pecuniam recuperare vellet, interpositus procurator debitori de rato habendo cavet; restitutione in integrum data neque indebiti conditionem, neque stipulationem committi constabat; idemque eveniret, si falsi procuratoris actum minor annis ratum habuerit. Et ideo ita cavendum erit praecedente mandato: si ille in integrum restitutus fuerit, heresve eius, aut is, ad*

por la de gestión de negocios, no puede, sin embargo, ejercitar la acción por tal motivo; más cuando ignorando el que tenía vicio, lo hubiere comprado por mandato de su principal, que lo supiese, y ejercitara la acción redhibitoria, no opinaba que se le hubiera de oponer excepción útil derivada de la persona de su principal”.

⁴⁶ Gayo III. 155. Trad.Cast: *“El mandato se constituye, sea que lo demos en provecho nuestro o en el de un tercero”.*

⁴⁷ D.17.1.2. Trad.Cast: *“Asimismo, ya si ruego, ya si quiero, ya si mando, ya si uno lo hubiere escrito con otra cualquier palabra, hay la acción de mandato”.*

⁴⁸ D.3.3.46.7. Trad.Cast: *“Si la administración de negocios hubiere sido encomendada a dos, uno de los cuales fuera deudor del mandante, ¿reclamará el otro debidamente contra él? Y en verdad que debidamente; porque no se entiende que sea menos procurador por la circunstancia de que también sea procurador de aquel contra quien se reclama”.*

⁴⁹ D.17.1.60.2. Trad.Cast: *“Uno encomendó a dos la administración de sus negocios; se preguntó, ¿estará cada uno obligado por el todo por la acción de mandato? Respondí, que cada uno debía ser demandado por el todo, con tal que de ambos no se cobre más que lo debido”.*

⁵⁰ D.17.1.55. Trad.Cast: *“El procurador que no sustrajo las cosas encerradas, pero que no devolvió las entregadas, está obligado por la acción de mandato, no por la de hurto”.*

⁵¹ D.17.1.56.4. Trad.Cast: *“Es necesario que se restituya por la acción de mandato los gastos necesarios hechos de buena fe, aunque el procurador no haya podido poner término al negocio”.*

⁵² D.34.3.23 *“El procurador, de quien se prohibió que exigiera cuentas el heredero, que por tal razón fue condenado a liberar al heredero, será obligado por derecho de mandato a restituir el dinero debido por un banquero en virtud de contrato, que como procurador hizo”.*

⁵³ D.41.2.49.2. Trad.Cast: *“Aunque por medio de procurador se adquiere la posesión para el que lo ignora, y la usucapión le compete al que lo sabe, sin embargo, la acción de evicción no se le da al dueño contra el vendedor, contra la voluntad del procurador, pero se le obliga a cederla por la acción de mandato”.*

*quem ea res, qua de agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, mandato vero non interveniente vulgaribus verbis de rato habendo; haec quoque prudentius inter consentientes adstruentur; alioquin si non conveniat, nec creditor minor consentiat, actionem dari oportebit*⁵⁴. D.3.3.68: *“Quod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur, invito procuratore dominus petere potest”*⁵⁵.

Del estudio de los textos anteriormente citados podemos deducir que las relaciones entre el contrato de mandato y la procuraduría en el derecho romano, sufrieron como la mayor parte de las instituciones jurídicas, un proceso lento y paulatino desenvolvimiento histórico, que fue matizando y consolidando dos categorías, que si bien en su origen surgieron diversas y delimitadas, con el tiempo se fueron considerando como similares, dando lugar en el último estado de evolución, en la etapa justiniana, a una completa fusión de las mismas. Así, mientras que en un primer momento el régimen de la procuraduría parece más propio de las relaciones entre el dueño de un patrimonio y su administrador general, y el mandato más propio de las relaciones entre el dueño de un negocio concreto y determinado y la persona a la cual se le encarga la gestión del mismo, en un momento posterior, los juristas no ven obstáculo alguno a la aplicación del régimen del mandato, a los casos en que se encomienda a otro un encargo genérico, como puede ser el de gestión de todo un patrimonio. Así en los orígenes, la investidura de un procurador *omnium bonorum*, quizás revistiese las características de un acto unilateral, en el sentido de que se trataría de una declaración de voluntad por parte del *dominus*, a fin de que otro le representase en las que él era parte interesada frente a terceros. Ahora bien, desde el momento en que el representante se constituye como un sujeto plenamente capaz, que puede contratar a nombre propio frente a terceros y que las obligaciones por él asumidas como representante, con ocasión de la gestión realizada, pueden ser reclamadas judicialmente, la administración general puede ya ser configurada a través de una categoría contractual.

⁵⁴ D.46.8.3. Trad.Cast: *“Queriendo un acreedor menor de veinticinco años recuperar una suma, el procurador que fue interpuesto dio caución al deudor de que se ratificaría; habiéndose concedido la restitución por entero era sabido que no tenían efecto la condición de lo no debido, ni la estipulación; y lo mismo sucedería, si el menor de edad hubiere ratificado lo hecho por un falso procurador. Y por esto se habrá de dar caución de este modo precediendo mandato: si hubiere sido restituido por entero él, o su heredero, o aquel a quien perteneciere la cosa de que se trata, se dará tanto dinero, cuanto importare esta cosa; pero no interviniendo mandato, a las palabras ordinarias, de que se ratificará, se agregarán más prudentemente también éstas entre los contratantes; de otra suerte, si no se conviniera, ni el acreedor menor de edad lo consistiese, se deberá dar la acción”*.

⁵⁵ D.3.3.68. Trad.Cast: *“Lo que el procurador estipula respecto a los bienes de su principal, no oponiéndose el mandato, puede pedirlo el principal contra la voluntad del procurador”*.

El Profesor Arangio Ruiz afirma que hablar de mandato es ponerse en un punto diverso que hablar de procuraduría⁵⁶. En la procuraduría el interés se centraba en el poder que se le atribuía a otro para actuar por cuenta ajena, siempre dentro de los límites que expresamente señalaba el principal, mientras que en el mandato el interés se desplaza al deber que una persona asumía cuando aceptaba representar a otro, con ocasión de un encargo o gestión a él encomendado. En síntesis, sostiene que el mandato es la causa de la procuraduría, la relación que la configura y que forma su contenido.

A modo de resumen, creemos de interés, sintetizar los argumentos desarrollados por Alan Watson⁵⁷, en los que se resaltan las diferencias esenciales, en derecho clásico, entre un procurador y un mandatario: 1. El procurador generalmente se nombra para la administración genérica de los asuntos o negocios del *dominus*, mientras que el mandatario tiene como contenido ordinario el encargo de un negocio concreto y específico. 2. La acción normalmente ejercitada contra el procurador que es la *actio negotiorum gestorum* no conlleva la nota de infamia, la *actio mandati* contra un mandatario sí. 3. En cuanto a la responsabilidad del representante el mandatario respondía sólo por dolo, mientras que el procurador respondía por dolo y culpa. 4. El procurador tenía la obligación de rendir cuentas, no así en el mandato que cumplía esta obligación traspasando al mandante todos los efectos derivados de la gestión o negocio realizado en su propio nombre, pero en interés de su mandante. 5. El mandato es generalmente gratuito, no así la procuraduría; la diferencia radicaba en que en el mandato una persona rogaba a un amigo, mientras que como procurador actuaba alguien sometido o subordinado a la autoridad del *dominus*. 6. El procurador y no el mandatario, puede adquirir en nombre de su representante la posesión en interés de su principal. Es éste un supuesto excepcional de admisión de representación directa en el derecho romano.

Finalizando este primer análisis del *procurator omnium bonorum* y su relación con el mandato debemos señalar que a pesar de existir diversas opiniones al respecto, se entiende que el mandato y la procuraduría fueron dos instituciones distintas que se desarrollaron en la época clásica del derecho romano, en ámbitos similares, pero que siguieron regímenes jurídicos diferentes aplicándose a supuestos diversos.

⁵⁶ ARANGIO Ruiz, Vincenzo. Ob. Cit., p. 53.

⁵⁷ WATSON, Alan. Ob. Cit., p.8.

En cuanto a la segunda de las cuestiones formuladas, que dice relación con la figura del *procurator unius rei*, tenemos que la doctrina romanística lo sitúa en época postclásica, y de acuerdo a este posicionamiento cronológico es que también se ha llegado a la conclusión de que los fragmentos recogidos en las compilaciones justinianeas, que tratan acerca del procurador de cosa concreta, han sido objeto de manipulaciones ya sea por glosemas postclásicos o interpolaciones justinianeas. Con respecto a la clasicidad de este procurador se cita D.3.3.1: "*Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. 1.-Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest, constitutus vel coram, vel per nuntium, vel per epistolam, quamvis quidam, ut Pomponius libro vicesimo quarto scribit, non putent inius rei mandatum suscipientem procuratorem esse; sicuti ne is quidem, qui rem perferendam, vel epistolam, vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. Sed verius est, eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus sit*"⁵⁸. El *procurator unius rei* existente en la época postclásica, coincidía por regla general, con un hombre libre que mantenía un vínculo con el *dominus*, ya por una relación anterior de servidumbre, fidelidad, trabajo, entre otros, y que administraba con plenos poderes los bienes de su mandante. Estas situaciones configuraban a la procuraduría como una institución que conlleva gran amplitud y generalidad en las actividades del representante. Posteriormente estos poderes de administración fueron objeto de limitación y concreción, fijando las restricciones de este procurador de cosa concreta. Finalmente podemos concluir que ambos tipos de mandato coexistieron en una misma época, pero claramente con un marcado régimen jurídico diferente entre el *procurator omnium bonorum* y el *procurator unius rei*.

En relación a la última de nuestras cuestiones planteadas, que se refiere al *procurator ad litem*, entendemos que su antecedente es la figura del *cognitor*. Éste se encontraba regulado en la Ley de las XII tablas, siendo una de las primeras manifestaciones de representación voluntaria, por el hecho de que alguna de las partes no pudiese asistir personalmente al lugar del juicio por cualquier impedimento que justificare su ausencia. Así se enviaba a una persona ante el *pretor* para que representase sus intereses en el juicio. En Gayo IV. 83, se encuentra la fórmula solemne por el cual se daba nombramiento al

⁵⁸ D.3.3.1. Trad.Cast: "*Procurador es el que administra negocios ajenos por mandato del dueño. 1.-Mas el procurador puede ser nombrado o para todos los negocios, o para uno solo, o estando presente, o por medio de mensajero, o por carta, aunque algunos, según escribe Pomponio en su libro vigésimo cuarto, no consideren que es procurador el que acepta mandato para un solo negocio; así como, a la verdad, tampoco se llama propiamente procurador al que se encargó de llevar una cosa, o carta, o aviso. Pero es más cierto, que también es procurador el que fue nombrado para una sola cosa*".

*cognitor*⁵⁹, además de estos requisitos de forma, se exige que sea nombrado frente al adversario del litigio, en este sentido podemos afirmar que se sustituía realmente a la persona del demandante al ser nombrado *certis verbis y coram adversario* para litigar contra él, puesto que su nombramiento había sido efectuado ante el *pretor*. Cuando el *cognitor* actuaba en representación del demandado, éste debía prestar una garantía especial denominada *satisdatio iudicatum solvi*⁶⁰. Debido a esta necesidad y para los casos en los que un sujeto no pudiese comparecer en juicio, el *pretor* introdujo en su *Edictum perpetuum*, una serie de disposiciones que regulaban la representación del actor o del demandado por un procurador, ya no se trataba del *cognitor*, sino que tomaba el nombre de *procurator ad litem*⁶¹. Este representante frente al *cognitor* presentaba ventajas evidentes de simplificación de formalidades, ya que podía ser nombrado sin la presencia del adversario del litigio y sin las solemnidades exigidas del *cognitor*. Además éste representante procesal permanece más bajo el control del representado, debido a que el *cognitor* una vez investido solemnemente actuaba con una mayor independencia y libertad en el ejercicio de su cometido. Relacionado intrínsecamente con el *procurator ad litem* encontramos al *procurator in rem suam*, que se entendía como una figura en la cual una persona que se presentaba procesalmente como procurador de otro en un litigio, pero que en realidad actuaba en interés propio. Esta figura aparece a consecuencia de la prohibición existente en derecho romano acerca de la cesión de créditos, respetando los requisitos de la novación subjetiva. Debido a que este procedimiento exigía el consentimiento del deudor, el acreedor que no quisiera someterse a él, solía nombrar al cedente como procurador suyo, en el juicio que se iniciaba contra su deudor. En estos casos hablamos de un *procurator in rem suam*, puesto que es un fingido representante que en la realidad persigue intereses propios. En las siguientes fuentes de Gayo encontramos referencias a este tipo de representante: en Gayo II 38: "*Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt, nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferentur, id afficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis*"⁶². Y en Gayo II 39: "*Sine hac uero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi*

⁵⁹ Gayo IV.83. Ob.Cit., p 4.

⁶⁰ GARCIA Garrido, Manuel Jesus. Ob. Cit., p. 180.

⁶¹ D'Ors Pérez-Peix, Álvaro. Ob.Cit., p. 140 y ss.

⁶² Gayo II 38. Trad.Cast: "*Nada de lo establecido tiene lugar respecto de las obligaciones, cualquiera que sea la manera con que se hayan contraído; porque si yo, por ejemplo, quiero hacerte acreedor de lo que otro me debe, no puedo conseguirlo por ninguno de los medios de transferir la propiedad de las cosas corporales; si no es preciso que con mi consentimiento lo estipules así de mi deudor, el cual quedará libre de esta suerte con respecto a mí, y obligado para contigo. Esto es lo que se llama renovación de la obligación, novatio obligationis.*

*cognitor, aut procurator meus, experiri*⁶³. En el derecho justiniano esta distinción entre las figuras del *cognitor* y *procurator*, quedó eliminada, subsistiendo solo el *procurator*.

Para finalizar el análisis de las relaciones entre mandato y procuraduría mencionaremos las siguientes afirmaciones: que en época clásica el mandato se configuraba como especial y la procuraduría fundamentalmente era general, por lo que era excepcional la existencia de un mandato genérico o una procuraduría con objeto específico y singular. Posteriormente en época justiniana, esta distinción desaparece por completo, a consecuencia de la inclusión del mandato a los contratos que dan lugar a los *iudicia generalia*, D.17.1.2⁶⁴. Se hablaba de mandato cuando alguien aceptaba un encargo recibido, con el fin de que ejecutara una determinada actividad que no iba a provocar consecuencias en su propio patrimonio, sino en el de su mandante o en el de un tercero. Por el contrario, la procuraduría se ajustaba a los casos en los que una persona actuaba espontáneamente, sin que se haya recibido un encargo de actuar en interés de otro. En estos casos tomaba el nombre de *negotiorum gestor*, que a su vez era considerado por los juristas como un *falsus procurator*, para distinguirlo del *verus procurator*, que si recibió el encargo objeto del contrato. Así, para los compiladores justinianos, las relaciones jurídicas entre el que ordenaba el encargo y el mandatario o el procurador investido o nombrado, se exigían judicialmente a través de la *actio mandati*, mientras que las relaciones entre procurador espontáneo o gestor y el dueño del negocio gestionado, se exigían a través de la *actio negotiorum gestorum*.

Luego de establecer los antecedentes del contrato de mandato, procederemos a identificar, analizar y comprender esta institución a lo largo de la historia del derecho.

Segunda Parte

II. 1. El mandato en el Derecho Romano.

La configuración jurídica que ha dado como resultado la institución del mandato, ha sido objeto de amplia discusión entre los romanistas. Así, con el objeto de determinar la naturaleza jurídica del *mandatus* se han esbozado las siguientes teorías; por un lado algunos autores establecen que el mandato no es un contrato propiamente tal, sino más bien una especie del contrato de arrendamiento de servicios,

⁶³ Gayo II 39. Trad.Cast: “Sin esta renovación no puedes actuar en tu propio nombre, pero sí debes hacerlo en el mío a título de mi procurador o agente”.

⁶⁴ D.17.1.2. Ob.Cit., p. 14.

supuesto por el que algunos lisa y llanamente no contemplan al mandato al momento de clasificar los contratos en el derecho romano, significando una relación de género y especie, en donde el contrato de arrendamiento de servicios es el género y el mandato la especie. Se critica esta posición con argumentos de texto contenido en las compilaciones justinianas, Digesto 17.1.1: “*obligatio mandati consensu contrahentium consistit*”⁶⁵, esta teoría es la minoritaria. Por otro lado la gran mayoría de la doctrina romanista, identifica al mandato como un contrato propiamente tal, clasificándolo dentro de los denominados contratos consensuales como lo son la *societatibus*, *arrendamiento* y *el mandatus*, Institutas 3.22: “*consensu fiunt obligationes in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*”⁶⁶. Esta posición es la que seguiremos.

El *mandatus* en el derecho romano se configura como un contrato consensual, Institutas 3.22.1: “*Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia omnimodo opus est, ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotium gerunt, consentiré*”⁶⁷, esto significa que se perfecciona por el consentimiento entre mandante y mandatario, produciendo todos sus efectos sin necesidad de otras solemnidades. Es un contrato sinalagmático imperfecto y gratuito, ya que debido al *officium*, *amistas*, se trata de un deber moral basado en las relaciones de confianza y amistad entre las partes.

La palabra *mandatus* etimológicamente deriva del latín “*manu dare*”, significando “el dar poder de representación a otro, o “*manu datio*”, ritual que consistía en que los contrayentes tomados de ambas manos, prometían cuidar recíprocamente de sus intereses y encargos⁶⁸. El que confiaba el encargo se denominaba *Mandator* y el que lo aceptaba se denominaba *Procurator* o en latín *is qui mandatum accepit*.

En los tiempos del derecho romano clásico, la figura del *procurator* o encargado de la administración de los bienes de una familia, se identificaba con un *Liberto* y se encuadraba en la *praepositio*, ya que el mandante, que generalmente era el *Dominus* o *Paterfamiliaes*, encargaba al liberto

⁶⁵ D. 17.1.1. Trad.Cast: “*la obligación del mandato consiste en el consentimiento de los contratantes*”.

⁶⁶ Inst. 3.22. Trad.Cast: “*se hacen las obligaciones por el consentimiento en las compraventas, en los arrendamientos, en las sociedades y en los mandatos*”

⁶⁷ Inst. 3.22.1. Trad.Cast: “*más se dice que en estos casos se contrae la obligación por el consentimiento, porque no hay en manera alguna necesidad ni de escrito ni de la presencia de las partes, y porque tampoco es necesario que se dé alguna cosa para que tome cuerpo la obligación, sino que basta que consientan los que hacen el negocio*”.

⁶⁸ San Isidoro recoge en sus Etimologías 5.24.20 “*Mandatum dictum, quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat*” Cf. San Isidoro de Sevilla: Etimologías, I, Edición Bilingüe preparada por José Oroz Reta, Madrid 1982, p. 522-523.

de su más exclusiva confianza la administración de todo o parte de su patrimonio. En el bajo imperio era frecuente que las familias más importantes de la *societas* romana tuviesen un *procurator*. Al transcurrir el tiempo personas no sujetas al *Dominus o Paterfamiliaes* y de una posición relevante en la sociedad superior a la de los libertos, fueron configurando la posición del mandatario, para llegar posteriormente a constituir la procuración y mandato una única institución, que tiene su aplicación principalmente en el derecho procesal, Digesto 3.3.1 *“Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat”*⁶⁹.

Con respecto al elemento de la gratuidad del mandato, debemos dejar sentado el hecho que de este elemento configura la gran diferencia, en que muchos autores fundamentan sus argumentos para diferenciar al mandato del contrato de arrendamiento de servicios. Según el jurista Paulo en la gratuidad radica la diferencia entre el contrato de mandato y el contrato de arrendamiento de servicios, estableciendo que el mandato se basa en la amistad, confianza y *officium* y es nulo si no es gratuito; si interviene dinero no es mandato sino un arrendamiento de servicios Digesto 17.1.4 *“Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit”*⁷⁰. Sin embargo existe una excepción a la regla general que establece que el mandato es un contrato gratuito, puesto que en la última época clásica del derecho romano se admitió en algunos casos, que el mandatario recibiera una remuneración denominada *honorarium*, *salarium*, por el cometido de sus encargos, siendo incluso exigible *per extraordinariam cognitionem*, Codex 4.35.1 *“Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potest experiri; de salario quod promisit a praeside cognitio praebetur”*⁷¹.

El mandato en el derecho romano no solo se utilizaba única y exclusivamente para administrar los bienes de una persona, sino además como una herramienta para la cesión de créditos, deudas y para la constitución de fianzas entre ausentes. En el primer caso la persona acreedora nombraba su procurador en juicio a la persona a quien quería cederle los créditos sin que ésta una vez sancionados judicialmente,

⁶⁹ D. 3.3.1. Trad.Cast: *“Procurador es el que administra negocios ajenos por mandato del dueño”*.

⁷⁰ D. 17.1.4. Trad.Cast: *“Es nulo el mandato, si no es gratuito, porque trae su origen de la oficiosidad y de la amistad; luego la retribución es contraria a la oficiosidad, porque interviniendo dinero, la cosa tira más bien a locación y a conducción”*.

⁷¹ Cod. 4.35.1. Trad.Cast: *“Puedes ejercitar la acción de mandato, contra aquel cuyos negocios fueron administrados, por el capital y los intereses del dinero que gastaste de tus propios bienes, o recibido de otro en mutuo. Más respecto a la retribución, que prometió, el conocimiento se verificará ante el presidente de la provincia”*.

tuviera la obligación de transferirlos al mandante. En el segundo caso es el fiador el que actuaba como mandante y ordenaba que una persona se convirtiera en acreedora de otra, prestándole una cierta cantidad de su propio dinero a otro que sería su deudor, quedando el mandante como responsable de la devolución de dicha cantidad de dinero en el caso de incumplimiento.

En cuanto al nacimiento del contrato de mandato es menester recordar que como todo contrato consensual, éste existe desde el momento en que el mandante confía el encargo de un negocio jurídico al mandatario y éste lo acepta, produciendo todos sus efectos en ese momento. Es en la existencia o no del encargo por parte del mandante, en la que radica la esencial diferencia entre el contrato de mandato y la gestión de negocios, por lo que en los textos justinianos existe esta diferenciación expresa entre un *verus procurator*, que solo existe cuando hay un mandato precedente, y un *falsus procurator* que se refiere al gestor de negocios sin mandato anterior. La gestión de negocios es llevada a cabo con la esperanza de que el *Dominus negotii* ratifique en un acto posterior la actuación previa de su *gestor*. Esto significa que una vez ratificado el acto respectivo produce los mismos efectos que el mandato, según la regla de origen sabiniano: *ratihabitio mandato aequiparatur*, Digesto 43. 16. 1. 14 “*Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Casium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecisisse interdictoque isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari*”⁷².

El contenido del contrato de mandato nunca puede recaer o tener por objeto algo ilícito o inmoral, la sanción por objeto ilícito es la nulidad. Siempre ha de referirse a una actividad lícita, moralmente aceptada, digna de un ciudadano, que pueda ser desempeñada por el mandatario. El objeto del mandato puede versar sobre un asunto concreto, único o específico, el cual es denominado *mandatum unius rei* o mandato especial; o puede versar sobre la administración general de todo el patrimonio del mandante, denominado *mandatum ómnium bonorum* o mandato general. En el derecho justiniano el encargo lo recibía el *procurator*, cuyas facultades concretas dependían única y exclusivamente del contrato consensual celebrado con su *mandator*, aunque cabe dejar presente que desde la época clásica del derecho romano se admitió el mandato indeterminado, es decir, a determinar por el mandatario; en el

⁷² D. 43.16.1.14. Trad.Cast: “Mas si yo hubiere ratificado que otro haya echado, hay quienes opinan, conforme a Sabino y Cassio, que comparan la ratificación con el mandato que se considera que yo eché, y que estoy sujeto a este interdicto; y esto es verdad; porque con más razón se dice que el delito de la ratificación se compara con el mandato.”

derecho justiniano se amplía más la esfera de actos y contratos que podían ser ejecutados o celebrados por el *procurator*.

En cuanto a las clasificaciones que se pueden efectuar al contrato de mandato, en los tiempos del derecho romano postclásico los juristas distinguieron cinco tipos de mandatos. El criterio directivo por el cual diferenciaban un tipo de mandato de otro radicaba en la fórmula en que se determinaba qué partes del contrato se beneficiaban con la gestión, así hablamos del mandato en beneficio del mandante, del mandante y del mandatario, exclusivamente de un tercero, del mandante y un tercero y del mandatario y un tercero, *Institutas 3.26: "Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandat, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena"*⁷³. Estaba prohibida la figura del mandato en que el mandatario fuera el único beneficiado, por ejemplo, si el mandante encargase a su mandatario que invirtiera una suma de dinero, de propiedad del mandatario, en una actividad más ventajosa, esta figura se reduce a la expresión del mero consejo y consiguientemente no revestiría jamás un mandato y no generaría ninguna obligación exigible en contra del mandante en el caso de ocasionar perjuicios, *Institutas 3.26: "At si tua tantum gratia tibi mandatum sit supervacuum est mandatum et ob id nulla ex co obligatio nec mandati inter vos actio nascitur"*⁷⁴.

Efectos del contrato de mandato, debemos establecer que por efectos se entienden los derechos y obligaciones que nacen entre el mandante y el mandatario. Una vez perfeccionado el contrato de mandato romano surgían una serie de derechos y obligaciones exigibles recíprocamente entre ambas partes.

El mandatario podía renunciar al mandato, para ello él debía notificarlo de forma adecuada a su mandante, *Digesto 17.1.22.11: "Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consumari oportet, nisi renunciatum sit (renunciari autem ita potest, ut integrum ius mandatori reservatur vel per se vel per alium andem rem commode explicandi)"*⁷⁵. Posteriormente era menester para esta renuncia la exigibilidad de una *iusta causa*, *Institutas 3.26.11: "Mandatum non suscipere liberum est;*

⁷³ Inst 3.26. Trad.Cast: "Contráese el mandato de cinco maneras: ya que alguno te dé mandato tan solo por su interés, ya por el suyo y el tuyo, ya por el de otro únicamente, ya por el suyo y el de otro, o ya por el tuyo y el de otro. Más si se te hubiere dado mandato tan sólo en tu interés, es inútil el mandato, y por ello no nace de él ninguna obligación, ni la acción de mandato entre vosotros"; *Institutas 3.26.1-6; Digesto 17.1.2; Digesto 17.1.2.1-5*

⁷⁴ Inst 3.26 Idem.

⁷⁵ D. 17.1.22.11. Trad Cast: "Más así como hay libertad para no aceptar un mandato, así debe ejecutarse el aceptado, si no se hubiera renunciado. Más puede renunciarse de modo, que se reserve íntegro al mandante su derecho para ejecutar cómodamente la misma cosa o por sí, o por medio de otro, o si recayera perjuicio sobre aquel que aceptó el mandato".

susceptum consummandum aut quam primum renuntiandum est, ut aut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuntiat, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilo minus mandati actio locum habet, nisi si iusta causa intecessit aut non renuntiat aut intempestive renuntiat". Paul. Sent. 2.15.1: *"post subitam valetudinem, ob necessariam peregrinationem, ob inimicitiam et inanes rei actiones integra adhuc causa mandati negotio renuntiar potest"*⁷⁶. El mandatario, si aceptaba el encargo, estaba obligado a llevar a cabo la gestión de acuerdo a lo pactado en el contrato y de la forma que ahí se señalaba, Digesto 17.5.1.3: *"item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes tuque eum nonanginta vendideris et petam fundum, non obstat mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves"*⁷⁷ o según las circunstancias del caso en concreto. Con el transcurso del tiempo se fue reconociendo en la persona del mandatario una mayor amplitud en cuanto a la forma de ejecutar los encargos. En el Bajo Imperio, la extralimitación de sus facultades no necesariamente implicaba como sanción la nulidad de las gestiones ejecutadas, Paul. Sent. 2.1.5.3: *"Certo pretio rem iussus distrahere si minoris vendiderit, mandati iudicio pretii summa poterit integrari: venditionem enim dissolvi non placuit"*⁷⁸.

En cuanto a la responsabilidad por el cumplimiento del mandato, en el derecho clásico el mandatario respondía solo en los casos de dolo, ya que, se trataba de una gestión a título gratuito. Sobre esta materia Cicerón sostiene que responde además por negligencia⁷⁹. En el derecho post clásico se admite la responsabilidad por culpa, para posteriormente en el derecho justiniano admitir por la jurisprudencia la responsabilidad por culpa leve, cuestión que era apreciada en abstracto.

Como obligación final del mandatario con respecto a su mandante debía rendir cuentas una vez cumplido el cometido que se le había confiado, esta obligación consistía en entregar todos los bienes, intereses de los capitales invertidos, y en general todas las adquisiciones que hubiera conseguido producto de la gestión realizada.

⁷⁶ Inst. 3.26.11. Trad.Cast: *"Cada cual es libre de no aceptar un mandato; pero aceptado, debe ser ejecutado, o ser renunciado cuanto antes, para que el mandante ejecute por sí mismo o por medio de otro el mismo negocio. Porque si no se renunciare de modo que se reserve al mandante completa facilidad para realizar el mismo negocio, tiene, sin embargo, lugar la acción de mandato, salvo si medió justa causa o para no renunciar o para renunciar intempestivamente"*.

⁷⁷ D. 17.1.5.3. Trad.Cast: *"Asimismo, si yo te hubiere mandado, que vendieses en cien un fundo mío, y tú lo hubieres vendido en noventa, y yo reclamara el fundo, no me obstará excepción, si no me dieras también el resto que falta, con arreglo a mi mandato, y me indemnices de todo"*

⁷⁸ Paul. Sent. 2.1.5.3.

⁷⁹ Cicerón, Pro Roscio Am. 38 III.

El mandante estaba obligado a resarcir al mandatario todos los gastos que el contrato de mandato le hubiera ocasionado, así como los intereses de las sumas que el mandatario hubiera invertido y los daños que hubiere padecido como consecuencia directa en la ejecución del mandato. Así, para exigir el cumplimiento de cada una de las obligaciones que el mandato imponía a las partes, el derecho romano contemplaba las siguientes acciones: *actio mandatis*, acción *ex bona fides*, que daba como resultado el efecto infamante en el condenado. Esta acción tenía una doble naturaleza procesal, la cual dependiendo si la ejercía el mandante o el mandatario tomaba una distinta denominación y campo de acción. Cuando era ejercida por el mandante se denominaba *actio mandatis directa*, a través de ella se pedía el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones del mandatario. Cuando era ejercida por el mandatario se denominaba *actio mandatis contraria*; a través de ésta se exigían los derechos que el mandatario tenía frente a su mandante. Además de estas acciones existía la *actio negotiorum gestorum*, acción que en sus inicios solo se restringió al campo procesal y a la figura del *procurador ad litem* con respecto a su representado. Posteriormente se extendió a todos los casos de gestión de negocios de otro.

II. 2. Extinción del contrato de Mandato.

El contrato de mandato se extingue: 1) Por revocación del mandante⁸⁰, 2) por renuncia del mandatario fundada en una *iusta causa*⁸¹. 3) Por muerte o *capitis diminutio* de cualquiera de las dos partes, Digesto 17.1.26: *“Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est, nam mandatum solvitur morte; si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit, mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare”*⁸². De esta última causal existía una excepción en el derecho justiniano, la cual se configuraba con el *mandatum post mortem collatum*, esto es, el encargo de realizar algo después de la muerte, ya sea de parte del mandante o del mandatario, encargo a realizar por sus herederos, Codex 8.38.11: *“Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem, an quum morietur, vel pridie quam morietur, stipulatus sit aliquis, vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes, omnia, quae vel in quocunque contractu stipulati vel pacti*

⁸⁰ Inst. 3.26.9. Trad.Cast: *“Desaparece también un mandato hecho válidamente, si hubiere sido revocado, estando todavía íntegro su objeto”*

⁸¹ Inst. 3.26. 11 Ibidem pag. 8.

⁸² D. 17. 1. 26. Trad.Cast: *“Entre las causas de no cumplir el mandato se halla también la muerte del mandante, porque el mandato se disuelve por la muerte; pero si se cumplimentó por ignorancia, dicese que compete acción por causa de utilidad. También escribió Juliano, que por la muerte del mandante se disuelve el mandato, pero que alguna vez subsiste la obligación”*.

*sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem, vel pridie quam moreretur, scripta ese noscuntur nihilominus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus*⁸³.

II. 3. Efectos del Mandato.

En los inicios de esta investigación nos preguntábamos con respecto a los efectos del mandato, entre mandante y mandatario, de éstos con terceros, la relación que los unía y el tipo de representación que admitían los romanos, pues bien, a continuación procederemos a resolver cada una de esas preguntas.

En derecho procesal, el procedimiento de las *legis actiones*, aunque la regla general fue la inadmisión de la actuación *alieno nomine*, Gayo 4.82: *“Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actionem in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis”*,⁸⁴ excepcionalmente se admitía la posibilidad en que una persona fuera representada por otra, actuando válidamente en juicio. Los casos en que procedía eran los siguientes: 1) *pro populo*, en defensa de causas de interés público, por ejemplo, en las acusaciones públicas o acciones populares. 2) *pro libertate*, en favor de un hombre de quien se discutía su estado de libertad. 3) *pro tutela*, en interés de un pupilo. 4) *ex lege hostilia*, acciones por el delito de hurto en favor de un prisionero de guerra, de un ausente por causa de la república o de un pupilo cuyo tutor estaba impedido de representarlo, Intitutas 4.10: *“Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno; alieno veluti procuratorio, tutorio, curatoto, cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non pose, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela, preterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum tutela essent, et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt, homines per procuratores litigare: nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio itimque aliae multae causae saepe impedimento sunt, quo minus rem suam ipsi exequi possint*⁸⁵.

⁸³ Cod. 8.38.11. Trad.Cast: *“Suprimiendo en absoluto la escrupulosa investigación de si uno ha estipulado. O dejado alguna cosa en testamento a título de legado o de fideicomiso para después de su muerte, o para cuando muera, o para un día antes de que muera, mandamos, que, aunque se conozca que fue escrito para después de la muerte o para un día antes de que muera, sea, sin embargo, válido a tenor del contrato o del testamento, todo lo que estipularon o pactaron los contratantes en un contrato cualquiera, o todo lo que el testador dispuso en su testamento”*.

⁸⁴ Gayo IV. 82. Trad.Cast: *“Debemos advertir ahora, que cualquier persona puede ejercitar una acción, o en su nombre, o en el de otro; en el de otro, como procurador, tutor, o curador”*.

⁸⁵ Inst. 4.10.Trad.Cast: *“Debemos advertir ahora, que cualquier persona puede ejercitar una acción, o en su nombre, o en el de otro; en el de otro, como procurador, tutor, o curador, habiendo estado en otro tiempo en uso, no poder*

En el procedimiento formulario, se fue admitiendo de forma progresiva esta figura de representación tanto legal como voluntaria. En la de tipo legal podemos distinguir entre tutores y curadores como representantes de personas incapaces; además de los actores, curadores y síndicos designados como representantes de las corporaciones. En ambas situaciones el representante consumía la acción y su ejecución recaía en el representado, por lo que la representación legal constituía representación directa. En la de tipo voluntaria se distinguía el *cognitor*, o representante nombrado en presencia del adversario con arreglo a determinadas formalidades y el *procurator*, designado sin formalidades. En el caso en que el representante era un *cognitor*, la acción procesal se consumía definitivamente y la acción ejecutiva de la sentencia se daba en favor del representado. No obstante, cuando se trataba de un *procurator* la acción no se consumía para el demandante, que podía volver a ejercerla, para evitar esta situación el *procurator* debía rendir caución pretoria, *de rato*, de que su representado aceptará el resultado de la sentencia y no volverá a reclamar; la acción ejecutiva derivada de la sentencia correspondía al *procurator*, esto es, al representante y no al representado. Cuando el *procurator* había sido nombrado personalmente o constaba de otro modo su nombramiento desde el principio, la jurisprudencia los asimiló al *cognitor*, es decir, consumía la acción procesal y la acción ejecutiva correspondía al representado.

En derecho civil, el principio fue de negación de la representación directa y admisión exclusiva de la representación indirecta. Se trataba de que los actos realizados por el mandatario producían sus efectos directamente sobre sí mismo y no sobre el mandante. Con ello se excluía tanto la representación directa como la admisión de contratos en favor de terceros. Esta doctrina ha sido recogida en los textos romanos, Digesto 44.7.11: “*Quaecunq̄ue gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere, venderé, contrahere, ut alter suo nomine recte agat possumus*”⁸⁶, quedando consagrada en los siguientes principios: “*alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur*”⁸⁷. “*Et ideo neque stipulari*

ejercitarla en nombre de otro, sino en interés del pueblo, de una manumisión, o de una tutela: además de lo que se había permitido por la ley Hostilia ejercitar la acción de hurto a nombre de aquellos que estuviesen en poder de los enemigos, o ausentes por causa de la república, o de los que estuviesen bajo su tutela. Y como esto tenía no pequeños inconvenientes, porque no era lícito ni ejercitar una acción ni oponerle una excepción a nombre de otro, comenzaron los hombres a litigar por medio de procuradores; porque una enfermedad, la edad, un viaje necesario, y también otras muchas causas, impiden frecuentemente a los hombres que ellos mismos puedan realizar sus propios negocios”.

⁸⁶ D. 44.7.11. Trad. Cast: “Cualesquiera cosas que hayamos hecho, como quiera que traen su origen de un contrato nuestro, si no tomaran de nuestra persona el principio de la obligación, hacen baldío nuestro acto; y por lo mismo no podemos ni estipular, ni comprar, ni vender, ni contratar, de modo que otro litigue con derecho en su propio nombre”.

⁸⁷ D. 45.1.38.17. Trad. Cast: “Nadie puede estipular para otro, salvo si el esclavo estipulara para el señor, o el hijo para el padre; porque estas obligaciones se inventaron para esto, para que cada cual adquiera para sí por lo que le interesa; mas nada me interesa que se le dé a otro. Y si ciertamente yo quisiera hacer esto, convendrá que se estipule una pena,

*neque emere, venderé, contrahere ut alter suo nomine recte agat possumus*⁸⁸. “*Per liberam personam nihil nobis acquiri potest*”⁸⁹. La doctrina romanista establecen que en un principio se acogió la representación directa, no obstante en los siglos III y II a.C., existió un cambio trascendental, esto es, de la negación de la representación directa y la admisión de la representación indirecta. Todo esto a consecuencia de ser substituido el principio de la contraprestación por el de la voluntad, principio de procedencia griega implantada a los contratos consensuales. El primero en prohibir la representación por medio de los no sometidos fue Quintus Mucius Scevola, aunque el principio general de todos los pueblos primitivos, en la época arcaica del derecho romano, se fundaba en que los actos jurídicos debían producir sus efectos de manera única y exclusiva en la persona que los ejecutaba y no en un tercero, cuestión que se relaciona con la no admisión de los contratos en favor de terceros. En todo caso no existen dudas sobre que el ordenamiento jurídico romano rechazó la representación directa, salvo casos excepcionales, de manera que los actos realizados por el mandatario con un tercero repercutían directamente en su patrimonio, siendo necesario un acto de cesión posterior, para que dichos efectos se radicaran en el patrimonio de su mandante. Lo anterior ha generado ciertas curiosidades para la doctrina romanística. Por una parte se destaca la dignidad personal del individuo romano, que consideraba poco noble al hecho de que una persona se aprovechara de los efectos de los actos ejecutados por otra, de modo que la obligación que emana del vínculo jurídico, sea exclusiva de los contratantes. Por otro lado ha llamado la atención el conservadurismo y formalismo que caracterizó desde siempre la adquisición de obligaciones en el derecho romano, produciendo efectos cuando se cumplían todos los requisitos, ceremonias y formulas solemnes.

A nuestro entender el ordenamiento jurídico de los romanos no admitió la representación directa por dos razones, la primera porque repugnaban la idea de que la voluntad del *pater* se delegara en una

para que, si no se hubiera hecho tal como se consignó, se incurra en esta estipulación aun respecto de aquel a quien nadie le interesa; porque cuando alguno estipule una pena, no se mira lo que interesa, sino cuál sea la cantidad, y cuál la condición de la estipulación”.

⁸⁸ D. 44.7.11 Idem.

⁸⁹ Cod. 4.27.1. Trad.Cast: “*Es de inconcuso derecho, que exceptuada la causa de la posesión no se puede adquirir nada por medio de una persona libre, que no está sujeta al derecho de otra. Así, pues, si el procurador pactó no para sí, sino para aquel cuyos negocios administraba, la reivindicación de la cosa reintegrada, y a este pacto le siguió también estipulación, no se adquirió ninguna obligación para el señor. Pero las cosas entregadas a los esclavos son adquiridas para los señores*”; Institutas 2.9.5. Trad.Cast: “*Resulta, pues, de esto, que por ninguna causa puede adquirirse para vosotros por los hombres libres, que ni los tenéis sujetos a vuestra potestad ni los poseéis de buena fe, como tampoco por los esclavos ajenos, sobre los que no tenéis ni el usufructo ni una justa posesión. Y esto es lo que se dice, que nada puede adquirirse por medio de una persona extraña; con la excepción de que por una persona libre, como por ejemplo, por un procurador, está establecido que se adquiere, no sólo a sabiendas sino aun ignorándolo, según una constitución del divino Severo, la posesión, y por esta posesión también el dominio, si fue dueño el que transmitió, o la usucapión o la prescripción de largo tiempo, si no fuera dueño*”.

persona extraña. La segunda razón radica en el hecho de que no existió necesidad de acudir a la representación. En los tiempos del derecho primitivo, la economía no ameritaba la necesidad de que una misma persona se encontrara en distintos lugares en un mismo tiempo, puesto que se desenvolvía a nivel familiar y local. Posteriormente al imponerse los mercados y ferias tampoco fue necesaria, ya que los negocios eran gestionados generalmente por los esclavos o personas sujetas a *potestas* del *pater*, quien solo adquiría derechos y jamás obligaciones, principio consagrado en Cod. 2.3.3: "*Servus creditoris melionem causam domini facere potest; in detenus autem reformare novo pacto non potest obligationem recte constitutam*"⁹⁰. Sin embargo como el tercero que contrataba con personas sujetas al *pater* quedaba desprotegido y se abstendría de tratar con ellos, el derecho pretorio estableció una serie de mecanismos, que al amparar los derechos de los terceros, sirvieron al mismo tiempo para dar flujo al tráfico jurídico. Así surgieron las *actiones adiectitiae qualitatis*, denominadas de esa forma porque se agregaban a las acciones existentes contra quien se contrajo la obligación. Por la *actio quod iussu* responde el *pater*, en los casos en que el negocio había sido realizado con su autorización por los sometidos a su potestad o le hubiese reportado beneficios, Gayo IV. 70: "*In primis itaque si iussu patris dominumue comparavit: et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominumue, quam filii servus fidei sequitur*"⁹¹. No se trata de una transferencia de la acción directa, sino de una acción supletoria. Además aparecieron nuevas acciones, tales como: la *actio exercitoria*, por la que el *pater* respondía de las deudas del esclavo o de sus hijos que había puesto al frente de una nave. La *actio institoria*, por la que el *pater* respondía de las deudas contraídas por el hijo o esclavo en un negocio de éste, siempre y cuando las deudas hubieren reportado beneficio para el negocio. La *actio quasi institoria* o *actio utilis ad exemplum actionis institoriae*, que consistía en la extensión de los contratos concluidos por el *procurator*, siempre que hubieren actuado por mandato o con el conocimiento del *pater*, D.19.1.13.25: "*Si procurator vendiderit, et caverit emptori, quaeritur, an domino, vel adversus dominum actio dari debeat; et Papinianus libro tertio responsorum putat, cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit; ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex empto actionem domino competere*"⁹². Ahora la jurisprudencia de aquella

⁹⁰ Cod. 2.3.3. Trad.Cast: "*El esclavo de un acreedor puede hacer mejor la condición de su señor; mas no puede mediante un pacto nuevo reformar desventajosamente una obligación legalmente constituida*".

⁹¹ Gayo IV. 70. Trad.Cast: "Y en primer lugar si un hijo de familia o un esclavo negocian cualquier cosa por orden de su padre o señor, concede el pretor contra estos una acción para reclamar el importe total de la obligación contraída por aquellos; disposición muy justa pues todo el que contrata de este modo, va más bien confiado en la buena fe del padre o del señor, que no en la del hijo o del esclavo".

⁹² D.19.1.13.25. Trad.Cast: "*Si un procurador hubiere vendido, y dado caución al comprador, se pregunta, si deberá darse acción a su principal, o contra su principal; y opina Papiniano en el libro tercero de sus respuestas, que puede*

época, admitió excepciones al principio general de *alteri stipulari nemo potest*, en los casos en que era menester proteger un interés legítimo no resguardado por una *actio adictitia* o similar. Así por ejemplo: en la adquisición de la posesión y de la propiedad por un tercero libre, D.41.1.53: *“Ea quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt. Acquirimus, veluti per stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus”*⁹³. La donación en favor de un tercero, Cod.8.54.3: *“Spem futurae actionis, plena intercedente donatoris voluntate, posse transferi, non immerito placuit”*⁹⁴. La adquisición del derecho de prenda, D.13.7.13: *“Si quum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus, et est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem; sed at ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emtorem agere”*⁹⁵. La adquisición de herencia, Cod.6.9.9: *“Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumvilos qualiscunque testatio amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco iure temporibus coarctanda, eo addito, ut, stiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilominus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculum, consequatur”*⁹⁶. La legitimación del procurador para recibir el pago del representado, D.46.3.49: *“Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si iussu naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si iussu eius alii solvitur, vel creditori eius, vel futuro debitori vel etiam ei, cui donaturus erat, absolvi debet.”*⁹⁷. Orden del mutuante al mutuario para que entregara una cantidad a un tercero que resultaba obligado no frente al mutuario sino frente al

ejercitarse contra el principal la acción útil de compra, a ejemplo de la acción institoria, si mandó que se vendiera la cosa; luego también por el contrario se ha de decir, que compete al principal la acción útil de compra”.

⁹³ D.41.1.53. Trad.Cast: *“Las cosas que se adquieren civilmente las adquirimos por medio de los que están bajo nuestra potestad, por ejemplo, por medio de estipulación; lo que se adquiere naturalmente, como es la posesión, lo adquirimos por medio de cualquiera queriendo nosotros poseerlo”.*

⁹⁴ Cod.8.54.3. Trad.Cast: *“No sin razón plugo, que, mediando la plena voluntad del donador, se pueda transferir la esperanza de una acción futura”.*

⁹⁵ D.13.7.13. Trad.Cast: *“Si cuando el acreedor vendiese la prenda, se hubiere convenido entre él y el comprador, que si el deudor pagare al comprador el dinero del precio, le fuese lícito recuperar su cosa, escribió Juliano, y consta por rescripto, que por esta convención se obliga al acreedor por las acciones pignoraticias a ceder al deudor la acción de venta contra el comprador; pero también el mismo deudor podrá, o reivindicar la cosa, o ejercitar contra el comprador la acción por el hecho”.*

⁹⁶ Cod.6.9.9. Trad.Cast: *“Así como hemos suprimido los artificios de las palabras inútiles, así también mandamos que se observe esto, que ante cualquier juez o ante los duumvros se presente cualquier atestado de aceptarse la herencia, cuya aceptación ha de estar limitada dentro de los términos establecidos en el antiguo derecho, habiéndose añadido que aunque se verifique anticipadamente dentro de turno ajeno, esto es, del de primer grado, obtenga, sin embargo, igual eficacia, que si hubiera utilizado sus propios términos”.*

⁹⁷ D.46.3.49. Trad.Cast: *“Entendemos a la verdad que se pagó naturalmente el dinero, si hubiera sido entregado al acreedor. Pero también si por mandato de éste se le paga a otro, o a un acreedor suyo, o a un deudor futuro, o aun a aquel a quien le había de hacer la donación, se debe absolver”.*

mutuante, D.12.1.9.8: “*Si numos meos tuo nomine dedero, velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit, veram ese Aristonis sententiam, nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi acquiratur obligatio, quum quotidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro*”⁹⁸. Depositar la cosa ajena para devolverla a su dueño, Cod.3.42.8: “*Si res tuas comodavit aut deposuitis, cuius in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei, qui deposuit, successisti iure hereditario, depositi actione uti non prohiberis. Si vero nec civil nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intelligis, nullam te ex huiusmodi pacto contra quem supplicas actionem stricto iure habere; utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio*”⁹⁹. La estipulación dotal, Cod.5.14.7: “*Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restituí, licet his actionem quaerere non potuit, tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio*”¹⁰⁰. Los contratos realizados por representantes de ciudades en los que la ciudad tenía una *actio utilis* de *pecunia constituta*, cuando era en su favor, pero no respondía cuando era en perjuicio, sino que respondían los que habían concluido el contrato. Todos estos cambios fueron recogidos fundamentalmente en el derecho justiniano, que además extendió la *actio de in rem verso* como útil a los intermediarios no sometidos al mandante, Cod.4.26.7.3: “*Alioquin si cum libero, rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti, et eius personam elegisti, pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem, ni si vel in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit*”¹⁰¹. Es necesario mencionar que el ordenamiento jurídico romano reconoció y aceptó la figura del nuncio o mensajero, que era un mero transmisor de la voluntad emitida por el mandante, por lo que se puede afirmar que en el derecho romano se admitió la representación directa. Los derechos de las partes quedaban suficientemente garantizados por estos mecanismos, los cuales actuaban

⁹⁸ D.12.1.9.8. Trad.Cast: “*Si en tu nombre hubiere yo dado dinero mio, como tuyo, estando tu ausente e ignorándolo, escribe Ariston, y que no se duda, que si en tu nombre hubiere yo dado por tu voluntad dinero mio, se adquiriera para ti la obligación, porque diariamente para dar dinero en mutuo pedimos a otro, que el acreedor lo entregue en nuestro nombre al que ha de ser nuestro deudor*”.

⁹⁹ Cod.3.42.8. Trad.Cast: “*Si aquel de quien haces mención en tus suplicas dio en comodato o en deposito cosas tuyas, puedes ejercitar contra el que las tiene la acción de exhibición o la reivindicación. Pero si hubiera pactado que se te restituyan, si verdaderamente has cedido por derecho hereditario al que las depositó, no se prohíbe ejercitar la acción de depósito. Mas si ni por el derecho civil, ni por el honorario te pertenece su herencia, ten entendido que por virtud de este pacto no tienes por estricto derecho ninguna acción contra quien suplicas; pero se te dará por razón de equidad la acción útil de depósito*”.

¹⁰⁰ Cod.5.14.7. Trad.Cast: “*Aunque habiendo pactado el padre que se les restituya a los nietos la dote dada al yerno en interés de la hija, habiendo fallecido ésta antes en el matrimonio, no pudo adquirir para aquellos acción, se les concederá, sin embargo, por equidad la acción útil*”.

¹⁰¹ Cod.4.26.7.3. Trad.Cast: “*Pero si celebraste contrato con un hombre libre, que administraba cosa de aquel de quien hiciste mención en tus suplicas, y elegiste la persona de este, claramente ves que no tuviste ninguna acción contra el dueño, a no ser que el dinero se haya aplicado a cosa suya, o que haya ratificado este contrato*”.

unos en subsidio de los otros, según el caso en concreto. En el Bajo Imperio se difuminaron las fronteras entre libres y esclavos, adquiriendo más protagonismo los hijos, con lo que desaparecieron los obstáculos que estorbaban a la representación directa. Sin embargo se ha demostrado que en la práctica se admitió éste tipo de representación, pero no logró un desarrollo dogmático que fundamentara su admisión en el derecho romano.

Con todo damos por terminado el estudio del contrato de mandato en el derecho romano, estudio reflexivo y extensivo, puesto que como veremos, la configuración del mandato que revestía en aquellos tiempos, va a traspasar estructuralmente hasta las legislaciones actuales.

II. 4. El Mandato en el Derecho Visigodo.

La configuración del mandato en la época visigoda se mantiene intacta, del mismo modo en que se manifestaba en el Bajo Imperio. En cuanto a las fuentes de sus normas y regulaciones, encontramos principalmente el Breviario de Alarico y el *Liber Iudiciorum*. Las terminologías encontradas en una u otra fuente, referentes a los sujetos que intervienen en el mandato son: el mandante identificado con la palabra *mandator* y el mandatario designado con las denominaciones de *prosecutor*, *procurator*, *mandatarius* y *adsertor*, L. I. 2.2.4: “*Ut ambe partes causantium a iudice vel saione placito dstringantur, quo possint ad prosequendum negotium pariter convenire*”; L. I. 2.2.9: “*Ut petenti servo alieno responderé ingenuus non recuset*”¹⁰². Ahora bien, el mandato continuaba configurado como un contrato consensual, que se celebraba y perfeccionaba por el sólo consentimiento de las partes, sin la necesidad de recurrir a rituales solemnes, a través de palabras, cartas, nuncios, ante el juez o magistrado.

En los inicios del Derecho Visigodo se impregnaban las tendencias del Bajo Imperio, esto es, se confundían las instituciones de la procuraduría y el mandato. El procurador pierde el *status* social que poseía, se desvalorizaba, se consideraba torpe, deshonesto, en consecuencia se prohibió a los miembros eclesiásticos, tales como, obispos, presbíteros, sacerdotes y diáconos, ejercer la procura al igual que los decuriones. Además el procurador se identifica con el mandatario, pudiendo actuar solamente con un mandato previo, confundándose totalmente ambas instituciones, prevaleciendo el mandato, L. I. 2.3.2: “*Ut*

¹⁰² L. I. 2.2.4. Trad.Cast: “*que las dos partes en conflicto sean obligadas por el juez o por el sayón con un compromiso de comparecencia para que puedan presentarse juntamente con el fin de dar curso al pleito*”.

L. I. 2.2.9. Trad.Cast: “*Que un hombre libre no se niegue a responder las demandas de un siervo de otro*”

*iudex a litigatore perquirat, utrum propria an aliena sit causa prolata*¹⁰³. La gestión de negocios sin previo mandato del dueño, continúa produciendo sus efectos para el dueño del negocio, debido a la necesidad del tráfico mercantil y la circulación de los bienes en la economía.

En cuanto a la gratuidad que revestía el mandato, ya no es considerado esencialmente gratuito, L. I. 2.3.7: *“Ut, sicut lucrum, ita et damnum revertatur ad mandatorem. De commodis is etiam mandatum accipientis”*. L.2.3.8: *“Ut, si mutuus fuerit his, qui mandatum accipit, commodum illi debitum heres eius accipiat”*¹⁰⁴. En cuanto al objeto de este contrato, se mantenía su licitud, originando como consecuencia la nulidad del mandato si el encargo atentaba contra los *bonos mores*, por ejemplo, si el encargo tenía por objeto la perpetración de un delito como de hurto, homicidio, robo, adulterio, no producían ninguna obligación. En el *Liber Iudiciorum* la representación queda restringida a la esfera procesal.

En lo referente a los derechos y obligaciones que nacen con el perfeccionamiento del mandato, el mandatario podía hacer todo aquello que se le hubiere encomendado, pero nunca extralimitarse del contenido mismo del contrato y de las exigencias hechas por el mandante, por ejemplo, no podía transigir si no estaba facultado para ello. Todo aquello ejecutado para cumplir el encargo perjudicaba o beneficiaba a su mandante y todo aquello ejecutado fuera de los límites fijados por el mandante a su mandatario no podía perjudicarlo, pero si beneficiarlo si reportaba ventajas al negocio o a su patrimonio. En el caso hipotético de que el mandatario vendía una cosa por un precio menor al fijado por el mandante, era considerada válida la venta, sin embargo el mandatario quedaba obligado a devolver al mandante el precio pagado por la cosa más la diferencia faltante. Tanto el lucro como el daño efectivamente causado al mandatario en la ejecución del encargo obligan a su mandante¹⁰⁵, exceptuándose aquello en lo que se haya extralimitado en la ejecución del mandato.

En cuanto a las responsabilidades del mandatario, éste respondía por dolo, como en el derecho romano clásico, además respondía por negligencia o culpa, L. I. 2.3.5: *“Ut, si dilationem in causa patiatur qui mandatum facit, liceat ei inmutare mandatum”*¹⁰⁶. Puesto que el negocio jurídico ya no es esencialmente

¹⁰³ L. I. 2.3.2. Trad.Cast: *“Que el juez pregunte al querellante si la causa que propone es suya o de otro”*.

¹⁰⁴ L. I. 2.3.7. Trad.Cast: *“Que el daño repercute en el mandante así como lo hace el lucro. También de las ganancias del que ha recibido un mandato. L. I. 2.3.8. Trad.Cast: “Que, si muere aquel que recibió un mandato, sus herederos puedan recibir las ganancias que les eran debidas”*.

¹⁰⁵ L. I. 2.3.7. Ob.Cit., p. 32.

¹⁰⁶ L. I. 2.3.5. Trad.Cast: *“Que, si el que ha hecho un mandato sufre una dilación en su causa, le sea permitido cambiar al mandatario”*.

gratuito, el mandatario tiene derecho a cobrar por la ejecución del encargo lo que hubieren convenido con su mandante. Ahora bien, si desde el pleito o gestión trascurrieron más de tres meses en remunerar lo convenido al mandatario, el procurador podía quedarse, previo mandato del juez¹⁰⁷, con la o las cosas ganadas en juicio o recibidas por el encargo, transmitiendo a sus herederos los derechos y obligaciones exigibles en contra del mandante¹⁰⁸.

En cuanto a la extinción del mandato, este podía extinguirse por alguna de las siguientes causas: -Por muerte del mandatario, quien transmite a sus herederos lo derechos en contra del mandante¹⁰⁹. Asimismo se extingue por la muerte del mandante, si ocurría antes de que el mandatario ejecutara el mandato. -Por revocación del mandante, si el mandatario dilataba maliciosa o negligentemente la causa, podía nombrarse a otro mandatario en presencia de la otra parte y del juez o proseguir personalmente con la causa. A contrario sensu, si el mandatario cumple fielmente su gestión el mandante no podía nombrar otro para sustituirlo¹¹⁰. -Por renuncia del mandatario, una vez aceptado el mandato debía fundamentar la renuncia en alguna de las siguientes causales enfermedad repentina, peregrinación necesaria o enemistad con un poderoso. Lo anterior no siempre se reguló de la misma manera, siendo el resultado de un interesante proceso, originariamente se estableció la libertad de renuncia, ya que se trataba de un contrato esencialmente gratuito. Posteriormente esta renuncia se limitaba a los casos de enfermedad, peregrinación, enemistad o que la acción resultara inútil. Finalmente se limitaba a enfermedad, peregrinación y enemistad con un poderoso, resultado de la transformación del mandato esencialmente gratuito a remunerado. Además esta modificación se encontraba en consonancia con las normas que resguardaban la imparcialidad de la justicia y que establecían ciertos límites, en cuanto a la designación de procurador, para ciertas personas. Así no podía elegirse a un poderoso o persona mayor como representante, acto que se sancionaba con la pena de perder el juicio y multa de dos libras de oro al poderoso si injuriaba al juez y su expulsión de la sala¹¹¹. Existía otro caso en que si un poderoso litigaba

¹⁰⁷ L. I. 2.3.7. *Ibidem* p. 32.

¹⁰⁸ L. I. 2.3.8. *Ob. Cit.*, p.32

¹⁰⁹ L. I. 2.3.8. *Ídem*.

¹¹⁰ L. I. 2.3.7. *Ob. Cit*, p. 32.

¹¹¹ L. I. 2.2.8. *Trad.Cast: "De aquellos que pretendan intervenir como protectores en causas ajenas"*.

con un pobre y no intervenía por sí mismo, tenía que elegir como procurador a una persona de condición equivalente a la del pobre, y el pobre podía elegir un procurador tan poderoso como su contraparte¹¹².

Con respecto a los representantes judiciales o mandatarios, el *Liber Iudiciorum* establecía que el mandato tiene que darse por escrito, de puño y letra del mandante y ante tres testigos¹¹³. Si alguien intervenía en nombre de otra persona, sin ser nombrado para tal efecto, se le castigaba con multa de diez sueldos y al reincidente con expulsión de la sala¹¹⁴ y cincuenta azotes si se negaba a salir de ella¹¹⁵. Si eran muchos los litigantes, para evitar desórdenes en la sala se determinaba que cada parte intervendría solo mediante su procurador. El príncipe y los obispos no podían actuar en juicio por sí mismos, sino que debían hacerlo a través de sus súbditos, para resguardar la imparcialidad de los jueces, evitando tener por contrarios a personas inferiores¹¹⁶. Sin embargo los nobles no podían actuar mediante mandatario sino que personalmente, pero si las demás personas libres y siervos, respondiendo el mandante de los daños que se ocasionaban al mandatario¹¹⁷. Es preciso mencionar que la esfera en la cual actuaban los siervos como procuradores, se encontraba bastante restringida, es más solo se justificaba en los casos en que se reportaban beneficios para su señor, en favor de la iglesia, de los pobres o en asuntos fiscales¹¹⁸. En los casos de actuación de mujeres, éstas podían hacerlo por sí mismas, pero no en nombre de otros. La situación del marido en representación de su mujer, sólo es validada con la existencia previa de mandato, pero si no existía al momento de la actuación no perjudicaba en forma alguna a su mujer¹¹⁹.

En lo referente a sus efectos, nos remitimos a los mencionados en el derecho romano, puesto que el mandato no padeció mayores modificaciones. Cabe destacar la situación de los sometidos, que durante la época visigoda se amplió considerablemente, a saber: -A través de ellos el *dominus* podía adquirir el dominio de las cosas y hacer novaciones. -Si el *dominus* no dio su consentimiento en la actuación de su sometido, no responde por ello y tiene lugar la acción noxal. Misma norma se aplicaba en los casos

¹¹² L. I. 2.3.9. Trad.Cast: “A qué personas han de encargar la resolución de sus negocios los poderosos y a qué personas la han de encargar los pobres”.

¹¹³ L. I. 2.3.3. Trad.Cast: “Que aquel que no defiende una causa por sí mismo delegue por escrito a su representante”.

¹¹⁴ L. I. 2.2.1. Trad.Cast: “Que nadie se pueda negar a responder al demandante por el hecho de que no vaya a presentar la causa su propio garante”.

¹¹⁵ L. I. 2.2.8. Ídem.

¹¹⁶ L. I. 2.3.1. Trad.Cast: “Que los pleitos de los príncipes y de los obispos no han de ser conducidos por ellos mismos sino por los súbditos”.

¹¹⁷ L. I. 2.3.4. Trad.Cast: “Que no se practique nunca un tormento en las personas nobles por mandato, o de qué manera la persona humilde, sea libre o siervo, será sometida a tormento por mandato”.

¹¹⁸ L. I. 2.3.3. Ob. Cit., p.34.

¹¹⁹ L. I. 2.3.6. Trad.Cast: “Que la mujer no pueda hacerse cargo de una causa por mandato, pero pueda, en cambio, llevar su propia causa”.

de los esclavos que sin el consentimiento de su dueño, se les encargaba un ganado y lo perdían. -Si el *dominus* consintió en la actuación de su esclavo, entonces sí responde. Si el esclavo huía o destruía el ganado que le había confiado otra persona con consentimiento de su señor, el *dominus* podía librarse de responsabilidad jurando solemnemente su inocencia. -Si no constaba el consentimiento del padre, el *Liber Iudiciorum* estableció una serie de presunciones referidas a la compraventa, la regla consistía en suponer que el *pater* no había consentido si se trataba de cosas de excesivo valor y a contrario sensu se suponía que el *pater* había consentido si el valor de las cosas eran de poca monta, según las cuales comúnmente se les confiaban a esclavos. Ahora para desvirtuar la presunción era necesario presentar testigos o jurar solemnemente que aquello no era verdad, L. I. 5.4.13: “*De servorum venditis rebus*”¹²⁰.

Finalmente hay que señalar que en el Breviario se encuentran las acciones *adictitiae quod iussu*, *actio institoria*, *actio exercitoria* y la *actio in rem verso*, con las mismas características del derecho romano y que en definitiva nos lleva a sostener que el mandato y su configuración jurídica continuaban manifestándose de igual manera que en el Bajo Imperio.

Tercera Parte

III. 1. El mandato en el Derecho Medieval.

Con la llamada recepción del Derecho Común el mandato se vuelve a configurar tal como había sido recogido en la compilación justiniana. En términos generales podemos decir que en base a la “*auctoritas*” o prestigio alcanzado por los textos del Derecho Romano, los estudiosos del Derecho Común e incluso los Canonistas no se atrevían a modificar o dejar sin efecto las normas romanas, alejándose los canonistas de aquellas solo en cuanto fuera estrictamente necesario por existir alguna incompatibilidad o choque irreconciliable entre ambos derechos. Se debió esperar a la escuela del Humanismo con la substitución del principio de la Autoridad por el de la Razón, para abandonar en este aspecto la normativa romana.

Algunas de las fuentes a partir de las cuales se puede extraer y conocer el trabajo y estudio generado por los juristas medievales, son las Glosas y Comentarios, es decir aquellas notas escritas en los márgenes o entre las líneas de los cuerpos normativos provenientes del derecho romano. En éstas se

¹²⁰ L. I. 5.4.13. Trad.Cast: “*De las cosas vendidas por los siervos*”.

explica el significado de los textos en su idioma original, a veces en otro idioma. Por lo tanto, las glosas pueden variar en su complejidad y elaboración, desde simples notas al margen de algunas palabras que un lector puede encontrar oscuras o difíciles, hasta traducciones completas del texto original y referencias a párrafos similares. A todo esto debemos agregar los textos canónicos. Los glosadores como había sucedido en el bajo imperio conectan el mandato con la representación e insisten en la distinción entre aquel y otras instituciones, tales como el consejo, los contratos reales, la relación entre mandato tácito, gestión de negocios y ratificación. La doctrina dominante en esta época considera al mandato como una figura jurídica con carácter consensual, configurándolo de tal manera, la oferta realizada por el mandante y la aceptación del mandatario de llevar a cabo el encargo encomendado. La Glosa concibe al mandato como un contrato gratuito, o de lo contrario su naturaleza sería un contrato de arrendamiento. No obstante ser esta la opinión mayoritaria sostenida por la doctrina de la época, existían opiniones discordantes, principalmente por los canonistas.

El contrato de mandato debe ser celebrado en atención a las buenas costumbres, de lo contrario, no obstante de ser mandato, no genera obligaciones. En esta época también se concibe que el mandato sea de carácter general o especial, según la amplitud de las facultades con las cuales esté investido el mandatario para actuar en el desempeño del encargo que se le ha confiado. Respecto al problema de la representación directa o indirecta, los glosadores y comentaristas van a mantener el principio romano del *"alteri stipulari nemo potest"*, pero restringiendo su aplicación, ampliando los casos de las *Actiones Adiecticiae* y las excepciones al principio.

III. 2. Aporte del derecho canónico.

Como primer punto es importante destacar que el derecho canónico se funda en gran medida en el derecho romano no obstante que antes de la exculpación del derecho romano, por un periodo extenso de la historia, se consideró al derecho romano como un elemento o dimensión de una civilización pagana, que no conoció a Cristo, vinculado a una filosofía o corriente de pensamiento ajena al evangelio, la de los Padres de la Iglesia, y la del Cristianismo. El derecho canónico no solo actualizó el Derecho Romano sino que también ejerció gran influencia, con sus reglas morales y su corpus jurídico y en el proceso de adaptación de aquel Derecho.

El Derecho de la Iglesia veló y trabajó por la humanización del Derecho Romano, por un acercamiento a su concepción del Derecho natural, por una concepción menos individualista, dejó empapado el Derecho sobre una base ética. Siguiendo la tendencia antes mencionada podemos decir que en lo relativo a la figura del mandato, el Derecho Canónico antepuso como en toda otra figura contractual, la voluntad de las partes por sobre el formalismo, la ética que lo inspira se opone a la técnica prevaleciente de contratación romana. Contra el principio imperante del Derecho Romano en materia de mandato “*estraneam personam nihil adquiri posse*”, surge otro principio: “*potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*”, entendiéndose que aquel que realmente, hizo, desaparece desde el momento en que, ha hecho, quedando sólo aquel por el cual, fue hecho, y que habría podido hacer; de donde, cumplido el acto del representante, todo derecho y obligación afecta exclusivamente al representado.

III. 3. El contrato de Mandato en las Siete Partidas.

La figura del mandato en el periodo de la llamada baja edad media, no fue ajena a los intentos llevados a cabo por los gobernantes, autoridades y juristas de los diversos reinos, por codificar y ordenar el gran cúmulo de normativa jurídica existente y dispersa en diversos cuerpos separados, como también cabe destacar la labor de convertir en derecho positivo la gran cantidad de usos y costumbres existentes entre los interesados en el derecho en los reinos. Es así como en Castilla, en su anhelo de ordenar de manera sistemática y ordenada la normativa y costumbre vigente dentro de su territorio, se dicta, durante el gobierno del monarca Alfonso X (1252 - 1284), un cuerpo jurídico de carácter estructurado y ordenado llamado El libro de las leyes, que posteriormente pasó a llamarse Las Siete Partidas en razón de la cantidad de libros en que se dividía. Éste fue uno de los legados jurídicos más importantes dejados por el reino de Castilla. Dicho obra contenía leyes e instituciones jurídicas que se aplicaron en Iberoamérica hasta el siglo XIX aproximadamente, periodo en el cual se llega a los procesos independentistas que dieron paso a la autodeterminación normativa derogándose progresivamente la legislación de la monarquía española, dentro de la cual estaban las Siete Partidas. Éstas trataban una gran variedad de materias, comprensivas tanto de aspectos patrimoniales como morales y también instituciones de derecho público y privado. En su libro cinco se destina a regular, principalmente instituciones contractuales enmarcadas en el derecho privado; dentro de estas instituciones podemos encontrar la figura del mandato, siendo relevante destacar

que fue tratado con muchas peculiaridades , respecto a cómo lo tratan otras normas de diversas épocas ya sea anteriores y posteriores.

III. 4. Mandato y Fianza.

El contrato de mandato en las Siete Partidas no fue reglado de forma autónoma e independiente, muy por el contrario, éste fue incluido dentro de las normas dedicadas a la Fianza, es decir en los títulos XII y siguientes de la quinta partida, en este aspecto podemos evidenciar el notorio contraste que existe en cuanto a su tratamiento en las partidas del que recibe en la época contemporánea, tanto códigos, leyes o resoluciones jurisdiccionales y también en trabajos doctrinarios realizados por los estudiosos de las ciencias jurídicas. Una de las razones por las cuales la figura del mandato pudo haber sido tratada en los preceptos dedicados a la Fianza es que en ambas instituciones tiene un papel determinante y gravitante la fides, es decir la fe, confianza, lealtad como también lo es la alienidad respecto a quien recibe el beneficio que producen ambos contratos en relación a quienes lo celebran, resultando como principal beneficiario un tercero. Así lo manifiesta el profesor de Historia del Derecho de la universidad de Murcia, don Enrique Álvarez Cora en su obra “La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII al XVIII)”, en los siguientes términos “ambas son obligaciones marcadas por la fides ; y por la alienidad, en el sentido de que su cumplimiento desarrolla o sirve al interés que yace en un sujeto distinto del actuante”¹²¹ no obstante este tratamiento de manera conjunta entre ambas instituciones, la doctrina distingue entre ella sin perjuicio de las diversas similitudes que ambas puedan presentar. Siguiendo la idea esbozada anteriormente, la institución del mandato en las Siete Partidas es tratada como fuente de obligaciones semejante a la fianza, así lo dispone la ley número XX del título XII de la quinta partida cuyo encabezado es “*De la cosa que uno manda hacer a otro en pro de sí mismo*”¹²² y cuyo cuerpo dispone “*Hacen los hombres por otros algunos algunas cosas algunas veces porque finca cada uno de ellos obligado, también aquel que lo hace como aquel otro que lo manda , que es otra manera de obligación, que es semejante a la fiadura*”¹²³.

¹²¹ ÁLVAREZ CORA, Enrique. La teoría de los contratos en Castilla (siglos XII al XVIII).Madrid: editorial Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2005, p.539.

¹²² Partida V,XII,XX

¹²³ Partida V,XII,XX

III. 5. El Mandato como contrato consensual.

Como se mencionó anteriormente, en la época del derecho romano el mandato presentaba el carácter consensual, éste no requería de entrega ni formalidad para su perfeccionamiento, desde un punto de vista comparativo con las Partidas, éstas no fueron ajenas a este aspecto, por el contrario, éste elemento característico, se conservó en similares términos a los cuales venía siendo tratado por las legislaciones anteriores. En la partida quinta en su título XII ley número XXIV se consagra la consensualidad al establecer que el contrato de mandato puede celebrarse de diversas maneras ya sea entre personas que están presentes o ausentes, como también puro y simple o bajo condición, al disponer en los siguientes términos que “Los mandamientos que los hombres hacen unos a otros, de que hablamos en las leyes antes de ésta, pueden ser hechos de muchas maneras. Pues puédese hacer estando delante los que mandan hacer la cosa e los que reciben el mandado. E aún se puede hacer por cartas o por mensajeros ciertos, aunque no estén delante los que mandan hacer la cosa, ni los que reciben el mandamiento. E puédese hacer a día cierto o so condición .E a día cierto se podría hacer, como si mandase un hombre a otro por palabras; o por carta; o por mensajeros, que diese a comer e a vestir algún hombre, hasta algún día señalado. E so condición se haría como si le mandase. Si tal cosa acaeciese, da a fulano tantos maravedís o tal cosa. E estos mandamientos sobredichos, de que hablamos hasta aquí, se pueden hacer por tales palabras, diciendo un hombre a otro: ruego; o mando; o quiero que des tantos maravedís; o que hagas tal cosa; o que me fíes. Por cualquiera de tales palabras como estas o por otras semejantes de estas, porque se puede entender que el que hace el mandamiento, lo hace con intención de se obligar, vale el mandamiento; e finca por ello obligado el mandador a aquel que recibe el mandado”¹²⁴. Esto esboza la flexibilidad que existía para la celebración del contrato de mandato en Las Siete Partidas y por ende su carácter consensual al momento de su perfeccionamiento.

III. 6. El contrato de Mandato en beneficio del mandante.

Las Siete Partidas respecto al mandato disponían que éste podía ceder en interés de diversos sujetos, tales como el mandante, mandatario e inclusive a favor de un tercero ajeno a la celebración del contrato, en virtud de estas maneras contempladas en las Partidas, destacamos en primer lugar, el *ad*

¹²⁴ Partida V,XII,XXIV

commodum mandantis, es decir, aquel contrato de mandato celebrado por las partes, cuya finalidad es que sus efectos se produzcan en exclusiva utilidad para la persona del mandante. En tal manera de celebración del contrato, el mandatario se responsabiliza a cumplir, llevar a cabo el encargo encomendado. Por su parte el mandante se obliga a solventar los gastos, impensas y costos en que incurra el mandatario en la ejecución del contrato. En tal sentido la ley de las Partidas dispone en su título XII, ley XX, que “Hacen los hombres por otros algunas cosas algunas veces porque finca cada uno de ellos obligado, también aquél que lo hace como aquél otro que lo manda, que es otra manera de obligación, que es semejante de la fiadura. E esto puede ser en cinco maneras. La primera es cuando el mandamiento es a pro tan solamente de aquél que manda hacer la cosa. E esto sería como si un hombre mandase a otro que le recaudase todas las cosas que hubiese en algún lugar; o le mandase comprar o hacer alguna cosa señaladamente; o que entrase fiador por él; o le mandase hacer alguna otra cosa semejante de éstas. Pues si aquel a quien manda hacer la cosa recibe el mandamiento, tenido es de cumplirlo”¹²⁵.

Respecto al grado de responsabilidad que le cabe al mandatario, a consecuencia de un eventual incumplimiento por haber incurrido en dolo o culpa grave, éste debe asumir la obligación de indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios sufridos al mandante. El título XII de la V partida en su ley XX dispone en lo tocante a la responsabilidad que le corresponde al mandatario que “*Otrosí decimos que si aquél que recibió el mandamiento hace algún engaño, en no cumplirlo o por su culpa viene daño al otro, que es tenido de pecharle todo el daño que le viniere por razón de él. E tal mandamiento como éste reciben los hombres, unos a otros, por amor e no por hacerles daño*”¹²⁶.

III. 7. El contrato de Mandato en beneficio de un tercero.

En la época de las Partidas, es relevante destacar, que el mandato además de ser una figura jurídica en utilidad de las partes que concurren a su celebración, se caracteriza por la manera de producir efectos *ad commodum tertii tantum*, es decir el provecho que se sigue a través del contrato no radica exclusivamente en beneficio de los que celebran tal institución, sino muy por el contrario, el mandato puede ceder en utilidad de un tercero extraño a aquel acto. Esta manera de ser ejecutado, está expresamente consagrada en la partida V, título XII, ley XXI, en los siguientes términos “*Mandando un hombre a otro*

¹²⁵ Partida V,XII,XX

¹²⁶ Partida V,XII,XX

hacer una cosa, que no fuese a pro de aquél que lo mandó ni del que recibió el mandado, más de otro tercero, esta es la segunda manera de que hablamos en la ley antes de ésta. E esto sería como si dijese: mando que recibáis las cosas que ha fulano en tal lugar; o que le compres; o que le hagas tal cosa, diciéndola señaladamente; o que entres fiador por él; o le mandase hacer otra cosa semejante de éstas. Pues si aquél a quien mandan hacer esto recibiese el mandado por hacer gracia e amor a aquél que se lo manda, débese trabajar de cumplir cuanto pudiere, bien e lealmente”¹²⁷.

En cuanto a los gastos que se vea forzado a hacer el mandatario para la correcta ejecución del encargo, éste tiene derecho a dirigirse contra la persona que lo mandó a hacer, para obtener el reembolso de las impensas ocasionadas, el mandante a su vez consigue que el mandatario le ceda las acciones que tiene contra el tercero ,es decir, el mandatario tiene *actio mandatí* contra su mandante y ambos pueden poseen la *actio negotiorum gestorum* contra el tercero, así lo señala la ley de las Partidas “E si alguna cosa pagare; o pechare; o dependiere en razón de este mandado, tenido es de se lo hacer todo cobrar aquél que se lo mando hacer”¹²⁸.

Frente a los posibles perjuicios que experimentare el tercero beneficiario, a consecuencia del actuar doloso o negligente del mandatario, las Partidas lo protegen concediéndole acción contra el mandante, con el objeto que le indemnice los daños sufridos, todo esto sin perjuicio del derecho que tiene el mandante para dirigirse posteriormente contra el mandatario para que en definitiva sea éste el que deba soportar el pago hecho en concepto de resarcimiento de perjuicios, pues por culpa o dolo del mandatario en la ejecución de su encargo, se devino en daños al tercero. Así lo dispone expresamente la ley XXI del título en comento “*E si algún daño recibió este tercero por cuyo pro se hace el mandado; o por engaño; o por culpa de aquél que recibió el mandado, puédelo demandar a aquél que lo mandó hacer, e es tenido de se lo pechar. Pero quanto pechare por esta razón aquél que hizo el mandamiento, bien lo puede demandar a aquél que recibió el mandamiento e él es tenido de lo pechar, pues que por su culpa o por su engaño vino”¹²⁹*

¹²⁷ Partida V, XII, XXI

¹²⁸ Partida V, XII, XXI

¹²⁹ Partida V, XII, XXI

III. 8. El contrato de Mandato en beneficio del mandante y un tercero.

Las Siete Partidas, también contemplan, la posibilidad que el contrato beneficie tanto al mandante como a un tercero. *“La tercera manera de mandamiento es cuando manda hacer un hombre a otro alguna cosa, por pro de sí mismo e de otro tercero alguno. E esto sería como si dijese: mándote que recibas las cosas que habemos yo e fulano en tal lugar; o que compres tal viña; o que hagas tal cosa para mí e para él: o que entres fiador por nos; o que le mande hacer otra cosa semejante de estas. Pues si aquél a quien mandó hacer esto recibe el mandado, tenido es de lo cumplir bien e lealmente E si alguna cosa pechare o despendiere, aquél que recibió tal mandamiento, por razón de él, tenido es de se lo pechar todo aquél que se lo mandó hacer. Otrosí el otro a quien nombró en el mandado debe ahí dar su parte, si lo que así pechó o entró en pro de él. E si aquél que recibió el mandado hizo algún engaño en aquello que hubo de hacer o de recaudar; o por su culpa aviene daño o menoscabo en ello, tenido es de lo pechar a aquel a quien recibió el mandado”*¹³⁰. Como ha sido tratado en los puntos anteriores, acá el mandatario también es obligado a responder por los daños y perjuicios que su incumplimiento doloso o culposo pueda provocar al mandante o al tercero beneficiario. En lo concerniente a los gastos que genera la ejecución del contrato, el mandante resulta obligado a reembolsar dichos gastos. Desde el punto de vista del tercero, existe una particularidad, pues, también debe concurrir en los costos que la ejecución del encargo lleve consigo, pero solo en la medida en la que alcance su parte de beneficio, en tal sentido el profesor Álvarez Cora señala *“Al mandatario, el mandante debe pagarle los gastos, impensas o pechos que la consumación del mandato le pueda ocasionar. En este pecho ha de participar, a su vez, el tercero, en cuya utilidad el contrato redunda, en la medida en la que alcance su parte de beneficio”*¹³¹.

III. 9. El contrato de Mandato en beneficio del mandante y mandatario.

En las Partidas, está contemplado el mandato en provecho tanto del mandante como del mandatario, esto es señalado en la partida V, título XII, ley XXII, *“Por gracia e a pro de aquél que manda e de aquél que recibió el mandamiento, puede ser mandada hacer alguna cosa. E esta es la cuarta manera de que hicimos mención de suso. E esto sería como si alguno hubiese menester maravedís; e rogase o*

¹³⁰ Partida V, XII, XXI

¹³¹ Álvarez Cora, Enrique. Ob. Cit., p.544.

mandase a algún judío que le diese o le prestase estos maravedís a ganancia, a él o a su mayordomo; o a su personero, de aquél que lo mandó hacer. Tal mandado como éste es a pro del que lo manda hacer, porque se aprovecha de los maravedís en aquellas cosas que manda hacer a su mayordomo; o a su personero. Otrosí es a pro del que recibe el mandado, porque le den ganancia de los maravedís que prestó. E por esto decimos que aquél que manda esto hacer, es tenido de pagar los maravedís con la ganancia a aquél que recibió el mandado de él. Pues su mayor domo o su personero los recibe por mandado de él, tenido es como si el mismo los recibiese”¹³². En el ejemplo dado por la ley XXII se colige que existe utilidad para el mandante, pues necesita el dinero y provecho también para su mandatario, que al prestar dicho dinero percibe lucro.

III. 10. El contrato de Mandato en beneficio del mandatario y un tercero.

Este contrato de mandato en beneficio del mandatario y de un tercero, está tratado en las Partidas a través del ejemplo del mandato de mutuo, la ley XII dispone “*La quinta manera de mandamiento es cuando un hombre a otro manda que haga, o de alguna cosa, a pro tan solamente de aquél que recibe el mandato o de otro tercero. E esto sería como si alguno mandase a otro que diese sus maravedís a ganancia a otro tercero, nombrándolo. E tal caso como éste decimos, que si éste que dio los maravedís no los pudiese cobrar de aquél que los recibió, que los puede demandar después aquél que se los mandó dar. Eso mismo sería si alguno mandase a otro que prestase cierta cuantía de maravedís a otro tercero, sin ganancia u otro pro que esperase haber del préstamo”¹³³. El provecho o utilidad que genera este encargo al mandatario radica en el interés que produce la cantidad prestada, en este caso cabe resaltar por otro lado, que si el tercero a quien el mandatario presta dinero, no paga lo adeudado, podrá dirigirse el mandatario contra su mandante por la suma debida.*

III. 11. El contrato de Mandato en beneficio exclusivo del mandatario.

Para finalizar el análisis de las distintas maneras, contempladas por las Partidas, en lo relativo a la persona que recibe la utilidad que generada por el mandato, podemos mencionar aquel celebrado en

¹³² Partida V, XII, XXII

¹³³ Partida V, XII, XXII

gracia o provecho del mandatario. Advirtiendo de antemano que en el ámbito estrictamente técnico, no estamos en presencia netamente de un mandato, sino más bien de un consejo.

Las Partidas lo tratan como la última manera en que puede ser establecido el contrato, disponiendo “*A pro tan solamente de aquél que recibe el mandado, acaece a las veces que manda a otro hacer alguna cosa. E esto sería como si le dijese: consejo vos o mando vos que los maravedís que tienes, que compres viñas; o heredades u otra cosa alguna semejante de éstas, que le mandase comprar o mejorar. Pues si esto hiciere por consejo o por mandado de otro, aunque le viniese daño de tal consejo mandamiento, no sería tenido de se lo pechar el que lo mandó hacer. E esto es porque tal mandamiento como éste, más es consejo que mandamiento. E aquél a quien es hecho, debe catar si es a su pro o no, antes que lo haga. Pues ninguno no es tenido por premia de tomar consejo, que otro le da si no quisiese. Por esto no le empece aquél que lo mandó hacer, salvo si fuese hallado en verdad, del tal mandamiento o consejo había dado maliciosamente o con engaño. Pues entonces cuando daño le viniese por razón del engaño, sería tenido de lo pechar*”¹³⁴.

III. 12. Las Impensas del Mandato.

Las Partidas dejan claramente establecido que todos los gastos, desembolsos e impensas en que incurre el mandatario, en el ejercicio del encargo, han de ser solventados por el mandante, “*Recibiendo un hombre de otro mandado para hacer alguna cosa guisada, si acaeciére que pechare algo por esto, es tenido el que se lo mandó hacer de se lo pagar*”¹³⁵. Por esto podemos concluir que el mandatario, goza de “*actio mandati*” contra su mandante, por tal motivo. Se toma en consideración todo tipo de impensas, siempre y cuando se hayan efectuado razonablemente para la ejecución del mandato confiado, bajo esta circunstancia de razonabilidad, pueden quedar comprendidos incluso los daños que haya sufrido el mandatario en la realización de su cometido, cabiendo inclusive los perjuicios experimentados por caso fortuito, en el evento que el acto por el cual se ocasionó fuere necesario para cumplir con el mandato. La acción con la que cuenta el mandatario también considera la liberación de una obligación, ejemplo en la situación en que éste se obligó al pago de un precio futuro, para cumplir el mandato al proceder a la compra de una determinada cosa encomendada por el mandatario.

¹³⁴ Partida V,XII,XXIII

¹³⁵ Partida V,XII,XXV

Todo lo anteriormente dicho en este título no es procedente en los casos en que se está en presencia de un mandato ilícito, es decir, es decir aquel que tiene por objeto la perpetración de un hecho delictuoso, como lo sería, si un sujeto encarga a otro matar a un tercero. En estas circunstancias el mandatario carece de todo tipo de acción por las cuales pretenda cobrar los gastos o impensas en que haya incurrido en la ejecución de hecho ilegal. Tampoco el mandante goza de acción alguna para conseguir los reembolsos a los que normalmente queda obligado el mandatario en el desarrollo del contrato, como sanción al actuar reprochable tanto de uno como de otro, resulta que cualquier acción que gozara el uno respecto del otro y todo aquello que recíprocamente pudieran reclamarse por razón del mandato o de su ejecución, no tiene validez para su exigibilidad. Otra consecuencia que se produce respecto de las partes del contrato es que tanto el que cometió el delito como aquel que lo ordenó, deben indemnizar a la víctima de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la perpetración del ilícito.

Un caso específico de mandato ilícito contemplado en Las Partidas es aquel expresado en la partida V, título XII, ley XXV que dispone “*Otrosí decimos que si alguno que fuese menor de veinte e cinco años, mandase a otro cualquiera que fuese, que entrase fiador a alguna barragana o a otra alguna mala mujer con que hubiese que ver, que le diese de vestir u otras joyas algunas u otra cosa cualquiera, aunque éste a que lo mandase hacer, dependiese por tal mandado alguna cosa, no sería el otro tenido de se lo hacer cobrar si no quisiere, porque tal dispensa es hecha a daño del menor e sobre cosa desaguisada*”¹³⁶.

III. 13. Los límites del Mandato.

El contrato de mandato está sujeto a límites o márgenes dentro de los cuales debe actuar el mandatario, por consiguiente debe cumplir o llevar a cabo sólo lo que se manda y nada más que esto, éste es el límite fundamental al que está sujeto aquel. No obstante puede celebrarse el mandato confiriéndosele las más amplias facultades y prerrogativas para su ejecución pero dentro de los límites de lo que se entiende como un ajuste a la administración consustancial al contenido del mandato, evitando así la extensión de sus actos. Cuando no se respetan los límites anteriormente mencionados la “*actio mandati*”, no resulta ejercitable por las partes, solo en el evento que el contrato no tuviere forma prescrita, sino que se remitiera en su ejecución a principios jurídicos como la buena fe o la racionalidad del mandatario por mencionar algunos, los acciones se reputaran subsistentes para su ejercicio por las partes del contrato.

¹³⁶ Partida V,XII,XXV

Puede suceder que no nos encontremos frente a una transgresión en la ejecución del contrato, sino más bien ante una extralimitación, en este caso se puede distinguir entre dos posibilidades, la primera, aquella en virtud de la cual el mandatario se extralimita en cuanto a las facultades de que goza, pero no obstante de su extralimitación se obtienen beneficios para el mandante, ante tal situación el encargo se da por cumplido y satisfecho, pero por otro lado puede acontecer que de la extralimitación se genere un detrimento o pérdida, en tal evento el mandante puede proceder a través de su “*actio mandati*” en contra del mandatario con la finalidad de que éste le reembolse las disminuciones que le haya provocado no haber sido efectuado el encargo con fidelidad a los límites estipulados.

III. 14. Extinción del Mandato.

El mandato comúnmente, se extingue o termina por la revocación que de él hace la persona que lo ha encomendado, o sea, el mandante. Se debe tener presente que el mandato puede revestir dos formas distintas en lo tocante a la amplitud de los negocios confiados al mandatario, éstas son, mandato general, en este caso la revocación debe hacerse mediante proclama y edictos¹³⁷. En cambio cuando el mandato reviste el carácter de especial, es suficiente la denuncia o aviso a los sujetos interesados, la revocación en cuanto a su extensión puede ser total o parcial, dependiendo si se revoca o no la integridad del objeto del contrato. Por otro lado tenemos la extinción por la renuncia del mandatario, solo cuando en manos del mandante, puede llevarse a cabo el objeto del mandato, mediante la designación de otro sujeto para que asuma el encargo y lo ejecute. Otra forma similar de extinción del mandato es el impedimento que frustrare su ejecución debiendo el mandatario dar conocimiento del hecho al mandante.

Es importante destacar que, el mandato también se extingue por la muerte del mandante o muerte del mandatario, por considerarse este contrato de naturaleza personal. Respecto a esta circunstancia las partidas prescriben “E tal mandamiento como éste reciben los hombres, unos de otros, por hacerles amor e no por hacerles daño”¹³⁸. No obstante el mandato no se extingue por la muerte del mandante, si ya se principió su ejecución, resultando ignorante de tal hecho el mandatario, por tal circunstancia éste debe proseguir con su ejecución, obligándose con los herederos del fallecido mandante.

¹³⁷ Álvarez Cora, Enrique. Ob. Cit., p.548.

¹³⁸ Partida V,XII,XX

Cuarta Parte

IV. 1. El Mandato en los proyectos de código civil en Chile.

En las Indias, territorio que era comprensivo de gran parte de América, incluido el territorio en que se encuentra emplazado nuestro país, durante la Monarquía Hispánica rigió en una primera época el Derecho proveniente de España, de acuerdo al Derecho Común según el cual en las tierras ganadas se aplicaba el ordenamiento jurídico del conquistador o descubridor, según fuera el caso de que se tratara.

En virtud de lo anterior, las disposiciones legales provenientes de España, regían íntegramente en los territorios conquistados, y de manera automática. Con el paso del tiempo, y el desarrollo de la vida en el nuevo continente se hizo necesario dictar leyes exclusivas para el territorio, debido a la diversidad y diferencia de las tierras en todo aspecto. El sistema de transferir el derecho desde España cesa en 1614, época en la cual se exige la autorización del Consejo de Indias para que las leyes que regían en España fueran aplicables en Las Indias. La Corona española también dictó leyes especiales para el nuevo territorio descubierto, conocidas como Leyes Indianas Metropolitanas, constituyendo éstas, la legislación especial para Indias. Dentro de los cuerpos normativos que se aplicaban en Chile al iniciarse el periodo de Independencia podemos mencionar: Las Pragmáticas, ordenanzas y demás Decretos del Rey comunicados por el Consejo Real de Indias desde el 18 de mayo de 1680, la Recopilación de las Leyes de Indias, la Novísima Recopilación de las leyes de España, publicada en 1805, las Leyes del Estilo, el Fuero Real, el Fuero Juzgo y las Siete Partidas del rey Alfonso X, estas últimas tratadas anteriormente. A estas leyes españolas se sumaron las Leyes patrias, dictadas desde el inicio de la Independencia de Chile en 1810 hasta la promulgación de los códigos nacionales. Entre estas leyes, en materia civil, son dignas de recordar las que se refieren a la habilitación de edad, al matrimonio de los no católicos, a la prelación de créditos (leyes de 31 de octubre de 1845 y de 25 de octubre de 1854, ambas redactadas por don Andrés Bello e incorporadas más tarde, con pequeñas variantes, al Código Civil), a las sociedades anónimas y a la exvinculación de bienes. Estas leyes se referían a puntos específicos y particulares, y se limitaban a suplir o modificar las leyes españolas.

La propuesta de codificación nació en Chile conjuntamente con la emancipación política, pues, aparte de consideraciones filosóficas, sociales y económicas, la legislación española que se aplicaba era anacrónica y confusa. En el ámbito civil hubo numerosos intentos para lograr la dictación de un código;

pero, por una u otra causa, todos quedaron frustrados hasta que Andrés Bello participó en las comisiones legislativas y además trabajó en forma privada en un proyecto personal de Código Civil para Chile. Como todo cuerpo legal de una nación independiente, éste debe ser propuesto por sus autoridades de gobierno. En el caso de Chile, Bernardo O'Higgins en su calidad de Director Supremo del Estado, mediante un mensaje dirigido a la Convención Preparatoria el 23 de julio de 1822, recomendó la adopción de los cinco Códigos Napoléonicos. Pero, dicho mensaje no fue acogido.

Otro intento codificador se presentó a través de un mensaje al Senado, del vicepresidente Fernando Errázuriz y redactado por Juan y Mariano Egaña el 8 de julio de 1831, en el cual se proponía que el proyecto fuera redactado por un literato de recomendada experiencia. Este documento fue contestado por la Cámara de Diputados de forma pronta, el 29 de julio del mismo año, en el que se expresaba el deseo de la revisión del antiguo derecho. Ello importó nuevos problemas, puesto que desatendía de la idea de codificación. Cabe destacar, que el proyecto fue rechazado en 1834 por la Cámara de Diputados, ya que se temía una reforma radical del derecho vigente.

Además, Andrés Bello había dado a conocer su pensamiento sobre el tema, en un artículo publicado en el periódico chileno El Araucano el 28 de junio de 1833. Allí exponía que la codificación es una mera consolidación del derecho vigente, de modo ordenado y metódico en un libro único y selecto, y no una reforma de él. En el año 1840 se creó una comisión mixta para la codificación, y después, en el año 1841, se creó una junta revisora del mismo proyecto, que fueron refundidas en el año 1845, sin mucho éxito ya que se paralizaron sus labores. Mientras tanto, Andrés Bello trabajaba personalmente en la codificación del Código Civil, por lo cual, una vez concluido en 1852, se designó el mismo año una comisión para revisar el proyecto, la que celebró más de trescientas sesiones, de las cuales no se conservan actas, pero terminó su tarea en el año 1855. El Presidente de la República, en ese entonces, Manuel Montt lo presentó al conocimiento del Congreso Nacional, acompañado de un mensaje redactado por el propio Andrés Bello, el 22 de noviembre de 1855.

IV. 2. Proyecto de código civil de los años 1841-1845.

Como se mencionó anteriormente, se creó una Comisión de Legislación del Congreso Nacional con el objeto de que se consagrara a la codificación de las leyes civiles, reduciéndolas a un cuerpo ordenado y completo, descartando lo superfluo o lo que pugne con las instituciones republicanas del

Estado, y dirimiendo los puntos controvertidos entre los intérpretes del Derecho. La Comisión era mixta, compuesta de dos senadores y tres diputados, elegidos por las respectivas ramas del cuerpo legislativo, y entre sus miembros figuró por el Senado el propio don Andrés Bello. La Comisión se dedicó con celo a su trabajo y empezó desde el 21 de mayo de 1841 a publicar el resultado de sus afanes en El Araucano. El primer objeto de sus labores fue la “sucesión por causa de muerte”, a la cual se dio prioridad por ser la parte más defectuosa de la legislación civil vigente.

La publicación del trabajo se hacía con el fin de que quien quisiera formulara las observaciones que creyera atinadas. El 29 de octubre de 1841 una ley estableció la Junta Revisora, compuesta de tres diputados y dos senadores, elegidos, respectivamente por cada Cámara. Su misión consistía en examinar los títulos que la Comisión presentara al Congreso, y en proponer las enmiendas, adiciones o supresiones que le parecieran convenientes. Debía dar cuenta de su labor en cada legislatura ordinaria. La Junta Revisora comenzó su tarea en forma muy activa. Después se atrasó de día en día. Funcionó tan raras veces, que no pudo adelantar cosa alguna en la elaboración de esta obra. Para obviar las dificultades, a iniciativa del señor Bello se dictó la ley de 17 de julio de 1848 que refundió esta Comisión y la Junta en un solo cuerpo, autorizado para llevar adelante y revisar los trabajos anteriores de ambas, bastando para sus resoluciones la mayoría de tres de sus miembros. Merced a esta providencia se revisaron algunos títulos y fueron transmitidos a las Cámaras a fines de 1846. En noviembre del mismo año, la nueva Comisión publicó un cuaderno del Libro de la sucesión por causa de muerte.

En agosto de 1847 se publicó el Libro de los contratos y obligaciones convencionales, dentro del cual estaba tratado el contrato de mandato. En 1848 y 1849 las sesiones se hicieron más y más raras y la Comisión, por diversas circunstancias, quedó reducida a los señores Bello, Montt, Palma y Lira. El señor Egaña había muerto y los demás miembros estaban ausentes de Santiago. La Comisión dejó de reunirse y de hecho se extinguió.

El contrato de Mandato se contiene entre los artículos 509 a 528 del título XXIX del libro de los contratos y de las obligaciones convencionales, cuaderno de doscientas cincuenta y cinco páginas, impreso en Santiago, en el mes de agosto de 1847.

IV. 3. Autonomía del contrato del Mandato.

Es importante destacar que a diferencia de otras legislaciones anteriores en la historia, tales como en el derecho Romano o Las Siete Partidas , el proyecto de Código Civil (1841-1845), trata al mandato de manera autónoma y con diferenciación de otros contratos o instituciones jurídicas, esto se sustenta en base a la propia definición que da el proyecto de código civil en su artículo 509 que dispone “*El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o mas negocios lícitos a otra persona que se hace cargo de ellos a nombre i por cuenta i riesgo de la primera, sea gratuitamente, sea mediante una gratificación, llamada honorario, por servicios que no pueden apreciarse en dinero*”¹³⁹, en virtud de este precepto no cabe duda respecto al hecho que el mandato es un contrato independiente y desligado de cualquier otra institución jurídica.

IV. 4. El Mandato como contrato consensual.

Como se mencionó con anterioridad, ya en el derecho romano, el mandato era uno de los contratos consensuales, que no requerían de entrega ni formalidad para su perfeccionamiento. Desde el punto de vista jurídico, el mandato es el más consensual de los contratos; se acepta que el encargo sea hecho de cualquier manera o medio. Este proyecto no fue ajeno a esta característica, al consagrar al contrato de mandato como naturalmente consensual, decimos natural, ya que, en algunas ocasiones éste puede revestir el carácter de solemne, cuando así lo exija expresamente una norma positiva. Esta consensualidad se desprende del artículo 509 y 510 el primero de éstos dos artículos permite que el encargo sea realizado de variadas formas al disponer en su inciso tercero que “*El encargo que es objeto del mandato, puede darse por escritura pública o privada, i tambien verbalmente, i de cualquier otro modo inteligible*”¹⁴⁰. El segundo precepto permite que la aceptación para perfeccionar el contrato sea inclusive de manera tácita, al estipular que “*El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato*”¹⁴¹. Por consiguiente en ciertos casos el mero silencio puede ser tenido por aceptación del encargo encomendado,

¹³⁹ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 509.

¹⁴⁰ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 509.

¹⁴¹ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 510.

como lo sería la situación de aquellas personas que por profesión se encargan de asuntos ajenos, ejemplo, un Abogado.

IV. 5. Pluralidad de mandatarios.

El proyecto acepta y contempla de manera expresa la circunstancia de que el encargo o gestión sea confiado a más de una persona, otorgándole en este último evento, la facultad a los mandatarios de dividir a su voluntad la ejecución del negocio encomendado, si el mandante no ha dividido la gestión, salvo que se les haya prohibido actuar de manera separada, en esta situación podrían dividirla, con motivo de urgencia de carácter conocida y además grave, pero sujetos a una calificada excepción, ésta es, que el mandante haya prohibido la división aún para aquél calificado y excepcional evento, en tal sentido el artículo 511 prescribe *“Si se constituyen dos o mas mandatarios, i el mandante no ha dividido la jestion, podrán dividirla entre sí los mandatarios; pero, si se les ha prohibido obrar separadamente, no podrán hacerlo, sino en caso de grave i conocida urgencia, a ménos que la prohibicion se extienda expresamente a este caso”*¹⁴².

IV. 6. Mandato oneroso.

En otros periodos de la historia especialmente en el Derecho Romano, se concebía al mandato como un contrato esencialmente gratuito, es más, para alguna parte de la doctrina, el hecho de percibir una remuneración a cambio de la ejecución del mandato, acarrea la nulidad, mientras que para otra esta circunstancia, hacía devenir al mandato en un contrato de locación, esto es, un contrato de trabajo.

En el proyecto de código, se permite la onerosidad de esta institución contractual, en la definición que entrega en su artículo 509 anteriormente citado, se señala que la persona que lleva a cabo la gestión encomendada lo hace gratuitamente o mediante una gratificación, a la cual le da el nombre de honorario, consagrando de manera expresa la posibilidad de que sea de carácter oneroso, sin que acarree como consecuencia su degeneración en otro contrato. Por otro lado, al tratar la responsabilidad de la cual responde el mandatario, en su artículo 513, se desprende esta característica, dicha norma dispone que *“El mandatario es obligado a cumplir el cargo que se le ha confiado, i responde de los perjuicios que resulten de su inejecucion; pero esta responsabilidad se aplica ménos rigurosamente al mandatario gratuito”*¹⁴³. En

¹⁴² Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 511.

¹⁴³ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 513.

su parte final señala que la responsabilidad de la cual responde el mandatario es menos rigurosa en los casos en que el contrato es gratuito, o sea cede solo en beneficio de una de las partes, interpretando a *contrario sensu* esta parte, podemos colegir que si el mandato se celebra a título oneroso, la responsabilidad del mandatario será más rigurosa.

IV. 7. Mandato especial y general.

En el proyecto se precisa la distinción entre mandato de carácter especial y general, el primero de aquellos, según el artículo 9 en su penúltimo inciso, es aquel que se confiere para la ejecución de uno o más negocios especialmente determinados, *“si el mandato comprende uno o mas negocios especialmente determinados, se llama especia”*¹⁴⁴. Respecto al mandato general, en el mismo inciso de la disposición citada, se señala que es aquel que se da para todos los negocios del mandante, sin importar que se contemplen situaciones excepcionales en que se encarguen negocios particulares y específicos, al disponer dicha norma que *“si se da para todos los negocios del mandante, es jeneral; i lo será igualmente si se da para todos, con una o mas excepciones determinada”*¹⁴⁵. La importancia de esta distinción estriba e interesa para conocer en qué tipo de negocios o gestiones puede legítimamente intervenir y llevar a cabo el mandatario.

IV. 8. Pluralidad de mandantes y mandatarios.

El proyecto consagra expresamente la posibilidad de que el contrato de mandato, sea en beneficio de más de una persona, como también la opción de que sea confiado a varios mandatarios, con sus ventajas y desventajas que ambas situaciones puede traer consigo, en tal sentido el inciso final del artículo 9 dispone, *“Puede haber uno o mas mandantes, i uno o mas mandatarios”*¹⁴⁶.

IV. 9. Objeto del Mandato.

El encargo o gestión que constituye el objeto de este contrato debe basarse en la ejecución de uno o más actos jurídicos, esta aseveración se comprueba al observar las facultades que se confieren

¹⁴⁴ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 509.

¹⁴⁵ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 509.

¹⁴⁶ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 509.

naturalmente al mandatario, es decir aquellas que no merecen mención expresa, el proyecto de código en su artículo 515 contempla algunos de estos actos que debe efectuar el mandatario al disponer que “*El mandato, aun concebido en términos generales, no confiere mas que el poder de ejecutar los actos de administracion, como son pagar i otorgar recibos; perseguir en juicio a los deudores; contratar las reparaciones de los objetos que administra, i comprar los materiales necesarios para ellas; comprar igualmente lo necesario para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado; intentar las acciones posesorias a nombre del mandante; e interrumpir las prescripciones. Pero sin mandato especial no podrá ningun mandatario dar en arriendo por mas de un año*”¹⁴⁷. El encargo cuyo objeto es la ejecución de actos materiales tales como, reparar un muro, construir una casa, pintar un lienzo, no constituye mandato, sino de arrendamiento de servicios o de confección de obra material.

IV. 10. Actos jurídicos a que se extiende el Mandato.

El principio general en esta materia, es que todos los actos jurídicos pueden ser ejecutados por medio de mandatarios, salvo calificadas excepciones, ejemplo el testamento, en tal sentido el proyecto en su artículo 4 dispone que “*El testamento es un acto de una sola persona. Serán nulas todas las disposiciones con tenidas en el testamento otorgado por dos o mas personas a un tiempo, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes o de una tercera persona*”¹⁴⁸. Aunque según el sentido literal de dicha disposición, no se prohíbe expresamente la delegación de la facultad, mas bien se estaría refiriendo a los testamentos mancomunados, es decir aquellos, en los cuales dos o mas personas en un mismo acto, disponen de sus bienes, pero no obstante ésta interpretación fluye del espíritu del legislador la intención de que el testamento es un acto personalísimo y por ende no delegable.

IV. 11. Capacidad de los contratantes.

En este contrato los roles que juegan las partes son totalmente distintos, por ende la capacidad que requiere el mandante por un lado y el mandatario por otro son diversas, es por esta razón que debemos tratarlas en forma separada.

¹⁴⁷ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 515.

¹⁴⁸ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 4.

Respecto al mandante, el proyecto, en sus disposiciones no contiene regla alguna respecto a la capacidad que debe tener para celebrar el contrato, por consiguiente preciso es recurrir a los principios generales, para llenar este vacío, es importante considerar que el mandatario obra por cuenta y riesgo del mandante, sobre éste recaen los efectos jurídicos de los actos ejecutados por el mandatario en el cumplimiento del encargo, por ende será necesario que el mandante cumpla con la capacidad exigida para el acto cuya ejecución se encomienda.

En cuanto a la capacidad del mandatario para celebrar el mandato, el proyecto considera válido el mandato en que se constituye como mandatario a un incapaz o una mujer casada, recordemos que en la época del proyecto, se consideraba a la mujer casada como incapaz. El artículo 512 dispone que *“Si se constituye mandatario a un menor o a una mujer casada, los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros en cuanto obliguen a éstos i al mandante; pero las obligaciones entre el mandante i el mandatario no podrán tener efecto sino según las reglas relativas a los menores i a las mujeres casadas”*¹⁴⁹. Cabe destacar que las relaciones entre el mandante y mandatario incapaz se rigen por las normas dadas por la ley para los incapaces, con el objeto de resguardar los intereses de éstos.

La regla dada en el citado artículo se basa y justifica, en el hecho de que los efectos del mandato recaen en el mandante y por ende la incapacidad del mandatario que ejecutó los actos, es indiferente. La incapacidad es una institución que protege los intereses y derechos de las personas que carecen de aptitudes para actuar por sí solas y sin intervención de otra en la vida del Derecho, en la situación anteriormente señalada, el incapaz no compromete su patrimonio, por consiguiente no se ve motivo para que ésta afecte la validez del contrato. En las relaciones que surjan entre el mandante y terceros no tiene influencia alguna la incapacidad del mandatario, ya que éste obra por cuenta y riesgo del mandante. Totalmente diversa es la situación que surge entre el mandatario y terceros o con el mandante, en este aspecto influye de manera determinante la incapacidad presente en el mandatario, se siguen las reglas generales en materia de incapacidad, para que el mandatario resulte obligado es necesario que en la aceptación haya contado con la autorización de su representante legal. Aunque no contare con tal autorización, de todos modos podría exigírsele el cumplimiento de las obligaciones resultantes de la ejecución del contrato, en cuanto se hubiere hecho más rico.

¹⁴⁹ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 512.

IV. 12. Facultades del mandatario.

El mandatario en la realización del encargo encomendado debe actuar dentro de las facultades que se le han conferido “*El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del poder que se le ha dado*”¹⁵⁰, surge la duda acerca de cuáles son las atribuciones con que cuenta el mandatario en aquellos casos en que se ha otorgado de forma amplia o indefinido. El artículo 515 anteriormente citado resuelve esta cuestión disponiendo que “*El mandato, aun concebido en términos generales, no confiere más que el poder de ejecutar los actos de administración, como son pagar i otorgar recibos; perseguir en juicio a los deudores; contratar las reparaciones de los objetos que administra, i comprar los materiales necesarios para ellas; comprar igualmente lo necesario para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado; intentar las acciones posesorias a nombre del mandante; e interrumpir las prescripciones. Pero sin mandato especial no podrá ningún mandatario dar en arriendo por más de un año; ni hacer enajenaciones, sino las que están comprendidas en su administración, como la venta de frutos ordinarios, ni empeñar, ni hipotecar.*”¹⁵¹. Según se desprende de esta disposición, el mandato en términos generales, no confiere al mandatario más poder que el necesario para ejecutar actos de administración, el proyecto no define lo que debe entenderse por acto de administración, pero en base al mismo precepto podemos señalar que la administración comprende actos de conservación, los cuales pueden revestir el carácter tanto de actos materiales como jurídicos, dentro de los primeros encontramos por ejemplo, efectuar las reparaciones del edificio o industria que se administra, por otro lado como actos jurídicos de administración tenemos, la interposición de una querrela posesoria o la interrupción de una prescripción que corre contra el mandante. Pero la administración que efectúa el mandatario no comprende solamente llevar a cabo actos puramente conservativos, también abarca la ejecución de actos tendientes a obtener provechos, frutos y rendimientos que regular y ordinariamente produzcan los bienes administrados, así al mandatario que administra una casa, se le permite darla en arriendo, o al que administra un predio rústico, vender sus cosechas.

Cabe destacar que existe un límite definido no con mucha claridad, el cual son los actos de disposición de los actos de administración. La venta de un bien seguida de su correspondiente tradición es un acto de disposición, pero si lo que se enajena son los frutos de un bien administrado, el acto de

¹⁵⁰ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 512.

¹⁵¹ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 515.

enajenación pasa a ser de simple administración, ya que tiende a obtener provechos ordinarios o normales que produce la cosa administrada, como lo sería la venta de la cosecha de un fundo. Todo esto a consecuencia de pertenecer el acto esencialmente de disposición al giro ordinario de la cosa administrada.

El precepto en comento, dispone expresamente que para la celebración de determinados actos se requiere mención especial, entre éstos podemos señalar, el arrendamiento de bienes administrados por más de un año, la enajenación de bienes que no comprenden el giro ordinario de la administración encomendada, como también la facultad de transigir, así lo dispone el penúltimo inciso del mismo artículo en los siguientes términos “*La facultad de transijir comprende la de nombrar árbitros o compromisarios i vice versa; pero la facultad de vender o arrendar no comprende la de recibir el precio o pension, a ménos que se trate de los objetos cuya venta o arriendo por menor constituye la administración*”¹⁵². No obstante la misma norma consagra una contra excepción al disponer que “*Sin embargo, el mandato dado con la cláusula de libre administracion faculta al mandatario, sin necesidad de mención especial, para todo acto, ménos para enajenar bienes raíces o muebles preciosos, para contraer hipotecas, o para hacer donaciones*”¹⁵³. Pero el legislador con el objeto de proteger al mandante, inmediatamente después de consagrar la posibilidad de pactar esta cláusula, establece el impedimento de realizar la enajenación de bienes raíces, muebles preciosos, para contratar hipotecas, o para hacer donaciones.

IV. 13. Facultad de delegar la ejecución del Mandato.

En el proyecto de Código se le concede al mandatario la prerrogativa de delegar la ejecución de la gestión que se le ha encomendado, siempre y cuando esta facultad no haya sido expresamente prohibida por el mandante. El hecho de delegar el encargo no lleva asociado desligarse y perder responsabilidad respecto a las resultas de la gestión, por el contrario, éste toma sobre sus hombros las consecuencias negativas que pudiera generar dicha delegación en el cumplimiento del contrato, respondiendo no solo por sus actos, sino, que también de los hechos que efectúe el delegado.

Esta responsabilidad existe aún en el evento en que el mandante le haya facultado expresamente para delegar, si no determinó la persona en quien recaiga dicha delegación. También responde el mandatario si ha delegado su encargo en una persona incapaz o insolvente, pero siendo requisito que tales

¹⁵² Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 515.

¹⁵³ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 515.

defectos sean notorios, pues, si a los ojos de un sujeto ideal, dichas personas no representaban o daban muestra de esas faltas de aptitud, no sería responsable el mandatario.

Es importante mencionar que en aras de proteger los intereses del mandante, se le concede acción en contra de la persona del delegado, reconociendo como limitación, el no poder ejercer más derechos, de los que tendría el mandatario contra su delegado, al ser éste el mandante inmediato del aquél. Todo lo expresado en relación a este punto lo podemos encontrar en el artículo 514 del proyecto que señala *“El mandatario podrá delegar el encargo, si expresamente no se le ha prohibido; pero responderá de los hechos del delegado, como de los suyos propios. Esta responsabilidad tendrá lugar aun cuando se le haya conferido expresamente la facultad de delegar, si el mandante no le ha designado la persona, i si además el delegado elegido por el mandatario era notoriamente incapaz o insolvente. El mandante tiene acción en todos casos contra el delegado del mandatario; pero no podrá ejercer contra el delegado sino los derechos del mandatario, que es el inmediato mandante del delegado”*¹⁵⁴.

IV. 14. Límites y responsabilidades del mandatario en su actuar.

La principal obligación que contrae el mandatario, es la ejecución del encargo que es objeto del contrato y responde de los daños y detrimentos que experimente el mandante por la inexecución o negligencia en el cumplimiento del mandato. Para el cumplimiento del encargo, el mandatario debe ceñirse en la ejecución del mandato a los poderes que se le han conferido. Si obra fuera de los límites establecidos, es responsable frente al mandante pero no ante terceros, salvo que aquel al contratar con los terceros, no les haya informado o dado el conocimiento suficiente para que éstos puedan conocer los poderes, dentro de los cuales obra. También responde frente a los terceros, cuando se ha obligado personalmente, así lo dispone el artículo 516 *“El mandatario que ha excedido los límites de su mandato, es solo responsable al mandante, i no es responsable a terceros, sino, cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes; cuando se ha obligado personalmente”*¹⁵⁵.

Por otra parte el artículo 517 dispone *“El mandatario es responsable, tanto de lo que ha recibido en razón del mandato, como de lo que ha dejado de recibir por su culpa”*¹⁵⁶, para determinar de qué grado de culpa responde, habrá examinar en beneficio de quien cede el provecho que se obtenga del contrato.

¹⁵⁴ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 514

¹⁵⁵ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 516

¹⁵⁶ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 517

En el caso de que sea más de un mandatario, éstos responden por la gestión particular en que hayan intervenido respectivamente, sin importar si se hubieren constituido en un solo acto o en actos distintos, todo esto sin perjuicio de que si se ha estipulado solidaridad responden según las normas que reglan esta institución jurídica. En tal sentido el artículo 518 dispone que *“Siendo muchos los mandatarios, ya sean constituidos por un mismo acto o por varios, cada uno será solo responsable de su particular gestión, a menos que se haya estipulado solidaridad”*¹⁵⁷.

IV. 15. Obligaciones del mandante.

La obligación principal del mandante es cumplir las obligaciones que se han contraído a su nombre por el mandatario, pues este último actúa como instrumento, ya que, obra por cuenta y riesgo del mandante, sobre aquel recaen los efectos de los contratos celebrados, pero esto no es absoluto, el mandante no se obliga a satisfacer prestaciones que derivan de negocios no comprendidos en el mandato o cuando el mandatario excede los límites dentro de los cuales debe actuar, como contra excepción encontramos el hecho de que no obstante estas dos circunstancias, el mandante debe cumplir si ha efectuado la ratificación de estos actos, ya sea de manera expresa o tácita, así lo dispone el artículo 521, *“El mandante es obligado a cumplir las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario, a menos que estas obligaciones se refieran a negocios no comprendidos en el mandato o excedan a las facultades conferidas por él. Será, sin embargo, obligado el mandante en estos dos casos, si hubiere ratificado expresa o tácitamente las obligaciones contraídas a su nombre”*¹⁵⁸.

En el caso en que el mandato se ejecutara de manera parcial o incompleta y según los términos en los cuales fue concebido o la naturaleza del negocio encomendado, no obliga al mandante, quedando obligado solo a reembolsar aquella parte de la riqueza obtenida de dicha ejecución parcial, así lo prescribe el artículo 522 del proyecto de código, *“Si la ejecución del mandato ha sido solo parcial, i si por los términos del mandato o por la naturaleza del negocio apareciere que no debió ejecutarse parcialmente, el mandante no es obligado en razon de la ejecución parcial sino al abono de aquello en que la ejecución parcial le hiciera mas rico”*¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 518

¹⁵⁸ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 521.

¹⁵⁹ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 522.

El mandante por otro lado, es obligado al reembolso de los gastos en que haya incurrido el mandatario en la ejecución del encargo, pero no se trata de cualquier gasto, sino, de aquellos que tengan el carácter de razonables, cuestión de hecho que deberán evaluar las partes o en subsidio el juez, si es requerida su intervención. También es obligado a remunerar al mandatario, según el valor que hubieren convenido o el que normalmente se cobre por negocios de ese tipo, debiendo de reembolsarle las anticipaciones en dinero con los correspondientes intereses corrientes. El proyecto establece una medida de protección a favor del mandatario, ésta consiste en que el mandante debe reparar los daños sufridos por el mandatario, sin negligencia de su parte y que provengan de la ejecución del mandato.

El mandante tiene prohibido dispensar el cumplimiento de estas obligaciones a pretexto de que el negocio encomendado no ha tenido éxito o que éste pudo haberse ejecutado a un menor valor, las reglas anteriormente señaladas se encuentran contenidas en el artículo 519 que dispone que *“El mandante es obligado a reembolsar al mandatario los gastos razonables causados por la ejecución del mandato. Es asimismo obligado a pagarle la remuneración estipulada o usual. Le reembolsará las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes. I le indemnizará de las pérdidas en que el mandatario haya incurrido sin culpa, i por causa del mandato. No podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo. El mandante no es responsable del caso fortuito”*¹⁶⁰.

En el caso de que exista pluralidad de mandantes que hayan encomendado la realización de un encargo en común, todos ellos responderán de manera solidaria frente al mandatario, con todo los efectos que la solidaridad implica, salvo que se haya estipulado lo contrario por los mandantes, en tales términos dispone el artículo 520 *“Si el mandato ha sido dado por muchas personas para un negocio común, todas ellas serán solidariamente responsables al mandatario, a menos de estipulación contraria”*¹⁶¹.

IV. 16. Extinción del Mandato.

El proyecto de código establece expresamente, cuales son las causales por las cuales se extingue el mandato, en su artículo 521 establece una lista taxativa, en los siguientes términos,

“El mandato termina: 1.Por la evacuación del negocio para que fué constituido el mandato; 2.Por la espiración del término o por el evento de la condición prefijada para la terminación del mandato; 3.Por la

¹⁶⁰ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 519.

¹⁶¹ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 520.

*revocacion del mandato; 4.Por la renuncia del mandatario; 5.Por la muerte del mandatario; 6.Por la quiebra del uno o del otro; 7.Por la interdiccion del uno o del otro; 8.Por la cesacion de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas*¹⁶². En los artículos posteriores a esta disposición, el proyecto se encarga de dar normas particulares respecto a algunos modos de extinguir señalados, éstos son, la renuncia por parte del mandatario, la revocación y la muerte del mandante.

En primer lugar, tenemos la revocación hecha por el mandante, por ser este contrato de aquellos en que la confianza juega un rol determinante, se le concede al mandante la facultad de dejarlo sin efecto de manera unilateral, por ejemplo, si ha perdido la seguridad que le inspiraba el mandatario, esta revocación puede revestir el carácter de expresa o tácita, la primera es aquella que se realiza por medio de términos directos y explícitos. La segunda opera en aquellos casos, en que el mandante confía a una persona distinta del mandatario, la ejecución del encargo, o sea, celebra un contrato nuevo, si el primer mandato es de carácter general y el segundo especial, la revocación se produce respecto a todos aquellos asuntos comprendidos en el primer mandato y que el mandante encarga nuevamente, pero deja subsistente el primero, en todas las partes que no han sido contempladas por el mandato posterior, en tal sentido el artículo 524 del proyecto establece que *“La revocacion del mandante puede ser expresa o tácita. La tácita es el encargo del mismo negocio a distinta persona. Si el primer mandato es jeneral i el segundo especial, subsiste el primer mandato, para los negocios no comprendidos en el segundo*¹⁶³.

Como se dijo anteriormente, el mandante puede revocar el mandato de manera unilateral y además puede ser realizada a su arbitrio y produce los efectos que le son propios a partir del momento en que el mandatario tuvo suficiente conocimiento de ésta, si con posterioridad a esta noticia, contrata con terceros, los efectos de esos actos recaerán sobre su persona, no vinculando al mandante con los mencionados terceros. En aras de proteger al mandante, se le otorga la facultad de solicitar la restitución del instrumento del mandato, *“El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio; i la revocación produce su efecto desde el dia que el mandatario ha tenido conocimiento de ella, quedando él solo obligado por lo que desde entónces contratare a nombre del mandante. El mandante que revoca, tendrá derecho para exijir del mandatario la restitucion del instrumento del mandato*¹⁶⁴.

¹⁶² Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 523.

¹⁶³ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 524.

¹⁶⁴ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 525.

El proyecto, si bien, permite que en el mandato intervengan como mandatarios personas incapaces, no le resulta absolutamente indiferente, pues, en el artículo 527, establece una causal de revocación por incapacidad sobreviniente, esta es aquella que opera, cuando una mujer soltera celebra el contrato de mandato, si posteriormente contrae matrimonio, subsiste el contrato, pero el mencionado precepto, otorga al marido la facultad de dejarlo sin efecto, mediante la revocación del mismo, *“Si la mujer ha conferido un mandato ántes del matrimonio, subsiste el mandato; pero el marido podrá revocarlo a su arbitrio”*¹⁶⁵.

El último caso de revocación contemplado en el proyecto, es aquel que se produce, cuando muere el mandante y los herederos proceden a revocar el mandato, a su arbitrio. Aquellos cuentan con la facultad de dejar subsistente el contrato, en virtud, del principio que rige en materia sucesoria, consistente en que los herederos son continuadores de la persona del causante, recayendo en ellos todos los derechos y obligaciones transmisibles, *“La muerte del mandante no pone fin al mandato; pero los herederos del mandante podrán revocarlo a su arbitrio”*¹⁶⁶.

Como se dijo anteriormente el mandante puede revocar el mandato, por su parte el mandatario también puede poner término al contrato de manera unilateral, a través de la renuncia, pero ésta tiene limitaciones, no pone fin al mandato, sino después que transcurra un tiempo prudente y razonable, para que el mandante pueda, hacerse cargo personalmente de sus negocios o encargarlo a otra u otras personas, todo en aras de evitar eventuales perjuicios, que se pueden producir al quedar el negocio abandonado, sin alguien que lo atienda. El mandatario es responsable de los perjuicios, de su renuncia hecha fuera del tiempo adecuado o conveniente, salvo que se encuentre en imposibilidad de administrar el negocio sin perjuicio grave para sus intereses propios, *“La renuncia del mandatario no pondrá fin a sus obligaciones, sino después de trascurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados. El mandatario es responsable de los perjuicios que una renuncia intempestiva cause al mandante; a ménos que el mandatario se halle en la imposibilidad de administrar el negocio sin grave perjuicio de sus intereses propios”*¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 527.

¹⁶⁶ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 528.

¹⁶⁷ Chile. Proyecto de Código Civil 1841-1845. artículo 526.

Quinta Parte

V. 1. Proyecto de código civil del año 1853.

En este proyecto se logró obtener una construcción más sólida y ordenada, con una correlación numérica acerca del articulado y de los títulos del código, cuestión que no se había desarrollado de tal manera en el proyecto elaborado en entre lo años 1841 a 1845. Cabe destacar que este proyecto es, en su gran mayoría, creación autónoma de Andrés Bello, quien en el mensaje expresa que a pesar del cuidado con que se ha hecho la última revisión del proyecto no han podido evitarse por completo algunas inconsecuencias, repeticiones y superfluidades todo aquello a consecuencia de un trabajo largo y solitario.

El contrato de mandato no experimentó cambios radicales pero de todas maneras, los tuvo. El proyecto de 1853 regula esta figura jurídica entre sus artículos 2289 a 2322, pertenecientes al título XXIX de su libro IV en el cual trata los contratos y obligaciones convencionales. En cuanto a las diferencias que podemos encontrar respecto al proyecto anteriormente tratado, son dignas de examinar las siguientes:

V. 2. El negocio no debe interesar solo al mandatario.

El mandato se celebra ordinariamente en interés exclusivo del mandante. Si el negocio importa tanto al mandante como al mandatario; al mandante y a un tercero; al mandante, mandatario y un tercero o exclusivamente a un tercero, estamos frente a un autentico contrato de mandato, sin perjuicio que entre aquel tercero y el mandante se produce, al mismo tiempo, el cuasicontrato de gestión de negocios ajenos, así lo dispone el artículo 2294 del proyecto de código civil, "*Si el negocio interesa juntamente al que hace el encargo i al que lo acepta, o a cualquiera de estos dos, o a ambos i a un tercero, o a un tercero exclusivamente, habrá verdadero mandato; pero entre el tercero i el mandante se producirá al mismo tiempo el cuasicontrato de gestion de negocios*"¹⁶⁸. Eso no es todo, el proyecto dice expresamente, que no constituye mandato aquel negocio establecido en interés exclusivo del mandatario, esa situación la califica como mero consejo, la cual no crea obligación alguna y establece la obligación de indemnizar los perjuicios experimentados, en el caso que el consejo se haya dado en forma dolosa o con la intención de producir

¹⁶⁸ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2294

daños. *“El negocio que interesa al mandatario solo, es un mero consejo, que no produce obligacion alguna. Pero, si este consejo se da maliciosamente o con dolo, obliga a la indemnizacion de perjuicios”*¹⁶⁹.

V. 3. El mandatario incapaz.

En el proyecto de código civil de 1841-1845, se permite que actúe como mandatario, tanto a la mujer casada como los menores de edad sin distinción. Esta situación varía en el proyecto de 1853, éste en su artículo 2297, no señala a simplemente a los menores de edad, sino que, habla de un tipo en particular de menores de edad, éstos son, los impúberes, por lo tanto, es más estricto, respecto al tipo de menor que puede intervenir. Según el artículo 25 del proyecto de 1853 menor impúber es *“el varon que no ha cumplido catorce años i la mujer que no ha cumplido doce; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veinte i cinco años; i menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”*¹⁷⁰. Por consiguiente no acepta que cualquier menor de edad pueda ser mandatario, pueden serlo, solo el varón y la mujer mayores de 14 años y de 12 respectivamente, pero menores de 25 años, así se desprende del artículo 2297 mencionado anteriormente *“Si se constituye mandatario a un menor púber o a una mujer casada, los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros, en cuanto obliguen 'a éstos i al mandante; pero las obligaciones entre el mandante i el mandatario no podrán tener efecto sino segun las reglas relativas a los menores i a las mujeres casadas”*¹⁷¹.

V. 4. Grado de culpa de la cual responde el mandatario.

A diferencia del proyecto de 1841-1845, el proyecto de 1853 hace mención del grado de culpa de que puede verse obligado a responder el mandatario a consecuencia de los perjuicios ocasionados por la inejecución o negligencia en el desempeño de su cometido, así lo dispone el artículo 2298, en los siguientes términos *“El mandatario es obligado a cumplir el encargo que se le ha confiado, i responde hasta de la culpa levísima. Esta responsabilidad se aplica ménos rigurosamente al mandatario gratuito”*¹⁷². Queda de manifiesto que puede llegar a responder de la culpa levísima, pero esta responsabilidad se atenúa solo en el caso en que el mandatario sea gratuito, cuestión que es un tanto injusta, si nos ponemos en la

¹⁶⁹ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2293

¹⁷⁰ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 25.

¹⁷¹ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2297.

¹⁷² Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2298.

situación del mandato en que ambas obtienen provecho, respecto a este caso, también debería ser menor el grado de culpa.

V. 5. Delegación del Mandato.

El artículo 2299 del proyecto de 1853 se refiere a la delegación del encargo encomendado, este artículo no presenta mayor variación que su símil el artículo 514 del proyecto de 1841-1845, pero en su inciso final agrega a una regla no contenida en el proyecto anterior, la cual se refiere a que los actos ejecutados por el delegado, cuyo nombramiento fue prohibido por el mandante, no obligan de ningún modo a éste, así lo dispone en su inciso final, *“Lo hecho por el delegado que se hubiere nombrado contra la prohibición del mandante, no obliga de ningún modo a éste”*¹⁷³.

V. 6. Mandato general con cláusula de libre administración.

En el contrato de mandato concebido de manera general, si se pacta cláusula de libre administración, se faculta al mandatario para la ejecución de todo acto, sin necesidad de mención especial, pero se establecen excepciones, por lo tanto de todas maneras deben especificarse las facultades para realizar aquellos actos que constituyen las excepciones, estos son, la venta de bienes raíces, muebles preciosos, contraer hipotecas, o hacer donaciones. En cuanto a las excepciones que se presentan respecto a la cláusula de libre administración, el proyecto de 1853, contempla más casos que los señalados en el proyecto de 18141-1845, agregando los siguientes, hacer o repudiar donaciones, aceptar una herencia sin beneficio de inventario, repudiar herencias o legados, transigir o comprometerse. Lo dicho anteriormente se encuentra expresamente consagrado en el artículo 2302 del proyecto de 1853, en los siguientes términos *“El mandato jeneral con la cláusula de libre administración faculta al mandatario, sin necesidad de mencion especial, para todo acto, ménos para enajenar bienes raíces o muebles preciosos, o para afianzar a terceros, o para contraer hipotecas, a para hacer o repudiar donaciones, o para aceptar herencias sin beneficio de inventario, a para repudiar herencias o legados, o para transijir o comprometer”*¹⁷⁴.

¹⁷³ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2299.

¹⁷⁴ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2302.

El proyecto de 1853 establece que las cláusulas especiales y de libre administración deben constar por escritura pública, se establece esta solemnidad porque el legislador entiende la trascendencia que puede tener la ejecución de tales actos, por tal motivo exige que se hagan de esa manera, por la seguridad que ofrece la escritura pública en comparación a otros medios.

V. 7. Rendición de cuentas.

El mandatario es obligado a dar cuenta de su administración al mandante, en el proyecto en comento, se encuentra consagrada dicha obligación en su artículo 2305, que dispone que “*El mandatario es obligado a dar cuenta de su administración*”¹⁷⁵, esta obligación se justifica y tiene su fundamento en el hecho de que el mandatario, no obra por cuenta propia ni asume los riesgos, los efectos de los actos que ejecuta se radican en su mandante, y éste tiene el legítimo derecho de saber cómo han sido gestionados y llevados sus negocios. El proyecto no se refiere a la posibilidad de que el mandante exima de tal obligación al mandatario, pero de la autodeterminación contractual, creemos que puede hacerlo, al no estar expresamente prohibida tal facultad.

V. 8. Intereses que debe el mandante al mandatario

El artículo 2306 del proyecto, se pone en la situación en que el mandante haya empleado dineros del mandatario en su propio beneficio, y señala que por estos dineros que ocupe debe los intereses corrientes que correspondan, también debe los intereses del saldo que las cuentas reflejen en su contra, en este caso esos intereses los debe desde que ha sido constituido en mora, sin distinguir la manera por la cual se le ponga en tal situación, “*Debe el mandante los intereses corrientes de dineros de éste que haya empleado en utilidad propia. Debe asimismo los intereses del saldo que de las cuentas resulte en contra suya, desde que haya sido constituido en mora*”¹⁷⁶.

V. 9. Obligación del mandante de procurar medios para ejecutar el Mandato.

El artículo 2309 del proyecto establece cuales son las obligaciones que tiene el mandante, en su numeral 1 señala que “El mandante es obligado:

¹⁷⁵ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2305.

¹⁷⁶ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2306.

1. ° A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato”¹⁷⁷. Esto es contrario al reembolso de que habla el artículo 519 del proyecto de 1841-1845, pues el artículo 2309, da a entender que antes de proceder a la ejecución el mandante debe proveer los medios, debido a que normalmente el contrato se celebra en su interés y concordante con esto es que el provea los medios. El mismo precepto, prohíbe al mandante exonerarse de cumplir sus obligaciones a pretexto de que el negocio encomendado no ha tenido éxito o que pudo desempeñarse a menor costo, pero establece la posibilidad de eximirse en el caso en que se le pruebe culpa al mandatario, “No podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a ménos costo; salvo que se le pruebe culpa”¹⁷⁸, el 519 del proyecto de 1841-1845 no contemplaba esta última posibilidad.

V. 10. Derecho de prenda del mandatario.

El artículo 2313 otorga al mandatario la facultad de retener como prenda aquellos documentos sustitutivos del dinero que se le hayan entregado por cuenta del mandante, dicho derecho tiene por objeto resguardar el cumplimiento de las obligaciones que éste deba satisfacer a su respecto, “Podrá el mandatario retener en prenda los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte”¹⁷⁹.

V. 11. Terminación del Mandato.

El proyecto de 1853 en su artículo 2314, al mencionar las maneras por las cuales termina el contrato de mandato, en su número 5, señala que, termina por la muerte o del mandatario como también la del mandante, “El mandato termina: 5. ° Por la muerte del mandante o del mandatario”¹⁸⁰, por el contrario al artículo 523 proyecto de 1841-1845, el cual solo contemplaba la muerte del mandatario. Al ampliar esta causal se reafirma aún más el carácter *intuitu personae* presente en este contrato, es decir, las cualidades de las partes son un factor determinante para su celebración.

¹⁷⁷ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2309.

¹⁷⁸ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2309.

¹⁷⁹ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2309.

¹⁸⁰ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2314.

Conocida que sea la muerte del mandante, cesará el mandatario en el desempeño de su encargo, salvo si dicha cesación provoque perjuicios a los herederos de su mandante fallecido, pues, en tal caso es obligado a terminar las gestiones que hubiese ya iniciado *“Sabida la muerte del mandante, cesará el mandatario en sus funciones; pero, si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, será obligado el mandatario a finalizar la gestión principiada”*¹⁸¹.

En caso de que el mandatario fallezca, sus herederos deben dar la noticia de su deceso de manera inmediata al mandante, y efectuarán a beneficio de este, lo que ameriten las circunstancias, así lo establece el artículo 2320, *“Los herederos del mandatario deben dar aviso inmediato de su fallecimiento al mandante, i harán en favor de éste lo que las circunstancias exijan”*¹⁸².

En aquellas situaciones en que el contrato termine por causales que no han sido conocidas por el mandatario, lo que este haga en ejecución del mandato, es válido, *“En jeneral, todas las veces que el mandato espira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato es válido”*¹⁸³.

Sexta Parte

VI. 1. Proyecto inédito de código civil.

El llamado proyecto inédito, es el mismo proyecto del año 1853, después de las enmiendas que le introdujo la junta revisora en el primer examen a que fue sometido, fue presentado a una comisión presidencial, la cual fue conocida como "Comisión revisora de juristas y magistrados". El presidente de ésta, fue el presidente de aquella época don Manuel Montt. En este proyecto trabajaron Andrés Bello, Manuel José Cerda y Ramón Irarrázabal, ambos jueces de la Corte Suprema; Diego Arriarán, Antonio García Reyes y Manuel Antonio Tocornal, todos miembros de la Facultad de leyes de la Universidad de Chile; y Alejo Valenzuela, juez de la Corte de Apelaciones de Santiago. José Gabriel Ocampo, futuro redactor del Código de Comercio de Chile, y José Miguel Barriga, juez de la Corte de Apelaciones de Concepción, fueron integrados después. El proyecto fue nombrado como inédito, debido a la circunstancia de haber permanecido en esa calida hasta su publicación en el año 1890, en las obras completas de don

¹⁸¹ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2319.

¹⁸² Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2320

¹⁸³ Chile. Proyecto de Código Civil 1853. artículo 2322

Andrés Bello. Es importante destacar que el proyecto definitivo o aprobado, que es el actual código civil, es también el de 1853, pero después de la segunda revisión que efectuó la junta revisora mencionada.

El contrato de mandato en el proyecto inédito, es tratado entre los artículos 2289 al 2322, ambos incluidos, del título XXIX del libro cuarto, denominado de las obligaciones en general y de los contratos. Antes de examinar las normas en particular que da el proyecto respecto al mandato, es digno de señalar algunos aspectos de redacción y orden, el título destinado al mandato, se divide en párrafos, cuestión que no ocurrió en los anteriores proyectos, también es digno de resaltar el hecho de que los artículos son más reducidos, cuestión que contribuye a una mejor inteligencia de dichas normas.

VI. 2. Remuneración del mandatario.

El artículo 2289 a. del proyecto dispone que el mandato puede ser gratuito o remunerado, hasta esta parte, no hay nada distinto a lo establecido por los anteriores proyectos, pero a continuación en su inciso segundo innova al señalar que la remuneración puede ser pactada libremente por las partes a través de una convención, la cual puede celebrarse antes o después de la ejecución del contrato, pero eso no es todo, el proyecto establece la posibilidad que ante la falta de estipulación de las partes, su voluntad sea suplida, ya sea, por la ley, la costumbre o el juez en su caso, así lo dispone expresamente el artículo en comento, *“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración (llamada honorario) es determinada por convención de las partes, ántes o despues del contrato, por la lei, o la costumbre, o el juez”*¹⁸⁴.

VI. 3. Profesiones y carreras que suponen largos estudios.

En el artículo 2289 b. el proyecto somete a las reglas del mandato, a las profesiones y carreras que son resultados de largos estudios o a las cuales va unida de actuar y obligar a otras personas respecto de terceros, *“Los servicios de las profesiones i carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar i obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”*¹⁸⁵.

VI. 4. Recomendación de negocios ajenos.

¹⁸⁴ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2289 a.

¹⁸⁵ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2289 b.

La simple recomendación de un negocio ajeno, no constituye por regla general un mandato, será el juez el llamado a resolver según los hechos, si tal recomendación es suficiente para constituir mandato, pero en caso de dudas sobre su calificación, se tendrá simplemente como una recomendación, que ninguna obligación produce, así se desprende del artículo 2291 a. del proyecto en los siguientes términos “*La simple recomendación de negocios ajenos no es, en general, mandato; el juez decidirá, según las circunstancias, si los términos de la recomendación envuelven mandato. En caso de duda, se entenderá recomendación*”¹⁸⁶.

VI. 5. Transformación del mandatario en agente oficioso.

En algunas circunstancias el mandatario se convierte en agente oficioso, es decir, aquella persona que administra negocios ajenos sin mandato de la persona a la cual pertenecen dichos negocios, quedando obligado para con ésta y la obliga en ciertos, produciendo en términos generales, efectos muy similares a los que genera el contrato de mandato. Estas situaciones están contempladas en el artículo 2291 b. del proyecto, el cual dispone que “*El mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa salga de los límites de su mandato, se convierte en un agente oficioso*”¹⁸⁷. El primer caso que plantea esta disposición es aquel, que se opera cuando el mandatario ejecuta de buena fe un mandato nulo, la buena fe consistirá en la ignorancia presente en el mandatario, de que el mandato por el cual obra es nulo. La segunda situación se refiere al caso en que el mandatario excede los límites de sus facultades a consecuencia de una imperiosa necesidad.

VI. 6. Consentimiento tácito del mandante.

Los proyectos anteriores consagraban la circunstancia de que la aceptación fuera de manera tácita pero no se referían a la posibilidad, que el encargo objeto del contrato fuera tácito. El artículo 2292 del proyecto inédito contempla una gran amplitud en cuanto a las formas por las cuales puede ser dado el mandato, cartas, escrituras, o de cualquier modo inteligible, pero además establece la situación en que una persona preste su aquiescencia de manera no explícita, pero a su vez el mencionado artículo señala limitaciones probatorias respecto a la prueba testimonial y a la escritura privada cuando la ley exija una escritura auténtica, las cuales procederán según las reglas particulares que la regulan y en conformidad a

¹⁸⁶ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2291 a.

¹⁸⁷ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2291 b.

sus limitaciones propias, dichas limitaciones las ordena el legislador con el objeto de proteger al supuesto mandante frente a conductas abusivas o fraudulentas, *“El encargo que es objeto del mandato, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, i aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas jenerales, ni la escritura privada cuando las leyes requieren un instrumento auténtico”*¹⁸⁸.

VI. 7. Retracto del mandatario.

El artículo 2293 del proyecto al referirse a las maneras en que puede ser prestada la aceptación del mandato, faculta al mandatario para retractarse de su aceptación, pero con la limitación de que esta sea efectuada oportunamente, pudiendo aún el mandante ejecutar el negocio por sí mismo o encomendarlo a otra persona, si la retractación es hecha de manera intempestiva, será responsable el mandatario, de los perjuicios que dicha renuncia ocasione al mandante, *“Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halle todavía en aptitud de ejecutar el negocio por si mismo, o de cometerlo a diversa persona. De otra manera se hará responsable en los términos del artículo 2318”*¹⁸⁹.

VI. 8. Las personas que por profesión u oficio atiendan negocios ajenos.

Las personas por cuya profesión u oficio se encargan frecuentemente de negocios ajenos, están obligadas declarar si aceptan o no ejecutar dichos negocios, al transcurrir un tiempo razonable sin que se hayan pronunciado respecto al encargo, se mirará como que lo aceptan, por ejemplo un proveedor de carne cuyo cliente en fiestas patrias le solicita un aumento en la cantidad de mercadería, si dicho proveedor no responde en un tiempo prudente, se entenderá que acepta dicho encargo, la razonabilidad del tiempo, debe determinarse en cada caso en particular. Estas personas aún en el evento que se excusen de llevar a cabo el negocio encomendado, deberán efectuar las providencias conservativas de carácter urgentes que necesite el negocio que se les encarga, así lo dispone el artículo 2294 del proyecto, en los siguientes términos, *“Las personas que por su profesion u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo mas pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; i trascurrido*

¹⁸⁸ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2292

¹⁸⁹ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2293.

*un término razonable, su silencio se mirará como aceptación. Aun cuando se excusen del encargo, deberán tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda*¹⁹⁰.

VI. 9. Grado de culpa del mandatario.

El artículo 2298 del proyecto señala que, *“El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae mas estrictamente sobre el mandatario remunerado. Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, i se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será ménos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga*¹⁹¹. Esta norma es más equitativa que sus similares en los proyectos anteriores, ya que, establece la culpa leve como punto medio, la cual varía dependiendo si es o no remunerado el mandatario. En su inciso final señala el caso en que el mandatario por temor reverencial se vea obligado a aceptar un encargo, en tal situación atenúa el grado de responsabilidad de la cual responde.

VI. 10. Ejecución y administración del Mandato.

Sabido es el hecho de que el mandatario, debe ceñirse estrictamente a los términos estipulados en el mandato, pero el artículo 2300 hace alusión a los casos en que la ley le faculte para obrar distinto, aquí nuevamente estamos frente a una norma que se refiere a la intervención de otra fuente normativa distinta a la autonomía de la voluntad de que gozan los contratantes para su autodeterminación, *“El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo*¹⁹².

La ejecución del mandato no solo comprende la consecución del fin por el cual fue dado, sino que también los medios por los cuales se llega a lograr dicho fin, estos deben ser aquellos que el mandante señala para la realización del contrato. No obstante el mandatario puede emplear medios distintos en su actuar, si los hicieren necesario las circunstancias en las cuales se desenvuelve el mandato, siempre que se logre su ejecución de manera total, así lo dispone el artículo 2300 c. *“La recta ejecucion del mandato comprende; no solo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha*

¹⁹⁰ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2294.

¹⁹¹ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2298.

¹⁹² Chile. Proyecto Inédito. artículo 2300.

*querido que se lleve a cabo. Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello i se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato*¹⁹³.

VI. 11. Delegación del Mandato.

Para que la delegación surta efectos respecto al mandante, es necesario que este la autorice o ratifique ya sea expresa o tácitamente, so pena, de no empecerle los efectos de los actos celebrados entre el delegado y terceros, *“La delegacion no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante, no da derecho a terceros contra el mandante por los actos del delegado*¹⁹⁴.

Cuando la delegación a determinada persona ha sido autorizada expresamente por el mandante, se produce entre éste y el delegado un nuevo mandato, solo pudiendo ser revocado por el mandante y no por el mandatario del primer contrato, respecto al cual la muerte u otra incapacidad sobreviniente del mandatario anterior, en nada afecta, *“Cuando la delegacion a determinada persona ha sido autorizada expresamente por el mandante, se constituye entre el mandante i el delegado un nuevo mandato que solo puede ser revocado por el mandante, i no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario*¹⁹⁵. De todas maneras el mandante goza de la facultad de dirigir las acciones de que dispone el mandatario contra el delegado de éste, *“El mandate podrá en todos casos ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo*¹⁹⁶.

VI. 12. Facultades especiales tratadas en el proyecto.

El proyecto se ha encargado de determinar el alcance de ciertas facultades de carácter especial que se le pueden conferir al mandatario, éstas son, la facultad de transigir y comprometerse, si se da la facultad de transigir no por eso se entiende conferida la de comprometerse y viceversa, según lo dispone el artículo 2301, *“La facultad de transijir no comprende la de comprometer, ni viceversa. El mandatario no podrá deferir el juramento decisorio sino a falta de toda otra prueba*¹⁹⁷. La facultad de vender algún bien encargado por el mandante, lleva consigo la prerrogativa de recibir el precio pagado.

¹⁹³ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2300 c.

¹⁹⁴ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2300 ccc.

¹⁹⁵ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2300 cccc.

¹⁹⁶ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2300 ccccc.

¹⁹⁷ Chile. Proyecto Inédito. artículo 2301.

Conclusiones.

El Mandato en la doctrina romanística ha sido tema de múltiples e interminables discusiones entre los más destacados juristas de todo el mundo, en consecuencia, con esta investigación no se ha querido jamás poner fin a dichas controversias, sino más bien, orientar al lector sobre las distintas posiciones que se tienen al respecto e ilustrar a modo genérico lo que postulan cada una de ellas en las épocas analizadas precedentemente.

Nuestro trabajo de investigación ya finalizado, ha pretendido dar a conocer la evolución histórica del contrato de mandato, desde sus orígenes hasta los proyectos de código civil redactados por Don Andrés Bello, periodo en el que, a través de un proceso lento y paulatino, se fueron presentando figuras que sirvieron de base a lo que hoy conocemos como Mandato. Figuras como el *agnatus proximus*, el *familiae emptor* del testamento, el *cognitor*, la fiducia, la fianza, los tutores y curadores, los albaceas testamentarios, el legado, entre otros, presentaban el supuesto en que una persona actuaba en representación de otra, no obstante que en los primeros tiempos de los romanos, esta representación fue excepcional, siendo aceptada en situaciones especiales.

El Mandato, en sus orígenes, solo se concebía como la institución en que una persona administraba todo el patrimonio de otra *procurator omnium bonorum*, por cuenta y riesgo de su señor, mandante o *dominus*. La figura del procurador de cosa singular *procurator unius rei* es de aparición más tardía, no obstante ambos tipos eran regulados por el mismo marco jurídico.

El Mandato como institución fue una realidad social antes que jurídica, una herramienta que los romanos utilizaron para poder dar solución a las necesidades que se suscitaban cuando se requería que una misma persona se encontrara en diversos lugares y en un mismo tiempo. El derecho fue recogiendo todas las situaciones cotidianas que se originaban en torno a las actuaciones de una persona en nombre de otra, quedando recopiladas en las compilaciones justinianas, Digesto, Institutas, Codex; en el *Liber Iudiciorum*, *Breviario de Alarico*; *Las Siete partidas de Alfonso X*; Proyectos de código civil de Chile años 1841-1845, Proyecto de código civil de 1853 y finalmente en el Proyecto Inédito, todos redactados por Don Andrés Bello. Antecedentes que de alguna u otra manera han configurado el contrato de Mandato que conocemos hoy en día.

Existió un relación bastante ligada entre la Procuraduría y el Mandato, no obstante, se ha dejado de manera clara y precisa, que dichas instituciones, si bien compartían campos de aplicación similares, se

regulaban por marcos jurídicos distintos. Además las personas que participaban en una u otra institución, requerían de distintas calidades, condiciones y requisitos, siendo en definitiva el Mandato efectivamente más flexible que la Procuraduría, puesto que admitía la actuación de esclavos y mujeres en representación de sus señores o maridos, cuestión que no ocurría en la esfera procesal en la que se desenvolvía principalmente el *cognitor*. Cabe agregar que la posición de procurador ocupaba un lugar de *status* en la sociedad romana, posición social que poco a poco se fue degradando, con la admisión de personas que no necesariamente se dedicaban habitual y profesionalmente a la actuación en juicio en nombre de otros.

En el Derecho Medieval, uno de los cambios más significativos, que pudimos examinar y tratar en el período comprensivo entre las Siete Partidas y los proyectos de don Andrés Bello, es aquel hecho de que el contrato de mandato, se flexibilizó, en lo relativo a su onerosidad, en un primer momento, era requisito esencial su gratuidad, so pena, de mutar en otro contrato distinto, el de locación, con posterioridad a esta etapa se fue atenuando dicho requisito tan estrictamente regulado, para dar paso finalmente a una onerosidad por naturaleza, tal como se mencionó al tratar los proyectos de don Andrés Bello, cuestión que se mantuvo hasta nuestro actual código civil.

Otro cambio significativo, es el hecho de que en los proyectos de Bello, existen reglas que atenúan el principio "*intuitu personae*", especialmente la facultad del mandatario de delegar en otra persona la ejecución del negocio encomendado, sin perjuicio de las limitaciones y responsabilidades que se establecen como contra partida en aras de proteger los intereses del mandante original.

Al tratar los distintos cuerpos normativos, pudimos comprobar, que el grado de responsabilidad que le cabe al mandatario en el contrato, ha variado, en el sentido de ser más justo y equitativo, recordando que en la generalidad de las veces, el contrato de mandato cede en beneficio del mandante, resultando un tanto injusto, que el mandatario responda de culpa levísima, siendo que en ese caso, no obtiene provecho alguno.

Finalmente destacar el hecho que las normas que conforman, regulan y determinan el contenido del contrato de Mandato, fueron creadas en el derecho romano y a pesar de haber transcurridos más de dos mil años se mantienen vigentes en las legislaciones actuales de diversos países, sin perjuicio de algunas adaptaciones y aspectos de forma que han sido modificados en cada caso en concreto, pero que en cuanto a su esencia y fundamentos se mantienen intactos.

Bibliografía.

ALFONSO X. Las Siete Partidas, por Alfonso X, Rey de Castilla y León, El Sabio, 1221-1248.

ÁLVAREZ CORA, Enrique. La teoría de los contratos en Castilla (siglos XII al XVIII). Madrid: editorial Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2005.

ARANGIO Ruiz, Vincenzo. El Mandato en Derecho Romano. [s.n.], Nápoles, 1965.

ARANGIO Ruiz, Vincenzo. "Sobre el testamento per aes et libram". Congreso Internacional de Derecho Romano y de Historia del Derecho, (Verona septiembre de 1948), 3v, [s.n.], 1948.

BELLO Lopez, Andrés. Proyectos de código civil de Chile años 1841-1845, 1853 y Proyecto Inédito.

D'ORS Pérez-Peix, Alvaro. Derecho Privado Romano. Universidad de Navarra, Pamplona 1997.

FERNANDEZ De Bujan, Federico. "Notas acerca del origen del contrato de mandato y su relación con la procuraduría en derecho romano". Boletín de la Facultad de Derecho, UNED. 1994, n° 7, España: UNED.

FRESE, Benedict. El Mandato en Relación con la Procuraduría. [s.n.]. Aalen, 1974.

GARCIA Del Corral, Luis. Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tomos I, II, III, IV, V y VI. Lex Nova. Barcelona, 1889.

GARCIA Garrido, Manuel Jesus. Derecho Privado Romano: Casos, Acciones e Instituciones. Editorial Dykinson, Madrid, 1991.

GUZMAN Brito, Alejandro. Dos estudios en torno a la historia de la tutela Romana. Editorial S.A. Eunsa. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.

MOSSET Iturraspe, Jorge. Mandatos. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1996.

SERRAO, Feliciano. El Procurator. Giuffre. Milán, 1947.

WATSON, Alan. El Contrato de Mandato en el Derecho Romano. [s.n.]. [s.l.], 1984.

www.dialnet.org

www.jstor.org

www.uned.org

www.sibucsc.cl

www.ebooks.com