

BID. T. 335



RELACIONES ENTRE FIANZA Y MANDATO EN DERECHO ROMANO

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR D^a. LUCIA BERNAD SEGARRA

DIRECTOR: DR. D. GABRIEL BUIGUES OLIVER

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE VALENCIA

UMI Number: U607229

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607229

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346



50000669879

Dret

D-751) 335

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA	
FACULTAT DE DRET	
BIBLIOTECA	
Nº Registre	<u>172 435</u>
DATA	<u>25-02-98</u>
SIGNATURA	<u>BID, J 35</u>
Nº LIBIS:	<u>669 879</u>

Nº Dòc. 669 870

ABREVIATURAS MAS FRECUENTEMENTE UTILIZADAS

Bas.	Basílicos.
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano (Roma).
C.	Código de Justiniano.
D.	Digesto.
Gai.	Instituciones de Gayo.
I	Instituciones de Justiniano.
IURA	Iura. Rivista internazionale di Diritto Romano e Antico (Napoli).
Labeo.	Labeo. Rassegna di Diritto Romano (Napoli).
PS	Pauli Sententiae.
PW	Pauly Wissowa Realencyclopädie der classischen Altertumwissenschaft
RISG	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche.
RIDA	Revue Internationale des Droits de l'Antiquité. (Bruxelles).
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris (Roma).
SZ	Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (Weimar)

INDICE GENERAL

- INTRODUCCION. (pág. 7)

- CAPITULO I : ASPECTOS GENERALES SOBRE FIANZA Y MANDATO. (pág. 11)

I.1- LAS GARANTIAS PERSONALES. (pág. 13)

I.1.1- ORIGEN. (pág. 14)

I.1.2- LA ACCESORIEDAD. (pág. 50)

I.2- EL CONTRATO DE MANDATO. (pág. 61)

I.2.1- ORIGEN. (pág. 61)

I.2.2- CONCEPTO Y CARACTERES. (pág. 86)

- CAPITULO II : EL MANDATO DE CREDITO. (pág. 141)

II.1- ORIGEN. (pág. 143)

II.2- NATURALEZA JURIDICA: (pág. 173)

II.2.1- POSTURAS EN LA DOCTRINA. (pág. 173)

**II.2.2- CONTROVERSIA SERVIO-SABINO A PROPOSITO DE LA
NATURALEZA DEL MANDATO DE CREDITO EN GAI. 3,156.**

(pág. 187)

II.3- LA *ACTIO MANDATI* EN EL MANDATO DE CREDITO: (pág. 234)

II.3.1- *ACTIO MANDATI DIRECTA.* (pág. 235)

II.3.2- *ACTIO MANDATI CONTRARIA.* (pág. 268)

II.4- MANDATO DE CREDITO Y *FIDEIUSSIO.* (pág. 287)

- CAPITULO III : EL REGRESO DEL GARANTE. (pág. 301)

III.1- INTRODUCCION. (pág. 303)

III.2- BREVE REFERENCIA AL REGRESO EN DERECHO ROMANO. (pág. 306)

III.3- POSTURAS EN LA DOCTRINA SOBRE EL *IUDICIUM CONTRARIUM*.

(pág. 317)

III.4- LA *ACTIO MANDATI CONTRARIA* COMO ACCION DE REGRESO.

(pág. 368)

III.5- EL REGRESO A TRAVES DE UNA ESPECIAL *ACTIO MANDATI IN*

***FACTUM*.** (pág. 391)

**III.5.1- LA ESTRUCTURA DEL COMENTARIO DE ULPIANO AL EDICTO
COMO PRIMER ARGUMENTO.** (pág. 407)

**III.5.2- LA NOTA SOCIAL DE INFAMIA CON RELACION A ESTA ACCION
ESPECIAL.** (pág. 448)

III.5.3- EL ARGUMENTO DEL *PECUNIAM ABESSE*. (pág. 459)

III.5.4- LA *ACTIO MANDATI IN FACTUM* Y LA *ACTIO DEPENSI*. (pág. 471)

- CONCLUSIONES. (pág. 485)

- BIBLIOGRAFIA. (pág. 495)

- INDICE DE FUENTES. (pág. 509)

- INTRODUCCIÓN

A la hora de elegir un tema para el presente trabajo, desde un primer momento nos fijamos en el campo de las garantías de las obligaciones, y en concreto, nos llamó la atención la utilización de una figura como es el contrato de mandato con tal finalidad.

Pensamos que lo más conveniente para comenzar este estudio era proceder a la búsqueda de textos donde se hiciera referencia a la relación entre ambas figuras. De inmediato nos dimos cuenta de que la mayoría de textos en los que esto ocurría, eran textos que se referían al mandato de crédito. Ello nos llevó a que en principio pensáramos centrar nuestro estudio en la figura del mandato de crédito. En este sentido, el primer paso que había que dar, era localizar la bibliografía necesaria. A tal efecto, nos desplazamos hasta la Albert-Ludwig Universität de Freiburg, en Alemania, donde permanecemos durante 6 semanas gracias a una beca del Vice-rectorado de Investigación de la Universidad de Valencia, y donde pudimos contar con la inestimable ayuda del profesor Dr. Joseph Georg Wolf, quien nos facilitó la localización de la bibliografía necesaria, y también nos sugirió que quizá la tesis sería más completa si no me centraba sólo en la figura del mandato de crédito y buscábamos alguna conexión más entre ambas figuras. Con esta sugerencia del profesor Wolf, marchamos poco tiempo después a localizar y consultar más bibliografía al Leopold-Wenger Institut de Munich.

Una vez tuve bastante material para comenzar el trabajo, me di cuenta de que, efectivamente, al tratar el tema de las relaciones entre mandato y fianza, no podíamos centrarnos exclusivamente en el estudio del mandato de crédito, puesto que ésta no es la única conexión existente entre ambas figuras.

De inmediato vimos el importante papel que jugaba la *actio mandati* en las relaciones entre mandato y fianza, lo cual nos llevó a realizar un estudio que puso de manifiesto la importancia de su utilización, fuera incluso del ámbito del mandato, como acción de regreso a favor del fiador que ha pagado y contra el deudor principal garantizado.

Así que pensamos que nuestro estudio debía referirse tanto al mandato de crédito, como forma de garantía personal, como a la *actio mandati* como acción de regreso en la *fideiussio*.

Y fue al tratar este último tema donde surgió una cuestión que nos llamó la atención, en la que se plantea la posibilidad, señalada por el propio Lenel, de que la *actio mandati* que se utilizaba en esta función de regreso no era la normal *actio in ius*, sino que, por el contrario, se creó una especial *actio mandati in factum* expresamente para garantizar este regreso.

Pensamos que podía resultar muy interesante hacer una valoración sobre las distintas posturas en la doctrina con relación a la existencia o no de dicha acción. Para ello partimos del análisis de los argumentos presentados por Lenel a favor de su teoría y posteriormente de los argumentos de los autores que se

manifestaban a favor y en contra de la existencia de tal acción, hasta llegar a nuestra propia conclusión sobre el tema.

Estas circunstancias son las que han determinado la estructura del presente trabajo, y que nos han llevado a dividirlo en tres capítulos. Un primer capítulo, donde simplemente hacemos unas referencias de carácter general, primero sobre las tres formas tradicionales de garantía personal, *sponsio*, *fidepromissio* y *fideiussio*, y segundo, sobre el contrato de mandato. Se trata simplemente de una forma de presentar los principales rasgos de ambas figuras, pues son estos los que nos van a dar las claves para poder estudiar las relaciones que pueden entablarse entre ellas.

En el segundo capítulo ya nos ocupamos de la figura del mandato de crédito. Nos hemos centrado fundamentalmente en dos aspectos que nos han parecido especialmente relevantes, su naturaleza jurídica, y el funcionamiento de la *actio mandati* en las relaciones entre mandante y mandatario, y viceversa.

Finalmente, en el tercer capítulo nos ocupamos de la utilización de la *actio mandati* como acción de regreso a favor del fiador que ha pagado.

Pensamos que con el contenido de estos tres capítulos, se pone de manifiesto la importancia que en derecho romano tuvo la utilización de los beneficios que suponía el contrato de mandato en el ámbito de las garantías personales. Fundamentalmente porque es acudiendo al mandato como se solucionan los problemas que, en la práctica, derivan de la rigidez propia de la *fideiussio*.

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES SOBRE FIANZA Y

MANDATO

I.1- LAS GARANTIAS PERSONALES.

Antes de ocuparnos de la función del contrato de mandato como garantía del cumplimiento de una obligación, consideramos conveniente detenernos en un breve estudio de las garantías personales en derecho romano.

Pensamos que es interesante seguir este iter metodológico relativo al estudio, primero del origen, y, más tarde, de la accesoriedad como nota esencial a la hora de diferenciar entre sí las tres formas de garantía personal más importantes, la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*.

Este estudio se justifica porque el conocer, aunque sea con carácter general, los rasgos más importantes de estas formas de garantía, nos ayudará más adelante a comprender cómo comienza a operar el contrato de mandato precisamente como un instrumento eficaz para garantizar deudas.

Especialmente consideramos oportuno referirnos al origen de estas formas de garantía, el tipo de obligaciones que pueden ser objeto de dichas garantías, y el carácter de la accesoriedad, que va a determinar la responsabilidad del garante.

Más adelante abordaremos específicamente la relación del mandato de crédito con la *fideiussio*, pero hemos creído conveniente, con carácter propedeúico, hacer referencia también a las otras dos formas de garantías personales, ya que ambas son anteriores a la primera, y porque en nuestra

opinión algunos de sus rasgos esenciales se entienden mejor a la luz de estas dos figuras anteriores.

I.1.1-ORIGEN

Lo primero que hay que señalar, es que el derecho romano nunca tuvo un concepto de garantía personal, sino que más bien existieron una serie de figuras jurídicas que se aplicaron con tal función, ello es una clara consecuencia del carácter eminentemente casuístico del derecho romano, que no era un derecho basado en conceptos generales, sino en la resolución de cada caso concreto.

Así lo expone claramente Pastori¹, quien enumera una serie de razones que le han llevado a tal conclusión, como, por ejemplo, el hecho de que no existiera un término técnico que englobara a las tres formas de garantía personal, el distinto origen filológico, e incluso la diferente sanción jurídica que deriva de los distintos campos de aplicación que tiene cada una de ellas.

La primera circunstancia señalada se desprende claramente del estudio de los textos de Gayo, donde éste habla siempre de *sponsors*, *fidepromissores* y *fideiussores*, sin utilizar las expresiones *adpromissores* o *adpromissio* para referirse a las tres formas de garantía².

¹ *Il negozio verbale in diritto romano*. Bologna (1994), pp. 98 y 99.

² Sobre el tema puede verse: SOLAZZI, *Né accessiones né adpromissores*, en *BIDR* 38 (1930), pp.1 y ss.; LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio*. Berlin (1907), pp.18 y ss.; FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römische Bürgschaftstipulationen*. Weimar (1932), p.126; DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione I*. Roma (1940), pp.11 y ss.

De estas tres figuras, la más antigua, desde el punto de vista histórico, es la *sponsio*³, existiendo dos posturas en la doctrina sobre cuál era su función en origen.

En este sentido, algunos autores, ven en la *sponsio* una institución que nace para desempeñar una función de garantía, y concretamente Mitteis⁴, sitúa su origen en el ámbito procesal, partiendo del presupuesto de la prioridad histórica de la *obligatio ex delicto* respecto a la *obligatio ex contractu*, por lo que la *sponsio* tiene su antecedente más inmediato en la garantía del pago de la cantidad de dinero que tiene que pagar la persona que ha cometido un delito como compensación a la renuncia del ejercicio de la venganza privada por parte del grupo familiar al que pertenece.

Betti⁵, por su parte, coincide con Mitteis en la idea de que la *sponsio* nace como un negocio de garantía, pero difiere en cuanto a la *ratio originis* de la figura, puesto que parte del presupuesto de la prioridad histórica de la *obligatio ex contractu* respecto a la *obligatio ex delicto*, viendo el antecedente más inmediato de la *sponsio* en la figura del *vindex*.

³ Sobre el origen de la *sponsio* puede verse: PASTORI, *Il negozio verbale...cit.*, pp.23 y ss., donde se recoge una exhaustiva exposición de las distintas posturas doctrinales en torno al tema.

⁴ *Über die Herkunft von Sponsio und Stipulatio*, en BIDR 44 (1936-1937), pp.160 y ss. También son de la misma opinión: PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, en *Scritti giuridici II* (1948), p.311 y ss. y en *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, pp.441 y ss.; BONFANTE, *Storia del diritto romano*. Roma (1934), p.19; ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale*. Milano (1947), p.8155.; LUZZATO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*. Milano (1934), pp.59 y ss.

⁵ *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. 2ª ed. Milano (1955), pp.57 y ss.

Junto a estos dos planteamientos, existe una tercera hipótesis enunciada por Luzzato⁶, quien ve en la *sponsio* el paso de la *obligatio ex delicto* a la *obligatio ex contractu*.

Lo que aquí nos interesa destacar es el hecho de que si se sigue cualquiera de las teorías citadas se ha de concluir que la *sponsio* nació como un negocio de garantía accesorio a una obligación principal y, por lo tanto, sin ninguna autonomía.

Sin embargo, otros autores⁷, sostienen la teoría de que la *sponsio* fue en origen un negocio promisorio autónomo, y el que con posterioridad se englobara dentro de las garantías verbales fue consecuencia de un proceso de generalización del régimen propio de la *fideiussio*.

Así, Levy⁸ afirma tajantemente que mientras el *fideiussor* es siempre un garante, el *sponsor* y el *fidepromissor* puede actuar indistintamente como garante y como deudor principal⁹.

En el mismo sentido se expresa Biondi¹⁰, quien afirma que la *sponsio* surge como fuente autónoma de obligaciones, y como tal es absorbida por la

⁶ *Per un'ipotesi ...cit.*, pp.233 y ss.

⁷ LEVY, *Sponsio...*cit.,p.29 y ss.; SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, en *BIDR* 42 (1934) pp.498 y ss.; DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio*, en *SDHI* 6 (1940), pp.132 y ss.

⁸ *Sponsio...*cit.,p.29.

⁹ Postura que también comparte PASTORI, en *Il negozio verbali...cit.*, pp.108,162 y 163.

¹⁰ *Sponsio e stipulatio*, en *BIDR* 65 (1962), pp.126.

stipulatio, y a esta función originaria se unió en época sucesiva la función específica de garantizar una obligación ajena. Prueba de dicha evolución es el hecho de que el regreso no forma parte de la estructura de la *sponsio*, ya que el *sponsor* que paga se libera a sí mismo de una responsabilidad propia. Sólo cuando la *sponsio* comienza a asumir la función específica de garantía, surge la cuestión del regreso¹¹.

Triantaphyllopoulos¹² valoró el razonamiento de Mitteis y señala que sus argumentos tienen una naturaleza doble, por una parte, argumentos sustanciales extraídos del derecho comparado; y por otra parte, argumentos morfológicos o lingüísticos, entre los que figuran el sentido de *sponsor* y la fórmula de la estipulación en pasiva. En el análisis del argumento morfológico se detiene Triantaphyllopoulos, sobre todo en el sentido de la palabra *sponsor*¹³, que estudia mediante el examen de textos jurídicos, filológicos, epigráficos y numismáticos¹⁴, para llegar a la conclusión de que a pesar de que dichos textos se refieren al *sponsor* en sentido de garante, no se puede concluir sin ningún tipo

¹¹ BIONDI, *Sponsio e ...cit.*, p.121.

¹² *Sponsor*, en *RIDA* 8 (1961), pp. 373-390.

¹³ Sobre el argumento de la utilización de la forma pasiva en la formulación de la estipulación, simplemente señala que los resultados estadísticos de una búsqueda sobre la formulación de la estipulación son favorables a la forma activa, ver *Sponsor...cit.*, p. 373 n.1. Sobre este tema, DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali 2. Intorno alla storia della sponsio* (1938), señala que la utilización del verbo en pasiva (*darī*), es consecuencia de la costumbre romana de describir en forma objetiva los comportamientos vinculantes.

¹⁴ *Sponsor...cit.*, p. 376, donde cita 32 textos jurídicos, 108 filológicos, dos textos epigráficos, y, por último tres textos numismáticos, y en p.383 señala que "...aucun de ces textes ne donne au *sponsor* le sens de promettant simple."

de reserva que naciera con esa función y que no fuera utilizada la *sponsio* para constituir un negocio promisorio autónomo siendo la principal razón para pensar así la ausencia de textos arcaicos sobre el tema.

También Bonifacio¹⁵ se muestra muy crítico con los argumentos presentados por Mitteis, y así, por ejemplo, señala que el hecho de que en una primera época, el término *sponsor* sólo se utilizara para hacer referencia al garante y no al deudor principal tiene su explicación en el hecho de que la garantía sólo podía constituirse con la forma de la *sponsio*, mientras que el deudor tenía a su disposición un mayor número de fórmulas.

La corriente dominante en la doctrina, sostiene que la *sponsio* no nació para ser utilizada expresamente como un negocio de garantía, y como prueba de ello se remite a su propia estructura, donde tanto el *sponsor* como el *fidepromissor*, prometen una prestación propia igual a la del deudor principal. Es decir, su posición es la misma que la del deudor principal, con lo cual el acreedor puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellos.

De Martino¹⁶ y Pastori¹⁷ concluyen que la estructura de la *sponsio* está más cerca de las obligaciones solidarias pasivas que de los negocios de garantía.

¹⁵ *La novazione nel diritto romano*. Napoli (1959), p.15.

¹⁶ *L'origine delle ...cit.*, pp.134 y 135.

¹⁷ *Il negozio verbale...cit.*, p.110.

Para el primero de estos dos autores, ello es consecuencia de los dos principales caracteres de la *sponsio*, la autonomía, que "...significa mancanza di accessorieta, significa cioè che la *sponsio* pur accedendo ad una obbligazione principale non era a questa subordinata", y la solidaridad, que "...significa che lo *sponsor* è obbligato precisamente come il debitore, onde il creditore può agire per l'intera prestazione, per il *solidum*, contro l'altro a sua scelta."

Además, Pastori enumera una serie de argumentos que le llevan definitivamente a manifestarse contrario a admitir la validez de la teoría según la cual la *sponsio* nace como un negocio de garantía¹⁸.

Estos argumentos son tres. En primer lugar, la inexistencia de una acción de regreso a favor del *sponsor* que ha pagado, contra el deudor principal, con anterioridad a la *Lex Publilia*, la cual concede para tal caso la *actio depensi*, tal y como nos explica Gayo en:

Gai 3,127

In eo quoque par omnium causa est, quod si quid <eorum quis> pro reo solverit, eius recipiendi causa habet cum eo mandati iudicium. Et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi.

¹⁸ *Il negozio verbale...cit.*, pp.110 y 111.

Para De Martino¹⁹, es de gran importancia el hecho de que no exista dicha acción de regreso fundamentalmente por dos razones, la primera, porque un garante sin regreso no es un garante y la segunda porque tal circunstancia acerca el régimen de la *sponsio* al de la obligación solidaria pasiva, donde tampoco existía una acción típica de regreso. Y todavía más llamativo le parece al autor que en plena época clásica, cuando ya ha caído en desuso la *actio depensi*, la jurisprudencia utilice la *actio mandati* en el campo de la garantía, en lugar de crear una acción de regreso específica, lo cual presupone que las relaciones internas entre deudor y garante fueran configuradas como un mandato.

El segundo argumento de Pastori se deduce del contenido de un texto de Gayo, pues entiende que en él se enuncia la regla de la autonomía de la *sponsio*:

Gai 3,119

Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit; at illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur.

¹⁹ *L'origine...cit.*, p.136.

En dicho texto, se pone como condición para la validez de la actuación de un *sponsor* y un *fidepromissor* que la obligación a la que se refieren sea una obligación verbal, admitiendo su validez en todos los demás casos, aún cuando se refieran a la obligación asumida por una mujer o un pupilo sin contar con la correspondiente autorización de su tutor, obligación ésta inválida, puesto que ambos son sujetos que carecen de capacidad de obrar. Es decir, el *sponsor* y el *fidepromissor* pueden actuar como garantes incluso cuando el que ha prometido no queda obligado, como ocurre en los ejemplos que se citan el texto.

En la última parte del texto se alude a un caso dudoso, que sería el de una *sponsio* o una *fidepromissio* que se refieren a una obligación asumida por un esclavo o un extranjero. Si la *sponsio* fuera simplemente un negocio de garantía, la invalidez de la obligación a la que se refiere, cuyo cumplimiento garantiza, determinaría también su propia invalidez, cosa que no es cierta²⁰.

Sin embargo, existen algunos autores²¹ que, partiendo del contenido de dicho texto, concluyen que la regla general es la accesoriedad de la *sponsio* y la autonomía una simple excepción.

Otro grupo de autores²², interpreta dicho texto partiendo de la distinción entre *obligatio inutilis* y *obligatio non existens*. Así la promesa de la mujer y del

²⁰ PASTORI, en *Il negozio verbale...cit.*, p.111: "Per questo la regola gaiana presuppone necessariamente l'autonomia della *sponsio*, ovviamente invalida se la sua validità fosse stata condizionata dalla validità dell'*obligatio* principale."

²¹ SEGRÈ, *In materia di...cit.*, en *BIDR* 42 (1934), p.518; SIBER, *Römisches Privatrecht*. Berlin (1928), p.296.

²² FLUME, *Studien zur...cit.*, p.66 y ss.; MITTEIS, *Privatrecht*. Leipzig (1935), p.249; BETTI, *Diritto romano*. Padova (1935), p.331.

pupilo *sine tutoris auctoritate* y la promesa *post mortem dari* sería un supuesto de *obligatio inutilis*, lo cual explicaría la validez de la *sponsio* referida a una obligación tal, mientras que el caso de la promesa de un esclavo o un peregrino sería un supuesto de *obligatio non existens*.

No obstante, a dicha teoría ha objetado De Martino²³ que si tal distinción, entre *obligatio inutilis* y *obligatio non existens* fuese una regla del *Ius Civile*, no tendría sentido que en Gai. 3,119 se dudara acerca de la validez o no de la *sponsio* que se añade a la *sponsio* principal del esclavo y del peregrino.

Otra objeción que hace el mismo autor es que no parece que Gayo conozca tal distinción, pues en 3,97-114, engloba dentro de las estipulaciones "inútiles" todas las hipótesis de invalidez, incluidos los casos de inexistencia del negocio.

Flume²⁴, por su parte, afirma que en Gai. 3,119 se pone de manifiesto que para que se pueda utilizar una *sponsio* o una *fidepromissio* en función de garantía basta con que haya un acto de obligación válido, sin que sea necesario que esta obligación llegue a nacer. Es decir, para dicho autor la palabra *obligatio* que aparece en Gai. 3,119 ha de entenderse en sentido formal y no en sentido material.

²³ *Le garanzie personali...* cit., pp.78 y ss.

²⁴ *Studien zur ...cit.*, p.64 y ss.

Sin embargo, Feenstra²⁵, encuentra una contradicción en esta teoría, ya que, según explica, si admitimos que en Gai. 3,119, la palabra *obligatio* tiene dicho sentido formal, hemos de admitir necesariamente que tiene el mismo sentido cuando aparece en Gai. 3,119a, lo cual implicaría que el principio admitido por Flume para la *sponsio* y la *fidepromissio*, vale igualmente para la *fideiussio*. Dicho razonamiento va en contra de la tesis según la cual la accesoriedad de la *fideiussio* es la nota que la diferencia fundamentalmente de la *sponsio* y la *fidepromissio*, tesis admitida también por el propio Flume.

Otros autores²⁶ sostienen que tanto en Gai. 3,119 como en Gai. 3,119a, se está utilizando el término *obligatio* en sentido material.

Mientras que Feenstra²⁷ y Segrè²⁸, expresan sus dudas sobre la posibilidad de que los juristas romanos hubieran tenido en cuenta esta distinción entre obligación en sentido formal y obligación en sentido material. En concreto, Feenstra piensa que los casos de la mujer y del pupilo no autorizados se refieren a supuestos de imposibilidad de cumplir un acto válido por sí mismo, permitiendo esta validez del acto la validez de la garantía.

²⁵ *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis en droit romain classique*, en *Études Macqueron* (1970), pp.301-311.

²⁶ DAVID, Recensión a FLUME, *Studien zur...*cit., en SZ 53 (1953), p.611; DE MARTINO, *Le garanzie personali ...*l cit.,p.81.

²⁷ *Le caractère accessoire des...*cit.,p.306.

²⁸ *In materia di ...*cit., p.517.

Pastori²⁹, por su parte, entiende que dicho texto no puede ser objeto de interpretaciones radicales ni a favor de la autonomía ni a favor de la accesoriedad, sino que ve en dicho texto referencias a principios que operan en periodos históricos distintos: el principio de accesoriedad, aplicable en derecho clásico, y el principio de autonomía, aplicable a los orígenes de la *sponsio*.

El tercer argumento de Pastori a favor de la autonomía originaria de la *sponsio* se funda en el significado etimológico de las palabras *accedere* y *accessio*³⁰, que simplemente hace referencia a un unirse un negocio a otro, y no a ningún tipo de accesoriedad.

Si asumimos la validez de los dos primeros argumentos y con ello se concluye la independencia de la *sponsio* y la *fidepromissio* del negocio principal, hemos también de concluir que dichas palabras no siempre significan una dependencia, sino que también pueden hacer referencia simplemente a que un negocio se agrega a otro.

En ello Pastori sigue a Segre³¹, quien se refiere al tema a propósito de:

²⁹ *Il negozio verbale...cit.*, pp.121 y 122.

³⁰ *Thes.L.L.* 1,284 y ss., donde aparecen ejemplos de la utilización de dichas palabras en un sentido que no implica dependencia sino un aumento, una unión de una cosa a otra, y lo mismo ocurre en HEUMAN-SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts. 11 ed. Graz (1971) p.7*, donde en cuanto a la *accessio* de una obligación, nos habla de dos significados: a) la unión de un segundo sujeto u objeto al sujeto principal o al objeto de la obligación, como ocurre por ejemplo en: D. 44,7,44,4 (*Paul. 74 el.*): *Accessio in obligatione aut personae aut rei fit, personae, am mihi at Titio stipulor, rei cum mihi derem aut Titio hominem stipulor.* b) la unión de una obligación a una *principalis obligatio*, como es el caso de la obligación de aquél que se compromete a cumplir la obligación del deudor principal, es decir el caso del garante: D.46,3,1y 43, D. 46,1,1 y 3.

³¹ *In materia di...cit.*, p.502.

Gai. 3,126

In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur. At ex diverso ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus. Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accensione esse potest quam in principali re.

En este caso Gayo nos habla de la accesoriedad como fundamento de la imposibilidad de que el *sponsor*, el *fidepromissor* y el *fideiussor* se obliguen en más que el deudor principal, pero accesión en el sentido de que la obligación de aquellos se refiere al contenido de la del deudor garantizado y aunque sí puede ser inferior a la de éste, nunca puede ser mayor. Es decir, no está hablando de accesoriedad en el sentido de que primero hay que intentar el cumplimiento por parte del deudor principal y luego la del garante, sino accesoriedad en el sentido de que el contenido de la obligación accesoría depende directamente, está en relación con el contenido de la obligación principal; puede ser el mismo, puede ser menor, pero nunca puede ser mayor. Todo ello basado en una idea que se desprende de la pura lógica y es que el garante nunca puede quedar en peor condición que el deudor principal.

A este respecto señala que la palabra *accessio* sufre una evolución en su significado, pues en una primera época, tiene significado restringido, ya que no



supone el nacimiento de un vínculo de una *obligatio* con relación a una promesa principal. Mientras que en derecho clásico ya tiene un significado más amplio puesto que ahora sí determina la existencia de un vínculo, ahora sí se habla de *accessio obligationis*.

También se manifiesta en la misma línea Feenstra³², quien afirma que la utilización de la palabra *accessio* y sus derivados no implica una dependencia de la obligación de garantía con relación a la del deudor principal. Simplemente diferencia dichas dos obligaciones.

El mismo autor³³, señala cómo, para discutir sobre el carácter accesorio de las formas de garantía verbal, es necesario partir del estudio de los siguientes textos de Gayo: Gai. 3,118, 119, 119a, y 126.

Feenstra señala cómo en dichos textos se utilizan las expresiones *accedere* (Gai. 3,119) y *accessio* (Gai. 3,126), y cómo ambas expresiones hacen referencia a la relación que existe entre la obligación de la garantía y la obligación del deudor principal. No obstante, si consultamos el VIR, también encontramos el término *accessio* en el sentido de "persona obligada de forma accesorio".

Por su parte, Solazzi³⁴, declara interpolados todos los textos del Digesto en los que se utiliza el término *accessio* en tal sentido, y sin embargo Feenstra³⁵

³² *Le caractère accessoire...cit.*, p.302.

³³ *Le caractère accessoire...cit.*, p.301.

³⁴ *Nè access: nè adpr...cit.*, en *BIDR* 38 (1930), p.1-28.

piensa que quizá no todos los textos en los que aparece el término *accessio* en el sentido señalado sean fruto de una interpolación, puesto que dicho término con tal sentido no es utilizado por Justiniano, más bien se inclina a pensar que quizá dicho término haya sido introducido en una época en la que todavía se distinguía entre *sponsores*, *fidepromissores* y *fideiussores*.

El problema con relación al término *accessio* surge porque no todos los autores lo interpretan en el mismo sentido, ya que existen dos corrientes en cuanto al sentido de dicha palabra, una primera que entiende que hace referencia a la diferencia existente entre la obligación de una garantía y la de un deudor principal, es decir, simplemente constata la existencia de dos obligaciones distintas; y una segunda interpretación sería la que entiende que la palabra *accessio* implica una dependencia de la obligación del garante con relación al deudor principal.

Los autores que siguen esta segunda acepción de la palabra *accessio* se basan fundamentalmente en Gai. 3,126, donde se tratan conjuntamente las tres formas de garantía, la *sponsio*, *fidepromissio* y *fideiussio*, utilizando el término *accessio* con relación a las tres formas de garantía, y por otra parte se centran menos en Gai. 3,118 y ss., que son textos en los que se consideran las diferencias entre las tres figuras.

³⁵ *Le caractère accessoire...*, p.301, n.4.

Parecía que ésta fue la opinión dominante hasta que Flume³⁶, siguiendo los pasos de Girtanner³⁷, enuncia la tesis contraria iniciando una corriente que comenzará a dominar en la doctrina. Dicho autor afirma que entre la *sponsio* y la *fidepromissio*, por una parte, y la *fideiussio* por otra, existe una diferencia fundamental, y que la accesoriedad sólo puede entenderse como carácter típico de la *fideiussio*, si bien Flume hace hincapié en que hay que distinguir la accesoriedad en sentido moderno y la forma romana de accesoriedad, él exactamente distingue entre una "Akzessorietätsbegriff" y una "Akzessionbegriff".

La primera, hace referencia a la definición de accesoriedad que contiene el BGB en el art.767, y que pone de manifiesto una dependencia no tan absoluta.

Flume afirma que ni la *sponsio* ni la *fidepromissio* tienen carácter accesorio, y que éste es un carácter que sólo puede explicarse en relación con la *fideiussio*, entendido dicho carácter en el sentido utilizado en derecho romano, y no en el sentido moderno. Este mismo autor también precisa que ni en época clásica ni más tarde existió en derecho romano ningún "Akzessorietätsprinzip" para las garantías personales ("Bürgschaftsrecht"), simplemente se ha enunciado el principio contenido en:

³⁶ *Studien zur...cit.*, p.8.

³⁷ *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht*. Jena (1850-1), pp.19 y20.

Gai. 3,126

Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re.

y afirma tajantemente que el principio de accesión no es ningún principio de accesoriedad³⁸.

Esta tesis expuesta por Flume fue aceptada entre otros por Kunkel³⁹, Schulz⁴⁰ y Kaser⁴¹, si bien este último no utiliza la distinción entre accesoriedad en sentido moderno y la forma romana de accesoriedad.

Sin embargo la aceptación de la tesis de Flume no es total y continúa existiendo un sector de la doctrina que no la acepta⁴².

Pastori, por otra parte, no cree correcto que se resuelva la problemática sobre la función originaria de la *sponsio* pronunciándose a favor de una u otra postura, puesto que, según él, ambas funciones clásicas, la de negocio

³⁸ *Zu den römische Bürgschaftsstipulationen*, en SZ 113 (1996), p. 130.

³⁹ *Römisches Rechtsgeschichte* 2. Heidelberg (1948), pp.213 y ss.

⁴⁰ *Classical Roman Law*. Oxford (1951), p.499.

⁴¹ *Das römisches Privatrecht I*. München (1959), pp.554 y ss.

⁴² DAVID, *recensión a FLUME, Studien zur...*cit., en SZ 53 (1933), p.608 y ss; BUCKLAND, *Les limites de l'obligation du fideiussor*, en RHD 12 (1933), pp.118 y ss; SEGRÉ, *In materia di...*cit., p. 497-549; DE MARTINO, *Le garanzie personali...* cit., pp.71 y ss.; BERETTA, *Sulle formule da stipulazione fideiussoria e novativa*, en *Scritti Ferrini*. Milano (1947), p. 80 n.2; COUDERT, *Recherche sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*. Nancy (1957), pp.56 y ss.

promisorio autónomo y la de negocio de garantía, son simplemente el resultado de una lenta evolución⁴³.

Volviendo a un texto al que ya hemos hecho referencia, Gai. 3,126, en él se formula el carácter accesorio de la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*.

En dicho testimonio se ha plasmado la tendencia de la jurisprudencia a generalizar el régimen de la *fideiussio* a las otras dos formas de garantía, que, en origen, podían utilizarse tanto como formas de garantía como para hacer referencia a la deuda principal⁴⁴. Esto último se desprende también de las propias fórmulas⁴⁵ utilizadas en cada caso, puesto que se observa cómo en los casos de la *sponsio* (*idem dari spondes?*) y de la *fidepromissio* (*idem fidepromittis?*), se promete no la misma prestación que el deudor, sino una propia prestación, igual a la del deudor principal. Mientras que, por el contrario, de la fórmula de la *fideiussio* (*id fide tua esse iubes?*) se desprende que el *fideiussor* promete lo mismo que el deudor, por lo que, necesariamente, la regla que se desprende es la accesoriedad.

En cuanto a la fórmula de la *fideiussio*, existen distintas posturas dentro de la doctrina.

⁴³ *Il negozio verbale...cit.*, pp. 125 y 126: " In definitiva, la spiegazione delle diverse regole che appaiono in Gai 3,119, più che fondarsi su premesse teoriche, appare motivata dall'empirismo della giurisprudenza, rivolto a conciliare la risalente regola dell'autonomia della *sponsio* con la regola più recente e tecnicamente evoluta, dell'accessorietà delle garanzie, che si afferma nel diritto classico".

⁴⁴ LEVY, *Sponsio...cit.*, p.29; DE MARTINO, *L'origine...cit.*, pp.134 y ss.; PASTORI, *Il negozio verbale...*, p. 110.

⁴⁵ Gai. 3,116.

Flume⁴⁶, formula la tesis según la cual existe una oposición fundamental entre utilizar la expresión *id*, que sería la propia de la *fideiussio*, e *idem* que sería la propia de *sponsio* y *fidepromissio*. La diferencia estribaría en que *idem* se referiría al objeto material de la obligación principal, mientras que *id* indicaría el contenido "in abstracto" de esta obligación.

Ya con anterioridad a que Flume hiciera tal afirmación, formuló dicha teoría Pernice⁴⁷, y fue rebatida por Levy⁴⁸, para quien la argumentación de Pernice según la cual la fórmula de la *fideiussio* sólo podía ser: *fidene tua id esse iubes?* es insostenible, y también señala que en los textos del Digesto se utilizan ambas expresiones sin que pueda encontrarse una diferencia sustancial en cuanto a la utilización de una u otra expresión⁴⁹.

E incluso, en materia de *sponsio*, pueden encontrarse textos que utilizan la expresión *id*, como por ejemplo:

⁴⁶ *Studien zur ...cit.*, p.62 n.3. En el mismo sentido se pronuncian: JÖRS-KUNKEL-WENGER, *Römisches Recht*. Springer-Verlag, Berlin- Heidelberg (1935), reimpr.1987, adaptado por Honsell-Mayer-Maly-Selb, p.214 y KASER, en *Das römische Privatrecht I*, p.555, y en *Zu den röm. bürg....cit.*, p.129: "Der Unterschied der Rechtsfiguren von *sponsio* und *fideiussio* findet seinen Ausdruck in der Unterschiedlichkeit der Akte, dass der *sponsor* die eigene- durch die Hauptstipulationbestimmte- Leistung verspricht, während der *fideiussor* die Hauptverpflichtung *esse iubet fide sua*."

⁴⁷ *Sitzungsberichte*. (1885), p.182, citado por LEVY en *Sponsio,...cit.*, p.11.

⁴⁸ *Sponsio,...cit.*, pp.19-22.

⁴⁹ LEVY, en *Sponsio,...cit.*, p.19, n2, enumera una serie de textos en los que, a propósito de la *fideiussio* no se utiliza la expresión *id*: D.17,1,60,pr. (*Scaev. 1 resp.*), D.45,1,132,1 (*Paul. 15 quaest.*), D.46,1,16,6 (*Iul. 53 dig.*), D.46,1,42 (*Iav. 10 epist.*), D.46,1,51,pr. (*Pap. 3 resp.*), D.46,4,13,9 (*Ulp. 50 Sab.*).

D.46,1,16, pr. (Iul. 53 dig.)

Fideiussor obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est. Quare si servus communis Titii et Sempronii nominatim Titio dari stipulatus fuerit, et fideiussorem ita interrogaverit: "Titio aut Sempronio id dare spondes?" Titius quidem petere a fideiussore poterit, Sempronii vero persona in hoc solum interposita videbitur, ut solvi ei ante litem contestatam, et ignorante vel invito Titio, possit.

Por su parte, Feenstra⁵⁰, al referirse a la antítesis entre *id* e *idem* formulada por Flume, afirma que si ya no le parecía indispensable la utilización de *idem* en la fórmula de la *sponsio* y *fidepromissio*, menos probable le parece la verosimilitud de la antítesis entre *id* e *idem*. Feenstra da una explicación de por qué la expresión *id* es la más utilizada al hacer referencia a la *fideiussio*, según dicho autor *id* significaría simplemente "tout ce qui s'est passé entre le débiteur et le créancier", por lo que en aquellas obligaciones que no consisten en un *dari* tenía que utilizarse el *id*. Por tanto, admite que en la mayoría de los supuestos de *fideiussio* se utilizara *id*, pero a la vez afirma que ello no debía ser obstáculo para que se admitiera la posibilidad de utilizar otras fórmulas⁵¹.

Para dicho autor es fundamental tener en cuenta el contenido de:

⁵⁰ *Le caractère accessoire des ...cit.*, p.308.

⁵¹ Cita, entre otros, los siguientes ejemplos: *per quantam pecuniam credideri* en D.46,1,47,1, e incluso en una obligación de *decem dari* podría utilizarse la expresión *idem fide tua esse iubes?*; y añade que una fórmula tal aparece en una de las *Tabulae Herculanaenses IV*, en *La Parola del Passato* 9 (1954), pp.54-74, p.68, n.71: *Eos HS m(ilia) n(ummos) q(ui) s(upra) s(cripti) s(unt)... fide et periculo suo esse [iu] s<it>*.

D.45,1,75,5-6 (Ulp. 22 ad edictum)

(5) Sed qui vinum aut oleum vel triticum, quod in horreo est, stipulatur, certum stipulari intellegitur. (6) Qui vero a Titio ita stipulatur: "quod mihi Seius debet, dare spondes? et qui ita stipulatur: "quod ex testamento mihi debes, dare spondes?, incertum in obligationem deducit, licet Seius certum debeat vel ex testamento certum debeat. quamvis istae species vix separari possint ab ea, quam proposuimus de vino vel oleo vel tritico, quod in horreo repositum est: et adhuc occurrit, quod fideiussores certum videntur promittere, si modo et is, pro quo obligentur, certum debeat, cum alioquin ita interrogentur: "id fide tua esse iubes?.

Sin embargo, Flume⁵² cree que dicho texto está interpolado, pues según él en la época clásica jamás puede haberse calificado un acto del *fideiussor* como *promittere*.

Por el contrario, Feenstra⁵³ admite la legitimidad de dicho texto, y entiende que a pesar de que el *fideiussor* utilice la palabra *promittere*, su actuación no tiene por qué ser calificada de *promissio*.

Por la misma razón, Flume critica la legitimidad de un texto de Hermogeniano mientras, por el contrario, Feenstra, afirma que dicho texto no está interpolado:

⁵² *Studien zur...cit.*, pp.55 y ss.

⁵³ *Le caractère accessoire des...cit.*, p.309.

D.46,1,65 (Hermog. 6 epitom.)

Sicut reus principalis non alias, quam si de sua persona promittat, obligatur, ita fideiussores non alias tenentur, quam si se quid daturus vel facturos promittant; nam reum principalem daturum vel facturum aliquid frustra promittunt, quia factum alienum inutiliter promittitur.

Feenstra piensa que Flume se equivoca al estimar que dicho texto está interpolado, y esta equivocación es consecuencia de dar una excesiva importancia a la fórmula de la *fideiussio*, puesto que ya al fin de la época clásica, y sin duda en época de Hermogeniano, las fórmulas verbales de las estipulaciones han sido sustituidas por fórmulas escritas que ya no tienen la misma importancia⁵⁴.

Frezza⁵⁵, por su parte, y partiendo del contenido de Gai. 3,126, piensa que de dichos textos se extrae como primera conclusión que es errónea toda interpretación rígida del *idem* de la fórmula de la *fideiussio*, puesto que no ha de entenderse como una exacta identidad de la obligación del deudor principal y la del garante.

⁵⁴ FEENSTRA, en *Le caractère accessoire des...cit.*, p.309: "A notre avis, il faut se rendre compte du fait que déjà à la fin de l'époque classique, et sans doute à l'époque d'Hermogenien, toutes les stipulations étaient pas la même importance que les formules verbales qui étaient encore si importantes à la fin de la République."

⁵⁵ *Le garanzie delle obbligazioni. vol I. Le garanzie personali.* Padova (1962), pp.62 y 63, donde señala que el contenido de Gai. 3,126, coincide prácticamente en su totalidad con I.3,20,5.

El mismo autor continúa diciendo que sólo existe un caso en el que puede hablarse de "identidad formal" del objeto de la obligación del deudor principal y la del garante, que es el caso de la obligación de *dare* una cosa: "*centum dari spondes?*". En cualquier otro supuesto no se puede hablar de identidad de las dos prestaciones, sino de "nexo funcional" entre ambas, y cuyo contenido típico se encuentra en la accesoriedad.

Por tanto, lo importante no es considerar la forma de la obligación del deudor principal y la del garante, sino su contenido, es decir la prestación de cada una de las dos obligaciones para reconocer la presencia del nexo funcional típico de la relación de garantía.

Frezza continúa señalando que en el pensamiento de los juristas clásicos aparece con claridad la idea de que cuando se contrae una segunda obligación verbal teniendo por contenido la misma prestación de otra obligación anterior, es decir una novación, el carácter de la segunda prestación podía resultar diversamente cualificable con relación a la primera. Tal es la idea que se desprende de un texto de Ulpiano:

D.45,1,75,6 (Ulp. 22 ed.)

Qui vero a Titio ita stipulatur: 'quod mihi Seius debet, dare spondes?' et qui ita stipulatur: 'quod ex testamento mihi debes dare spondes?', incertum in obligationem deducit, licet Seius certum debeat vel ex testamento certum debeat. quamvis istae species vix separari possint ab ea, quam proposuimus de vino vel oleo vel tritico, quod in

horreo repositum est: et adhuc occurrit, quod fideiussores certum videntur promittere, si modo et is, pro quo obligantur, certum debeat, cum alioquin ita interrogentur: 'id fide tua esse iubes?.'

El tenor de dicho texto no es aceptado como genuino por Beretta⁵⁶, quien lo reconstruye como sigue:

qui vero a Titio stipulatur: quod mihi Seius debet d.s.? et qui ita stipulatur: quod ex testamento mihi debes, d.s.? [in]certum in obligationem deducit [licet] <si> Seius certum debeat vel ex testamento certum debeatur [--]. <item> fideiussores certum videntur promittere, si modo et is pro quo obligentur certum debeat, cum alioquin ita interrogentur: id fide tua esse iubes?.'

Dicha reconstrucción parte de la hipótesis de que se deberían interpretar del mismo modo las fórmulas de la *sponsio* y la *fideiussio*.

Frezza⁵⁷ no acepta dicha hipótesis, y por tanto tampoco la reconstrucción del texto, pues está basada en ella. Este autor critica que dicha hipótesis no tiene en cuenta la conexión entre la interpretación de la *sponsio* y las palabras utilizadas, frente a la mayor conexión que existe entre la interpretación de la *fideiussio* y el contenido de la obligación principal.

⁵⁶ *Sulle formule da...cit.*, pp.78 y ss.

⁵⁷ *Le garanzie personali...cit.*, p.63 n.1.

Según Frezza, la idea que Ulpiano quiere poner de relieve en el texto es que las palabras "*quod mihi Seius debet*" "*quod ex testamento mihi debes*", no indican un "*certum*" (aunque el contenido de la obligación a la que se refieren sí lo sea), mientras que el contenido de la obligación principal sí es decisivo para la calificación de la obligación del *fideiussor*.

En cuanto al origen de la *fideiussio*, es la forma de garantía verbal más moderna, y en ella encontramos la aparición del concepto de garantía tal y como se entiende hoy⁵⁸. Levy⁵⁹, partiendo del contenido de dos textos de Gayo:

Gai. 3,124

Sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est. Qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia; et quamvis sponsores vel fidepromissores in amplam pecuniam, velut si sestertium C milium <se obligaverint...>. Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam quam credendi causa damus, sed omnem quam tum cum contrahitur obligatio certum est debitum iri, id est <quae> sine ulla condicione deducitur in obligationem;...

⁵⁸ BIONDI, *Sponsio e...cit.*, p.128, también señala que es posible que ya en época clásica y en la práctica la *fideiussio* haya absorbido a *sponsio* y *fideiussio*.

⁵⁹ *Sponsio, ...cit.*, p.118.

Gai. 3,132

Unde <non> proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est.

concluye que la *fideiussio* tuvo que aparecer después de la *Lex Cicereia* y antes de la *Lex Cornelia*. También se manifiesta en el mismo sentido Appleton⁶⁰, quien afirma que la *fideiussio* probablemente apareció en el intervalo de tiempo que media entre la *lex Cicereia* y la *Lex Cornelia*, puesto que ésta es la única que hace referencia a la *fideiussio*, y, según este autor, dicha nueva forma de garantía personal habría aparecido con la finalidad de eludir la *Lex Furia*⁶¹.

Según continúa señalando Appleton⁶², las leyes Apuleya, Furia y Cicereya, son tres leyes "democráticas", en las que puede observarse una verdadera progresión de medidas en favor del garante. Concretamente, al hablar de la ley Furia, pone de relieve que dicha ley presenta un aspecto revolucionario, pues va a determinar que el acreedor pierda la parte de la deuda que

⁶⁰ *Les lois romaines sur le cautionnement*, en SZ 26 (1905), pp.1-48.

⁶¹ Estas leyes citadas, forman parte de la legislación republicana promulgada para regular la fianza. La *Lex Cicereia*, a la cual alude Gayo en Gai. 3,123, establece la obligación de declarar públicamente cuál es la obligación que se garantiza tomando *sponsors* o *fidepromissores* y el número de garantes. Es decir, en ella sólo se hace referencia a la *sponsio* y a la *fidepromissio*. Lo mismo ocurre con el resto de las leyes que se dictan con relación a la fianza. Dichas leyes son la *Lex Apuleia* (Gai. 3,122), la *Lex Furia* (Gai. 3,121) y la *Lex Cornelia*. Sobre el contenido de dichas leyes y la discusión doctrinal de las fechas de aparición, puede verse: APPLETON, *Les lois romaines sur ...cit.*, pp.1-48.

⁶² *Les lois romaines...cit.*, pp.35 a 37.

corresponde a un insolvente, de forma que cuantos más garantes, más oportunidades de sufrir pérdidas tiene.

Por el contrario, la primera ley que se refiere a la *fideiussio* es la ya citada ley Cornelia, que establece que un garante no se puede obligar por el mismo deudor, ante el mismo acreedor y en el curso de un año, por una suma superior a 20.000 sextercios. Es decir, no se trata de una ley, como las precedentes, destinada a beneficiar a los garantes.

Appleton⁶³, partiendo de todo ello, formula su propia teoría sobre la causa de la aparición de la *fideiussio* y señala que la ley Cornelia probablemente date de la época de la reacción aristocrática de Sila, la cual, si bien no deroga las disposiciones de la Ley Furia, que tan contrarias son a los derechos del acreedor, propicia la creación de una nueva forma de garantía personal que permita evitar la aplicación de dicha ley, y dicha nueva forma es la *fideiussio*.

Levy⁶⁴, piensa que la razón para crear esta nueva forma de garantía está en que se puedan garantizar todo tipo de obligaciones y no sólo las verbales. Este mismo autor, ve en el *iussum* la base sobre la que se crea esta nueva figura, viendo el primer y claro indicio de este origen en la propia palabra *fideiussio*.

El *iussum* es consecuencia de la *dominica potestas* y supone que existe una persona que queda obligada como deudor secundario, y precisamente esto

⁶³ *Les lois romaines...cit.*, p.42.

⁶⁴ *Sponsio...cit.*, pp.130 y 132.

es lo que se estaba buscando, crear una figura que pueda ser utilizada por el *ius civile*, que sirva para garantizar todo tipo de obligaciones y que siga la tendencia de proporcionar la más completa seguridad al acreedor. Bastaba con añadir a la nueva forma el término *fides* para diferenciarla de la antigua institución que era el *iussum*⁶⁵.

Bekker⁶⁶, y sobre el mismo tema, toma como punto de referencia un texto de Plauto:

Plaut. Mostell. III vv. 102-105

Tr. Quattuor quadraginta illi debentur minae.

Dic te daturum, ut abeat. Th. egon dicam dare?

Tr. Dic. Th. egone? Tr. tu ipsus dic modo, auscultam mihi.

Promitte; age inquam: ego iubeo.

y concluye que Plauto conocía la *fideiussio*, institución que se va desarrollando hasta llegar al estado en que la conocemos a través de Gayo.

Por otra parte, Costa⁶⁷, señala que, a pesar de que es cierto que en dichos versos de Plauto ya pueden encontrarse indicios de lo que con posterioridad será la *fideiussio*, no puede decirse que se refiera a tal institución, al menos no en sentido técnico.

⁶⁵ LEVY, *Sponsio*,...cit., pp.130 y 131.

⁶⁶ *Proc. Cons.* p.192, citado por LEVY, *Sponsio*..., p.117.

⁶⁷ *Diritto romano nelle comedie di Plauto.* Roma (1968), p.300, citado por LEVY, *Sponsio*,...cit., p.117.

Pernice⁶⁸ sitúa la aparición de la *fideiussio* en "alter Zeit", en oposición al "spätrepublikanischer Zeit".

Levy⁶⁹, también se ocupa de estos versos y señala al respecto que la búsqueda de un *fide iubeo* en la obra de Plauto es vana; nuestro autor⁷⁰ destaca cómo los grandes historiadores de los últimos años de la República no mencionan para nada la *fideiussio*, y cómo en los escritos de Cicerón no aparecen expresiones como *fideiussio*, *fideiubere*, o *fideiussor*, con lo que concluye que Cicerón no conocía la *fideiussio*.

El mismo autor continúa observando que en época de Próculo la *fideiussio* ya es una institución cuyo uso en la práctica está totalmente generalizada, y ,finalmente, se centra en el estudio de los textos de los grandes juristas romanos para situar temporalmente la aparición de la *fideiussio*. Para ello acude a la Palingenesia de Lenel, y comprueba que de todos los textos que se conservan de Quinto Mucio Escévola, Servio, Alfeno, Ofilio y Trebacio, sólo hay uno que habla de *fideiussor* y *fideiubere*:

D.17,1,48,pr. (Cels. 7 dig.)

Quintus Mucius Scaevola ait, si quis sub usuris creditam pecuniam fideiussisset, et reus in iudicio conventus cum recusare vellet, sub usuris creditam esse pecuniam, et

⁶⁸ *Parerga VIII.IX*, en SZ 19 (1898), p.126.

⁶⁹ *Sponsio,...cit.*, p.117.

⁷⁰ *Sponsio,...cit.*, pp.120-123.

fideiussor solvendo usuras potestatem recusandi eas reo sustulisset, eam pecuniam a reo non petiturum; sed si reus fideiussori denuntiasset, ut recusaret, sub usuris debitam esse, nec is propter suam existimationem recusare voluisset, quod ita solverit, a reo petiturum. Hoc bene censuit Scaevola, parum enim fideliter facit fideiussor in superiore casu, quod potestatem eximere reo videtur, suo iure uti; ceterum in posteriore casu non oportet esse noxiae fideiussori, si ipse pepercisset pudori suo.

texto en el que Celso da un resumen de la opinión de Quinto Mucio Escévola, siendo estas palabras calificadas por el propio Lenel⁷¹ como una interpolación, ya que según éste, Escévola habría hablado en dicho texto de *sponsio* y no de *fideiussio*.

Lenel piensa que posiblemente sea Labeón el creador de la institución de la *fideiussio*, ya que de él se conservan cinco textos que se refieren a ella, de los que, al menos tres, son, sin duda, genuinos sin que pueda apreciarse en ellos ninguna alteración⁷²:

⁷¹ Pal. I p.138.

⁷² Los dos textos de cuya genuinidad se duda son: D.4,2,14,6 (Ulp. 11 ed.) *Labeo ait: si quis per metum reus sit constitutus, et fideiussorem volentem dederit, et ipse, et fideiussor liberatur; si solus fideiussor metu accessit, non etiam reus, solus fideiussor liberabitur.* D.4,8,25,2 (Ulp. 13 ed.): *Si per fideiussorem fuerit cautum in primo compromisso, et sequens similiter proferendum Labeo dicit; sed Pomponius dubitat, utrum iisdem, an et aliis tam idoneis; quid enim, inquit, si idem fideiubere noluerint? Sed puto, si noluerint fideiubere, tunc alios non absimiles adhibendos.*

D.16,3,1,14 (Ulp. 11 ed.)

Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tecum deponere, an possim teum depositi experiri?. et ait, si tuo nomine, hoc est, quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem. cum illo depositi actio est, nec mandati teneris, quia rem meam gessi. sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is, qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum; quid enim, si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres, neque bonorum possessor, neque successor eius exstaret? tenebitur ergo, ut id praestet, quod depositi actione prestari solet.

D.20,6,14 (Lab. 5 post. a lav. epit.)

Cum colono tibi convenit, ut invecta, importata pignori essent, deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti; satisfactum tibi videri existimo, et ideo illata pignori esse desisse.

D.46,1,46 (lav. 10 post.)⁷³

Cum lex venditionibus occurrere voluerit, fideiussor quoquolibet eo magis, quod per eiusmodi actionem ad reum pervenitur.

Levy llega a la conclusión de que, al menos, no puede negarse que Labeón conocía la *fideiussio* y basándose en las especiales cualidades del jurista⁷⁴, y piensa que quizá Labeón fuera el propio creador de la *fideiussio*.

Feenstra⁷⁵, y volviendo al tema de la razón de la aparición de la *fideiussio*, piensa que el que pueda utilizarse para garantizar todo tipo de obligaciones y no sólo las verbales, no es más que un efecto secundario y no la finalidad perseguida con la creación de esta nueva figura jurídica. Para este autor, la aparición de esta nueva forma de garantía obedece a la necesidad práctica de crear una obligación distinta de la del *sponsor* y *fidepromissor*.

Con la *fideiussio*, aparece por primera vez el concepto técnico de garantía⁷⁶, lo cual supone un régimen jurídico mucho más flexible y práctico que

⁷³ LEVY, en *Sponsio*,...cit., p.123 n.4, señala que este fragmento procede del libro *ex posterioribus Labeonis* de Javoleno.

⁷⁴ D.1,2,2,47 (*Pomp. enchir. sing*):...*Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurina innovare instituit.*

⁷⁵ *Le caractère accessoire des*...cit., pp.309 y 310: "... l'introduction de la *fideiussio* fut un simple expédient pratique, pas un effort pour constituer une obligation de tout autre caractère que celle du *sponsor* y *fidepromissor*."

⁷⁶ PASTORI, *Il negozio verbale*...cit., p.98.

el de la *sponsio* y la *fidepromissio*, teniendo en cuenta que el de esta última es prácticamente el mismo que el de la *sponsio*, ya que se trata de una figura que se crea en derecho clásico para que no sólo los ciudadanos romanos puedan beneficiarse de este tipo de garantía⁷⁷.

Dentro de esta línea de razonamiento, Girtanner⁷⁸ piensa que en la aparición de la *fidepromissio* es decisiva la influencia del *ius gentium*, que es lo que va a determinar que junto a la forma propia de la *sponsio*, *spondes? spondeo*, aparezca la forma *promitis? promitto*, que va a dar lugar a una nueva forma de obligarse que sí pueden utilizar los extranjeros, la *fidepromissio*. Se trata de una forma de obligarse mucho más flexible que la *sponsio*, y que va a permitir que un extranjero se obligue como *fidepromissor* y también que él mismo sea acreedor de un ciudadano romano a través de la *fidepromissio*.

Por el contrario, Wieacker⁷⁹ señala que en ninguna parte de las fuentes aparece expresamente que la *fidepromissio* sea una institución creada para que se puedan tomar garantías a favor y contra *peregrini*, únicamente aparece una referencia a su posible origen *iuris gentium* en:

Gai. 3,93

*Sed haec quidem verborum obligatio: dari spondes?
spondeo, propria civium Romanorum est, ceterae vero iuris*

⁷⁷ Así se desprende de: Gai. 3,118,126 y 127.

⁷⁸ *Die Bürgschaft nach...cit.*, p.13

⁷⁹ *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, en SZ 80 (1963), pp.1-41, pp.13 y ss.

*gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives
romanos sive peregrinos, valent;...*

Sin embargo, Levy⁸⁰ valora este testimonio de modo distinto y entiende que partiendo de dicho texto se puede concluir el origen *iuris gentium* de la *fidepromissio*, ya que de él se puede deducir la posibilidad de utilizarla para hacer referencia a la obligación principal. Wieacker, por el contrario, señala que no se puede llegar a tal conclusión partiendo de esporádicos supuestos donde, además, lo único especial es la utilización de la *fidepromissio* a imitación de la *sponsio*, la cual originariamente se utilizaba tanto para crear la obligación principal como la de garantía.

Wieacker también puso de relieve que la *fides* a que se hace referencia en esta nueva institución no tiene ningún especial significado, simplemente señala la promesa por una deuda ajena, y no especialmente una promesa en la que interviene un peregrino.

Es decir, tiene el mismo significado que luego tendrá en la palabra *fideiussio*, y a nadie se le ha ocurrido decir que tal institución sea una institución de *ius gentium* y por tanto creada en especial para que puedan utilizarla los peregrinos, cree que pueda haber una explicación distinta al origen de tal figura.

⁸⁰ *Sponsio*,...cit., pp.9 y ss.

Para nuestro autor, el término *fides* pudo aparecer en las relaciones entre ciudadanos romanos, utilizando dicha expresión en el sentido de "garantía por la deuda de otro".

Para concluir en cuanto al tema de la aparición de la *fideiussio*, existe disparidad de opiniones, que podemos reconducir a dos grandes bloques, en uno se halla Levy⁸¹, quien opina que dicha figura nace para que puedan garantizarse no sólo las obligaciones del *Ius Civile* sino también del *Ius Honorarium*, y cualquier tipo de obligaciones no sólo las verbales, mientras que, en el otro, Pastori⁸² ve en la aparición de la *fideiussio* la respuesta a la necesidad de que se pueda garantizar cualquier tipo de obligación, y no sólo las que son *verbis*, como ocurría hasta este momento.

Tal y como afirma Frezza, esta nueva figura sería pronto acogida por el ordenamiento jurídico, siendo una muestra de tal circunstancia el hecho de que se le aplicara, por extensión, la norma propia de la *sponsio* según la cual se excluye la transmisibilidad pasiva de la *obligatio* a los herederos⁸³:

⁸¹ *Sponsio*,...cit., p.127.

⁸² *Il negozio verbale*...cit., p.113.

⁸³ Lo cual, a su vez, es otro punto más que diferencia ambas figuras de la *fideiussio*, puesto que en este último caso sí se admite la transmisibilidad de la obligación al heredero.

Gai. 3,120

Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus et alio iure civitas eius utatur. Fideiussoris autem etiam heres tenetur.

Del carácter accesorio de la *fideiussio*, como ya hemos dicho antes, deja constancia su propia fórmula, donde la presencia de *id* o *idem* pone de manifiesto que el *fideiussor* promete lo mismo que el deudor principal, lo cual es considerado por la mayoría de la doctrina como una asunción de garantía por el incumplimiento del deudor⁸⁴.

La accesoriedad es pues uno de los caracteres de la *fideiussio*, de manera que su validez y eficacia va a depender a su vez de la validez y eficacia de la obligación principal, tal y como se desprende de numerosos textos⁸⁵. Esta accesoriedad determina la necesidad de la existencia de una obligación principal válida, aunque no importa que la *fideiussio* sea anterior o posterior a la deuda⁸⁶.

Dicho carácter es definitivo en época de Justiniano, cuando con el llamado *beneficium excussionis* se establece que el acreedor está obligado a

⁸⁴ PASTORI, *Elementi di Diritto romano. Le obbligazioni*. 2ª ed. Milano (1991), p.146.

⁸⁵ D.46,1,56,pr. (*Paul. 15 quaest.*); D.45,1,1,2 (*Ulp. 48 Sab.*); D.24,1,5,4 (*Ulp. 32 Sab.*); D.46,1,29 (*Paul. 18 ed.*); D.45,1,6,pr. (*Ulp. 1 Sab.*); D.46,1,47,pr. (*Pap. 9 quaest.*).

⁸⁶ En tal sentido pueden verse algunos textos como por ejemplo: D.46,1,6,pr.,2 (*Ulp. 47 Sab.*); *Stipulatus sum a reo nec accepi fideiussorem: postea volo adicere fideiussorem: si adiecero, fideiussor obligatur.* (2) *Adhiberi autem fideiussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio.*

dirigirse en primer término contra el deudor principal y sólo cuando no se ha cobrado dirigirse contra el fiador⁸⁷.

Dicho *beneficium* fue promulgado junto con el *beneficium divissionis*, por el cual cada uno de los cofiadores sólo podía ser reclamado por la parte que resulte de dividir el total de la deuda entre aquellos cofiadores que sean solventes en el momento de dictar sentencia (aquí ya no se toma como punto de referencia el momento de la *litis contestatio*, puesto que en esta época ya ha desaparecido el efecto consuntivo de ésta); y junto con el *beneficium cedendarum actionum*, según el cual el fiador que ha pagado la deuda puede dirigirse contra el deudor principal con la acción de regreso que tenía el acreedor que ha cobrado contra el deudor garantizado por dicho fiador.

La ventaja que concede este *beneficium* consiste en que ahora el fiador está legitimado al ejercicio de dicha acción simplemente por el pago de la deuda, sin que tenga que esperar a que el acreedor realice una cesión de acciones, que era el único medio que existía antes de la promulgación de dicho *beneficium*.

Con ello se solucionan los problemas que se derivaban de tener que acudir a dicha cesión, como por ejemplo, y el más importante, el hecho de que dicha cesión dependía totalmente de la voluntad del acreedor, sin que de ningún modo el fiador pudiera obligarle en tal sentido.

⁸⁷ Nov. 4,1.

I.1.2- LA ACCESORIEDAD.

La accesoriadad es el fundamento por el cual no se admite que el *fideiussor* pueda obligarse ni en *duriorem causam*⁸⁸, ni en *alia causa*⁸⁹, tal y como señala Pastori⁹⁰, pero sí en una *causa levior*⁹¹.

Este último supuesto, en ningún caso puede darse en relación con la *sponsio* y la *fidepromissio*, puesto que es difícilmente conciliable con el *idem* que aparece en las fórmulas de ambas figuras.

Ello también se deduce de la comparación de dos textos de Gayo. En Gai. 3,119, y hablando de *sponsio* y *fidepromissio*, se admite expresamente la validez de ambas aún cuando la obligación principal a la que acceden no es válida: *ipse qui promiserit non fuerit obligatus*, lo cual no es más que la manifestación de su carácter no accesorio, mientras que en el párrafo siguiente, Gai. 3,119a, y, hablando ahora de *fideiussio*, ya no se hace referencia a tal principio⁹².

⁸⁸ D.46,8,7 (*Paul. 3 Sent.*); D.46,1,34 (*Paul. 72 ed.*); I. 3,20,5; Gai 3,126; D.46,1,8,8 (*Ulp. 47 Sab.*); D.46,1,16,1,2y 5 (*Iul.53 dig.*), etc.

⁸⁹ D.46,1,8,8 (*Ulp. 47 Sab.*); D.46,1,34 (*Paul 72 ed.*); D.46,1,38,pr. (*Marcell. 20 dig.*); D.46,1,42,pr. (*Iav. 10 epist.*).

⁹⁰ *Il negozio verbale...cit.*, pp.116 y ss.

⁹¹ Gai. 3,126; D.46,1,42 (*Iav. 10 epist.*)

⁹² Por el contrario existen textos que se refieren expresamente a supuestos en los que la invalidez de la obligación principal determina también la de la *fideiussio*: D.46,1,56,pr.-2 (*Paul. 15 quaest.*); D.45,1,1,2 (*Ulp. 48 Sab.*); D.46,1,29 (*Paul. 18 ed.*); D.45,1,6 (*Ulp. 1 Sab.*); D.46,1,47,pr. (*Ulp. 50 Sab.*).

Gai. 3,119a

Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeat.

En este caso, Gayo nos señala una diferencia más entre las tres formas de garantía personal, así apunta que el *fideiussor* puede garantizar todo tipo de obligaciones, y no sólo las obligaciones verbales, como ocurría en los casos de la *sponsio* y la *fidepromissio*, e incluso añade que puede garantizar tanto las obligaciones civiles como las naturales, y se admite que se obligue por un esclavo con independencia de que quien acepte al garante sea el dueño o un extraño.

Respecto a la interpretación de este texto de Gayo, Flume⁹³ ha creído ver en él la demostración de que en el caso de la *fideiussio* existe una interdependencia más fuerte entre la obligación principal y la obligación accesoria, ya que el propio Gayo exige que la obligación principal sea al menos una obligación natural⁹⁴ válida.

⁹³ *Studien zur...cit.*, pp.70 y ss., y en *Zu den röm. Bürgsch...cit.*, p.104.

⁹⁴ Sobre las obligaciones naturales puede verse la obra de LONGO, *Ricerche sull'obligatio naturalis*. Milano (1962).

Sin embargo, otros autores se muestran contrarios a tal interpretación. Así por ejemplo, Segrè⁹⁵ y Feenstra⁹⁶.

Este último autor piensa que no es correcto interpretar que Gayo en este texto está diciendo que para que exista una *fideiussio* se exige una condición mínima, que es la obligación natural a que se hace referencia en el texto, condición mínima que a la vez serviría para diferenciar la figura de la *fideiussio* de las de la *sponsio* y la *fidepromissio*⁹⁷.

En el mismo sentido también se pronuncia Burdese⁹⁸, quien afirma que Gayo se refiere a este supuesto como ejemplo límite de *naturalis obligatio*, atendiendo a la expresión utilizada: "*adeo quidem ut pro servo quoque obligetur*".

A este respecto es interesante citar la teoría de Perozzi⁹⁹, quien afirma que sólo existe un supuesto de *obligatio naturalis* y éste es el de la *obligatio* en que toma parte un esclavo, mientras que la mayoría de la doctrina entiende que éste es sólo uno de los posibles casos de obligaciones naturales que pueden existir.

⁹⁵ *In materia di ...cit.*, pp.516 y ss.

⁹⁶ *Le caractère accessoire des...cit.*, p.310 y p.311.

⁹⁷ Tampoco le da este valor a la referencia a la *naturalis obligatio*: P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio, Essai su l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Tesis. Genova (1964), pp.42 y ss. Sobre este tema también puede verse: LABRUNA, *Interpretazione di Gai 3,119a. Gaio nel suo tempo*. Napoli (1966), p.55-60.

⁹⁸ *La nozione classica di naturalis obligatio*. Torino (1995), p.31.

⁹⁹ *Interpretazione di Gai. 3,119a*, en *Studi Bonfante I*. Milano (1930), pp.73-79 y p.73.

Perozzi continúa explicando cómo tradicionalmente dicha doctrina se ha apoyado en el contenido de Gai 3,119a para llegar a tal conclusión, mientras que dicho autor entiende que ello es consecuencia de una errónea interpretación del texto gayano.

Perozzi señala que tradicionalmente dicho texto se ha interpretado de la siguiente manera: "E non importa neppure che l'obbligazione a cui il fideiussore è aggiunto sia civile o naturale, a tal segno che egli può obbligarsi persino per un servo, sia un straneo a ricevere il *fideiussore* dal servo o sia lo stesso padrone per ciò che il servo gli deve." De dicha interpretación se deduce que la obligación en la que interviene un esclavo es sólo uno de los supuestos de *obligatio naturalis* que puede existir, y como el caso extremo en que puede admitirse la intervención de un *fideiussor*.

Quienes interpretan de tal manera dicho texto interpretan el texto anterior, Gai 3,119 en el sentido de que menciona dos casos de *obligatio naturalis*; el de la mujer o el pupilo que prometen sin la autorización del tutor y el de aquél que promete para después de su muerte.

Sin embargo Perozzi entiende que si Gayo citó dichos casos en tal sentido debería haber escrito "*naturaliter tantum obligatus fuerit*" en lugar de "*non fuerit obligatus*", lo cual da a entender que para él estos no eran supuestos de *obligatio naturalis* y si éstos no lo eran, tampoco lo podían ser los demás supuestos citados por la doctrina, excepto el caso del siervo, que aparece expresamente calificado como una obligación natural en Gai. 3,119a.

En contra de esta interpretación de dicho texto, podría alegarse, según expresa el propio Perozzi, que en Gai. 3,119 no habla de obligación natural con relación al siervo, lo cual es debido a que está hablando a la vez de dos casos, el del siervo y el del peregrino, y no hace referencia a la obligación natural, porque ésta, no puede referirse al caso del peregrino.

El mismo autor entiende que para llevar a cabo una correcta interpretación de Gai. 3,119a es necesario encontrar el sentido correcto que ha de darse a las palabras "*adeo quidem ut*".

Tradicionalmente, la doctrina ha entendido dichas palabras como un modo de relacionar un principio con una consecuencia extrema implícita en aquél¹⁰⁰, y lo ha hecho así porque entiende que tal es el sentido en que dichas palabras son utilizadas por Gayo en otros textos¹⁰¹, mientras que Perozzi¹⁰² señala que *adeo ut* es utilizado frecuentemente por Gayo como una "*congiunzione di due pensieri coordinati*"¹⁰³, e incluso señala que esta acepción de *adeo ut* no es exclusiva de Gayo, pues también es utilizada por Paulo y Ulpiano¹⁰⁴.

¹⁰⁰ PEROZZI, *Interpretazione di ...cit.*, p. 74.

¹⁰¹ Gai. 2,151; 3,24; 3,66; 3,93; 3,145; 3,149; 3,166; 3,204.

¹⁰² *Interpretazione di ...cit.*, p.78.

¹⁰³ Gai. 1,20; 1,121; 2,108; 2,123; 3,156; 3,176; 4,64; D.28,1,6,pr. (*Gai 17 ad ed prov.*); D.38,8,2 (*Gai 16 ad ed prov.*)

¹⁰⁴ *Paul.lib.4 sent.*, Coll.16.3.6; D.1,16,4,5 (*Ulp. 1 off. proc.*); D.1,6,8,1 (*Ulp. lib. 26 ad Sab.*).

En definitiva, Perozzi concluye que lo que quiere decir Gayo en 3.119a es que "*il fideiussore può aggiungersi così ad un'obbligazione civile, ossia tra liberi; come ad una naturale, ossia in cui è parte un servo*".

Albertario¹⁰⁵, por el contrario, siguiendo la tesis de Siber¹⁰⁶, señala que no se puede admitir ni la teoría dominante anterior a la formulada por Perozzi según la cual la *obligatio servi* es un ejemplo de obligación natural en el sentido de obligación carente de acciones ni tampoco puede admitirse la formulada por Perozzi, según la cual la *obligatio servi* es el único supuesto de obligación natural.

La teoría propuesta por Siber y aceptada por Albertario, entiende que el contenido de Gai. 3,119a concuerda con los otros textos del mismo jurista¹⁰⁷ que utilizan la palabra *naturalis* para indicar un negocio de *ius gentium*, y es también acorde con los textos de otros juristas¹⁰⁸ en los que la *obligatio naturalis* es una *obligatio iuris gentium*, siendo ésta la idea vigente para los juristas clásicos.

Continúa Albertario diciendo que si se admitiera alguna de estas teorías a las que se ha hecho referencia, tendríamos que concluir que la jurisprudencia romana ya admitía una figura de obligación natural, carente de acciones,

¹⁰⁵ *Le obbligazioni...cit.*, pp.51 y ss.

¹⁰⁶ *Naturalis obligatio*, en *Gedenkschrift Mitteis*. Leipzig (1926) y *Römisches Privatrecht*. Berlin (1928), pp.165 y ss.

¹⁰⁷ Gai. 3,93; Gai. 3,176; Gai. 3,154; Gai. 1,189.

¹⁰⁸ D.45,1,126,2 (*Pap. 3 quaest.*); D.50,17,84,1 (*Paul. 3 quaest.*); D.12,6,15, pr. (*Paul. 10 Sab.*); D.19,2,1 (*Pau. 34 ed.*).

contrariamente a lo que admiten los juristas en los textos citados anteriormente, en los que la *obligatio naturalis* es inequívocamente, la obligación provista de acciones *iuris gentium*.

A nuestro entender, la interpretación más acertada es la propuesta por Frezza¹⁰⁹, quien afirma que Gayo en el texto tratado lo que pretende es llamar la atención de sus auditores respecto a la posibilidad de que la nulidad del negocio principal no determine la nulidad de las obligaciones de garantía. Y así, Gayo para ilustrar su explicación enumera una serie de casos límite que son:

a) para la *sponsio* y la *fidepromissio*: la promesa del pupilo o de la mujer sin contar con la *auctoritas* del tutor, la promesa de dar algo después de muerto (Gai 3,100) y la *sponsio* del esclavo o del extranjero.

b) para la *fideiussio*: la obligación natural del esclavo.

Frezza, al igual que los otros autores citados, piensa que es un error deducir del texto gayano que la *naturalis obligatio* es una especie de condición mínima para que la *fideiussio* sea válida.

Es decir, no puede concluirse de lo dicho en el texto de Gayo que allí donde hay una *fideiussio* hay que entender que como mínimo existe una *naturalis obligatio*. Dicho autor piensa que no era necesario recurrir al fundamento de la *naturalis obligatio* como condición mínima, cuando se puede reconocer la base de la validez de la obligación del garante en la existencia de

¹⁰⁹ *Le garanzie...* cit., pp.44, 60 y 61.

un negocio *iuris civilis* que, aunque es inválido para hacer surgir la obligación del deudor principal, es válido para hacer surgir la obligación del garante.

Feenstra¹¹⁰ concluye que en Gai. 3,118,119 y 119a lo que se pretende es poner de relieve la existencia de una significativa diferencia en cuanto a los casos en que se pueden utilizar por una parte la *sponsio* y la *fidepromissio* y por otra parte la *fideiussio*, teniendo en cuenta que esta última podrá ser utilizada en más supuestos que las otras dos, ya que puede utilizarse también para garantizar obligaciones que no sean verbales.

Segrè¹¹¹, por su parte, piensa que el contenido de Gai. 3,119 no es un argumento que pueda utilizarse para probar el carácter no accesorio de esta garantía, entendiendo, que en derecho clásico los casos en que se ha constituido válidamente un *sponsor* o un *fidepromissor* por una estipulación exteriormente existente pero nula, no representan la regla, sino la excepción, puesto que en esta época ya existe un evidente acercamiento entre el régimen de las tres figuras.

Pastori, basándose sobre todo en esta incompatibilidad entre la estructura de la fórmula de la *sponsio* y la *fidepromissio*, y la posibilidad de que su contenido sea distinto al de la obligación garantizada, concluye que Gai 3,126 es consecuencia del proceso, sobre el que ya hemos hablado, de generalización del régimen de la *fideiussio*.

¹¹⁰ *Le caractère accessoire des...cit.*, p.311.

¹¹¹ *In materia di...cit.*, pp.517 y 518.

Este carácter accesorio propio de la *fideiussio*, tenía un problema a la hora de su aplicabilidad práctica puesto que el efecto consuntivo de la *litis contestatio* determinaba que el acreedor que se dirigía contra el deudor y no veía satisfecha la totalidad de su deuda, ya no podía dirigirse contra el garante. Para evitar dicho problema, se introdujo la llamada *fideiussio indemnitis*¹¹², según la cual la obligación del *fideiussor* se refiere al *quanto minus*, es decir, a la cantidad no satisfecha por el deudor principal.

Hemos visto cómo surgen las tres principales formas de garantía personal, y hemos visto que la *sponsio* es la forma más antigua, mientras que la más moderna es la *fideiussio*.

Una de las cuestiones que, con relación a las garantías personales en general, y a la *fideiussio* en particular, nos parecen más interesantes, es la cuestión del regreso. A este respecto, hay que señalar que dicho regreso tiene su fundamento en la especial relación que une al garante y el deudor principal, relación que en origen está privado de cualquier regulación jurídica, y que tenía su base en la dependencia socio-económica que existía entre ambos, y que suponía que, estando alguien necesitado de dinero, se dirigía a una persona solvente, y con la que seguramente tendría algún tipo de relación no muy distinta de la clientela, es decir una relación de cierta dependencia caracterizada por una obligación de lealtad por una parte, y por una obligación de protección derivada de la *fides* por otra, y que implica la existencia de una serie de derechos y

¹¹² P. S. 2,17,16 y C.8,40(41),5.

deberes entre ambas partes. Según señala Frezza¹¹³, este peculiar tinte económico-social de la relación entre garante y deudor principal se explica como el primer reconocimiento del derecho de regreso que podemos encontrar en el desarrollo histórico de las formas de garantía personal de las obligaciones.

Esta especial relación tiene su primera regulación jurídica con la aparición de la *lex Publilia*¹¹⁴, que, como ya hemos señalado, introduce la *actio depensi*, como acción a través de la cual el garante puede ejercitar su regreso siempre que no hayan pasado más de seis meses desde que pagó por el deudor principal, y en el caso de que hayan transcurrido estos meses, la misma ley establece que podrá dirigirse contra dicho deudor con una *manus iniectio*.

Esta antigua forma de regreso sólo se refiere a *sponsio* y *fidepromissio*. Cuando en el panorama de las formas de garantía personal surge la *fideiussio*, también surge la cuestión de cómo puede ejercitarse el regreso en el caso de que el *fideiussor* tenga que pagar por el deudor principal.

Con relación a esta cuestión, Gayo señala que existe una nueva regulación del regreso, aplicable a las tres formas de garantía, pero que continúa estando vigente, al lado de esta nueva regulación, la antigua propia de la *sponsio*¹¹⁵.

¹¹³ FREZZA, *Le garanzie...* / cit., p.159-60.

¹¹⁴ Gai. 3,127; 4,22.

¹¹⁵ Gai. 3,127: *In eo quoque par omnium causa est, quod si quid pro reo solverint, eius recipiendi gratia habent cum eo mandati iudicium. Et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi.*

Gayo hace referencia a la utilización de la *actio mandati* como la acción que va a utilizarse ahora para conseguir el regreso en las garantías personales de las obligaciones. Así pues encontramos ya aquí un importante punto de conexión entre mandato y fianza, cuestión ésta que va a ser objeto principal de nuestro estudio.

Nos parece muy interesante el hecho de que se acuda precisamente a esta acción y no a otra, y también que se acuda a una acción que ya existía en lugar de crear una nueva, aunque, como ya veremos en el lugar correspondiente, Lenel opina que sí se creó una acción especial para regular el regreso del garante, una especial *actio in factum*.

Esta cuestión, junto con algunos aspectos del mandato de crédito, son los que van a ser el principal objeto del presente trabajo. Pero, antes de ocuparnos directamente de ellos, consideramos oportuno hacer siquiera un breve estudio sobre los principales caracteres del contrato de mandato, puesto que ello nos puede ayudar a entender algunos aspectos de la aplicación de dicho contrato en el ámbito de las garantías personales.

I.2- EL CONTRATO DE MANDATO.

I.2.1- ORIGEN.

El contrato de mandato es una de las instituciones "*iuris gentium*", las cuales nacen coincidiendo con la expansión de Roma tanto en la península itálica como en el Mediterráneo en el siglo III a. C.

Esta expansión lleva aparejada el incremento de relaciones de carácter comercial con comerciantes de otros pueblos. Ante esta situación, se van creando instituciones cuyo fundamento y protección residen únicamente en la buena fe de los contrayentes¹¹⁶, ya que no pueden ser reguladas por el "ius Quiritum".

Lombardi¹¹⁷, fundamenta la imposibilidad de aplicar tal ordenamiento a estas instituciones en dos aspectos: por una parte, que este derecho sólo puede aplicarse a los ciudadanos y por otra, porque este derecho había nacido para regular una vida básicamente agrícola y ciudadana, y no podía satisfacer las necesidades de una vida comercial tan activa como la de aquellos momentos.

¹¹⁶ SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*. München-Leipzig (1931), p.64; LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*. Roma (1947), p.13.

¹¹⁷ *Ult. op. cit.* p. 13.

Es interesante a este respecto citar la tesis de Arangio-Ruiz¹¹⁸, según la cual, lo que ocurre en este momento no es un fenómeno de creación de nuevas instituciones para regular nuevos supuestos, sino que, existiendo instituciones previstas para estos supuestos, éstas no pueden utilizarse por las circunstancias antes señaladas, por lo que será necesario crear nuevas figuras menos rígidas que las previstas por el "ius Quiritum" pero que permitan alcanzar la misma finalidad que se consigue con la utilización de estas instituciones de "ius Quiritum" entre ciudadanos.

Con el tiempo, y ante la multiplicación de estas operaciones comerciales entre ciudadanos y peregrinos y entre peregrinos de distintos países, fue necesaria su regulación, para que estas operaciones no dependieran exclusivamente de la buena fe de los contrayentes.

En este sentido, parece probable que en un primer momento las partes nombraran de común acuerdo un árbitro privado para que se ocupara del asunto, y más tarde, será el Pretor quien se ocupe de ellos.

Sin embargo, aquí mantienen posturas divergentes dos autores como Lombardi¹¹⁹ y Arangio-Ruiz¹²⁰.

Para el primero la protección que se daría originariamente a estas relaciones entre ciudadanos y peregrinos de distintos países, habría sido la del

¹¹⁸ *Il mandato in diritto romano*. Roma (1948-1949), reimpr. anast., Napoli (1965), p.47.

¹¹⁹ *Sul concetto di...cit.*, p.15 n3.

¹²⁰ *Il mandato in...cit.*, p.45

pretor urbano, para luego, y en vista de la multiplicación progresiva de estos asuntos crear en el 242 a.C. la figura del pretor peregrino para que se ocupe expresamente de estos temas.

Arangio-Ruiz piensa que en un primer momento es ya el pretor peregrino quien se ocupa de estas instituciones de *ius gentium* y es sólo más tarde cuando estas instituciones son también utilizadas entre los ciudadanos romanos y de ellos pasa también a ocuparse el propio pretor urbano.

Respecto al origen *ius gentium* del contrato de mandato, Arangio-Ruiz¹²¹ lo fundamenta en su típico carácter consensual, puesto que, según él, la consensualidad es una consecuencia del origen *ius gentium*, y, a pesar de señalar que no existe ningún texto que lo diga expresamente, cita una serie de textos de cuyo contenido puede extraerse tal consecuencia:

Dig.18,1,1,2 (Paul. 33 ad ed.)

“Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras”

Dig.19,2,1 (Paul. 34 ad ed.)

“Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.”

¹²¹ *Il mandato in...* cit. p.44 y 52.

Gai. 3 , 154

“Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas. Sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.”

De todos estos textos, se extrae la característica de la consensualidad como consecuencia de tratarse de instituciones *iuris gentium*, concretamente se refieren a los casos de la compraventa, el arrendamiento y la sociedad¹²².

Textos cuya genuinidad ha sido cuestionada, por ejemplo, por Lombardi¹²³.

Arangio-Ruiz sostiene la teoría de que todos los contratos consensuales aparecen cuando los resultados prácticos que podían lograrse con ellos ya podían conseguirse con los medios que a disposición de los ciudadanos romanos ponía el *ius civile*. Así, se refiere a cómo la mayoría de los fines perseguidos con el contrato de compraventa podían lograrse a través de su antecedente el *consortium ercto non cito*, a través de la *mancipatio*, y, por último, cómo antes de que aparezca el contrato de mandato los fines que con

¹²² Sobre el origen de estas tres instituciones nos dice WIEACKER, *Zum Ursprung...cit.*, p.11: “Nur *emptio venditio*, *locatio conductio* und die jüngere *societas quae inter omnes homines consistit* (Gai 3, 154) werden als Vertragsverhältnisse des *ius gentium* bezeichnet; keineswegs aber alle Verträge oder gar alle Rechtsverhältnisse, denen b.f.i. entspringen.”

¹²³ *Sul concetto... cit.*, p.233 y ss.

él se persiguen pueden conseguirse por medio del *procurator omnium rerum*, el *cognitor* o el *procurator ad litem*.

Así, y siguiendo al mismo autor, el contrato de mandato surgió: "..., come la forma giuridica delle mutue prestazioni di servigi che erano dettate dall'amicizia, per quella parte che non era tale da rimanere nella cerchia meramente sociale dell'*oficium*."¹²⁴

Sin embargo, Watson¹²⁵ discute el origen *iuris gentium* del contrato de mandato, ya que piensa que no existen suficientes pruebas que demuestren tal origen, ya que de los tres textos que cita Arangio-Ruiz, los dos primeros pertenecen al mismo autor, Paulo, para el cual sólo los contratos consensuales eran *iuris gentium*, siendo ésta opinión no mantenida por todos, como es el caso de Gayo y de Ulpiano, y en cuanto al texto de Gayo, señala Watson que la consensualidad de la sociedad no es consecuencia de ser un instituto de *ius gentium*.

Lo que sí parece generalmente admitido, es que el mandato surge de la necesidad de encargar a otra persona el cumplimiento de determinados servicios de forma gratuita, sobre todo cuando estas relaciones comerciales se han de entablar con alguien que está en un lugar distinto.

¹²⁴ *Il mandato in...cit.*, p. 47.

¹²⁵ *Contract of Mandat in Roman Law*. Oxford (1961), p.23.

Estas circunstancias, unidas a la aparición de la figura del *procurator ad litem*¹²⁶, que por su función no podría dejarse fuera de la figura del mandato, pueden conducir a pensar que la procura acabaría siendo englobada dentro de la figura del mandato¹²⁷.

A la vista de todo ello parece que con la creación de la figura del contrato de mandato se acaba con la existencia independiente de la procura, para pasar a un sistema en el que mandato y procura serían dos aspectos de una misma relación jurídica¹²⁸.

El mandato sería, tal y como señala Arangio-Ruiz¹²⁹, el aspecto interno de dicha relación entre el principal y quien actúa por él, mientras que la procura, es decir, el actuar efectivamente uno en nombre de otro, sería el aspecto externo.

Es importante en este tema la apreciación hecha por Arangio-Ruiz¹³⁰, quien señala cómo en un principio cuando alguien tiene que acudir a otra

¹²⁶ ARANGIO-RUIZ, en ob. cit. p. 12 y ss., sitúa el origen de esta figura en la necesidad práctica de poder acudir a alguien que intervenga por otro en un proceso y a la vez evitar los posibles problemas que puede plantear el acudir a la figura del cognitor, como, por ejemplo, la necesidad de que su nombramiento sea solemne y en presencia de ambas partes.

¹²⁷ ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...cit.*, p. 52 y ss.

¹²⁸ Es interesante aquí hacer referencia a la teoría de FRESE, en *Prokurator und Negotiorum Gestio im Römischen Recht*, en *Mélanges Cornil I (1926)*, p.326 y ss. Según éste, hay que entender el mandato como un concepto genérico con distintas aplicaciones, siendo la más conocida de todas ellas el mandato como contrato consensual (Auftrag). Añade, además, que históricamente el mandato como encargo unilateral precede al mandato como contrato, pues según continua diciendo, el mandato basado en un acuerdo de voluntades representa un período más avanzado del Derecho.

¹²⁹ *Il mandato in... cit.*, p. 47.

¹³⁰ *Il mandato in... cit.*, p.9.

persona para que gestione sus negocios, suele acudir a un liberto, persona que aún después de haber dejado de ser esclavo del *pater familias*, continúa estando ligado a él, como si formara parte de la familia, sin poder negarse a aquello que le pedía el *patronus*.

Es decir, quienes trataban con el liberto, era como si lo hicieran con una “*longa manus* del padrone di casa”. Pero con el tiempo, se va reconociendo la personalidad jurídica del liberto, y lo que eran unas relaciones de tipo familiar, pasan a ser relaciones jurídicas, con lo que el liberto deja de actuar como un representante de su patrono, además, ahora, dichas funciones no sólo puede desempeñarlas un esclavo o un liberto, puede acudirse para ello a una tercera persona, y esta persona a la que se le encarga la gestión de negocios de otra persona, recibe el nombre de *procurator*.

Una referencia a las funciones de dicho personaje podemos encontrarla en :

Cic. pro Caecina 20,57

“Non ... alia ratio iuris in hoc genere dumtaxat, utrum me tuus procurator deiecerit, is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius, qui in Italia non sit absitve rei publicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius, an tuus colonus aut vicinus aut cliens aut libertus aut quivis, qui illam vim deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit.”¹³¹

¹³¹ ANGELINI, en *Il procurator*. Milano (1971), p.28 y ss, no admite que dicho texto contenga la definición del *procurator omnium rerum*.

En dicho discurso, se está tratando un tema de abuso de confianza, donde se hace referencia también al interdicto *quod vi*, y a propósito de éste se hace referencia a la figura del procurator, quedando claro que en esta época (año 69 ó 68) el procurator es un simple administrador del patrimonio de algún ausente¹³². Sin embargo, Costa¹³³ pone de manifiesto que de la lectura de dicho texto no ha de extraerse la conclusión de que, en época de Cicerón, sólo se contemplaba el supuesto de un *dominus* ausente para poder hablar de *procura*, sino que también aparecen supuestos de *procura* donde no se da tal presupuesto¹³⁴. Son casos en los que se encarga la gestión de los asuntos propios del *dominus* a una persona que va a actuar como *procurator*, encargo que, según el propio Costa, es análogo al que se hace al mandatario para que gestione un asunto en concreto.

También Arangio-Ruiz piensa que la definición que en este texto da Cicerón es demasiado restrictiva, puesto que el *procurator* no sólo se utiliza para gestionar los negocios de alguien que está ausente, pues también puede utilizarse para encargarle asuntos concretos de un *dominus* que no está ausente.

¹³² M. Tulio Cicerón, *Discursos III*. Biblioteca clásica Gredos. Madrid (1991), p.146 y n.54.

¹³³ *Cicerone giuriconsulto I*. Bologna (1927), pp.183 y ss.

¹³⁴ Como, por ejemplo: *De orat. I, 58, 249*: "Num igitur si cui fundus inspiciendus aut si mandandum aliquid procuratori de agri cultura aut imperandum vilico sit, Magonis Carthaginiensis sunt libri perdiscendi...?"

Al primero, se le suele citar como *procurator omnium rerum*¹³⁵, *rerum suarum*¹³⁶, *totorum*¹³⁷, *omnium bonorum*¹³⁸, o llamándolo sólo *procurator*¹³⁹, mientras que al segundo se le llama *procurator unius rei*.

Este último, el *procurator* que se ocupa de la gestión de un asunto concreto, pronto pasa a ser utilizado en el ámbito procesal, recibiendo el nombre de *procurator ad litem*¹⁴⁰, si bien existen textos en los cuales aparece la palabra *procurator*, sin ningún calificativo más, y sin embargo queda claro que se está haciendo referencia al *procurator ad litem*¹⁴¹.

¹³⁵ D. 2,14,12 (*Ulp.4 ad ed.*); D. 3,3,47 (*Iulian.4 ad Urs. Ferozem*); D. 3,6,7 (*Paul. 10 ad ed.*); D.46,3,87 (*Cels. 2<7> dig.*).

¹³⁶ D. 12,6,6, pr. (*Paul. 3 ad Sab.*).

¹³⁷ D. 3,3,63 (*Mod. 6 diff.*).

¹³⁸ D. 20,6,7,1 (*Gai. ad form. hypothec.*); D. 46,2,20,1 (*Paul. 72 ad ed.*).

¹³⁹ FRESE, *Prok. und Neg...*cit., p. 334 y ss.

¹⁴⁰ Sobre la discusión en torno a su clasicidad puede verse: ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...*cit., p.13, quien se manifiesta a favor de la clasicidad de tal figura y cita también en el mismo sentido a SOLAZZI, en *Atti Accad. ac. mor. e polit.* Napoli, 58 (1937), p.19 y ss., a los que se puede añadir WULF-DIETER GEHRICH, *Kognitur und Prokurator in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts.* Göttingen (1963), quien cita a : RABEL, *Recensión a Albertario, Procurator unius rei. Studi nelle scienze giur. e soc.*, Padova 6 (1921), en SZ 46 (1925), p.472; SOLAZZI, en *Atti Acc. Nap.* 62, p.162 y ss, y SCHULZ, *Classical...*cit., p.439; y el mismo ARANGIO-RUIZ continúa y cita a una serie de autores que, por el contrario, se manifiestan a favor del origen post-clásico del *procurator ad litem*: ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, en *Studi di Diritto Romano III.* Milano (1941), p.495 y ss., FRESE, *Prok und Neg...*cit.,1, p. 325 y ss.; PUGLIESE, *Il processo formulare I.* Genova (1948), p.322 y ss, también podemos citar la postura de BOSSOWSKI, *Die Abgrenzung des Mandatum und der negotiorum gestio im klassischen und justinianischen Recht.* We Lwowie (1937), pp.138 y 139, quien afirma que la figura del *procurator unius rei*, y, por tanto, la del *procurator ad litem*, ya era utilizada por los juristas de los últimos años de la etapa clásica.

¹³⁹ *Gai. 4, 55, 84, 98-101 y 182.* Sobre la discusión en torno a la clasicidad del *procurator unius rei*, con especial referencia al llamado *procurator ad litem*, puede verse: ANGELINI, *Il procurator.* Milano (1971), p.167 y ss.; ARANGIO-RUIZ en *Il mandato in...* cit., p.12 y ss.; MORELLI, *Die Geschäftsführung im klassischen römischen Recht.* Leipzig (1935), p.22 y ss.

También aparece una definición de *procurator* en :

D.3,3,1, pr. (Ulp. 9 ad ed.)

“Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat.”

Según el contenido de dicho texto, es *procurator* aquél que en cumplimiento de un contrato de mandato gestiona los negocios del *dominus*.

Si se admite la genuinidad de dicho texto, habría que concluir que en época clásica las figuras de procura y mandato están tan interrelacionadas que puede hablarse de la existencia de un procurador-no mandatario y un procurador-mandatario.

Sin embargo, la genuinidad de dicho texto ha sido criticada por gran parte de la doctrina¹⁴², aunque existen autores como Angelini¹⁴³, quien aún admitiendo que es justa la crítica según la cual en época clásica procura y mandato eran conceptos distintos, ello no ha de llevar necesariamente a concluir la no genuinidad de toda referencia al mandato en materia de procura.

En relación con el presente trabajo, resulta especialmente interesante el estudio sobre cuál es la acción que procede utilizar en materia de procura.

¹⁴² ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, en *Studi di Diritto Romano III*. Milano (1941), p.501 ss.; SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, en *Scritti II*. Napoli (1957), p.557 y ss.; SERRAO, *Il proc...* cit., p.12 y ss.; MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*. Milano (1966), p. 398; LE BRAS, *L'évolution générale du procureur en dr. privé rom.* París (1922), p.82 y ss; .

¹⁴³ *Il proc...* cit. p.50.

Para Arangio-Ruiz¹⁴⁴, no existe ninguna duda al afirmar que tal acción es la *actio negotiorum gestorum*¹⁴⁵. Para fundamentar dicha afirmación, cita textos literarios y jurídicos. Entre los primeros cita:

Cic. Top.,10,42:

“Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cuius mandavis, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator,”

Cic. Top.,17,66:

“Illi (iuris consulti) dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cuius ea negotia fuissent, quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.”

Arangio-Ruiz, señala que del contenido de dichos textos sólo puede concluirse que la acción a la que se refiere Cicerón es la *actio negotiorum gestorum*.

De entre los textos jurídicos, es especialmente relevante:

¹⁴⁴ *Il mandato in...* cit. p.19 y ss.

¹⁴⁵ Sobre la posibilidad de que junto a la *actio negotiorum gestorum* existieran una *actio negotiorum absentis defensorum* y una *actio negotiorum curatorum*, puede verse: BOSSOWSKI, *Ancora sulla Negotiorum Gestio*, en BIDR 37(1929), p.131 y ss.

D.17,2,38, pr. (Paul. 6 ad Sab.)

Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).”

En dicho texto se clasifican los *iudicia bonae fidei* en generales y especiales, incluyendo entre los primeros aquellos en los que se utiliza la *actio negotiorum gestorum* y entre los segundos aquellos en los que se utiliza la *actio mandati*.

Peters¹⁴⁶ cita la opinión de Siber, quien expresa sus dudas sobre la autenticidad de dicha división y niega con rotundidad que tal división se deba a Sabino, debido a que si Casio no conoció una fórmula *in ius ex fide bona* para el comodato, entonces tampoco pudo Sabino colocar la *actio commodati* entre las acciones de buena fe.

Sin embargo Peters señala que en el texto no se dice de forma clara que la división entre *iudicia generalia* y *specialia* sea una división exclusiva de las acciones de buena fe, por el contrario, piensa que dicha división es aplicable a todas las acciones y que aquí en concreto se refiere sólo a las acciones de buena fe y que quizá sólo las dos enumeraciones de ejemplos sea lo que debemos a la intervención de los bizantinos.

¹⁴⁶ *Generelle und spezielle Aktionen*, en SZ 32 (1911), p.184 y 185.

Frente a aquellos que afirman se trata de un texto interpolado¹⁴⁷, fundamentalmente por el sabor escolástico de la distinción que contiene, Arangio-Ruiz mantiene la genuinidad del mismo: "Si aggiunga che, come vedremo (infra, &15), una inclusione dell'a. *negotiorum gestorum* fra le azioni generali e dell'a. *mandati* fra le speciali non può assolutamente essere attribuita ai compilatori giustinianeï, per y quali così il mandato come la gestione di affari possono essere, secondo i casi, generali o speciali, consistendo la differenza fra y due istituti esclusivamente in ciò che il mandatario agisce in base ad un incarico del principale e il gestore d'affari spontaneamente."¹⁴⁸

Para finalizar con la referencia a la procura y su relación con el mandato, sólo nos queda señalar cómo ambas figuras acaban siendo, como ya hemos señalado con anterioridad, dos aspectos de una misma realidad. Por una parte el mandato se convierte en el aspecto interno, la causa, como señala Arangio-Ruiz, de la procura, que es el aspecto externo. Todo ello supone que en la época clásica, *el procurator* puede utilizar tanto la *actio negotiorum gestorum* como la *actio mandati*¹⁴⁹.

¹⁴⁷ DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, en *BIDR* 19 (1907), p.37 y ss.; MORELLI, *Die Geschäfts...* cit., p.14, y ARANGIO-RUIZ cita a ROTONDI, *Scr. giur. II* p.39 y ALBERTARIO, *St. di dir. rom. IV*, p.83;

¹⁴⁸ *Il mandato in...* cit., p.25, donde cita a otros autores que como él mantienen la genuinidad del texto: LENEL, en *EP*³ (especialmente en p.41 n.3) y JÖRS-KUNKEL-WENGER, *Röm. Priv...cit.*, p. 165 n.11.

¹⁴⁹ ARANGIO-RUIZ en *Il mandato in...* cit., p.76.

En este sentido se pronuncia con gran claridad Partsch¹⁵⁰, según el cual: "Bei den klassikern steht der Satz fest, dass die actio negotiorum gestorum und die actio mandati ähnliche Anwendungsgebiete haben, und dass die actio negotiorum gestorum nur dort in Frage kommt, wo das Mandat echt oder unwirksam ist."

Nos parece interesante hacer una breve referencia a las distintas posturas que sobre la relación entre mandato y procura existen en la doctrina.

Así, en primer lugar hay que hacer referencia a la teoría formulada por Solazzi¹⁵¹, quien afirma que durante la época clásica la figura del *procurator* se constituía a través del contrato de mandato, y en consecuencia, la acción que regulaba las relaciones entre el *dominus* y el procurador, era la *actio mandati*, si bien, al mismo tiempo que hace esta afirmación, también señala que en época clásica era posible la existencia de un procurador sin mandato. En su opinión los textos han sido alterados por los compiladores justinianos para hacer aparecer el procurador con mandato el único válido en derecho clásico, de ahí la distinción que encontramos en algunos textos entre *verus* y *falsus procurator*.

¹⁵⁰ *Studien zur Negotiorum Gestio I*. Heidelberg (1913), p.14, donde en la nota 5 cita dos textos que fundamentan dicha afirmación: D.3,5,5,pr (*Ulpian 10 ad ed.*), D.3,5,31,1 (*Pap. 3 resp.*).

¹⁵¹ *Procuratori senza mandato*, en *Studi di Diritto Romano II*. Napoli (1957), pp569 y ss.; *Ancora procuratori senza mandato*, en ult. op. cit, pp.609 y ss.

A dicha teoría, Serrao objeta que está basada en textos que en su mayor parte son textos interpolados, mientras que, por el contrario, no repara en otros textos que se ocupan del tema y que siendo genuinos afirman que la acción propia para regular estas relaciones es la *actio negotiorum gestorum*¹⁵².

Frese, por su parte, mantiene la postura contraria a la ya citada de Solazzi, y así entiende que la acción que regula las relaciones entre el *dominus* y el *procurator* es la *actio negotiorum gestorum*, y sostiene también que la *negotiorum gestio* clásica y la procura eran lo mismo¹⁵³.

Serrao llama la atención sobre el hecho de que Frese, a pesar de mantener dicha teoría, no sospecha de la genuinidad de textos en los que se hace referencia al mandato al hablar de la procura¹⁵⁴. La justificación que da a tal circunstancia, es que en estos textos el término *mandatum* es utilizado en un sentido no técnico, y afirma que, para los juristas clásicos, las expresiones *mandatum*, *mandare* tenían dos sentidos bien diferentes, así, en un sentido técnico, dichas expresiones se utilizaban para designar el contrato consensual de mandato, y en un sentido no técnico, se utilizaban para hacer referencia al nombramiento, más bien a la investidura, de una persona como *procurator* con

¹⁵² *Il proc...cit.*, p.109.

¹⁵³ *Prokurator und negotiourm gestio im Römischen Recht*, en *Mélanges Cornil*, pp. 327-385; *Studi in onore di P. Bonfante IV*, pp. 397 y ss, y también en *Studi Riccobono, IV*, pp. 396-449.

¹⁵⁴ *Il proc...cit.*, p.109, donde SERRAO cita como ejemplo típico D. 3,3,1,pr. (*Ulp.9 ad ed.*) donde aparece la expresión *mandatu domini*.

plenos poderes, es lo que la doctrina germana llama en el primer caso "Auftrag", y en el segundo "Vollmacht".

Es decir, Frese no duda de la genuinidad de dichos textos sólo porque junto a la procura se haga referencia al mandato, ya que entiende que en estos casos las expresiones *mandatum* y *mandare* no se están utilizando en su sentido técnico, sino que, por el contrario, con ellas se hace referencia simplemente al nombramiento de alguien como procurador, o más bien a que se le otorguen los poderes para actuar como tal.

Serrao no está de acuerdo con esta interpretación hecha por Frese, y hace referencia a la existencia de dos interpretaciones distintas del sentido etimológico de *mandatum* y *mandare*.

En primer lugar cita la interpretación que se contiene en :

*Isidoro 5,24,20*¹⁵⁵

*Mandatum dictum, quod olim in commisso negotio alter
alteri manum dabat*

Según dicho texto, el término *mandatum* derivaría del hecho de que, en origen, las partes, al concluir el contrato de mandato se daban la mano el uno al otro, de manera que este hecho pondría de manifiesto la confianza que es

¹⁵⁵ Bruns, Fontes 2,84.

elemento típico de este contrato, confianza que, como ya hemos visto, está basada en la *amicitia* que une a las partes.

En segundo lugar, existe otra interpretación según la cual el término *mandare* derivaría de *manui dare* o *in manum dare*.

Serrao se inclina por la primera interpretación, pero admite que se acepte tanto la una como la otra, pues lo que ambas ponen de manifiesto es que en las fuentes casi siempre que encontramos el sustantivo *mandatum* o el verbo *mandare*, se hace referencia a la existencia de un contrato de mandato¹⁵⁶, es decir, los juristas romanos de la época clásica cuando utilizaban dichos términos siempre lo hacían para hacer referencia a un contrato de mandato, lo que los germanos designan con el término "Auftrag".

Un cambio en este tema supone la teoría de Albertario¹⁵⁷, quien afirma que los términos *mandatum*, *mandare* eran utilizados por los juristas sólo para indicar el mandato en sentido técnico (Auftrag), y que en derecho clásico el mandato era completamente distinto de la procura y la acción que regulaba las relaciones entre *dominus* y *procurator* era la *actio negotiorum gestorum*.

¹⁵⁶ *Il proc...cit.*, p.110, donde SERRAO señala que en este sentido es determinante Gai. 3,155: *sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur...*

¹⁵⁷ *Proc. un...cit.*, p.497 y ss.

Y es esta teoría de Albertario la que sigue el propio Serrao, quien además enumera una serie de argumentos que fundamentan la teoría de la completa separación de mandato y procura en época clásica¹⁵⁸ :

- el primer argumento es la consensualidad típica del contrato de mandato, y que pone de manifiesto la existencia de un acuerdo entre las partes, cosa que no era necesaria para la constitución de la procura, puesto que el *procurator* podía serlo porque era un *praepositus* del *dominus* o porque gestiona espontáneamente los asuntos de un tercero, supuestos ambos que en ningún caso pueden identificarse con el mandato.

- el segundo argumento, es el hecho de que el mandato era el encargo de una gestión concreta e independiente, mientras que la procura consiste en el encargo de la gestión de un patrimonio completo, lo cual a su vez implica la utilización de la *actio negotiorum gestorum*.

- el tercer argumento, es el hecho de que el mandato es esencialmente gratuito¹⁵⁹, mientras que al hablar del *procurator* se habla de un *salarium procuratori constitutum*¹⁶⁰.

- y, por último, el cuarto argumento, es un texto de Cicerón, donde se afirma tajantemente la completa separación entre ambas figuras, tal y como señala también Costa:¹⁶¹

¹⁵⁸ *Il proc...*cit., p. 112 y ss.

¹⁵⁹ Gai. 3,162; I. 3,26,13; D.17,1,1,4 (*Paul. 32 ed.*).

¹⁶⁰ D.17,1,7 (*Paul. 3 resp.*); D.17,1,56,3 (*Pap. 3 resp.=D. 50,17,81*); C.4,35,1; C.4,35,17.

Cic. Topica 10,42

*Si tutor fidem praestare debet, si socius, si qui mandaris,
si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.*

Pero, ante todo, a Serrao le parece determinante el estudio de los textos que a dicho tema se refieren, así él los divide en tres grupos:

- uno primero en el que se incluyen aquellos textos en los que se dice que la acción que regula las relaciones entre el *dominus* y el *procurator* es la *actio negotiorum gestorum*¹⁶²
- un segundo grupo en el que se incluyen los textos en los que se concede alternativamente o la *actio negotiorum gestorum* o la *actio mandati*¹⁶³, y que, según Serrao, son el resultado de la manipulación justiniana, de modo que en origen se trataba de textos que, o bien hablaban sólo de *actio negotiorum gestorum*, o bien no hacían referencia a la procura,
- un último grupo con textos en los que se habla de *procurator* nombrado a través de un contrato de mandato, o se afirma explícitamente que la *actio mandati* es la acción que regula las relaciones entre *dominus* y *procurator*¹⁶⁴

¹⁶¹ *Cic. Giur...cit.*, p.183.

¹⁶² D. 27,3,3 (*Pomp. 5 ad Sab.*); Vat. Fr. 328 Papinianus II responsorum; D. 49,14,18,8 (*Marcianus libro singulari de delatoribus*); D. 17,1,50 pr. (*Celsus 38 dig.*); D. 34,3,8,6 (*Pomp. 6 ad Sab.*); Vat. Fr. 131 y 132 Ulp. 1. *De excusationibus*.

¹⁶³ D. 15,3,17 pr. (*Afr. 8 quaest.*); D. 21,1,51,1 (*Afr. 8 quaest.*); D. 3,3,31, pr. (*Ulp. 9 ad ed.*).

¹⁶⁴ D.15,3,3,2 (*Ulp. 29 ad ed.*); D.17,1,6,1 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.2,13,9, pr. (*Paulus 3 ad ed.*); D.17,1,6,6 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.17,1,34,pr. (*Afr. 8 quaest.*); D.41,2,49,2 (*Pap. 2 ed.*); D.17,1,55 (*Pap. 1 resp.*); D.47,10,17,16 (*Ulp. 57 ad ed.*); D.46,3,12 (*Ulp. 13 ad Sab. Pr.*); D.46,7,3,1-2 (*Ulp. 77 ad ed.*); D.21,1,25, pr.-3 (*Ulp. Ad ed. Cur.*); D.17,1,12,7 (*Ulp. 31 ad ed.*);

Serrao afirma que sólo los textos del primer grupo contienen la norma clásica según la cual la acción pertinente es la *actio negotiorum gestorum*.

Sin embargo, la doctrina no es unánime en la aceptación de la teoría de la completa independencia en derecho clásico entre mandato y procura enunciada; así, por ejemplo, no la aceptan totalmente Arangio-Ruiz¹⁶⁵ y Watson¹⁶⁶.

Para el primero, existen textos en los cuales se utiliza junto a la palabra *procurator* el verbo *mandare*, y alega además que la genuinidad de dichos textos sólo puede ser atacada por aquellos que, como Frese, parten de la idea prefijada de que la procura y el mandato no pueden haber estado relacionadas, puesto que son realidades contrapuestas¹⁶⁷.

D.4,4,25,1 (Gai. 4 ad ed. prov.); D.17,1,10,10 (Ulp. 31 ad ed.); D.47,2,62,5 (Afr. 8 quaest.); D.17,1,56,4 (Pap. 3 resp.); D.46,8,3, pr. (Pap. 12 resp.); D.17,1,8,3 (Ulp. 31 ad ed.); D.36,4,3,2 (Ulp. 52 ad ed.); D.2,13,6,5 (Ulp. 4 ad ed.); D.46,8,22,3 (Iul. 56 dig.); D.3,3,63 (Mod. 6 diff.); D.17,1,10,3 (Ulp. 31 ad ed.); D.34,3,23 (Pap. 7 resp.); D.40,12,17 (Paul. 51 ad ed.); C.2,12,1 Divus Pius Severo (a.150); C.4,35,11 Imp. Diocletianus et Maximianus (a.293); Vat. Fr. 333(5); Vat. Fr. 133 Ulp. De Excusationibus; Pauli Sententiae I,31; D.3,3,46,7 (Gai. 3 ad ed.); D. 3,3,47 (Iul. 4 ad Urs.Feroc.); D. 3,3,48 (Gai. 3 ad ed. prov.); D. 41,4,2,9 (Paul. 54 ad ed.); D.3,3,46,4-5 (Gai. 3 ad ed. prov.);D.17,1,60,2 (Scaev. 1 resp.); D.17,1,31 (Iul. 14 dig.); C.8,42,18 Diocletianus et Maximianus (a.294); C.4,35,1 Imp. Severus et Antoninus; Gai. 4,84; D.12,2,17,3 (Paul. 18 ad ed.); D.3,3,40,pr. (Ulp. 9 ad ed.); C.2,12,16 Diocletianus (a.293); D.17,2,65,7 (Paul. 32 ad ed.); D.46,4,3 (Paul. 4 ad Sab.); D.4,4,26,pr. (Paul. 11 ad ed.); D.41,2,42,1 (Ulp. 4 reg.); D.19,1,13,25 (Ulp. 32 ad ed.); D.3,3,68 (Pap. 3 resp.); D.6,2,14 (Ulp. 16 ad ed.); D.3,3,42,2 (Paul. 8 ad ed.);D.17,1,8,pr.-1 (Ulp. 31 ad ed.); D.44,2,11,7 (Ulp. 75 ad ed.); C.2,12,10 Antoninus (a.227).

¹⁶⁵ *Il mandato in...* cit., p.58 y ss.

¹⁶⁶ *Contract of...* cit., p.36-60.

¹⁶⁷ Algunos de estos textos cuya genuinidad ha sido atacada por FRESE y por quienes admiten su teoría son: D. 3,3,1,pr. (Ulp. 9 ad ed.); D. 47,10,17,16 (Ulp. 57 ad ed.); D.3,3,42,2 (Paul. 8 ad ed.); D.17,1,10,pr.-3 (Ulp. 31 ad ed.); D. 17,1,55 (Papin. 1 resp.) y por último C.4,35,9 (a.290?)

Tanto Arangio-Ruiz como Watson coinciden con Frese en cuanto que admiten que, en origen, procura y mandato son dos figuras distintas y el procurador respondía con la *actio negotiorum gestorum*, pero para los primeros, procura y mandato llegan a confundirse hasta que en el siglo II d.C. el procurador queda activa y pasivamente legitimado con la *actio mandati*.

A favor de la tesis de Arangio-Ruiz y Watson se muestra Angelini¹⁶⁸, quien afirma que ya en época de Labeón era generalmente admitida la legitimación del procurador para utilizar la *actio mandati*, tal y como se desprende de lo dicho por Ulpiano en dos textos:

D.17,1,10,8 (Ulp. 31 ad ed.)

*“Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus. et Labeo scribit restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret, quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati.”*¹⁶⁹

¹⁶⁸ *Il proc...cit.*, p.100 y ss.

¹⁶⁹ La frase *etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret* ha sido criticada por BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, en *BIDR* 27(1914), p.189 n 3, por considerarla una repetición innecesaria, a lo cual alega ANGELINI, en *Il proc... cit.*, p.101, que dicha repetición tiene su justificación en el hecho de que Ulpiano está transcribiendo las palabras de Labeón. También duda de la genuinidad del texto BESELER, quien en *Miscellanea critica I*, en *SZ* 43(1922), p.542 considera toda la última frase, desde *etiamsi* hasta el final una interpolación, y se muestra conforme con esta apreciación SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars*, en *SZ* 59(1939), p.492 n.1, si bien este último alega que el procurator podría actuar a propio riesgo, siempre que se le permita “eine gewisse Handlungsfreiheit”.

D.17,1,10,10 (Ulp. 31 ad ed.)

“Idem ait, si quid procurator citra mandatum in voluntatem fecit, permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat, nisi rationem sumptus istius dominus admittit.”¹⁷⁰

En el primer texto, el supuesto es el de un mandante que encarga a su procurador que dé una cantidad del primero a Ticio y sin intereses, y el mandatario da el dinero pero con intereses. La cuestión es si este último está obligado a restituir la cantidad más los intereses. En el texto se cita la opinión de Labeón, quien afirma que sí debe restituir los intereses y añade que si el mandato se hubiese hecho a propio riesgo, en ese caso la acción de mandato cesaría respecto a los intereses.

En el segundo texto, lo que ocurre es que el procurador hace algo que está fuera del mandato, y se dice que se le ha de permitir que retire aquello que puede llevarse sin perjudicar al mandante, y a no ser que el mandante acepte el importe de este gasto.

Por su parte, Arangio-Ruiz y Watson opinan que la utilización del *iudicium mandati* en las relaciones entre *dominus* y *procurator* son fruto de una evolución histórica.

¹⁷⁰ SERRAO, en *II proc...*cit. p.134, critica la genuinidad del texto alegando que Ulpiano en el libro 31 *ad edictum* se ocupaba del mandato y cualquier referencia al procurator en dicha sede ha de interpretarse como una interpolación.

Por el contrario, Angelini rechaza esta tesis, puesto que él piensa que el *procurator* no puede ser contrapuesto al mandatario, ya que no es una categoría jurídica, sino una realidad socio-económica¹⁷¹.

Sobre la admisibilidad de la existencia en época clásica de la posibilidad de utilizar un mandato general, existen en la doctrina distintas posturas.

Así, existiría una primera postura representada por Bonfante¹⁷², quien admitía la posibilidad de que dicha figura fuese conocida por la jurisprudencia romana clásica. Cuando Albertario y Frese enuncian su tesis de la contraposición en época clásica de la procura (*Vollmacht*) y el mandato (*Auftrag*), se contempla el mandato general como una creación justiniana.

Mientras que para los autores que no aceptan la citada tesis de Albertario y Frese como son Solazzi¹⁷³, Arangio-Ruiz¹⁷⁴ y Watson¹⁷⁵, sino que, por el contrario, abogan por la progresiva asimilación de procura y mandato en un mismo ámbito, el mandato general habría sido aceptado por los juristas clásicos en el s.II d. C.

¹⁷¹ *Il proc...*cit. p.103.

¹⁷² *Scritti III*, p.260.

¹⁷³ *La definizione del procuratore*, en *Scritti di Diritto Romano II*. Napoli (1957),pp.557 y ss.

¹⁷⁴ *Il mandato in...*cit., pp.57 y ss.

¹⁷⁵ *Contract of...*cit., pp.37 y ss.

Sin embargo, mientras Arangio-Ruiz y Watson ven en la admisibilidad del mandato general la culminación de una evolución histórica¹⁷⁶, Angelini, deduce del estudio de los textos que atestiguan la existencia del mandato general ya en época clásica¹⁷⁷ más que una transformación, una “continuità della disciplina giuridica; a ritenere il mandato generale un fenomeno possibile fin da quando il mandato è stato azionabile nella società romana”¹⁷⁸.

Según Angelini, el fundamento jurídico para llegar a tal conclusión se encuentra en un texto de Ulpiano donde transcribe la opinión de Labeón:

D.17,1,10,9 (Ulp. 31 ad ed.)

“Idem Labeo ait et verum est reputationes quoque hoc iudicium admittere et, sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet: sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumptum fecit, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere, nisi si salarius fuit et hoc convenit, ut sumptus de suo faceret ad haec itinera, hoc est de salario.”

¹⁷⁶ Como señala WATSON en *Contract of...cit.*, p.60, es consecuencia de una tendencia “to give very wide mandates resembling *procuratio*, and in the case of *procuratio* to use language more appropriate to the constitution of *mandatum*”.

¹⁷⁷ A estos textos se refiere ANGELINI en *Il proc...cit.*, p.104 y ss. y son: Gai. 3,155; D.17,1,2,1 (*Gai 2 cott*); D.3,3,46,7 (*Gai 3 ad ed. prov.*); D.17,1,60,2 (*Scaev. 1 resp.*); D.17,1,31 (*Iul. 14 dig.*).

¹⁷⁸ *Il proc...cit.* p.191.

En este texto, se cita la opinión de Labeón, quien dice, y corrobora Ulpiano, que la acción de mandato incluye la rendición de cuentas, y que al igual que el procurador está obligado a devolver los frutos, también debe deducir los gastos que hizo al percibir los frutos y los gastos de transporte salvo que fuese asalariado y se hubiera precisado que dichos gastos debían correr de su cuenta, a costa del salario.

Para Angelini, no hay duda, el texto contiene en la primera parte, hasta *deducere eum oportet*, la opinión de Labeón, y en la segunda la del propio Ulpiano, y en ambos casos se hace referencia a un mandato general a un *procurator* : “Se pur Ulpiano è più esplicito, Labeone non è meno chiaro: i *fructus* che il procuratore deve restituire ed il *sumptum* che deve dedurre non riguardano un solo negozio, ma attengono, così come sono descritti, ad un’amministrazione prolungata nel tempo, relativa ad una gestione fondiaria, quale può appunto essere affidata ad un procuratore”¹⁷⁹.

¹⁷⁹ *Il proc...cit.*, pp.110 y 111.

I.2.2- CONCEPTO Y CARACTERES

El mandato es un contrato consensual por el que una persona, el mandatario, se obliga frente a otra, el mandante, a realizar algo en interés del mandante o de un tercero, sin percibir pago alguno a cambio.

De la propia definición puede extraerse como un primer elemento característico de este contrato la consensualidad. Es elemento esencial del contrato de mandato que tanto mandante como mandatario manifiesten su voluntad de llevarlo a cabo, tal y como aparece claramente expresado en:

Gai 3, 135

“Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.”

De esta afirmación puede desprenderse que no van a constuir mandato ni la recomendación, ni el consejo, circunstancia esta a la que se refieren:

D.17,1,12,12. (Ulp. 31 ad ed.)

“Cum quidam talem epistulam scripsisset amico suo: ‘rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum’, non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis, quam mandandi causa scripta est.”

En cuanto a la manifestación de la voluntad, no existe ningún requisito de forma¹⁸⁰, tal y como aparece en:

Gai.3,136

"Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consesisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit."

No se exige la utilización de ninguna expresión concreta,

D.17,1,1,2 (Paul. 32 ad ed.)

"Item sive 'rogo' sive 'volo' sive 'mando' sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est."

e incluso se admite la validez del mandato tácito¹⁸¹, supuesto al que se refiere:

¹⁸⁰ Otros textos en el mismo sentido: D.17,1,1,1 (*Paul. 32 ad ed.*), D.17,1,27,pr. (*Gai. <10> ed. prov.*).

¹⁸¹ Sobre dicho tema también puede verse: D.17,1,53 (*Pap. 9 quaest.*), D.17,1,6,2 (*Ulp. 31 ad ed.*), C.4,35,6 .

D.17,1,18 (Ulp. 40 Sab.)

“Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intellegitur.”

Continuando con el tema de la consensualidad como elemento característico del contrato de mandato, existe un autor, Walker¹⁸², que se muestra contrario a admitir tal carácter en nuestro contrato. Para dicho autor, existen dos notas que apartan el contrato de mandato de los contratos consensuales. Estas dos notas son la gratuidad, que es otro de los caracteres típicos del contrato de mandato, y a él nos referiremos seguidamente, y el hecho de que, según él, el simple consentimiento no origina la obligación de mandato.

Por el contrario Watson señala que el carácter gratuito del mandato no afecta directamente a la consensualidad del mismo, pero añade que puede hacerlo indirectamente por la circunstancia de que esta gratuidad va a permitir la rescisión del contrato en cualquier momento.

Como ya hemos adelantado antes, también constituye elemento esencial del contrato de mandato la gratuidad, tal y como se expresa en:

D.17,1,36,1.i.f (lav, 7 ex Cass.)

“..., cum mandatum gratuitum esse debet.”

¹⁸² *Selected Titles from the Digest. Part. I. Mandati vel contra. D.XVII.* Cambridge (1879), pp. 1-2.

En cuanto a la justificación de tal característica, basta con acudir al propio Cicerón quien en *pro Roscio Amerino* 38-9, pone de manifiesto que se trata de una institución de aplicación entre romanos iguales con una especial relación de amistad, y cuyo fundamento es la *fides*, y lo mismo nos dice el jurista Paulo en¹⁸³:

D.17,1,1,4. (Paul. 32 ad ed.)

“Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.”

En dicho texto se afirma tajantemente que el mandato si no es gratuito es nulo, y ello es consecuencia de que su origen está en la *amicitia*, lo cual es totalmente incompatible con el salario ya que de mediar una cantidad, más que ante un mandato estaríamos ante un arrendamiento.

Sobre este texto es interesante citar aquí la observación que hace Michel¹⁸⁴, quien piensa que este enunciado tan tajante obedece a la intención

¹⁸³ A este respecto, ARANGIO-RUIZ en *Il mandato in...cit.*, p. 47 señala: "..., il mandato fu inteso, nell'applicazione fra romani, come la forma giuridica delle mutue prestazioni di servizi che erano dettate dall'amicizia per quella parte che non era tale da rimanere nella cerchia meramente sociale dell'*officium*".

¹⁸⁴ *Gratuité en droit romain*. Université Libre de Bruxelles (1962), pp. 185 y 186.

de Paulo de actuar contra el error, comunmente admitido en su época, de que el mandatario cobre por la ejecución del mandato.

Siguiendo con su razonamiento, Michel piensa que el texto pueda estar interpolado, fundamentalmente por la incoherencia de la contundencia de la frase inicial, *nullum est*, y la prudencia de la frase final, *res...potius respicit*, y que, en origen, el tenor literal del mismo sería: *mandatum nisi gratuitum nullum est. nam originem ex officio atque amicitia trahit*; mientras que el resto del texto, tal y como lo conocemos ahora, sería una interpolación cuya finalidad sería la de poner de relieve la contradicción entre la costumbre de pagar al mandatario y el espíritu de la figura del mandato. No hay que olvidar que el fundamento del mandato está en la especial relación de amistad, *amicitia*, que existe entre mandante y mandatario. Para Nörr, uno de los aspectos de la estructura de la amistad en la antigüedad viene precisamente manifestado por el verbo *mandare*¹⁸⁵, señalando además, cómo la institucionalización, desde el punto de vista jurídico, de la *amicitia* llevó a un relajamiento de la conexión entre *mandatum* y *amicitia*.

Continúa señalando el mismo autor cómo la *amicitia* se refiere tanto a las relaciones entre individuos de un mismo nivel social como a las que se establecen, según sus propias palabras, en dirección vertical, con individuos de rango social inferior.

¹⁸⁵ *Mandatum, fides, amicitia*, en *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*. Springer-Verlag, (1993); donde en p.21, explica cuál era el significado de la palabra *mandare*: "Das Wortfeld bewegt sich zwischen den Extremen von Bitte und Befehl."

Siempre hay que tener en cuenta la estrecha relación que existe entre *amicitia* y *officium*, y también entre éstas y *mandatum*, así pues, el mandato tiene como fundamento o como presupuesto la amistad entre mandante y mandatario, y a su vez ésta supone que quien acepta cumplir un mandato, está asumiendo un *officium*, la obligación de llevar a cabo un encargo¹⁸⁶.

Por lo tanto, nos encontramos con que en todo mandato ha de existir un presupuesto básico, que no es otro que la confianza entre mandante y mandatario. Dicha confianza deriva de una especial relación que existe entre ambos, la *amicitia*, la cual supone la existencia de un especial vínculo que implica que la formulación de un encargo por parte del mandante, haga que el mandatario sienta que tiene la obligación de cumplir con tal encargo, y además, hacerlo sin esperar remuneración alguna a cambio, ello no impide que el mandante, con base en un *honor remunerandi gratia*, se comprometa a dar algo al mandatario, el problema surge cuando el mandatario tiene que exigir el pago de la remuneración prometida. Así, a tal supuesto se refiere:

D.17,1,6,pr. (Ulp. 31 ad ed.)

“Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.”

¹⁸⁶ En este sentido, NÖRR, *mandatum, fides*,...cit., p.31: “Wer ein mandatum übernimmt, übernimmt ein freundschaftliches *officium*. . Wer es verletzt, verletzt die heiligsten Güter, Freundschaft und Vertrauen (*amicitiam et fidem*).”

Sobre este texto, Arangio-Ruiz¹⁸⁷ no cree que Ulpiano se desmarcara en este punto de la línea trazada por su maestro Papiniano, permitiendo exigir esta especie de gratificación a través del ejercicio de la *actio mandati*.

Lo más probable, según este autor, es que este texto sea el resultado de la intervención de un autor postclásico o un compilador, en un época en la que ha desaparecido la oposición entre *ordo iudiciorum* y la *extraordinaria cognitio*.

Sin embargo, Watson¹⁸⁸ no está de acuerdo con esta interpretación y piensa que el texto no ha sufrido alteración alguna. Para este autor el texto se refiere a un supuesto en el que existe un contrato de mandato entre A y B sin que se haya prometido remuneración alguna por llevar a cabo el encargo. A pesar de ello, más tarde, y por propia voluntad, el mandante hace un pago al mandatario, *ex gratia*, pago que estaba directamente referido al mandato. Al parecer, surge una disputa entre las partes sobre este pago y se concluye que la aparición de este pago, que no ha sido previsto, no impide que el contrato sea un mandato, por lo que no existe ningún problema para que se ejercite la *actio mandati*.

Este tema tiene gran importancia en relación con el mandato hecho a un procurador, incluso hay quien, como Michel¹⁸⁹, ve en esta figura el origen de la

¹⁸⁷ *Il mandato in...cit.*, p.117.

¹⁸⁸ *Contract of...cit.*, p.105.

¹⁸⁹ *Gratuité en...cit.*, p.191.

reclamación de los honorarios a través del procedimiento cognitorio: “Il est probable que le recours extraordinaire pour le recouvrement des honoraires s’est introduit d’abord en faveur du procurator (*omnium rerum*).”

El *procurator* es una especie de empleado del principal y por el tipo de trabajos que se le suelen encargar lo normal es que, a cambio, reciba algo en recompensa, pero sin que ello pueda considerarse como un pago por los servicios prestados, aunque, con el tiempo, cuando ya se regulariza la práctica de conceder esta remuneración en dinero y de forma periódica, recibe el nombre de *salarium*¹⁹⁰, sin que la presencia de éste transforme la relación entre mandante y mandatario en un arrendamiento.

En cuanto a la reclamación de la remuneración prometida por el mandante al mandatario, parece probable que ésta se hiciera acudiendo al procedimiento cognitorio, tal y como se expresa en :

C.4,35,1¹⁹¹ (sin fecha)

*“Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia,
quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam*

¹⁹⁰ Sobre la utilización del término *salarium*, nos parece muy acertada la observación que al respecto hace DUMONT, *La gratuité du mandat en droit romain*, en *Studi ARANGIO-RUIZ II.Napoli* (1952), p.314, quien señala: “..., mais le *procurator* sans mandat, alors qu’il était un *affranchi*, devait recevoir du patron, soit des aliments, soit les sommes nécessaires pour s’en procurer. C’est la fourniture des aliments au moyen d’un paiement qui constitue véritablement le *salarium*,...”

¹⁹¹ El párrafo que aquí nos interesa no es sospechoso de ser una interpolación, ya que las propuestas presentadas por SIBER en *Beiträge zur Interpolationsforschung*, en *SZ* 45 (1925), pp.170-1 y *Jahrbuch für die Dogmatik der bürgerlichen Rechts*. 37 (1940), p.186, se refieren a otras partes del texto.

*erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes
experiri: de salario, quod promisit a praeside provinciae
cognitio praebebitur.”*

En relación con este texto, Bürgue¹⁹², señala, en nuestra opinión con gran acierto, que en su contenido no puede verse una contradicción ni una excepción al principio de gratuidad del mandato, puesto que la reclamación del *salarium* se engloba aquí en el ámbito de la gestión de negocios: “ Wenn daher die Kaiserliche Kanzlei von einem klagbaren *salarium* sprach, war es jedermann klar, dass es sich um eine Funktion innerhalb der Verwaltung drehte.”

Dumont¹⁹³, se expresa también en el mismo sentido al señalar que existen dos casos en los que estaría permitido el recurso al procedimiento cognitorio para reclamar la remuneración prometida.

En primer lugar, puede acudir a tal vía cuando un *salarium* fue prometido a un procurador mandatario judicial:

D.17,1,7(Pap.3 resp.)

*“Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti
coeperit, considerandum erit, laborem dominus
remunerare voluerit atque ideo fidem adhiberi placitis
oporteat an eventum litium maioris pecuniae praemio
contra bonos mores procurator redemerit.”*

¹⁹² *Salarium und ähnliche Leistungsentgelte beim mandatum*, en *Mandatum und Verwandtes...cit.*, p.323 y 324.

¹⁹³ *La gratuité du...cit.*, p.307 y ss.

Este es un texto que puede sernos muy útil para el estudio que estamos realizando, puesto que la mayoría de la doctrina coincide en afirmar que no está alterado por los compiladores.

Únicamente Beseler¹⁹⁴ señala que el texto es oscuro, si bien Arangio-Ruiz explica que la dificultad del texto no ha de implicar necesariamente que haya sido alterado, y menos en un texto de un jurista tan complicado como Papiniano, no obstante admitiría la existencia de una huella postclásica en la expresión *atque ideo fidem adhiberi*, sin que esta cuestión pueda afectar en ningún modo al contenido del texto en el sentido que nos interesa.

El segundo caso en el que, según Dumont, estaría permitido el recurso al procedimiento extraordinario sería aquel al que se refiere:

D.17,1,26,8(Paulus 32 ad ed.)

“Faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit, deinde vendidit eum viginti, quos mandati iudicio coactus est solvere: mox quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est: Mela ait non praestaturum id ei mandatore, nisi posteaquam emisset sine dolo malo eius hoc vitium habere coeperit servus. Sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim et mercedem et cibaria consecuturum, nisi si ut gratis doceret rogatus sit”

¹⁹⁴ Citado por ARANGIO-RUIZ en *Il mandato in...cit.*, p.116.

Este texto contiene dos supuestos que parten de una hecho común, el cual se refiere a la existencia de un mandato por el que A encarga a un artesano, B, que compre un esclavo por diez mil sextercios, le enseña el oficio y luego lo vende por veinte mil, cantidad que ha de devolver al ejercitar en su contra la *actio mandati*. Más tarde, el esclavo resulta no estar sano y el mandatario es condenado a favor del comprador. A partir de aquí, se distinguen dos supuestos:

- que el artesano instruyera al esclavo porque así lo mandara el mandante, en cuyo caso, sería lógico que el mandatario pudiera exigirle que le pague el dinero que él ha perdido por el tiempo invertido en instruir al esclavo y los gastos que le han supuesto la manutención del mismo.

- que el artesano instruyera al esclavo sin que hubiera recibido instrucciones en ese sentido por parte del mandante, en cuyo caso, el mandatario no podría recuperar los gastos ocasionados por dicha instrucción. Incluso en este caso puede entenderse esta medida como un "castigo", puesto que el plazo de ejercicio de la *actio de quanti minoris* y de la *actio redhibitoria* va a ser inferior al plazo de tiempo que el mandatario tendrá que invertir en instruir al esclavo, y, por lo tanto, esta conducta va a perjudicar los intereses del mandante.

Es claro que en casos como el anteriormente expuesto, lo normal va a ser que el mandante le prometa algo al *procurator* como recompensa por haber llevado a buen término el mandato. Sin embargo, no podemos caer en el error

de pensar que esta promesa forme parte del contrato de mandato, puesto que si así fuera, ello podría llevarnos a la conclusión de que el mandatario estaría legitimado a utilizar la *actio mandati* para exigir el pago de la remuneración prometida, lo cual a su vez nos llevaría a contradecir el principio de gratuidad del mandato.

Continuando con el examen de los caracteres propios del contrato de mandato, nos detendremos para hacer algunas consideraciones a propósito de su objeto. A este respecto, cabe citar:

Gai. 3, 162

“In summa sciendum <est, quotiens faciendum> aliquid gratis dederim, quo nomine, si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem: veluti si fulloni polienda curandave vestimenta <dederim> aut sarcinatori sarcienda.”

Según el tenor del texto, aquellas actividades que siendo susceptibles de *locatio conductio* no lo son por no mediar remuneración, constituyen el objeto del contrato de mandato.

Sobre dicho texto, hemos de señalar que tomar su contenido al pie de la letra supondría concluir que el mandato sólo sería posible en relación únicamente a los servicios que pueden ser objeto de arrendamiento, en tal

sentido se expresa Arangio-Ruiz¹⁹⁵, quien cita algunos ejemplos de estos servicios, como es, entre otros, el caso del jurisconsulto y del agrimensor, al cual se refiere:

D.11,6,1,pr.(Ulp. 24 ad ed.)

“...quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari...”

También Watson¹⁹⁶, al hablar del contenido del contrato de mandato se refiere al texto de Gayo. En este caso, contraponiéndolo a un texto de Ulpiano:

D.16,3,1,8(Ulp. 30 ad ed.)

“Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto.”

Como consecuencia de esta comparación, concluye que el principio enunciado por Gayo o es inexacto o la reconstrucción del fragmento está equivocada, ya que queda claro que no todos los supuestos en los que de

¹⁹⁵ *Il mandato in...cit.*, p.102 y 103.

¹⁹⁶ *Contract of...cit.*, p.78.

mediar remuneración serían un arrendamiento son contratos de mandato, puesto que en este texto de Ulpiano se nos presenta también la distinción entre si media o no remuneración como el elemento para distinguir una *locatio conductio* de un contrato de depósito.

No obstante, estas apreciaciones no son vitales, puesto que no se refieren al supuesto de mandato más utilizado.

La aplicación más común del mandato en Derecho Romano consiste en que el mandatario lleve a cabo un negocio con una tercera persona, y éste puede consistir por ejemplo, en comprar o vender algo, afianzar al mandante, prestar dinero o representar al mandante en un proceso.

Continuando con el objeto del mandato, los requisitos que se le exigen para que éste último sea válido son: que sea lícito, que esté suficientemente determinado, que se refiera a un negocio jurídico que no se haya ya realizado, es decir que su cumplimiento sea futuro, y por último, que no se haga sólo en interés del mandatario.

Respecto a la licitud del objeto del contrato de mandato, tal exigencia se desprende del contenido de varios textos¹⁹⁷, si bien uno de dichos textos resulta especialmente problemático, puesto que sobre su interpretación y posibles interpolaciones existen distintas posturas, dicho texto es:

¹⁹⁷ D.17,1,6,3 (*Ulp.31 ad ed.*); D.17,1,12,2 (*Ulp.31 ad ed.*); D.17,1,22,6 (*Paul 32 ad ed.*); Gai 3,157; I.3,26,7.

D.17,1,12,2 (Ulp.31 ad ed.)

“Plane, inquit, si filius familias vel servus fuit fideiussor et pro his solvero donaturus eis, mandati patrem vel dominum non acturos, hoc ideo, quia non patri donatum voluit.”

Este texto se refiere a un caso de mandato de crédito, figura a la que nos referiremos más adelante y que va a constituir la parte central del presente trabajo.

El supuesto concreto es el de un mandante que encarga al mandatario que salga fiador de una meretriz y distingue dos supuestos: si el mandatario aceptó a sabiendas de lo que suponía tal encargo, éste no tendría a su favor la *actio mandati*, puesto que, según continua el texto, se entiende que es lo mismo que si se prestase a alguien aún sabiendo que iba a perder el dinero.

El segundo supuesto se refiere al caso de que el mandato consista en que el mandatario preste una cantidad a una meretriz, en este segundo caso, Ulpiano concluye que al igual que en los casos en que se manda algo en contra de la buena fe, el mandatario no se obliga por mandato.

Por lo tanto aquí tenemos dos tipos de mandato distintos, un mandato de prestar fianza y un mandato de crédito, el primero es válido pero el mandatario no puede utilizar la *actio mandati* contra el mandante, y el segundo es nulo como todos los contratos de mandato contrarios a la buena fe, por lo que el que iba a ser el mandatario no se llega a obligar.

Así, para Bortolucci¹⁹⁸ sería una glosa postclásica la frase: "*quia simile est quasi perdituro pecuniam sciens credideris*", puesto que no puede influir sobre la validez del mandato el conocimiento de que aquél que recibe el dinero lo va a perder. Para Bortolucci la razón por la cual se niega la *actio mandati* es la enunciada en la segunda parte del texto: "*quasi adversus bonum fidem mandatum sit*", la cual a su vez es consecuencia del principio enunciado en :

Gai. 3,157

"Illud constat si quis de ea re mandet qua contra bonos mores est non, contrahi obligationem, veluti si tibi mandem ut Titio furtum aut inuriam facias."

Beseler¹⁹⁹, por su parte, también mantiene que el texto está interpolado, basándose en que a su entender el préstamo a alguien que lo va a perder es válido.

Sobre el mismo texto, Siber²⁰⁰ lo interpreta en el sentido de que se trata aquí de un mandato válido pero sin que pueda ejercitarse ninguna acción derivada de él.

También comparte esta opinión Arangio-Ruiz²⁰¹, quien piensa que en el caso del mandato, la excepción de dolo se considera inherente a la propia

¹⁹⁸ *BIDR* 28 (1916) cit., p. 183 y ss.

¹⁹⁹ *Textkritische Studien*, en *SZ* 53 (1935), p.25.

²⁰⁰ *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, en *Studi Bonfante IV*. Milano (1930), p.121.

acción: "... invece nei giudizi di buona fede, come è quello di mandato, poichè l'eccezione di dolo si considera inerente all'azione stessa, quasi come una *condicio iuris* della condanna,...".

El mismo autor señala la importancia que tiene en estos casos la *scientia* del mandatario, puesto que si ésta no existe, en el primer caso expuesto en el texto supondrá que el mandatario tendrá que ser indemnizado por los perjuicios patrimoniales sufridos.

Por el contrario Watson²⁰² piensa que no puede admitirse la existencia de tantas interpolaciones en el texto.

En primer lugar, señala que el pasaje *quia simile...credideris* no es una interpolación, puesto que, según él, lo que Ulpiano quiere decir aquí es que el mandatario no va a poder utilizar la *actio mandati* contra el mandante, no que no vaya a tener acción contra aquél a quien ha prestado el dinero a sabiendas de que lo iba a perder, lo cual, piensa Watson, es una decisión totalmente razonable.

Aún menos creíbles le resultan las interpolaciones sugeridas con relación a la segunda parte del texto. Así, frente a las sospechas sobre la utilización de la expresión *bonam fidem*, Watson señala que Ulpiano utiliza las expresiones *contra bonam fidem* y *contra bonos mores* como sinónimos, tal y como aparece por ejemplo en:

²⁰¹ *Il mandato in...cit.*, p. 109.

²⁰² *Contract of...cit.*, p.88 y ss.

D.16,3,1,7 (Ulp.31 ad ed.)

“Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.”

Watson, al interpretar el texto, concluye que se está tratando el caso desde dos perspectivas distintas y ello determina que se llegue a conclusiones también distintas. Según este autor, en el primer párrafo del texto Ulpiano se centra en la conducta incorrecta del mandatario frente al mandante, por lo que el primero no podrá ejercitar la *actio mandati contraria* contra el segundo, es decir el mandato es válido pero no produce uno de sus efectos característicos, que el mandatario pueda ejercitar la acción que deriva del contrato.

En el segundo párrafo, Ulpiano se centra en la inmoralidad del mandante y concluye que en este caso el mandato es nulo.

En el mismo sentido, existe otro texto que se refiere a la *scientia* del mandatario:

D.17,1,12,13 (Ulp. 31 ad ed.)

“Si quis mandaverit filio familias credendam pecuniam non contra senatus consultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio vel de in rem verso vel quod iussu pater teneretur, erit licitum mandatum. hoc amplius dico, si, cum dubitarem utrum contra senatus consultum acciperet, an non nec essem daturus contra senatus consultum

accipienti intercesserit qui diceret non accipere contra senatus consultum, et 'periculo meo crede', dicat, 'bene credis': arbitrator locum esse mandato et mandati eum teneri."

El texto se refiere a un supuesto de mandato de crédito en el que se encarga al mandatario que preste una cantidad de dinero a un hijo de familia, y se nos dice expresamente, en la primera parte del texto, que el mandato es válido y no incurre en la prohibición del Senadoconsulto Macedoniano²⁰³, porque el mandatario podía dirigirse contra el padre tal y como señala Arangio-Ruiz²⁰⁴: "..., e contro el padre si poteva rispettivamente intentare l'azione *adieticiae qualitatis* addata al caso (*actio de peculio*, o *de in rem verso*, o *quod iussu*)." Por tanto, en este caso, no se incurre en la prohibición del senadoconsulto y el mandato es válido.

Pero lo que aquí nos interesa, es la segunda parte del texto, donde se explica que este mismo mandato de crédito a un hijo de familia también es válido si, no estando seguro el mandatario de si contravenía o no el senadoconsulto, finalmente hiciera el préstamo porque el mandante le asegura que no va a actuar ilícitamente, es decir, vuelve a hacerse referencia al

²⁰³ Senadoconsulto promulgado en época de Vespasiano, y que prohibía los préstamos en favor de los hijos que no contaban con la autorización del padre.

²⁰⁴ *Il mandato in...cit.*, p.109.

conocimiento o no por parte del mandatario de la ilicitud del objeto del mandato para concluir si éste es o no válido.

Sobre la clasicidad de la totalidad del texto se han planteado algunas dudas, como la señalada por Bortolucci²⁰⁵ quien cree que el fragmento *et-credis* es una interpolación, puesto que es una repetición de un pasaje anterior: *qui diceret-senatusconsultum*.

También manifiesta sus dudas Sanfilippo²⁰⁶, quien opina que la validez o no de un mandato no puede depender de que el mandatario esté o no convencido de que el objeto es lícito.

Sin embargo, Arangio-Ruiz²⁰⁷, siguiendo en ello a Siber²⁰⁸, y contra la opinión manifestada por Sanfilippo²⁰⁹, (quien no admite la licitud de la última frase y la corrige del siguiente modo: "*artitror locum non esse mandato sed utili mandati actione eum teneri*"), ya que él piensa que la validez o no del mandato no puede depender del convencimiento de la validez o no del encargo que tenga el mandatario), mantiene la genuinidad del texto ya que le parece lógico que siendo ilícita la causa del contrato de mandato, dependa de la buena fe del mandatario que se produzcan o no consecuencias ventajosas para éste.

²⁰⁵ *Il mandato di...*cit., p.153 n2.

²⁰⁶ *Corso di diritto romano. Il mandato I.* Catania (1947).

²⁰⁷ *Il mandato in...*cit., p.108 y ss.

²⁰⁸ *Schuldver...*cit., p.121

²⁰⁹ *Corso di...*cit., p.44 y ss.; citalo por ARANGIO-RUIZ, en *Il mandato in...*cit., p.109, n2.

Continuando con los requisitos que ha de cumplir el objeto de un mandato para que éste produzca efectos, ya hemos señalado que ha de estar suficientemente determinado.

En torno a dicho tema hay que señalar, tal y como hace Arangio-Ruiz²¹⁰, que este requisito no es un requisito específico de la figura del mandato, sino que cabe su exigencia en cualquier tipo de obligación; es decir no puede imaginarse la existencia de una obligación cuyo objeto es indeterminado.

A este respecto, creemos que merece la pena detenerse en la figura del mandato incierto.

Para Donatuti²¹¹, el objeto del contrato de mandato viene determinado por la declaración del mandante, declaración que a su vez es aceptada por el mandatario. Esta afirmación se desprende de gran número de textos, pero para el citado romanista es especialmente claro el siguiente:

D. 17, 1, 5, 1-2 (Paulus 32 ad ed.)

"Dilligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: (1)nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit, tenetur. (2)Itaque si mandavero tibi, ut domum Seianam centum emeris tuque Titianam emeris longe

²¹⁰ *Il mandato in...cit.*, p. 109: "Abbiamo anche detto che è requisito di validità del mandato la 'determinatezza dell'oggetto': va però segnalato che questo requisito è da intendere nel senso in cui una determinazione è necessaria per la serietà di qualsiasi obbligazione, non vigendo a proposito del mandato particolari restrizioni."

²¹¹ *Mandato incerto*, en *Studi di Diritto Romano vol I*. Milano (1976) p. 159 y ss.

*maioris pretii, centum tamen aut etiam minoris, non videris
implesse mandatum.”*

Según aquél, dicho texto contiene un principio de derecho según el cual el mandatario, para cumplir correctamente el mandato, ha de hacerlo de acuerdo con los *finis mandati*, que no son más que la declaración de voluntad del mandante.

Para Watson²¹², es ilógico que Donatuti deduzca del contenido de dicho texto que no existe aquel mandato en el cual la determinación de los actos objeto del contrato se deja en manos del mandatario, es decir, que el mandato incierto es nulo.

Por tanto, mientras que para Donatuti en derecho romano clásico el mandato indeterminado es nulo, siendo dicha figura un creación de los juristas postclásicos en época justiniana²¹³, para Watson, en derecho clásico, se permitía cierta discreción en determinados puntos incidentales a favor del mandatario.

Así, Donatuti enumera y analiza un gran número de textos para fundamentar su teoría sobre la nulidad del mandato indeterminado.

²¹² *Contract of...cit.*, p.93.

²¹³ *Mandato incerto...cit.*, p.172 y ss.

Sin embargo, Watson, rebate esta teoría alegando que todos los textos enumerados por Donatuti pueden clasificarse en tres grupos según se refieran a uno de estos tres supuestos:

- el mandante da un mandato preciso, el mandatario no sigue sus instrucciones al cumplirlo y el mandante sufre pérdidas como consecuencia de ello²¹⁴
 - el mandatario encarga la ejecución del mandato a otra persona²¹⁵
 - los términos del mandato son imprecisos²¹⁶, y sólo los textos que se refieren a este último supuesto puede decirse que aluden a un mandato indeterminado.
- Watson, por su parte, cita una serie de textos²¹⁷ de los cuales se desprende la idea contraria a la manifestada por Donatuti, por ejemplo:

D.17,1,22,7(Paul 32 ad ed.)

“Si tibi centum dederō, ut ea Titio dares, tuque non dederis, sed consumpseris, et mandati et furti teneri te Proculus ait: aut, si ita dederim, ut quae velles dares, mandati tantummodo.”

²¹⁴ D.17,1,36,2 (*lav. 7 ex Cass.*); D.17,1,62,1 (*Scaev. 6 dig.*); D.12,2,19 (*Ulp. 22 ad ed.*); D.17,1,59,6 (*Pap. 4 resp.*); D.17,1,5,5 (*Paul. 32 ad ed.*); D.3,3,62 (*Pomp. 2 ex Plaut.*); D.3,3,56 (*Ulp. 66 ed.*); D.12,6,47 (*Cels.6 dig.*); D.46,3,87 (*Cels.2 <7>dig.*); D.12,6,6,pr. (*Paul 3 Sab.*); D.17,1,60,4 (*Scaev. 1 resp.*); C.8,40,7.; C.8,41,4.; C.4,1,7.; Gai 3,161.

²¹⁵ D.44,3,15,2 (*Ven. 5 de interd.*); D.43,24,6 (*Paul. 67 ad ed.*); D.49,1,4,5 (*Mac. 1 de apell.*); D.17,1,27,2 (*Gai. <10> de prov.*); C.2,12,8; C.2,12,11,2; CTh.2,12,1.

²¹⁶ D.17,1,2,pr. (*Gai. 2 rer. Cott.*); D.17,1,46 (*Paul. 74 ad ed.*); D.17,1,48,2 (*Cels. 7 dig.*).

²¹⁷ D.17,1,46 (*Paul 74 ad ed.*); D.17,1,31 (*Paul 32 ad ed.*); D17,1,35 (*Nerat. 5 membran*); D.17,1,59,6 (*Paul 4 resp.*).

En todos estos supuestos se concede al mandatario cierta discreción para determinar ciertos aspectos del contenido del contrato de mandato. Pero, también el mismo autor, cita un texto en el cual sí se contiene una total restricción a la discreción del mandatario:

D.17,1,48,1-2(Celsus 7 dig.)

(1)"Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihi que id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere. (2) Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuius credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas."

En este caso, el jurista Celso distingue dos supuestos, en el primer párrafo, se refiere a un mandato en el que el mandante encarga al mandatario que le gestione un negocio dando una cantidad a préstamo de manera que el segundo ceda el crédito al primero y el riesgo y el beneficio sean también del mandante, en este caso, Celso afirma que dicho mandato es válido.

Sin embargo, en el segundo párrafo se refiere a un mandato que consiste en que el mandatario gestione un negocio para sí, prestando a quien quiera y recibiendo él los intereses, quedándose para el mandante sólo el riesgo, en este caso se dice que el mandato es nulo.

Para Watson, lo que distingue ambos supuestos no es la determinación o no del objeto del contrato de mandato, sino más bien que en el segundo caso se está tratando del supuesto de un mandato *tua tantum gratia*, es decir, de un mandato en el cual sólo tiene interés el mandatario y que por algunos es considerado nulo, tal y como veremos más adelante .

Sin embargo, la conclusión sobre dicho texto no puede ser tajante, puesto que , tal y como expone el propio Watson, se trata de un texto muy poco claro, sobre el cual se han hecho muchas propuestas de interpolación²¹⁸ , por lo que en ningún caso puede utilizarse como fundamento para llegar a concluir que el mandato indeterminado estaba totalmente prohibido en derecho clásico.

Aparte de la suficiente determinación, también se va a exigir al objeto del contrato de mandato que sea de cumplimiento posible. No obstante, hay que tener en cuenta que dicho requisito, tal y como acertadamente señala Watson²¹⁹ , no es específico del contrato de mandato, sino un carácter común a todos los contratos. Así, el mismo autor señala cómo dicha regla general está contenida en :

D.50,17,185(Celsus 8 dig.)

"Impossibilium nulla obligatio est."

²¹⁸ *Contract of...cit.*, p.97 y ss.

²¹⁹ *Ult. op. cit.* p.87.

y existen otros textos donde esta regla general se aplica a contratos concretos²²⁰ y un único texto que se refiere a la nulidad de un contrato de mandato por ser su objeto de imposible cumplimiento, ya que se refiere a un hecho que ya se ha producido:

D.17,1,12,14 (Ulpian. 31 ad ed.)

“Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. plane si, ut exspectares nec urgueres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere.”

La primera parte del texto es clara al afirmar la nulidad del mandato cuyo objeto es hacer algo que ya se ha realizado, y no existe ninguna duda sobre su autenticidad, pero más conflictiva es la segunda parte del mismo, donde se admite la validez del mandato cuyo objeto es conceder al deudor una dilación en el plazo para cumplir la obligación, ya que la autenticidad de dicho texto ha sido puesta en duda por parte de la doctrina²²¹.

²²⁰ D.45,1,46,1 (*Paul 12 Sab.*); Gai.3,97a; 3,98; I.3,19,1.

²²¹ Así al consultar el *Index Interpolationum* vemos que LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, en SZ 47(1927), p.192 n.5, considera que el pasaje *verum-pertinere* una interpolación, mientras que para BESELER, en *Tijdschrift* 8(1928), p. 287, la interpolación sería el pasaje *verum-fin*.

Sin embargo, Arangio-Ruiz²²², no encuentra ningún fundamento para concluir que dicho párrafo es una interpolación, ya que no le parece lógico dudar de la validez de un mandato con tal objeto y al mismo tiempo admitir la validez del mandato de crédito: "...sarebbe strano che, in un ordinamento ov'era ammesse il mandato de credito, non fosse consentito di dare ad un creditore il mandato di accordare al debitore una dilazione, creando a suo favore la situazione corrispondente ad un 'pactum de non petendo' temporaneo."

Sobre la posibilidad de admitir la ratificación de un negocio jurídico ya realizado como equivalente al mandato, es decir, la llamada *ratihabitio mandato comparatur*, podemos citar dos textos que se refieren a este supuesto concreto:

D.3,5,8 (Scaev. 1 quaest.)

"Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: immo puto et si comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum: et quemadmodum quod

²²² *Il mandato in...cit.*, p.130 y p.131.

utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. ceterum si ubi probavi, non est negotiorum actio: quid fiet, si a debitore meo exegerit et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est, erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.”

D.50,17,60 (Ulp. 10 disput.)

“Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.”

Sobre el primer texto, Arangio-Ruiz²²³, afirma que con la frase *nam utriusque mandatum non est*, se está excluyendo la posibilidad de utilizar la *actio mandati contraria*.

Mientras que, respecto al segundo texto, señala el mismo autor que es un caso especial de *fideiussio*, pero señala que incluso en esta aplicación restringida la referencia a la *actio mandati* es una anotación post-clásica, puesto que Ulpiano se habría referido a la *actio negotiorum gestorum*.

Mucho se ha discutido en la doctrina sobre la clasicidad o no de esta regla según la cual la ratificación del titular de los asuntos gestionados por otra persona equivale a un mandato²²⁴.

²²³ *Il mandato in...cit.*, p.199.

Dicha regla aparece formulada en dos textos de Ulpiano.

Respecto al primero de dichos textos, su claridad ha sido gravemente criticada por la doctrina:

D.46,3,12,4 (Ulp. 30 ad Sab.)

“Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur.”

La mayoría de la doctrina considera la última frase, que contiene la regla objeto de nuestro estudio, como fruto de la intervención de los compiladores, al igual que la mención al *non verus procurator*.

Albertario, reconstruye el texto de la siguiente manera:

“Sed et si [non vero] procuratori <qui se ultro negotiis alienis offert> solvam ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio (mandato) <praepositioni> compartaur.”

²²⁴ Se muestran favorables, entre otros, a admitir la claridad de dicha regla: GIRARD, *Manuel elementaire de Droit romain*. París (1924), p.659. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano II*. Roma (1928), p.317. CONSENTINI, *Ratihabitio mandato comparatur*, en *Annali del Seminario Giuridico della Università di Catania I* (1946-47), p.240 y ss. Por el contrario, otros autores piensan que se trata de una regla postclásico-justiniana, como por ejemplo: BORTOLUCCI, *Ratihabitio mandato comparatur*. Módena (1916); SANFILIPPO, *Corso di...*cit., p.28 y ss; ALBERTARIO, *Proc. unius rei...cit.*, p.509 y *Ancora “verus” e “falsus” procurator* en *SDHI 2*(1936), p.169. SERRAO, *Il Proc...cit.*, p.101 y ss.

Con dicha reconstrucción, Albertario concluye que la ratificación del pago a este procurador que interviene de forma voluntaria, sin mediar mandato, equivale al pago por un *procurator praepositus*.

También se ha criticado la poca relación de este párrafo 4 con los párrafos anteriores del mismo texto²²⁵, sin embargo, Calonge²²⁶ no se muestra de acuerdo con esta última crítica, puesto que piensa que en D.46,3,12 Ulpiano está enumerando una serie de supuestos que se refieren a “la liberación del pago hecho a persona distinta del acreedor”, afirmando en el cuarto supuesto que “también se paga correctamente a quien no es procurador (al *negotiorum gestor*) si el principal ratifica: *rati enim habitio mandato comparatur.*” Continúa el mismo autor afirmando que esta última afirmación de Ulpiano no ha de entenderse como una regla general de valor absoluto, sino que se trata de una afirmación referida a un supuesto concreto.

El segundo texto de Ulpiano que también se refiere a la regla *ratihabitio mandato comparatur* es:

D.43,16,1,14 (Ulp.69 ad ed.)

“Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecisse interdicoque isto

²²⁵ ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...*cit p. 202 y ss.

²²⁶ *Ratihabitio Mandato Comparatur*, en *Estudios en honor al prof. Sánchez del Río*. Zaragoza (1967), p.256.

*teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio
ratihabitionem mandato comparari.”*

Sobre la genuidad de este texto existen varias posturas. Una primera, la que adopta, por ejemplo, Arangio-Ruiz²²⁷, quien considera que ambas menciones a la ratificación al principio y al final del texto son obra de los compiladores.

Una postura menos rígida adopta Albertario, quien piensa que sólo la segunda mención a la *ratihabitionem* es una interpolación, por lo que admite la clasicidad de la *ratihabitionem* <prepositioni> *comparatur*, y en la misma línea se expresa Calonge²²⁸: “En nuestro criterio el texto es clásico hasta *rectius*, la última frase *rectius...fin* sería un añadido justiniano.” Según este autor esta conclusión justificaría las anomalías que se observan en el texto, como son la repetición de la regla en un párrafo tan corto, el extraño uso de *rectius* y la consideración de la *deiectio* como *maleficio*.

Calonge, después de realizar un estudio de los dos textos señalados se manifiesta a favor de admitir la clasicidad de la regla *ratihabitionem mandato comparatur*, regla que según el mismo autor, había sido formulada por Sabino, pues los dos textos se refieren a comentarios a la obra de éste. Si bien la adopción de dicha postura no quiere decir que se admita el carácter general de

²²⁷ *Il mandato in...cit.*, p. 204 y p.205.

²²⁸ *Rat. mand...cit.*, p.258.

dicha regla, sino más bien al contrario, pues Calonge afirma que se ha de entender como la admisión de la posibilidad de asimilar al mandato determinadas conductas en supuestos concretos en los que media la ratificación de lo actuado por un gestor, lo cual supondría la no incompatibilidad entre la regla de la *ratihabitio* y la doctrina clásica del mandato.

Respecto a las relaciones entre el gestor y el gestionado, nos parece interesante la apreciación hecha por Calonge, quien afirma que el gestor en virtud de la aplicación de la regla *ratihabitio*, no podría dirigirse contra el titular de los asuntos gestionados con la *actio mandati*, sino con la *actio negotiorum gestorum*, puesto que el gestor sólo se obliga en los límites de su gestión, y por tanto no puede dirigirse contra él una acción que lleva aparejado el efecto infamante.²²⁹

Además de lo visto hasta el momento, también es necesario para que un mandato sea válido que no sea el mandatario el único que tenga interés en su cumplimiento.

Sobre el tema son fundamentales los siguientes textos:

Gai. 3,155

“Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio et invicem alter

²²⁹ *Rat. mand...cit.*, p.260 y ss.

alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.”

Gai. 3,156

“Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia factururus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim ut eam faenerares, quamvis eam ei mutuam dederis a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. Item si hortatus sim ut rem aliquam emeris, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur an mandati teneatur qui mandavit tibi ut Titio pecuniam faenerares. Servius negavit, nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur uti pecuniam suam faeneraret. <Sed> sequimur Sabini opinionem con<tra> sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.”

Según quién tiene interés en el cumplimiento del mandato, Gayo distingue entre *mandatum mea, aliena y tua gratia*, señalando que este último es inútil, si bien en la última parte del segundo texto se ocupa de un tipo concreto de mandato, el *mandatum pecuniae credendae*, concretamente de la discusión entre sabianianos y proculeyanos sobre si dicho mandato es o no

válido, tema éste sobre el que profundizaremos en el presente trabajo cuando estemos tratando en concreto la figura del mandato de crédito.

Otros textos también a tener en cuenta sobre este tema son:

D.17,1,2, pr. (Gai 2 cottid.)

“Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena. quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.”

l.3,26,pr.

“Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. at si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio <nec mandati inter vos actio> nascitur.”

Partiendo de estos textos, vemos como en el *Corpus Iuris* la triple distinción hecha por Gayo es sustituida por una séxtuple. En este caso se distingue entre mandato *mea*, *mea et tua*, *aliena*, *mea et aliena*, *tua et aliena* y *tua gratia*²³⁰. En dichos textos vuelve a repetirse el principio ya recogido en la obra de Gayo, según el cual el mandato *tua gratia* no produce efectos.

²³⁰ Sobre la clasificación del mandato según quien tiene interés en su cumplimiento puede verse: ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...cit.*, p.118 y ss; WATSON, *Contract of...cit.*, p.111 y ss.;

Para la mayoría de la doctrina el mandato *tua gratia* no puede producir efectos porque equivale a un consejo, que jamás puede tener efectos jurídicos:

D.17,1,10,13(Ulp. 31 ad ed.)

“Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fideiussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem: multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor vel si eam liberationem legavit.”

D.17,1,2,6(Gaius 2 cottid.)

“Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloques: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium.”

Aunque existen algunos autores que no enuncian dicho principio con un carácter tan general y llegan a admitir la validez del mandato *tua gratia* cuando el mandatario no hubiera actuado de tal manera de no mediar el mandato²³¹.

LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers, des dritten und des Beauftragten*, en *BIDR* 78(1975), p.193 y ss.

²³¹ Sobre dicha discusión doctrinal puede verse: MANCALEONI, *Mandatum tua gratia e consilium* en *RISG* 27 (1899),p.367 y ss.; LITEWSKI, *Interesse des...cit.*, p.193 y ss.

Dichos autores se basan fundamentalmente en :

D.17,1,6,5 (Ulp. 31 ad ed.)

“Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: aut, si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.”

En dicho texto podemos encontrar tres supuestos distintos:

- un primer supuesto que es un mandato en interés únicamente del mandatario, caso en el que al mandante no se le concede la *actio mandati*,
- un segundo supuesto que es el de un mandato en interés del mandatario y también del mandante, *mandatum tua et mea gratia*, y se dice que en dicho supuesto sí se concede la *actio mandati*,
- un tercer y último supuesto en el que el mandatario no tienen interés y además el mandatario no hubiese hecho la cosa objeto del mandato de no haber mediado éste.

Es en este último supuesto donde algunos han creído ver la base para afirmar la validez del *mandatum tua gratia*, cuando el mandatario no habría realizado el objeto de éste de no haber mediado el encargo del mandante, como por ejemplo Frezza²³², quien, en tal sentido, afirma que la frase *nisi mea quoque interfuit* debe interpretarse como *quod tua intereat*.

²³² *Le garanzie delle...I cit.*, p.209.

Sin embargo, otros autores, como Burdese²³³ y Guarino²³⁴ afirman que el texto es genuíno.

Bortolucci²³⁵, por su parte, señala que la frase *nisi mea quoque interfuit* debe entenderse como *quod mea non intereat*, es decir en la segunda parte del texto, Ulpiano está hablando del mandato en el que el mandante no tiene interés, lo cual no quiere decir que se refiera a un mandato en interés únicamente del mandatario, es decir *tua gratia*. Para Bortolucci este párrafo 5 es consecuencia de lo dicho en el párrafo anterior:

D.17,1,6,4 (Ulp. 31 ad ed.)

Si tibi mandavero, quod mea non intereat, veluti ut pro Seio intervenias, vel ut Titio credas erit mihi tecum mandati actio ut Cesus libro septimo Digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

En este párrafo Ulpiano afirma la validez del mandato *quod mea non interest*.

Parece, por tanto, que en el último supuesto al que se refiere el párrafo 5, Ulpiano está hablando de un supuesto que puede llamarse "intermedio"²³⁶,

²³³ *Mandatum mea, aliena, tua gratia*; en *Studi Arangio-Ruiz I*, Milano (1952), p.227.

²³⁴ *Mandatum Credendi*. Napoli (1982), p.70.

²³⁵ *BIDR* 27, p.152 y ss.

²³⁶ ESPINOSA, *Mandato de crédito*. Barcelona (1994), p.50 y p.51.

ya que está claro que no es un mandato *mea gratia*, pero tampoco puede decirse que sea un típico mandato *tua gratia* sin más.

Es decir, parece que se refiere a supuestos de mandato *quod mea non intereat* y no a un mandato *tua gratia*, estando precisamente la diferencia entre ambos en la falta de producción de efectos del último, precisamente por su igual condición al *consilium*.

Continuando con la postura de Bortolucci, también cita otros dos textos en los cuales la doctrina ha creído ver supuestos de mandatos *tua gratia* válidos:

D.17,1,32 (lul. 3 ad Urs.)

Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo si quis autem mandaverit alicui, ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum acquisitum nunquam illi damno esse potuit: hereditas interdum damnosa est. et in summa quicumque contractus tales sunt, ut quicumque eorum nomine fideiussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat absens vel praesens mandat. praeterea volgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandai iudicio teneri procul dubio est.

En este texto se pueden ver tres supuestos distintos, dos referidos a la aceptación de una herencia y uno a la aceptación de un legado.

En el primer caso, tenemos a una persona que no quiere aceptar una herencia a no ser que se le garantice contra los perjuicios que puedan derivar de la aceptación, de manera que si media mandato de que acepte, puede concederse, si procede, la *actio mandati*.

En el segundo caso nos encontramos con un mandato de aceptar un legado, donde Juliano nos dice que es un caso muy distinto al anterior, puesto que un legado nunca puede perjudicar al legatario, es decir se trata de un mandato que no tiene sentido.

Por último el tercer caso, al que se refiere la última parte del texto, se afirma la validez del mandato a través del cual los acreedores mandan al heredero que acepte una herencia de cuya solvencia se duda.

A nosotros nos interesa la contraposición de los dos primeros casos, parece que en ambos casos se ha creído ver dos supuestos de mandato *tua gratia*, en el segundo caso éste no produciría efectos y el primer párrafo del texto se contendría un supuesto de mandato *tua gratia* que produce efectos.

Sin embargo, Bortolucci²³⁷ señala que en el primer caso, el mandato de aceptar una herencia no es un mandato *tua gratia*, ya que el mandatario, en vista de los posibles perjuicios y posibles ventajas que pueden derivarse de la aceptación de dicha herencia, no la habría aceptado de forma espontánea, es

²³⁷ BIDR 27, p.148.

decir, sin mediar el mandato de aceptarla, mientras que en el caso de la aceptación del legado sí estamos ante un mandato *tua gratia* y por lo tanto supérfluo, puesto que, aún de no mediar el mandato, el legatario lo aceptaría espontáneamente, pues, en ningún caso, puede sufrir ningún perjuicio derivado de la aceptación del legado.

El otro texto en el que algunos autores han creído ver un mandato *tua gratia* válido es:

D.16,3,1,14 (Ulp. 30 ed.)

Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. Et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris quia rem meam gessi. Sed si mandasti mihi ut periculo tuo apud eum deponam cur non sit mandati actio non video. Plarie si fideiussiste pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum...

En este caso, tenemos que A quiere depositar una cosa en B, quien da su autorización para que A deposite la cosa en C, que es un liberto de B. En este punto Pomponio distingue dos supuestos:



- si A depositó a nombre de B, como si fuera éste quien tuviera que guardarlo, A tiene contra B la acción de depósito
- si ha depositado en el liberto sin más, A tendrá la acción de depósito contra el liberto y no tendrá acción de mandato contra B porque *A rem suam gessit*.

Hasta aquí la opinión de Pomponio, pero el texto continúa con la opinión del propio Ulpiano, quien afirma que si existía un mandato para que A depositara en el liberto a su propio riesgo, entiende que en este caso puede haber *actio mandati* contraria contra B.

Por lo tanto, nos encontramos con que Ulpiano acepta la teoría de Pomponio sobre el caso del depósito autorizado en nombre de B, pero no sobre el caso del mandato *tua gratia*, al cual, el primero, sí le da validez.

Bortolucci²³⁸ señala cómo, con razón, se han planteado diversas críticas a la genuinidad del texto, como, por ejemplo, que la expresión *hoc est custodituro* parece que originariamente no estaría en la frase *nec mandati teneris...*, ya que la construcción cambia del modo indirecto al directo, con lo que, a su entender, hay que admitir la propuesta de Krüger sobre el tenor originario: *tecum nullam esse actionem, cum illo depositi, nec mandati nec teneri*.

También se observa cómo Ulpiano relaciona las opiniones de Pomponio y de Labeón, cuando este último se estaba refiriendo a la hipótesis de la *fideiussio* a favor del depositario y no al supuesto de mandato, y sin embargo

²³⁸ BIDR 27, p.151 y p.152.



no hace referencia a la opinión de Sabino que es citada por Juliano en un caso parecido²³⁹.

Bortolucci continúa señalando lo extraño que resulta que Pomponio, para negar la validez de dicho mandato, lo haga con la frase *si suaseris mihi...mandati non teneris quia rem meam gessi*, cuando en realidad simplemente estaba negando la *actio mandati contraria*, y, finalmente, concluye que son los autores bizantinos quienes dicen que quien aconseja al propietario de una cosa que la deposite, no se obliga ni a través del depósito ni por mandato, y también son los bizantinos quienes dan una apariencia de clasicidad al *mandatum tua gratia* al establecer su validez si concurre la mera voluntad de obligarse, y afirma además que los juristas romanos, en los casos a que hacen referencia los textos tratados, no veían supuestos de mandato *tua gratia* sino supuestos de mandatos *quod mea non interest*.

Y continúa diciendo el mismo autor, que, probablemente, el hecho de que el *negotium* objeto del contrato de mandato pertenezca a la esfera patrimonial del mandatario no sería suficiente para calificar el mandato como *tua gratia*, sino que, por el contrario, sólo estaríamos ante un *mandatum tua gratia* cuando el acto objeto del mandato fuese de una naturaleza tal que el mandatario habría podido sufrir algún perjuicio a consecuencia de su ejecución y por tanto no lo llevaría a cabo de forma espontánea.

²³⁹ D.17,1,32 (*lul. 3 ad Urs.*) e incluso por el propio Ulpiano en D.17,1,6,5 (*Ulp. 31 ad ed.*).

También es importante la cuestión del interés en el cumplimiento del mandato por cuanto que existen autores que lo toman como elemento esencial para que el mandante pueda ejercitar la *actio mandati*, circunstancia ésta con la que no está de acuerdo Watson²⁴⁰, quien, por el contrario, afirma que el interés del mandante no es esencial para poder ejercitar dicha acción, citando varios textos para fundamentar dicha conclusión, concretamente se centra en el contenido de D.17,1,22,7(*Paul.32 ad ed.*), cuyo tenor literal ya hemos reproducido con anterioridad²⁴¹.

En dicho texto se hace referencia a dos supuestos distintos. En el primer párrafo se nos dice que el mandante da una cantidad determinada de dinero, cien mil sextercios, al mandatario para que éste la entregue a Ticio. Sin embargo, el mandatario no la entrega y además se la gasta. Con relación a ello Paulo cita la opinión de Próculo, quien opina que en este caso el mandante puede dirigirse contra el mandatario con la *actio mandati* y con la *actio furti*, mientras que en el segundo párrafo el mandato consiste en que el mandatario dé la suma que él quiera a Ticio, y en este caso, el mandante sólo podrá dirigirse contra el mandatario a través de la acción de mandato.

Para Watson²⁴², el primer caso es un supuesto de mandato *aliena tantum gratia* o también puede admitirse que fuera un mandato *mea et aliena*

²⁴⁰ *Contract of...cit.*, p.118.

²⁴¹ ver p. 108 del presente trabajo.

²⁴² *Contract of...cit.*, p.117 y 118.

gratia, por ejemplo si el mandante era deudor de Ticio, mientras que el segundo caso a que se refiere el texto sería un supuesto de mandato *tua et aliena gratia*. En cualquier caso, lo que quiere poner de relieve aquí Watson es que en ambos casos el mandante está legitimado para ejercitar la acción de mandato aún a pesar de que puede que no tenga interés en el cumplimiento en ninguno de los dos supuestos.

También otro autor, Litewski²⁴³, llega a la misma conclusión que Watson, es decir, el interés del mandante no es la medida para que éste pueda utilizar la acción de mandato contra el mandatario, si bien hay que señalar que Litewski difiere de lo dicho por Watson en cuanto que considera que el supuesto al que se refiere el segundo párrafo no es un mandato *tua et aliena gratia* como afirma Watson sino un supuesto de mandato *aliena gratia*, ya que todo lo ganado por el mandatario como consecuencia del mandato, si es que gana algo, puede serle reclamado por el mandante con la acción de mandato, todo ello como consecuencia de aplicar el principio enunciado en:

D.17,1,20,pr.(Paul.11 ad Sab.)

“Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit.”

²⁴³ *Interesse des...cit.*, p.204.

Pero vemos como esta divergencia no impide que ambos lleguen a la misma conclusión sobre el tema aquí tratado.

Existe otro texto, con relación el tema que estamos tratando y al cual también se refieren tanto Watson²⁴⁴ como Litewski²⁴⁵ :

D.3,5,27(28) (lav. 8 ex Cass.)

“Si quis mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur lisque aestimari debet, quanto Seii et Titii interest: Titii autem interest, quantum is Seio praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quicquam domino praestet, quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.”

Aquí nos encontramos con un mandato de gestionar los negocios de Seyo, donde se nos dice que el mandatario está obligado al mandante, por la acción de mandato, y el objeto del litigio se valorará por el interés de Ticio, que no es otro que el de poder cumplir con Seyo.

En este caso, ambos autores coinciden en señalar que estamos ante un mandato *aliena gratia*, donde se admite que el mandante, a pesar de no tener un interés personal en que se cumpla el mandato, está legitimado para

²⁴⁴ *Contract of...cit.*, p.118.

²⁴⁵ *Interesse des...cit.*, p.207.

ejercitar la acción de mandato contra el mandatario, para el caso de que éste haya obtenido algo como consecuencia de la ejecución del mandato.

Queda claro, por tanto, que la medida para poder dirigirse con la acción de mandato contra el mandatario, si ello procede, no es el interés del mandante, puesto que éste puede acudir a dicho medio procesal incluso cuando no tenga un especial interés en que se cumpla el mandato.

El tema de la producción o no de efectos del *mandatum tua gratia* resulta especialmente relevante en relación al *mandatum pecuniae credendae*, puesto que parte de la doctrina lo cataloga como tal, por todo ello, de dicho asunto nos ocuparemos con más detenimiento cuando más adelante estudiemos el *mandatum pecuniae credendae*.

Ahora bien, donde sí parece ser determinante el interés del mandante para poder ejercitar la acción de mandato, es en el caso del exceso de mandato²⁴⁶, es decir, en el supuesto de que el mandatario cumple el encargo que le ha hecho el mandante pero excediendo los límites fijados por el mandante en su declaración de voluntad, ello aparece claramente expresado en el siguiente texto:

²⁴⁶ Sobre el tema puede verse: F. DE BUJÁN, *Un supuesto polémico a propósito de exceso de mandato*, en *Estudios en honor del profesor J. Iglesias III*, (1988), p.1293 y ss.; CHOE, *Die Schulkontroverse bei Überschreitung des Auftrags zum Grundstückskauf, en Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen Recht*. D. Nörr, S. Nishimura. Springer-Verlag (1993).

Gai. 3, 161

“Cum autem is cui recte mandaverim egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest inplere eum mandatum, si modo inplere potuerit; at ille mecum agere non potest. Itaque si mandaverim tibi ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C emeris, tu sestertiis CL emeris, non habebis mecum mandati actionem, etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem; idque maxime Sabino et Cassio placuit. Quod si minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, quia qui mandat ut C milibus emeretur, is utique mandare intellegitur uti minoris, si posset, emeretur.”

En la primera parte de dicho texto se expresa con claridad que en el supuesto de que el mandatario se haya excedido en el cumplimiento del mandato, el mandante tiene acción contra él, siempre que el cumplimiento fuera posible y en la medida del interés que tenía el mandante en que se cumpliera el mandato: “..., *quatenus mea interest inplere eum mandatum,...*”²⁴⁷

Por su parte, y según continua el mismo texto, el mandatario no puede dirigirse contra el mandante, cosa que sí puede hacer si en lugar de comprar en más de lo señalado por el mandante, compra en menos.

²⁴⁷ NÖRR, en *Mandatum, fides,...*cit., p.15, duda de que pueda tomarse el interés del mandante como la medida para el ejercicio de la *actio mandati*.

Sobre el tema del exceso de mandato y la importancia del interés del mandante en su cumplimiento es importante que nos detengamos en el estudio de los siguientes textos de Paulo:

D.17,1,3, pr. (Paul. 32 ad ed.)

“Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero nunquam.”

D.17,1,5, pr. (Paul. 32 ad ed.)

“Dilligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit, tenetur.”

En el primer caso, se nos dice que se admite la posibilidad de que como consecuencia del mandato pueda mejorarse la condición del mandante, pero nunca empeorarse.

En el segundo texto, se nos dice expresamente que han de respetarse los límites del mandato, puesto que si el mandatario se excede, se entiende que ha hecho algo distinto, y no lo que era objeto del mandato.

Tras un estudio de las posibles alteraciones que se proponen sobre dichos textos, Nörr²⁴⁸ concluye: “Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Traktat des Paulus einen sinnvollen Gedankengang hat”. Según dicho autor en

²⁴⁸ *Mandatum, fides...cit.*, p.361 y ss.

dichos textos se contiene el estudio del jurista Paulo sobre el tema del exceso de mandato, pero sólo en relación a un supuesto concreto, la compra de un fundo, y habiendo sido, al menos la estructura de dichos textos alterada.

Nörr se detiene especialmente en la interpretación del segundo párrafo de *D.17,1,3 (Paul 32 ad ed.)*, en éste, algún autor²⁴⁹, han creído ver una referencia a la opinión de los juristas Sabino y Casio en la expresión *quidam negaverunt*, lo cual sería muestra de la discusión que sobre el tema del exceso de mandato mantenían las escuelas sabianiana y proculeyana, siendo la postura de ésta última la que aparece en:

D.17,1,4 (Gai. 2 res.cott.)

“Sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat, quae sententia sane benignior est.”

Donde se nos dice que Próculo piensa que se podrá demandar hasta el límite del precio establecido.

Más tarde los compiladores recogieron ambas posturas en un mismo texto:

I. 3,26,8

“Is qui exsequitur mandatum non debet excedere fines mandati. ut ecce si quis usque ad centum <aureos>

²⁴⁹ PRINGSHEIM, *Noch einmal Gai,III,161 und Inst. Just.3,28,8.* en SZ 72(1955), p. 54 y ss.

*mandaverit tibi, ut fundum emeris vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes neque in ampliorem pecuniam <fideiubere>, alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum <aureos> acturum existimant: <quae sententia sane benignior est>. quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem, <quoniam> qui mandat, ut sibi centum <aureorum> fundus emeretur, is utique mandasse intellegitur ut minoris si posset emeretur.*²⁵⁰

Es claro que, en el caso de que el mandatario excede los límites del mandato, estamos ante un supuesto de incumplimiento del mandato, por lo que el mandante podrá exigirle responsabilidad a través de la *actio mandati*, mientras que el mandatario de ningún modo puede obligar al mandante a que asuma las consecuencias de lo actuado por el primero como consecuencia del mandato, ni que le indemnice por los perjuicios sufridos.

El exceso en los límites del mandato, puede aparecer en distintos supuestos, tanto en los casos de compra, como en los de venta de un bien.

Ahora bien, existe un supuesto que plantea una especial problemática. Dicho supuesto es el del mandato de compra, en el que el mandatario paga un

²⁵⁰ Sobre la redacción de Inst.III.26.8 y su relación con Gai 3.161 puede verse: WOLFF, Hans Julius, *Zur Geschichte des Gaiustextes*, en *Studi Arangio-Ruiz*.IV. Milano (1952), p.186 y ss, y también puede verse: ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...cit.*, p.168 y ss.

precio mayor al fijado por el mandante²⁵¹. Como ya hemos señalado, en este supuesto, el mandatario no puede exigir al mandante que le resarza por el precio pagado, pero ¿podría exigirle hasta el precio fijado por el mandante y asumir la diferencia con lo pagado como un perjuicio patrimonial propio?

Si acudimos a las fuentes nos encontramos con dos posturas bien distintas con relación a este tema.

Al supuesto concreto de la compra por precio mayor al fijado por el mandante se refiere Paulo en:

D.17,1,3,2 (Paul.22 ad ed.)

“Quod si pretium statui tuque pluris emisti, quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id quod excedit remittere: namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit, mecum esse.”

En este caso, el supuesto es el de un mandato de compra a un precio fijado por el mandante. Sin embargo, el mandatario ha comprado a un precio mayor al fijado por el mandante. En el texto parece que se hace referencia a que parte de la doctrina concluye que hay que negar la acción del mandato a dicho mandatario, incluso en el supuesto de que estuviera dispuesto a renunciar a la cantidad en que excede dicho precio.

²⁵¹ Si no se ha fijado un precio, ambas partes tienen acción tal y como se nos dice en D.17,1,3,1.(Pau. 22 ed.).

En dicho texto, parece que se pone de manifiesto la existencia de divergencias en la época sobre si el mandatario puede o no dirigirse contra el mandante hasta el tope del precio fijado por éste, ello parece desprenderse de la expresión *quidam negaverunt*, en la que la doctrina ha creído ver una referencia a la postura de la escuela sabiniana²⁵² que coincide con la expuesta en los ya citados Gai. 3,161, y en l. 3,26,8.

En estos casos se da la misma solución, el mandatario no tiene acción contra el mandante aunque esté dispuesto a renunciar a la diferencia entre el precio fijado por el mandante y el efectivamente pagado, siendo esta solución opuesta a la que aparece en los también citados D.17,1,4 (*Gai. 2 res. cott.*) e l.3,26,8.

En ambos casos se nos dice que la postura proculeyana es, por el contrario, que sí se conceda acción al mandatario, siempre hasta el límite del precio fijado por el mandante.

El segundo de estos textos es el único que hace referencia expresa a las dos posturas contrarias en torno al tema, la sabiniana y la proculeyana, inclinándose por esta última, lo cual confirma, tal y como señala F. de Buján²⁵³, “...el predominio absoluto de esta postura en la época justiniana”, quien además supone que la razón por la que Gayo no se refiere a estas dos

²⁵² ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...*cit. p.183 ; WATSON, *Contract of...*cit. p.191; F. DE BUJÁN, *Un supuesto...*cit., p1301.

²⁵³ *Un supuesto ...cit.*, p.1304.

posturas es porque probablemente “ en tiempos de Gayo (fines de la época clásica) la postura sabiniana era unánimemente defendida²⁵⁴ .

Si bien la interpretación del contenido de los textos citados no es tan pacífica como parece. Así, se ha criticado²⁵⁵ la estructura de los textos de Paulo que se refieren al tema, ya que se admite la posibilidad de mejorar la causa del mandante en D.17,1,3,pr (*Paul.22 ad ed.*) y D.17,1,5,5 (*Paul.32 ad ed.*) es decir, al principio del primer texto y al final del segundo, cuando lo lógico habría sido que ambos párrafos fueran consecutivos, además de ocuparse de dos supuestos que se refieren al mismo tema en dos párrafos distintos y no consecutivos, en fr.32 y fr.5 pr-2, sin olvidar la expresión ya citada *quidam negaverunt*, que claramente ha de ser consecuencia de la intervención en la reelaboración del texto de manos distintas y posteriores a las de Paulo.

Parece que lo que se persigue al utilizar tal expresión y, sin embargo, nombrar expresamente a Próculo en D.17,1,3,4 (*Paul.22 ad ed.*) es dar a entender que la postura de Paulo está alejada de la de los sabinianos, y sin embargo cercana a la de los proculeyanos.

²⁵⁴ *Un supuesto...cit.*, p.1302.

²⁵⁵ ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...cit.* p.179 y ss.; NÖRR, *Paulus (32 ad ed.) D.17,1,3,5: ein Traktat...cit.*, p.362 y ss.

Sin embargo, Nörr²⁵⁶, objeta a tal conclusión que no siempre que en un texto de Paulo aparece la expresión *quidam* para referirse a los sabinianos asume una postura distinta a la de éstos y concluye: "Für die Meinung, dass sich Paulus der prokulianischen Auffassung angeschlossen habe, lässt sich aus dem Text kein Indiz gewinnen." Y según el propio Nörr, ello viene confirmado por las diferencias que se aprecian entre D.17,1,3,2(*Paul.22 ad ed.*) y Gai.3,161.

Por lo tanto, parece claro que los textos de Paulo que al exceso de mandato se refieren han sido manipulados para adaptarlos a la práctica de la época justiniana y dar fundamento a la admisión de la validez del exceso de mandato.

Dicha práctica se intuye claramente de las interpretaciones de los juristas bizantinos contraviniendo el tenor de los textos del Digesto, expresión clara de tal circunstancia es el contenido del escolio 6 en Bas.14,1,48,2 (Heimbach II p.129), donde a propósito de D.17,1,48,2 (*Celsus 7 dig.*), en el que se declara la nulidad del mandato de comprar un fundo dejando a total arbitrio del mandatario la determinación de aquél.

En contra de lo dicho en este texto, los autores bizantinos aclaran que un mandato tal es válido si la compra se lleva a cabo en condiciones que un *vir bonus* pudiese considerar convenientes.

²⁵⁶ *Ein Traktat...cit.*, p.365 n37, donde cita: D17,1,3,2 (*Paul.22 ad ed.*); D.41, 2,3,3 (*Paul.54 ad ed.*); D.7,9,8(*Paul.75 ad ed.*).

CAPITULO II: EL MANDATO DE CREDITO

II.1- ORIGEN.

Al hablar de las relaciones entre el contrato de mandato y la fianza, es imprescindible hacer referencia a una figura que, precisamente, consiste en la utilización de este contrato para dicha finalidad, es decir, es necesario el estudio de la figura del mandato de crédito. Al ocuparnos de dicha figura, la primera cuestión que nos llama la atención es la existencia de distintas posturas en la doctrina en relación a su origen.

Una primera postura sería la representada por Dniestrzanski²⁵⁷, quien, partiendo del presupuesto de la anterioridad de los contratos reales frente a los de carácter consensual, afirma que el mandato tiene un origen real y cree ver en la admisión de la validez del mandato de crédito un apoyo a dicha tesis.

Según este autor, el origen del mandato clásico está en el *mandatum* de la *legis actio per condictioem*, cuyo presupuesto material y formal es la *datio*, es decir, el hecho de que el acreedor da, y el deudor tiene que restituir, hay por tanto dos actos de carácter real, uno que inicia el negocio y otro que lo termina, mientras que el elemento obligatorio es simplemente el deber que tiene el deudor de restituir lo recibido²⁵⁸.

²⁵⁷ *Die Aufträge zugunsten Dritter*. Leipzig (1904), pp.124 y ss. y pp. 190 y ss.

²⁵⁸ *Ult. op. cit.*, p.150.

Para dicho autor, la *res mandata* es la *res mandata* en sentido real, sin tener en cuenta, como acertadamente señala Bortolucci²⁵⁹, que dicha expresión pueda significar “negozio affidato” y que en la terminología de la palabra pueda encontrarse el concepto de poder.

El propio Bortolucci califica la tesis de Dniestrzanski sobre el origen del mandato como de antihistórica, pues ¿cómo se puede explicar que teniendo el mandato un origen real no se haya incluido posteriormente dentro de la categoría de los contratos reales y sí en la categoría de los contratos consensuales ?.

También critica la tesis del mismo autor sobre la aparición del mandato *ut fideiubeas* y del mandato *ut credas*²⁶⁰, según la cual, entre las distintas comunidades o familias agrícolas primitivas era posible tanto el crédito recíproco como la intervención de una tercera familia que procurase crédito a aquella con la que tenía relaciones, siendo normal que esta tercera familia obtuviese de la primera, la que pedía el crédito, una *res* en garantía, es decir, una prenda, siendo esta *res* dada en garantía el *mandatum ut fideiubeas*. Y de la misma manera se habría producido la aparición del *mandatum ut credas*, como es el caso en que A da una cosa en garantía a B para que éste preste una suma a C. Con el tiempo, en ambos supuestos, y siempre según Dniestrzanski, la obligación pasa de ser real a ser consensual, con lo que el

²⁵⁹ *Il mandato di credito*, en *BIDR* 28 (1916), pp. 221 y 222.

²⁶⁰ *Die Aufträge...cit.*, pp. 193 y ss.

mandatum ut credas y el *mandatum ut fideiubeas* entraron a formar parte del sistema contractual clásico.

Bortolucci²⁶¹ critica a dicha teoría que no explique las razones de esta transformación, y también critica que utilice figuras como la *fideiussio* y la prenda al hablar del origen del mandato de crédito, cuando la más antigua forma de garantía es la personal y dentro de ésta la *sponsio*; y por último le critica la contradicción que supone hablar de crédito en la época primitiva mientras se acepta el concepto de la originaria economía de consumo. Por último, también señala que si se aceptara dicha teoría no se entendería la disputa entre Servio y Sabino sobre la naturaleza del mandato de crédito, ya que el primero negó su validez basándose en la falta de aquellos elementos que son necesarios para la calificación del mandato como contrato consensual.

También Sokolowski²⁶² se pronuncia sobre el tema y afirma que el mandato de crédito tiene su antecedente más inmediato en el *iussum*, y, para probar tal afirmación, parte del presupuesto de que mandato y *iussum* son dos instituciones muy semejantes, y el segundo constituye una operación de garantía que contiene una *intercessio* que hace que se aproxime mucho a la *fideiussio*.

²⁶¹ BIDR 28, p. 227.

²⁶² *Die Mandatsbürgschaft*. Halle (1891), pp. 9-40 y pp. 64-77.

En apoyo de su teoría cita los siguientes puntos en común entre ambas figuras²⁶³ :

- ninguna de las dos necesita del cumplimiento de requisitos formales
- las dos van dirigidas a la conclusión de negocios de otro
- ambas coinciden en cuanto a los efectos de una *ratihabito* posterior²⁶⁴ .

En cuanto a la relación concreta entre *iussum* y mandato de crédito, cita como nota común, el hecho de que ambos presuponen la emisión de una expresa promesa por la cual se responde por el resultado del negocio llevado a cabo con una tercera persona, y en ambas figuras es esta promesa la que constituye la causa de la obligación, y esta asunción de garantía viene expresada en ambas figuras prácticamente de la misma forma, utilizando las mismas expresiones, como por ejemplo *periculo meo crede*²⁶⁵ .

El mismo autor se plantea la siguiente pregunta, si mandato y *iussum* son figuras tan parecidas, ¿ por qué en lugar de dar aplicación general al segundo se acudió a la figura del mandato ?²⁶⁶ . Él mismo cree encontrar la explicación precisamente en una de las pocas notas que diferencian ambas figuras.

²⁶³ Ult. op. cit., p. 65.

²⁶⁴ En este sentido cita: D. 15,4,1,6 (*Ulp. 29 ad ed.*) y D. 29,2,6,1 (*Ulp. 6 Sab.*).

²⁶⁵ D. 15,4,1,1 (*Ulp. 29 ad ed.*), D. 16,3,1,14 (*Ulp. 30 ad ed.*), D. 17,1,12,13 (*Ulp. 31 ad ed.*).

²⁶⁶ *Die Mandatsbürgs...cit.*, p.69.

En el *iussum* nos encontramos con una gran limitación que viene dada por la estrecha relación de las obligaciones del *iubens* y del sometido, como acontece en el caso de que un padre de familia autorice un préstamo a su sometido presentándose él mismo como *fideiussor*, si llegado el momento del vencimiento el acreedor se dirige contra dicho fiador y no obtiene la completa satisfacción, ya no puede dirigirse contra el deudor principal, el hijo, puesto que por causa de la *litis contestatio* dicha acción se ha consumido.

Para Sokolowski, es precisamente esta limitación la que determina que se acuda a la figura del mandato, y que se generalice la utilización en la práctica de dicha figura en función de garantía. Es decir, el principal problema del *iussum* está en el hecho de que en este caso la obligación principal y la obligación accesoria en realidad son una misma obligación con un mismo fundamento, con lo cual la celebración de la *litis contestatio* al ejercitar cualquiera de las dos acciones, supone que se consuma también la otra, y señala que dicho problema se acaba con la incorporación de un "Garantiecontract" al mandato, que hará que dicha figura sea muy utilizada en la práctica, ya que se consigue una independencia perfecta entre la relación de mandato y las obligaciones resultantes del asunto objeto del encargo. Esta independencia viene plasmada en la práctica en la existencia de una específica acción para cada parte, y en este sentido cita:

D. 17,1,6,4 (Ulp. 31 ad ed.)

Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

En dicho texto, se nos dice que en el caso de un mandato en el que el mandante no tiene interés, queda obligado el mandatario frente al mandante, pero también éste frente al mandatario.

Sokolowski afirma que dicho texto sólo puede ser correctamente entendido, cuando lo interpretamos teniendo en cuenta que estamos tratando aquí de un “Garantiemandat”, y que la acción a la que se hace referencia no puede ser otra que la *actio mandati contraria*, lo cual puede concluirse de la utilización del tiempo verbal *sum*, (*ego tibi sum obligatus*), en oposición a *erit mihi tecum mandati actio*²⁶⁷.

Así pues, la única explicación para esta afirmación según la cual el mandatario puede reclamar contra el mandante aún cuando estamos ante un mandato en cuyo cumplimiento no tiene ningún interés el mandante, es el hecho de que existe junto al mandato una promesa de garantía por la cual el mandante se ha obligado a responder frente al mandatario por los perjuicios sufridos como consecuencia de la ejecución del mandato. Ello es, también, la

²⁶⁷ Ult. op. cit., p 75, donde también cita como ejemplos de la independencia entre las obligaciones que surgen del mandato utilizado en función de garantía: D. 17,1,60, pr. (*Scaev. 1 resp.*) y D. 46,1,13 (*Iul. 14 dig.*).

explicación de que el mandante pueda dirigir determinadas pretensiones frente al mandatario como, por ejemplo, la exigencia de la cesión de acciones y derechos que el mandatario tiene contra el deudor principal²⁶⁸.

Según explica Sokolowski, existen varias acepciones del término *iussum*²⁶⁹:

- orden como expresión del poder (“Gewalt”) del *pater familias*²⁷⁰
- un sentido muy antiguo es el de *iubere* del “Gewalthaber” como toma de posesión de una herencia a través de un hijo de familia o de un esclavo²⁷¹, si bien el propio Sokolowski señala que el empleo del *iussum* en tal sentido es muy antiguo y, aunque podría pensarse que existe una gran similitud con la *auctoritas* del tutor, pues la *aditio hereditatis* sin el *iussum* no es válida, existe una gran diferencia en cuanto a los efectos, puesto que el *pater familias*, es el sujeto final al que se refieren los efectos que de la actuación del hijo, contando con la autorización del padre, se derivan.
- en tercer lugar, cita a Mandry²⁷², quien entiende el *iussum* no como una orden sino como una autorización, (“Ermächtigung”), para la ejecución de

²⁶⁸ A ello se refiere en ult. op. cit., p. 72, pero de ello nos ocuparemos más adelante.

²⁶⁹ Ult. op. cit., pp. 10-13.

²⁷⁰ Con tal sentido aparece en textos como: D. 3,2,11,4 (*Ulp. 6 ad ed.*); D. 3,2,1 (*Iul. 1 <dig.>*), D. 3,2,12 (*Paul 5 ad ed.*); D. 3,2,13 (*Ulp. 6 ad ed.*); D. 47,10,17,7 (*Ulp. 57 ad ed.*); D. 44,7,20 (*Alf. 2 dig.*).

²⁷¹ C. 6,24,3,2 y C. 6,61,8,2.

²⁷² *Das gemeine Familiengüterrecht*. Tübingen (1876), I, p. 104; citado por SOKOLOWSKI en *Die Mandatsbürgs...cit.*, p. 12.

determinados negocios en los que el sometido puede intervenir pero cuyos resultados no puede asumir si no interviene la autorización.

Así, en el caso antes señalado de la aceptación de la herencia, el *pater familias*, a través del *iussum*, ofrecía la garantía implícita de que él iba a responder junto con el hijo.

- y por último, una nueva etapa en el desarrollo del *iussum* viene marcada por la introducción de las acciones adyecticias, siendo en este momento donde ya aparece claramente el carácter de la obligación asumida por el hijo, obligación de cuyo cumplimiento responde el propio *pater familias*. Todo ello como consecuencia del carácter de promesa de garantía (“Garantiezusage”) que implica el *iussum*, pudiendo ser exigida esta responsabilidad asumida por el *iubens* a través de la *actio quod iussu*.

Tan importante es esta función de garantía que lleva implícita el *iussum*, que es impensable la *actio quod iussu* si el tercer contrayente no ha concluido el contrato teniendo presente el *iussum* del padre.

Sin embargo, Bortolucci²⁷³ afirma que el *iussum* no sólo no es una promesa de garantía, sino que es precisamente lo contrario, porque, en el *iussum*, el *iubens* está asumiendo directamente la obligación, puesto que el negocio le pertenece, mientras que en el negocio de garantía el garante promete al acreedor que le responderá de los posibles perjuicios derivados del

²⁷³ BIDR 28, p. 230.

negocio que éste ha contraído con el deudor, negocio que no está dentro de su esfera jurídico-patrimonial.

Es decir, en el *iussum* el *iubens* no está asumiendo más que una obligación propia, mientras que en la promesa de garantía, protege a otra persona de las consecuencias de un negocio que nada tiene que ver con la esfera jurídico-patrimonial del *iubens*.

En cuanto a la relación entre *iussum* y *fideiussio*, mantienen opiniones dispares Sokolowski²⁷⁴ y Drechsler²⁷⁵.

Drechsler, se ocupa del tema a propósito de un texto de Papiniano:

D. 14,3,19,2 (Pap. 3 resp.)

Tabernae praepositus a patre filius mercium causa mutuum pecuniam accepit: pro eo pater fideiussit: etiam institoria ab eo petetur, cum acceptae pecuniae speciem fideiubendo negotio tabernae miscuerit.

En este caso, estamos ante un padre que pone a su hijo al frente de un comercio, el cual recibe en préstamo una cantidad de dinero que va a destinar a comprar mercancías, saliendo el padre fiador por él, y Papiniano, afirma que en un supuesto tal se puede demandar con la acción institoria, pues la fianza del padre hace que el préstamo se incorpore al negocio.

²⁷⁴ *Die Mandatsbürgs...cit.*, p. 18.

²⁷⁵ *Die actio quod iussu*. Würzburg (1877), p. 89, citado por SOKOLOWSKI en ult. op. cit., p. 18.

Según Drechsler, el *iussum* no tiene nada en común con la *intercessio*, ya que, como se ve claramente en texto citado, el *pater familias* está garantizando el cumplimiento de una obligación que el hijo ha contraído por cuenta propia, sin que haya intervenido el *iussum* del padre. En este caso el padre interviene como fiador al igual que hubiera podido hacerlo cualquier otra persona, su *intercessio* en favor del hijo no tiene nada que ver con el *iussum*.

Por el contrario, Sokolowski²⁷⁶, y a propósito del mismo texto, subraya la importante conexión y semejanza que existe entre *iussum* como promesa de garantía (“*Garantieversprechen*”), y la *intercessio*, citando varios textos como ejemplos de los muchos que, según él, ponen de manifiesto dicha conexión, como por ejemplo:

D. 45,1,91,4-5 (Paul. 17 Plaut.)

(4) Nunc videamus, in quibus personis haec constitutio locum habeat. Quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem; accessiones an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuari placet: quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat? cuius sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum, quam successorum eorum; accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus,

²⁷⁶ Ult. op. cit., p. 21.

*perpetuant obligationem, quia in totam causam
sponponderunt.*

*(5) An filius familias, qui iussu patris promisit, occidendo
servum producat patris obligationem, videndum est;
Pomponius producere putat, scilicet quasi accessionem
intellegens eum qui iubeat.*

Sokolowski, pone de relieve cómo en este texto se trata a la *fideiussio* y al *iussum* como *accessio* de una obligación principal. En cuanto al contenido del fragmento, Paulo se ocupa de dos cuestiones: las personas que perpetúan la obligación, que son tanto el deudor principal, como los deudores accesorios, y respecto a qué personas se perpetúa la obligación, de forma que el deudor principal que perpetúa su obligación produce con ello que también se perpetúe la obligación de los deudores accesorios.

Sin embargo, si se extingue la obligación por un acto del fiador, como, por ejemplo, matar al esclavo que el deudor ha prometido, en este caso, el deudor principal queda liberado²⁷⁷.

Todo ello, como señala Bortolucci²⁷⁸, es perfectamente lógico, el problema aparece con relación al párrafo 5, en éste la cuestión es si el hijo

²⁷⁷ D. 45,1,88 (*Paul. 6 Plaut.*).

²⁷⁸ *BIDR* 28, p. 232.

de familia que ha prometido dar un esclavo con autorización de su padre y luego mata a dicho esclavo perpetúa o no la obligación del padre.

En el texto se cita la opinión de Pomponio afirmando que sí se perpetúa la obligación del padre y el argumento para dicha afirmación es que debe considerarse que el padre que autoriza al hijo es como un deudor accesorio.

Sin embargo, Bortolucci, señala que no se pueden aplicar al *iussum* los principios relativos a las accesiones, porque éste no es una accesión, sino la asunción de una obligación propia, y continúa señalando que la argumentación de Pomponio, *scilicet quasi accesssionem...qui iubeat*, es un añadido justiniano, y, en ningún caso, puede atribuirse a Pomponio, puesto que, si el *iussum* hubiese sido considerado como una accesión no cabría ninguna duda sobre si el padre está obligado. Sin embargo, en este caso, el padre está obligado porque se trata de una obligación propia, que afecta a su propio patrimonio, y no porque sea un deudor accesorio, como quiere indicar el texto, que habría sido retocado en tal sentido en época justiniana.

Continuando con los textos que Sokolowski cita para apoyar su teoría de la conexión entre *iussum* y *fideiussio*, podemos ver:

D. 39,5,2, pr. (lul. 60 dig.)

Si cum filius familias pecuniam donare vellet, patris iussu eam promisit, valet donatio, perinde ac si fideiussorem dedisset.

En este caso, Sokolowski, cree ver en este texto de Juliano una atribución de la misma eficacia al *iussum* que la que tiene la *fideiussio*.

El supuesto es el de un hijo de familia que quiere donar una cantidad de dinero y la promete contando con la autorización del padre, de manera que el texto nos dice que la donación es válida, y lo es porque es como si el hijo de familia hubiese dado un fiador de su promesa.

Bortolucci²⁷⁹, por el contrario, piensa que Sokolowski no interpreta correctamente el texto, ya que Juliano está haciendo referencia a dos negocios distintos. Por una parte, nos dice que el tercero a quien un hijo de familia ha prometido una donación contando con la autorización del padre, está legitimado para, en su caso, poder ejercitar la *actio quod iussu*, y por otra parte, si el padre interviene como *fideiussor*, tal y como podía haber intervenido cualquiera, podrá ser demandado con la acción derivada de la *fideiussio*. El mismo autor continúa señalando al respecto que el hecho de que se trate en un mismo texto el *iussum* y la *fideiussio*, no quiere decir que tengan alguna conexión o que se esté haciendo un tratamiento conjunto de dos figuras similares. Así, por ejemplo, cita el caso de una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano:

²⁷⁹ Ult. op. cit., p.233.

C. 4,26,9(8) (a. 294)

Si mandator pro filio tuo exististi vel iussu tuo cum eo quem in potestate tunc habuisti contractum est, intellegis et sorti et usuris te parere oportere, si te omnibus obligasti, ut res quae pignoris iure detinentur liberari possint, quod si fideiussor creditae pecuniae intercessisti, teneri te ex ea obligatione explorati iuris est.

Dicho texto contiene dos hipótesis, una primera que se refiere a la *fideiussio*, y sólo la segunda es llamada *intercessio*.

Sokolowski²⁸⁰, concluye que el carácter de garantía que lleva implícito el *iussum* es el fundamento de la utilización de la *actio quod iussu*²⁸¹, ya que una mera *nuda commendatio* sin una especial promesa de garantía no puede ser tratada como tal y produce una obligación tan poco efectiva como la de una simple recomendación²⁸². También señala que es este carácter de garantía, propio del *iussum* lo que lleva a que éste y el “Garantiemandat” sean tratados bajo los mismos principios siendo una muestra de este tratamiento:

D.15,4,1,3 (Ulp. 29 ad ed.)

Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur iussisse.

²⁸⁰ *Die Mandatsbürgs...*cit., p. 38.

²⁸¹ En tal sentido cita: C. 4,26,13 y C. 4,26,9(8).

²⁸² Como ejemplo de tal supuesto cita: D. 17,1,12,12 (Ulp. 31 ad ed.).

En dicho texto, se nos dice que, cuando existe un mandato por parte del *pater familias*, es como si existiera una autorización. Según Sokolowski, sólo partiendo de esta idea podía el *iussum* cumplir con su finalidad en relación a la *actio quod iussu* y ofrecer al tercero la garantía de que el *iubens* procurará que el sometido cumpla con las obligaciones nacidas del negocio autorizado, e incluso responder él mismo por el cumplimiento.

Otra razón que da el mismo autor en favor de su teoría es el hecho de que en las fuentes podemos encontrar textos donde se utiliza el *iussum* cuando perfectamente podían referirse a un mandato, citando los siguientes:

D.16,3,1,14 (Ulp. 30 ad ed.)

Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri et ait, si tuo nomine, hoc est, quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem; si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est, nec mandati teneris, quia rem meam gessi. sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is, qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum; quid enim, si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres, neque bonorum possessor, neque

*successor eius estaret? tenebitur ergo, ut id praestet,
quod depositi actione praestari solet.*

En dicho texto se nos dice que, si queriendo depositar algo a A, éste hubiese autorizado al depositante a depositarlo en un liberto de A, el depositante tiene la acción de depósito contra A, pero si A hubiera convencido al depositante para que deposite la cosa al liberto, se dice que el depositante no tiene ninguna acción contra A y tiene la acción de depósito contra el liberto-depositario. Y además se añade en el texto, y a propósito de este supuesto, que A no queda obligado por la acción de mandato ya que el depositante está gestionando un asunto propio.

Respecto a este texto, Bortolucci²⁸³, señala que el “*iussum non è affatto in funzione di mandato; esso indica semplicemente la dichiarazione di volontà*”.

La doctrina ha admitido generalmente que dicho texto es de procedencia bizantina y Perozzi²⁸⁴, por ejemplo, destaca que el pasaje “*sed si mandasti...non video*” es un añadido postclásico. Krüger²⁸⁵, por su parte incide en el carácter postclásico de la glosa “*hoc est custodituro*” y hace una propuesta sobre cuál sería el tenor original: “*tecum nullam esse actionem, cum illo depositi, nec mandati te teneri*”.

²⁸³ *BIDR* 28, pp. 151 y ss.

²⁸⁴ *Istituzione di diritto romano* II. Roma (1928), p. 306 n.2.

²⁸⁵ *Kritisch Vierterjahresschrift*, N.F.XV (1892), pp. 534 y ss., citado por CONSTADAKY, *Le mandat de crédit*. Paris (1932), p. 31.

Bortolucci²⁸⁶, señala cómo Ulpiano cuando está explicando las opiniones de Pomponio y de Labeón, opiniones que no se referían a la hipótesis del mandato, sino al supuesto de la *fideiussio* a favor del depositario, lo hace para enunciar su propia doctrina, sin recurrir a la doctrina de Sabino, a la que en cambio sí recurre Juliano en un caso similar, D.17,1,32, y el propio Ulpiano en D.17,1,6,5. También señala que le resulta curioso que Pomponio, para negar la validez de tal mandato, recurra a la expresión “*si suaseris mihi...mandati non teneris quia rem meam gessi*”, cuando en realidad se limitaba a negar la *actio mandati contraria*.

Por último, Bortolucci finaliza concluyendo que son los bizantinos quienes afirman que quien aconseja al propietario de una cosa que la deposite no se obliga, mientras que sí se obliga si existe un mandato en tal sentido; y son también los bizantinos quienes dan validez al mandato *tua gratia* recurriendo para ello a la mera voluntad de obligarse.

Constadaki²⁸⁷, añade a las críticas ya señaladas, que, probablemente, la opinión de Labeón sobre la validez de la *fideiussio* originalmente se opondría a las conclusiones de Ulpiano sobre el mandato, claro que al corroborarlas, tienen un efecto de aproximación entre el mandato de crédito y la *fideiussio*, lo cual denota un marcado carácter bizantino.

²⁸⁶ BIDR 28, pp. 151 yss.

²⁸⁷ *Le mandat de...cit.*, p. 32.

Ahora bien, dicho autor no cree que, al contrario que Bortolucci, estas manipulaciones del Digesto tuvieran como finalidad dar validez al mandato *tua gratia* recurriendo para ello a la existencia de la simple voluntad de obligarse por parte del mandante.

Continúa preguntándose qué hay que entender por “voluntad de obligarse”, si es la voluntad de obligarse que aparece normalmente en todo mandato válido, en el caso del mandato *tua gratia* no puede producir ningún efecto, ya que el propio contrato es nulo; si es una voluntad de obligarse que no tiene nada que ver con el mandato, es decir, se trata de una promesa de garantía válida, es de esta promesa de donde nacerán las correspondientes obligaciones, y no de un mandato que es nulo.

Constadaki cree, finalmente, que la opinión atribuida a Ulpiano es una solución estrictamente “d’espèce qui se trouve justifiée par une opération nouvelle, car il est fort probable que celui qui garantit un dépôt ne le fait pas gratuitement, et, dès lors, l’opération se résumerait à réaliser une sorte d’assurance de marchandises entreposées.”

Otro texto citado en el mismo sentido es:

D.17,1,6,6 (Ulp. 31 ad ed.)

Apud Iulianum libro tertio decimo digestorum quaeritur, si dominus iusserit procuratorem suum certam pecuniam sumere et faenerare periculo suo, ita ut certas usuras domino penderet dumtaxat, si pluris faenerare potuisset,

ipse lucraretur, in creditam pecuniam videtur, inquit, accepisse. Plane si omnium negotiorum erat ei administratio mandata, mandati quoque eum teneri quemadmodum solet mandati teneri debitor. Qui creditoris sui negotia gessit.

Bortolucci²⁸⁸ también se muestra contrario a aceptar que, en este texto, tal y como asegura Sokolowski, pudiera hablarse indistintamente de mandato o de *iussum*, sino más bien piensa que en este texto se presentan dos hipótesis distintas: en la primera, Juliano dice que estamos ante un mutuo, y en la segunda, que estamos ante un mandato.

Continuando con los textos citados por Sokolowski, podemos ver:

D.43,24,6 (Paul. 67 ad ed.)

Si ego tibi mandavero opus novum facere tu alii non potest videri meo iussu factum. Teneberis ergo tu et ille: an et ego teneat videamus, et magis est et me, qui initium rei praestiterim teneri. Sed uno ex his satisfaciente ceteri liberantur.

En este texto, se trata el caso de un mandato de hacer una obra nueva, en el que el mandatario lo encarga a su vez a otro mandatario, diciendo el texto que tal cosa no puede entenderse hecha con la autorización del mandante.

²⁸⁸ *BIDR* 28, p. 234.

Bortolucci piensa al respecto que no puede verse en este texto un acercamiento de mandato y *iussum* simplemente porque partiendo de la hipótesis de un mandato se determina que la obra no puede considerarse cumplida *iussu mandantis*, sino que no hay responsabilidad del mandante frente al mandatario del mandatario²⁸⁹.

También cita Sokolowski:

D. 46,3,108 (Paul. 2 man.)

Ei, qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, quia talis est lex obligationis; ideoque etiam invito me recte ei solvitur. Ei autem, cui iussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur quia mandatum morte dissolvitur.

En este caso, Bortolucci piensa que Paulo se está refiriendo a dos hipótesis distintas, una primera en la que se refiere no a la *stipulatio* sino a la *adstipulatio*²⁹⁰, siendo el efecto que el deudor queda liberado frente a los herederos del mandante, señalando también que considera que el párrafo “*ideoque-solvitur*” está en contradicción con “*post mortem meam solvi*”, a no ser que se interprete que en él se expone la hipótesis de pago voluntario antes de que se produzca la muerte del mandante. Y en la segunda hipótesis,

²⁸⁹ Ult. op. cit., p. 235.

²⁹⁰ Gai. 3,117.

siempre según Bortolucci, nos encontramos con un supuesto que no tiene relación con el primero, se refiere al *iussum* que se da a un tercero para recibir el pago del deudor del *iubens* tras la muerte de éste, y este autor piensa que, probablemente, la razón por la que se niega eficacia al pago es que la autorización igual que nace, cesa cuando lo hace la voluntad del autorizante.

Por todo lo visto, concluye que "due istituti giuridici (*mandatum e iussum*) possono avere uno stesso effetto relativamente a uno stesso atto (pagamento), senza essere nella loro struttura identici o anche soltanto affini"²⁹¹, y se muestra contrario a admitir la validez de la opinión mayoritaria según la cual la *ratihabitio* tiene en el ámbito del *iussum* los mismos efectos que en el mandato.

A este respecto cita:

C. 4,28,7,pr. (a.530)

Si filius familias citra patris iussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum contractum habuerit veterum ambiguitatem decidentes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandatu filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, ob noxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum, cum testimonium paternum respuere satis iniquum est. Necesse est enim, patris ratihabitionem vel principali mandato patris vel consensui non esse absimilem, cum nostra novella lege et

²⁹¹ *BIDR* 28, pp. 236 y237.

generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahitur et confirmat eaquae ab initio subsecuta sunt. Et haec quidem de privatis hominibus sancienda sunt.

En dicho texto se duda de los efectos de una ratificación posterior de los actos ya realizados por alguien a quien se ha puesto al frente de un negocio, y la duda surge por la existencia del principio según el cual la autorización debe preceder, y no seguir, al acto autorizado.

Bortolucci²⁹² señala que con esta constitución, Justiniano ha provocado la aproximación de *iussum* y mandato, haciendo que desaparezca la primitiva autonomía del *iussum*, y que en consonancia con el contenido de la constitución justiniana, fueron alterados textos relativos a la materia como por ejemplo:

D. 15,3,5,2 (Ulp. 29 ad ed.)

Quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi: sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit: si vero nihil eorum est, de peculio erit actio.

Según el mismo autor, el texto ha sido retocado de tal forma que prácticamente es imposible conocer su contenido original, porque interpretado

²⁹² Ult. op. cit., p. 237.

tal y como nos ha llegado, resulta que si el esclavo compró para su dueño con el consentimiento de éste, puede ejercitarse la *actio quod iussu* y que si lo hizo sin contar con su consentimiento pero luego hubo ratificación, en este caso se concede la *actio de in rem verso*.

Lo afirmado por Ulpiano en este texto, según continúa diciendo Bortolucci, está en contradicción con lo dicho por el mismo jurista en el mismo libro de su comentario al Edicto:

D. 15,4,1,6 (Ulp. 29 ad ed.)

*Si ratum habuerit quis quod servus eius gesserit vel filius,
quod iussu actio in eos datur.*

Tal y como señala Bortolucci, esta formulación tan absoluta tiene todo el aspecto de ser justiniana, y para él está claro que estos efectos de la *ratihabitio* sobre el *iussum* son una creación justiniana²⁹³.

Por el contrario, Müller²⁹⁴ no sólo no expresa tales dudas sobre dicho texto, sino que además lo utiliza para poner de manifiesto una de las diferencias que, a su criterio, existen entre *iussum* y mandato de crédito, y para ello lo compara con otro texto de Ulpiano:

²⁹³ *BIDR* 28, pp. 238 y 239, donde señala también dos textos más en los que puede apreciarse tal circunstancia: *D. 15,4,3 (Ulp. 2 resp.)* y *D. 15,4,5,1 (Paul. 4 Plaut.)*.

²⁹⁴ *Der Kreditauftrag als mandatum qualificatum insbesondere nach römischem und schweizerischem Recht*. Zürich (1936), p. 17.

D. 17,1,12,14 (Ulp. 31 ad ed.)

*Si post creditam pecuniam mandavero creditori
credendam, nullum esse mandatum rectissime
Papinianus ait.*

En dicho texto Ulpiano atestigua que Papiniano considera nulo el mandato de crédito posterior a la concesión de dicho crédito. Es decir, que, para Müller, una de las diferencias que existen entre mandato de crédito y *iussum* es el hecho de que con respecto a este último cabe la ratificación posterior, mientras ésta no cabe respecto al primero.

Tampoco Förster²⁹⁵, al igual que Bortolucci, comparte las opiniones expresadas por Sokolowski con relación al origen del mandato de crédito, en concreto se refiere a la tesis presentada por este último como meras suposiciones, e intenta refutar dicha teoría basándose en dos diferencias fundamentales entre *iussum* y mandato de crédito.

La primera de estas diferencias hace referencia al *iussum* entendido como autorización para actuar como representante o delegado del padre, "...: also Ermächtigung zu stellvertretendem Handeln".

Sólo con base en esta autorización el padre resulta obligado por los negocios que realiza el hijo, pues la garantía del *iubens* es el fundamento del negocio que entabla con un tercero el hijo de familia autorizado por su padre.

²⁹⁵ *Der Kreditauftrag*. Leipzig (1903), p. 134.

Las obligaciones que nacen de este negocio se refieren directamente al padre de familia, puesto que en realidad hacen referencia a un negocio propio del *iubens*, mientras que en el caso de una promesa de garantía estamos tratando con negocios ajenos, cuyo contenido no afecta al garante.

Förster admite que, en ocasiones, *iussum* y fianza aparecen tratados uno al lado del otro en determinados textos, como, por ejemplo, los ya citados D. 45,1,91,4,5 (*Paul. 17 Plaut.*) y D. 39,5,2,pr. (*Iul. 60 dig.*), pero afirma que la conexión entre ambas figuras es puramente superficial, y así cita otros textos en donde se expresa que *iussum* y fianza son dos figuras distintas:

D. 16,1,25, pr.-1(Mod., de heur.)

Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenebitur.(1) Quod si pro eo fideiuserit, exceptione senatus consulti Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit.

D. 15,4,1,5 (Ulp. 29 ed.)

Quid ergo si fideiuserit pro servo? ait Marcellus non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fideiuserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quae sententia verior est.

En ambos textos se distingue expresamente entre ambas figuras, señalando que según estemos en un caso o en otro, la solución es distinta, e incluso se afirma de forma expresa que una cosa es autorizar y otra afianzar, (... , *sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere.*)

La segunda diferencia que Förster observa entre "iussum y mandato de credito" se refiere a la forma de manifestación de la voluntad de garantizar una obligación, en la que el acreedor puede llegar a tener conocimiento de la existencia del *iussum* bien a través del hijo, bien a través del padre. Pero el *iussum* no es ningún contrato con el tercero, sino una autorización, que en ningún caso debe ser explicada al acreedor, y no importa cómo llega a conocimiento del tercero la existencia del *iussum*, lo único que importa es que el acreedor ha contratado con el hijo de familia porque sabía de la existencia de éste, pues sólo en ese caso queda obligado el padre por lo actuado por el hijo. Mientras que, por el contrario, en el contrato de garantía la manifestación de dicha asunción de garantía ha de ser expresa.

Förster²⁹⁶, piensa que no hay que buscar el origen del mandato de crédito en los estrechos límites de la antigua familia romana, sino en el libre juego de las fuerzas que actúan en el mercado; es decir, piensa que hay que ver en el mandato de crédito una figura que aparece de forma espontánea y como una secuenciación natural de la práctica mercantil diaria. La aparición del mandato de crédito se produce cuando, a partir del s.III a.C., Roma comienza a

²⁹⁶ Ult. op. cit., p. 138.

convertirse en una fuerza conquistadora y va extendiendo su territorio y, por tanto, también el ámbito de sus relaciones comerciales; en este momento comienza a tener una importancia fundamental la figura del crédito, y la forma más utilizada para conseguir que a alguien se le conceda un crédito es el mandato.

Förster pone el ejemplo de dos personas que desde lugares distintos tienen una relación de negocios, pudiendo ocurrir que una de estas personas tenga problemas financieros, lo cual, claro está, no interesa al otro, quien lo que puede hacer es mediar para que consiga un préstamo, para lo cual tendrá que garantizar la posible indemnización al prestamista y el instrumento que se utilizará para conseguir tal finalidad será sin duda el mandato de crédito.

Müller²⁹⁷, se muestra conforme con la teoría formulada por Förster, e incluso señala que dicha teoría explicaría por qué las fuentes hablan tan a menudo de mandatos de crédito encargados de forma escrita a través de un documento, como, por ejemplo, en C. 4,35,7(sin fecha), D. 17,1,56, pr. (*Pap. 3 resp.* = D.50,17,81); D. 17,1,59,5 (*Pap. 4 resp.*); C. 8,40(41),2(a.207).

Según continúa Förster, estaríamos, por tanto, ante un negocio cuya forma externa es la de un mandato, una persona requiere a otra para que haga un préstamo a un tercero, y le asegura que no sufrirá ningún perjuicio con relación a dicho préstamo. En esta circunstancia se trataría de un mandato

²⁹⁷ *Der Kreditauftrag als...cit.*, pp. 15 y 16.

con un contenido de carácter claramente económico, que es conseguir que se preste una cantidad de dinero a alguien.

Förster²⁹⁸, afirma que los juristas acaban separando la forma jurídica del contenido de carácter económico, dando mayor importancia al medio jurídico, el contrato de mandato, utilizado para conseguir la finalidad económica perseguida: la concesión del crédito. Dicha separación, y el que se dé mayor importancia a la forma que al contenido, es lo que va a determinar el triunfo de la tesis defendida por Sabino, quien considera el mandato de crédito como un mandato, frente a la teoría de Servio, quien afirma que aquí no hay un tal mandato sino un simple consejo²⁹⁹.

Con esta última teoría está de acuerdo Constadaky³⁰⁰, él también piensa que son las nuevas necesidades de carácter práctico que exige el tráfico mercantil, lo que determina la necesidad de crear una nueva forma de garantía que sea más flexible que las ya existentes, señala que se crea para evitar los problemas creados por la exigencia de la presencia de las partes en las formas de garantía anteriores al mandato de crédito, y también coincide con Förster en que el mandato de crédito es un mandato cuyo especial carácter viene dado por su característico objeto, si bien ambos autores difieren

²⁹⁸ Ult. op. cit., pp. 140 y 141.

²⁹⁹ A ambas posturas y a su enfrentamiento hace referencia *Gai.* 3,156, y del estudio de dicho texto y de la llamada "controversia Servio-Sabino" nos ocuparemos en el apartado II.2.2 del presente capítulo.

³⁰⁰ *Le mandat de...cit.*, p. 95.

en cuanto a cuál es el objeto perseguido por las partes cuando utilizan un mandato de crédito.

Para Förster³⁰¹ el objeto que se persigue cuando se acude a un mandato de crédito es propiamente la concesión del crédito sin más, no entra dentro de la voluntad de las partes conseguir con el mandato de crédito la garantía de éste.

Por el contrario, Constadaky³⁰² piensa que la finalidad perseguida con el mandato de crédito es precisamente la garantía del crédito del mandatario a favor del tercero.

También Müller³⁰³ piensa que el origen del mandato de crédito hay que buscarlo en una necesidad de la práctica comercial en la que aparece como piedra angular el crédito, de manera que a medida que Roma va creciendo, se hace indispensable la creación de una figura que permita conseguir dicho crédito aún sin estar presentes las partes, y señala que la explicación de la aparición del mandato de crédito no está en la necesidad de crear una nueva forma de garantía menos rígida que las ya existentes, así como tampoco cree que el *iussum* sea el antecedente del mandato de crédito, pues, según afirma tajantemente, el *iussum* es una autorización, y no un contrato, dando igual que lo entendamos como una autorización al tercero para que contrate con el

³⁰¹ *Der Kreditauftrag...cit.*, p. 145.

³⁰² *Le mandat de...cit.*, p. 99.

³⁰³ *Der Kreditauftrag als...cit.*, pp. 15 y 16.

sometido o como una autorización al sometido para que contrate con el tercero, lo que hay que tener claro es que el *iussum* solamente es “eine blosse Ermächtigung zu kontrahieren”. Y añade que la condición previa al *iussum* del padre de familia es siempre una relación de poder, lo cual no ocurre en el mandato de crédito, puesto que hemos visto cómo lo normal es que el mandato se de entre personas unidas por una relación de amistad y no de poder.

Müller³⁰⁴ coincide con Förster y Sokolowsky en cuanto a determinar qué es lo que le da ese carácter especial que tiene el mandato de crédito, dicha especialidad es consecuencia del contenido del mismo, pero difiere de ellos al concluir que se trata de un contrato de mandato cuya especialidad es la concesión de un crédito a un tercero.

En nuestra opinión, el mandato de crédito surge para satisfacer una necesidad de la práctica mercantil, que no es otra que poder conseguir la concesión, a una tercera persona, de un crédito de forma rápida y con la seguridad que deriva de la intervención del mandante, puesto que en caso de que el prestatario no devuelva el crédito, el prestamista-mandatario siempre tiene la posibilidad de dirigirse contra su mandante en vía de regreso.

³⁰⁴ Ult. op. cit., p. 18.

II.2- NATURALEZA JURÍDICA.

II.2.1- POSTURAS EN LA DOCTRINA.

En cuanto a cuál es la naturaleza jurídica del *mandatum pecuniae credendae*, existen distintas posturas dentro de la doctrina, posturas que varían a la hora de encuadrar el mandato de crédito dentro de una u otra categoría jurídica.

Así, nos encontramos con que los efectos comunes que se derivan del mandato de crédito y de la *fideiussio*, llevan a algunos autores a afirmar la identidad de ambas instituciones, y sólo admiten la existencia de diferencias de carácter formal, como son que la *fideiussio* requiere una forma verbal, la necesidad de que el mandato de crédito preceda al acto a garantizar y la posibilidad de constituir un contrato de mandato aún cuando una de las partes esté ausente.

Sin embargo, dicha teoría no fue aceptada por la mayoría de los autores por considerar que tales diferencias no eran sólo de carácter formal o externas, sino que se trataba de diferencias mucho más importantes y que aunque externamente puedan verse como que son esencialmente similares, la realidad es que sus orígenes son bien distintos.

Así, en este sentido, se expresa Müller³⁰⁵, quien afirma que una vez se produce la desaparición de la *sponsio* y la *fidepromissio*, la *fideiussio* era la

³⁰⁵ Ult. op. cit., pp. 33 y ss.

única forma de garantía que se conocía, y que junto a ella aparecen el mandato de crédito y el *constitutum debiti alieni*, existiendo entre las tres figuras sólo una conexión de tipo económico, siendo en cuanto a su construcción jurídica muy diferentes, especialmente el mandato de crédito y la *fideiussio*.

Además de las diferencias formales a las que ya hemos hecho referencia, señala la importancia de las diferencias materiales que son las que hacen inaceptable la teoría de la identidad del mandato de crédito y la *fideiussio*. Dichas diferencias materiales son:

- la accesoriedad de la *fideiussio*, consecuencia del *idem* que aparece en la fórmula y que supone que el *fideiussor* se comprometa a lo mismo, exactamente lo mismo, a lo que se ha comprometido el deudor principal.

Muy distinta es la responsabilidad del mandante en el mandato de crédito, ya que éste responde frente al mandatario de los perjuicios que sufra como consecuencia de la ejecución del mandato, y para exigir el cumplimiento de dicha responsabilidad, el mandatario puede utilizar la *actio mandati contraria*, como consecuencia de la aplicación al mandato de crédito de la regulación jurídica del mandato en general.

- las distintas consecuencias de la *litis contestatio* en relación a una y otra figura. Así, el principio de carácter general de la consunción de acciones, tenía su principal aplicación con relación a la *fideiussio*, donde el garante debe lo mismo, "*idem*", que debe el deudor principal.

- el hecho de que la *fideiussio* sea un negocio *stricti iuris* y, por el contrario, el mandato de crédito sea un negocio de buena fe, con todas las consecuencias que ello conlleva, como, por ejemplo, la posibilidad de modificar el contenido del contrato a través de los *pacta adiecta*, cosa que no se puede hacer en la *fideiussio*.

- al garante le pertenecen por principio las excepciones del tercero, deudor principal, que tiene en relación con la deuda. Por el contrario, el mandante no tiene ninguna excepción del deudor principal.

Es decir, lo que Müller pone de manifiesto al señalar la existencia, al lado de las diferencias formales, de unas diferencias materiales es el hecho ya destacado de que si bien es cierto que con ambas figuras pueden conseguirse los mismos fines, ello no es posible partiendo de los mismos fundamentos³⁰⁶.

Aún podemos remitirnos a otra teoría según la cual el mandato de crédito no es más que un mandato, aunque dotado de una estructura particular³⁰⁷, y en consecuencia se le aplican las normas propias que regulan el mandato en general.

Por el contrario, Bortolucci³⁰⁸, aún situando también el mandato de crédito en el ámbito del contrato de mandato en general, y por lo tanto

³⁰⁶ Ult. op. cit., p. 41.

³⁰⁷ STAMMLER, *Der Garantievertrag*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 69 (1885), p. 68 y ss.; GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*. Tübingen (1894), pp. 150 y ss.

³⁰⁸ *BIDR* 27, p. 182.

afirmando que al primero se le aplican las normas del segundo, afirma que las particularidades que diferencian a ambas figuras no dependen de su particular estructura, sino de su particular objeto, que es la concesión del crédito.

Estas dos posturas señaladas, parten de una misma idea, el mandato de crédito es un contrato de mandato de carácter especial, y dicha especialidad viene determinada, según la teoría que se admita, ya por su estructura, ya por su contenido.

Sin embargo, también se ha formulado una tercera vía según la cual el mandato de crédito no es un contrato de mandato, existen dos autores que formulan sendas teorías sobre la naturaleza jurídica del mandato de crédito, partiendo de una misma idea, que dicha figura está totalmente fuera del ámbito del contrato de mandato.

Sokolowski³⁰⁹ niega que el mandato de crédito se pueda encuadrar dentro de la figura del contrato de mandato, y piensa que se trata de una nueva forma de fianza mucho más flexible que la rígida *fideiussio* y que recibe el nombre de "Mandatsbürgschaft"³¹⁰.

Dicho autor, señala que, fundamentalmente, la diferencia entre mandato normal y mandato de garantía está en que mientras que el contrato de mandato es un contrato consensual en el que normalmente el mandatario lleva

³⁰⁹ *Die Mandatsbürgs...cit.*, pp. 105 y ss.

³¹⁰ BORTOLUCCI, en *BIDR 27*, p. 130, señala cómo SOKOLOWSKI al enunciar su teoría sigue lo dicho con anterioridad por ARNDTS.

a cabo una acción que va a beneficiar al mandante, en el mandato de garantía estamos ante una promesa de garantía que hace el mandante a favor del mandatario. Estaríamos ante dos figuras con objetos distintos, pues en una la finalidad es beneficiar al mandante y en la otra, beneficiar al mandatario, beneficio éste que no deriva del mero contrato de mandato, sino de la promesa de garantía que se adjunta a tal contrato. Es decir, la consensualidad del mandato implica que desde el primer momento van a nacer obligaciones para las dos partes, mientras que el mandato de garantía es una promesa unilateral que sólo va a generar obligaciones para una de las partes y que es análoga a la *promissio indemnitis*³¹¹

Förster³¹², parte de la misma idea que el anterior, pero la diferencia está en que separa totalmente el mandato de crédito de la figura del mandato y de la *fideiussio*, y construye el mandato de crédito como un contrato de garantía al cual propone llamar “Kreditgarantiegeschäft”, y señala que tiene peculiares características que lo distinguen de los otros negocios de garantía.

Para este autor, la característica esencial del contrato de mandato es que su objeto ha de ser siempre un *negotium proprium* del mandante, es decir ha de tratarse de un encargo de llevar a cabo un negocio por otro, por cuenta y riesgo del mandante³¹³. Se trata de una institución que tiene su fundamento en

³¹¹ *Die Mandatsbürg...*cit., pp. 3 y 5.

³¹² *Der Kreditauftrag...*cit., pp. 151 y ss.

³¹³ *Ult. op. cit.*, p.67.

la utilización de la *actio mandati directa*, que tiene dos funciones, una principal, y una secundaria.

La función principal de la *actio mandati directa* es la de obligar al mandatario a que ejecute el encargo objeto del contrato, y la función secundaria es la de exigir la entrega de lo obtenido a consecuencia de la ejecución del mandato, y junto a la posibilidad de utilizar dicha acción, está la posibilidad que tiene el mandatario de ejercitar la *actio mandati contraria* para exigir del mandante el reembolso de los gastos sufridos al ejecutar el mandato.

Los argumentos que Förster alega en favor de su teoría son cuatro:

- el texto de Celso: D. 17,1,48,1, que según Förster pone de manifiesto la exigencia de que el objeto del mandato sea un asunto del mandante para que el mandato sea válido, ello unido al hecho de que, a su entender, un mandato *aliena gratia* siempre puede reducirse a un mandato *mea gratia*, pues el mandato a favor de un tercero sólo es válido si el mandante tiene un interés jurídicamente relevante en su ejecución³¹⁴.
- el hecho de que, en las fuentes, el mandatario, para el que nunca existió un nombre especial, suele aparecer designado como *procurator*³¹⁵.

³¹⁴ Ult. op. cit., p.97.

³¹⁵ D. 17,1,60,4 (*Scaev. 1 resp.*); D. 17,1,10,7 (*Ulp. 31 ed.*); D. 17,1,8,3 (*Ulp. 31 ed.*); D.17,1,49 (*Marcell. 6 dig.*)...

- la referencia, en los textos en los que se habla de la *actio directa* como acción para obligar a la ejecución del mandato, a un *negotium* del mandante como presupuesto para la utilización de dicha acción³¹⁶.
- el hecho de que la *negotiorum gestio*, que es una institución paralela al mandato, tiene como fundamento la gestión de negocios por cuenta de una persona que ha de ser el *dominus* de dichos negocios³¹⁷.

Partiendo de estos argumentos, Förster concluye que elemento esencial del contrato de mandato es la pertenencia del *negotium* objeto del mismo, al mandante, lo cual le lleva a concluir que el mandato de crédito no es un contrato de mandato, ya que en este caso el negocio pertenece al mandatario.

Así, Förster³¹⁸ señala que al mandato de crédito no pueden aplicársele los caracteres propios del contrato de mandato:

- no existe en el mandato de crédito una acción como la *actio mandati directa* en el mandato, puesto que falta la función principal de ésta: obligar al mandatario a que ejecute el mandato, y en cuanto a la segunda función de dicha acción, obligar al mandatario a restituir todo lo obtenido a consecuencia de la ejecución, cuando dicha acción se utilizaba con tal función en el mandato de crédito se hacía con un fundamento distinto. En este caso, dicha acción se

³¹⁶ D. 47,2,62(61),5 (*Afric. 8 quaest.*); D. 3,5,27(28) (*lav. 8 ex Cass.*); D. 3,5,8,3 (*Scaev. 1 quaest.*); D.13,6,17,3 (*paul. 29 ed.*).

³¹⁷ D. 3,5,1 (*Ulp. 10 ed.*); D. 3,5,2 (*Gai. 3 ed. prov.*); D. 3,5,3 (*Ulp. 10 ed.*).

³¹⁸ *Kreditauftrag...cit.*, p.77.

utiliza para exigir del mandatario la cesión de la acción que tiene éste contra el tercero deudor, y sólo después de haber cobrado del mandante, por lo que en este caso el fundamento para utilizar dicha acción no es que estemos ante un contrato de mandato, sino simplemente razones de equidad.

- en cuanto a la *actio mandati contraria*, ésta, en el normal contrato de mandato, sirve para exigir el reembolso de los gastos ocasionados por la ejecución del mandato, y ,sólo excepcionalmente, puede utilizarse para exigir una indemnización por los daños que el mandatario haya sufrido también en la ejecución del mandato. Por el contrario, en el mandato de crédito, la única finalidad de la *actio mandati contraria* es precisamente exigir la indemnización por daños, pues no puede considerarse un gasto la disminución patrimonial que sufre el mandatario que ha reclamado sin éxito del tercero deudor.

- continuando con la *actio mandati* contraria, el hecho de que ésta sea la única acción que tiene sentido ejercitar en el mandato de crédito, y precisamente para exigir la indemnización por daños, hace que se tenga que concluir que ello aleja el mandato de crédito del contrato de mandato.

Queda claro que para Förster, el mandato de crédito no es un contrato de mandato, y que su fundamento no es otro que la promesa de resarcimiento por parte del mandante, por ello la utilización de la *actio mandati directa* es secundaria con respecto a la utilización de la *actio mandati contraria* que es la acción que propiamente va a utilizarse en el ámbito del mandato de crédito³¹⁹.

³¹⁹ Ult. op. cit., p.83.

Bortolucci, critica el procedimiento por el cual, tanto Sokolowski como Förster han llegado a sus respectivas conclusiones sobre la naturaleza jurídica del mandato de crédito, y critica que ambos han forzado y explicado el sentido de los textos partiendo ya de unas ideas preconcebidas y guiados por la idea de interpretarlos para fundamentar sus respectivas tesis³²⁰.

Donatuti se muestra crítico con las teorías de Sokolowski y Förster, y señala que ambas tienen bastantes puntos en común, y son igualmente criticables.

En cuanto a Sokolowski, la principal objeción que plantea Donatuti³²¹, es que no se puede partir de la teoría de que los únicos contratos de mandato válidos son aquellos cuyo objeto es un *negotium proprium* del mandante, cosa que es falsa, puesto que junto a éste, existen mandatos válidos que no son en el mero interés del mandante. Y también señala, que no puede alegarse, como argumento para negarle el carácter de contrato de mandato, la especialidad del objeto del mandato de garantía, como tampoco puede admitir la validez del argumento según el cual en el mandato de garantía sólo surgen obligaciones para el mandante con el único argumento de que en las fuentes no se hace referencia a la existencia de obligaciones por parte del mandatario, y en cuanto

³²⁰ *BIDR* 27, pp. 131 y 132, donde dice: "Deve poi rilevarsi che la indagine non fu condotta con metodo critico; nè si tennero nel debito conto le riforme giustinianee".

³²¹ *Contributi alla teoria de mandato in diritto romano, I. La volontà del mandante, en Studi di Diritto Romano I. Milano (1976), pp. 383 y 84.*

a la falta de interés por parte del mandante en la ejecución del mandato de garantía hace dos precisiones:

- que obligaciones del mandatario pueden surgir también “all’infuori di quello di eseguire il mandato”.
- que el hecho de que al principio el mandante no tenga interés en la ejecución, no quiere decir que ese interés no pueda surgir más tarde.

En cuanto a la ya citada teoría de Förster, también Donatuti se muestra muy crítico con ella, y no cree que pueda admitirse que sólo son válidos los mandatos *mea gratia* y que todos los mandatos *aliena gratia* son, en el fondo, reducibles a un mandato *mea gratia*, puesto que admitir tal cosa supondría dejar sin contenido la distinción entre *mandatum mea* y *aliena gratia*, además de obviar la existencia de supuestos de mandato *aliena gratia* en los que el mandante no tiene interés alguno, y además ello acarrearía, necesariamente, dos consecuencias que no se dan:

- las fuentes, en lugar de presentar la tricotomía *mea, tua, aliena gratia*, debería presentar esta otra: *mea, tua, mea et aliena gratia*
- si el mandato *aliena gratia* no fuera considerado como un supuesto de mandato normal, seguramente se habría tenido que acudir a acciones útiles de mandato para tutelar tal supuesto de mandato impropio, cosa que no ocurrió.

También critica el argumento de que, en las fuentes, el mandatario es preferentemente nombrado como *procurator*, ya que para que sea válido, sería necesario que apareciera así en todos los casos, cosa que no es cierta;

además de que el *procurator* no es sólo una clase de mandatario, puesto que en la terminología clásica existe el *procurator* que no es mandatario, mientras que si el elemento del mandato fuese esencial a la procura, ésta no podría existir sin aquél³²².

Tampoco le parece cierto el argumento según el cual el fundamento de la utilización de la *actio mandati directa* está precisamente en que el objeto del contrato es un *negotium proprium* del mandante, puesto que, en su opinión, para que pueda utilizar dicha acción en tal función basta con tener un interés cualquiera en su ejecución³²³. Además, señala que le parece totalmente arbitraria la afirmación de que sólo con el presupuesto de que estemos ante un *negotium proprium* del mandante, se justifica la obligación del mandatario de transmitirle todo cuanto había conseguido como consecuencia del mandato, pues entiende que dicha obligación tiene su fundamento en la buena fe que es típica del contrato de mandato, y, continuando con el mismo razonamiento, también la buena fe es el fundamento para el ejercicio de la *actio mandati contraria* por el mandatario para exigir las eventuales pérdidas que haya podido sufrir en la ejecución del mandato³²⁴, como también es la buena fe la que va a justificar que el mandante, después de haber pagado al mandatario,

³²² *La volontà...cit.*, p.373.

³²³ En tal sentido, en ult. op. cit., p. 373 n.108, cita: D. 17,1,8,6 (*Ulp. 31 ad ed.*); D. 3,2,27 (*lav. 8 ex Cassio*).

³²⁴ En esta función de la buena fe del contrato de mandato coincide con BIONDI, *luicia bonae fide*. Palermo (1920), p.174.

pueda exigir a éste, a través de la *actio mandati directa* la cesión de las acciones que, como consecuencia del mandato tiene contra el tercero deudor.

Müller³²⁵, señala que con el “Garantievertrag”, es decir una promesa de que se resarcirán los posibles perjuicios sufridos como consecuencia de la ejecución del negocio garantizado, y el mandato de crédito se consiguen los mismos fines y que su utilización produce una serie de consecuencias que son comunes a ambas figuras, por lo que piensa que ambas figuras son iguales.

Dichas consecuencias son:

- ni el garante en el “Garantievertrag” ni el mandante en el mandato de crédito tienen una responsabilidad accesoria respecto al deudor principal
- ambos son titulares de una responsabilidad subsidiaria
- la falta de diligencia del deudor garantizado no afecta al garante en el “Garantievertrag”, al igual que ocurre en el mandato de crédito
- ni al garante en el “Garantievertrag” ni al mandante en el mandato de crédito les corresponden las excepciones propias del deudor garantizado o del mandatario
- ambas figuras pueden perfectamente ser utilizadas para la misma finalidad, que se conceda un crédito a una tercera persona.

Pero también es cierto que en la práctica el mandato de crédito acaba desbancando a la *promissio indemnitis* a la hora de garantizar la concesión de un crédito, y ello es consecuencia de la mayor flexibilidad que es propia del

³²⁵ *Der kreditauftrag als...cit.*, pp. 47 y ss.

contrato de mandato en general, ya que, por ejemplo, no es necesario forma estipulatoria ni la presencia de las partes. Además el mismo autor señala que el mandato de crédito tiene una peculiaridad que es extraña al régimen del contrato de garantía: la renuncia del mandante *re integra*, es decir, mientras el negocio de crédito no ha sido efectuado, puede el mandante resolver el mandato³²⁶.

Nos encontramos, por lo tanto, con que es, precisamente, la aplicabilidad de los principios relativos al mandato en general, lo que hace que, en la práctica, para conseguir la concesión de un crédito a un tercero lo más frecuente sea utilizar el mandato de crédito.

Con todo ello, Müller concluye que puede afirmarse con toda seguridad que el mandato de crédito en derecho romano fue tratado como un mandato tanto en el aspecto material como en el aspecto formal.

Sin embargo, la teoría que ha obtenido mayor aceptación es la llamada teoría del sistema mixto, que entiende que el mandato de crédito es una garantía *fideiussoria* con la forma de un mandato, distinguiendo en su estructura dos momentos: uno anterior a la concesión del crédito y que se corresponde con un contrato de mandato, por lo que se le aplicarán las normas propias de éste, y un segundo momento que comienza con la concesión del

³²⁶ MÜLLER, *Der Kreditauftrag als...cit.*, p. 50.

crédito por parte del mandatario al tercero, y que está sujeto a las normas propias de la *fideiussio*³²⁷.

Para nosotros parece claro, después de todo lo visto, que tal y como señala Bortolucci, el *mandatum pecuniae credendae* es un contrato de mandato con una especialidad que deriva de su peculiar objeto, es decir, lo que hace que el mandato de crédito se individualice respecto al contrato de mandato en general, es este objeto especial del cual derivan todas las especialidades que el mandato de crédito tiene frente al contrato de mandato ordinario³²⁸, así, su especial estructura es consecuencia directa de dicho objeto, y dicha estructura viene caracterizada por el hecho de que aparecen ligadas tres instituciones jurídicas distintas, el mandato, el mutuo y la fianza³²⁹, las cuales constituyen tres etapas que se corresponden con tres momentos distintos:

- un primer momento, anterior a la concesión del crédito, y que se corresponde con la perfección del contrato de mandato
- un segundo momento simultáneo al cumplimiento del mandato, que consiste en la concesión del crédito, es decir, con el préstamo mutuo

³²⁷ Ver BORTOLUCCI, en *BIDR 27* (1974), p. 130, quien al hablar de dicha teoría cita a THIBAUT, ZIMMERN, BRINZ, WÄCHTER y DERNBURG como algunos de los autores que siguen o aceptan dicha teoría del sistema mixto. También puede verse: ESPINOSA, *Mandato de crédito*. Barcelona (1994), pp. 14-16.

³²⁸ *BIDR 27* (1974) p. 182.

³²⁹ ESPINOSA, *Mand. de cré...cit.*, pp. 13 y 14.

- un tercer momento, que se refiere al momento en que se exige la devolución del préstamo y es donde juega su papel el mandante como garante frente al mandatario.

Tal y como señala, a nuestro entender acertadamente, Espinosa, es necesario precisar que este tercer momento de garantía no nace una vez que el mutuo ha sido ya realizado sino que éste ya existe desde el principio, "... , pues en el *mandatum pecuniae credendae*" subyace una garantía personal, una fianza en virtud de la cual el mandante se obliga a garantizar personalmente la devolución de la cantidad prestada"³³⁰, lo que ocurre, es que dicha garantía no produce efectos hasta que la deuda se hace exigible.

II.2.2- CONTROVERSIA SERVIO-SABINO A PROPOSITO DE LA NATURALEZA DEL MANDATO DE CREDITO EN GAI. 3,156.

Un aspecto muy interesante respecto al mandato de crédito es la cuestión de su clasificación dentro de los distintos tipos de mandato que pueden existir. Dicho tema es fundamental, puesto que entronca directamente con el problema ya tratado sobre la validez o no del *mandatum pecuniae credendae*.

Como ya hemos visto en el presente trabajo, algunos autores han creído ver en el mandato de crédito la prueba de que, en determinados supuestos, el

³³⁰ Ult. op. cit., pp. 15 y 16.

mandato *tua gratia*, aunque no es válido, puede llegar a producir efectos, y con ello aquellos que consideran que el mandato de crédito es un mandato *tua gratia*, justifican que se trate de un contrato de mandato válido.

Es decir, es evidente que el mandato de crédito es válido, produce efectos, puesto que es constantemente utilizado en la práctica como instrumento de garantía, pero, ¿cómo justificar la validez del mandato de crédito si no es más que un mandato en interés del mandatario?.

Con relación a este tema nos encontramos en las fuentes con varios textos claves, fundamentalmente dos textos de Gayo de los que nos ocupamos seguidamente:

Gai. 3,155

Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.

Gai. 3,156

Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, no ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim ut eam faenerares, quamvis eam ei mutuam dederis a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati

actionem. Item si hortatus sim ut rem aliquam emeris, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur an mandati teneatur qui mandavit tibi ut Titio pecuniam faenerares. Servius negavit, nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur uti pecuniam suam faeneraret. <Sed> sequimur Sabini opinionem con<tra> sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

En dicho texto, se nos explica que tanto el *mandatum mea gratia* como el *mandatum aliena gratia* son válidos, y en el párrafo siguiente se comienza negando la validez del *mandatum tua gratia*, que es calificado como *supervacuum*, ya que, según dice el texto, lo que uno ha de hacer en su interés ha de hacerse según su propio criterio y no por mandato de otra persona, y seguidamente se ponen dos ejemplos:

- en el caso de que una persona tenga un dinero en casa y otra le anime para que lo preste con interés, si el primero sigue este consejo y luego no puede recuperar el dinero, se nos dice en el texto que no se le concederá la *actio mandati contraria* contra el que le “animó” para que hiciera tal préstamo.
- en el caso de que una persona anime a otra a que compre alguna cosa, aunque dicha compra no fuera conveniente, se dice que el primero no queda obligado por mandato, es decir, que ,al igual que en el caso anterior, quien ha

seguido el consejo o la recomendación no tiene la *actio mandati contraria* contra aquél que le ha aconsejado.

Después de dar estos dos ejemplos, Gayo nos dice que hasta tal punto son aceptados estos principios, que se discute la validez del mandato de prestar dinero a Ticio con interés, y, en relación a esta discusión cita dos posturas contrapuestas:

- la de Servio, quien niega la validez de un mandato tal con el fundamento de que este tipo de mandato no es más válido que el de prestar dinero con interés, en general.
- la de Sabino, que además es a la que se adhiere el propio Gayo, y que afirma que dicho mandato es válido porque de no mediar el mandato, el mandatario no habría prestado a Ticio.

Es decir, que la diferencia entre ambos juristas es que Servio opina que el mandato de prestar con interés a Ticio no es distinto de aquél de prestar con interés a cualquiera y que ambos son inválidos como todo *consilium*, mientras que Sabino sí ve una diferencia entre el mandato de prestar con interés a Ticio y el mandato de prestar con interés a cualquiera, y dicha diferencia es precisamente que el mandatario no habría hecho el préstamo de no mediar el contrato de mandato, es decir es el propio mandato lo que parece dar validez al mandato de prestar dinero a interés a una persona en concreto.

El contenido de estos textos de las instituciones gayanas se ve luego reproducido en otro texto de las instituciones de Justiniano:

I. 3,26,6

Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques, quam feneres, vere ex diverso ut feneres potius quam in emptiones praediorum colloques. Cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio (mandati) obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeret vel eam credas, quamvis non expediat tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares; sed opinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

El mismo contenido, más o menos, aún lo volvemos a encontrar en otro lugar del Corpus Iuris:

D. 17,1,2, pr. (Gai. 2 rer. cott.)

Mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena; quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.

(1) *Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras, vel ut fundum mihi emeris, vel ut pro me fideiubeas.*

(2) *Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres, vel ut fundum ei emeris, vel ut pro eo fideiubeas.*

(3) *Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres, vel ut mihi et Titio fundum emeris, vel ut pro me et Titio fideiubeas.*

(4) *Tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur.*

(5) *Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes; quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum.*

(6) *Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces, quam faeneres, vel ex diverso, ut faeneres potius, quam in emptiones praediorum colloces, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emptiones praediorum colloces; cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui datur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium.*

Comienza el texto repitiendo el encabezamiento de Gai. 3,156, es decir, afirmando la validez del *mandatum mea gratia* y del *mandatum aliena gratia*, pero ahora además se añaden el *mandatum mea et aliena gratia*, el *mandatum mea et tua gratia* y, por último, el *mandatum tua et aliena gratia*, afirmándose la

validez de todos ellos. Tras esta afirmación, se prosigue como se hace en Gai. 3,156 y se afirma que el mandato *tua tantum gratia* es *supervacuum* y, por lo tanto, de él no va a nacer ninguna obligación. A continuación se pone un ejemplo de cada uno de estos tipos de mandato, y así se nos dice que estamos ante un mandato *mea gratia* cuando el mandante manda que se gestionen sus negocios, o que el mandatario compre un fundo para él o que salga fiador por él, y estaremos ante un mandato *aliena tantum gratia* cuando, por ejemplo, el mandante encarga al mandatario que gestione los negocios de Ticio, o le compre un fundo, o que salga fiador por él.

El mandato es *mea et aliena gratia* cuando, por ejemplo, el mandante encarga al mandatario que gestione los negocios de él y de Ticio, o que compre un fundo a aquél y a Ticio, o que sea fiador de ambos.

Estamos ante un mandato *mea et tua gratia* cuando, por ejemplo, el mandante encarga al mandatario que dé un crédito con intereses a un tercero que toma este préstamo para un asunto del mandante.

El mandato es *tua et aliena gratia*, por ejemplo, en el caso de que se encarga al mandatario que preste a Ticio una cantidad de dinero con intereses, y se precisa que en el caso de que no se prestara con intereses estaríamos ante un mandato *tua gratia* y, por tanto, no válido.

Por último, D. 17,1,2, pr. acaba con un párrafo que se ocupa del mandato *tua gratia*, poniendo algunos ejemplos de este tipo de mandato, como son: cuando se manda invertir el dinero del propio mandatario en compras de

fincas más que en préstamos a interés, o al revés, que se invierta mejor en préstamos a interés que en compras de fincas. El párrafo, y con él el texto, termina afirmando que este último tipo de mandato no es obligatorio, puesto que, al fin y al cabo, no es más que un consejo, y éste no es obligatorio en ningún caso.

Este último texto aparece como un fragmento de una obra de Gayo, las llamadas *res cottidianae*, atribuida por el Digesto a Gayo, y que también aparece citada como *aurea* o *libri aureorum*. La mayoría de los autores piensan que dicha obra no es más que una reelaboración postclásica del manual de Gayo e incluso Arangio-Ruiz afirma que se habrían elaborado dos copias distintas, entre las que existirían algunas diferencias, lo cual explicaría el diferente contenido de D. 17,1,2 (*Gai 2 rer. Cott.*) e I.3,26,6³³¹ .

Así, por ejemplo, es evidente a simple vista que el texto de las *res cottidianae* coincide con la casi totalidad del contenido del I. 3,26,6 excepto la parte final de este último, *ut quaesitum-mandatum esset*, que no aparece en D.17,1,2 y sí en Gai 3,156. Es decir, sólo se hace referencia a la discusión doctrinal entre Servio y Sabino a propósito de la validez o no del *mandatum Titio faenerandi* en Gai 3,156, si bien, como señala el mismo autor, hay que

³³¹ GUARINO, *Alle origini del mandatum credendi*, en *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al prof. José Luís Murga Gener*. Madrid (1994), p. 653. Según este autor, la existencia de al menos estas dos copias simplemente constatarían la tesis según la cual la obra de Gayo fue muy utilizada, y por tanto manipulada, en época postclásica, sin que ello signifique que el contenido del manuscrito veronés deba ser tenido totalmente por genuino.

tener en cuenta que los tres textos contienen retoques tanto de la propia época de Gayo como de épocas posteriores a éste.

El mismo autor continúa haciendo una propuesta sobre cuál podría ser el tenor original de la obra de Gayo, y piensa que quizá el texto comenzara con la distinción entre *mandatum mea gratia* y *mandatum aliena gratia* que aparece en Gai. 3,155 y continuara con la clasificación de los distintos tipos de mandato que se contiene en D. 17,1,2. Pero, lo importante no es ya la estructura original del texto gayano sino el hecho de que lo que pretendía Gayo era que quedara claro que el *mandatum tua tantum gratia* era un mandato *supervacuum*, es decir inválido, un mandato del cual no puede derivar ningún efecto.

Resulta interesante citar la teoría de Förster³³² sobre el por qué de la clasificación del mandato de crédito como *mandatum tua gratia*.

El citado autor parte de la idea, a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad, de que el mandato de crédito no es un contrato de mandato, según Förster, los romanos tenían claro que el mandato de crédito no era válido, afirmaban que era una figura que quedaba fuera de lo que era el contrato de mandato, y, sin embargo, se encontraban con el problema de la importancia que, en la práctica, sobre todo en el ámbito mercantil, tenía dicha figura, así que solucionaron tal problema aprovechando que la forma externa de mandato que tenía el mandato de crédito les permitía encuadrarlo en dicho

³³² *Der Kreditauftrag...cit.*, p. 87.

ámbito y así darle eficacia jurídica, y afirma que prueba de ello es el contenido de Gai 3,156 e l. 3,26,6.

Según Förster³³³, ambos textos explican la discusión entre los juristas romanos sobre la naturaleza del mandato de crédito, donde unos mantienen que el mandato de crédito no es más que un consejo y los otros afirman la validez de dicho mandato, y Sabino formula el fundamento de esta idea con las palabras: “*quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset*”, y es esta última idea la que triunfa.

Donatuti³³⁴ afirma que no puede admitirse tal explicación, pues resulta inconcebible la idea de que los juristas romanos puedan declarar la inclusión de una figura como el mandato de crédito en la categoría del contrato de mandato sin serlo, y reiterando que si tal cosa hubiera sucedido tendríamos en las fuentes alguna mención a la utilización de acciones útiles en tales casos, cosa que no ocurre.

Es decir, para este autor, el mandato de crédito es un *mandatum tua gratia* que como tal no tiene validez, pues un mandato cuyo objeto es un asunto propio del mandatario, sin ningún interés para el mandante, es un mandato supérfluo, sin ninguna validez³³⁵, y además esta gestión de un

³³³ Ult. óp. cit., p. 89.

³³⁴ *La volontà...cit.*, p.383.

³³⁵ Ult. op. cit., p. 91: “Ein Mandat, dass den Mandatar zur Besorgung seiner eigenen Angelegenheiten auffordert, ist überflüssig”. En el mismo sentido puede verse también pp. 93 y 94.

negocio propio del mandatario es propiamente la conexión, el punto en común que existe entre el mandato *tua gratia* y el consejo, siendo ambos inválidos.

Ahora bien, partiendo de la base de que estamos ante un mandato *tua gratia*, Förster continúa afirmando que la clave para determinar o concluir la validez del mandato de crédito, está en la justificación de Sabino en Gai. 3,156: “...*quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset*”.

Según nuestro autor, lo que Sabino quiere decir con estas palabras es que el mandatario no habría hecho el préstamo si no le hubiera sido prometida una indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la ejecución del contrato de mandato, es decir, lo que hace que un contrato que es inválido, produzca efectos en la práctica, es el hecho de que a él se adjunte una promesa de que el mandatario no va a sufrir perjuicio alguno como consecuencia del mandato.

Tal y como señala Bortolucci³³⁶, según la teoría de Förster, el momento relevante desde el punto de vista jurídico no es el del mandato, ya que éste por ser *tua gratia* es inválido, sino la promesa que se añade a tal contrato, sin cuya presencia el mandatario no está obligado al cumplimiento del mandato de crédito.

Según continúa señalando Bortolucci, si admitimos tal interpretación, debemos admitir que Sabino habría hecho el siguiente razonamiento: donde a un pacto que no produce acciones (una promesa de garantía sin cumplir

³³⁶ BIDR 27, p. 160 n1.

ninguna forma), se añade un mandato inválido porque es *tua gratia* y como tal no produce acciones (*mandatum ut Titio credas*) surge la típica *actio mandati contraria* para exigir el cumplimiento de una promesa de garantía.

Sin embargo, el mismo autor³³⁷ piensa que quienes afirman, como ya hemos visto que hace Förster, que Sabino ve en el mandato de crédito un mandato *tua gratia* cuya validez viene determinada por una promesa de garantía que le acompaña, no han interpretado correctamente el texto gayano.

Para hacer una correcta interpretación de dicho texto hay que estudiar y comparar otros dos textos del Digesto:

D. 17,1,48 (Cels. 7 dig.)

(1) Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihi que id nomen praestes, meam in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere.

(2) Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen id est ut cuius credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est quemadmodum si mandem ut [mihi] <tibi> quemvis fundum emas.

En el primer párrafo, Celso afirma la validez de un mandato en el que el mandatario presta una cantidad de dinero por cuenta del mandante, de manera

³³⁷ Ult. op. cit., pp. 161-168.

que sean de éste el riesgo y los beneficios, y en el segundo párrafo, Celso niega la validez de un mandato de gestionar un negocio (Bortolucci³³⁸ señala que quizá el objeto de este mandato sea el mismo que el del mandato del primer párrafo: *credere pecuniam*) para el mandatario, prestando a quien quiera y recibiendo él los intereses, de manera que al mandante pertenece sólo el riesgo.

De dicho texto de Celso, podría concluirse que el mandato de crédito no es válido, y que dicha invalidez es consecuencia de que su objeto es un *negotium* del mandatario y por tanto es *tua gratia*, sin embargo, el problema surge al comparar este texto de Celso con un texto de Ulpiano:

D. 17,1,6,4 (Ulp. 31 ad ed.)

Si tibi mandavero quod mea non intererat veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

Por el contrario, en este texto nos encontramos con que Ulpiano cita la opinión de Celso, y según éste es válido el mandato en el que el mandante no tiene ningún interés, como que el mandatario intervenga a favor de Seyo o que preste una cantidad de dinero a Ticio.

³³⁸ Ult. op. cit., pp. 162 y ss.

Es decir, nos encontramos con que un mismo tipo de mandato, el mandato *ut Titio credas* aparece calificado por Celso en el séptimo libro del Digesto como mandato *tua gratia*, y por tanto inválido, y como mandato *aliena gratia* y por tanto válido.

Esto último, según continúa Bortolucci es lo que debe concluirse tras la lectura de D. 17,1,6,4 (*Ulp. 31 ad ed.*), donde además el mandato *ut Titio credas* aparece tratado conjuntamente con el mandato *ut pro Titio fideiubeas*, sobre el que no cabe ninguna duda respecto a su naturaleza de mandato *aliena gratia*. El mismo autor señala, y en ello coincide con Förster³³⁹, que en la obra original, esta afirmación de la validez del mandato de crédito contenida en D. 17,1,6,4 habría seguido al párrafo 2 del libro 48. Y pone de relieve que el texto de Ulpiano es admitido como indiscutiblemente clásico, si bien Bortolucci³⁴⁰ señala que la expresión "*vel credas*" es un añadido justiniano y no admite la postura de Partsch³⁴¹, quien opina que todo el texto ha sido alterado, sin que presente ninguna prueba en favor de tal afirmación, y cita las posturas que toman algunos autores frente a la contradicción que existe entre ambos textos.

Los autores más antiguos interpretaron que Celso reconoce que el mandato de crédito excede los límites del contrato de mandato, pero que aún

³³⁹ *Der Kreditauftrag...cit.*, pp. 45, 46, 87 y 95.

³⁴⁰ *BIDR* 27 (1914), p. 166 n1.

³⁴¹ *Studien zur...cit.*, p. 62.

así puede ser válido cuando "*non aliter factururus esses quam si tibi mandatum esset*". Dicha afirmación deja sin explicación la ya señalada contradicción entre D. 17,1,6,4 y D. 17,1,48,2 además de que no puede apoyarse en la postura de Sabino, pues éste declaró que el mandato de crédito era sin más válido.

De entre los autores modernos, Bortolucci cita a Sokolowsky³⁴², quien piensa que en D. 17,1,48,2 Celso admite una responsabilidad por la asunción del riesgo, pero no obstante niega que este negocio pueda llamarse mandato, y destaca que si para Sokolowsky el mandato *ut Titio credas* es un mandato *aliena gratia*, válido por la garantía prestada, es necesario pensar que la forma de mandato a la que Celso se refiere en D.17,1,48,2, siendo considerada por él como *tua gratia*, no comprende el *mandatum ut Tutio credas*, lo cual es contrario al sentido del texto, que además no admite la responsabilidad por asunción del peligro, sino que se limita a negar la validez del mandato.

También cita a Iacoby³⁴³, quien piensa que en D. 17,1,48,2 no estamos ante un mandato, sino ante un consejo que produce efectos porque a él se añade una promesa de garantía, de modo que lo que Celso dice en el texto es que en el citado caso no surge una obligación de mandato, porque el contrato de garantía "*extra mandati formam est*". A esta opinión, Bortolucci objeta que en ningún caso puede hablarse de responsabilidad del mandante, puesto que el negocio es "*extra mandati formam*".

³⁴² *Die Mandatsbürgs...cit.*, p. 67.

³⁴³ *Die Crediterkündigung*. Berlin (1891), p. 15 n1.

Tuhr³⁴⁴ por su parte, piensa que D. 17,1,48,2 contiene la prueba de que los sabinianos habrían utilizado la *actio mandati contraria* para poder perseguir el cumplimiento de una promesa de garantía, a lo que Bortolucci³⁴⁵ objeta que es arbitrario ver en la formulación de un proculeyano la exacta expresión de una doctrina de Sabino, tanto más cuando sabemos que Celso afirma la nulidad del mandato *tua gratia*, mientras que el sabiniano Gayo afirma que es válido como mandato *tua et aliena gratia* o *aliena gratia*.

Por último, continúa Bortolucci citando la opinión de Schey³⁴⁶, quien piensa que estamos ante un supuesto de extensión del campo de aplicación de la *actio mandati contraria extra mandati formam*. Sin embargo Bortolucci alega que en ningún texto de las fuentes se dice que esta *actio mandati contraria* fuese una acción útil, que es lo que tendría que ser si realmente se hubiese producido la extensión de la acción tal y como señaló Schey.

Finalmente Bortolucci³⁴⁷ concluye diciendo que, en su opinión, para solucionar este asunto sólo hay dos vías posibles, o el mandato *ut Titio credas* de D. 17,1,6,4 debe entenderse un mandato igual al referido en D.17,1,48,1, o admitir la intervención de los compiladores en D. 17,1,6,4, ya añadiendo *vel ut Titio credas*, ya cambiando de sitio la cita a Celso. La primera posibilidad la

³⁴⁴ *Actio de in rem verso*. Freiburg (1895), reimpr. Tübingen (1970), p. 25 n3 y p. 65 n97.

³⁴⁵ *BIDR* 27, p. 165.

³⁴⁶ *Die Obigationenrecht des österr. allgem. Privatsrechts* 1, p. 473 n 16.

³⁴⁷ *BIDR* 27, pp. 165 y ss.

rechaza, pues Ulpiano se refiere a un mandato *quod mea non interest*, mientras que en D. 17,1,48,1 estamos ante un asunto del mandante y el mandatario no es más que un gestor.

Por lo tanto, Bortolucci adopta la segunda posibilidad como válida. Así que la explicación sobre la contradicción entre D. 17,1,48,2 y D. 17,1,6,4 sería consecuencia de que en época de Gayo, todavía no se ha resuelto la discusión doctrinal sobre si el mandato *ut Titio credas* era o no un mandato válido. Quienes afirmaban la invalidez, lo hacían apoyándose en que el mandato de crédito era un mandato *tua gratia*, y quienes afirmaban la validez lo hacían partiendo del hecho de que el objeto de tal mandato es de tal naturaleza que es imposible que no presente ningún riesgo para el mandante, es decir, porque el mandato de crédito no era un mandato *tua gratia*. Gayo, sabiniano, sigue lo dicho por Sabino en cuanto que considera que el mandato de crédito no es un mandato *tua gratia*.

Bortolucci, concluye que la verdadera opinión de Celso es la contenida en D. 17,1,48,2, y los compiladores cambiaron el contenido de D.17,1,6,4. La teoría de Sabino no se fundaba ni sobre principios de equidad ni sobre una ficción, sino sobre una particular valoración del momento por el que un mandato debía considerarse *tua gratia*. El mismo autor acaba haciendo una consideración sobre el valor que D. 17,1,48,2 tiene en el derecho justiniano, ya que en D. 17,1,2,5 (uno de los primeros textos en sede de mandato y que como tal contiene principios generales sobre éste, y en tal sentido es

importante a la hora de interpretar el derecho justinianeo) el mandato de crédito se incluye en el *mandatum tua et aliena* o *aliena gratia*.

Con la alteración de D. 17,1,6,4 añadiéndole la parte final y añadiendo la frase "*id est-credas*" a D. 17,1,48,2, este texto sólo puede entenderse de la siguiente manera: el mandato de prestar dinero es inválido cuando no esté determinado el tercero al que se debe prestar o por indeterminación del objeto, con lo que se ha cambiado totalmente la idea originaria.

Para Förster³⁴⁸, un argumento a favor de la idea de que los romanos sólo vieron en el mandato de crédito un negocio en interés del mandatario es el hecho de su comparación con el *consilium* para concluir su invalidez³⁴⁹, y el punto de conexión entre ambas figuras es el hecho de que en las dos, la persona que recibe el consejo, tienen que gestionar un asunto propio. Sin embargo, Segre³⁵⁰, no interpreta del mismo modo esta comparación del mandato *tua gratia* con el *consilium*, ya que él entiende que dicha comparación tiene su fundamento en el hecho de que, para que exista un contrato de mandato es esencial que mandante y mandatario puedan ejercitar, si se da el

³⁴⁸ *Der Kreditauftrag...cit.*, p. 92.

³⁴⁹ En este aspecto, es interesante citar la opinión de CONSTADAKY, *Le mandat de...cit.*, p. 20, quien se hace la siguiente pregunta: si aceptando la idea de que el mandato de crédito es un mandato *tua gratia* y, por tanto inválido, y, aunque en determinados supuestos (concretamente cuando se demuestra que el mandatario no habría obrado de tal forma si no hubiera mediado el mandato), ¿ por qué entonces no admitir que en aquellos supuestos en que se demuestre que quien recibe un consejo no habría actuado de determinada forma de no haber mediado éste, en tales casos el *consilium* produce efectos ?.

³⁵⁰ *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico; in Scritti giuridici I.* Torino (1973), p.273.

caso, sus respectivas acciones; no puede existir un mandato en el que el mandatario no pueda dirigirse contra el mandante con la *actio mandati contraria*, y éste es el motivo por el que el mandato *tua gratia* no es vinculante, al igual que tampoco lo es un simple consejo, puesto que en ambos casos es claro que el mandante o quien da un consejo, no tiene ninguna intención de responsabilizarse por las consecuencias del mandato o del consejo.

En relación con este tema, continúa Förster señalando cómo en I.3,26,6 y Gai. 3,156 se habla del mandato *ut Titio pecuniam faenerares* y el mandato de crédito *sine usuris* como de mandatos *tua gratia*, mientras que en D.17,1,2,5 el mandato *ut Titio credas sine usuris* es calificado como mandato *aliena gratia*, y por lo tanto como un mandato válido.

El mismo autor señala el hecho de que aquí aparezca el mandato de crédito como un mandato válido, porque es un mandato *aliena gratia*, no puede ser más que consecuencia de la intervención de los compiladores en el texto.

Sobre la contradicción que se desprende del contenido de estos tres textos, Bortolucci³⁵¹ señala que es tan evidente la manipulación de D.17,1,2,4-5 a mano de los compiladores, que no puede utilizarse como argumento a favor de la teoría de que el mandato de crédito no es un mandato *tua gratia*, teoría que es apoyada por él mismo.

³⁵¹ *BIDR* 27, p. 161.

Sin embargo, no le parece que puedan admitirse las críticas tan absolutas que hacen algunos autores a dicho texto³⁵², y, en concreto, señala que son excesivas las críticas que al texto hace Förster³⁵³ siguiendo a lo ya dicho con anterioridad por Thur³⁵⁴. Ambos creen que no hay que dar ningún valor al fragmento gayano del Digesto, porque su sentido está totalmente trastocado, tanto en la clasificación de los contratos de mandato en seis formas sin ningún valor lógico sistemático, como en la afirmación de que el *mandatum credendi* es un *mandatum aliena gratia*.

Bortolucci no cree que pueda admitirse una duda tan absoluta como es la formulada por Förster sobre el contenido de D. 17,1,2, por el contrario, el primero piensa que tres de las categorías que aparecen en dicho texto, también aparecen en las Instituciones de Gayo, y las otras tres categorías derivan de las tres primeras.

Y en cuanto a negar que el mandato de crédito pueda ser calificado como un *mandatum aliena gratia*, Bortolucci señala que tal afirmación por parte de Förster es consecuencia de que él ya parte de la idea preconcebida de que el mandato de crédito es un mandato *tua gratia* y que en ningún caso y bajo ningún concepto puede ser calificado como un mandato *aliena gratia*.

³⁵² Ult. op. cit., pp. 180 y ss.

³⁵³ *Der Kreditauftrag...*cit., pp. 99 y 100, donde dice: "Das Mandatsschema Iustinians ist die reine Spielerei und sowohl vom logisch systematischen als von historischen Standpunkte aus voll von irreführenden Gedankengängen".

³⁵⁴ *Act. in rem ver...*cit., p. 104 n 49.

Förster³⁵⁵ piensa que los compiladores se encuentran con que el mandato de crédito es un mandato *tua gratia* y por lo tanto inválido, sin embargo quieren darle cierta licitud, puesto que se trata de una figura muy útil en la práctica, y creen ver la solución a través de la ficción de entender que el mandato de crédito es un mandato *aliena gratia*, cuando nunca antes de este momento aparece el mandato de crédito con tal calificación.

Respecto a D. 17,1,48,1-2, Arangio-Ruiz³⁵⁶ afirma que debe interpretarse siguiendo el razonamiento de Servio, ya que Celso sigue las enseñanzas de la escuela proculeyana. En tal sentido, en el primer párrafo se afirma la validez de un mandato en el que A encarga a B que preste un dinero a C, dinero que le ha entregado el propio A, pues de otro modo no se entendería que el texto señalase que el mandante asume el riesgo y las ventajas, los intereses, del mandato.

Por el contrario, en el segundo caso, se niega la validez del mandato que consiste en que el mandatario gestione un negocio para él mismo y que el crédito quede a su arbitrio, por tanto que preste a quien quiera y reciba él mismo los intereses, quedando para el mandante sólo el riesgo, y para acentuar el carácter *contra mandati formam* de un encargo tal, lo compara con el encargo de comprar para el mandante un fundo cualquiera.

³⁵⁵ *Der Kreditauftrag...*cit., p. 99.

³⁵⁶ *Il mandato in...*cit., pp. 124 y ss.

Según Arangio-Ruiz, los compiladores justinianos han tergiversado la opinión de Celso, introduciendo en la segunda hipótesis la invitación a que el mandatario elija a quien quiera para darle el dinero en préstamo; Celso no pudo haber dicho tal cosa, pues, siempre según Arangio-Ruiz, ¿qué mandante asumiría el riesgo de una operación tal?. Es la admisión de esta interpolación lo que explicaría la divergencia de opinión del propio Celso al contrastar el ya citado D. 17,1,48,1-2 con D. 17,1,6,4-5 (*Ulp. 31 ad ed.*), donde Ulpiano cita la opinión de Celso.

En el mencionado párrafo 4 se cita expresamente la opinión de Celso y el párrafo 5 se expresa de tal manera que parece que se continúa con la opinión de Celso.

Según señala el mismo autor, no puede admitirse tal cosa, puesto que dicho párrafo 5 entra en contradicción con el segundo párrafo de D.17,1,48.

En el primer texto, Celso excluye en líneas generales que un préstamo que tú tengas que hacer a otro pueda ser objeto de un mandato que yo te haga a tí; mientras que en el texto de Ulpiano se admite la validez de un mandato tal si existe interés por mi parte en su cumplimiento, o si el mandatario no hubiese hecho tal préstamo de no haber intervenido el mandante.

Es decir, parece que en dicho fragmento Celso sigue las enseñanzas de Sabino repitiendo la frase "*quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi*

mandatum esset” que ya habíamos visto aparece en Gai 3,156 al exponer la tesis de Sabino, mientras que en D. 17,1,48,1-2 sigue las de Servio.

Visto todo esto, Arangio-Ruiz concluye que en el párrafo 5 de D.17,1,6, Ulpiano, seguidor de la escuela sabiniana, cita la opinión de Sabino y se adhiere a ella, y los compiladores justinianos, al adoptar plenamente la tesis sabiniana, y queriendo eliminar todo recuerdo de la citada controversia, generan una contradicción al reproducir, aunque con algún retoque, los fragmentos 1 y 2 de D. 17,1,48.

Sanfilippo³⁵⁷, en una recensión a la citada monografía de Arangio-Ruiz sobre el mandato, califica el primer argumento en el que se basa dicho autor como gratuito y poco persuasivo, lo primero por no estar bien documentado y lo segundo “perchè quando io dò un mandato di fare qualche cosa a favore di Tizio, non è detto che questo necessariamente equivalga a un mandato che Tizio stesso avrebbe potuto dare per suo conto e nel proprio interesse”.

Concretamente cita el ejemplo del mandato de crédito, en el que yo, en lugar de dar dinero en mutuo a Ticio, puedo dar mandato a Cayo para que le preste el suyo, lo cual es un encargo que Ticio no habría podido dar por su cuenta, pero que yo puedo dar por mi cuenta y en su interés, es decir, igual que ocurre en D. 17,1,48,1.

³⁵⁷ Recensión a ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...cit.*, en *IURA I* (1950), p. 492.

También Watson³⁵⁸ critica el citado razonamiento de Arangio-Ruiz, del que dice que es muy forzado y no llega a convencer, pues, en Gai. 3,156 se puede observar, cómo se pone de manifiesto que Gayo se encuentra ante una realidad para la que ya no es suficiente la típica clasificación del mandato en *tua, mea et aliena gratia*; si Gayo hubiera pensado que el mandato de crédito era *aliena gratia* lo habría dicho expresamente, lo cual es muestra de que encuentra difícil su clasificación dentro de los tipos de mandato existentes. Continúa Watson señalando que es cuando se va al texto del Digesto, concretamente a D. 17,1,2, cuando se observa que esta dificultad ya se ha superado, e incluso se pregunta si pudo ser la imposibilidad de construir un mandato de prestar a Ticio partiendo de las categorías ya existentes lo que determinó la aparición de las subdivisiones.

Así pues, para Watson, la lista de 6 distinciones que aparece en el Digesto y en las Instituciones de Justiniano tiene una significación práctica, y no es meramente el resultado de una académica "*differentiae*"³⁵⁹.

Guarino³⁶⁰ por su parte, cree que no hay razón para admitir que el primer párrafo de D. 17,1,48 sea genuino y el segundo haya sido modificado introduciendo dos frases que no estaban en el original de Celso: "*id est cuivis*

³⁵⁸ *Contract of...*cit., p. 113, donde también cita en el mismo sentido: BURDESE, *Studi Arangio-Ruiz*, pp. 220-3.

³⁵⁹ *Ult. op. cit.*, p. 114.

³⁶⁰ *Mandatum credendi...*cit., p. 66 y ss.

credas” y *quemadmodum si mandem-fin*”, tal y como señaló Bortolucci y luego fue admitido por casi toda la doctrina, pues Guarino considera que dicho texto tiene el mismo significado aún privado de dichas frases. En este segundo párrafo, Celso hace hincapié en el hecho de que no existe mandato de crédito cuando asumiendo el riesgo el mandante, la elección de la persona del deudor se ha dejado a la total discrecionalidad del mandatario (*“tui arbitrii sit nomen”*).

Es lógico que no se pueda concebir un mandato en el que, por ejemplo, el mandatario preste dinero a cualquier persona, pudiendo ser, por ejemplo, un insolvente.

A la citada interpretación que de dicho texto hace Frezza, Guarino le critica que parte del prejuicio de que Celso era hostil a la figura del mandato de crédito, y que, por tanto, estaba enfrentado a los sabinianos, y que si lo contrario se desprende de la lectura de este segundo párrafo es debido a la intervención de un autor posterior introduciendo esas dos frases señaladas.

Guarino, por el contrario, piensa que perfectamente Celso podía haber escrito esas frases, y pensar que no lo hizo así es consecuencia directa de creer que siendo Celso un proculeyano necesariamente ha de negar toda validez a la figura del mandato de crédito.

Sobre este punto creemos que es acertada la observación que hace Espinosa³⁶¹, quien, a propósito de aquellos autores que interpretan el texto partiendo de la relación de Servio y Celso, que pertenecen a la misma escuela,

³⁶¹ *Mand. de créd...cit.*, p. 48.

afirma que no puede olvidarse que entre ambos juristas media casi un siglo y, por lo tanto, las circunstancias no son las mismas en una y otra época, tanto es así que en época de Celso el *mandatum pecuniae credendae* ya es aceptado como una institución plenamente válida, por lo que puede entenderse que en este punto concreto Celso se aparte de las enseñanzas del maestro a cuya escuela pertenece.

La misma crítica hace esta autora a Arangio-Ruiz, quien también interpreta dicho texto teniendo en mente que su autor es un proculyano y dando por supuesto qué es lo que ha de pensar sobre la validez o no del mandato de crédito, con lo cual acepta también las interpolaciones señaladas por Bortolucci como válidas y como consecuencia de la intervención de los compiladores justinianeos para adecuar el sentido del texto a las orientaciones sabinianas que ellos siguen, y piensa que con dicha intervención de los compiladores lo que han conseguido es dejar sin sentido a la distinción de Celso, quien admite la existencia de un mandato en el primer párrafo y lo niega en el segundo.

Guarino señala que él también está de acuerdo en que no es admisible un mandato de crédito a favor de una persona elegida discrecionalmente por el mandatario, como también lo está el propio Sabino; pero en ello están de acuerdo todos los juristas, no se puede admitir lo contrario, de modo que en

este tema no hay ninguna diferencia sustancial entre el pensamiento de Sabino y de Celso³⁶².

Es decir, en el citado texto, Celso no está negando la validez de dicho mandato porque es un mandato de crédito y él como proculeyano que es, no puede considerarlo válido, sino que le niega la validez porque en ningún caso puede afirmarse que un mandato en el que la persona del tercero-deudor se deja a la libre elección del mandatario pueda ser válido, ni siquiera si el mandante asume el riesgo. Así interpretado dicho texto, ya no existe la citada contradicción con D.17,1,6,4, sino que, por el contrario, este texto vendría a confirmar lo señalado por Celso en D.17,1,48,1-2.

Espinosa³⁶³ coincide con Guarino en dicha interpretación, y señala que, el segundo párrafo de dicho texto no hace referencia al *mandatum pecuniae credendae*, e incluso duda de que se haga referencia a tal figura en el primer párrafo. En éste se señala que es el mandante quien asume el crédito, por lo que en este caso no es el mandatario quien se convierte en acreedor del prestatario, sino el propio mandante, lo cual implica que la relación de mandato desaparece una vez que el mandatario ha cumplido la gestión encomendada, lo cual ocurre antes de que el deudor pague la deuda, pues la relación crediticia se establece directamente entre el mandante y un tercero, de manera que el mandante es el acreedor, mientras que, por el contrario, en el

³⁶² *Mandatum credendi...*cit., p. 68.

³⁶³ *Mand. de créd...*cit., pp. 46-47.

mandatum pecuniae credendae quien adquiere la condición de acreedor es el mandatario.

En cuando al segundo párrafo, continúa señalando Espinosa que debe interpretarse en el sentido de que Celso hace referencia a un *mandatum tua gratia*, ya que del citado texto no puede concluirse que se trate de un mandato ni en interés del mandante ni de un tercero determinado por el mandante, a lo que hay que añadir que tampoco queda concretado el objeto del mandato.

Respecto a la postura de Bortolucci³⁶⁴ sobre la llamada controversia Servio-Sabino, se basa en que Sabino no consideró el mandato de prestar dinero como un mandato *tua gratia* que se hace válido porque se le adjunta una promesa de garantía por los posibles perjuicios. Admitir lo contrario supondría admitir que el momento jurídicamente relevante sería el de la promesa de garantía, con lo que el daño no podría determinarse hasta que el acreedor no sufriese la falta de pago del deudor; por el contrario, nuestro autor piensa que el momento jurídicamente relevante es el propio mandato.

Continúa el mismo autor afirmando que quienes admiten que Sabino entendía el mandato de crédito como un mandato *tua gratia* lo hacen partiendo de la idea de que la pertenencia al mandante del *negotium* mandado es elemento constitutivo necesario del mandato, lo cual les lleva a concluir que el mandato de crédito no es un mandato, pues el que el mandatario dé en mutuo

³⁶⁴ *BIDR* 27, pp. 168 y ss.

una cantidad de dinero queda fuera de la esfera patrimonial del mandante, y afecta exclusivamente a la esfera patrimonial del mandatario.

Esta es precisamente la crítica que hace a la teoría formulada por Förster, ya que este último considera como elemento decisivo la pertenencia del asunto objeto del mandato a la esfera patrimonial del mandante, pues ha de entenderse que el mandatario interviene como un intermediario entre mandante y el tercero, y de tal elemento derivarían los propios efectos jurídicos del mandato, como son la acción directa para obligar al cumplimiento del mandato y para recuperar lo obtenido por el mandatario como consecuencia de la ejecución del mandato, y la acción contraria a favor del mandatario para que éste recupere los gastos o pérdidas que haya tenido como consecuencia de la ejecución del mandato³⁶⁵, como ya hemos visto con anterioridad.

Bortolucci³⁶⁶ afirma categóricamente que esta premisa de la que parte Förster es falsa, y, en consecuencia, es también completamente errónea incluso la propia definición que del contrato de mandato hace: "Vertrag vermöge dessen sich Jemand verpflichtet ein Geschäft für einen Andern auf dessen Rechnung und Gefahr unentgeltlich auszuführen".

Bortolucci critica a dicha definición el que se refiera al mandatario como un mero intermediario que actúa en nombre del mandante y no en el suyo propio, ya que piensa que el mandatario obra en su propio nombre, y si

³⁶⁵ *Der Kreditauftrag...cit.*, pp. 69-70.

³⁶⁶ *BIDR 27*, p. 169.

aceptáramos como válida dicha definición, nos encontraríamos con una definición incompleta, ya que el mandato puede ser *aliena gratia*, o tendríamos que interpretar dicho “actuar en nombre de otro” como que a consecuencia de la ejecución del mandato, el mandante adquiere derechos y obligaciones como si él personalmente hubiese cumplido el negocio mandado, lo cual es erróneo, puesto que el mandato romano no es una representación.

Bortolucci, señala básicamente tres razones fundamentales para concluir que la idea básica de la que parte Förster para desarrollar todo su razonamiento (que elemento esencial en el contrato de mandato es que el asunto objeto del mandato pertenezca a la esfera patrimonial del mandante) es falsa.

En primer lugar, afirma que, a pesar de que es cierto que en la mayor parte de los casos examinados por los juristas el asunto objeto del mandato pertenece a la esfera patrimonial del mandante, ello no es razón suficiente para concluir que sólo estos supuestos son las únicas formas de mandato propio, de modo que en todos aquellos supuestos en que el asunto no atañe el mandante estaríamos mos ante un mandato impropio.

En segundo lugar, es criticable la originalidad de la distinción entre mandato propio (con negocio que afecta al mandante) y mandato impropio (con negocio que no afecta al mandante), puesto que no existe base alguna en las fuentes que sostenga tal contraposición, además de que en ningún texto se hace referencia a acciones útiles del mandato, acciones que tendrían que

haber existido si a su vez existiera la categoría del mandato impropio. Nuestro autor señala incluso como en el propio texto de Celso, D.17,1,48,1-2, tampoco se hace referencia a dicha contraposición, sino que simplemente se limita a afirmar la validez del mandato en una hipótesis y negarla en la otra.

En tercer y último lugar, es fundamental para concluir la falsedad de la idea de la que parte Förster, el hecho de que los romanos declararan válido el mandato *aliena gratia*, es decir, aquel mandato que tiene por objeto un negocio de una tercera persona o que va a beneficiar a esta persona, sin mencionar para nada el interés del mandante.

Bortolucci señala a este respecto, que no es válido el razonamiento según el cual la mayoría de supuestos de mandato *aliena gratia* son casos en los que el mandante sí tiene interés y, por lo tanto, también son mandatos *mea gratia*³⁶⁷.

El esquema sería pues: A es mandante de B a favor de C, quien a la vez es mandante de A, siendo este último un gestor de los asuntos de C³⁶⁸. La crítica que hace a tal teoría es que con este esquema no se agotan todos los supuestos posibles de mandato *aliena gratia*, puesto que mantener lo contrario sería admitir que el mandato *aliena gratia* y el *mea gratia* no son figuras

³⁶⁷ Esta es la idea expresada por DONATUTI en *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano*, II, p. 29, y también por ACCARIAS, *Précis de droit romanin*. París (1891), p. 363, citado por WATSON, *Contract of...cit.*, p. 116.

³⁶⁸ FÖRSTER, en *Der kreditauftrag...cit.*, p. 97, incluso afirma que la forma originaria sería el mandato *mea gratia* y el *aliena gratia* sería una forma derivada, así afirma tajantemente en n.2 de p. 101: "Das mandatum aliena gratia ist weiter nichts als ein gewöhnliches mandatum mea gratia".

contrapuestas, lo cual nos llevaría a su vez a dudar de la tricotomía expuesta por Gayo: mandato *mea, tua y aliena gratia*, y en su lugar debería haberse distinguido entre mandato *mea, tua y mea et aliena gratia*. A dicha afirmación el mismo autor objeta que si bien es cierto que, históricamente, la forma de mandato originaria es la del mandato *mea gratia*, ello no implica necesariamente que el mandato *aliena gratia* sea una subespecie de aquél, y en apoyo de dicha afirmación alega dos razones: la primera, que Gayo presenta el mandato *aliena gratia* como un tipo yuxtapuesto al mandato *mea gratia*, y la segunda, que los textos que se hacen eco de las divergencias y dudas existentes en la jurisprudencia contienen casos de mandato con *negotium* del mandatario.

Förster justifica su teoría según la cual todos los mandatos *aliena gratia* en el fondo son *mea gratia*, en el hecho de que el negocio objeto de ese tipo de mandato es siempre un *negotium mandantis*, puesto que aún en los casos en que se trate de un negocio que está dentro de la esfera patrimonial del tercero, el mero hecho de que manifieste expresamente su voluntad de que el negocio se lleve a cabo hace que se convierta en un negocio propio del mandante puesto que ha demostrado su interés en que se cumpla.

También Frezza³⁶⁹ entiende que el mandato *aliena gratia*, en el fondo, puede reducirse a un mandato , *mea gratia*, pues el hecho de que el mandato *aliena gratia* se refiera a una esfera patrimonial que no es ni la del mandante,

³⁶⁹ *Le garanzie delle...cit.*, pp. 201 y 202.

ni la del mandatario, sino la de una tercera persona, no significa que la relación, en cuanto a la responsabilidad, entre mandante y mandatario no se articule del mismo modo que en el supuesto del mandato *mea gratia*, a lo cual hay que añadir que la responsabilidad del mandante frente al tercero es la razón del interés del mandante en la ejecución del mandato.

Así pues, Frezza señala como característico del mandato *aliena gratia* la “trilateralidad de la responsabilidad”, es decir, la responsabilidad que deriva de un mandato en interés de un tercero se refiere a los tres sujetos que intervienen en tal figura, y para fundamentar dicha afirmación cita varios textos como por ejemplo, en primer lugar un texto de Javoleno:

D. 3,5,27 (28) (lav. 8 ex Cass.)

Si quis mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur lisque aestimari debet, quanto Seii et Titii interest: Titii autem interest, quantum is Seio praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quicquam domino praestet, quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

En este caso, nos encontramos con que Ticio manda a otra persona que gestione los negocios de Seyo, encontrándonos con un típico supuesto de mandato *aliena gratia*. La cuestión que se discute es cómo debe valorarse el

objeto del litigio, y se afirma que debe hacerse según el interés de Ticio (el mandante), siendo dicho interés el de poder cumplir con Seyo (el tercero). Así que nos encontramos con un supuesto de mandato *aliena gratia*, donde se ha de gestionar asuntos de una tercera persona, Seyo, es decir, no entran en juego para nada los asuntos ni del mandante ni del mandatario, pero sin embargo del contenido del texto puede extraerse la conclusión, según dice Frezza, de que los tres sujetos tienen “interés” en el cumplimiento del mandato.

También cita, en el mismo sentido, un texto de Paulo:

D. 3,5,20(21),3 (Paul. 9 ad ed.)

Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia eius fecit, tu mihi praestes.

En este caso, el mandante encarga a Lucio Ticio que gestione los negocios de un tercero, llamemosle A, y se plantea el supuesto de qué es lo que ocurre si Lucio Ticio no gestiona bien. Si tal cosa ocurre, se dice que el mandante queda obligado con A por la acción de gestión de negocios a ceder sus acciones contra Lucio Ticio a A y a indemnizar a A por cualquier detrimento causado por su negligencia, por haber elegido mal al mandatario³⁷⁰.

³⁷⁰ También cita: D. 3,5,45(46), pr. (*Afric. 7 quaest.*) y D. 17,1,8,3 (*Ulp. 31 ad ed.*).

En el fondo, en la interpretación que Frezza hace de estos textos está la idea de que existe una *negotiorum gestio* entre el mandante y el tercero, es decir, el mandante es un gestor de los asuntos del tercero, ésta es la única forma de que pueda entenderse que existe un punto de unión entre mandante y tercero que conlleve que el primero tenga interés en que se cumpla el mandato. Ahora bien, esta teoría, como veremos más adelante, ya fue expuesta por Brinz³⁷¹, y a dicha teoría le fue objetado por Bortolucci que contenía una contradicción, no se puede exigir al mandante que tenga a la vez la intención de gestionar un negocio de un tercero y la intención de hacer propio el mismo negocio.

Podría concluirse por tanto, que en los textos citados por Frezza el mandante es responsable frente al tercero no como consecuencia del contrato de mandato, sino como consecuencia de la *negotiorum gestio* que les une. De no mediar esta gestión de negocios, el mandante no tendría ninguna responsabilidad frente al tercero en cuyo interés se lleva a cabo el mandato. El mandante en los textos citados, en los que aparece la *negotiorum gestio* tiene interés en gestionar bien, en no perjudicar al tercero, puesto que si esto último ocurre, va a tener que responder frente a él.

³⁷¹ *Lehrbuch d. Pandekten* II, §321, p. 652, n.82; citado por BORTOLUCCI, en *BIDR* 27 (1914) p. 174.

En el mismo sentido se expresa Brinz³⁷², quien además afirma que el mandato en interés de un tercero supone una *negotiorum gestio* y, por tanto, corresponde al mandante la *actio negotiorum gestorum* contra el tercero³⁷³.

Bortolucci³⁷⁴ señala que dicho razonamiento encierra una contradicción, puesto que se pregunta cómo es posible que el gestor tenga a la vez el *animus* de gestionar un negocio del tercero y dar mandato con el *animus* de hacer propio el mismo negocio; y, a propósito del mandato *aliena gratia*, continúa señalando que todas estas dudas acerca de la figura del mandato *aliena gratia* han sido creadas por la propia doctrina y son ajenas al derecho romano. La doctrina, tradicionalmente, o se ha limitado a reproducir sin más la clasificaciones transmitidas por Gayo y por Justiniano, o intenta destruir la autonomía del mandato *aliena gratia*, teniendo para ello en mente la nulidad de los contratos en favor de terceros.

Este sector de la doctrina admite la validez del mandato *aliena gratia* porque normalmente concurre un interés del mandante en el cumplimiento del contrato³⁷⁵.

³⁷² Ult. op. cit., &334, p. 775; citado por BORTOLUCCI, en *BIDR* 27 (1914), p. 172: "Ein Geschäft des Mandanten ist das mandirte Geschäft überall wo das Mandat gilt; mag es nin in seinem eigenen oder in fremdem Interesse erteilt sein; einmal darum weil es ein von ihm gewolltes Geschäft seines Willens ist; dann darum, weil ihm damit ein Dienst geleistet wird".

³⁷³ En tal sentido cita dos textos: D. 17,1,20,1 (*Paul. 11 Sab.*); D. 3,5,27(28) (*Iav. 8 ex Cass.*).

³⁷⁴ *BIDR* 27 (1914), p. 174.

³⁷⁵ BORTOLUCCI, en *BIDR* 27 (1914), p. 175, cita a este respecto a GIRARD, *Manuel...cit.*, p. 581 y FERRINI, *Pandette* 3, p. 704, n.567.

Bortolucci, por el contrario, señala que es un error invocar aquí el problema de la nulidad de los contratos a favor de terceros, ya que del mandato no surgen nunca acciones referidas al tercero, además de que también es un error tratar conjuntamente dos problemas que los romanos trataron separadamente: lo relativo a la validez y existencia del mandato y el contenido de las acciones de mandato.

El mismo autor señala la existencia de tres corrientes en la doctrina a propósito del *mandatum aliena gratia*:

- la primera niega la validez de dicho mandato
- la segunda afirma la validez del mandato *aliena gratia* sólo cuando exista un interés del mandante en la ejecución
- la tercera que afirma su validez pero la funda en una justificación arbitraria.

Bortolucci no acepta ninguna de las tres corrientes calificando la primera de falsa, incompleta la segunda y falaz la justificación de la tercera.

La postura de este autor es la de afirmar la radical nulidad de la estipulación (Gai 3,103) en favor de tercero y, por otro lado, admitir la plena validez del *mandatum tertii gratia*³⁷⁶, sin que ello signifique que esté admitiendo que entiende el mandato *aliena gratia* como un contrato a favor de tercero; es muy importante señalar una diferencia fundamental entre la estipulación en favor de tercero y el mandato *aliena gratia*: entre las partes, la

³⁷⁶ BIDR 27, pp. 176 y ss.

estipulación es nula, y entre las partes el mandato *aliena gratia* es válido. Por lo tanto, no existe contradicción entre Gai 3,155 y:

D. 17,1,8,6 (Ulp. 31 ad ed.)

Mandati actio tunc competit cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest cessat mandati actio et eatenus competit quatenus interest...

ya que en este texto, Ulpiano al negar la acción en la medida en que no existe interés por parte del mandante no niega la validez de tal mandato. Es decir, hay que tratar por separado dos cuestiones que son bien distintas, la producción o no de acciones y la validez del mandato. Hay que tener en cuenta, como continúa señalando Bortolucci, que el carácter consensual del contrato de mandato hace que éste se perfeccione con el consentimiento de las partes y el que después se pueda o no hacer valer la *actio mandati directa* o *contraria* ya no puede afectar a la validez del mandato.

Después de todo lo visto, Bortolucci³⁷⁷ concluye que no puede entenderse el mandato de crédito como un mandato *tua gratia*, puesto que el mutuo se hace en interés del mutuario, es él quien tiene la necesidad de recibir una cantidad de dinero, y quien obtiene un beneficio cuando el mandatario le da en mutuo una cantidad de dinero, mientras que el mandatario está corriendo el riesgo de la operación. Para este autor queda claro que el

³⁷⁷ Ult. op. cit., p. 180.

mandato de crédito es un mandato *aliena gratia*, tal y como se desprende del ya citado D.17,1,2,5 (*Gai 2 rer. cott.*)³⁷⁸.

Como acertadamente señala Espinosa³⁷⁹, para Bortolucci la controversia Servio-Sabino no se centra en la validez o no del mandato de crédito, sino que esta controversia se centra en dos puntos distintos:

- en primer lugar, afirma el romanista italiano que Sabino no admite la teoría de Servio de que el mandato de crédito era un mandato *tua gratia* cuya validez viene determinada por la promesa de garantía que se le adjunta,
- en segundo lugar, para nuestro autor es cuestionable la teoría de que el momento relevante desde el punto de vista jurídico es la citada promesa de garantía y no el mandato, por el contrario, como ya hemos visto, para este autor el momento jurídicamente relevante no es dicha promesa de garantía, sino el propio mandato.

Arangio-Ruiz³⁸⁰, y sobre el mismo tema, entiende que en el texto gayano lo que se pone de manifiesto es que Sabino consideró que el mandato de crédito era un mandato *tua gratia* que, aunque como tal no era válido, sin embargo en determinadas circunstancias sí podía tener validez.

³⁷⁸ En *BIDR 27*, p. 181, BORTOLUCCI afirma tajantemente: "..., essendosi dimostrato a) che i giuristi romani non costruirono il mandato di credito come un mandato tua gratia; b) che è logicamente possibile di costruire questa figura come un mandato aliena gratia, la conclusione del Förster, in quanto neghi che Gaio poté riguardare il mandato ut Titio credas come un mandatum aliena gratia è infondata ed arbitraria".

³⁷⁹ *Mand. de cred...*cit., p. 53.

³⁸⁰ *Il mandato in...*cit., p. 121.

Es decir, para este autor, tanto Servio como Sabino parten de una misma idea, que el mandato de crédito es un mandato *tua gratia*, y la diferencia entre ambos estriba en que como tal mandato *tua gratia* Servio considera que en ningún caso puede hablarse de un mandato válido, por tanto, le niega cualquier efecto jurídico, mientras que, por el contrario, Sabino afirma que el mandato de crédito, a pesar de ser un mandato *tua gratia*, en algunos casos podía llegar a tener validez³⁸¹. Fundamentalmente, esta validez venía determinada, siempre según señala Arangio-Ruiz, por el hecho de que el mandante señale al mandatario quién ha de ser el prestatario, es decir que el mandante especifique qué persona ha de recibir la cantidad de dinero objeto del mutuo de parte del mandatario.

Esta especificación de la persona del prestatario, implica una cierta asunción de responsabilidad del mandante, puesto que en este caso la elección de la persona que ha de recibir el dinero ya no queda al total arbitrio del mandatario, lo cual implica que éste va a correr un riesgo del que ha de responder el mandante, que es quien ha señalado quién ha de ser el prestatario, mientras que si la elección de este último se deja a simple iniciativa del mandatario es evidente que no puede existir ninguna responsabilidad por parte de mandante.

³⁸¹ También siguen esta idea: FREZZA, *Le garanzie delle...cit.*, p. 200; y BURDESE, *mandatum mea, aliena, tua gratia*, en *Studi Arangio-Ruiz I*. Milano (1952), p. 240.

En cuanto a la controversia Servio-Sabino, Arangio-Ruiz³⁸² se pronuncia a favor de entender que el *mandatum pecuniae credendae* es visto por Sabino como un mandato *tua gratia* que, excepcionalmente, es válido como consecuencia del riesgo que sufre el mandatario no por su propia iniciativa, sino por la del mandante. Según continúa explicando, ésta sería la postura original de Sabino, pero luego, en época postclásica, la postura de Sabino fue tergiversada, de manera que se interpreta que Sabino considera el mandato de crédito válido porque es un mandato *aliena gratia*, y ya no se le considera un mandato *tua gratia* excepcionalmente válido.

El mismo autor resume la evolución histórica de la controversia acerca de la naturaleza del mandato de crédito en cuatro momentos³⁸³:

- en un primer momento, Servio entiende que dicho mandato no es más que un mandato *tua gratia*, puesto que no ve ninguna diferencia entre este mandato y el de encargar a alguien dar una cantidad de su dinero en mutuo.
- sucesivamente, Sabino opina que el hecho de que el mandante sugiera al mandatario a quién tiene que entregar el dinero en mutuo hace que el mandatario asuma un riesgo que no existiría de no haber mediado el mandato.
- en un tercer momento, nos encontramos con que la escuela proculeyana sigue lo establecido por Servio en la materia, lo cual justifica la opinión de

³⁸² *Il mandato in...cit.*, p. 123.

³⁸³ *Ult. op. cit.*, pp. 127 y ss.

Celso en D. 17,1,48,1-2, mientras que la mayoría de la jurisprudencia adopta la postura de Sabino.

- por último, la tesis mantenidas por Sabino es adoptada por las escuelas postclásicas y por los compiladores de Justiniano, con lo que nos encontramos con que el mandato de prestar a persona determinada es extraído de la categoría del *mandatum tua gratia* para ser llevado a la categoría del *mandatum aliena gratia*, si el préstamo no produce intereses, o *tua et aliena gratia*, si produce intereses.

Para Arangio-Ruiz, cuando se dice que un mandato *aliena gratia* es aquél que se da en interés de un tercero, ello implica que tal mandato equivale necesariamente a un mandato que habría podido dar el propio interesado. Partiendo de este presupuesto, nuestro autor, continúa diciendo que sería absurdo considerar mandato *Titii gratia* aquél que consiste en prestar a Ticio una suma de dinero, al igual que lo sería el considerar mandato *mea gratia* la reclamación que yo mismo haga para que se me conceda un préstamo.

Arangio-Ruiz afirma que éste es el punto de vista de los juristas clásicos, y que en época postclásica este punto de vista cambia, abandonando la idea de que sólo existe un mandato *aliena gratia* cuando "il mandante sostituisca l'interessato in un mandato che questo avrebbe potuto dare da sé"³⁸⁴, y adopta otro punto de vista, el de la persona que va a sacar provecho de la ejecución del encargo. Y es este nuevo punto de vista el que determina el sentido de la

³⁸⁴ Ult. op. cit., p. 124

redacción de D. 17,1,2,5 e I. 3,26,5, donde el mandato de crédito es considerado como *tua et aliena*, o *aliena gratia*, según que se haya previsto o no el cobro de intereses.

Espinosa³⁸⁵ afirma que el hecho de que Gayo se refiera a la citada controversia tras haber negado rotundamente la validez del mandato *tua gratia* cuestiona la interpretación de Arangio-Ruiz de que Sabino y Gayo hacían referencia al mandato *tua gratia* otorgándole validez.

Como ya hemos visto con anterioridad, Guarino³⁸⁶ cree que el texto gayano no ha de tenerse por genuino, y afirma que Gayo en dicho texto no está haciendo referencia a ninguna discusión entre sabinianos y proculeyanos, sino que simplemente está citando la opinión de Servio, que es la de negar la validez del mandato de crédito por considerarlo un mandato *tua gratia*, y luego pasar a citar la tesis propuesta por Sabino años más tarde, admitiendo la validez del mandato de crédito, siendo esta última teoría admitida por la mayoría de los juristas.

Para nuestro autor en el tenor original del texto, Gayo seguramente haría la exposición de todo un movimiento jurisprudencial acerca de la validez o no del *mandatum pecuniae credendae* partiendo de la tesis negativa de Servio y hasta llegar a la tesis afirmativa de Sabino que será la predominante a partir de entonces y que, por supuesto, es la que él mismo acepta.

³⁸⁵ *Mand. de créd...cit.*, p. 59.

³⁸⁶ *Mandatum Credendi*. Nápoles (1982), pp.108 y 117 y ss.

Sin embargo, el texto, con el paso del tiempo, (no hay que olvidar que estamos tratando con un manuscrito, el Veronés, datado en el s. V d. C.) podría haber sufrido modificaciones hasta llegar al estado actual en que sólo aparecen las posturas de Servio y Sabino, y que por ser contrarias parece que haya existido una discusión doctrinal entre ambas posturas, cuando en realidad se trata de posturas muy distantes en el tiempo.

Tampoco hay que olvidar que, probablemente, la respuesta de Servio a la cuestión planteada no podía ser más que de carácter negativo, porque Servio está viviendo en un tiempo en el que el *mandatum pecuniae credendae* todavía no se concibe como una forma de garantía de las obligaciones y el préstamo con intereses está considerado prácticamente como algo inmoral. No hay que olvidar que aunque hoy nos resulte difícil entenderlo así, el préstamo mutuo nace como un negocio de carácter gratuito, puesto que en principio se utiliza a una escala muy pequeña y entre grupos familiares amigos. Sólo comienza a generalizarse el pago de intereses a partir del s. III a.C., coincidiendo con una época de gran expansión comercial, y dichos intereses comienzan a exigirse a través de *stipulationes usurarum* y nunca a través del propio mutuo³⁸⁷.

Es decir, Guarino señala que en la época en que vivió Servio era imposible que éste decidiera otra cosa sobre la validez o no del mandato de crédito. Mientras que lo mismo le ocurre a Sabino, éste no puede decidir otra

³⁸⁷ GUARINO, ult. op. cit., p. 130.

cosa más que la validez del mandato de crédito. Sabino desempeña su labor en la época de la *pax Augusta*, un época donde el préstamo a interés se practicaba de forma moderada y dentro de los límites tasados.

En esta época el *mandatum pecuniae faenerandae*, se ha convertido en una subespecie del mandato *credendae*, mandato que era válido tanto para Servio como para Sabino³⁸⁸.

Vemos pues que la postura de Guarino es la de que hay que distinguir que en Gai. 3,156 se está hablando sobre la validez o no del *mandatum pecuniae faenerandae*, ya que sobre el *credendae* se habla en Gai. 3,155, puesto que se trata de un mandato *aliena gratia* cuya validez admiten tanto Servio como Sabino³⁸⁹.

Es sobre la primera figura sobre la que Servio y Sabino mantienen posturas distintas. Servio opina que no es válido y Sabino, por el contrario, opina que sí lo es.

Pero ello no debe llevarnos a pensar que en determinada época existiera una discusión entre ambas doctrinas, pues se trata de posturas que han sido tomadas en épocas distintas y ello es lo que determina que se den soluciones tan opuestas. Pero ello no quiere decir que se deba tomar posición a favor de una y en contra de otra, porque ambas posturas están justificadas

³⁸⁸ Ult. op. cit., pp. 134 y 135: "Diventò o si ridusse a nulla piú che ad una sottospecie del m. p. c. (quello sine usuris), che era un mandato da sempre (anche per Servio) ritenuto valido".

³⁸⁹ Ult. op. cit., p. 134: "Diventò o si ridusse a nulla piú che ad una sottospecie del m.p.c. (quello sine usuris), che era un mandato da sempre (anche per Servio) ritenuto valido".

en su momento, ni Servio ni Sabino podían haber llegado a otra conclusión en vista de las circunstancias que les rodearon.

Todo ello llevará a que a partir de la época de Sabino, cuando el *mandatum pecuniae faenerandae* se considera una subespecie del *credendae*, comience la utilización de dicho instituto “a fini di delegazione ed a fini di garnazia delle obbligazioni, in concorrenza con la *fideiussio*”.

Esta interpretación de Guarino fue asumida posteriormente por Espinosa³⁹⁰, quien entiende que en Gai. 3,156 se trata el tema de la validez o no del *mandatum pecuniae faenerandae*, y no del *credendae*, puesto que además éste último debe entenderse que ya se ha tratado en Gai. 3,155 cuando Gayo afirma que tanto el mandato *mea gratia* como el *aliena gratia* son válidos, ya que el mandato de crédito pertenece a este último grupo.

Es al principio de Gai. 3,156 cuando se habla del mandato *tua gratia* que se asimila al *consilium* precisamente por carecer ambos de eficacia jurídica. Seguidamente, en la parte final del mismo texto ya se habla del *mandatum pecuniae faenerandae* precisamente porque este tipo de mandato sí puede encajar dentro del tipo de mandato *tua gratia*, puesto que en este caso el mandatario tiene la posibilidad de recibir dinero como consecuencia de la ejecución del mandato.

La misma autora continúa señalando que Sabino y Gayo otorgan validez a este tipo de mandato porque lo catalogan como mandato *tua et aliena gratia*,

³⁹⁰ *Mand. de créed...cit.*, p. 135.

y que, probablemente, en época de Servio no se conocían los tipos mixtos de mandato, por lo que lo considera como mandato *tua gratia*, lo cual a su vez sería la justificación de que el *mandatum pecuniae faenerandae* se trate en Gai. 3,156 y no en 3,155, donde sólo se trata de los mandatos *mea* y *aliena gratia*.

Visto todo esto, Espinosa señala que puede llegarse a las siguientes conclusiones:

- es necesario que se distinga claramente entre el *mandatum pecuniae credendae* y el *faenerandae*. El primero es un mandato *aliena gratia*, y el segundo es *tua et aliena gratia*, puesto que el mandatario va a cobrar intereses.
- del análisis de las fuentes no puede concluirse con fundamento que Sabino y Gayo se refiriesen al mandato *tua gratia*, y menos aún que le otorgaran validez.
- Gayo en 3,156 se refiere al *mandatum pecuniae faenerandae*.
- esta figura debe encuadrarse en el grupo de los mandatos *tua et aliena gratia* y por tanto es válida.

II.3- LA ACTIO MANDATI EN EL MANDATO DE CREDITO.

Uno de los usos más importantes y más común del contrato de mandato ya hemos señalado que es precisamente el *mandatum pecuniae credendae*, figura de la que nos estamos ocupando.

Ya hemos señalado que en este caso el mandante actúa como un garante, ya que está obligado a responder frente al mandatario en el caso de que éste no recupere el dinero que ha prestado en cumplimiento del mandato de crédito. Decimos que el mandante está obligado puesto que el mandatario está legitimado para ejercitar la *actio mandati contraria* contra él para exigir que le resarza de cualquier perjuicio que sufra como consecuencia de la ejecución del mandato. Por lo tanto, en este caso, dicha acción es una verdadera acción de regreso que logra que con la figura del mandato de crédito se consiga la misma finalidad que si se utiliza cualquier forma de fianza.

En esta parte del trabajo, vamos a centrarnos en el estudio de la utilización de la *actio mandati* en el marco del mandato de crédito, puesto que, en nuestra opinión, es la posibilidad de la utilización de esta acción lo que hace que en la práctica se generalice la utilización de esta figura como forma de garantía hasta que en época postclásica prácticamente el mandato de crédito y la fianza son lo mismo, y, a este respecto, consideramos importante hacer referencia al funcionamiento de dicha acción tanto cuando es utilizada por el mandante como por el mandatario.

Es este segundo aspecto el que fundamentalmente nos interesa, puesto que, como ya hemos señalado, es el que convierte al mandato de crédito en una importante forma de garantía.

Pero, también creemos oportuno ocuparnos del funcionamiento de la *actio mandati* cuando es utilizada por el mandante en el ámbito del mandato de crédito.

II.3.1- ACTIO MANDATI DIRECTA.

Mucho se ha discutido en la doctrina sobre la posibilidad de utilizar tal acción, y a propósito de dicho tema puede señalarse la existencia de distintas posturas.

Bortolucci³⁹¹ clasifica las distintas posturas en cuanto al tema en cuatro grupos.

Un primer grupo de autores que admiten la existencia de la *actio mandati directa* en el seno del mandato de crédito en todo caso³⁹².

Un segundo grupo de autores que, por el contrario, sostienen que en el *mandatum pecuniae credendae* no existe, en ningún caso, la posibilidad de utilizar la *actio mandati directa*³⁹³.

³⁹¹ BIDR, 28, pp. 194 y 195 n.3. Clasificación ésta seguida por CONSTADAKY, *Le mandat de...cit.*, pp. 112 y ss.

³⁹² GEIB, *Zur Dogmatik des...cit.*, pp. 168 y ss.; IACOBY, *Der Krediterk...cit.*, p. 50; STAMMLER, *Der Garantievertrag*, en *Arch. f. d. civ. prax.* A-69, (1885).

Un tercer grupo que admite la existencia de dicha acción pero sólo para obtener la cesión de acciones después de la ejecución del mandato por el mandatario³⁹⁴.

Y, por último, un cuarto grupo de autores que opinan que el mandante sólo puede utilizar dicha acción cuando tal circunstancia haya sido prevista expresamente por ambos, mandante y mandatario³⁹⁵.

En relación con este tema creemos oportuno centrarnos en el estudio de algunos textos que se refieren a dicha cuestión.

En primer lugar hay que citar un texto de Ulpiano:

D. 17,1,8,6 (Ulp. 31 ad ed.)

Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius, qui mandavit, ceterum si nihil interest, cessat mandati actio; et eatenus competit, quatenus interest, ut puta mandavi tibi, ut fundum emeris; si intererat mea emi, teneberis, ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliquid, cessat mandati actio. Mandavi, ut negotia gereres; si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est; aut si alius idonee gesserit,

³⁹³ SOKOLOWSKI, *Die Mandatsbürgs...*cit., p. 3; PARTSCH, *Studien zur...*cit., pp. 61 y 62; BURDESE, *Mandatum mea...*cit., pp. 240-243; FÖRSTER, *Der Kreditauftrag...*cit., p. 50; TUHR, *Act. in rem vers...*cit., p. 65 n.97.

³⁹⁴ PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. Leipzig (1849), III, p. 172; GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach...*cit., p. 61; SCHULZ, *Classical...*cit., pp.15 y ss; SOKOLOWSKI; *Die Mandatsbürgs...*cit., pp. 73 y 74; FÖRSTER, *Der Kreditauftrag...*cit., p. 50.

³⁹⁵ OESTERLEY, *Über das Mandatum qualificatum*. Göttingen (1891), pp. 6 y 31.

cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum.

En la primera parte del texto, se afirma de forma tajante que procede la *actio mandati* cuando en ello tiene interés el mandante, y, por el contrario, no procede cuando no existe tal interés. Vemos pues, cómo parece que el interés es lo que determina que proceda o no la utilización de la *actio mandati directa*.

El texto continúa poniendo dos ejemplos, en primer lugar, el caso de un mandato de comprar un fundo, y en segundo lugar, el caso de un mandato de gestionar unos negocios, donde en ambos casos se hace referencia a la existencia o no de interés a la hora de decidir si procede o no la *actio mandati*. Se hace referencia expresa al interés del mandante con relación a la existencia o no de la *actio mandati*, y aunque a ello se hace referencia con relación al mandato en general, parece que de la última frase del texto pueda deducirse que dicho principio también sea aplicable al mandato de crédito, pues expresamente se extiende la aplicación de dichos principios a casos semejantes³⁹⁶. Claro, en este punto nos encontramos con el problema de que según qué tipo de mandato es el mandato de crédito, se entiende que el mandante tiene o no interés en el cumplimiento del contrato, y para aquellos autores que lo clasifican como un mandato *tua gratia*, evidentemente, no tiene ninguna justificación el que el mandante pueda utilizar la *actio mandati directa*.

³⁹⁶ ESPINOSA, *Mand. de créd...*cit., p. 28.

A este respecto, Donatuti³⁹⁷ señala que en su opinión, la obligación del mandatario de cumplir el encargo no surge si el mandante no tiene interés en ello, y de hecho en el caso del mandato de crédito no puede afirmarse, según continúa diciendo Donatuti, que en todos los casos hay un interés, digno de tutela, en la ejecución del mandato.

Es decir, para nuestro autor es cierto que en el mandato de crédito no siempre existe un interés del mandante en su ejecución, pero no cree que de ello pueda concluirse, tal y como hace Förster³⁹⁸, que dicho mandante no puede utilizar la *actio mandati directa*, y que nos encontramos ante una figura que no puede calificarse como un contrato de mandato.

Señala, además, que el hecho de que el interés en el cumplimiento falte en el momento en que se constituye el mandato, ello no quiere decir que vaya a faltar siempre, ya que puede ocurrir que dejen de existir las razones que determinan que el mandante no tenga interés en el cumplimiento del mandato de crédito.

Donatuti³⁹⁹, no cree que Förster tenga argumentos para llegar a la conclusión de que el mandante tenga interés en el objeto del contrato de mandato sea elemento constitutivo de dicho contrato.

³⁹⁷ *La volontà del...cit.*, p. 376.

³⁹⁸ *Der Kreditauftrag...cit.*, pp. 93 y ss. y pp. 71 y ss.

³⁹⁹ *La volontà del...cit.*, p. 370.

La crítica más evidente que puede hacerse a tal teoría es la existencia del mandato *aliena gratia*, dicho mandato es claramente válido, y también es claro que en él no aparece un interés por parte del mandante que merezca protección jurídica, y, sin embargo, nadie duda de la validez de dicho contrato. Si bien es cierto que el mismo Förster⁴⁰⁰ llega a la conclusión, como ya hemos visto anteriormente, de que todo mandato *aliena gratia* puede reducirse a un mandato *mea gratia*, y es tal circunstancia lo que determina que se admita su validez, postura también criticada por Donatuti como también ya hemos visto.

En definitiva, vemos pues cómo la postura de Donatuti es la de negar que en el mandato de crédito se pueda utilizar siempre la *actio mandati directa* por parte del mandante. Pero a la vez también señala que ello no quiere decir que cuando el mandante tenga interés en el cumplimiento del mandato no pueda obligar, como en cualquier tipo de mandato, al mandatario a que ejecute el encargo y en consecuencia otorgue el crédito a quien corresponda.

Para llegar a tal conclusión nuestro autor toma como base el texto de Ulpiano anteriormente señalado, y que señala el interés del mandante como la medida que va a determinar que se pueda utilizar o no la *actio mandati directa*⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Der *Kreditauftrag*...cit., p. 97.

⁴⁰¹ En el mismo sentido pueden citarse: D. 3,5,27(28) (*lav. 8 ex Cassio*); D. 17,1,8, 3 (*Ulp. 31 ad ed.*).

Pero, con relación al mismo tema hay que mencionar también otro texto de Ulpiano donde se cita a Celso:

D. 17,1,6,4-5 (Ulp. 31 ad ed.)

(4) Si tibi mandavero, quod mea non intererat, veluti ut pro Seio intervenias, vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

(5) Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit; aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, et si mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

En el primer párrafo se admite expresamente la *actio mandati directa* en un supuesto de mandato en cuya ejecución no tiene interés el mandante, “*quod mea non intererat*”; y cita como ejemplos de este tipo de mandato el caso el mandato de intervenir por otra persona y el de prestar una cantidad de dinero, es decir, el mandato de crédito. Y concluye dicho párrafo citando a Celso en tal sentido, y con la afirmación de Ulpiano de que en tales supuestos mandante y mandatario están obligados.

Bortolucci⁴⁰² sostiene que dicho texto sólo tiene un valor indirecto, puesto que además de que entiende que la alusión al mandato de crédito no

⁴⁰² BIDR 28, p. 166.

es genuína, también señala que en dicho texto se admite la utilización de la *actio mandati directa* en un mandato *quod mea non intererat*⁴⁰³.

Por el contrario Constadaky⁴⁰⁴ considera que la única alteración que contiene el texto es la referencia final a la opinión de Celso, y que, por lo tanto, puede utilizarse como válido fundamento para afirmar que el mandante en un mandato de crédito, puede utilizar la *actio mandati directa* para exigir el cumplimiento del mandato en cuestión.

Espinosa, por su parte, señala que dicho texto confirma la posibilidad de utilizar la *actio mandati directa* en el mandato de crédito, y añade que éste es un mandato *aliena gratia* que ha de incluirse en el ámbito más amplio de los *mandata quod mea non intererat*⁴⁰⁵.

En cuanto al segundo párrafo del citado texto, en él se niega la *actio mandati directa* en el caso del mandato *quod tua intererat*, a no ser que se llegue a verificar que también el mandante tiene interés en su cumplimiento, es decir, en el caso del mandato *tua et mea gratia*.

Y concluye Ulpiano señalando que también procede la utilización de la *actio mandati directa* cuando, a pesar de que el mandante no tiene interés en la ejecución del contrato, su intervención haya sido determinante para que el mandatario actúe de tal modo.

⁴⁰³ Ult. op. cit., p.195.

⁴⁰⁴ *Le mandat de...*cit., pp.118 yss.

⁴⁰⁵ *Mand. de créd...*cit., p. 29.

Frezza⁴⁰⁶ cree que para llegar al tenor genuino de dicho texto hay que sustituir el *mea* que aparece en párrafo 4 por *tua*, de modo que es así como se obtiene el sentido originario del texto, que en el primer párrafo hablaría del mandato "*quod tua non intererat (sed mea intererat)*", y en el segundo párrafo del mandato "*quod tua intererat (nisi mea quoque interfuit)*", afirmando que en el primer caso hay mandato, mientras que en el segundo no lo hay "*nisi mea quoque interfuit*".

El mismo autor, llega a la conclusión de que el jurista quiere hacer un estudio del problema de la presencia del interés del mandante y del mandatario, demostrando que, mientras que el contrato de mandato en el que falta el interés del mandatario es válido, no ocurre lo mismo en el caso de que sólo exista el interés del mandatario en la ejecución del contrato.

Espinosa⁴⁰⁷ critica dicha interpretación, a nuestro entender justificadamente, puesto que opina que Frezza modifica el tenor del texto para adecuarlo a lo que él mismo opina.

También Burdese⁴⁰⁸ se ha ocupado de dicho texto, y frente a Frezza, entiende que dicho texto es genuino, pero hace una especial interpretación de la expresión "*quod-intererat*"; con esta expresión se hace referencia al interés del mandante en una acepción muy restringida, que remitiría a un interés

⁴⁰⁶ *Le garanzie delle...*, cit., p. 209.

⁴⁰⁷ *Mand. de créd...*, cit., p. 29 n. 13.

⁴⁰⁸ *Mandatum mea ...*, cit., pp. 228 y 232.

inmediato del mandante, de modo que dicha inmediatez significa una empírica valoración de las ventajas de que puede beneficiarse el mandante con el cumplimiento del mandato; si bien el mismo autor acaba señalando que es posible que la expresión “*quod mea non intererat*” en el parágrafo 4 sea obra de un glosador, pues le parece chocante el contraste entre la afirmación de la falta de interés por parte del mandante y la afirmación de que, a pesar de dicha falta, a él le corresponde la *actio mandati directa*.

Vemos pues que, efectivamente, en dicho texto Ulpiano está haciendo referencia a un mandato en cuya ejecución no tienen interés el mandante, pero ello no nos ha de llevar necesariamente a concluir que está hablando de un mandato *tua gratia*, sino que más bien hemos de pensar que quizá esté tratando de un mandato *aliena gratia* o *tua et aliena gratia*, y por eso admite la posibilidad de conceder la *actio mandati directa*⁴⁰⁹.

Otro texto al que hemos de hacer referencia al tratar el tema de la procedencia o no de la utilización de la *actio mandati directa* en el mandato de crédito es un texto de Escévola:

D. 17,1,62,1 (Scaev. 6 dig.)

Mandavi in haec verba: “ Lucius Ticius Gaio suo salutem.

Peto et mando tibi, ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium, quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me repraesentaturum, hac epistula manu mea scripta notum

⁴⁰⁹ ESPINOSA, en *Mand. de créd...*cit., p. 30.

tibi facio”; quaero, si non fideiussisset, sed mandasset creditori, et alias egisset, quam quod ei mandatum esset, an actione mandati teneretur respondit teneri.

En este caso, tenemos que Ticio manda a Gayo que salga fiador de Publio Mevio frente a Sempronio; pero Gayo, en lugar de salir fiador, manda a Sempronio que dé una cantidad en préstamo a Publio Mevio.

La cuestión que se plantea es si Gayo está obligado frente a Ticio, y la respuesta a dicha cuestión es afirmativa, pero no queda claro si se refiere a la *actio mandati directa* o a la *contraria*.

Bortolucci⁴¹⁰, piensa que se refiere a la concesión al mandante de la acción directa por los daños que puede haber sufrido por la inexecución del mandato.

Hemos de poner de relieve el hecho de que en este caso se habla de inexecución, y no de exceso de mandato. A este respecto Bortolucci señala que, a su entender, la hipótesis contenida en el citado texto de Escévola, no se engloba en el grupo de hipótesis de exceso en la ejecución del mandato, sino que en ambos casos estamos ante supuestos de inexecución del mandato. Dicha inexecución puede producir determinados perjuicios al mandante, y es, precisamente, en consideración a estos posibles perjuicios que Escévola entiende que se le debe conceder la *actio mandati*.

⁴¹⁰ BIDR 28, p. 196.

Señala, además, que en caso de sostener la opinión contraria, es decir, que en dicho texto Escévola concede la *actio mandati contraria* al mandatario, sería necesario hacer algunas modificaciones en el texto.

Así, por ejemplo Mommsen, que mantiene la opinión contraria a la de Bortolucci, y en consecuencia propone insertar "*Titius*" antes de la frase final "*an actione mandati teneretur*", para que el sujeto de esta frase no sea el mismo que el sujeto de "*non fideiussisset...esset*", que es Gayo.

Bortolucci⁴¹¹ señala que si se admite que Escévola está hablando en este texto de la *actio mandati contraria*, además de los cambios ya señalados, también habría que corregir la última frase donde debería decirse *respondit non teneri*, ya que no puede concluirse otra cosa en un supuesto de inejecución del mandato.

También Frezza trató el texto, y afirma de forma tajante que en él se está hablando de la *actio mandati directa*, lo que concuerda perfectamente con el principio del interés del mandante enunciado por Ulpiano, puesto que dicho interés puede que no sea contemporáneo al contrato de mandato, pero teniendo en cuenta que el riesgo es un elemento estructural del mandato, no se puede excluir que de la asunción de dicho riesgo no nazca un interés en exigir un determinado comportamiento del mandatario a través de la *actio mandati directa*⁴¹².

⁴¹¹ BIDR 28, P. 197.

⁴¹² *Le garanzie delle...*, cit., p. 217, donde en la nota 1, cita en el mismo sentido a Segrè, *Scritti giuridici*, I, pp. 272 y ss., y a BURDESE, *Mandatum mea...*cit., p. 241, como exponente de la

Así mismo, Guarino⁴¹³ se ha ocupado del tema y del texto en cuestión, y llega a la misma conclusión que Bortolucci, es decir, que para poder admitir que en dicho texto lo que se concede es la *actio mandati contraria* al mandatario, sería necesario hacer unos cambios en el tenor del texto. Dichos cambios son los que ya hemos citado, el cambio de *teneatur* por *tenerer* o *teneat* y en la última frase debería leerse: "*respondi (Titium) non teneri*", y, al igual que Bortolucci, piensa que no existe ninguna razón que justifique estos cambios en el tenor del texto.

En este punto nos parece interesante hacer mención a la posibilidad de utilizar la *actio mandati directa* para obtener la cesión de acciones de parte del mandatario.

Ya hemos visto cómo el mandato de crédito es utilizado fundamentalmente como un instrumento de garantía, ya que queda claro que el mandatario podrá dirigirse contra su mandante bien después de intentar cobrar el crédito del deudor principal y no conseguirlo, o conseguirlo sólo parcialmente, bien reclamándole el total del crédito sin haberse dirigido previamente contra el deudor principal.

Pero también es claro el interés que el mandante tiene en poder ejercitar él las acciones que su mandatario tiene contra el deudor principal, de forma

opinión contraria: "Cade così per questo verso la pretesa possibilità di esperimento dell'azione da parte del mandante nel mandato di mera garanzia".

⁴¹³ *Mandatum credendi...*cit., pp. 102 y 103.

que dichas acciones le van a garantizar el regreso contra el tercero-deudor, al igual que el *fideiussor* tenía una acción para ejercitar su regreso. Vemos, una vez más, cómo el mandato de crédito es verdaderamente una nueva forma de garantía personal.

Las diferentes causas de la obligación del mandante y de la obligación del deudor principal impiden la solidaridad entre ambas, porque el mandante se obliga *ex causa mandati*, y el deudor lo hace *ex causa mutui*, lo cual va a determinar que la *litis* entablada contra el deudor no extinga la acción que el mandatario tiene contra el mandante, al igual que la *litis* entablada contra el mandante no extingue la obligación del deudor. Esta independencia de ambas obligaciones es lo que justifica que el mandante pueda solicitar del mandatario que le ceda las acciones que *ex causa mutui* tiene contra el deudor.

La cuestión que aquí se plantea es cómo se produce dicha cesión y si el mandante realmente puede llegar a obligar al mandatario a que la haga, la doctrina mantiene distintas opiniones.

Claro está que aquellos autores que niegan la posibilidad de utilizar la *actio mandati directa* en el ámbito del mandato de crédito, evidentemente niegan la posibilidad de exigir dicha cesión de acciones.

También existen autores que piensan que a través de la acción directa el mandante puede obligar al mandatario a que le haga la cesión, y otros opinan que el mandante lo que tiene a su favor es un derecho de retención frente al mandatario, es decir, un derecho a retener aquello que le es exigido

por el mandatario a través de la *actio mandati contraria* hasta que éste le ceda las acciones que tiene contra el deudor como consecuencia del crédito objeto del mandato.

Así, Förster⁴¹⁴, al formular su teoría según la cual el mandato de crédito es una figura que está fuera del ámbito del contrato de mandato, precisamente señala, como prueba fundamental de su teoría, el hecho de que excepto en D.17,1,6,4 no existen más textos en los que se hable de la *actio mandati directa* del mandante en el mandato de crédito. Y señala además que, en este caso, que coincide con el referido en D.17,1,48,1-2, en realidad Celso concede la *actio* para que con ella el mandante reclame la cesión de las acciones que el mandatario tiene contra el deudor principal.

A su entender la expresión "*ego tibi sum obligatus*" quiere decir que tanto mandante como mandatario tienen acción el uno frente al otro, pero teniendo en cuenta que la acción que tiene el mandante, es una acción dirigida sólo a reclamar la cesión de las acciones del mandatario.

Para este autor, el mandato de crédito tiene sus propias normas jurídicas que no siempre coinciden con las del normal contrato de mandato, ya que en su opinión no es tal. Así, una de las diferencias es que a pesar de que, como regla general, el mandante en un mandato de crédito no puede utilizar la *actio mandati directa*, sí puede hacerlo sólo en el caso de que lo haga para obtener la cesión de créditos después de que él ha pagado al mandatario.

⁴¹⁴ *Der Kreditauftrag...cit.*, pp. 49 y ss.

Una postura más radical es la mantenida por Partsch⁴¹⁵, quien niega que tal acción pueda ser utilizada con dicha finalidad, porque el mandante simplemente es titular de un derecho de retención. Es decir, el mandante no tiene, en el mandato de crédito, la posibilidad de utilizar la *actio mandati directa*, ni siquiera para exigir la cesión de créditos; lo único que tiene a su favor es el derecho a retener aquello que le reclama el mandatario hasta que éste le ceda las acciones que tiene contra el deudor principal.

Schulz⁴¹⁶, señala la existencia de dos posturas distintas a propósito de la cesión de acciones en el mandato de crédito dentro de los propios juristas romanos.

A su entender, Juliano y Gayo hacen referencia a un derecho de retención a favor del mandante para obtener la cesión de las acciones del mandatario frente al deudor principal, mientras que Papiniano concede la *actio mandati directa* al mandante, para conseguir la cesión de acciones, incluso después del pago o la condena del mandante.

Llega a tal conclusión tomando como fundamento el contenido de varios textos que, a nuestro entender, son esenciales en el tema del que estamos tratando.

En primer lugar, hay que citar un texto de Juliano:

⁴¹⁵ *Neg. Gest...cit.*, pp. 61 y 62 n.1.

⁴¹⁶ *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im classischen römischen Recht*, en SZ 27, (1906), p. 100

D. 46,1,13 (Jul. 14 dig.)

Si mandatu meo Titio decem credideris, et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris, item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

En este texto Juliano nos habla de un caso de mandato de crédito, y afirma que en el caso de que el mandatario ejercitara la acción de mandato contra el mandante, el deudor principal no queda liberado, y el mandante sólo será condenado a favor del mandatario si éste, previamente, le cede las acciones que tiene contra el deudor.

Es decir, la cesión de acciones aparece aquí como una condición previa a la condena del mandante frente al mandatario, y en el caso de que el mandatario se haya dirigido primero contra el deudor principal, dice Juliano que el mandante no queda liberado, sino que el mandatario puede exigirle lo no obtenido del deudor principal.

El mismo fragmento aparece prácticamente idéntico en un texto de Gayo:

D. 17,1,27,5 (Gai 9 ad ed. prov.)

Si mandatu meo Titio credideris, et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris; sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

Vemos como, en el primer texto, Juliano hace dos afirmaciones fundamentales con relación al funcionamiento del mandato de crédito:

- en primer lugar, que la acción ejercitada contra el deudor no extingue la que el mandatario tiene contra el mandante, de modo que puede dirigirse contra él para exigir lo que no ha obtenido del deudor principal.
- en segundo lugar, que la acción ejercitada por el mandatario contra el mandante no puede llevar a su condena si previamente no le cede las acciones que tiene contra el deudor principal.

Por lo que debemos entender la *cessio actionis* como un presupuesto para que se produzca la condena del mandante frente al mandatario⁴¹⁷.

Vemos pues que, atendiendo al contenido del presente texto, no se dictará condena hasta que se produzca la cesión de las acciones derivadas del préstamo objeto del mandato. Es decir, en este caso estaríamos ante una

⁴¹⁷ BORTOLUCCI, BIDR 28, p. 202; GUARINO, *Mand. cred...cit.*, p. 105; ESPINOSA, *Mand. de créd...cit.*, p.38.

cesión de acciones *apud iudicem*, lo cual demuestra que la *litis contestatio* no produce la extinción de la acción que el mandatario tiene contra el deudor.

Frente a la interpretación ya señalada de Partsch y Schulz, están quienes creen ver en dicho texto la referencia a un derecho de retención.

Hemos señalado que Schulz habla de la existencia de dos posturas distintas en cuanto al tema de la cesión de acciones en el mandato de crédito, la de Juliano, a la que ya hemos hecho referencia, y la de Papiniano, que está contenida en siguiente texto:

D. 46,3,95,10 (Pap. 28 quaest.)

Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli: et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat, et hoc pertinet, tutoris et pupilli debitoris non fecisse comparationem: nam cum tutor pupillo tenetur ob id, quod debitorem eius non convenit, neque iudicio cum altero accepto liberatur alter nec, si damnatus tutor solverit, ea res proderit debitori: quin etiam dici solet tutelae contraria actione agendum, ut ei pupillus adversus debitores actionibus cedat.

En este caso, existe una circunstancia que lo diferencia del supuesto señalado por Juliano, y es que ahora estamos partiendo del hecho de que el

mandante ya ha sido condenado, y Papiniano nos dice que aún en este supuesto lo razonable es que no quede liberado el deudor y se le concedan al mandante las acciones que el mandatario tiene contra el primero.

Para explicar mejor el caso, Papiniano lo compara con el del tutor y el deudor del pupilo en el que el primero ha sido condenado, lo cual no le impide que ejercite la acción de tutela contraria contra su pupilo para exigirle la cesión de acciones que éste tiene contra el deudor.

Bortolucci⁴¹⁸ señala que no existen dos posturas distintas, sino que Juliano quería poner de relieve que en el mandato de crédito la cesión de acciones era posible en el juicio, incluso en la fase *apud iudicem*, como presupuesto de la condena, pero ello no es obstáculo para que, si tal cesión no se ha producido en dicho juicio, se pueda realizar en un momento posterior, supuesto éste al que se refiere Papiniano en el último texto citado.

Así pues, el texto de Papiniano lo que hace es ratificar la ya citada independencia de la obligación del deudor respecto a la del mandante, y ello viene a confirmar como notas características del mandato de crédito, la autonomía de ambas obligaciones y la libre elección de uno u otro por parte del acreedor⁴¹⁹.

Tenemos pues aquí un testimonio según el cual la cesión de acciones se puede realizar incluso cuando el mandante ya ha sido condenado frente al

⁴¹⁸ BIDR 28, p. 202.

⁴¹⁹ ESPINOSA, *Mand. de créd...*cit., p. 40.

mandatario. Este mismo testimonio aparece recogido, al igual que ocurría en el supuesto anterior, en otro texto, ahora de Ulpiano:

D. 17,1,28 (Ulp. 14 ad ed.)

Papinianus libro tertio quaestionum ait, mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare: propter mandatum enim suum solvit et suo nomine: ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.

En este caso, Ulpiano cita a Papiniano y señala que el pago del mandante no libera *ipso iure* al deudor, sí tiene efectos respecto a éste, puesto que, como no se ha consumido la acción, el mandatario puede dirigirse contra él, y el deudor podrá oponer una *exceptio doli* que impida que el mandatario cobre dos veces. Y respecto al mandante, una vez ya se ha hecho el pago por parte del mandante, el mandatario deberá cederle la acción contra el deudor, es decir, la cesión de la acción puede exigirse incluso fuera del proceso.

Sobre la clasicidad de dichos textos hay que señalar que Partsch, sostiene que en el primer texto, la última frase, "*quin etiam-cedat*" es una interpolación. A este respecto, Bortolucci⁴²⁰ entiende que la discusión sobre la clasicidad de esa frase no es importante con relación al tema del que nos estamos ocupando, ello no le impide señalar que es muy probable que dicho texto de Papiniano haya sido alterado, ya que incluso en la primera parte del

⁴²⁰ *BIDR* 28, p. 202 n.2.

texto le resulta muy sospechosa la frase "*eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli*", de cuyo tenor se desprende que se equipara el contrato con el tutor, cosa del todo ilógica, cuando en realidad, para que la frase tuviese sentido debería haberse escrito *tutoris et debitoris*; pero todo lo señalado no afecta a la clasicidad del principio que sobre el mandato de crédito contiene dicho texto.

También Frezza⁴²¹ señala sus dudas sobre la clasicidad del texto de Papiniano, y piensa que quizá el texto que ha llegado hasta nuestros días sea el resultado de la confusión de un texto de Papiniano con la anotación de algún autor posterior hecha sobre el mismo, de forma que, probablemente, mientras que el texto de Papiniano trataba del caso *si mandatu meo Titio pecuniam credidisses*, un autor posterior anotaba al margen la comparación con el caso del tutor y del deudor del pupilo, y en posteriores ediciones se confundieron el texto original y la anotación.

Pero esta comparación con el caso del tutor le permite a Frezza concluir que, al igual que el tutor tiene la *actio tutelae contraria* para exigir al pupilo la cesión de las acciones contra el deudor, de la misma forma tiene el mandante la *actio mandati directa* para exigir al mandatario la cesión de las acciones que éste tiene contra el deudor principal.

Y también concluye, a partir de la comparación ya citada, que de la misma forma que la *actio contraria tutelae* es un remedio totalmente

⁴²¹ *Le garanzie delle...I*, cit., p. 219.

excepcional en las relaciones entre tutor y pupilo, también la acción directa del mandato es una acción excepcional en el mandato de crédito, lo que de ninguna manera puede interpretarse como una utilización imposible.

Todavía puede citarse otro texto que aclare la cuestión de la cesión de acciones en el mandato de crédito, en este caso se trata de un texto de Modestino:

D. 46,1,41,1 (Modestinus 13 resp.)

Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum iudicati conveniri coeperit posse eum desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandatur.

En este texto, Modestino se ocupa de un supuesto de pluralidad de mandantes en un mandato de crédito.

Uno de estos mandantes ha sido condenado a pagar el total, y se nos dice en el texto que, en este caso, cuando contra él se ejercite la acción ejecutiva, podrá pedir que se cedan las acciones contra los demás mandantes.

Es decir, según este texto de Modestino, la cesión de acciones puede producirse incluso al entablar la *actio iudicati* contra el mandante condenado.

Bortolucci⁴²² hace mención especial a este texto como argumento contra la tesis de Partsch según la cual la *actio mandati directa* no tiene

⁴²² BIDR 28, p. 204.

sentido en el ámbito del mandato de crédito. Una vez visto que el pago del mandante después de la condena, o incluso de forma voluntaria, no extingue la obligación del tercero, no existe ningún argumento para rechazar que la *cessio actionis* sea el objeto de la *actio mandati directa*, ni tampoco para excluir, después de la condena o el pago, la cesión coactiva.

Vemos pues como en este tema es fundamental el principio de la independencia de la obligación del mandante y la del deudor, y es esta independencia lo que posibilita que la *litis contestatio* celebrada con el deudor no extinga la obligación del mandante, de manera que el mandatario pueda reclamarle lo que no le ha pagado el deudor, y a su vez también posibilita la cesión de acciones. Una vez el mandante ha pagado al mandatario, o ha sido condenado en tal sentido, ello no afecta en absoluto a la obligación del deudor, que sigue intacta y, por lo tanto, también queda intacta la posibilidad de ejercitar las acciones que el mandatario tiene contra el deudor principal.

Ya hemos adelantado antes que la razón de esta independencia está en que ambas obligaciones tienen causas distintas, la del mandante es el propio mandato, y la del deudor es el mutuo.

De este principio de la independencia de las obligaciones de mandante y deudor principal, Bortolucci⁴²³ extrae las siguientes consecuencias con relación a la figura del mandato de crédito:

⁴²³ Ult. op. cit., pp. 211-216.

- La primera consecuencia es que la obligación del mandante no tiene carácter accesorio y no le afecta lo que ocurra con la obligación del deudor principal.
- La segunda consecuencia, es que las excepciones que podía utilizar en su favor el deudor principal no pueden ser utilizadas por el mandante, éste sólo puede utilizar aquellas excepciones que tienen que ver con su propia obligación, es decir que tienen relación con el contrato de mandato.

Sin embargo, ello no impide que al mandante se le concedan las excepciones que se estime convenientes, teniendo en cuenta que la no concesión de las excepciones propias del tercero deudor a favor del mandante no ha de ser contraria a la buena fe⁴²⁴.

- La tercera consecuencia que extrae Bortolucci, es que la validez o no de la obligación del deudor principal no afecta para nada a la de la obligación del mandante⁴²⁵.

- Y, por último, la cuarta consecuencia es que la obligación del mandante no es una obligación subsidiaria, lo cual implica que el mandatario no está obligado a dirigirse primero contra el deudor principal y luego contra el mandante, en el caso de que el primero no le haya pagado o no haya pagado el total, sino que puede elegir con total libertad contra quién dirigirse en primer lugar.

⁴²⁴ D. 17,1,58,1 (*Paul. 4 quaest.*); C. 8,40 (41), 4; C. 4,30,12; D. 14,6,9,3 (*Ulp. 29 ed.*).

⁴²⁵ D. 17,1,12,13 (*Ulp. 31 ed.*), (mutuo a un *filius familias*); D. 4,4,13, pr. (*Ulp. 11 ed.*)(mutuo a favor de un menor).

A este respecto nos parece interesante la afirmación de Frezza⁴²⁶ según la cual, en realidad la *libera electio* es aplicable tanto al mandato de crédito como a las distintas formas de *adpromissio* que conoce el derecho romano, pero existe una diferencia sustancial, y es que la consunción procesal está vigente en los casos de *sponsio*, *fidepromissio* y *fideiussio*, mientras que no lo está en el caso del mandato de crédito.

Ya hemos señalado que ni la *litis* celebrada con el deudor extingue la obligación que el mandante tiene frente al mandatario, ni la *litis* con el mandante extingue tampoco la obligación que el deudor tiene frente al mandatario, lo cual posibilita la exigencia de la cesión de acciones a través de la *actio mandati directa*⁴²⁷.

Continuando con el tema de la cesión de acciones en el ámbito del mandato de crédito, hay que señalar que el mandatario responde de su negligencia al cumplir con el objeto del encargo, y dicha negligencia va a impedir que el mandante pueda ser demandado con la *actio mandati contraria*.

En las fuentes podemos encontrar varios textos que se refieren a las consecuencias del comportamiento negligente del mandatario en la ejecución del mandato⁴²⁸, pero aquí vamos a referirnos a un supuesto concreto en el que

⁴²⁶ *Le garanzie delle...cit.*, p. 220 n.1.

⁴²⁷ LEVY, *Sponsio...cit.*, pp. 104 y ss.

⁴²⁸ D. 17,1,59,6 (*Paul. 4 resp.*); D. 46,1,71,2 (*Paul. 4 quaest.*); C. 8,40 (41),1 (a. 215); C.8,40 (41),22 (a. 294).

la consecuencia de dicho comportamiento es que el mandatario no puede ceder sus acciones al mandante, supuesto al que se refiere un texto de Papiniano:

D. 46,3,95,11 (Pap. 8 quaest.)

Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.

Aquí Papiniano afirma que en el caso de que el mandatario no pueda ceder al mandante las acciones que tiene contra el deudor principal, queda liberado el mandante de su responsabilidad frente al mandatario.

Un caso tal se daría, por ejemplo, en el supuesto de que el mandatario hubiera perdido la *litis* entablada contra el tercero-deudor como consecuencia de un comportamiento negligente suyo, como ocurre si éste pide más de lo debido, fuera de tiempo, en un lugar que no corresponde, o, por ejemplo, contra un pacto que se estableció entre ambas partes.

La consecuencia de este comportamiento negligente por parte del mandatario va a ser la extinción de estas acciones que tenía contra el tercero-deudor y por lo tanto, también la imposibilidad de cedérselas al mandante, por lo que, en consecuencia, no va a poder dirigirse contra él con la *actio mandati contraria*.

Es claro, que, atendiendo a la buena fe que informa toda la institución hay que concluir que el mandatario, necesariamente, responderá tanto si actúa con dolo como si actúa de forma negligente, y a ello es a lo que se hace referencia en el anterior texto. Es decir, aquí el mandatario, aunque no ha actuado con dolo, sí ha tenido un comportamiento negligente, comportamiento del que va a tener que responder frente al mandante, y dicha responsabilidad se plasmará en la pérdida de la posibilidad de ejercitar la *actio mandati contraria*⁴²⁹.

Una cuestión curiosa es la del posible regreso del mandante frente al deudor, ejercitado a través de la *actio mandati contraria*, claro que el presupuesto para que ello pueda darse es que exista un contrato de mandato entre el deudor y el mandante, es decir, en este caso estaríamos ante una persona que a la vez es mandante del acreedor y mandatario del deudor principal, ya que éste es quien le encarga que mande al mandatario prestarle a él mismo una cantidad de dinero.

Con esta estructura se consigue que el mandante, que aquí está actuando como garante, si ha pagado, tenga la posibilidad de reclamar del acreedor-mandatario la cesión de créditos, e independientemente de ésta, tenga también la posibilidad de reclamar contra el deudor que a la vez es su mandante.

⁴²⁹ A esta responsabilidad del mandatario en caso de comportamiento negligente por su parte, se refieren también: D. 17,1,59,6 (*Paul. 4 resp.*); C. 8,40(41),1 (a.215); C. 8,40(41),22 (a.294)

Estamos hablando pues de un supuesto en el que una persona, A, necesita que otra, B, le preste una cantidad de dinero y puede conseguirlo al presentarle un garante a dicho acreedor utilizando el contrato de mandato de la siguiente manera: A encarga a C que mande a B que le preste una cantidad de dinero, a A.

Con tal negocio, el acreedor tiene garantizado su crédito puesto que puede cobrarlo o bien de su deudor o bien de su mandante, quedando ello a su libre elección, y además el mandante, C, tiene la posibilidad de exigir de su mandatario que le ceda las acciones que tiene contra el deudor y también tiene la posibilidad de dirigirse, en vía de regreso, contra su mandante utilizando para ello la *actio mandati contraria*.

Estas dos posibles pretensiones son totalmente autónomas, puesto que la causa de cada una de ellas es un contrato de mandato distinto.

Si bien hay que señalar que esta relación entre tercero deudor y mandante puede articularse tanto a través de un contrato de mandato como a través de la figura de la *negotiorum gestio*.

Vemos pues que este regreso entre el mandante y el deudor estará regulado por las normas propias del contrato de mandato⁴³⁰.

⁴³⁰ BORTOLUCCI, en *BIDR* 28, p. 216. A este respecto, SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, en *Scritti giuridici I*. Torino, p. 269 n.1, afirma que en este caso estaríamos hablando de la *actio mandati in factum* que se crea como acción de regreso a favor del *fideiussor*, tal y como afirma LENEL en *EP*³, p. 296, tema éste del que nos ocuparemos en el siguiente capítulo del presente trabajo. Si bien nos parece conveniente señalar en este momento, que LENEL, cuando argumenta la existencia de dicha *actio in factum*, habla siempre del caso del *fideiussor*, y en ningún caso habla de este supuesto al que se refiere SEGRÈ.

La cuestión es, cuándo el mandante puede utilizar la *actio mandati contraria*, y cuándo la *actio negotiorum gestorum*.

A este respecto hay que citar dos textos según los cuales podría deducirse que procede la utilización de la *actio mandati contraria* contra aquél que ha admitido que se intervenga en su favor:

D. 17,1,18 (Ulp. 40 Sab.)

Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur mandare intellegitur

D. 50,17,60 (Ulp. 10 disp.)

Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione.

Bortolucci⁴³¹ sospecha de la genuinidad de ambos textos.

En cuanto al primero, señala que probablemente se trate de una frase que los compiladores extrajeron de un texto más largo, y no se puede, a partir de esta frase, concluir que el derecho romano admitía la existencia de un contrato de mandato sólo porque se concede un mutuo a un tercero.

Respecto al segundo texto, el mismo autor pone de relieve que al comienzo del mismo contiene una norma incompleta y por lo tanto ilógica; para

⁴³¹ *BIDR* 28, pp. 216 y 217.

que no fuera así, a su entender, en el texto debería decirse: “*semper qui non prohibuit, cum prohibere posset,...*” o alguna otra expresión que hiciera referencia al hecho de que el tercero no prohíbe el mutuo que se hace en su favor pudiendo prohibirlo.

En su opinión, estos textos plasman la voluntad de los compiladores de constituir a favor de toda clase de garantes un derecho de regreso fundado en la *actio mandati contraria* y partiendo de la ficción sobre la existencia de un contrato de mandato.

Así pues, la idea de Bortolucci es que el mandante tendrá contra el tercero-deudor la *actio mandati contraria* cuando sea mandatario de éste, y la relación entre ambos será regulada por las normas propias del mandato, y, por otra parte, cuando el mandante no sea mandatario del tercero, podrá dirigirse contra éste con la *actio negotiorum gestorum contraria* siempre que se den las condiciones necesarias para poder utilizarla, y siempre que el mandante no haya obrado contra la prohibición del deudor⁴³².

Por el contrario Constadaky⁴³³ opina que la interpretación de Bortolucci es demasiado rígida y que al afirmar que dichos textos están interpolados, cae en una contradicción, puesto que él mismo se funda en estos dos textos para demostrar el interés del mandante en el cumplimiento del mandato de

⁴³² BORTOLUCCI, en *BIDR* 28, p. 217, cita en tal sentido: C. 2,18 (19), 24, pr. y 1; D. 17,1,40 (*Paul. 9 ed.*).

⁴³³ *Le mandat de...cit.*, p. 151.

crédito⁴³⁴; si bien admite la intervención de los compiladores en ambos textos, cree que la alteración de los mismos es menos radical de lo que señala Bortolucci.

El propio Constadaky concluye que en derecho clásico existen dos condiciones, a la vez necesarias y suficientes, para que se considere que el tercero-deudor ha dado mandato a aquel que ha garantizado su deuda, y en cuanto a la reforma bizantina, ésta se limita a sustituir el simple conocimiento de causa por la mera presencia⁴³⁵.

Para llegar a tal conclusión Constadaky parte del contenido de dos textos de Paulo:

D. 17,1,20,1 (Paul. 11 ad Sab.)

Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.

Constadaky destaca de este texto ,cuya genuidad no se cuestiona, que en él se nos dice que si alguien garantiza la deuda de un ausente, no hay contrato de mandato, y, en consecuencia, tampoco acción de mandato.

También tiene en cuenta:

⁴³⁴ *BIDR* 28, p. 198 n.4.

⁴³⁵ *Le mandat de...cit.*, p. 156, donde cita en el mismo sentido a DONATUTI, *L'actio mand...cit.*, p. 11.

D. 17,1,40 (Paul. 9 ad ed.)

Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.

El propio Constadaky hace referencia a la reconstrucción que Frese⁴³⁶

hace del texto:

Si pro te [praesente] <absente> et vetante [fideiusserim] <spoponderim> [nec mandati actio nec negotiorum gestorum] <iudicium> <non> est

A nuestro autor sólo le parece razonable admitir la crítica a la genuinidad de la palabra *fideiusserim*, ya que, según su opinión, es más inteligible el pensamiento de Paulo tal y como aparece en la actual redacción del texto, que en la redacción que propone Frese.

La principal crítica que hace a las correcciones de este último es que no le parece necesario que concurren a la vez las condiciones de *absente* y *vetante*, ya que si se da una de las dos es suficiente para que ya no pueda haber un mandato, y la segunda sólo es suficiente para que no haya *negotiorum gestio*.

⁴³⁶ *Prok. und Neg...cit.*, p. 366 n.4.

Así pues, si tal y como pretende Frese, el texto se refiere a la *negotiorum gestio* y exige las dos condiciones, nos encontramos con que Paulo hace una afirmación inútil, ya que en la mayoría de los casos es la ausencia la que provoca la gestión de negocios.

Por el contrario, Constadaky cree que, tal y como aparece el texto, es como mejor se entiende, y según él, lo que Paulo quiere decir es que “la présence consentante à l’acte vaut un mandat; la présence non consentante ne vaut même pas gestion d’affaires”⁴³⁷.

Hemos visto cómo a través del ejercicio de la acción de mandato, el mandante puede conseguir que el mandatario en un mandato de crédito, le ceda las acciones que tiene contra el tercero-deudor, con lo que el mandante utilizará dichas acciones para dirigirse contra el tercero en vía de regreso. Es decir, en este caso, la cesión de acciones va a ser un instrumento a través del cual el mandante recuperará lo gastado al cumplir su obligación de garante. A nuestro entender, es en esta relación entre mandante y el tercero donde mejor se ve que el mandato de crédito es una forma de garantía personal, con una vía de regreso a favor del garante y contra el deudor principal al igual que ocurre en la *fideiussio*.

⁴³⁷ *Le mandat de...cit.*, p. 156.

II.3.2- ACTIO MANDATI CONTRARIA.

La acción que normalmente se ejercitaba en el ámbito del mandato de crédito era precisamente la *actio mandati contraria*, puesto que con ella lo que se perseguía era, precisamente, obtener del mandante la devolución de la cantidad prestada al tercero-deudor como consecuencia del mandato; y como ya hemos visto con anterioridad ésta era una de las notas en las que Förster creía ver una naturaleza jurídica distinta a la del normal contrato de mandato.

Dicha reclamación se articularía procesalmente ante una fórmula como:

*Quod Numerius Negidius (el mandante demandado)
Aulo Agerio (el mandatario demandante) mandavit, ut
Sempronio tot pecuniae mutaret (o feneraret), qua de re
agitur, quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere
oportet ex fide bona, eius, iudex, N.m N.m A.o A.o
condemna; si non paret, absolvito*⁴³⁸

De manera que en la *demonstratio* de dicha fórmula se haría referencia al contrato de mandato que liga a demandado y demandante, y que es la causa de que este último haya concedido un crédito a una tercera persona.

Bortolucci⁴³⁹ sólo hace referencia a que se trataría de una fórmula con una *intentio* con la expresión “*quidquid dare facere oportet ex fide bona*”, y

⁴³⁸ GUARINO, *Mand. cred...cit.*, p. 88;

⁴³⁹ *BIDR* 28, p. 204.

señala que esta acción no tenía una fórmula especial, y que Förster⁴⁴⁰ está en un error cuando afirma que en dicha fórmula se haría referencia a que el mandante tenía que resarcir al mandatario "*id quod ei abest*"⁴⁴¹, para lo cual se basa en el contenido de dos textos de Ulpiano, D.17,1,26,2 y 47,pr.

Pero Bortolucci cree que no es correcto que dichos textos se interpreten en tal sentido, pues el supuesto que se prevé en ellos es el del regreso del *fideiussor* contra el tercero, cuando el primero es mandatario de la persona por la que ha pagado.

Observamos pues, como a través de esta acción, el mandatario podía reclamar del mandante la cantidad prestada al tercero-deudor, pero teniendo en cuenta que si el mandatario había ya recuperado una parte del dinero del propio deudor, evidentemente sólo podrá reclamar del mandante a través de la *actio mandati contraria* aquello que no ha recuperado, tal y como se nos dice en los siguientes textos:

D. 17, 1, 27,5 (Gai <10> ed. prov.)

Si mandatu meo Titio, credideris, et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris; sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id

⁴⁴⁰ *Der Kreditauftrag...cit.*, p. 16.

⁴⁴¹ De este tema nos ocuparemos más ampliamente al tratar del tema del regreso a través de la *actio mandati contraria*.

dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris

D. 46,1,13 (lul. 14 dig.)

Si mandatu meo Titio decem credideris. et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius, sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

Con la posibilidad del ejercicio de esta acción se garantizaba el cumplimiento del principio según el cual el mandatario no debe soportar ningún perjuicio como consecuencia de la ejecución del mandato.

Dicho principio lo encontramos plasmado principalmente en el siguiente texto de Paulo⁴⁴² :

D. 17,1,20 pr. (Paul. 11 ad Sab.)

Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet si exigere faeneratam pecuniam non potuit.

En dicho texto, Paulo afirma que nada debe quedar en poder del mandatario como consecuencia del mandato, al igual que tampoco debe

⁴⁴² El mismo principio aparece también en C. 4,35,1.

soportar ningún perjuicio por la misma causa, y pone como ejemplo el caso de no poder cobrar el dinero prestado a interés.

Vemos como el caso señalado no se refiere expresamente al supuesto del mandato de crédito, e incluso el ejemplo al que se hace referencia es el de un supuesto distinto, que es el del *mandatum pecuniae faenerandae*.

Bortolucci⁴⁴³ señala que no existe ningún problema en cuanto a la interpretación de la primera parte del texto, cosa que sí ocurre con la segunda parte, que, según él, puede tener dos interpretaciones.

Una primera, según la cual el significado sería que el mandatario no debe sufrir perjuicio alguno si no puede exigir el dinero que él ha dado en mutuo en ejecución de un mandato de crédito.

Una segunda, según la cual en el texto se nos dice que el mandatario que está gestionando asuntos de dinero del mandante no debe soportar ningún perjuicio si no puede exigir la suma entregada en mutuo, y no debe responder ante el mandante por la insolvencia del deudor⁴⁴⁴.

Pero Bortolucci, después de haber hecho referencia a la posibilidad de estas dos interpretaciones, nos acaba diciendo que en ninguna de las dos podía estar pensando Paulo.

Esta segunda interpretación iría en contra de un texto que podemos encontrar en las *Pauli Sententiae*:

⁴⁴³ BIDR 28 p. 206.

⁴⁴⁴ SCHULZ, *Klagen-Cession im...cit.*, p. 138.

P. S. 1,4,3

Si pecuniae quis negotium gerat usuras quoque totius temporis praestare cogitur et periculum eorum nominum quibus collocavit agnoscere si litis contestatae tempore solvendo non sint. hoc enim in bonae fidei iudiciis servari convenit.

Texto éste en el que, a propósito de un caso parecido, se afirma que el *periculum nominum* afecta desde el principio y directamente al mandante.

Con cualquiera de las dos interpretaciones parece que lo que se nos está diciendo es que el mandatario que no ha cobrado del deudor, no ha de sufrir daño alguno como consecuencia de ello y por tanto puede ejercitar la *actio mandati contraria* contra el mandante para poder cobrar.

Con dicha interpretación tendríamos que el mandatario ha de dirigirse primero contra el deudor y sólo en el caso de que éste no pague o no pague el total puede dirigirse contra el mandante. Tal afirmación no es cierta, puesto que sabemos que el mandatario, una vez ha vencido la deuda, puede dirigirse en primer lugar contra el mandante o contra el prestatario a su libre elección⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ D. 17,1,56 pr. (Pap. 3 resp.= D. 50,17,81): *qui mutuam pecuniam dari mandavit, omissio reo promittendi et pignoribus non distractis eligi potest...*

Ante esta situación, Bortolucci señala que ha de admitirse que el citado texto está alterado, ya que, a su entender, contradice al propio Paulo y a los principios vigentes en la época de éste.

Pero Constadaky⁴⁴⁶ duda de la completa exactitud del razonamiento de Bortolucci, ya que éste supone entender la palabra *exigere* como percibir o hacer pagar, cuando en realidad podría significar reclamar o exigir, entendiéndose entonces el sentido de la frase como que el mandatario no debe soportar los perjuicios que surgen como consecuencia de que no pueda reclamar al tercero el dinero prestado.

Por lo tanto, con esta interpretación, lo que quiere decir el texto, según Constadaky, es que la reclamación del mandatario es independiente de la eficacia del contrato que ha concluído con el tercero al cumplir el mandato.

En cuanto al objeto de la reclamación a través de la *actio mandati contraria* en el mandato de crédito, éste es, como ya hemos señalado, la cantidad que ha prestado al tercero-deudor.

Pero con relación a este tema hay que hacer referencia al supuesto de que el mandatario haya hecho un préstamo a interés.

La cuestión es sí puede o no reclamarse dichos intereses a través de la citada acción. La respuesta es afirmativa sólo si tal cosa fue expresamente

⁴⁴⁶ *Le mand. de...cit.*, p. 135.

prevista por ambas partes en el mandato, o si éste era prestar dinero a interés⁴⁴⁷, supuesto este último expresamente previsto en:

D. 46,1,71,2 (Paul. 4 quaest.)

*Placet mandatorem teneri etiam si faeneraturo creditori
mandet pecuniam credere.*

Continuando con el tema del objeto de la *actio mandati contraria*, ya hemos señalado que dicho objeto consiste en la cantidad prestada y, en caso de que ello haya sido previsto, los intereses, pero, además, a través de dicha acción el mandatario puede reclamar al mandante por cualquier disminución patrimonial que haya sufrido como consecuencia de la concesión del citado préstamo.

En este sentido hay que señalar que algunos autores, como Thur⁴⁴⁸ y Förster⁴⁴⁹, por el contrario, entienden que, frente a lo que ocurre en un mandato normal, en el de crédito, a través de la *actio mandati contraria* no se reclama por las disminuciones patrimoniales sufridas, sino que se trata de una acción de compensación, y llegan a tal conclusión porque ellos ya parten de la idea de que el mandato de crédito no es un mandato, sino una operación de garantía. En tal caso, se hace referencia a la posibilidad de que la obligación

⁴⁴⁷ *BIDR* 28, p. 207.

⁴⁴⁸ *Act. im ver...cit.*, p.36.

⁴⁴⁹ *Der Kreditauftrag...cit.*, pp. 16 y 80.

del mandante sea limitada en el propio contrato de mandato, tanto respecto a la cantidad de la suma debida, por el tercero deudor, como respecto al tiempo.

Y a esta cuestión precisamente hace referencia un texto de Paulo:

D. 17,1,59,5 (Paul. 4 resp.)

“Ille illi salutem. Mando tibi ut Blaesio Severo adfini meo octoginta credas sub pignore illo et illo: in quam pecuniam et quidquid usurarum nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus praestaturum.” Postea saepe conventus mandator non respondit; quaero, an morte debitoris liberatus sit. Paulus respondit mandati obligationem perpetuam esse, licet in mandato adiectum videatur indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus praestaturum.

Tenemos aquí un documento por medio del cual se manda a alguien que dé un crédito de ochenta mil sextercios a un tal Blesio Severo, que es pariente del mandante. Además, el deudor garantiza el crédito con una prenda y asume su responsabilidad también por los intereses y añade que responderá de todo daño relacionado con la ejecución del mandato mientras viva el tal Blesio Severo. El texto continúa diciendo que el mandante ha sido requerido varias veces sin que responda, y, al parecer, en este período se produce la muerte de Blesio, con lo cual la cuestión es si dicha muerte libera al mandante

de su obligación frente al mandatario. Paulo responde negativamente, la limitación establecida por el mandante a su obligación no puede producir efectos, pues la obligación de mandato es perpétua, "*mandati obligationem perpetuam esse*".

En cuanto a la genuinidad del texto, Beseler⁴⁵⁰ y también Bortolucci⁴⁵¹, coincide en que la frase final es una interpolación, ya que consideran que se trata de una repetición del todo inútil. Sin embargo, Guarino⁴⁵² no cree que se trate de una interpolación, y que perfectamente pudo Paulo repetir las mismas palabras pronunciadas por el mandante para con ello resaltar que no pueden producir el efecto que éste buscaba al pronunciarlas.

Una cuestión interesante con relación al tema del que nos estamos ocupando, es la existencia de un mandato con una pluralidad de mandantes. Concretamente el tema que nos interesa es saber si el mandatario puede demandar a uno sólo de estos mandantes por el total o, por el contrario, sólo puede reclamar a cada uno de ellos una parte de la deuda.

El texto clave en este tema es:

D. 17,1,59,3 (Pap. 4 resp.)

Paulus respondit, unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato; post

⁴⁵⁰ *Beiträge...cit.*, p. 110.

⁴⁵¹ *BIDR* 28, p. 208.

⁴⁵² *Mand. cred...cit.*, p. 99.

*condemnationem autem in duorum personam collatam
necessario ex causa iudicati singulos pro parte dimidia
conveniri posse et debere.*

En la primera parte del texto Paulo afirma que si existe una pluralidad de mandantes, el mandatario puede dirigirse contra cualquiera de ellos para cobrar el total.

Pero el problema surge a la hora de interpretar la frase "*etiamsi-mandato*", que ha sido objeto de discusión en el seno de la doctrina. Así, parece ser, que la mayoría de la doctrina se inclina por interpretar dicha frase "a contrario", es decir, que puede admitirse, a través de un *pactum adiectum*, que el mandatario se dirija contra cada uno de los comandantes *pro parte*.

Sin embargo, Frezza⁴⁵³ interpreta dicho texto de una forma distinta, y entiende que lo que en él se dice es que, salvo pacto en contrario, el principio que rige es el de la *libera electio* por parte del mandatario, ahora bien, teniendo en cuenta que esta elección no produce la extinción de la acción.

Guarino⁴⁵⁴ no comparte en absoluto esta interpretación, y le critica precisamente esta excepción a la regla de la consunción procesal. Señala como argumento que dicha regla fue abolida por Justiniano en el año 531 (C.8,40 (41), 28), y que del tenor de dicho texto no parece que pueda pensarse que antes de dicha fecha se hubiese producido ninguna excepción relevante a

⁴⁵³ *Le garanzie delle...cit.*, p. 226.

⁴⁵⁴ *Mand. cred...cit.*, p. 93.

dicho principio. Entiende que, lo más probable, es que en época clásica fuera posible que a través de pactos que se adjuntaban al contrato de mandato, se estableciera que en los casos de pluralidad de mandantes, su responsabilidad no tuviese que ser solidaria, sino sólo por la parte correspondiente. El valor de estos pactos sería consecuencia de que estamos hablando de un *iudicium bonae fidei*, de manera que el juez podía, partiendo de la existencia de estos pactos, concluir la inexistencia de la solidaridad.

A propósito de la antes señalada interpretación de Frezza sobre el texto de Paulo, compartimos la observación hecha por Espinosa⁴⁵⁵.

Esta autora entiende que la argumentación de Frezza se basa en aplicar el principio de la no consunción de las acciones en el ámbito de las relaciones del mandatario con el mandante y a su vez con el deudor, al ámbito de la relación entre el mandatario y una pluralidad de mandantes.

Ya hemos señalado anteriormente que el ejercicio de la acción que tiene el mandatario contra el tercero deudor no produce la extinción de la acción que tiene contra su mandante.

La razón de la independencia de estas dos obligaciones es precisamente la diversidad de causas, es decir, cada una de estas obligaciones tiene una causa distinta.

⁴⁵⁵ *Mand. de créd...cit.*, p. 35.

Mientras la causa de la obligación del mandante con relación al mandatario es el propio mandato, la causa de la obligación del tercero deudor frente al mandatario es el mutuo.

Pensamos, por lo tanto, que lo lógico es que el ejercicio de la *actio mandati* contra el mandatario, derivada del mandato, no extinga la posibilidad de ejercitar la acción derivada del mutuo contra el deudor principal y viceversa. Pero, por el contrario, cuando existen una pluralidad de mandantes, la obligación que tiene cada uno de ellos tiene la misma causa, el mismo contrato de mandato, por lo que lo lógico es que el ejercicio de la *actio mandati* por parte del mandatario y contra uno de los mandantes, produzca necesariamente la consunción procesal de la acción.

Continuando aún con el tema de la existencia de una pluralidad de mandantes en el mandato de crédito, nos parece interesante hacer referencia a la cuestión de la aplicabilidad del *beneficium divisionis* a tal figura o no.

Dicho *beneficium* fue concedido por Adriano a los cofiadores, y a través de él se obliga al acreedor a que sólo pida a cada uno de los cofiadores solventes una parte de la deuda. Es decir, la deuda garantizada por una pluralidad de fiadores se dividirá entre aquellos fiadores que sean solventes, y el deudor sólo podrá reclamarles a cada uno de ellos la parte que les corresponda⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Sobre el *beneficium divisionis* entre los cofiadores, puede verse: LEVY, *Sponsio*,...cit., p. 137.

A dicho *beneficium* hace referencia Gayo:

Gai. 3,121

...Sed nunc ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint, partes petere...

Gai 3,122

...Sed ut ex supra dictis apparet, is a quo creditor totum petit, poterit ex epistula divi Hadriani desiderare ut pro parte in se detur actio.

La cuestión que a nosotros nos interesa con relación a este tema es la que surge a propósito de la comparación de estos textos de Gayo con una constitución de Justiniano que también se refiere a dicho *beneficium*:

C. 4,18,3 (a. 531)

Divi Hadriani epistolam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere in his etiam, qui pecunias pro aliis simul constituunt necessarium est; aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet.

Vemos, como aquí se extiende la aplicación del *beneficium* también al *constitutum debiti alieni*, pero además se nos dice que el *beneficium* se

aplicaba tanto al caso de pluralidad de fiadores como al caso de pluralidad de mandantes.

Existe pues una contradicción entre los textos gyanos y este texto de Justiniano, por lo que se plantea la duda de cuál fue el contenido originario del citado *beneficium*, y para solucionar tal contradicción hay que hacer referencia a un texto de Papiniano:

D. 27,7,7 (Pap. 3 resp.)

Si fideiussores qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniret petierant atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros quod ab eo servari non potuisset, placuit inter eos qui solvendo essent, actionem residui dividi quod onus fideiussorum susceptum videretur nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit

Este es el único texto del Digesto que hace referencia a la aplicación del *beneficium* al caso de pluralidad de mandantes en el mandato de crédito, y en él no se alude a ninguna disposición imperial en tal sentido.

Bortolucci⁴⁵⁷ señala que la aplicación del *beneficium* al mandato de crédito es de origen postclásico, y que el texto de Papiniano está interpolado.

⁴⁵⁷ BIDR 28, pp. 251 y ss.

En dicho texto se nos explica un caso en el que un tutor había prestado a su pupilo la *cautio rem pupilli salvam fore*, y además dicha *cautio* había sido garantizada por varios *fideiussores*. Una vez terminada la tutela, cuando el pupilo es ahora *adulescens*, resulta que ésta había provocado pérdidas en el patrimonio del mismo. En vista de ello, éste puede o ejercitar la *actio ex stipulatu* contra su tutor, o ejercitarla contra los *fideiussores*. Estos últimos habían pedido al pupilo que citara *in ius* primero al tutor, y a cambio le prometían, a través de una nueva *stipulatio*, que le responderían de todo aquello de lo que no le respondiera el tutor. Y es en este punto donde se plantea la cuestión de si dicho pupilo puede reclamar el residuo *in solidum* de cualquiera de los *fideiussores* o si, por el contrario, dicha *actio ex stipulatu* tenía que dividirse entre aquellos *fideiussores* que fueran solventes.

La cuestión que se plantea es si en tal estipulación pueden beneficiarse del *beneficium divisionis*, y por lo tanto el menor tendrá que dividir la acción por el residuo no obtenido del tutor.

Papiniano responde que sí debe dividirse tal acción y cita como argumento la analogía con el caso de la *fideiussio*, y la frase final del texto, "*nam-excludit*" es un añadido al texto y no proviene de Papiniano⁴⁵⁸.

También Constadaky⁴⁵⁹ entiende que la extensión de la solución que se da al caso de los cofiadores al caso del mandato de crédito es una

⁴⁵⁸ BORTOLUCCI, en BIDR 28, p.252.

⁴⁵⁹ *Le mandat de...cit.*, p. 146.

interpolación. Y cree que el argumento decisivo para dudar de la genuinidad no está en el texto mismo, sino en otro texto del propio Papiniano:

D. 46,1,52,3 (Pap. 11 resp.)

Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur absolute quoque secuta non liberantur sed omnes liberantur pecunia soluta.

En este caso, se admite la posibilidad de que el mandatario se dirija para exigir el total de la deuda contra uno de los varios mandantes que hay en el mandato de crédito, y se nos dice que en tal caso los demás mandantes no quedan liberados.

Si es cierto que el *beneficium* se refería también al caso de la pluralidad de mandantes, no se entiende como en este texto, el propio Papiniano no hace referencia a la aplicación de dicho *beneficium*.

Continúa Constadaky señalando que incluso en textos posteriores a Papiniano no se encuentra ninguna referencia a la aplicabilidad de dicho *beneficium* en el caso de *plures mandatores* en un mandato de crédito, y en tal sentido cita un texto de Modestino y una constitución de la época de Diocleciano:

D. 46,1,41,1 (Mod. 13 resp.)

Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum iudicati conveniri coeperit, posse eum

desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur.

C. 8,40,23 (sin fecha)

Reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire vel, satis non faciente contra quem egeras primo, post ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur, licet.

Constadaky señala que en este texto la alternativa se refiere al derecho de elección *in solidum* del mandatario, y partiendo de estos textos concluye que la extensión del beneficio de división a los *mandatores pecuniae credendae* probablemente se produjera en el período de tiempo que separa la época de Diocleciano a la de Justiniano, ya que duda que dicha innovación pueda deberse a la propia mano de Justiniano.

También Guarino⁴⁶⁰ se ha ocupado de este tema y con respecto a él hace tres consideraciones que, a nuestro entender, son de interés.

En primer lugar, señala que es dudoso que la *epistula Hadriani* pudiera haberse ocupado tanto del caso de los *plures fideiussores* como del de los *plures mandatores*, y ello, principalmente, porque las *epistulae principium* pertenecían a las llamadas *leges speciales*, cuya característica es que se

⁴⁶⁰ *Mand. cred...cit.*, pp. 47 y ss.

trataba de constituciones dirigidas a resolver casos prácticos singulares, y no a establecer principios generales.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que Gayo en 3,121 compara la *epistula Hadriani* con la *lex Furia*, por lo que lo más probable es que dicha epístula se refiriera, al igual que la citada ley, únicamente al caso de *plures fideiussores*.

En tercer lugar, y en cuanto al texto de Papiniano, éste se refiere a la *epistula Hadriani*, y da la impresión que en origen el citado texto se referiría sólo al caso de los *plures fideiussores*, mientras que todo lo referente al caso de los *plures mandatores*, tiene el aspecto de ser una deducción hecha a partir de la disposición de Adriano y que fue añadido posteriormente al citado texto de Papiniano.

Guarino concluye que, probablemente, lo ocurrido fue que Justiniano al redactar la constitución del 531 estuviera manejando el texto de Papiniano, que ya habría sido alterado en una época anterior, de manera que ya habla de la *epistula Hadriani* como una disposición que se refería tanto al supuesto de los *plures fideiussores*, como al de los *plures mandatores*.

Ello le lleva también a concluir que la progresiva asimilación del régimen del *mandatum pecuniae credendae* con el de la *fideiussio* no fue obra exclusiva de Justiniano, sino que ésta probablemente ya comenzó en una época anterior y se produjo progresivamente a lo largo de toda la etapa postclásica.

Una postura diferente es la de Frezza⁴⁶¹, quien entiende que si bien es cierto que la epístula de Adriano sólo hacía referencia al caso de los cofiadores, no cree que deba negarse que en época de Papiniano dicho *beneficium* ya se hubiera extendido también al caso de los *co-mandatores*, ya que piensa que los juristas de Justiniano no habrían hecho referencia a tal extensión si ésta no hubiera sido obra de la jurisprudencia de la última etapa clásica.

En tal sentido cita a Levy⁴⁶², quien afirma que al igual que se aplica el *beneficium divisionis* a los *confideiussores*, como la aplicación al *constitutum debiti* presupone una pluralidad de sujetos "*qui simul constituunt*", así también a los *plures mandatores* se podrá aplicar este beneficio sólo en caso de *eadem causa*.

Y, señala Frezza, es en este sentido que se ha de interpretar la expresión "*si mandato plurium pecunia credatur*" entendiendo que indica una *eadem causa*.

⁴⁶¹ *Le garanzie delle...I*, cit., pp. 227 y ss.

⁴⁶² *Die Konkurrenz...I*, cit., p. 196.

II.4- MANDATO DE CRÉDITO Y FIDEIUSSIO.

Por todo lo visto hasta el momento, podemos concluir, que el mandato de crédito es una forma de garantía que se asemeja mucho a la *fideiussio*, y que es muy utilizada en la práctica como una forma de garantía personal .

Ahora bien, es cierto, que existe gran semejanza entre ambas formas de garantía, pero también es cierto que existen determinadas notas específicas que las diferencian.

Dichos rasgos diferenciadores hacen que en época clásica estemos ante dos formas de garantía totalmente diferenciadas, si bien con el tiempo, ambas figuras irán evolucionando hasta que, en época de Justiniano, son prácticamente idénticas. Estos elementos esenciales en cada una de las figuras y, a la vez, diferenciadoras entre ambas son:

- La *fideiussio* es una estipulación y, por lo tanto, un negocio oral que exige la presencia de las partes; por el contrario el mandato de crédito es un contrato consensual, válido aunque se constituya *inter absentes*.
- La obligación que surge de la *fideiussio* es accesoria de la obligación principal, por lo que en principio el *fideiussor* puede invocar las excepciones del deudor principal y también puede beneficiarse del efecto extintivo de la *litis contestatio* entre el deudor principal y el acreedor. Por el contrario, la obligación que surge del mandato de crédito, es una obligación independiente de la obligación del deudor principal, por lo que el mandante no puede utilizar

las excepciones derivadas del mutuo, y la *litis contestatio* con el tercero-deudor no extingue la obligación del mandante, y viceversa.

- La *fideiussio* puede ser posterior a la deuda principal, pero nunca anterior a ella; mientras que el mandato de crédito, necesariamente ha de ser anterior a la obligación que va a garantizar.

- En el caso de la *fideiussio*, al tratarse de una estipulación, de ella va a surgir la correspondiente acción de derecho estricto *ex stipulatu*; por el contrario, en el caso del mandato de crédito, como estamos ante un contrato consensual, de él nacerán las correspondientes acciones de buena fe.

La importancia de estas cuatro diferencias entre mandato de crédito y *fideiussio*, necesariamente ha de llevar a concluir que ambas figuras eran esencialmente distintas en el derecho clásico, y, por otra parte, también nos ha de llevar a dudar de la clasicidad de aquellos textos de la Compilación que hablan de ambas figuras como si fueran idénticas.

La equiparación de ambas en época Justiniana queda plasmada en la distribución de las materias, así puede observarse cómo la *sedes materiae* del *mandatum pecuniae credendae* en la compilación justiniana es la del *mandatum*, mientras que la de la *fideiussio* sólo aparece con el título de *fideiussoribus* en las Instituciones 3, 20, ya que en el Digesto (46,1) y en el Código (8,40) el título es *de fideiussoribus et mandatoribus*.

Dicha circunstancia es interpretada por Guarino⁴⁶³ como una muestra de que ya en la práctica prejustiniana se acudía alternativamente a ambas figuras, lo cual evidencia que ya en época clásica avanzada el *mandatum pecuniae credendae* constituía una alternativa muy importante frente a la *fideiussio* y los demás negocios verbales de garantía.

En cuanto a este progresivo proceso de equiparación entre ambas figuras, estamos de acuerdo con la afirmación de Guarino⁴⁶⁴ al respecto; según este autor, este proceso tiene su causa más directa en el cambio que la *fideiussio* va a experimentar con el tiempo, más que en un cambio en la figura del mandato de crédito. Incluso señala que dicho cambio no se produce sólo en la *fideiussio*, sino en toda la categoría de las *obligationes verbis contractae*. Y otras circunstancias que ayudaron a este proceso fueron el abandono del procedimiento formulario, y la aparición del principio por el que la *stipulatio fideiussoria* que constara documentalmente se tenía por hecha⁴⁶⁵.

Así, nos encontramos con que la exigencia de la formalidad verbal típica de la *stipulatio* no es negada nunca de forma expresa, pero es un hecho que, en la práctica, poco a poco queda reducida simplemente a una ficción; y lo mismo ocurre, lógicamente, con el requisito de la presencia simultánea de las

⁴⁶³ *Mand. cred...*cit., p.36.

⁴⁶⁴ *Ult. op. cit.*, p.35.

⁴⁶⁵ Así aparece expresado en *l.3,20,8: in stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum.*

partes, ya que ambos van conexos. De hecho, en época post-clásica, se le concede el máximo valor probatorio al documento escrito en el que se había incluido la llamada *clausula stipulatoria*, donde se afirmaba que a la pregunta del *stipulans* el *promissor* había respondido afirmativamente, es decir, que se había llevado a cabo el negocio oral de la *stipulatio* con las consiguientes pregunta y respuesta⁴⁶⁶.

Según continúa Guarino, con el paso del tiempo, las únicas características típicas de la *fideiussio* que se mantienen intactas son:

- la exigencia de que se refiera a una obligación anterior o contemporánea a la propia *fideiussio*
- la accesoriedad de la obligación *fideiussoria* con relación a la obligación principal.

Por el contrario, los otros caracteres de esta figura sólo se mantienen de forma aparente, pues en la práctica ya no aparecen; es el caso de la formalidad verbal y la necesidad de la presencia simultánea de las partes y también la utilización de la correspondiente *actio ex stipulatu stricti iuris*.

Esta postura es contraria a la mantenida anteriormente por Bortolucci, quien, por el contrario afirma que la asimilación de la *fideiussio* y el mandato de crédito es obra de los compiladores justinianos; si bien, también señala que

⁴⁶⁶ GUARINO, *Mand. cred...cit.*, p.33.

los precedentes de la reforma de Justiniano en esta materia ya se encuentran en el derecho del Bajo Imperio⁴⁶⁷.

Según este autor, los justinianeos realizan notables innovaciones en el ámbito de las garantías personales, y ello se plasma en las manipulaciones de textos clásicos que pueden observarse en las fuentes.

Por ejemplo, señala la evidente alteración de textos por parte de los compiladores para extender la aplicación del *beneficium divisionis* también al caso de *plures mandatores* en un mandato de crédito, y en este punto, creemos interesante hacer referencia a algunos de estos textos de la Compilación en los que se produce dicha equiparación⁴⁶⁸.

D. 17,1,32 (lul. 3 ad Urs.)

Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actione existimo. Si quis autem mandaverit, alicui, ne legatum a se repellat longe dissimile esse: nam legatum acquisitum numquam illi damno esse potuit, hereditas interdum damnosa est. Et in summa quicumque contractus tales sunt ut quicumque eorum nomine fideiussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel

⁴⁶⁷ *BIDR* 28, donde en tal sentido, en pp. 257 y ss., cita algunas fuentes de este período.

⁴⁶⁸ También pueden citarse en el mismo sentido: *D. 46,1,71,pr.(Paul. 4 quaest.)*; *C.4,30,12*; *C.8,40(41)19 (a. 293)*; *C.4,35,10 (a.293)*; *C.8,13(14),8 (a. 239)*; *C.4,65,30 (439)*; *C.8,40(41) 4 (a. 213)*

praesens mandet. Praeterea vulgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati iudicio teneri procul dubio est.

Según han señalado la mayoría de autores⁴⁶⁹, la frase *et in-mandet* es obra de los compiladores.

Esta parte del texto de cuya originalidad se sospecha, es precisamente aquella en la que se equiparan la *fideiussio* y el mandato de crédito, pues se nos dice que puede haber obligación de mandato en garantía de todos los contratos que pueden ser garantizados por fiadores, ya que es lo mismo que una persona presente salga fiador cuando se le requiere para ello, o que mande a un ausente o presente.

Bortolucci⁴⁷⁰ también duda de la genuinidad de dicha frase y lo hace señalando que supone una brusca interrupción en el desarrollo lógico del fragmento, y tiene el típico sabor de *regula generalis* que Justiniano añadía a la exposición de un hecho singular, además de que duda que jamás Juliano hubiera enunciado la indiferencia entre el derecho de prestar una *fideiussio*, y de contraer un mandato.

Otro texto que creemos conveniente citar en el mismo sentido, es:

⁴⁶⁹ SOKOLOWSKI, *Die Mandatsbürgs...*cit., p. 83; PEROZZI, *Istituz.*, II, p. 246, y BESELER, *Beiträge...*cit., p. 7.

⁴⁷⁰ *BIDR* 28, p. 241.

D. 17,1,60,1 (Scaev. 1 resp.)

Ad eum qui uxorem ducturus erat litteras fecit tales: Titius Seio salutem. Semproniam pertinere ad animum meum cognovisti: ideoque cum ex voto meo nuptura tibi sit, velim certus sis secundum dignitatem tuam contrahere te matrimonium, et quamvis idonee repromissuram tibi Titiam matrem puellae dotem sciam tamen et ipse quo magis conciliem animum tuum domui meae, fidem meam interponere non dubito: quare scias, quodcumque ab ea ex hac causa stipulatus fueris, id me mea fide esse iussisse salvum te habiturum, atque ita Titia quae neque Titio mandaverat neque ratum habuerat quod scripserat dotem Seio promisit. Quaero si heres Titii ex causa mandati prestiterit, an actione manati heredem Titiae convenire potest. Respondi secundum ea quae proponuntur non posse. Item quaesitum est, an nec negotiorum gestorum. Respondi nec hoc nomine iure agere posse : palam enim facere Titium non tam Titiae nomine, quam quod consultum vellet, mandasse: item si maritus adversus mandatorem ageret, an aliqua exceptione summoveatur? Respondi nihil proponi, cur summovendus sit.

En este caso se nos dice que Ticio escribe una carta a Seyo declarando que Ticia, madre de la futura esposa, prometerá la dote y que él sale fiador de dicha promesa.

Ya en este punto del texto Bortolucci⁴⁷¹ duda de que Escévola hubiese admitido la validez de dicha *fideiussio*, y también duda de la frase siguiente del texto, “*atque ita-promisit*”, en la que se dice que Ticia, aunque no ha mediado mandato entre ella y Ticio, y tampoco ha ratificado lo que éste ha escrito, promete la dote a Seyo.

En este punto, Bortolucci señala que no cree que Escévola se hubiese expresado así, puesto que, ni dando mandato a Ticio, ni ratificando lo dicho por éste, habría prometido Ticia la dote, puesto que la carta de Ticio no contiene una *promissio dotis* y con la ratificación de la carta de Ticio tampoco se produce la promesa de la dote a Seyo.

Según Bortolucci, la frase debería decir: “*Atque ita Titia...dotem Seio non promisit.*”.

Continuando con el mismo texto, vemos cómo se pregunta si en el caso de que el heredero de Ticio hubiese pagado a causa del mandato a Seyo, podría actuar en vía de regreso contra el heredero de Ticia, a lo cual Escévola responde que, en tal caso, dicho heredero no puede utilizar ni la *actio mandati contraria* ni la *actio negotiorum gestorum*, solución ésta que Bortolucci considera correcta.

Ahora bien, respecto a la última parte del texto, en ella se pregunta si en el caso de que el marido demandase contra el mandante podría oponérsele

⁴⁷¹ Ult. op. cit., p. 243.

alguna excepción, a lo cual Escévola responde que no existe ninguna causa que justifique su rechazo a través de una excepción.

Bortolucci entiende que en tal caso sólo puede estar hablándose de un mandato en el que Ticio, mandante, promete constituir él mismo la dote, por lo que, una vez aceptado el mandato, dicha promesa estaría protegida con la *actio mandati contraria* como *pactum adiectum*.

El mismo autor, continúa y señala cómo también puede verse la interpolación de textos en la dirección de aplicar la accesoriedad típica de la *fideiussio* al mandato de crédito. Así ocurre, por ejemplo, con:

D. 46,1,71, pr. (Paul. 4 quaest.)

Granius Antoninus pro Iulio Pollione et Iulio Rufo pecuniam mutuam accipientibus ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint apud Aurelium Palman mandator exstitit: Iulii bona ad fiscum venerunt: similiter et creditori fiscus successerat. Mandator allegabat se liberatum iure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat: Et quidem si unus debitor fuisset, non dubitabam sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse: quamvis enim iudicio convento principali debitore mandator non liberetur, tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres extitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta

fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione; et puto, aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur alterum reum eisdem pecuniae non liberari et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius. Plane quia is mandati iudicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri. Cum altero autem reo vel in solidum si non fuerit societas, vel in partem si socii fuerunt, posse creditorem agere. Quod si creditor fideiussori heres fuerit vel fideiussor creditori puto convenire confusione obligationis non liberari reum.

En este caso, se pregunta si se extingue o no la obligación de un mandante de crédito como consecuencia de la extinción, por confusión, en el supuesto de que un tercero, aquí el Fisco, haya sucedido al acreedor y a uno de los dos deudores solidarios. Con relación a tal supuesto, Paulo afirma que si sólo existiera un deudor no cabe duda de que se produciría tal extinción, pero duda que tal cosa ocurra si no existe un deudor sino varios. Y pasa a hablar del caso en que hay dos deudores solidarios y el acreedor hereda de uno de ellos. Paulo afirma que en tal caso sólo se libera a una persona con la confusión de la obligación, y también quedan liberados los garantes de esa persona; y afirma que, el otro deudor solidario no se liberó y, en consecuencia,

tampoco su fiador o mandante de garantía. Y acaba el texto ocupándose del caso del *fideiussor*, señalando que en el caso de que el acreedor heredase del fiador o el fiador del acreedor, el deudor no queda liberado por la confusión de la obligación.

Bortolucci ve en esta complicada exposición, la intervención de los compiladores justinianos, y le llama la atención que comience el texto ocupándose del caso de un mandante de crédito y con relación a varios deudores solidarios, el texto se refiera tanto al *fideiussor*, como al mandante de crédito, que se dé la solución también para el caso que sólo exista un deudor, y que el texto acabe ocupándose sólo del supuesto del *fideiussor*. Incluso en el texto, expresamente, se hace depender la existencia de la obligación tanto del *fideiussor*, como del mandante de crédito, de la existencia de la obligación del deudor principal: *“Igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius.”*

Es decir, tal y como señala Bortolucci, al manipular este texto, se está aplicando el principio de la accesoriedad, propio de la *fideiussio*, al mandato de crédito. Y esta extensión lleva implícita, principalmente, la posibilidad de que el garante, sea ahora un *fideiussor* o un mandante de crédito, pueda oponer las excepciones propias del deudor principal, y, en tal sentido, también son modificados los textos correspondientes por parte de los compiladores, como puede verse en:

D. 14,6,9,3 (Ulp. 39 ad ed.)

Non solum filio familias et patri eius succurritur verum fideiussori quoque et mandatori eius qui et ipsi habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt. Tunc enim cum nullum regresum habeant, senatusconsultum locum non habebit. Sed et si non donandi animo patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videtur comprobatus.

En dicho texto, a propósito de la protección del Senadoconsulto Macedoniano, se concede la excepción que de él deriva no sólo al *fideiussor*, sino también al mandante y se hace depender la concesión de dicha *exceptio* de si tienen o no regreso contra el deudor.

Bortolucci⁴⁷² señala que ya Gradenwitz señaló como justinianeas las expresiones *quia refressum*, *tunc-habebit*, y además al propio Bortolucci, también le resulta impropia la frase *tunc enim cum nullum habebit*, que así escrito parece que se refiere a la no ejercitabilidad de la *exceptio* por parte del *filiusfamilias* o del *pater*; y añade que la mención al mandante es una interpolación, lo cual se ve claramente al comparar dicho texto con D.17,1,12,13, donde se plantea el caso de un mandato de crédito a favor de un *filiusfamilias* y se declara la responsabilidad del mandante de forma plena, sin que se haga mención alguna a la citada excepción y, mucho menos, sin que ésta se haga depender de la existencia o inexistencia del regreso. Y añade que

⁴⁷² BIDR 28, p. 249.

está en contradicción con D. 44,1,7,1 (*Paul. 3 ad Plaut.*), texto donde se concede dicha *exceptio* al *fideiussor* sin ningún tipo de limitación⁴⁷³.

⁴⁷³ BORTOLUCCI, ult. op. cit..., pp.254 y ss., todavía cita algunos textos en los que, o han sustituido la mención originaria a *sponsio* y *fidepromissio*, o han añadido el mandato de crédito: C. 8,40(41),19 (a. 293); C. 4,35,10 (a. 293); C. 8,13(14), 8 (a. 239); C.4,65,30 (a. 439); C.8,40(41) 4 (a. 213).

CAPITULO III: EL REGRESO DEL GARANTE

III.1- INTRODUCCION.

En esta parte del trabajo nos vamos a ocupar del estudio de una de las cuestiones que consideramos más importantes y, a la vez, más interesantes en cuanto a la relación existente entre el contrato de mandato y la fianza, que no es otra que la articulación en la práctica del regreso del garante que ha pagado contra su deudor principal.

Partimos del hecho de que una de las aplicaciones más comunes del contrato de mandato en derecho romano es precisamente la de regular las relaciones que se establecen entre un deudor principal y su garante cuando el primero pide a este último que garantice su deuda.

Antes de que aparezca la figura del mandato, no existía relación contractual alguna entre estas partes, y una evolución similar tiene el caso de la *adstipulatio*.

La *adstipulatio* que, frente a la *adpromissio*, consiste en la existencia de una pluralidad de acreedores estipulantes, tuvo su más primitiva regulación en el segundo capítulo de la Ley Aquilia, para pasar a ser regulada en época clásica por la *actio mandati* como acción de regreso contra el *adstipulator* que ha exigido el cumplimiento de la obligación estipulatoria y no ha transmitido lo obtenido al estipulante.

Volviendo al tema de la relación entre deudor principal y garante, es claro que en cuanto aparece el contrato de mandato, dicha relación se va a

instrumentalizar a través del mismo, puesto que con ello lo que se consigue es garantizar la exigibilidad del regreso a través de la propia *actio mandati*.

Es decir, a partir de la aparición del contrato de mandato, el hecho de que un deudor pida a otra persona que salga fiador por él supone la existencia de un mandato, lo que conlleva que la persona que es solicitada para que actúe como prestamista, tenga menos reparos para aceptar, puesto que, si llegado el momento del vencimiento de la deuda el deudor principal no responde, evidentemente el acreedor se dirigirá contra el fiador, y éste tendrá que pagar, pero sabiendo que tiene garantizado el regreso a través de un medio mucho más práctico que la antigua *actio depensi*, que no es otro que la *actio mandati*.

Ahora bien, sabemos que el supuesto típico de la utilización de la *actio mandati* es precisamente el del mandante que la utiliza contra el mandatario para exigirle el cumplimiento del encargo o para exigirle responsabilidades por el mal cumplimiento, éste sería el caso de la llamada *actio mandati directa*, mientras que aquí nos encontramos en el supuesto contrario, un mandatario que ha de dirigirse contra el mandante, por lo que tendrá que utilizar la llamada *actio mandati contraria*.

Pero, no es pacífico el tema de la existencia de una *actio mandati contraria*, o para ser más claros, se discute en la doctrina sobre la naturaleza de dicha acción, sobre si realmente estamos ante dos acciones independientes que se utilizan cada una en una dirección, o si, por el contrario, cuando se

habla de *iudicium contrarium* se hace referencia a una sola acción que puede utilizarse en ambas direcciones según el caso concreto.

Así, pensamos que es necesario detenernos en el estudio de dicha distinción entre *actio directa* y *actio contraria*.

Tras ocuparnos de los aspectos terminológicos de dicha distinción, pasaremos a ocuparnos de las distintas posturas que existen en la doctrina sobre si en el ámbito del contrato de mandato existieron dos acciones distintas, una directa y una contraria o si en realidad sólo existió una única *actio mandati* que podía utilizarse en ambos sentidos.

Una vez expuestas las distintas posturas dentro de la doctrina sobre dicho tema, nos centraremos en el tema del regreso del garante a través de la *actio mandati*.

Pero, antes de ocuparnos de los temas citados, creemos conveniente hacer una pequeña referencia a la evolución del regreso del garante en derecho romano.

Una vez vistas estas cuestiones, nos centraremos en un tema que nos ha parecido muy interesante, y es la teoría formulada por Lenel⁴⁷⁴ según la cual, para este supuesto concreto de regreso, se creó una especial *actio mandati contraria in factum*.

Nuestro estudio se concretará en la exposición y análisis de dicha teoría y de las distintas posturas de la doctrina con relación a este tema.

⁴⁷⁴ EP³, pp. 296-7.

III.2 - BREVE REFERENCIA AL REGRESO EN DERECHO ROMANO.

Consideramos oportuno, antes de ocuparnos del regreso del garante en relación a la *actio mandati*, hacer una breve referencia al tratamiento que ha recibido la cuestión del regreso en derecho romano.

A este respecto hay que señalar que el caso más antiguo de regreso que nos es conocido, tal y como señala Wesener⁴⁷⁵, es el caso del *sponsor*; dicho regreso estaba fundado en la *solutio per aes et libram* y su ejecución se llevaba a cabo sin juicio a través de la *manus iniectio pro iudicato*, tal y como nos explica Gayo en:

Gai. 4, 22

Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectioem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis quam pro eo dependensum esset, non solvisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset; et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt.

⁴⁷⁵ *Die Durchsetzung von Regressansprüchen in Römischen Recht*, en *LABEO* 11(1965), p.341.

En dicho texto, Gayo hace referencia a la *lex Publilia*⁴⁷⁶ que concede la *manus iniectio* al *sponsor* que ha pagado por el deudor garantizado y éste en un plazo de seis meses no le ha reembolsado dicha cantidad.

Wesener continúa señalando al respecto que hay que tener en cuenta que la *lex Publilia* no introduce el regreso del garante que ha pagado, sino que se trata de una ley que lo que hace es regularlo, al establecer el plazo de seis meses que se concede al deudor principal para reembolsar al garante, plazo durante el cual éste no puede dirigirse en vía de regreso contra el deudor por el que ha pagado.

Esta aplicación de la *manus iniectio* permanece vigente incluso después de la promulgación de la ley Valia, que limita la aplicabilidad de dicha *legis actio* precisamente a dos únicos supuestos, el del condenado por sentencia y el del *sponsor* no reintegrado, tal y como señala Gayo en otro texto:

Gai. 4,25

*Sed postea lege Vallia, excepto iudicato et eo pro quo
depensum est, ceteris omnibus cum quibus per manus*

⁴⁷⁶ Sobre dicha ley, puede verse, en concreto sobre su fecha: FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano I*. Padova (1962) p.15; ROTONDI, *Leges publicae populi Romani* (1912) p.473; PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum* (1933) p.67 n. 3; KASER, *Das Römische Privatrecht I*. München (1959), p.155 n.4; TRIANTAPHILLOPOULOS, *Praeiudicium Legis Cicereiae*, en *LABEO* 10 (1964), pp.24 y ss.

iniectioem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere...

Por tanto, dicha medida ejecutiva estuvo vigente hasta que la *manus iniectio* fue relevada por la *actio depensi* ya en el ámbito del procedimiento formulario.

Nos encontramos pues, con que el regreso del garante que ha pagado tiene fundamento legal, es decir, el garante adquiere *ope legis* el derecho de regreso contra el deudor principal.

Lo mismo ocurre con el caso del regreso entre cogarantes, cuando uno de ellos ha pagado más de lo que importaba su cuota.

En este caso también se promulga una ley, la *lex Apuleia* que concede *ope legis*, al igual que en el caso anterior, el regreso a favor del garante que ha pagado más de su cuota contra los demás cogarantes. También en este caso hay que acudir a un texto de Gayo que hace referencia a dicho supuesto:

Gai. 3,122

Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit; nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo quod amplius dederit adversus ceteros actiones constiuit. Quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur; unde quaeritur an post legem Furiam adhuc legis Apuleiae beneficium supersit. et utique extra Italiam superest...

Por tanto, ambos supuestos tienen sanción legal y en ambos casos el derecho de regreso que tienen a su favor los garantes es un derecho que nace *ope legis*. Lo que los diferencia es que, en el primero, la *lex Publilia* concede protección al garante frente al deudor principal por el que ha pagado, mientras que, en el segundo, la *lex Apuleia* protege al garante frente a los demás cogarantes.

A este respecto, Frezza⁴⁷⁷ diferencia el regreso *ope legis* ya señalado del "regresso convenzionale" basado en las relaciones internas entre garante y deudor principal, haciendo hincapié en el hecho de que al *sponsor* le están abiertas las dos vías de regreso, la *ope legis* y la convencional.

Y aquí es donde entra en juego la *actio mandati*, cuando el *sponsor* elige como vía de regreso la derivada de las relaciones internas entre él y el deudor principal en lugar de la vía de regreso *ope legis* que estaría sancionada por la *actio depensi*.

Así Gayo nos explica que los *sponsores* tienen esta doble posibilidad de regreso:

Gai. 3,127

In eo quoque par omnium causa est, quod si quid <eorum quis> pro reo solverit, eius recipiendi causa habet cum eo mandati iudicium. Et hoc amplius sponsores ex lege

⁴⁷⁷ *Le garanzie delle...* l cit., p.161 y p.163.

Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi.

Esta afirmación de Gayo, tiene su confirmación en un texto de Ulpiano:

D.17,1,29,6 (Ulp. 7 disp.)

Fideiussor si solus tempore liberatus tamen solverit creditori, recte mandati habebit actionem adversus reum: quamquam enim iam liberatus solvit, tamen fidem implevit et debitorem liberavit: si igitur paratus sit defendere reum adversus creditorem, aequissimum est mandati iudicio eum quod solvit recipere, et ita Iuliano videtur.

Wesener⁴⁷⁸ continúa señalando que el fundamento de la utilización de la *actio mandati* está en la *fides* que rige las relaciones entre el deudor principal y el garante. Y es, partiendo de esta *fides*, por lo que es justo que, por ejemplo, en el caso de que el *sponsor* pague voluntariamente cuando ya no está obligado a hacerlo, le quede a salvo la posibilidad de utilizar la vía del regreso a través de la *actio mandati*.

El mismo Wesener hace también referencia a la existencia de unas condiciones previas que han de darse para que el garante pueda actuar en vía de regreso, y que son dos, la validez de la garantía ("die Gültigkeit der Bürgschaft"), y un diligente desarrollo del proceso.

⁴⁷⁸ *Die Durchsetzung von...cit.*, p.343.

Respecto a la primera condición previa exigida, se ha planteado la cuestión de los efectos de la ignorancia del hecho de la ineficacia de la garantía, es decir si en caso de *ignorantia facti* se concede o no la *actio mandati* al garante.

A este supuesto se refiere:

D.17,1,29,1 (Ulp. 7 disp.)

Non male tractabitur, si, cum ignoraret fideiussor inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem habeat, et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia eius potest, si vero ius, aliud dici debet.

En dicho texto, se distingue entre la ignorancia del hecho y la ignorancia del derecho, en el primer caso, se dice que se acepta dicha ignorancia y tiene la posibilidad de utilizar la *actio mandati*, mientras que se afirma lo contrario para el caso de la ignorancia del derecho.

Algún autor ha criticado la genuinidad de dicho texto, como por ejemplo, Vassalli⁴⁷⁹, si bien Wesener señala que la distinción entre *ignorantia facti* e *ignorantia iuris* existe en derecho romano clásico⁴⁸⁰, y que la regla *iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* que aparece en

⁴⁷⁹ SSE.30 (1914) 52 (=St. giur. 3.I [1960] p. 468), citado por WESENER en *Die Durchsetzung von...cit.*, p.344.

⁴⁸⁰ *Die Durchführung von...cit.*, p.344, donde en n.25 cita a FREZZA, *Le garanzie delle...I cit.*, pp.168 ss., y BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano I²*. (1942) p.157.

D. 22,6,9,pr. (*Paul., de iur. et facti ignor.*) pertenece ya a la temprana jurisprudencia romana⁴⁸¹.

Frezza⁴⁸² aún ahonda más en esta distinción y diferencia entre el supuesto en el que el desconocimiento del garante se refiere a la invalidez de la obligación y el supuesto en el que el desconocimiento del garante se refiere a la invalidez de la relación entre garantía y deuda principal; esta diferenciación está en consonancia con:

D.22,6,3,pr. (Pomp. 3 Sab)

Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret an de iure suo ignorat.

Para Frezza, lo que queda claro es que en el caso de *ignorantia facti* tiene el garante acción de regreso contra el deudor.

Respecto a la segunda condición previa que, según Wesener, se exige para que el garante pueda ejercitar la acción de regreso contra el deudor por el que ha pagado, es la de que se dé un diligente desarrollo del proceso.

A los comportamientos que implican que el proceso se está desarrollando diligentemente hace referencia Ulpiano en :

⁴⁸¹ En tal sentido WESENER, *Die Durchführung von...*cit., p.344 n.26 cita: JÖRS-KUNKEL, RPR(3) p.108 n.14; KASER, RPR. I p.211, p.633 n.37; MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio* (1962), p.110.

⁴⁸² *Le garanzie delle...*, cit., p.169.

D.17,1,29,pr. (Ulp. 7 disp.)

Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim negligentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.

En este texto se hace referencia a los efectos que respecto del regreso puede tener la utilización o no de una excepción. Se parte del supuesto de un fiador que paga ignorando que al deudor no le ha sido entregada cantidad alguna, y la cuestión es si tal fiador puede reclamar a través de la acción de mandato lo que ha pagado por razón de fianza.

A este respecto se distingue entre el supuesto en que tal fiador hubiese dejado de interponer la excepción de dolo o la de cantidad entregada a sabiendas, y el supuesto en que no utilizó tales excepciones porque ignoraba que el deudor no había recibido el dinero, de modo que en el primer caso se entiende que el fiador ha incurrido en dolo, y en el segundo no puede imputársele nada.

En el mismo texto se hace referencia al supuesto de que a quien compete alguna excepción es al deudor, e ignorándolo, el fiador paga; en este caso se dice que corresponde al fiador ejercitar la *actio mandati*:

D.17,1,29,2 (Ulp. 7 disput.)

Si, cum debitor solvisset, ignarus fideiussor solverit, puto eum mandati habere actionem: ignoscendum est enim ei, si non divinavit debitorem solvisse: debitor enim debuit notum facere fideiussori iam se solvisse, ne forte creditor obrepat et ignorantiam eius circumveniat et executiat ei summam, in quam fideiussit.

Watson⁴⁸³ señala, a propósito de D.17,1,29,pr.,1-2 (*Ulp. 7 disput.*), que, a pesar de que se pueda haber señalado la existencia de interpolaciones en dichos textos, en ningún caso se ha atacado al contenido de los mismos.

Sólo Donatuti⁴⁸⁴ ha atacado la validez de dichos textos, pero el mismo Watson afirma que todas las interpolaciones señaladas por el primero en dichos textos obedecen a una serie de razonamientos aceptados a priori que le llevan a conclusiones erróneas.

Donatuti señala que en el comienzo del texto, desde *et si quidem* hasta el final, es enteramente obra de los compiladores, al igual que en el parágrafo

⁴⁸³ *Contract of Mandate in Roman Law*. Oxford (1961), pp.175 y ss.

⁴⁸⁴ *Annali Perugia* 33 (1921) pp. 96-100; citado por WATSON, en *Contract of...cit.*, p. 176.

1, la frase *et si quidem-dici debet* y en el parágrafo 2, entiende que hay que insertar un *non* antes de *habere actionem* y mantiene el resto del texto, justificando dicho cambio porque entiende que el pago del mandatario es válido y no exigible por parte del tercero⁴⁸⁵.

Según Watson, Donatuti llega a esta conclusión porque él parte de la conclusión de que un *adpromissor ad tempus* que paga antes de que acabe el período prefijado a tal efecto, se entiende que ha actuado en contra del mandato.

Por el contrario, Watson afirma que no se ha demostrado que donde hay una obligación válida, pero el pago del mandatario no ha producido efectos, el mandatario no tenga derecho a ejercitar la acción contra el mandante, y tampoco admite que se pueda negar la acción al mandatario que ha pagado a pesar de que, por cualquier causa, no existía la obligación.

En este caso, el supuesto es el de un fiador que paga ignorando que el deudor ya ha pagado, y en este caso Ulpiano afirma que el deudor tenía el deber de informar al fiador que ya había pagado, para que el acreedor no se aproveche de su ignorancia.

En el ya citado D. 17,1,29,pr. (*Ulp. 7 disput.*), se afirma que esta misma obligación de informar tiene el fiador respecto al deudor principal para el caso de que el primero ya haya pagado, y así evitar que el deudor pague lo que ya

⁴⁸⁵ Ult. op. cit., pp.111-16.

no debe. Así, si el fiador no informa al deudor de que ya ha pagado, ya no puede demandar por mandato, pues dicho comportamiento se acerca al dolo.

Ahora bien, el deudor debe ceder al fiador la acción para repetir lo indebido, para evitar que el acreedor cobre dos veces:

D. 17,1,29,4 (Ulp. 7 disp.)

Quaedam tamen etsi sciens omittat fideiussor, caret fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit sive sciens sive ignarus: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne.

En este caso, se afirma que el garante que omite la alegación de la excepción negando la representación activa del procurador, se entiende que no incurre en fraude, pues se trata de un tema de buena fe del que no resulta ningún inconveniente.

Respecto a la genuinidad del texto, Krüger y Kaser⁴⁸⁶, dudan de la autenticidad de la palabra *fraus* en el sentido de *dolus* y por el contrario no acepta esta crítica Sachers⁴⁸⁷, a la vez que coincide con Pringsheim⁴⁸⁸ en mantener que la frase *cui non disputare* no es genuína.

⁴⁸⁶ *Fraus*, en SZ 63 (1943) p.166 ss., p.171.

⁴⁸⁷ *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht*; en SZ 59 (1939) p.449 n.4.

⁴⁸⁸ *Animus donandi*; en SZ 42 (1921) p.652.

III.3 - POSTURAS EN LA DOCTRINA SOBRE EL *IUDICIUM CONTRARIUM*.

A lo largo de los años se han mantenido distintas posturas en la doctrina sobre la naturaleza del llamado *iudicium contrarium*, no ha sido pacífica la cuestión de si dicha expresión hace referencia o no a la existencia de un medio procesal independiente.

Estas distintas posturas siempre giran en torno a la cuestión de la naturaleza de la relación existente entre la acción que da inicio al proceso y el ya citado *iudicium contrarium*.

Así, nos encontramos con que, en el fondo, como podremos apreciar en el presente trabajo, lo que distingue unas posturas de otras es el partir de la idea de que la relación entre ambas acciones es una relación de dependencia , o por el contrario, que ambas se encuentran en un mismo plano de igualdad y por lo tanto son independientes.

En el pensamiento de la doctrina más antigua podemos ver la idea de la dependencia entre ambos medios procesales⁴⁸⁹.

Dichos autores señalan la existencia de unos intereses que obligatoriamente han de ser tutelados, razón por la cual la acción que protege

⁴⁸⁹ WLASSAK, v. *actio directa*, en P.W. I, C.312.; PERNICE, *Labeo, II, I². Halle* (1895), p.257; MANIGK, v. *iudicium contrarium*, en P. W. 2, C. 2481; y RUDORFF, *Vormundschaft*, 3, Berlin (1834), p.122, este último citado por PROVERA, en *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*. Torino (1951), p.1 n.1 y p.2 n.3.

dichos intereses es la llamada acción directa, mientras que eventualmente, también puede surgir la necesidad de proteger determinados intereses referidos a la otra parte, y es la acción que ocasionalmente protegerá dichos intereses la que será llamada acción contraria.

Es decir, se trata de una relación en la que existen unos intereses más importantes que otros, o, en otras palabras, que cuando se acude a dicha figura jurídica, la que sea, mandato, comodato, etc., la idea subyacente es la de que existen unos intereses principales que han de ser tutelados, para lo cual se crea una acción, la acción de mandato, la acción de comodato, etc.

Ahora bien puede ocurrir que también la otra parte tenga que hacer algún tipo de reclamación, y dichos intereses también merecen una protección, protección que será concedida a través de la acción contraria, pero teniendo en cuenta que dichos intereses se encuentran en una situación de subordinación respecto a los primeros.

Es interesante señalar que dicha idea de dependencia está en conexión directa con la distinción, dentro del grupo de los contratos bilaterales, entre *contractus bilaterales aequales* y *contractus bilaterales inaequales*.

Dichos "contratos bilaterales", son aquellos de los que nacen obligaciones para ambas partes, es decir, se trata de obligaciones recíprocas.

Dentro de este tipo de contratos estarían, un primer grupo que englobaría aquellos en los que las obligaciones que surgen para ambas partes están en cierto modo en el mismo escalafón, no hay ninguna más importante

que la otra, y junto con éste, un segundo grupo que englobaría a aquellos contratos en los que las obligaciones que surgen para ambas partes no aparecen en un mismo plano de igualdad, son los ya citados *contractus bilaterales inaequales*.

Esta distinción es presentada por Glück⁴⁹⁰, quien entiende que son *contractus bilaterales inaequales*, el mandato, el préstamo, el depósito y la prenda. Y es en relación con estos contratos donde las fuentes distinguen entre la llamada *actio directa* y la *actio contraria*, siendo la primera considerada como una acción que tutela unos intereses más importantes, es decir, ésta es la acción que realmente está prevista que sea utilizada, mientras que la contraria tutela intereses que eventualmente puedan surgir en relación con la otra parte.

Dicha situación es comparable a la que se da en el ámbito de la tutela y la gestión de negocios sin mandato, pues ambas instituciones tienen en común el hecho de que en origen se contempla la protección de la pretensión principal, que es la del dueño de los negocios gestionados y la del pupilo, mientras que también está prevista una protección eventual a través de una contra-reclamación del gestor y del tutor.

Es decir, se parte de la idea de que existen algunos contratos de los que pueden originarse obligaciones recíprocas para las partes, pero en un subgrupo de estos contratos estas obligaciones no tienen un tratamiento igual,

⁴⁹⁰ *Pandekten*. Cambridge (1879), & 313.

digamos que no merecen la misma protección, que son los contratos bilaterales imperfectos o *inaequales*.

Así en el mismo sentido Sohm⁴⁹¹ afirma que en este tipo de contratos sólo una de las partes tiene una obligación que es esencial al contrato mismo y la *actio contraria* sólo se va a utilizar contra esa parte de forma eventual y en determinadas circunstancias.

Pero la admisión de esta teoría no es pacífica y se ha discutido sobre si los clásicos llamaban *actio contraria* a las acciones del prestatario, del depositario etc.

Tal circunstancia es negada firmemente por Schulz⁴⁹² quien se basa para ello en el hecho de que fuera del *Corpus Iuris* la utilización de dichos términos o es una interpolación o se utilizan en otro sentido, es decir, con otro significado, el que tiene la expresión *actio contraria* en Gai. 4,177-181.

El mismo autor afirma tajantemente que las expresiones *actio contraria*, *iudicium contrarium* y *actio directa* obedecen a una terminología completamente extraña al derecho clásico⁴⁹³, porque los clásicos no han utilizado ningún nombre especial que diferencie las acciones que, a favor de ambas partes, surgen de la compra y el arrendamiento. Se basa en tres argumentos para fundamentar su teoría:

⁴⁹¹ *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*. München-Leipzig (1931), (17) &64 p.376.

⁴⁹² *Classical Roman Law*. Oxford (1951), pp.40 y ss.

⁴⁹³ *Ult. op.cit.*, p.41: "This terminology, however, is definitely Justinianic and not classical."

- en primer lugar, que los términos *actio contraria*, *iudicium contrarium* y *actio directa* no aparecen en ningún otro texto que no esté dentro del *Corpus Iuris*;
- en segundo lugar, el hecho de que Gayo utiliza el término *actio contraria* en un sentido diferente en Gai. 4,177-181⁴⁹⁴ ;
- en tercer lugar, que existen determinados casos en que la interpolación de dichos términos es evidente.

Así, para Schulz, no hay duda de que dicha terminología es ajena a los clásicos, porque tanto en el mandato como en la *societas*, el *commodatum*, *depositum*, *pignus*, *fiducia*, sólo existe una acción que puede ser utilizada tanto por una parte como por la otra, siendo la única diferencia el orden de los nombres⁴⁹⁵ , de manera que la acción del mandante sería:

Quod Aulus Agerius (mandante) Numerio Negidio (mandatario) mandavit ut... qua de re agitur, quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, etc.

y la acción del mandatario sería:

⁴⁹⁴ A ello ya hizo referencia MANIGK, v. *iudicium contrarium* en P. W. 2, C. 2481.

⁴⁹⁵ *Classical...cit.*, p.40.

Quod Numerius Negidius (mandante) Aulo Agerio (mandatario) mandavit, ut...qua de re agitur, quidquid paret, etc.

Según continúa el mismo autor, la razón por la que en los contratos señalados no existen dos nombres distintos para cuando la acción es utilizada en una u otra dirección, es simplemente que la lengua latina no posee diferentes términos para designar las dos partes de un contrato de *mandatum*, *commodatum*, *depositum*, etc.

Esta misma idea de la existencia de una única acción que puede utilizarse en ambos sentidos, es también sostenida por Segrè⁴⁹⁶, quien afirma que para los romanos la responsabilidad del mandante no es un efecto jurídico secundario, sino que, por el contrario, surge *ex contractu*, y la única diferencia entre la acción que utiliza el mandante y la que utiliza el mandatario es el cambio de nombres, y el fundamento de ambas está en la recíproca *obligatio mandati*.

D'Ors, a propósito de un estudio sobre el comodato y la prenda, afirma que los resultados a que se llega tras este estudio, parecen dar la razón a Schulz en cuanto al origen post-clásico y bizantino de la *actio contraria*; en su opinión, "éste fué uno de los instrumentos de absorción del comodato y del *pignus* dentro del régimen de los contratos, es decir, de los contratos

⁴⁹⁶ *Studi sul concetto...cit.*, pp. 268 y 69.

sancionados por acciones de buena fe, en los que las contraprestaciones podían ser reclamadas por la misma acción del contrato.”⁴⁹⁷

Sin embargo, parte de la doctrina, se ha mostrado crítica con la argumentación de Schulz, tal y como hace Provera, quien le critica que no haya demostrado su teoría y el no atribuir ningún significado particular a la términos *actio contraria*, *iudicium contrarium*⁴⁹⁸.

Los argumentos que Schulz califica de innegables, también son criticados por Schwarz⁴⁹⁹, quien señala que respecto al primer argumento, el hecho de que dichos términos sólo se encuentren en el *Corpus Iuris*, no ha de llevarnos necesariamente a concluir que dichos términos son post-clásicos.

En tal sentido, el mismo autor realiza un estudio de las fuentes justinianeas sobre la frecuencia con que dichos términos aparecen citados, resultando de dicho estudio que el término “Konträrklage” aparece citado:

- al hablar del *commodatum* nueve veces⁵⁰⁰
- al hablar del *depositum* una vez⁵⁰¹
- al hablar del *pignus* nueve veces⁵⁰²

⁴⁹⁷ Observaciones sobre el ‘*Edictum de rebus creditis*’, en *SDHI* 19 (1953), p. 193.

⁴⁹⁸ *Contributi alla...cit.*, p.4 n.9.

⁴⁹⁹ *Die Konträrklage*. SZ 71 (1954) pp.185 y ss.

⁵⁰⁰ Paul. D. 13,6,17,1,22; Afr. 13,6,21, pr.; Gai. 13,6,18,4; Ulp.13,6,5,8; Paul. 13,6,17,3,5.

⁵⁰¹ D. 16,3,5, pr. (*Ulp. 30 ed.*).

⁵⁰² Pomp. D. 13,7,3; Marcian. D. 13,7,32; Paul. D. 13,7,16,1 y D. 46,1,54; Ulp. D.21,2,38 y D.13,7,1,2; Paul. D.13,7,16,1; Ulp. D.13,7,9, pr..

- al hablar de la *fiducia*, siete veces⁵⁰³
- al hablar de la tutela, veinte veces⁵⁰⁴
- al hablar del *mandatum*, ocho veces⁵⁰⁵
- al hablar de la *negotiorum gestio*, cinco veces⁵⁰⁶

Schwarz señala que esta frecuencia de utilización de dichos términos es suficiente para convencer al más escéptico, pues no puede creerse que los compiladores llevaran a cabo una tarea interpolacionista de tal magnitud. Además llama la atención sobre la utilización de los adjetivos que encontramos en los textos citados, de modo que sólo en cuatro ocasiones el adjetivo aparece detrás del sustantivo, Ulp. Paul 13,7,25: *actio contraria* (dos veces); Ulp. 27,4,3,8: *iudicio contrario tutelae*; Ulp.27,4,5: *actionem contrariam*), en todos los demás aparece el adjetivo delante del sustantivo, lo cual significa, según continúa Schwarz, que ambos, sustantivo y adjetivo, forman parte de un mismo concepto⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Afr. D. 47,2,62,1; Pomp. D.13,7,8, pr.; Ulp. D. 13,7,24, pr.; Ulp. D. 13,7,22,4; [Ulp.] <Paul.> D.13,7,25.

⁵⁰⁴ Pap. D.46,3,95,10; Ulp. D.27,4,1,7; Ulp. D.27,4,1,pr.; Cels. D. 4,4,28; Alex. C. 5,44,2,1; Ulp. D.27,4,1,6; Ulp. D.27,4,3,8; Paul. D.27,4,6; Ulp. D.27,4,5; Iul. D.27,4,4; Ulp. D.27,4,1,4; 5; 6 y 8; Ulp. D.27,4,3, pr.; 1; 7; Diocl. C.5,58,3; Ulp. D.27,4,1,2.

⁵⁰⁵ Pap. D.17,1,54,1; Ulp. D.17,1,12,9; Alex. C.4,35,4; Alex. C.2,18,14; Gai. 3,3,46,5; Ulp.(Pap.) 6,2,14; Ulp. D.17,1,12,7; 8.

⁵⁰⁶ Ulp. D.22,1,37; Ulp. D.3,5,19; C.2,18,24,1; Ulp. D.3,5,7,2 y 27,5,5.

⁵⁰⁷ *Die Konträrklage*..cit., p.187, donde dicho autor cita como ejemplos en los que el adjetivo actúa en el mismo sentido, las expresiones: *communis utilitas*, *naturalis ratio*, expresiones en las que el adjetivo lo que hace es calificar y determinar, es decir señala la oposición de *communis* frente a *singularis*, *naturalis* contra *civilis*, tal y como se extrae de MARDUZEAU, *L'ordre des mots dans la phrase lat., I: Les groupes nominaux* (1922) pp.13 y ss., citado por el propio SCHWARZ.

Es decir, para dicho autor, con tales términos, el adjetivo hace referencia a su vez a la existencia de otra relación jurídica, que es la relación jurídica principal, o sea la obligación que surge sobre el mandatario, comodatario, etc.

Respecto al segundo argumento que Schulz alega en contra de la clasicidad de los términos *actio contraria*, *iudicium contrarium*, Schwarz afirma que, efectivamente, es un hecho innegable que en Gai. 4,177-181 dichos términos se utilizan en un sentido distinto al que aquí estamos tratando⁵⁰⁸.

Según señala el mismo, el *contrarium iudicium* gayano es en verdad también una “Gegenklage”, pero es un claro medio procesal con una especial finalidad y un aplicación limitada. Se trata de un medio de represión, que va dirigido a impedir la existencia de procesos imprudentes, y ésta es la razón de que sea tratado junto con los *calumniae iudicium*.

En el *contrarium iudicium* gayano, continúa Schwarz, sólo se consigue la condena *ex certis causis (velut si iniuriarum agatur)*, y afirma que sí existe una posible comparación entre ambos, y es que el *iudicium contrarium* gayano y la “Konträrklage” de las fuentes justinianas son ambas “Gegenklage”, es decir los dos constituyen una unión de procesos.

Tras esta comparación entre ambos medios, Schwarz concluye que la “Repressionsklage” de Gai. 4,177-181 es el *contrarium iudicium* del proceso

⁵⁰⁸ *Die Konträrklage...cit.*, pp.188 y ss.

civil romano, mientras que la "Konträrklage" del *Corpus Iuris* es un *contrarium iudicium commodati, depositi, fiduciae* etc.⁵⁰⁹

Además, el mismo autor añade un nuevo argumento contrario a la idea de que la terminología a la que hacemos referencia sea una invención tardía. Dicho argumento es la propia evolución histórica de dicha "Konträrklage". Gradenwitz⁵¹⁰ por su parte entiende que allá donde aparece el término *actio contraria*, estamos ante una interpolación, ya que los clásicos sólo utilizaban la expresión *iudicium contrarium*.

Contra esta teoría de Gradenwitz se manifiesta Partsch⁵¹¹, cuyo argumento supone un cambio en la ya citada teoría dominante hasta el momento sobre la relación de dependencia y subordinación entre la acción contraria y la acción directa.

Partsch afirma la clasicidad de ambos términos, lo cual no es obstáculo para afirmar que tienen un significado distinto. La *actio contraria* es un medio procesal independiente de la acción principal, es decir, no necesita de ésta para que pueda ser utilizada, sino que se trata de una acción con fórmula *in ius*, igual y contrapuesta a la acción principal, mientras que el *iudicium contrarium* siempre tiene una *intentio (quidquid ob eam rem alterum alteri dare...)* que va a servir de fundamento para el desarrollo del proceso que se va

⁵⁰⁹ *Die Konträrklage...cit.*, p.186.

⁵¹⁰ *Interpolationen in den Pandekten*. Berlin (1887), pp.111 y ss.

⁵¹¹ *Studien zur Negotiorum Gestio I*. Heidelberg (1913) pp.54 y ss.

a llevar a cabo contra la parte que ha utilizado la acción principal. Así, en este sentido, Partsch⁵¹² niega que en derecho clásico existiera una *tutelae contraria actio*, lo que sí existía en derecho clásico era un *contrarium iudicium*, entendiéndose como tal una acción del pupilo "mit eingebauter Widerklage des Tutors".

Esta distinción del significado de ambos términos es criticada por Provera⁵¹³, quien afirma que no puede admitirse que se refieran a medios procesales distintos, sino que hacen referencia uno a la acción propiamente dicha y el otro a la relación procesal que se desarrolla partiendo de la fórmula, es decir, "si tratta di due aspetti di un'identica realtà considerata nel suo divenire."⁵¹⁴ . Ahora bien, el mismo autor reconoce que ciertamente el término *iudicium contrarium* expresa mejor la idea de una reclamación que, dentro de un mismo proceso, se ejercita en dirección contraria a la ejercitada por el demandante, es decir, expresa muy bien la idea de que se opone a una anterior reclamación.

Así pues, cuando más tarde se admite la posibilidad de ejercitar de forma independiente el *iudicium contrarium*, en la práctica se utiliza el término *actio contraria* para hacer referencia a esta nueva forma de utilizar el *iudicium contrarium*.

⁵¹² *Studien zur...cit.*, pp. 47-53.

⁵¹³ *Contributi alla...cit.*, pp.37-39.

⁵¹⁴ PROVERA, *Contributi alla...cit.*, p.37

En resumen, Partsch entiende que existía una única fórmula que englobaba prestaciones recíprocas, es decir en el desarrollo del juicio se tenían en cuenta los intereses de ambas partes, lo cual era posible a través de una única *intentio* recíproca.

Ahora bien, esta concepción lleva implícita una contradicción, puesto que, partiendo de esta idea es necesario admitir la existencia de *actiones contrariae in ius*, como consecuencia inmediata de la existencia de una única *intentio*, ya que ello imposibilita que las dos acciones que pueden sustanciarse en el proceso tengan naturaleza distinta.

La contradicción se encuentra precisamente en el hecho de que si se parte de la idea de que entre ambas acciones, la directa y la contraria, existe una relación de dependencia o subordinación, ello no es posible si ambas acciones son dos acciones con la misma naturaleza y que se sustancian en el mismo proceso, en una única fórmula con una única *intentio*⁵¹⁵.

Partsch señala tres argumentos de carácter más concreto que le llevan a afirmar la existencia de una única fórmula con una doble *intentio* recíproca dirigida al *quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*.

El primer argumento es un texto de Cicerón:

⁵¹⁵ PROVERA, ult. op. cit., p.38.

Cic. de off. 3, 17,70

Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur ex fide bona; fideique bonae nomen existimabat manare latissime, ideque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas continetur; in iis magni esse iudicia statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

Partsch entiende que en este texto Cicerón identifica el *iudicium contrarium* con una fórmula cuya *intentio* va dirigida al *quid quemque cuique praestare oporteret*, es decir con una fórmula de estructura bilateral.

El segundo argumento es la enumeración de las acciones infamantes que contiene D. 3,2,1, de manera que la expresa exclusión, por parte de Juliano, del efecto infamante con relación al *iudicium contrarium*, es suficiente indicio de su estructura.

Así, esta afirmación de Juliano está directamente relacionada con una concepción bilateral de la estructura del *iudicium contrarium*, puesto que en él el demandado ya ha hecho valer su reclamación en la *litis contestatio*, por lo que parece excesivo admitir el efecto infamante de una condena en un proceso tal.

Y por último, el tercer argumento de Partsch es el contenido de Gai. 4,177, donde Gayo se refiere al *iudicium contrarium calumniae*, que es un

proceso que se convierte en *contrarium* a través de la inversión en la fórmula de la cláusula sobre la eventual condena del *actor si causam non tenuerit*.

Provera⁵¹⁶ entiende que ninguno de los tres argumentos citados es relevante, y critica además una interpretación del texto de Cicerón que no ha contado con seguidores en la doctrina, e incluso se plantea el tema de si realmente Cicerón está hablando en el citado texto del *iudicium contrarium* objeto de nuestro estudio.

Así, señala que de los negocios que cita Cicerón tres dan origen, en derecho clásico, a un *iudicium contrarium*, y son la tutela, la fiducia y el mandato, de modo que con relación a estos Cicerón no podría haber dicho *in plerisque*, por lo que parece probable, continúa nuestro autor, que Cicerón esté hablando de *iudicia contraria* en sentido no técnico, simplemente aludiendo a la existencia, en algunos negocios, de acciones recíprocas, y además hay que tener en cuenta que en cuanto a la fiducia y la tutela, las acciones concedidas en protección del tutor y del acreedor fiduciario son posteriores a Q. Mucio Scevola, época ésta a la que se está refiriendo Cicerón.

En cuanto al segundo argumento alegado por Partsch, también es criticado por Provera, quien señala que si se admite dicho argumento se estaría admitiendo la posibilidad de que el demandado pudiese evitar la infamia simplemente transformando en *contrarium* el *iudicium* que se ha ejercitado contra él.

⁵¹⁶ Ult. op. cit., pp.35 y 36.

Por último, tampoco le parece aceptable el tercer argumento, ya que según él, del texto de Gayo sólo se puede concluir que el *iudicium contrarium* era un medio técnico procesal cuyo nombre deriva del hecho de ser utilizado en contraposición a otra acción en el ámbito de un mismo proceso.

El mismo autor continúa con la crítica a la teoría de Partsch y plantea también algunas objeciones de carácter general. Con posterioridad a la teoría formulada por Partsch, Biondi⁵¹⁷ lleva a cabo una revisión crítica de la cuestión, y señala que el derecho justiniano introduce una concepción uniforme del *iudicium bonae fidei* que se aparta de la concepción clásica de la institución, que consiste en afirmar que, de todos los supuestos tutelados con un *iudicium bonae fidei*, nacen siempre dos acciones recíprocas entre las partes, acciones que van dirigidas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones recíprocas que nacen de estas instituciones debido directamente a su carácter *ex fide bona*.

Ahora bien, llegados a este punto dicha protección se articula de forma distinta según la figura de que se trate, y así, vemos cómo en la compraventa y el arrendamiento existe una denominación distinta para cada una de las dos acciones, según sea la que utilice una de las partes, *actio empti* para el comprador, *actio venditi* para el vendedor, *actio locati* para el arrendador, y *actio conducti* para el arrendatario. Sin embargo, en los casos del mandato; la *negotiorum gestio*, la tutela, el depósito, el comodato, la prenda y la fiducia,

⁵¹⁷ *lud. bon. fid...*cit., pp.61 y ss.

nos encontramos con que existe una única acción que puede ser utilizada por ambas partes, ahora bien a dicha acción cuando es utilizada por una determinada parte se la llama "directa", así por ejemplo en el caso del mandato, cuando la *actio mandati* es utilizada por el mandante, mientras que cuando la acción es utilizada por la otra parte se la llama contraria.

Biondi afirma que esta concepción del tema no puede tenerse por clásica, pues "Nel processo classico il concetto e la sfera di applicazione dei *iudicia contraria* erano ben più limitati ed anche per ogni singolo rapporto *iudicium contrarium* aveva struttura e funzione particolare"⁵¹⁸.

Para dicho autor, en época clásica existía un grupo de *iudiciae bonae fidei* que englobaba aquellas fórmulas cuya intentio era del siguiente tipo: *quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*, de modo que en dicho grupo se englobaba sólo al mandato y a la *negotiorum gestio*.

Dicha *intentio* suponía que en el juicio se iban a tener en cuenta las obligaciones recíprocas de ambas partes, y no sólo las de la parte demandada.

Es decir que el que, por ejemplo, la *actio mandati* haya sido ejercitada por el mandante no quiere decir que no se vayan a tener en cuenta en el juicio las obligaciones propias del mandante; y lo mismo puede decirse para el caso de que sea el mandatario quien haya ejercitado la *actio mandati*.

Por tanto, y siempre siguiendo con la argumentación presentada por Biondi, tanto en el caso del mandato como en el caso de la *negotiorum gestio*,

⁵¹⁸ *Iud. bon. fid...*cit., p.61.

nos encontramos con una única acción que puede ser utilizada tanto por una parte como por la otra, e incluso podía ser ejercitada por una de las partes.

Así pues, tendríamos una única acción con una fórmula única y un único nombre, *actio mandati* o *actio negotiorum gestorum*, según el caso, y se llamaría así tanto si era utilizada por una parte u otra, sin añadir ningún calificativo según en qué sentido se utilice la acción. Biondi es tajante al pronunciarse sobre la dualidad *actio directa* y *actio contraria*. "L'antitesi fra *actio directa* e *contraria* per questi rapporti è straniera ai classici."⁵¹⁹

Biondi entiende que el *iudicium contrarium* clásico es lo mismo que la *actio contraria*, y era un medio procesal, cuya utilización decretaba el pretor en cada caso concreto y que tenía una esfera de aplicación muy limitada, sólo en el ámbito del depósito, el comodato y la prenda, estaríamos pues ante una única fórmula con una doble *intentio*.

Lenel⁵²⁰, por el contrario, defiende la teoría según la cual la *actio contraria* es una acción *in ius* y *ex fide bona*, independiente y simétrica de la acción principal.

Provera⁵²¹, aunque sigue en parte sus ideas, discrepa de la teoría formulada por Biondi, y la principal crítica que le hace es que no se entiende

⁵¹⁹ Ult. op. cit., p.62. Dichas teorías, van también contra lo expresado por LENEL en *EP*³, pp. 254, 314, 403, 424.

⁵²⁰ *EP*³, pp. 253 y ss., 314, 403, 424.

⁵²¹ *Contributi alla...cit.*, p.40.

cómo pueden coexistir dentro de una única fórmula dos *intentiones* distintas con presupuestos distintos, especialmente cuando el demandante ha iniciado el proceso con una fórmula *in ius concepta*, puesto que Biondi entiende que la acción contraria es un medio procesal que tiene un claro origen pretorio⁵²².

Ya con más posterioridad, se pronuncia sobre el tema Kreller⁵²³, quien entiende que cuando los juristas califican un *iudicium* como *contrarium*, simplemente quieren señalar una cualidad de dicho *iudicium*, no cree que estén haciendo referencia a un concepto técnico, tal y como se desprende de Gai. 4, 174-181, puesto que en dichos textos se hace referencia a un juicio contrario como medida a utilizar en determinados casos, concretamente se nos dice en :

Gai. 4, 177

Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, velut si iniurarum agatur, et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae.

⁵²² *Iud. bon. fid....cit.*, pp.158 y ss.

⁵²³ *Zum Iudicium Mandati*, en *Festgabe Heck Rümelin Schmidt*. Tübingen (1931), p.132.

En estos textos gayanos se está hablando del juicio por temeridad y del juicio contrario, y en Gai. 4,177 se enumeran casos en que se establece dicho juicio contrario, que son: cuando se litiga por *iniuria*, cuando se litiga contra una mujer que dolosamente ha transmitido a un tercero la posesión de un patrimonio que se le había encomendado en nombre de su hijo concebido y aún no nacido, y también contra el que no admite la toma de posesión por parte de aquél a quien el pretor se la ha encomendado.

Se trata pues de juicios en los que se derivan una serie de medidas coercitivas contra una persona que ha obrado mal, ese es el sentido de la palabra contrario en estos textos.

Es decir, según Kreller, al utilizar tal expresión en dichos textos no se está hablando de un medio técnico, sino que simplemente es una calificación del juicio que puede entablarse contra el que ha cometido determinados actos.

Nuestro autor mantiene que cuando se habla de *iudicium contrarium* se hace referencia a una medida que no es la típica, "..., sondern muss daran festhalten, dass das *iudicium contrarium* immer etwas Anormales, eine Formel von besonderer Gestalt gegenüber der Musterformel war"⁵²⁴.

Así pues, según Kreller, sí existirían dos acciones distintas que incluso serían tratadas en lugares distintos del Edicto, tal y como puede desprenderse principalmente de dos textos del Digesto, uno de Paulo, y otro de Gayo:

⁵²⁴ Zum *iud. Mand...*cit., p.133.

D. 13,6,17,1 (Paul. 29 ed.)

*Contraria commodati actio etiam sine principali moveri
potest sicut et ceterae quae dicuntur contrariae*

D. 17,1,41 (Gai. 3 ed. prov.)

*Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari:
nam si is qui mandatum suscepit egressus fuerit
mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit, at
ei qui mandaverit adversus eum competit.*

En ambos casos se está hablando de la posibilidad de utilizar independientemente cualquiera de las dos acciones, sin necesidad de que se haya utilizado la otra.

Sin embargo, Partsch⁵²⁵ y Biondi⁵²⁶ dudan de la genuinidad del primer texto, ya que entienden que dichas palabras no pueden atribuirse a Paulo, aunque también señalan que, probablemente, tampoco haya que atribuir el texto a los compiladores justinianos, sino que puede tratarse de un glosema anterior a la época justiniana, del final de la etapa clásica.

Respecto del segundo texto, también se pone en duda su genuinidad, así Lenel⁵²⁷ y también Beseler⁵²⁸, afirman que la frase *potest-nam* es un

⁵²⁵ *Studien zur...cit.*, p.48, n1.

⁵²⁶ *Iud. bon. fid...cit.*, p.160, n1.

⁵²⁷ *EP*³, p.296, n4.

⁵²⁸ *Miscellanea critica*, en SZ 43 (1922), p.542.

glosema de finales de la época clásica, al igual que ocurría en el texto de Paulo.

Continuando con la postura de Kreller, éste afirma que al hablar del tema del *iudicium contrarium* hay que tener en cuenta el hecho de la existencia de un *contrarium iudicium* independiente en el caso del depósito y el comodato, donde se obtiene la *actio contraria* simplemente cambiando los nombres⁵²⁹, al igual que ocurre en el caso del *iudicium mandati*, cuya intentio dice: *quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*, y basta cambiar el orden en que aparecen los nombres de las partes para que estemos ante un juicio directo o contrario.

Así pues, la postura que sostiene Kreller⁵³⁰ sobre la existencia de una única fórmula en la que el *iudicium contrarium* es una simple *condemnatio* que se añade a la *condemnatio* de la fórmula de la acción directa, no cree Provera que sea compatible con la posterior evolución que sufre el citado medio procesal y que le lleva a convertirse en un instrumento que puede ejercitarse de forma totalmente autónoma⁵³¹.

Provera⁵³² por su parte mantiene que ambos términos, *contraria actio* y *contrarium iudicium*, son términos clásicos que además hacen referencia a una

⁵²⁹ Ver las fórmulas de depósito y comodato en *Gai.* 4,47.

⁵³⁰ *Zum iud. mand...*cit., p.134.

⁵³¹ *Contributi alla ...*cit., p.40.

⁵³² *Contributi alla...*cit., p.8 y ss.

misma cosa, y señala que está superada la teoría de Gradenwitz⁵³³ sobre la clasicidad del término *iudicium contrarium* y la procedencia justiniana del término *actio contraria*.

Señala también que, probablemente, el término *actio contraria* se utilizaría cuando el *iudicium contrarium* es ejercitado a través de un proceso autónomo, incluso cuando este proceso autónomo se encuadra dentro de la contestación a la acción directa ejercitada por el *actor*.

Sin embargo, sí entiende nuestro autor que tiene origen justiniano la antítesis *actio directa, actio contraria*⁵³⁴.

Ambos términos, continúa Provera, se utilizan para hacer referencia a una acción que se utiliza en dirección contraria a una *principalis actio* y dentro del mismo proceso en que ésta ha sido ejercitada.

Así, continúa el mismo autor, en las fuentes encontramos que dichos términos se utilizan para hacer referencia a las acciones que corresponden al depositario, al comodatario, al acreedor pignoraticio, al fiduciario, y al tutor.

A este respecto también señala que está generalmente admitida en la doctrina la existencia de un *iudicium contrarium* clásico para el depósito, el comodato y la prenda, *iudicium* que consistía en una acción *in factum* que se concedía al depositario, al comodatario y al acreedor pignoraticio, no así para

⁵³³ *Interp...cit.*, pp.112 y ss.

⁵³⁴ *Contributi alla...cit.*, p.10 n.7, donde cita en el mismo sentido a BIONDI, *iud. bon. fid...cit.*, pp.152 y ss.

el caso de la fiducia y la tutela, mientras que él piensa que no puede dudarse de la clasicidad del *iudicium contrarium* también en estas dos figuras.

Así pues, vista la frecuente utilización en las fuentes de la citada terminología, Provera afirma que ello constata la hipótesis de que se trata de una terminología de carácter técnico que hace referencia a un determinado fenómeno procesal, de modo que el término *contrarium* hace referencia a la propia naturaleza de este medio procesal, ya que hace referencia al hecho de la oposición de una acción frente a otra que ha sido ejercitada con anterioridad⁵³⁵.

Ahora bien, dicho autor entiende que la estructura de este medio procesal viene determinada por la *litis contestatio*, que hace que estemos ante una única acción en la que se cambia la posición de las partes según la dirección en que se utilice la acción, de manera que el actor en el *contrarium iudicium* es el demandado en la *principalis actio*⁵³⁶.

El mismo Provera, continúa señalando que la fórmula de dicho *iudicium contrarium* es siempre *in factum*, incluso allí donde la *actio principalis* es una *actio in ius*. Así, afirma que dicha *actio in factum* podemos encontrarla en el *depositum*, el *commodatum*, el *pignus*, la *fiducia* y la *tutela*. Y fue en época

⁵³⁵ En *Contributi alla...cit.*, p.10 n.8, critica precisamente a ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...cit.*, p.84, que excluya cualquier referencia a un fenómeno técnico procesal al intentar explicar la utilización del término *contraria* al argumentar su afirmación sobre la clasicidad de la *actio mandati contraria*.

⁵³⁶ *Contributi alla...cit.*, p.41.

justiniana cuando las *actiones contrariae* se utilizaron para sancionar todo tipo de contraprestaciones que surgían en el ámbito de las relaciones que se llaman bilaterales imperfectas, y ello facilita la extensión de la aplicación de estas acciones también al ámbito del mandato y de la *negotiorum gestio*.

Tal y como señala Schwarz⁵³⁷, puede concluirse que de la tesis de Provera se deduce que en las figuras donde se habla de *iudicium contrarium* una de las partes tiene una obligación directa, una obligación principal, es decir, se trata de una obligación que surge siempre en estas figuras, precisamente es lo que se busca con ellas, mientras que la obligación de la otra parte surge sólo cuando se dan determinadas circunstancias, y de forma, digamoslo así, accidental.

Es como si existiera una obligación principal y una obligación accesoria; la primera se exigirá a través de la acción típica de la institución correspondiente, es la llamada acción "directa", mientras que se exigirá el cumplimiento de la obligación a la otra parte, si es que procede dicha obligación, a través de la "acción contraria", teniendo en cuenta que todo se sustancia en el mismo proceso.

Provera continúa señalando que existe un estrecho vínculo entre consensualidad y bilateralidad, y que ello es especialmente relevante en tema de mandato, donde precisamente a causa de dicha bilateralidad surgen obligaciones recíprocas para ambas partes, lo cual supone que ambas

⁵³⁷ *Die Konträrklagen..cit.*, p.117.

obligaciones están en un plano de igualdad, aquí no hay una obligación principal y una accesoria.

Es decir, según Provera⁵³⁸, dentro del grupo de aquellas figuras en las que puede darse el llamado *iudicium contrarium* hay que distinguir a su vez dos grupos, uno primero en el que se incluyen aquellas figuras que dan lugar a obligaciones recíprocas para las partes y por tanto a acciones *ex fide bona* que están situadas en un plano de igualdad, y por otra parte nos encontramos un segundo grupo con aquellas figuras en las que lo normal es que surjan obligaciones para una de las partes y, ocasionalmente, pueden llegar a surgir también para la otra parte, pero ambas obligaciones no están en un mismo nivel y por tanto tampoco lo van a estar las acciones con las que se va a exigir su cumplimiento, así que en este caso nos encontraremos con una *actio principalis* que podrá ser *in ius* o *in factum* y una *actio contraria* siempre *in factum*.

El mismo autor se ocupa del supuesto concreto de la *negotiorum gestio*, señalando que ha de incluirse en el mismo grupo que el mandato, a pesar de que no se trate de un contrato, y señala que como consecuencia de la bilateralidad propia de dicha figura, junto a las típicas fórmulas *in ius* existen en el edicto dos acciones *in factum* a favor del *dominus* y del *gestor* completamente autónomas⁵³⁹.

⁵³⁸ *Contributi alla...cit.*, pp. 34, 38, 66 y ss y p.75.

⁵³⁹ *Contributi alla...cit.*, p.75.

Provera⁵⁴⁰ coincide con Biondi en la idea de que no existían dos acciones distintas una directa y otra contraria, sino que existía una única acción que podía ser utilizada en ambas direcciones. Los argumentos que utiliza son: el elevado número de textos en los que se habla simplemente de *actio mandati* y de *actio negotiorum gestorum* tanto para hacer referencia a la pretensión de una de las partes como a la de la otra; otro argumento es el escaso número de textos donde se hace aparecen las palabras *actio* o *iudicium contrarium*, textos que además se puede demostrar que están interpolados.

Sin embargo, Provera afirma que el término *iudicium contrarium* sí era utilizado por los clásicos, pero lo utilizaban haciendo referencia a un concepto técnico, que es "uno specifico mezzo processuale con caratteristiche proprie nettamente distinte da quelle dell'azione principale cui veniva contrapposto"⁵⁴¹.

Dicho autor alega como fundamento a dicha tesis el hecho de que en el depósito, el comodato o la prenda, que son contratos en los que se aprecia claramente la existencia de un *iudicium contrarium*, en casi todos los textos en los que a éste se hace referencia junto a las palabras *iudicium* o *actio* aparecen los términos *contrarium* o *contraria*. Todo ello teniendo en cuenta que Provera coincide con Biondi en el hecho de afirmar que no es clásica la distinción entre *actio directa* y *actio contraria*, pero el primero no está de

⁵⁴⁰ *Linee generali di uno studio sui iudicia contraria*, en *SDHI* 8 (1942) pp.114 y ss.

⁵⁴¹ *Linee generali*..cit., p.113, n2.

acuerdo con Biondi en cuanto a la fórmula procesal que propone, es decir, no está de acuerdo en la reconstrucción que hace de la *actio mandati* y la *actio negotiorum gestorum*.

Respecto al citado *iudicium contrarium* en el comodato, la prenda y el depósito, Provera afirma que no cabe ninguna duda sobre su autenticidad, y al efecto de individualizar su estructura hace varias precisiones⁵⁴².

En primer lugar, nuestro autor parte de la idea de que existen evidencias que van en contra de una posible conexión entre *iudicia contraria* y *bonae fidei iudicia*, en tal sentido cita a Cicerón, quien, en *de off. 3,17,70*⁵⁴³, no utiliza la expresión en su sentido técnico⁵⁴⁴, y por otra parte señala que el hecho de que exista un *iudicium contrarium* para la *actio pigneraticia* pone de manifiesto que

⁵⁴² *Linee generali...*cit., pp.119 y ss. Sobre la existencia o no de una *actio contraria* en el comodato y la prenda, puede verse: D'ORS, *Observaciones...*cit., pp. 187 y ss., donde, tras examinar varios textos con relación a la cuestión, concluye, que en ninguno de los dos casos existió una *actio contraria* a favor ni del comodatario ni del acreedor pigneraticio, sino que más bien cree ver la intervención de los compiladores en los textos que se ocupan del tema. Dicha intervención habría consistido en sustituir la *actio de dolo* por la *actio contraria*, puesto que en dichos textos nos encontramos con la sanción de casos de comportamiento desleal por parte del comodante y el deudor pignorante, sanción que se puede llevar a cabo perfectamente a través de la *actio de dolo*, sin necesidad de acudir a ningún *iudicium contrarium*.

⁵⁴³ *De off. 3,17,70*: "Nam quanti verba illa: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim! Quam illa aurea: ut inter bonos bene acier oportet et sine fraudatione! Sed, qui sint boni, et quid sit bene agi, magna quaestio est. Q. Quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis societatibus, fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret."

⁵⁴⁴ Ver también: BIONDI, *Iud. bon. fid...*cit., pp.154 y ss.

aquél se puede referir a supuestos que están fuera del campo de los *bonae fidei iudicia*⁵⁴⁵.

El mismo autor no sólo se muestra reticente a admitir la idea de la existencia de una conexión entre *iudicia contraria* y *bonae fidei iudicia*, sino que incluso se muestra dispuesto a afirmar que los *iudicia contraria* aparecen en el ámbito de las acciones *in factum*, más precisamente “frente” a dichas acciones, y señala que el mayor argumento que puede esgrimirse en favor de su tesis es el ya citado Gai. 4,177.

Así, Provera señala que todos los ejemplos citados por Gayo para el *iudicium contrarium calumniae causa* son acciones pretorias, y añade además que la acción pigneraticia era *in factum*.

Como último argumento contra la idea de la conexión entre *iudicia contraria* y *bonae fidei iudicia*, señala que, probablemente, en el ámbito de las acciones *ex fide bona* es donde sea menos necesario el *iudicium contrarium*, fundamentalmente debido a los poderes que tiene el juez para la compensación en todo juicio *ex fide bona*.

En segundo lugar, y a efectos de determinar la estructura originaria del *iudicium contrarium* Provera señala, contra la opinión ya citada de Kreller, que del contenido de Gai. 4,177-178 puede deducirse la individualización del juicio contrario como un medio procesal que se caracteriza por su posición dentro del desarrollo del proceso.

⁵⁴⁵ PROVERA, *Linee generali ...cit.*, p.120 n9.

Ahora bien, partiendo de esta afirmación Provera señala que no está de acuerdo con la reconstrucción que de este *iudicium contrarium* técnico han hecho Partsch y Biondi, ambos hablan de una única fórmula, el primero hasta de una fórmula con prestaciones recíprocas y el segundo afirma que el *iudicium contrarium* se insertaba en la misma fórmula, ya fuese *in ius*, ya fuese *in factum*, para dar lugar a una única fórmula con doble *intentio*.

Según Provera, partiendo de las palabras de Gayo no se puede llegar a la conclusión de la existencia de una única fórmula. Su teoría es que se trataba de un *iudicium* distinto con una fórmula propia que, sin embargo, se oponía en el mismo proceso y que era resuelto junto con el otro y por el mismo juez, y éste precisamente sería el sentido de la palabra *contrarium*, que haría referencia a un juicio que opone el demandado al actor del juicio principal⁵⁴⁶.

El mismo autor continúa señalando que existen tres argumentos que van en contra de admitir la unidad de la fórmula.

Dichos argumentos son, en primer lugar, el paralelismo que se desprende de las palabras de Gayo entre el *iudicium contrarium* y el *iudicium calumniae*, en segundo lugar, el problema que deriva de la existencia de distintas *demonstrationes*, y, por último, la dificultad de insertar un *iudicium contrarium in factum* en una fórmula *in ius concepta* tal y como propone Biondi.

⁵⁴⁶ *Linee generali...cit.*, p.121.

Provera continúa diciendo que partiendo de la existencia individualizada del *iudicium contrarium* y de su originaria oposición a fórmulas *in factum*, existen dos pasos más en su desarrollo histórico.

Dichos pasos son: primero, la posibilidad de ejercitar el *iudicium contrarium* independientemente de que se haya ejercitado o no la acción principal, y segundo, la oposición también a las acciones *in ius* de depósito y de comodato.

En cuanto al primer paso, la posibilidad de ejercitar el *iudicium contrarium* aparece afirmada expresamente en algunos textos de la jurisprudencia más tardía, y que ponen de relieve que el punto de partida es siempre la oposición al *iudicium* principal.

En tal sentido Provera⁵⁴⁷ cita varios textos, en primer lugar un texto al que ya hemos hecho referencia, D. 13,6,17,1 (*Paul. 29 ad ed.*).

Sobre dicho texto, Provera afirma que su claridad es clara al menos hasta la expresión *sicut et* que introduciría una frase de una claridad dudosa⁵⁴⁸, y que la frase en la que se afirma la extensión de la posibilidad de la utilización del *iudicium contrarium* en un procedimiento autónomo no supone que dicha extensión sea obra de los compiladores, sino que simplemente dicha

⁵⁴⁷ *Linee generali...*cit., p.122, y en *Contributi alla...*cit., p.12 a p.16.

⁵⁴⁸ Así en *Contributi alla...*cit., p.12 n.10, señala que la mayoría de autores, como por ejemplo, PARTSCH, *Studien zur...*cit., p.48 n.1, SEGRÈ, *Sulla denominazione di actio confessoria*, en *Mélanges Girard*, París (1912), 2, p.590 n.5, dudan de la genuinidad de esta última frase del texto.

afirmación tiene aquí un eminente carácter didáctico. Es decir, según nuestro autor, lo que aquí es obra de los compiladores es la expresión, pero no así el contenido de ésta.

En este texto, se nos habla precisamente de la posibilidad de ejercitar la acción contraria independientemente de la utilización de la acción principal, según afirma Provera, la justificación de tal afirmación está precisamente en el hecho de que, al menos en origen, lo normal era que dicho *iudicium contrarium* fuera utilizado en oposición a la correspondiente acción directa, y por ello resulta pertinente la aclaración expresa de Paulo sobre la posibilidad de ejercitar el *iudicium contrarium* en un procedimiento autónomo. Si bien ello no quiere decir que, en dicho texto, Paulo nos esté dando a conocer una innovación, puesto que se debe admitir que ya en época de dicho jurista era admitido el posible ejercicio independiente del *iudicium contrarium*.

Así pues, concluye Provera⁵⁴⁹, a propósito del presente texto, que la enunciación de un principio de carácter procesal que ya estaba admitido tiene una doble justificación, una de carácter histórico, y otra de carácter dogmático.

La primera es la referencia a una fase originaria en la que el *iudicium contrarium* sólo puede ejercitarse en oposición a la acción principal.

La segunda se desprende del propio término *contrarium*, que individualiza un particular medio procesal de carácter técnico a cuya aplicación

⁵⁴⁹ *Contributi alla...cit.*,p.13.

autónoma se llega sólo después de que se superen los propios límites derivados de su propia y peculiar naturaleza .

D.27,4,1,8 (Ulp. 36 ad ed.)

Hanc actionem dandam placet et si tutelae iudicio non agatur: et enim nonnunquam pupillus idcirco agere tutelae non vult, quia nihil ei debetur, immo plus in eum impensum est, quam quod ei abest, nec impediendus est tutor contrario agere.

En este caso se trata de un supuesto de tutela, y se nos dice que se admite que el tutor pueda ejercitar la acción contraria de la tutela contra el pupilo aún a pesar de que éste previamente no haya ejercitado la acción de tutela porque nada tenía que reclamar de su tutor.

Respecto a la genuinidad del texto, se ha criticado la referencia a la tutela, ya que existen autores⁵⁵⁰ que piensan que probablemente en origen el texto se referiría a la *actio utilis negotiorum gestorum* que en derecho clásico se concede al tutor contra el pupilo, y que es distinta del *iudicium contrarium tutelae*, siendo el *dandam placet* que aparece en el texto una clara alusión a una aplicación útil de la acción de gestión de negocios, aplicación que deriva del poder discrecional del magistrado, que puede realizar las modificaciones

⁵⁵⁰ PARTSCH, *Studien zur...cit.*, pp.50 y ss.; BIONDI, *Iud. bon, fid...cit.*, p.87.

que estime oportunas en el tenor de la fórmula a efectos de adaptarla a casos que no han sido previstos en el edicto.

Por el contrario Provera no acepta esta interpretación, ya que según él si ésta se admite no se comprende que Ulpiano afirme la aplicabilidad de la *actio negotiorum gestorum utilis* en relación al no ejercicio, por parte del pupilo, de la *actio tutelae*⁵⁵¹, es decir, el texto sólo tiene sentido si hace referencia al *iudicium contrarium tutelae*, puesto que lo que hace es relacionarlo con el ejercicio o no de la acción directa de tutela.

*D.13,6,18,4*⁵⁵² (Gai. 9 ed. prov.)

Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem

Provera se manifiesta claramente a favor de la genuinidad de, al menos, el contenido del texto, sin que ello sea óbice para admitir la existencia de alguna modificación en el aspecto formal⁵⁵³.

⁵⁵¹ *Contributi alla...cit.*, p.51.

⁵⁵² Ver más textos en BIONDI, *Iud. bon. fid...cit.*, p.160.

En este caso se trata de un supuesto de comodato, y se nos dice de forma tajante que lo mismo puede obtenerse a través de la compensación en la acción directa que a través de la acción contraria.

Ahora bien, también se hace referencia a que puede ocurrir que a través de la compensación no se obtenga todo lo que se debería haber obtenido, o que el juez no la lleve a cabo o incluso que no se ejercite la acción directa sea por la razón que sea, ya porque la cosa se haya perdido o porque se haya restituido sin intervención judicial, bien pues en estos casos se nos dice en el texto que procederá la utilización de la acción contraria⁵⁵⁴.

Resulta curioso señalar que del contenido de los textos citados, especialmente este último, parece desprenderse cierta preferencia porque el asunto se solucione a través de la compensación siempre que sea posible, y que sea en los casos en que ésta no conduce a una solución satisfactoria cuando se utilice la acción contraria. E incluso se hace referencia a que existen supuestos en los que no cabe la posibilidad de que el asunto se solucione a través de la compensación, como es el caso de que no se ejercite la acción

⁵⁵³ Sin embargo en *Contributti alla...cit.*, p.19 n.18, considera excesiva la afirmación de BESELER en *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV. Tübingen (1920), p.200, quien ve el texto como una paráfrasis postclásica

⁵⁵⁴ En cuanto a la concurrencia entre *iudicium contrarium* y la compensación y la elección de uno u otro PROVERA en *Contributti alla...cit.*, p.21 cita tres textos que él considera fundamentales con relación al tema: D. 3, 5, 7(8), 2 (*Ulp. 1. 10. ad ed.*); D. 27, 4, 1, 4 (*Ulp. 1. 36 ad ed.*) y D. 16,2,7,1 (*Ulp. 1. 28 ad ed.*).

directa, de modo que aquí sólo existe una posibilidad, que es ejercitar la acción contraria⁵⁵⁵.

En este sentido, Provera⁵⁵⁶ señala que se puede hacer la siguiente suposición sobre el desarrollo histórico de la figura del *iudicium contrarium*. En una primera fase nos encontraríamos con un *iudicium contrarium* que se opone de manera inmediata, en una segunda fase, sin embargo ya nos encontramos con la posibilidad de ejercitar el *iudicium contrarium* después que ya ha sido ejercitada la acción principal, y por último un tercera y última fase, en la que el *iudicium contrarium* es totalmente independiente de la llamada acción principal, lo cual implica incluso que pueda ejercitarse aunque esta última no se haya utilizado.

Según el mismo autor, esta evolución se explica mucho mejor partiendo de la posición originaria del *iudicium contrarium* propuesta por él mismo, que si se parte de la posición defendida por Biondi sobre la unidad de la fórmula.

El segundo paso que se acaba de señalar en la evolución del *iudicium contrarium*, es decir el hecho de que también pueda oponerse a las acciones *in ius* de depósito y de comodato, junto con la insuficiencia que representa la compensación del juez para defender totalmente los intereses del demandado (D. 13,6,18,4), explica la aplicabilidad del *iudicium contrarium* también frente a las acciones *in ius*.

⁵⁵⁵ SCHWARZ, *Die Konträrklage...*cit., p.195.

⁵⁵⁶ *Linee generali...*cit., p.122 n.14 y *Contributi alla...*, p.22.

El mismo Provera⁵⁵⁷ señala que la extensión que se produce en ámbito del depósito y del comodato y que consiste en que el *iudicium contrarium* puede oponerse primero a la acción *in factum* pero más tarde también a la *actio in ius* que se crea con posterioridad, hace que a su vez se extienda en general la oposición del *iudicium contrarium* que en origen sólo se opone a *acciones in factum*, también a *acciones in ius*.

Provera pone como ejemplos de esta extensión los casos de la fiducia y de la tutela, sin embargo a estas dos figuras ya se había referido el propio Biondi⁵⁵⁸, quien se manifiesta en contra de admitir la clasicidad tanto del *iudicium contrarium fiduciae* como del *iudicium contrarium tutelae*⁵⁵⁹.

Respecto al tema del *iudicium contrarium* en la tutela, negar su existencia supondría, tal y como señala Provera⁵⁶⁰, tener que admitir que todo el título 27,4 del Digesto es obra de los compiladores justinianos.

Sobre la crítica de los textos que se refieren al tema en cuestión hay que citar junto a Biondi, la postura de Partsch⁵⁶¹. Este último afirma que, en el ámbito de la tutela, el derecho clásico habría conocido un *iudicium contrarium*, pero no una *actio contraria*.

⁵⁵⁷ *Linee generali...*cit., p.123.

⁵⁵⁸ *Iud. bon. fid...*cit., pp.161 y ss y p.86 y ss.

⁵⁵⁹ La argumentación de BIONDI en este tema ha sido ampliamente criticada por LONGO, en *Corso di diritto romano. La fiducia*. Milano (1946), pp.130 y ss. y por SEGRÈ, en *Corso di diritto romano. Le garanzie reali*. (1934-35), pp.74 y ss.

⁵⁶⁰ *Linee generali...*cit., p.123.

⁵⁶¹ *Studien zur...*cit., pp.49 y ss.

Por el contrario, Biondi niega la genuinidad tanto de las menciones al *iudicium contrarium* como a la *actio contraria*.

Provera piensa que ambas tesis son infundadas, y para hacer esta afirmación se basa en los siguientes textos:

D. 27,4,1,pr. (Ulp. 36 ad ed.)

Contrariam tutelae actionem praetor proposuit induxitque in usum ut facilius tutores ad administrationem accederent scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione. quamquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur nec in rem suam tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur ex administratione scilicet. etenim provocandi fuerant tutores ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint.

En dicho texto, se habla de la introducción por parte del pretor de una *actio contraria tutelae* con la finalidad de procurar que los tutores no tuviesen reparos a la hora de acceder a la administración, ya que con la introducción de dicha acción contraria saben que también el pupilo queda obligado frente al tutor.

Las principales críticas que hace Partsch sobre la autenticidad de dicho texto son: en primer lugar, que le parece dudosa la clasicidad de la expresión *praetor proposuit induxitque in usum*, y en segundo lugar, también duda de la

genuinidad de toda la explicación que contiene el texto y sobre la finalidad de la introducción de esta acción contraria por parte del pretor, y su repetición al final del texto, teniendo en cuenta, tal y como continúa diciendo Partsch, que Ulpiano entiende que es claro que el tutor tiene el deber de gestionar el patrimonio del pupilo, es decir que no puede plantearse la cuestión de si el tutor acepta o no acepta dicha gestión.

Por el contrario, a Provera no le parece que ninguno de estos dos argumentos tenga un valor decisivo a la hora de cuestionar la clasicidad del texto. Es más, considera que el hecho de que en el mismo texto se repita la explicación de la finalidad de la introducción de dicha acción contraria puede hacernos pensar que, al menos, una sea originariamente de Ulpiano. E incluso el mismo autor señala que el tenor del texto no es contrario a la idea que Ulpiano tenía de la tutela, en el texto no se niega que también sin la existencia de dicha acción el tutor está obligado a administrar el patrimonio del pupilo, *"...ut promptius de suo aliquid pro pupillis impenderent"*, sino que en el texto simplemente se hace referencia a que con la existencia de dicha acción el tutor tendrá menos reparos a la hora de hacer las operaciones necesarias para aumentar el patrimonio del pupilo, puesto que si de ello resultan gastos en su propio patrimonio, siempre podrá recuperar lo invertido dirigiéndose contra el pupilo.

El propio Provera señala como muy acertada la interpretación que del tema hace Ferrini⁵⁶², quien afirma que es impensable que los compiladores hayan inventado esta referencia a la existencia de un medio procesal propuesto e introducido por el pretor.

Otro texto que hace referencia al *contrarium iudicium* en la tutela es:

D. 27,4,1,4 (Ulp. 36 ad ed.)

Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit: sic erit arbitrii eius utrum compensare an petere velit sumptus, quid ergo si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio et adquevit non debet iudex contrario iudicio id sarcire.

Aquí el tema que se plantea es el ejercicio de la acción contraria después que se ha ejercitado la acción de tutela. En el texto se nos dice que cuando se ejercita dicha acción de tutela, el tutor puede reembolsarse las cantidades que de su propio patrimonio invirtió en el patrimonio del pupilo, de manera que el propio tutor elige entre compensar el gasto cuando se sustancia la *actio tutelae* o ejercitar la *actio contraria* solicitando el reembolso de dichos gastos. Al final del texto se plantea la cuestión de qué ocurre si el juez no tuvo en cuenta la compensación de los gastos del tutor. En este caso se dice que el

⁵⁶² Sulla dottrina romana della negotiorum gestio. BIDR 7 (1894), p.88.

tutor puede ejercitar la acción contraria, ahora bien, se añade que si tal compensación fue reprobada y quedaron saldadas las cuentas, se estima que el juez no debe indemnizarlo en la acción contraria.

Tanto Biondi como Partsch señalan que dicho texto está interpolado, ambos consideran que debe sustituirse el término *contrarium* por *rescisorium*⁵⁶³. Ahora bien, para Partsch la rescisión daría paso a ejercitar el *iudicium contrarium* tal y como él lo entiende, es decir con la fórmula de prestaciones recíprocas de la que ya hemos hablado, mientras que para Biondi dicha rescisión daría lugar a la utilización de la *actio negotiorum gestorum*.

Provera señala que ambas interpretaciones son erróneas, y entiende que en el caso de que el juez no ha llevado a cabo la compensación, el tutor podrá utilizar el *iudicium contrarium* sin que sea necesario ningún juicio rescisorio.

Otro texto al que también hay que hacer referencia es el ya citado D.27, 4,1,8 (*Ulp. 36 ad ed.*).

En dicho texto se está afirmando tajantemente la independencia propia del *iudicium contrarium* con relación a la *actio tutelae*.

Partsch entiende que originalmente el texto se referiría a la *actio negotiorum gestorum utilis*, apoyándose sobre todo en el *dandam placet*, que haría referencia a una especial fórmula no edictal basada en la práctica para el caso de que no se hayan tenido en cuenta las pretensiones del tutor en el

⁵⁶³ PROVERA, *Linee generali...cit.*, p.125.

arbitrium tutelae, siendo obra de Justiniano el que en el texto aparezca la *actio contraria tutelae*.

Por el contrario, Provera entiende que dicho texto es un argumento a favor de la existencia de una *actio contraria tutelae* y señala que su significado coincide con el de :

D. 13,6,17,1 (Paul. 29 ad ed.)

Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae.

En este texto se dice de forma tajante que la *actio commodati contraria* puede ejercitarse independientemente de que se haya ejercitado la acción principal.

Provera admite que la parte final del texto es consecuencia de la intervención de los compiladores, pero no puede dudarse de la genuinidad de la primera parte, que coincide con lo dicho en el texto anteriormente citado con relación a la tutela.

Respecto a la posibilidad de que Ulpiano originariamente se hubiese referido a una *actio negotiorum gestorum utilis*, Provera se manifiesta totalmente contrario a admitirla: "Tutto il discorso di Ulpiano poi si spiega in funzione di un *iudicium contrarium tutelae* e non di un'*actio negotiorum gestorum utilis*. Sarebbe infatti puerile che Ulpiano si affannasse a mettere in

rilievo che l'*actio negotiorum gestorum* può essere intenta anche se il pupillo non agisse da parte sua con l'*actio tutelae*⁵⁶⁴.

En cuanto a la interpretación que Partsch hace del *dandum placet* como señal inequívoca de que se está hablando de una *actio negotiorum gestorum utilis*, Provera afirma que dicho *placet* se encuentra justificado si pensamos que la posibilidad de intentar separadamente el *iudicium contrarium* es una extensión de la aplicación originaria de este *iudicium*.

El mismo autor concluye que las críticas interpolacionistas que hace Biondi a los textos que se refieren al *iudicium contrarium* en la tutela obedecen a que dicho autor parte de unas ideas preconcebidas que le hacen llegar a conclusiones erróneas.

Ahora bien, el mismo Provera afirma que no entra en el estudio de la posibilidad de que antes de la introducción del *iudicium contrarium tutelae*, el tutor haya podido utilizar con la misma finalidad una *actio negotiorum gestorum utilis*, y niega que puedan haber dudas sobre la clasicidad del *iudicium contrarium tutelae*.

Así pues, la tesis propuesta por Provera⁵⁶⁵ es que el *iudicium contrarium* apareció en oposición a las acciones *in factum*, y posteriormente se extiende su utilización también al ámbito de las acciones *in ius*, sin que para estos casos se considerase necesario la creación de un *iudicium contrarium in ius*, como es

⁵⁶⁴ *Linee generali...cit.*, p.126.

⁵⁶⁵ *Linee generali...cit.*, p.122.

el caso de la tutela y la fiducia, mientras que la extensión al mandato y a la gestión de negocios, sólo se produce en época justiniana, época en la que las *actiones contrariae* se utilizan para sancionar las contraprestaciones que surgen en el ámbito de los llamados negocios bilaterales imperfectos.

Schwarz⁵⁶⁶, por su parte, critica la tesis sostenida por Provera⁵⁶⁷ en cuanto que habla del *iudicium contrarium* como “technisch prozessualen Institut” partiendo para ello de una pequeña base textual.

También critica el hecho de que se parta de la idea de que la expresión *contraria actio* y *contrarium iudicium* hacen referencia al procedimiento que contra el *actor* de una acción “primaria” ejercita el demandado en esta acción, de lo que no puede concluirse que la noción de *contrarium iudicium* que es utilizada en Gai. 4,177 y ss. sea distinta a la que aparece en el ámbito del *Corpus Iuris*.

Sin embargo está de acuerdo con la afirmación de Provera según la cual *contrarium iudicium* y *contraria actio* en las fuentes justinianas significan lo mismo, tal y como, también, afirmaba Partsch.

Schwarz señala que el nombre no es lo más importante, y que hay que tener en cuenta que la misma función cumplen las acciones, por ejemplo, del depositario contra el depositante, del prestatario contra el prestamista, que la *contraria actio* del *Corpus Iuris*.

⁵⁶⁶ *Die Konträrklagen...*cit., p.119 y p.120.

⁵⁶⁷ *Contributi alla...*cit., p.10.

Todas estas acciones tienen como finalidad proteger los intereses del obligado principal en un contrato de donde deriven determinadas obligaciones y de la relación de gestión de negocios.

Es decir, para Schwarz no es tan importante el cómo se llama una figura jurídica como lo que es⁵⁶⁸, y en este sentido realiza un estudio de los casos en los que existe una acción a favor del obligado principal en la relación jurídica de que se trate para dirigirse contra la otra parte, y divide dichos casos en dos grupos.

Un primer grupo que engloba los supuestos en que se utiliza la compensación, "Verwendungsersatz", y señala cómo las fuentes mencionan la disminución de patrimonio como consecuencia de la devolución de la cosa como fundamento de la "Gegenanspruch" del obligado principal en el *depositum*, en la *fiducia*, en el *commodatum* y quizá en el *pignus*⁵⁶⁹.

En un segundo grupo se incluyen los supuestos de reclamación de indemnización por daños y perjuicios: "Schadenersatz". En este grupo Schwarz distingue a su vez tres subgrupos:

a- uno primero en el que se incluyen los supuestos de daños en la cosa que se ha entregado, prestado o pignorado y cita tres casos concretos: el caso de

⁵⁶⁸ Die Konträrklage...cit., p.120: "Wichtiger jedoch als der Name ist die Sache."

⁵⁶⁹ SCHWARZ, en Die Konträrklage...cit., p.121-p.129, cita textos que se refieren a cada uno de los casos: en el *depositum*: Mod. 2 diff. coll. 10,2,5(=D. 16,3,23; coll. 10,2,5; en la *fiducia*: D.13,7,8, pr. (Pomp. 35 Sab.); en el *commodatum*: D.47,2,15,2 (Paul. 5 Sab.); D.13,7,8, pr. (Pomp. 35 Sab.); D.13,6,18,2 (Gai. 9 ed. prov.); en el *pignus*: D.13,7,8,5 (Pomp. 35 Sab.) y C.4,24,1 (a. 241).

toneles defectuosos , D. 13,6,18,3 (*Gai 9 ed. prov.*), el caso de peso falso, D.4,3,18,3 (*Paul. 11 ed.*), y el caso del esclavo ladrón, D. 13,6,22 (*Paul. 22 ed.*)

b- un segundo subgrupo donde se incluyen supuestos de daños e infracciones en la cosa dada en prenda que son fundamento para que el acreedor pignoraticio pueda dirigirse contra el deudor pignorante: *aes pro soluto*: D.13,17,1,2 (*Ulp. 40 Sab.*) ; D.13,7,36 pr. (*Ulp. 11 ed.*) y *res aliena pignori data vel alii obligata*: la prenda y la fiducia.

c- un tercer subgrupo en el que el autor incluye algunos casos aislados: D.13,6,17,3 (*Pau. 29 ed.*), D.13,6,21,pr. (*Afr. 8 quaest.*), D.13,7,22,3 (*Ulp. 30 ed.*), D.13,7,3 (*Pomp. 18 Sab.*).

Llegados a este punto, nos parece interesante hacer siquiera una breve referencia al estudio que Schwarz realiza sobre el origen y la evolución de la "Konträrklage"⁵⁷⁰.

Este parte de la idea de que el nombre de acción contraria simplemente hace referencia a que dicha acción se dirige contra el *actor*.

Y en este sentido Provera⁵⁷¹ señala como una cualidad propia de las "Konträrklage", que siempre se presentan en una misma dirección, es decir, es siempre la acción que va a ejercitar, en su caso, el comodatario contra el comodante, el depositario contra el depositante, etc., y es en este sentido que

⁵⁷⁰ *Die Konträrklagen...*cit., pp.189 y ss.

⁵⁷¹ *Contributi alla...*cit., p.9.

Provera, como ya hemos visto, entiende que al hablar de acción contraria estamos hablando de un medio técnico que puede utilizarse en el ámbito procesal.

En cuanto a la contraposición acción directa y acción contraria, tal y como señala Schwarz, ambas expresiones hacen referencia a acciones que no se encuentran en un mismo plano de igualdad, la primera es la acción principal de la relación jurídica entablada entre las partes, si bien el mismo autor precisa que para los clásicos era claro que la acción que normalmente surgía (porque es la que va a obligar al cumplimiento de las obligaciones que normalmente surgen de la figura utilizada) es la que luego en época post-clásica aparece calificada como directa. Pero dicha calificación no puede pensarse, de ningún modo, que fuera utilizada por los juristas clásicos, puesto que ellos ya trabajaban con la idea de que las acciones que normalmente se van a utilizar son las que tienen a su favor el comodante, el depositante, etc.⁵⁷².

Es decir, la relación es la propia entre, digamos, una acción principal y una secundaria o dependiente de la primera, ya que Provera⁵⁷³ incluso califica la relación entre ambas acciones como de dependencia.

En este mismo sentido Schwarz señala que, probablemente, en origen, la acción principal y la acción contraria no estarían tan claramente definidas y

⁵⁷² ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...*cit., p.85.

⁵⁷³ *Contributi alla...*cit., p.38.

diferenciadas como luego aparecen en el ámbito del mandato y la gestión de negocios, donde se habla de *mutuae actiones* y de *actiones ultro citroque*.

Por el contrario, según continúa el mismo autor, en origen, tanto en los "Rückleistungsverträge" y en la tutela sólo se puede hablar de "Gegenansprüchen" en el ámbito de la *compensatio* o *retentio*.

Es decir, que en un primer momento, no puede hablarse de una acción contraria totalmente independiente y diferenciada de la llamada acción principal, sino que simplemente es en el ámbito de la *compensatio* que el juez puede aplicar en el desarrollo del proceso y de la *retentio* que puede ejercer el propio demandado, donde se entiende que el demandado puede hacer valer su derecho a que se obligue al *actor* a cumplir con sus obligaciones.

Según Schwarz, no siempre el demandado encuentra completa satisfacción a través de la *compensatio* o por medio de la *retentio*, lo cual da lugar a la necesidad de que se cree una acción propia que pueda proteger los intereses del obligado principal cuando se dé el caso.

Es decir, en origen no se plantea la creación de esta acción independiente, porque se entiende que con la *compensatio* del juez y el derecho de *retentio* es suficiente, lo cual, con el tiempo, se muestra claramente insuficiente, y acaba apareciendo la acción contraria como una acción independiente de la acción principal, y cuya función es proteger los intereses del obligado principal.

Schwarz también se plantea la cuestión de cuál sería la relación en la práctica entre las dos acciones, sobre todo cómo se articularía la *litis contestatio*, y así afirma que en la mayoría de los casos la relación entre la *principalis actio* y la *contraria actio* van a hacer necesaria la existencia de dos *litis contestationes*⁵⁷⁴.

La opinión contraria es sostenida por Provera⁵⁷⁵, quien piensa que tal relación procesal se articula a través de una única *litis contestatio* y para ello cita:

D. 4,4,28 (Cel. 2 dig.)

*Cum minor quam quinque et viginti annis adversus eum,
cum quo tutelae egit, restituitur, non ideo tutori contrarium
tutelae iudicium restituendum est.*

Por el contrario, Schwarz entiende que de dicho texto no puede extraerse ninguna conclusión sobre si cuando se ejercita una *actio contraria* se utiliza una única *litis contestatio* o no, simplemente en el texto se nos habla de un supuesto en el que un menor de 25 años ha ejercitado la *actio tutelae* contra su tutor, de manera que al primero se le ha concedido la *restitutio in*

⁵⁷⁴ *Die Konträrklagen...cit.*, p.191: "Am meisten Wahrscheinlichkeit besitzt u.E. die Annahme, dass bei Verbindung von *principalis actio* und *contraria actio* zwei *litiscontestationen* notwendig waren"

⁵⁷⁵ *Contributi alla...cit.*, p.15.

integrum, lo cual va suponer que pueda volver a utilizar su acción contra su tutor.

Ahora bien, Celso afirma que la concesión de dicha restitución no supone la rescisión del *iudicium contrarium*, de modo que los efectos de éste no son modificados, lo cual presupone necesariamente la existencia de una única *litis contestatio* relativa a las dos acciones, ya que de otro modo no existiría el problema del que se ocupa el texto. Es decir, si ambas acciones se hubieran sustanciado de forma separada y con dos *litis contestationes* distintas no tendría sentido la existencia del citado texto de Celso.

Ahora bien es el mismo Provera el que quita importancia al tema de la existencia de una o dos *litis contestationes*, puesto que señala que tanto en un caso como en el otro "... si sarebbe pur sempre avuto un sostanziale revesciamento della posizione delle parti nell'ambito dello stesso processo iniziato dall'attore principale, con eventuale condanna di quest'ultimo".

El mismo autor señala que este texto también es relevante con relación al tema de la estructura de la fórmula procesal, y es importante porque es incompatible con la teoría de la existencia de una única *intentio*, ya que si esto fuera así la *restitutio* concedida al pupilo necesariamente ha de afectar a la totalidad del proceso y por lo tanto también ha de afectar al tutor.

Por el contrario, Celso afirma que dicha restitución no afecta a la acción que el tutor ejercita contra el pupilo, lo cual es una evidencia de la autonomía

que aún dentro del mismo proceso mantiene la *actio contraria* con relación a la *actio directa*.⁵⁷⁶

Nuestro parecer es que, probablemente, lo más lógico sea pensar que la misma acción pueda utilizarse en ambos sentidos, y que el término *contraria* haga referencia al sentido en que se utiliza dicha acción. Es decir, en aquellos negocios en los que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes, aunque efectivamente las que se refieren a una de ellas sean más frecuentes, es lógico que se procure la protección de ambas partes. Estamos de acuerdo en que, en estos casos, cuando se constituyen estos negocios, normalmente lo que se persigue es que surja una obligación concreta para una de las partes con relación a la otra, pero ello no quiere decir que no puedan surgir ciertas obligaciones eventuales con relación a la otra parte. Es claro que también se ha de procurar algún medio procesal que permita exigir el cumplimiento de dichas obligaciones. En este tipo de relaciones, lo más sencillo y lógico, e incluso nos atreveríamos a decir práctico, es que se utilice la misma acción pero en sentido contrario al original, simplemente cambiando el orden de los nombres de demandado y demandante en la correspondiente fórmula procesal. Con ello, tenemos protegidos los derechos de las dos partes que intervienen en el negocio. Por lo tanto, estamos de acuerdo con la teoría según la cual, cuando se habla de *actio contraria*, se habla de la misma fórmula

⁵⁷⁶ PROVERA, *Contributi alla...cit.*, p.39.

procesal que se utiliza en la llamada *actio directa*, pero con el correspondiente cambio de nombres que posibilita que pueda utilizarse en sentido contrario.

En cuanto a la comparación de los casos de, por un lado, la compraventa, la sociedad y el arrendamiento, y por otro, el mandato y la gestión de negocios, pensamos que es lógico el argumento de la distinción de contratos bilaterales perfectos e imperfectos, como explicación de la existencia de dos acciones con nombre distinto en el primer supuesto, mientras que en el segundo sólo existe una acción que puede utilizarse por ambas partes.

En el primer grupo de contratos, ambas partes tienen desde el perfeccionamiento del contrato determinadas obligaciones para con la otra parte, se trata de obligaciones que se encuentran en un plano de igualdad, por lo que es lógico que desde la creación de dichas instituciones ya se cuente con la existencia de la correspondiente acción para cada una de las partes, y además con nombres distintos. Sin embargo, como veremos inmediatamente para el caso concreto del mandato, en el segundo grupo, cuando se utiliza cualquiera de estos dos negocios, en principio se hace persiguiendo el nacimiento de determinada obligación con relación a una de las partes, no a las dos, por lo que no parece necesario la creación de dos acciones distintas, una para cada parte. Ahora bien, aunque esto último sea lo normal, en la práctica nos encontramos con que muchas veces también surgen obligaciones sobre el mandante y el *dominus negotii*. Lo más sencillo y lógico es, en estos casos, utilizar la misma acción pero en sentido contrario.

No pensamos que, procesalmente, dicha acción se articulase en la misma fórmula procesal que la llamada *actio directa*, pues tal circunstancia necesariamente haría depender la protección de los derechos del mandatario y del gestor, del hecho de que se ejercite la acción directa, cuando sabemos que en la práctica puede ocurrir que surja la necesidad de utilizar la acción contraria y no la directa. Dicho problema se soluciona si se concibe la acción contraria como una acción *in ius*, de buena fe, igual a la directa, pero opuesta a ella en cuanto al sentido en que se utiliza. Todo ello con independencia de que se admita o no el origen justinianeo de la distinción terminológica entre *actio directa* y *actio contraria*.

III.4 - LA ACTIO MANDATI CONTRARIA COMO ACCION DE REGRESO.

Todo lo visto hasta ahora nos sirve de base para ocuparnos del estudio de la naturaleza o, más exactamente del origen de la *actio mandati contraria*.

Con relación al origen no clásico de la distinción entre *actio mandati directa* y *actio mandati contraria*, hay que señalar que la mayoría de la doctrina⁵⁷⁷ entiende que se trata de una creación compilatoria, y el principal argumento a favor de esta tesis es precisamente las pocas veces que aparece la expresión *actio mandati contraria* en las fuentes.

⁵⁷⁷ BIONDI, *iud. bon. fid...*cit., pp.62 y ss.; PROVERA en *Contributi alla...*cit., p.58 n.34 cita además a los siguientes autores: SIBER, *Beiträge zur Interpolationforschung* en SZ 45 (1925), p.168 n.2; FRESE, *Prok. und Neg...*cit., p.351; *Das Mandat in...*cit., pp.418 y ss.; p.158; DONATUTI, *La volontà del mandante*, en *Annali Perugia*, 39 (1927), pp.60 y ss.

Así puede verse que existen 70 textos en los que se hace referencia a la acción que puede ejercitar el mandatario simplemente como *actio mandati*, mientras que sólo existen ocho textos en los que se utiliza la palabra *contraria* o *contrarium*, textos estos últimos a los que vamos a hacer siquiera una breve referencia para ver que se trata de textos que han sido manipulados.

El primer texto que contiene el término *contrarium* es:

D. 17,1,12,7 (Ulp. 31 ad ed.)

*Contrario iudicio experiuntur qui mandatum susceperunt,
ut puta qui rerum vel rei unius procurationem susceperunt.*

En dicho texto se hace una afirmación de carácter general con relación a que los mandatarios pueden ejercitar la acción *contraria* y pone un ejemplo de mandatarios, y se cita a los que asumieron la representación en uno o varios asuntos. Es decir, se cita como ejemplo de mandatarios al *procurator omnium rerum* y al *procurator unius rei*.

Esta última frase del texto nos da claras muestras de la intervención de los compiladores, que puede verse en el hecho de entender que el *procurator* es un mandatario y en la distinción entre *procurator omnium rerum* y *procurator unius rei*⁵⁷⁸.

⁵⁷⁸ Sobre tal distinción puede verse la obra de SERRAO, *Il proc...* cit.

Biondi⁵⁷⁹ se plantea además la cuestión de que no es lógico que Ulpiano haga esta declaración general cuando ya se había ocupado de la *actio mandati* en textos precedentes (D. 17,1,10,11-13; D. 17,1,12, pr. - 5).

Por el contrario Arangio-Ruiz⁵⁸⁰ cree que dicha afirmación de carácter general es perfectamente comprensible en su actual ubicación si se tiene en cuenta que en los párrafos anteriores se estaba ocupando de una aplicación o una forma concreta de mandato, que es el mandato de garantía.

También aparece el término *contrario* en:

D. 17,1,12,9 (Ulp. 31 ad ed.)

Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de pretio recipiendo: sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio: aut si rem emptam nolis recipere: simili modo et si quid aliud mandaveris et in id sumptum fecero. nec tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequar. usuras autem non tantum ex mora esse admittendas, verum iudicem aestimare debere, si exegit a debitore suo quis et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur, aequissimum enim erit rationem eius rei haberi: aut si ipse mutuatus gravibus usuris solvit. sed et si reum usuris non relevavit,

⁵⁷⁹ *Iud. bon. fid...*cit., p.68.

⁵⁸⁰ *Il mandato in...*cit., p.99 n.1, donde señala que no es relevante en cuanto al tema del que nos estamos ocupando, la cuestión sobre la claridad de la distinción entre *procuratori omnium rerum*, y *rei unius*.

ipsi autem et usurae absunt, vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus faenus accepit, ut fidem suam liberaret, non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. et totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur.

En este caso, el texto se refiere al supuesto de que el mandatario compra lo que le ha encargado el mandante pero lo hace con dinero suyo, y se afirma que tal mandatario puede utilizar la *actio mandati contraria*.

A continuación se introducen una serie de situaciones que tienen que ver con el pago y a las que se hace extensiva la posibilidad de utilizar la *actio mandati contraria*. Llama la atención, a primera vista, el hecho de que la expresión *contraria mandati actio* sólo aparezca una vez en el texto, prácticamente al comienzo de éste, y que al final del mismo se utilice la expresión *mandati iudicio* sin ningún otro tipo de calificativo.

Esta circunstancia da un claro indicio de que el texto ha sido manipulado, y en ello están de acuerdo la mayoría de autores, si bien la explicación de dicha conclusión no es siempre la misma.

Para Provera⁵⁸¹ es inconcebible que un jurista como Ulpiano, en un mismo texto, utilice esta variada terminología para hacer referencia a la misma acción.

⁵⁸¹ *Contributi alla...cit.*, p.61.

Por su parte, Arangio-Ruiz⁵⁸² entiende que, probablemente, aquí los compiladores simplemente lo que han hecho es incluir el término *contrario* como consecuencia de haberlo visto utilizado en el precedente párrafo 7.

La misma crítica que pone de relieve Provera ya fue expresada por Biondi⁵⁸³, quien afirma que la frase *sed et-actio*, es una interpolación y lo mismo hay que concluir respecto al *contrario iudicio* del precedente párrafo 8, donde nuestro autor cree que probablemente aquí los compiladores sustituyeron la palabra *mandati* por *contrario*.

Dicho término todavía lo podemos encontrar en otros dos textos del Digesto, uno de Gayo y uno de Ulpiano:

D. 3,3,46,5 (Gai 3 ad ed. prov.)

Item contra quod ob rem iudicatam procurator solverit, contrario mandati iudicio recipere debet: poenam autem, quam ex suo delicto praestitit, recipere non debet.

D. 6,2,14 (Ulp. 16 ad ed.)

Papinianus libro sexto quaestionum scribit: si quis prohibuit vel denunciavit ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilo minus tradiderit, emptorem tuebitur praetor, sive

⁵⁸² *Il mandato in...cit.*, p.99.

⁵⁸³ *Iud. bon. fid...cit.*, p.70.

possideat sive petat rem. Sed quod iudicio empti procurator emptori praestiterit, contrario iudicio mandati consequetur: potest enim fieri, ut emptori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere, veluti: si non auctor meus voluntate tua vendidit.

En ambos casos se habla de la utilización de la *actio mandati contraria* por el *procurator*. Está generalmente admitido que en ambos textos es claro que la utilización de dicho término es obra de los compiladores⁵⁸⁴.

El que, además de ésta, se sospeche de la existencia de más manipulaciones en ambos textos está en función de que se admita o no la clasicidad del *procurator unius rei* y de la posibilidad de que el *procurator* se dirija contra su *dominus* utilizando la *actio mandati*.

Así Frese⁵⁸⁵ utiliza el origen compilatorio de estos términos en los textos como argumento a favor de su teoría según la cual en derecho clásico el *procurator* podía dirigirse contra su *dominus* no a través de la *actio mandati*, sino a través del *iudicium contrarium negotiorum gestorum*⁵⁸⁶.

Sin embargo, a este respecto Provera⁵⁸⁷ señala que hoy en día la citada tesis de Frese está superada tanto en cuanto a la inexistencia del *procurator*

⁵⁸⁴ BIONDI, *Iud. bon. fid...*cit., p.71; PROVERA, *Contributi alla...*cit., pp.61 y 62.

⁵⁸⁵ *Das mandat in...*cit., pp.422 y ss.

⁵⁸⁶ En el mismo sentido se pronuncia SERRAO, *Il proc...*cit., p.151 y p.165.

⁵⁸⁷ *Contributi alla...*cit., p.62.

unius rei, ya que parece seguro que al menos el *procurator ad litem* tiene origen clásico, como en lo que se refiere a la inaplicabilidad de la *actio mandati* en la relación entre *dominus* y *procurator*⁵⁸⁸.

Volviendo a los textos en los que podemos encontrar mención a la *actio mandati contraria*, hay que hacer referencia a dos constituciones:

C. 2,18(19),14 (a.234)

Si mandatum solius mariti secutus tam ipsius quam uxoris eius negotia gessisti, tam tibi quam mulieri invicem negotiorum gestorum competit actio. Ipsi sane qui mandavit, adversus te mandati actio est; sed et tibi adversus eum contraria, si quid forte supererogasti.

C. 4,35,4 (a.238)

Etiam si contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas apellationis procuratorem constituerunt, si tamen nihil culpa tua factum est, sumtus, quos in lite probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes.

También en estos dos casos se entiende que la mención a la *actio mandati contraria* es obra de los compiladores⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...cit.*, p.8 y ss.; BURDESE, *Sull'autorizzazione ad alienare in diritto romano*. Torino (1950), pp.37 y ss.

⁵⁸⁹ BIONDI, *Iud. bon.fid...cit.*, p.71; ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...cit.*, p.100; PROVERA, *Contributi alla...cit.*, p.63; PARTSCH, *Studien zur...cit.*, pp.19 y ss.; SOLAZZI, *Sulle gestione per conto d'altri* en RISG 66 (1921), pp.101 y ss.; BOSSOWSKI, *Ancora sulla...cit.*, p.18; SOLAZZI,

En el segundo caso también estamos ante un supuesto de *procura* y ya esto nos puede hacer sospechar de la genuidad del citado término⁵⁹⁰.

Visto esto, podemos ver que claramente los juristas romanos clásicos no podían haber utilizado la expresión *actio mandati contraria* en ningún caso. Ahora bien, siendo este origen compilatorio claro para la doctrina, es, por el contrario, más discutido el tema de cómo podía dirigirse el mandatario contra el mandante.

En la doctrina se han barajado varias posibilidades en relación a este tema, una primera postura sería la de entender que la *actio mandati* era una única acción, con una única fórmula *in ius* con una doble *intentio* bilateral que permite que la acción se pueda utilizar en ambas direcciones⁵⁹¹.

Sin embargo, y aún partiendo de la misma idea sobre el efectivo origen compilatorio de la *actio mandati contraria*, no es pacífica la aceptación de la existencia de esta fórmula única con doble *intentio*, sino que también se ha propuesto la teoría de la existencia de dos *actiones mandati* con una *demonstratio* igual⁵⁹².

*Il proc...*cit., p.47 n.89. Entre las interpolaciones propuestas cabe resaltar la de la utilización del término *contraria* sin que vaya acompañado de *actio* el *forte supererogare*.

⁵⁹⁰ PROVERA, *Contributi alla...*cit., p.62 y p.63., pone de relieve que el tema de la *procura* ha sido objeto de una reelaboración justiniana de gran importancia.

⁵⁹¹ BIONDI, *iud. bon. fid...*cit., pp.62 y ss.

⁵⁹² PROVERA, *Linee generali...*cit., pp.144 y ss., y *Contributi alla...*cit., p.58 n.35.

El principal argumento que Biondi señala como fundamento de su teoría está en el hecho de que en los textos gyanos se utiliza la expresión *actio mandati* tanto para referirse a la acción que puede ejercitar el mandante⁵⁹³, como para la que puede ejercitar el mandatario⁵⁹⁴ e incluso señala que en un mismo texto, Gai. 3,161, se hace referencia a ambas acciones, lo lógico sería que, si existían dos acciones distintas, al menos aquí sí se hubiera hecho referencia a ellas, lo cual no es así, sino que a ambas se las llama *actio mandati*.

Lo mismo ocurre en las *Pauli Sententiae* 2,15, 2 y 3, donde se utiliza la expresión *actio mandati* para referirse a cualquiera de las dos acciones, y también en numerosos textos de la compilación justiniana⁵⁹⁵.

E incluso el mismo autor señala la existencia de textos en los que expresamente se afirma que la acción que nace del mandato es única y utilizable tanto por el mandante como por el mandatario.⁵⁹⁶

⁵⁹³ Gai. 3,11; 3,117; 3,161.

⁵⁹⁴ Gai. 3,127; 3,156; 3,160; 3,161.

⁵⁹⁵ BIONDI, *Iud. bon. fid...*cit., p.62 n.1: I. 3,20,6; I. 3,26,8 y 10; D.17,1,51 (*Iav. 9 ex Cas.*); D.17,1,33 (*Iul. 4 ex Min.*); D. 46,1,13 (*Iul. 14 dig.*); D.17,1,50, pr. (*Cels. 38 dig.*); D.17,1,37 (*Afr. 8 quaest.*); D.17,1,41 (*Gai. 3 ad ed. prov.*); D. 17,1,49 (*Marcellus 6 dig.*); D.17,1,38,pr. (*Marcellus lib. sing. Resp.*); D.17,1,47,1 (*Pomp. 3 ex Plaut.*); D. 17,1,60,1 (*Scaev. 1 resp.*); D.17,1,56,1, y 4 (*Pap.3 resp.*); D.17,20,1 (*Paul. 11 ad Sab.*); D.17,1,46 (*Paul. 74 ed.*); D.17,1,45,3, y 5 (*Paul. 5 Plaut.*); D.17,1,58,pr. y 1 (*Paul. 4 quaest.*); D.17,1,21 (*Ulp. 47 Sab.*); D.17,1,29,pr.,1,2,3,6 (*Ulp. 7 disp.*); D.17,1,3,2 (*Paul. 32 ad ed.*); D.17,1,22,pr.y 1,2,4,6,8 (*Paul. 32 ad ed.*); D.17,1, 26, 3,4,7 (*Paul. 32 ad ed.*); D. 17,1,6,2 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.17,1,8,8 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.17,1,10, 11,12,13 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.17,1,12,pr., D.1,3,4,5 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.17,1,12, 9,11,17 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.17,1,14,pr.,1(*Ulp. 31 ad ed.*); D.17,1,16 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.17,1,27,pr., 3,5 (*Gai. 9 ad ed. prov.*); C. 4,35,1 Sev.et Ant.; C. 4,35,2 Ant.; C.4,35,6 y 7 Gord.; C.4,35,8 Val. Et Gall.; C.4,35,10 Diocl.

Y especialmente se refiere al ya citado Gai. 3,155, donde Biondi cree ver parafraseado el contenido de la *intentio* doble de la *actio mandati*: "...*contrahitur mandati obligatio et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*".

Y ve también un apoyo a su teoría en:

Cic., Top. 17,66

quid eum qui mandasset eumve cui mandatum est.

Alterum alteri praestare oportet.

Otro argumento señalado por Biondi es la unidad en el tratamiento de Paulo y de Ulpiano en lo referente a la *actio mandati*⁵⁹⁷.

Paulo trata de la *actio mandati* en el libro 32 de su comentario al edicto, y de dicho libro encontramos fragmentos en varios textos de la Compilación justiniana⁵⁹⁸, textos que comienzan con los conceptos generales (fr. 1) y la declaración de que el mandato *utrumque actio nascitur* (fr. 3,1), de modo que los textos que siguen simplemente confirman esta afirmación, puesto que no se hace un tratamiento separado de la pretensión del mandante y la

⁵⁹⁶ D. 17,1,3,1 (*Paul 32 ad ed.*):...*utrumque actio nascitur*; D. 17,1,22,4 (*Paul. 32 ad ed.*):...*obligatur mandati actione et obligat*; D. 17,1,34,1 (*Afr. 8 quaest.*):...*mandati actio est inter nos...*; D. 17,1,36,3 (*lav. 8 ex Cassio*):...*habebimus sine dubio invicem mandati actionem*.

⁵⁹⁷ *Iud. bon. fid...*cit., pp.63 y ss.

⁵⁹⁸ D. 17,1,26, fragmentos, 1,3,5,9, y D. 17, 1, 26, 22.

del mandatario⁵⁹⁹, lo cual sería impensable si Paulo estuviese hablando de dos fórmulas distintas.

En cuanto al tratamiento que del tema hace Ulpiano, según señala el propio Biondi, a primera vista parece que se está refiriendo a la existencia de dos acciones distintas, de manera que primero se habría ocupado de la acción correspondiente al mandante (fr. 6,8,10 pr. y 1-10).

Sin embargo nuestro autor afirma que tal conclusión es errónea, ya que si se admite, en los fragmentos 6 y 8 es donde se trataría el tema de la acción que ejercita el mandante, sería la *sedes materiae*, pero, por el contrario, de tal acción tratan también los párrafos 1,4,5,6 del fr.6 y pr. y párrafos 7,9,10 del fr. 8, y en el párrafo 8 del mismo fragmento se ocupa de la acción del mandatario. Y tampoco se puede afirmar que la *sede materiae* de la pretensión del mandatario está en los fragmentos 12,14 y 16, puesto que en el párrafo 16 del fragmento 12 se vuelve a hablar de la acción del mandante y de ambas pretensiones se habla en párrafo 17 del fragmento 12.

Así pues, concluye Biondi que también Ulpiano hace un tratamiento indistinto de las pretensiones de las dos partes, y lo mismo puede afirmarse para el tratamiento que hace Gayo en el fr.27.

⁵⁹⁹ BIONDI, *lud. bon. fid...*cit., p.64 presenta el siguiente esquema: fr. 2 &2: pretensión del mandatario, fr. 5 && 1-5, fr. 9: pretensión del mandatario, fr. 22 pr. & 1-2: pretensión del mandatario, fr. 22 & 3-5: pretensión de ambas partes, fr. 22 & 6-7: pretensión del mandante, fr. 22 & 8: pretensión del mandatario, fr. 22 & 9-11; fr. 26 pr.: pretensión del mandante, fr. 26 & 1-7: pretensión del mandatario, fr. 26 & 8: pretensión del mandante.

Un tercer argumento que alega Biondi está en el hecho de que la infamia afectaba al mandante, mientras que en el caso del depósito, donde sí hay una acción directa y una contraria, esta última no era infamante⁶⁰⁰.

A este tema se refiere:

D. 3,2,6,5 (Ulp. 6 ad ed.)

“Mandati condemnatus”: verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem quam, adversarius secutus est, non praestat, ut puta fideiussi pro te et solvi: mandati te si condemnavero, famosum facio.

En este texto se nos dice que el Edicto establece que la infamia afectará tanto al mandatario como al mandante condenado, y se pone el ejemplo de aquel garante que ha pagado por el deudor principal, de modo que si este último resulta condenado por la acción de mandato, será infame.

Biondi salva la genuidad del texto, admitiendo la interpolación sólo de *notatur* y el ejemplo *ut puta...facio*, aunque admite la posibilidad de que, tal y como sugiere la *Tab. Heracl. lin.115*, nuestro texto contemplase el caso de aquel *pro quo datum depensum est erit*⁶⁰¹ y, en consecuencia, Ulpiano

⁶⁰⁰ *lud. bon. fid...cit.*, p.65.

⁶⁰¹ Así lo hace LENEL, *EP*³, p.79.

debería hacer referencia a la *actio depensi* en lugar de al ejemplo de la *fideiussio*, pero no puede admitirse más crítica que ésta⁶⁰².

Para Biondi es inatacable el hecho de que también el mandante condenado era infame, y ello sólo podía ser así en el caso de que existiera una única fórmula procesal.

En cuanto a la contradicción con un texto de Juliano:

D. 3,2,1 (Iul. 1 <dig.>)

*...qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non
contrario iudicio damnatus erit:...*

texto en el que se enumeran supuestos en los que procede la infamia, y entre ellos se habla del caso de la sociedad, la tutela, el mandato y el depósito, si bien en este último caso se hace la precisión de que no habrá infamia cuando se condene por la acción contraria .

Biondi entiende que la expresión *non contrario iudicio* se refería sólo al depósito y no a las acciones que se mencionan antes, con lo cual no existe ninguna contradicción entre ambos textos y por tanto no tiene ningún sentido hablar de interpolación⁶⁰³.

⁶⁰² BIONDI, en *Iud. bon. fid...*cit., p.66, señala que sólo partiendo del falso presupuesto de la existencia de dos fórmulas procesales distintas puede dudarse de la autenticidad del texto, y en este mismo sentido, la contradicción que existe con I. 4,16,2 necesariamente ha de solucionarse decantándose por el origen no clásico de este último texto que afirma que todos los *iudicia contraria* y expresamente la *actio mandati* no son infamantes.

⁶⁰³ Como por el contrario hace ALIBRANDI, *Opere*, I, p.408, citado por BIONDI, *Iud. bon. fid...*cit., p.67 y seguido por LENEL, *EP*³, p.77. El mismo BIONDI también cita la postura de

Y en cuanto a la contradicción con un texto de Ulpiano:

D. 3,2,6,7 (Ulp. 6 ed.)

Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito.

nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui

fere iudicio solet dirimi

Biondi piensa que, probablemente, Ulpiano se refiere aquí a una cláusula edictal, de lo contrario no se entiende que hablara de una forma tan indeterminada de *contrarium iudicium*.

Por el contrario, Provera⁶⁰⁴, aunque está de acuerdo en que sólo existía una única fórmula para la *actio mandati*, piensa que Biondi está en un error al concluir la existencia de una *intentio* doble en dicha fórmula para explicar que pueda ser utilizada por ambas partes.

Provera afirma que la interpretación que Biondi hace de Gai. 3,155 es errónea, y no cree que dicho texto contenga la *intentio* de la fórmula de la citada *actio mandati* bilateral, sino que simplemente en dicho texto Gayo está haciendo referencia a la reciprocidad de las obligaciones que derivan del contrato de mandato, y en apoyo de esta teoría cita el contenido de:

PERNICE, quien en *Labeo...cit.*, p.223 entiende que el texto es genuino pero se refiere a todos los *iudicia* citados y no sólo al depósito.

⁶⁰⁴ *Linee generali...cit.*, pp.114 y ss. y *Contributi alla...cit.*, p.58 n.35.

Gai 3,137

Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.

En este texto, y a propósito de los contratos consensuales en general se utiliza la misma expresión para hacer referencia a la reciprocidad de las obligaciones que derivan de este tipo de contratos.

En cuanto al texto de Cicerón que Biondi cita como argumento, Provera hace la misma objeción que en el caso anterior, y es que en dicho texto Cicerón simplemente está afirmando la bilateralidad y no dice nada de la fórmula de la *actio mandati*.

Y, precisamente, en cuanto al argumento de la estructura de los comentarios edictales que no separan el tratamiento de cada una de las pretensiones, señala Provera, que ello es consecuencia precisamente de la identidad de la *demonstratio*, que permite que simplemente cambiando el nombre de las partes la misma acción pueda ser utilizada en las dos direcciones.

Incluso el mismo Provera señala que existen textos de cuyo contenido se deduce que no era posible la existencia de una única fórmula, pues en ellos se afirma la independencia funcional de las *actiones mandati*.

En tal sentido cita:

Gai. 3,161

Cum autem is cui recte mandaverim egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest inplesse eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille mecum agere non potest...

En este caso se está hablando de un supuesto de exceso de mandato y se discute sobre la posibilidad de que el mandante ejercite su acción contra el mandatario y viceversa. En el texto se concluye que el mandante puede dirigirse contra el mandatario y no al revés.

Del tenor de dicho texto se desprende claramente que se está hablando de dos acciones utilizables en dirección contraria la una a la otra, según afirma Provera. Ya que según éste, si Gayo hubiese querido decir que en dicha hipótesis de exceso en los límites del mandato, el mandatario pierde su derecho a dirigirse procesalmente contra el mandante, de modo que si estuviéramos ante una única fórmula bilateral, necesariamente las pretensiones de ambas partes se habrían tenido en cuenta en el juicio.

Para nuestro autor, la expresión utilizada por Gayo, al hablar separadamente de ambas acciones, sólo tiene sentido si se habla de acciones independientes pero con la misma *demonstratio*. Y en este mismo sentido cita aún otro texto de Gayo:

D. 17, 1,41 (Gai. 3 ed. prov.)

*Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari:
nam si is qui mandatum suscepit egressus fuerit
mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit, at
ei qui mandaverit adversus eum competit.*

En dicho texto Gayo afirma que la acción de mandato puede ser utilizada por una sola de las partes, en el caso del exceso en los límites del mandato por parte del mandatario, a éste último no le compete la acción contra el mandante, pero sí al revés.

Kreller⁶⁰⁵ ha interpretado dicho texto en el sentido de que el *iudicium contrarium mandati* podría haber sido utilizado en el mismo proceso relativo a la acción principal.

Por el contrario Provera entiende que éste no es el sentido correcto, ya que lo que Gayo quiere decir en el texto es que, en caso de violación de los límites del mandato, sólo puede utilizar la *actio mandati* el mandante⁶⁰⁶.

También Solazzi⁶⁰⁷ se muestra crítico con la teoría de Biondi sobre la fórmula única de la *actio mandati*, y lo hace tomando como fundamento el contenido de:

⁶⁰⁵ *Zum iudicium mand...cit.*, p.133.

⁶⁰⁶ *Contributo alla...cit.*, p.59 n.35.

⁶⁰⁷ *La compensazione in diritto romano*. Napoli (1927-1928), p.15.

Gai. 4,63

Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.

Señala dicho texto que la posibilidad de que el juez proceda a la compensación existe en todas las acciones de buena fe citadas por Gayo, sin que dicha fórmula contenga un precepto explícito *nec enim aperte formulae verbis praecipitur*.

Según afirma Solazzi, la afirmación contenida en dicho texto está en abierta contradicción con la teoría de Biondi sobre la existencia de dos grupos de acciones de buena fe, un primer grupo, formado por las acciones *pro socio, mandati, negotiorum gestorum*, que respondería al esquema *alterum alteri dare facere oportere ex fide bona*, y un segundo grupo, formado por las acciones *depositi, commodati*, que en el mismo procedimiento presentaban la fórmula principal y la del *iudicium contrarium*.

Si se admitiera tal teoría, continúa señalando el mismo Solazzi, tendría que admitirse que el juez habría sido obligado a llevar a cabo la compensación porque así vendría ordenado en la fórmula.

Solazzi⁶⁰⁸ señala que las fórmulas que cuentan con un *alterum alteri* suponen que la compensación deriva de la propia estructura bilateral de la fórmula, es decir, la *intentio* recíproca *quidquid alterum alteri dare facere oportet...* obliga al juez que tenga en consideración los créditos recíprocos de las partes y le quitaría cualquier libertad en tal sentido.

Lo mismo puede decirse del supuesto del *iudicium contrarium* donde las dos *intentiones* unificadas en la misma fórmula obligaría al juez a tener en cuenta el crédito y el contra-crédito, así que siempre estaría obligado a llevar a cabo la compensación.

Biondi⁶⁰⁹ intenta salvar dicho inconveniente afirmando que la libertad del juez que proclama Gai. 4,63 tenía un significado distinto según la diversa estructura de las fórmulas.

Así, con relación a las fórmulas que tienen un *alterum alteri* o un *iudicium contrarium*, la libertad que Gai. 4,63 afirma que tiene el juez para llevar a cabo o no la compensación quiere decir que el juez tiene la libertad de, estando ante dos *condemnationes* recíprocas distintas, dictar una sola condena con relación a una de las partes, después de haber practicado la compensación oportuna.

A dicha teoría Solazzi⁶¹⁰ hace dos críticas:

⁶⁰⁸ *La compen...cit.*, p.16.

⁶⁰⁹ *Iud. bon. fid...cit.*, p.21.

⁶¹⁰ *La compen...cit.*, p.16.

- en primer lugar señala que si la libertad del juez se reduce simplemente a la facultad de que las operaciones contables las haga el propio juez o las partes, no se entiende que, tratándose de un asunto de tan poca importancia, Gayo haya sentido la necesidad de referirse a él.

- en segundo lugar también señala que es arriesgado mantener que las acciones que contienen un *alterum alteri* o un *iudicium contrarium* no tienen una obligación expresa para que el juez proceda a la compensación, porque de dicho precepto explícito de juzgar el crédito y el contra-crédito se deriva fácilmente la oportunidad de las operaciones contables de compensación.

Finalmente Solazzi⁶¹¹ concluye que partiendo del contenido de Gai. 4,63 se ha de concluir que no puede admitirse la existencia de diferencia entre las acciones de buena fe, es decir, a igual fórmula, igual es el poder del juez, lo cual viene confirmado por las Instituciones justinianeas:

I. 4.6.30

*in bonae fidei autem iudicis libera potestas permitti,
videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori
restitui debeat.*

Y además el mismo autor cita dos textos que fundamentan su teoría, siendo el primero de ellos un texto de Ulpiano:

⁶¹¹ *La compen...cit.*, p.17.

D. 3,5,7,2 (Ulp. 10 ad ed.)

Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi: quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est.

Parece claro que la última parte del texto “*quod-est*” es una interpolación, así lo señalan tanto Biondi⁶¹² como Solazzi⁶¹³, este último señala cómo el *quod si..* enuncia una limitación incompatible con el precedente *quocumque modo*, señala también que el plural *pensationes* es lógicamente injustificado porque “ma era la compensazione da eseguire, anche se più fossero i controcrediti”, además de señalar que dicho plural es usado con bastante frecuencia por los compiladores; también sospecha de la clasicidad de la palabra *examinatio*, afirmando por otra parte que tendría que haberse dicho *opponi potest* y no *opponenda est*.

Sin embargo Biondi va más allá y entiende que también la palabra *contrario* es obra de los compiladores, y que en su lugar debería decirse *resciso priore*, puesto que como dicho autor parte de una única *intentio in ius negotiorum gestorum* y si se deducen en el juicio las pretensiones

⁶¹² *Iud. bon. fid...cit.*, p.78.

⁶¹³ *La compen...cit.*, p.18.

recíprocas de las partes, la acción no se puede volver a proponer sin rescindir el juicio precedente.

Solazzi⁶¹⁴, por su parte, señala que Biondi no ha tenido en cuenta el hecho de que si la fórmula de la *actio negotiorum gestorum* contiene un *alterum alteri*, el juez habría tenido la facultad de elegir o dictar una sola condena operando la compensación o dictar dos condenas distintas recíprocas, de modo que en ambas opciones resulta evidente la inutilidad de un nuevo juicio.

El mismo Solazzi señala ,además, que sólo existe la necesidad de recurrir a un juicio separado cuando en el primer juicio no se ha tenido en cuenta la compensación y ni siquiera se haya condenado a la otra parte al pago de la deuda.

Pero, continúa señalando el mismo Solazzi, que en la fórmula que contiene un *alterum alteri* esta doble condición no se puede dar nunca, pues el juez, si no hubiese hecho la compensación, habría debido condenar a las dos partes una frente a la otra.

Por todo ello, Solazzi concluye que nada puede hacer dudar de la originalidad del *contrario iudicio* del texto.

El otro texto al que se refiere Solazzi como apoyo a su teoría es:

⁶¹⁴ *La compen...cit.*, p.19.

D. 13,6,18,4 (Gai. 9 ad ed. prov.)

Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.

Biondi⁶¹⁵ sospecha de la clasicidad de la calificación de *recto* que se da al *iudicium commodati* contra el comodatario, y también de la frase *iure pensationis*, fundamentalmente por su colocación en el texto.

Solazzi señala que, para su razonamiento, le basta con fijarse en la expresión *iudex pensationis rationem non habet*. Sobre ella afirma que probablemente Gayo habría utilizado la palabra *compensationis* y que si se admite la teoría de Biondi según la cual en el mismo juicio se sustanciaban la fórmula principal del comodato y el *iudicium contrarium*, si el juez no hubiera hecho la compensación habría debido condenar al comodante a pagar el crédito reclamado por el comodatario y, por lo tanto, no habría sido necesario intentar separadamente la *contraria actio*.

Así, finalmente, Solazzi⁶¹⁶ concluye que estos dos textos prueban que la libertad del juez de tener o no en cuenta los créditos *ex eadem causa*

⁶¹⁵ *Iud. bon. fid...*cit., p.153 y p.200.

opuestos en compensación era plena⁶¹⁷ y no sufría limitaciones en ninguna de las acciones de buena fe, de lo cual se puede deducir que todas debían tener la misma fórmula.

III.5 - EL REGRESO A TRAVES DE UNA ESPECIAL ACTIO MANDATI IN FACTUM.

Una de las cuestiones que nos parecen más interesantes en cuanto a la relación entre el contrato de mandato y la fianza, es precisamente la utilización de la *actio mandati* como acción de regreso que tiene el garante que ha pagado contra el deudor principal.

Hemos visto en el presente trabajo cómo se crea en primer lugar la *actio depensi*, para regular dicho supuesto, y también hemos visto que dicha acción es una acción que conlleva aparejados determinados problemas que van a hacer que, en la práctica, surja la necesidad de utilizar una acción más flexible.

Es esta necesidad práctica lo que va a llevar a la utilización de la acción de mandato con tal finalidad.

⁶¹⁶ *La compen...*cit. p.21.

⁶¹⁷ El mismo autor, también en la p.21 precisa que la libertad del juez para realizar la compensación o no, no debe entenderse como absoluta pues el mismo Gayo afirma: *officio eius contineri creditur*. Por tanto hay que tener en cuenta que hacer la compensaciónes un *officium*, es decir un deber del juez.

Ahora bien, Lenel⁶¹⁸ entiende que no puede pensarse que dicha acción fuera la normal *actio mandati contraria*, sino que se creó una acción especial para el supuesto del que nos estamos ocupando, es decir, para garantizar el regreso del fiador que ha pagado por el deudor garantizado.

Señala que dicha acción era una acción *in factum* y que fue incluida en el edicto en la rúbrica *Mandati Dig. 17,1*.

Los argumentos en los que se basa para llegar a tal conclusión son los siguientes:

- el primero, es la estructura del comentario de Ulpiano al edicto en los textos que se ocupan de dicha cuestión,
- el segundo, es la referencia al *pecuniam abesse* que aparece en dos textos que se ocupan del regreso del garante contra el deudor principal (D.17,1,26,2 y D.17,1,47 pr.).

Parece ser que los autores que admiten la existencia en el edicto de una acción especial que garantice el regreso del garante que ha pagado frente al deudor principal, ven su fundamento en la especial relación de confianza que existe entre deudor principal y garante.

Sokolowski⁶¹⁹ señala que dicha especial relación determinará que en tal acción se hable de *fidem praestare*, tal y como aparece en D.3,2,6,5 (*Ulp. 6 ed.*)⁶²⁰.

⁶¹⁸ *EP*³, pp. 296 y 297.

⁶¹⁹ *Die Mandatsbürg...*cit., pp. 93 y 94.

El mismo autor, también cita otro texto como ejemplo de la especial relación de confianza existente entre deudor principal y garante:

D. 17,1,33 (lul. 4 ex Min.)

Rogatus ut fideiuberet si in minorem summam se obligavit, recte tenetur: si in maiorem, Iulianus verius putat quod a plerisque responsum est eum, qui maiorem summam quam rogatus erat fideiussisset, hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus esset, quia id fecisset, quod mandatum ei est:...

En este texto, se trata primero del supuesto en que se pide a alguien que salga fiador por una cantidad, y éste se obliga por una cantidad menor. En dicho caso, se nos dice en el texto que dicho fiador se ha obligado válidamente. Una vez dicho esto, se pasa a examinar un segundo supuesto que es el del fiador que se obliga en cantidad mayor. En este caso, Juliano opina que dicho fiador podrá dirigirse contra el deudor principal con la acción del mandato siempre que se le hubiera pedido que saliera fiador por él.

Es decir que se condiciona la posibilidad de utilizar dicha acción a la circunstancia de que el deudor principal haya pedido a dicha persona que salga fiador por él, lo cual supone la existencia de una relación de mandato, ya que dicho fiador sólo estaría haciendo lo que se le mandó.

⁶²⁰ Texto del que nos ocuparemos más profundamente al hablar sobre la posibilidad de que el mandante condenado resulte o no infame.

Ahora bien, del texto se desprende que dicha acción de mandato sólo podrá utilizarse hasta el límite de la cantidad por la que el deudor principal rogó al fiador que garantizase, pues también el primero sólo puede exigir al segundo fidelidad hasta el límite de dicha cantidad.

Kaser⁶²¹, también hace referencia a esta especial relación de confianza existente entre deudor principal y garante, como fundamento para la aparición de esta acción especial, añadiendo además que es también dicha especial relación lo que determina que a través del ejercicio de esta especial acción el mandante condenado resulte infame, al igual que el mandatario condenado tras ejercitar la normal *actio mandati directa in ius*.

Según señala Kaser, hay que tener en cuenta que el fiador actúa como tal por fidelidad al deudor principal al que garantiza, por lo que la misma fidelidad es exigible al propio deudor en el momento en que ha de hacer frente a la cantidad que el fiador ha pagado por él.

Respecto al primero de dichos argumentos, Lenel señala que en el comentario de Ulpiano puede observarse que cuando está hablando de la *actio mandati* se ocupa también del supuesto específico del regreso de *fideiussores* y *mandatores* (D.17,1,10,y 11 - fin., D.17,1,12 pr. - 6), para inmediatamente después pasar a ocuparse del tema del *contrarium iudicium* (D. 17,1,12,7...).

⁶²¹ *Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenregress*, en SZ 100 (1983), pp. 129 y 130.

A Lenel le llama la atención precisamente el hecho de que separando los textos que hablan de la *actio mandati directa* y los que hablan de la *contraria*, existan unos textos que se ocupan de un supuesto concreto, el del regreso.

Para dicho autor, este tratamiento separado dentro de la rúbrica *mandati Dig. 17,1* es un argumento a favor del tratamiento independiente de dicha *actio mandati* en el edicto del pretor⁶²².

Nos parece interesante en este punto hacer referencia a Geib⁶²³, quien admite la validez de la teoría formulada por Lenel, pero señala que la primera referencia a la especial *actio in factum* la encontramos en un texto de Escévola⁶²⁴ y que luego aparece también en textos de Ulpiano y Paulo⁶²⁵, señalando que en todos estos textos se hace referencia a la utilización de la *actio mandati* como acción de regreso del fiador frente al deudor principal garantizado, pero tal y como señala Geib: "keineswegs mit der gewöhnlichen *actio mandati contraria*".

Volviendo a Lenel, éste pone de manifiesto que si Ulpiano habla primero de la acción directa para luego hacerlo de la *contraria*, no tiene

⁶²² SOKOLOWSKI, *Die Mandatsbürg...*cit.,p.94.

⁶²³ *Zur Dogmatik...*cit., p.158.

⁶²⁴ D. 17,1,60,1 (*Scaev. 6 dig.*).

⁶²⁵ D. 50,17,60 (*Ulp. 10 disput.*); D. 17,1,6,2 (*Ulp. 31 ad ed.*); D. 17,1,18 (*Ulp. 40 Sab.*);

D. 17,1,58,1 (*Paul. 4 quaest.*).

sentido que primero se hable del caso concreto del regreso y luego se continúe con un texto de cuyo tenor puede desprenderse que con él se está dando inicio al tratamiento de una nueva cuestión, precisamente la relativa al *contrarium iudicium*, D. 17,1,12,7 (Ulp. 31 ad ed.)

En este texto se enuncia con carácter general quiénes pueden ejercitar el *contrarium iudicium*, afirmándose que pueden hacerlo aquellos que aceptan un mandato, es decir los mandatarios.

Conflictivo es el tema de la referencia al *procurator omnium rerum* y al *procurator unius rei*, puesto que, ya hemos señalado en la parte del presente trabajo que hemos dedicado a la figura del contrato de mandato la existencia de dudas en la doctrina sobre la claridad de dicha distinción.

También Biondi⁶²⁶ hace la misma observación al respecto, es decir, se cuestiona que Ulpiano, después de haber estado tratando en los textos anteriores de la acción del mandatario, ¿cómo es que ahora siente la necesidad de hacer esta declaración de carácter general?.

Pero, aunque se plantea la misma cuestión que Lenel, no cree que la solución dada por éste sea la correcta⁶²⁷.

Por el contrario Biondi piensa que Lenel no tiene suficiente base positiva para formular la teoría de la existencia de una especial *actio in factum*, y que dicha teoría contrasta con la estructura del propio comentario de Ulpiano.

⁶²⁶ *Iud. bon. fid...*cit., p.68.

⁶²⁷ *Iud. bon. fid...*cit., pp.69 y 70.

Biondi se fija para llegar a tal conclusión en dos textos:

D. 17,1,14 pr. (Ulp. 31 ad ed.)

Heredem fideiussoris, si solverit, habere mandati actionem dubium non est. sed si vendiderit hereditatem et emptor solverit, an habeat mandati actionem, quaeritur. et Iulianus libro tertio decimo scribit idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur iudicio ex empto, ut praestet actiones suas, idcircoque competere ex empto actionem, quia potest praestare.

En dicho texto Ulpiano nos dice que el heredero del fiador tiene sin duda la acción del mandato, planteando a continuación la cuestión de si el heredero también tendría la acción cuando el comprador de la herencia pagó la deuda. Ulpiano acepta la opinión de Juliano, según la cual el heredero puede utilizar la *actio mandati contraria* contra el deudor principal, ya que él está expuesto a la *actio empti* del comprador⁶²⁸

Biondi señala que si hubiera existido la citada acción especial *in factum* indudablemente aquí se tendría que haber hecho mención a ella .

⁶²⁸ Sobre la genuinidad del texto, BORTOLUCCI, *Studi critici e giuridici sul Digesto*, en *BIDR* 20 (1908), p.24; LEVY, *Sponsio...*cit., p.204, n.2 y BESELER, en *Miscell...*II, cit., p.256, quienes están de acuerdo en tener por interpoladas las palabras: *idcircoque competere ex empto actionem quia potest praestare*. DONATUTI, *L'actio mand...*cit., pp.335 y ss. señala la existencia de un círculo vicioso en el texto: "ha l'actio mandati perchè deve cederla e deve cederla perchè l'ha", que implica que el *fideiussor* puede utilizar la *actio mandati* incluso cuando el pago, que ha sido realizado por otro, no produce ningún sacrificio en su patrimonio.

En el mismo sentido se pronuncia Giménez-Candela⁶²⁹, quien señala que la expresión *praestare* significa que el vendedor puede ceder su acción al comprador, con lo cual ésta puede utilizarse como acción de regreso contra el deudor principal.

Estamos pues ante un caso en el que nos encontramos con un comprador de la herencia que no tiene un medio específico para ejercitar el regreso, y ello se soluciona permitiendo que pueda utilizar en tal sentido la *actio mandati contraria* del heredero del *fideiussor*.

En este punto, la autora pone de manifiesto que este supuesto guarda algunas semejanzas con el *mandatum pecuniae credendae*.

Y la cuestión que se plantea, y que a nosotros nos parece interesante, es cuál es la razón determinante en estos casos de que se aplique la normal *actio mandati contraria in ius* y no una acción similar a la *actio mandati in factum* creada para el regreso del garante, ya que ambos casos presentan algunas analogías al caso del garante.

Y el otro texto al que Biondi hace referencia es :

D. 17,1,12,6 (Ulp. 31 ad ed.)

Si filio familias mandavero, ut pro me solveret et emancipatus solvat, verum est in factum actionem filio dandam, patrem autem post emancipationem solventem negotiorum gestorum actionem habere.

⁶²⁹ *Mandatum und Bürgenregress, en Mand. und Verw., p.178.*

Según dice este texto, cuando un *filius familias* acepta mi mandato de pagar a mi acreedor, le paga después de haber sido emancipado, se da una *actio in factum* contra mí.

Biondi señala que si Ulpiano afirma que en este caso se ha de utilizar una *actio in factum* porque en este supuesto concreto es inaplicable la normal *actio*, es de suponer que esta acción era *in ius*.

Es decir, se acude a una acción *in factum* porque la normal acción *in ius* no puede aplicarse en este caso concreto.

Y por último, el mismo autor manifiesta sus dudas respecto a que Ulpiano hubiese interrumpido su tratamiento sobre la fórmula *in ius* para ocuparse de una especial acción *in factum* del garante sin que ni siquiera se hubiese ocupado de las obligaciones del mandante.

Según Kreller⁶³⁰, la mención a una *actio in factum* a favor del *filius familias* que aparece en el texto es un indicio de la existencia de la especial acción *in factum* para el regreso.

Según este autor, aquí nos encontramos ante un supuesto que podía haberse solucionado concediendo el normal *iudicium mandati* o incluso una acción ficticia, y sin embargo se opta por conceder una *actio in factum*.

Kreller concluye que partiendo de la idea de que el regreso del garante fue concebido *in factum*, en este caso el texto es correcto, y quizás Ulpiano

⁶³⁰ *Zum iud. mand...cit.*, p.124.

toma esta decisión después de mencionar la opinión contraria, lo cual justificaría la utilización de la expresión *verum est*, de modo que el jurista lo que hace es tomar una decisión que proteja al hijo.

Con relación a este tema, Daube⁶³¹ señala que esta acción *in factum* a la que se hace referencia en este texto es la que los *fideiussores* tienen como acción de regreso, ya que dicho autor sigue la teoría de Lenel sobre dicha acción.

Por su parte Valiño⁶³² entiende que el hijo, en virtud de la emancipación, se convierte en ex-mandatario, de modo que la eventual ejecución de su obligación ya se ha hecho posible, y el problema es ver con qué acción se reclama. Según continúa este autor, dicha acción sería la *actio negotiorum gestorum*, ya que si en el texto original se hubiese hecho referencia a la *actio mandati*, los justinianeos no habrían eliminado dicha referencia, pues para ellos la *capitis deminutio* no extingue el contrato de mandato⁶³³.

Según explica Kreller⁶³⁴, probablemente los compiladores, que en otros textos han eliminado la expresión *in factum*, sin embargo no lo han hecho en

⁶³¹ *Utiliter agere*, en *IURA* 11 (1960), p.91.

⁶³² *Actiones Utiles*. Pamplona (1974), pp.415 y ss.

⁶³³ VALIÑO, en ult. op. cit., p. 416 n.15, señala que esta misma idea es recogida por SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* 2. Berlin (1840), pp. 136 y ss.

⁶³⁴ *Zum iud. mand...*cit., p.126 n.1.

este texto, quizás porque piensan que ello subraya la especialidad del caso, que se refiere a un supuesto de ignorancia de la emancipación.

Pero señala el mismo autor que podría pensarse que esto no es decisivo, puesto que algunos autores creen que existe una *actio mandati utilis* a favor del hijo de familia, es decir también como acción de regreso del garante:

D. 28,5,47 i. f. (Afr. 2 quaest.)

...si tamen, cum a filio familias rogaretur, amicus et adiritutum se hereditatem recepisset et restitutum patri familias facto, non absurde dici possit mandati actionem futuram: et eam actionem patre inutilem fore, quia non sit ex bona fide id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit: sed nec filio vulgarem competituram, verum utilem, sicuti dare placeret ei, qui, cum filius familias esset, pro aliquo fideiussisset ac pater familias factus solvisset.

Lenel⁶³⁵ está en contra de esta interpretación, y propone que quizá el tenor original del texto fuera: *et eam actionem patri inutilem fore,..[sed nec] filio [vulgarem competituram] verum utiliem, sicut [dare] <actionem in factum dari> placeret ei qui...solvisset.*

De modo que con dicha interpretación la decisión de Ulpiano y la de Juliano son iguales.

⁶³⁵ EP³, p.296.

El mismo Kreller también señala que en los *Basílicos* también encontramos la acción de regreso del garante como una *actio utilis*, tal y como sucede en *Bas. 14,1,12,6*, texto que se corresponde con el ya citado *D. 17,1,12,6*. Respecto a este caso, Daube⁶³⁶ señala que esta acción que en los *Basílicos* es calificada como *utilis* es la que se da contra el hijo, y se daría como útil como consecuencia de la *capitis deminutio*⁶³⁷.

Y por último el mismo Biondi también alega como argumento contra la teoría de Lenel sus dudas respecto a que Ulpiano hubiese interrumpido su tratamiento sobre la fórmula *in ius* para ocuparse de una especial acción *in factum* del garante sin que ni siquiera se hubiese ocupado de las obligaciones del mandante.

Biondi concluye que *D. 17,1,12,7 (Ulp. 31 ad ed.)* contiene una declaración de origen compilatorio dirigida a dar a la acción del mandatario una completa autonomía respecto a la acción del mandante, y pruebas de esta intervención justiniana son el incluir la figura del *procurator* en la figura general del mandatario y el reconocimiento de la figura del *procurator unius rei*.

⁶³⁶ *Utiliter...cit.*, pp.89 y ss.

⁶³⁷ Lo mismo señala con relación a *D. 17,1,61*. Respecto a dicho texto, DAUBE, *ult. op. cit.*, p.69, señala que la expresión *utiliter* no quiere hacerse referencia a la utilización de una *actio utilis*, sino simplemente a una acción que puede ejercitarse con éxito. La postura contraria la sostiene QUADRATO, *Ancora su utiliter agere*, en *Labeo 10* (1964), p.360 y ss., ya que precisamente ve en este texto una prueba de que el término *utiliter* puede hacer referencia a la concesión de una acción como útil. A ambas posturas hace referencia VALIÑO, *Act. ut...cit.*, p. 416, decantándose por la primera.

Bortolucci⁶³⁸, por su parte, piensa que si en el edicto se hubiera propuesto una *actio in factum* contraria para el regreso del *fideiussor*, dicha acción tendría un doble presupuesto, el hecho del pago, y la existencia del mandato de prestar fianza (*peto et mando tibi ut pro me apud Titium fideiubeas*), circunstancia esta última que le hace dudar de la existencia de una acción de este tipo en el edicto.

También critica la estructura del comentario de Ulpiano que propone Lenel: acción directa, acción especial de regreso, acción contraria; y la critica porque piensa que, dada la importancia de la materia, lo lógico sería que hubiese iniciado su comentario precisamente ocupándose de la acción contraria de regreso.

Junto a los ya citados Biondi y Donatuti, también Beseler⁶³⁹ duda de la clasicidad del contenido de D. 17,1,12,7 (*Ulp. 31 ad ed.*), y afirma además que el contenido de dicho texto es pieza clave para la teoría de la existencia de la *actio mandati in factum*, de modo que si se afirma que dicho texto es obra de los compiladores justinianeos es evidente que no puede sostenerse la teoría de la existencia de dicha acción.

Ahora bien, nos parece interesante señalar en cuanto a lo afirmado por Beseler que cuando se ocupa del texto en cuestión ya comienza su tratamiento afirmando que él no cree en la existencia de esta fórmula,

⁶³⁸ *BIDR* 28, p.253 n.1.

⁶³⁹ *Miscell...II*, cit., p.257.

refiriéndose a ella como supérflua, lo cual nos da a entender que quizás ya parta de una idea preconcebida, a lo cual nos lleva también el hecho de que simplifique, a nuestro entender de forma excesiva, y afirme que el único argumento en apoyo de esta teoría de la *actio in factum* está precisamente en el contenido de dicho texto, cosa que sabemos no es cierta, sólo hay que ver la argumentación de Lenel, que en ningún caso se reduce simplemente al contenido de dicho texto.

También nos resulta curioso que Beseler en su crítica se limite a decir que D.17,1,12,7 es un glosema, y que luego pase a señalar ciertas correcciones que a su entender han de hacerse en D.17,1,12,8⁶⁴⁰.

Otro autor que también se muestra escéptico en cuanto a la existencia de la especial *actio in factum concepta* es Arangio-Ruiz⁶⁴¹, quien también simplemente se limita a afirmar su incredulidad respecto al tema, sin que tampoco entre en el fondo del asunto.

Por su parte, Watson⁶⁴² mantiene una postura intermedia respecto al tema y enumera una serie de críticas que se suelen hacer a la teoría de Lenel sobre la especial *actio in factum* de regreso.

La primera crítica que suele hacerse es que no se entiende la necesidad de la creación de dicha acción especial, a lo cual Watson alega

⁶⁴⁰ <Apud> [Inde], Papinianu<m>[s].

⁶⁴¹ *Il mandato in...cit.*, p.89 n.1.

⁶⁴² *Contract of...cit.*, pp.84 y 85.

que quizás dicha especial *actio in factum* apareció antes que la *actio mandati*, y señala además que Lenel en ningún caso niega que el *fideiussor* pueda utilizar la *actio contraria in ius*⁶⁴³.

La segunda crítica es el hecho de que en los textos no se encuentra ningún ejemplo de esta *actio in factum*, y Watson señala que una posible explicación a tal circunstancia podría encontrarse en el hecho de que quizás esta acción especial haya quedado fuera de uso en la última etapa clásica, período éste del que datan la mayoría de los textos que se refieren al tema.

Y, por último, el tercer argumento que se cita contra la teoría de Lenel hace referencia al segundo argumento de los señalados por el mismo, y concretamente se le critica el que aproximadamente de las 125 situaciones que aparecen en D.17,1, unas 55 ó al menos la mitad se refieren a temas de garantía, por lo que no es nada raro que los dos únicos textos que se refieren a *pecuniam abesse* se refieran al garante.

Watson afirma finalmente que todas estas críticas pueden ser refutadas, pero tampoco se muestra totalmente convencido por los argumentos citados por Lenel, pero afirma que tampoco existe ninguna otra explicación satisfactoria.

⁶⁴³ Y en el mismo sentido se pronuncia SEGRÈ, *Studi sul...cit.*, p.269 n.1: "...Con questo concetto si accorda la larga applicazione del mandato a scopo di garanzia, ove il *iudicium contrarium* contro il *mandator* è la conseguenza più importante del negozio; questo *iudicium contrarium* seguiva certamente colla consueta formula *in ius*."

Hay que señalar que la mayoría de la doctrina⁶⁴⁴ admite la existencia de dicha acción especial, y que sólo unos pocos⁶⁴⁵ niegan la existencia de tal acción mientras que Watson, mantiene una postura intermedia.

A los argumentos esgrimidos por estos autores que no admiten la existencia de dicha acción especial, se refiere expresamente Donatuti, quien piensa que éstos no son suficientes, y sobre todo crítica el hecho de que no llegan a demostrar que la *absentia pecuniae*, que es el requisito para ejercitar la *actio mandati* del *adpromissor*, también sea requisito para ejercitar la *actio mandati* común.

Según continúa el mismo autor, dicho grupo de autores se olvida de que el sacrificio patrimonial, en el caso del mandatario, también puede consistir en una obligación, mientras que en el caso de la *actio mandati* del *adpromissor* el pago de éste al acreedor comporta siempre una pérdida efectiva de patrimonio.

Visto lo cual, continúa Donatuti, dichos autores sólo tienen dos opciones:

⁶⁴⁴ DONATUTI, *L'actio mand...cit.*, p. 262 n.1, donde cita: LENEL, *EP³*, p.295; SOKOLOWSKI, *Mandatsbürg...cit.*, p. 93 y ss.; GEIB, *Zur Dogmatik...cit.*, p. 158; SEGRÉ, *Sulle formule relative alla negotiorum gestio*, en *Studi Moriani*, II, p.269 n.1; LEVY, *Sponsio...cit.*, p. 79; PARTSCH, *Griech. Bürg...cit.*, p. 274; *Studien zur...cit.*, pp. 29 y 33; BETTI, *L'antitesi storica fra iudicare e damnare*, en *RISG* 56 (1915), p. 129. A estos autores podemos también añadir: KRELLER, *Kritische Digestenexegesen zur Frage des Drittschadenersatzes*. *SZ* (1948), pp. 63 y ss.; SCHWARZ, *Die Konträrklage...cit.*, pp. 174 y ss. y p. 212; FREZZA, *Le garanzie delle...I*, cit., pp. 161 y ss.; KASER, *Unmittelbare...cit.*, pp. 124 y ss.

⁶⁴⁵ DONATUTI, *L'actio mand...cit.*, p.262 n.2, donde cita: BIONDI, *Iud. bon. fid...cit.*, p. 69; BESELER, en *Miscell. II...cit.*, p. 257; BORTOLUCCI, en *BIDR* 27, p. 129; TALAMANCA, voz *fideiussio* en *Enciclopedia del Diritto*.

- o entender el concepto de *absentia pecuniae* en sentido *lato*, es decir, como sacrificio patrimonial que comprende también las obligaciones y por tanto, en este caso, deberán negar que el pago sea requisito normal de la *actio mandati* del *adpromissor*,
- o, tal y como hace Beseler, utilizar la expresión *absentia pecuniae* en un sentido restringido, de modo que ésta se entienda como pérdida efectiva de elementos patrimoniales, y como consecuencia, niega que para utilizar la *actio mandati contraria* normal sea suficiente, como sacrificio patrimonial, la obligación.

III.5.1- LA ESTRUCTURA DEL COMENTARIO DE ULPIANO AL EDICTO COMO PRIMER ARGUMENTO.

Al estudio en concreto del primer argumento esgrimido por Lenel, vamos a ocuparnos ahora de forma detenida, y dicho argumento es precisamente la peculiaridad de la estructura que presenta el comentario de Ulpiano sobre la *actio mandati*.

En tal sentido Lenel señala que dicho comentario se ocupa en primer lugar de la *actio mandati directa*, luego hace especial referencia al regreso de *fideiussores* y mandatarios y por último se ocupa de la *actio mandati contraria*.

Así, el tratamiento de la citada acción especial de regreso se encuentra en D. 17,1,10,10 y 11, D. 17,1,12, pr. - 6.

Y a dichos textos vamos a referirnos en concreto.

En ellos Ulpiano está hablando de la *actio mandati directa*, es decir, está haciendo referencia a supuestos en los que el mandante tiene que exigir o reclamar algo del mandatario, y se ocupa de este supuesto hasta que a partir de determinado momento ya comienza a ocuparse del supuesto contrario:

D. 17,1,10,11 (Ulp. 31 ad ed.)

*Fideiussores et mandatores et si sine iudicio solverint,
habent actionem mandati.*

Con este texto, según la teoría formulada por Lenel, daría comienzo el tratamiento de la especial *actio in factum* creada para regular el supuesto concreto del regreso.

En dicho texto efectivamente parece que se contiene una declaración de tipo general que da pie a pensar que efectivamente va a darse comienzo el estudio de un tema distinto al visto hasta este momento.

Vemos como en este texto se afirma con carácter general, sin que se refiera a ningún supuesto concreto, que entre fiadores y mandantes se da la acción de mandato, incluso cuando ya se hubiera pagado sin necesidad de juicio.

Y en los dos párrafos siguientes continúa ocupándose Ulpiano del regreso del *fideiussor* frente al mandante y en concreto de qué ocurre si existían excepciones que podían utilizarse y no se hizo así, y qué ocurre en caso de *acceptilatio* por parte del acreedor.

D. 17,1,10,12 (Ulp. 31 ad ed.)

Generaliter Iulianus ait, si fideiussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit, si quidem minus honestam, habere eum mandati actionem: quod si eam, qua reus uti potuit, si sciens id fecit, non habiturum mandati actionem, si modo habuit facultatem rei conveniendi desiderandique, ut ipse susciperet potius iudicium vel suo vel procuratio nomine.

En este caso Ulpiano cita a Juliano y señala que éste afirma que el fiador que no ha ejercitado una excepción que era propia suya y que no podía ser ejercitada por el deudor principal, tendría la acción de mandato.

Pero luego parte del supuesto contrario y afirma que si, por el contrario, se trata de una excepción que el deudor pudo usar y el fiador, aunque ahora se refiere a él como procurador, no la utilizó sabiéndolo, en este caso se dice que no tendrá la acción de mandato a no ser que el fiador no pudiera requerir al mandante para pedirle que asumiera él el juicio personalmente o por otro procurador.

D. 17,1,10,13 (Ulp. 31 ad ed.)

Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fideiussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem: multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor vel si eam liberationem legavit.

En este caso se parte de la suposición de que el acreedor hubiera hecho aceptación a un fiador con ánimo de hacer donación, y al respecto afirma Ulpiano que si el acreedor lo que quería con tal acto era remunerar al fiador, éste tendrá la acción de mandato, y con mayor razón si la citada aceptación se hizo por causa de muerte, o si legó dicha liberación.

Vemos cómo el comentario Ulpiano continúa y lo hace ocupándose de este mismo supuesto:

D. 17,1,12, pr. (Ulp. 31 ad ed.)

Si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando fideiussori remisit actionem, mandati eum non acturum.

Es decir, vemos como en el caso anterior se habla del supuesto de que el acreedor hubiera hecho aceptación a un fiador con ánimo de hacer donación, para con ello remunerarle, mientras que ahora se parte del hecho de que no existe dicha intención de remunerar, sino que se hace como

donación a favor del deudor principal, de modo que ahora se concluye que no tendrá el fiador la acción de mandato.

El tratamiento del tema continúa así:

D. 17,1,12,1 (Ulp. 31 ad ed.)

Marcellus autem fatetur, si quis donaturus fideiussori pro eo solverit creditori, habere fideiussorem mandati actionem.

En este caso Ulpiano cita la opinión de Marcelo, quien dice que en el caso de que alguien, queriendo hacer una donación al fiador, hubiera pagado por éste al acreedor, ha de entenderse que dicho fiador puede utilizar la *actio mandati* contra su deudor principal; es decir, aunque en realidad no es él quien ha hecho el pago, continúa siendo la persona que está legitimada para dirigirse en vía de regreso contra el deudor principal.

Ahora, en el texto siguiente, Marcelo introduce en el mismo supuesto una novedad, que es que el fiador fuese hijo de familia o esclavo, es decir una persona que está sometida a la *potestas* de otra:

D. 17,1,12,2 (Ulp. 31 ad ed.)

Plane, inquit, si filius familias vel servus fuit fideiussor et pro his solvero donaturus eis, mandati patrem vel dominum non acturos, hoc ideo, quia non patri donatum voluit.

En este caso se trata de que alguien, con ánimo de hacer donación, paga al acreedor en lugar del fiador. La particularidad del caso está en que dicho fiador es un hijo de familia o un esclavo.

Así el mismo Marcelo dice que en este caso ni el padre ni el dueño tendrán la acción de mandato, puesto que el que pagó no quiso hacer donación a ellos, sino al sometido.

Y del caso del esclavo se ocupa en el fragmento siguiente:

D. 17,1,12,3 (Ulp. 31 ad ed.)

Plane si servus fideiussor solverit, dominum mandati acturum idem Marcellus ibidem ait.

También en este caso se cita la opinión de Marcelo, quien afirma que quien paga al acreedor es el esclavo fiador, en este caso el dueño, podrá utilizar la *actio mandati* contra el deudor.

Una vez se ha ocupado del supuesto del esclavo fiador, pasa a ocuparse del hijo de familia fiador, y lo hace en los tres párrafos siguientes:

D. 17,1,12,4 (Ulp. 31 ad ed.)

Si filius familias no iussu patris fideiusserit, cessat mandati actio, si nihil sit in peculio: quod si iussu vel ex peculio solutum est, multo magis habet pater mandati.

Este supuesto se refiere a un hijo de familia que sale fiador sin contar con la autorización del padre.

Para ver si procede o no la utilización de la acción de mandato se distingue entre si había o no peculio, concluyéndose que en este último caso cesa la acción de mandato.

Pero también se hace referencia al supuesto de que el hijo de familia hubiese actuado contando con la autorización del padre, y en este caso, se dice que el padre tiene la acción de mandato, lo que también ocurriría si aún actuando sin contar con dicha autorización, el hijo hubiese pagado con dinero de su propio peculio.

Donatuti⁶⁴⁶ señala que esta última frase, "*quod si iussu-mandati*" es una glosa, y prueba de ello es la inutilidad de la observación que contiene y la errónea afirmación de que el *pater* tendría la *actio mandati* si hubiese dado su autorización al pago, ya, que, según continúa el mismo autor, esta autorización por si sólo no equivale a una ratificación de la *fideiussio*, lo cual quiere decir que dicho pago se puede repetir al igual que el hecho directamente por el *pater*, y en tales condiciones no puede utilizarse la *actio mandati*.

⁶⁴⁶ *L'actio mand...cit.*, p.298.

D. 17,1,12,5 (Ulp. 31 ad ed.)

Si filio familias mandavi, ut pro me solveret, patrem, sive ipse solverit sive filius ex peculio, mandati acturum Neratius ait, quod habet rationem: nihil enim mea interest, quis solvat.

Continuando con el tema del hijo de familia, aquí el supuesto es que alguien le manda que salga fiador, y dice Neracio que tanto si paga el hijo de familia con dinero de su peculio como si paga el padre, podrá el padre utilizar la acción de mandato contra el mandante deudor principal, afirmación ésta que asume el propio Ulpiano: *habet rationem*.

Y por último, D. 17,1,12,6 (*Ulp. 31 ad ed.*), texto del que ya nos hemos ocupado, y que se refiere al caso de que el mandatario, hijo de familia, paga al acreedor del mandante una vez ya ha sido emancipado.

Vemos pues como en estos diez textos del comentario de Ulpiano al edicto, efectivamente se hace referencia a la acción que puede o no ejercitar el *fideiussor* cuando ha pagado.

Así, puede verse cómo efectivamente en el primer texto, D.17,1,10,11, Ulpiano hace una especie de declaración de carácter general sobre la posibilidad de utilizar la acción de mandato entre mandantes y fiadores, lo cual parece indicar que a partir de dicho texto comienza a ocuparse de un tema distinto al tratado hasta el momento.

Hasta ese momento se estaba ocupando de la *actio mandati directa*, es decir, de la acción que el mandante puede utilizar contra el mandatario, bien para exigirle el cumplimiento del encargo, bien para exigirle responsabilidad por un mal cumplimiento del mismo.

Y a partir del párrafo 11 ya pasa a ocuparse de un supuesto distinto.

Hasta que Lenel formula su teoría, se había admitido que con dicho texto comenzaba el tratamiento del tema de la *actio mandati contraria*.

Pero a Lenel le resulta curioso que después de dicho párrafo 11 pase Ulpiano a ocuparse de un supuesto en concreto, el del fiador y el mandante, y comience en D. 17,1,12,7 a estudiar propiamente la *actio mandati contraria*, de modo que en dicho párrafo 7 afirma que los mandatarios ejercitan la acción contraria: *Contrario iudicio experiuntur qui mandatum susceperunt, ut puta qui rerum vel rei unius procuracionem susceperunt*⁶⁴⁷.

Así, en el grupo de textos del que nos estamos ocupando vemos como después de enunciar de forma general que entre fiadores y mandantes se da la acción de mandato, D. 17,1,10,11, pasa a tratar en los siguientes textos distintos supuestos en los que puede surgir la duda sobre si se concede o no la acción de mandato.

⁶⁴⁷ BIONDI, en *Iud. bon. fid...*cit., pp. 69 y 70 afirma que se trata de un texto interpolado, pero LENEL, en *EP*³, p.297 n.1 señala que dicha sospecha no está justificada.

Vemos pues que se cuestiona cuál es el efecto de la existencia o no y la utilización o no de excepciones (D. 17,1,10,12).

También se ocupa de los efectos de la aceptilación por parte del acreedor con intención de donar al fiador (D. 17,1,10,13); el caso de remisión de la acción al fiador con la intención de hacer donación al deudor principal (D. 17,1,12,pr.); para luego, tratar del supuesto de que alguien pague por el fiador al acreedor con la intención de hacer donación al primero, y luego en los dos párrafos siguientes (2 y 3) abundar sobre el mismo asunto pero partiendo de que el fiador es un hijo de familia o un esclavo.

Y finalmente, en los párrafos cuarto, quinto y sexto, se ocupa en concreto del caso del hijo de familia, en primer lugar en caso de que hubiese salido fiador sin contar con la autorización del padre, en segundo lugar se refiere a que no hay diferencia según pague el padre o el hijo de familia, en cuanto a que puedan ejercitar la acción de mandato, y, por último, trata del caso de que el hijo de familia-mandatario al que se ha pedido que salga fiador, paga una vez ya ha sido emancipado.

Frezza⁶⁴⁸ señala que el supuesto del párrafo 5 no es una *fideiussio*, pero afirma que del contenido de dicho texto se concluye que los principios que regulan el derecho de regreso del padre son los mismos que para la *fideiussio*.

⁶⁴⁸ *Le garanzie delle...I cit.*, p.167.

Y sobre el párrafo 6, es decir, en el caso de que el hijo de familia paga cuando ya está emancipado, ejercitará el regreso a través de un *actio in factum*, ya que no puede hacerlo a través de la *actio mandati*, pues ésta corresponde al padre y éste ya no puede ejercitarla tras la emancipación del hijo.

El mismo autor hace referencia al supuesto de la garantía que da el hijo por el padre, y a la que se refiere:

D. 46,1,10,2 (Ulp. 7 disp.)

Filius familias pro patre poterit fideiubere nec erit sine effectu haec fideiussio, primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id quod facere potest, dein quod, et dum in potestate manet, condemnari potest, sed an pater ex hac causa quod iussu teneatur, videamus: et puto ad omnes contractus quod iussu etiam referri. Sed si ignorante patre pro eo fideiusserit, cessat ista actio. Tamen quasi in rem patris versum sit, potest agi cum patre. Plane si emancipatus solverit, utilis eis actio debet competere: in potestate etiam manenti eadem actio competit, si de peculio castrensi pro patre solverit.

Al comienzo de dicho texto, se afirma que un hijo de familia puede ser fiador de su padre, y se pregunta luego si por esta causa el padre queda obligado con la acción *quod iussu*, y se dice que en el caso de que el *filius*

familias haya salido fiador del padre sin éste saberlo, no se da esta acción, pero podrá reclamarse contra el padre con la *actio in rem verso*⁶⁴⁹.

También en el mismo texto se trata el tema del regreso del hijo contra el padre, tema que ni siquiera existiría si no se parte del hecho de que el hijo está emancipado o de la existencia de un *peculium castrense* y de pago de la deuda garantizada con dinero proveniente de dicho peculio.

En ambos casos el hijo tiene una *actio utilis* contra el padre, que corresponde a la *actio in factum* contra un tercero, que habíamos encontrado en la hipótesis de pago que el hijo emancipado cumple en ejecución del mandato recibido de un tercero antes de la emancipación⁶⁵⁰.

De la lectura de dichos textos se concluye, pues, que efectivamente todos se refieren al mismo supuesto, y que además suponen una ruptura respecto al tema que se está tratando hasta ese momento y del que se tratará después.

Así lo ha admitido la mayoría de la doctrina, aunque no todos los autores que admiten y siguen la teoría formulada por Lenel tienen los mismos puntos de vista sobre la aparición de dicha acción especial e incluso sobre su propia naturaleza.

⁶⁴⁹ Con relación a este tema puede verse: TUHR, *Actio in rem vers...*cit., pp. 148,204,254 y 292.

⁶⁵⁰ FREZZA, *Le garanzie delle...* cit., p.168, donde en la n.1 el autor precisa que en el texto nada se dice acerca de qué acción útil es, pero él aventura que pueda tratarse de una *actio negotiorum gestorum* que era *utilis* porque el hijo emancipado, al pagar cumplía *quasi extraneus* de una responsabilidad que había contraído cuando estaba *in potestate*.

Partsch⁶⁵¹ es uno de los primeros autores que admite la validez de la teoría formulada por Lenel, y lo hace afirmando que para cuando la construcción jurídica pretoria hubo garantizado una *actio mandati contraria*, el pretor había ya creado, para el caso del regreso del garante, una especial fórmula *in factum concepta*, la cual ya aparece en el *edictum perpetuum* de Juliano.

Es decir, para este autor la evolución histórica determina que tras la regulación del regreso del *sponsor* a través de la *actio depensi* el pretor se preocupe de asegurar el regreso a los demás garantes también y lo hace por medio de la inclusión en el edicto de una especial *actio in factum* cuando aún ni siquiera se ha creado la *actio mandati contraria*.

Este desarrollo histórico podría ser la explicación de la estructura del comentario de Ulpiano a la que ya hemos hecho referencia.

Dicha estructura, como ya hemos visto, consiste en que en primer lugar habla de la *actio mandati directa*, en segundo lugar se ocupa de la citada acción especial *in factum* creada para regular y asegurar el regreso del garante y luego, en tercer lugar, se ocupa de la *actio mandati contraria*. Es decir, que Ulpiano va comentando estas acciones en este orden porque ese ha sido el orden de su aparición⁶⁵².

⁶⁵¹ Griech. Bürg...cit., p.274.

⁶⁵² DAUBE, *Utiliter...cit.*, p.106, n.108, señala que la secuencia en que aparecen los términos en los textos es reflejo de su desarrollo histórico, lo cual no significa que los juristas agruparan expresamente sus trabajos siguiendo un orden histórico, sino que dicho desarrollo histórico

También Levy afirma de forma tajante que tanto en el caso de la *sponsio*, como en el de la *fidepromissio* y la *fideiussio*, el regreso se lleva a cabo a través de una "besonders formulierten actio mandati"⁶⁵³.

Ahora bien, también nos parece interesante señalar cómo el mismo autor hace referencia a que en determinadas circunstancias en lugar de la citada acción especial puede utilizarse como acción de regreso la *actio negotiorum gestorum*, y en tal sentido cita el contenido de un texto de Ulpiano:

D. 17,1,6,2 (Ulp. 31 ad ed.)

Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio.

En dicho texto se trata del caso de que alguien simplemente consiente que otra persona salga fiador o que intervenga por él de cualquier otro modo, y se dice que en tal caso se dará la acción de mandato contra aquél que consintió dicha intervención, pero con tres excepciones: si el que intervino como fiador lo hizo contra la voluntad del garantizado, o con intención de donar, o como gestor de negocios.

evidentemente va a determinar que los juristas se ocupen primero de lo que ha surgido en primer lugar y luego de lo que ha surgido en segundo lugar.

⁶⁵³ *Sponsio*,...cit., p.207.

Es esta última excepción la que a Levy le sirve como fundamento para concluir que, si en ese caso tal y como se dice expresamente en dicho texto, no procede la utilización de la *actio mandati*, evidentemente la acción que tendrá que utilizarse ha de ser la *negotiorum gestorum*.

También Kreller⁶⁵⁴ se pronuncia sobre la utilización de la *actio negotiorum gestorum*, y lo hace también tomando como fundamento el mismo texto y afirma expresamente que junto a la *actio depensi* y los dos tipos de *actio mandati* (el típico *iudicium mandatum* y la *actio mandati in factum*) el garante puede utilizar en vía de regreso la *actio negotiorum gestorum*⁶⁵⁵.

Pero con relación a este texto surge la cuestión de los posibles efectos que puede producir la simple *patientia* de una persona respecto a la intervención de una persona que actúa como garante suyo.

El tema aparece tratado en varios textos en los que se puede ver que no existe un mandato expreso, sino simplemente alguien no se opone a que otra persona salga garante por él.

Estos textos a los que hacemos referencia son utilizados por algunos autores como argumento a favor de la existencia de la especial *actio in factum* de regreso.

⁶⁵⁴ *Das Edikt de negotiis gestis in der klassischer Praxis*, en SZ 5 (1939), p.423.

⁶⁵⁵ D. 17,1,40 (*Paul. 9 ad ed.*); D. 46,1,4, pr. (*Ulp. 45 Sab.*); D. 3,5,4 (*Ulp. 45 Sab.*); D.17,1,20,1 (*Paul. 11 ad ed.*); D. 17,1,60,1 (*Scaev. 1 resp.*); D. 17,1,50, pr. (*Cels. 38 dig.*)

Respecto al ya citado D. 17,1,6,2 (*Ulp. 31 ad ed.*), Kreller⁶⁵⁶ está de acuerdo con Pringsheim⁶⁵⁷, quien ya señaló que la frase final del texto no es clásica: [*et nisi-mandati actio*]; y también se pronuncia sobre el término *intervenire*⁶⁵⁸, señalando que dicha palabra pudo estar en el edicto, y por lo tanto pudo ser utilizada por Ulpiano.

En este texto nos encontramos ante un supuesto en el que alguien sale fiador por otro sin que medie mandato previo y expreso a tal efecto; surge al punto la duda de si realmente tal comportamiento puede entenderse como un mandato, y también surge la cuestión de qué acción puede concederse para que el garante pueda dirigirse en vía de regreso contra la persona cuya deuda ha garantizado.

Consideramos necesario hacer referencia a Donatuti⁶⁵⁹, quien entiende que condición indispensable para que se pueda ejercitar la *actio mandati* es que exista un contrato de mandato, y que la simple condición de *adpromissor* por sí sola no es suficiente para que se pueda utilizar la *actio mandati*⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶ *Zum iud. mand...cit.*, p.122.

⁶⁵⁷ *Animus donandi*; en SZ 43, pp.293 y ss.

⁶⁵⁸ BORTOLUCCI, en *BIDR* 28, p.243 n.1, propone: *vel alias intervenire*.

⁶⁵⁹ *L'actio mand...cit.*, pp.263 y ss.

⁶⁶⁰ Y en tal sentido cita varios textos en los que se ve la necesidad de la existencia del mandato, así cita unos textos en los que no se concede la *actio mandati* porque no existe un mandato y textos en los que sí se concede precisamente porque sí existe: D. 17,1,20,1 (*Paul. 11 ad Sab.*), D. 17,1,21 (*Ulp. 47 ad Sab.*), D. 3,5,45 (*Afric. 7 quaest.*), D. 16,1,16,1 (*Iul. 4 ad Urs Fer.*); D. 17,1,26,5 (*Paul. 32 ad ed.*), D. 17,1,22,1 (*Paul. 32 ad ed.*), D. 17,1,33 (*Iul. 4 ex Min.*), D. 7,5,8 (*Pap. 17 quaest.*), D. 46,1,15, pr. (*Iul. 51 dig.*).

En tal sentido cita una serie de textos que, además del ya citado D.17,1,2,2 (*Ulp. 31 ad ed.*), se ocupan de supuestos en los que si una persona simplemente no se opone a la *adpromissio* que presta otro por él, y se plantea el tema de si tal comportamiento puede entenderse como un mandato.

D. 17,1,53 (Pap. 9 quaest.)

Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas.

En este caso tenemos a una persona que sale fiador por mandato de otra, planteándose el supuesto de que la persona garantizada estaba presente y no lo recusó, y en el texto se nos dice que en tal caso el garante tiene a ambos, su mandante y la persona garantizada, obligados por derecho de mandato. El segundo supuesto tratado es el del que sale fiador por mandato de otro para garantizar a un deudor principal contra la voluntad de éste o ignorándolo, en tal caso puede demandar sólo a su mandante, y no al deudor, sin que se tenga en cuenta que si el fiador paga el deudor queda liberado.

El contenido de este texto ha servido para llegar a la conclusión de considerar que existe un contrato de mandato entre garante y deudor principal, siempre que este último no se haya opuesto a la intervención del garante o no ignore tal actuación⁶⁶¹.

Y con dicha interpretación se explica que el deudor está obligado frente al garante para la reclamación de gastos a través de la *actio mandati*.

Frezza⁶⁶² también se ha ocupado de este texto, y lo ha hecho relacionandolo con un texto de Paulo:

D. 17,1,40 (Paul. 9 ad ed.)

Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.

En este caso se habla de que alguien sale fiador en presencia y contra la prohibición del deudor garantizado, y se dice que en tal caso no hay acción de mandato ni de gestión de negocios, pero después de afirmar tal cosa se dice que algunos opinan que debe darse una acción útil, afirmación esta con la que Pomponio dice no estar de acuerdo.

⁶⁶¹ FREZZA, *Le garanzie delle...*cit., p.161.; GIMENEZ-CANDELA, *Mand und Bürg...*cit., p.175.

⁶⁶² *Ult. op. cit.*, pp. 162 y 163.

Frezza afirma que en ninguno de los dos casos es aplicable la *actio mandati*, sino que la acción pertinente en estos casos de *fideiussio invito reo* es la *actio negotiorum gestorum*, y así parece desprenderse de la lectura de:

D. 17,1,20,1 (Paul. 11 ad Sab.)

Fideiussori negotiorum gestorum est actio si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.

En este caso se nos dice de forma tajante que cuando alguien sale fiador por un ausente, tiene la *actio negotiorum gestorum*, pues si no ha antecedido mandato no puede utilizarse la *actio mandati*.

Sobre dicho texto, Kreller⁶⁶³ afirma que sin duda ha sido acertado por los compiladores, y que en su tenor originario haría referencia a una *actio negotiorum gestorum in factum* que en su opinión tendría a su disposición el garante para dirigirse en vía de regreso contra el deudor principal⁶⁶⁴.

Frezza⁶⁶⁵, no hace ninguna referencia a la reconstrucción propuesta por Kreller, y señala que dicho texto se refiere a un supuesto de *fideiussio pro ignorante (vel absente)*, y que por tanto no procede la concesión de la

⁶⁶³ *Das Edikt...cit.*, p.426.

⁶⁶⁴ Y este autor reconstruye lo que él piensa que fue su tenor original como sigue: *Fideiussori <honoraria> negotiorum gestorum <danda> est actio, si pro absente fideiusserit; nam mandati <civilis quidem> actio non potest competere, cum non [antecess] <suscep> (?) erit mandatum.*

⁶⁶⁵ *Le garanzie delle...cit.*, pp.192 y195.

normal acción de regreso entre garante y deudor. A este respecto, hay que hacer referencia a otros dos textos que como el anterior hacen referencia a casos en los que no hay regreso:

C. 4,35,6 Imp. Gordianus A. Aelio Sosibio militi.(a. 238)
Si fideiussor pro reo patiente fidem suam adstrinxit,
mandati cum eo post exsolutam pecuniam vel factam
condemnationem potest exercere actionem.

D. 50,17,60 (Ulp. 10 disp.)
Semper qui non prohibet pro se intervenire mandare
creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est,
obstringitur mandati actione.

En este texto, se equipara el mandato con el simple no prohibir y la ratificación de lo gestionado, diciendo que en tal caso se queda obligado por la acción de mandato contraria. Donatuti⁶⁶⁶ afirma que no es posible que pertenezca a Ulpiano, ya que el *semper* excluye que la *non prohibitio* pueda valer como mandato sólo si se acompaña también de la *praesentia*.

Arangio-Ruiz⁶⁶⁷ señala que indudablemente en dicho texto se está hablando de un caso de *fideiussio*, y la afirmación final no puede atribuirse a Ulpiano sino a algún autor postclásico, ya que el primero en el texto original

⁶⁶⁶ *L'actio mand...cit.*, pp.266 y 267.

⁶⁶⁷ *Il mandato in...cit.*, pp.199 y ss.

habría entendido aplicable la *actio negotiorum gestorum*, a pesar de que el mismo Arangio-Ruiz hace referencia a la existencia de alguna opinión en la doctrina según la cual en el texto clásico se habría concedido la *actio mandati*, y habrían sido los autores justinianeos quienes la habrían sustituido por la *actio negotiorum gestorum*⁶⁶⁸.

El mismo autor señala que la finalidad de la regla contenida en este texto es la de atribuir a la *ratihabitio* del deudor principal efectos análogos a los del contrato de mandato, pero sin tratar de transportar al régimen del contrato las recíprocas obligaciones de las partes, sino más bien con la intención de considerar el acto jurídico ratificado como cumplido por un procurador.

Frezza⁶⁶⁹ coincide con Arangio-Ruiz en cuanto a que en el texto originario, Ulpiano estaba hablando de una *fideiussio*, pero por el contrario no está de acuerdo en lo referente a cuál sería la acción a la que el texto originario haría referencia, entiende que dicha acción no puede ser otra que la *actio mandati in factum*, puesto que estamos hablando de un supuesto de regreso.

En cuanto a la posibilidad de que se estuviera hablando de una *actio negotiorum gestorum*, señala que para poder utilizar la *actio negotiorum*

⁶⁶⁸ PARTSCH, *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*. Berlin (1931), pp.82 y ss., teoría que también ha sido criticada por LEVY, en SZ 52, p.517 n.2, ambos citados por ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in...cit.*, p. 199 n.2.

⁶⁶⁹ *Le garanzie delle...cit.*, pp. 212 y ss.

gestorum como acción de regreso del *fideiussor* contra el deudor principal no era necesaria la *ratihabitio* de éste; por lo que concluye que si la *ratihabitio* no era un requisito para el ejercicio de de la *actio negotiorum gestorum*, y si Ulpiano habla de la *ratihabitio*, no hay que entender que el texto presenta la *ratihabitio* como requisito de la normal acción de regreso, es decir de la *actio mandati*.

En relación a dicho texto, Beseler⁶⁷⁰ salva la genuinidad del mismo simplemente eliminando el *semper* y Bortolucci⁶⁷¹ lo hace añadiendo el elemento de la posibilidad de prohibir.

Sin embargo Donatuti⁶⁷² entiende que ninguna de las dos propuestas son suficientes para salvar el texto, ya que el elemento de la presencia no tiene por qué ser menos necesario que el de la *patientia* o *non prohibitio*.

Por lo tanto, según el mismo autor, hay que entender que lo que quiere decir la ratificación es que la *fideiussio* no tiene lugar *praesente et non contradicente reo*, puesto que en caso contrario una tal ratificación sería inútil, y como no tiene lugar la *fideiussio* con las condiciones señaladas, no puede utilizarse la *actio mandati*.

⁶⁷⁰ *Beiträge...cit.*, p.53.

⁶⁷¹ *BIDR* 28, p.93.

⁶⁷² *L'actio mand...cit.*, p. 266.

De modo que Donatuti afirma de forma tajante que el principio según el cual la ratificación hace surgir una acción de mandato se debe a los compiladores justinianeos.

Con relación a este tema, aún podemos citar otro texto de Ulpiano:

D. 17,1,21 (Ulp. 47 ad Sab.)

Cum mandatu alieno pro te fideiusserim, non possum adversus te habere actionem mandati, quemadmodum qui alienum mandatum intuitus spondit. Sed si non utique unius, sed utriusque mandatum intuitus id fecerim, habebo mandati actionem etiam adversus te, quemadmodum, si duo mihi mandassent ut tibi crederem, utrumque haberem obligatum.

En este caso, alguien sale fiador de un deudor por mandato de una tercera persona, y se dice que en tal caso no puede tener contra dicho deudor la acción de mandato, al igual que tampoco la tendría aquél que fue *sponsor* por mandato ajeno.

Lenel⁶⁷³ y Bortolucci⁶⁷⁴, sostienen que el citado *fideiusserim* es una interpolación, y que en el texto original nos encontraríamos *sponderim* en su lugar.

⁶⁷³ Pal. I, 2947.

⁶⁷⁴ BIDR 28, p.130.

Sin embargo, Levy⁶⁷⁵, a quien sigue Donatuti, objeta que si aceptamos tal cosa, la frase *quemadmodum-spopondit* no tiene sentido.

Donatuti señala que del contenido de estos textos se puede concluir que para que el *adpromissor* pueda ejercitar la *actio mandati* basta con que el deudor principal esté presente y no se oponga a la *adpromissio*, es decir basta con que esté *presente et non recusante*, tal y como se dice en D.17,1,40 (*Paul. 9 ed.*) y D.17,1,53 (*Pap.9 quaest.*).

Respecto a este último texto, el mismo autor señala que en él se pone de manifiesto la tendencia que tienen los compiladores, y con ellos la jurisprudencia bizantina, de eliminar el requisito de la *praesentia* y sustituirlo por la *scientia*, es decir sustituyen un elemento objetivo por uno subjetivo, concretamente, en el texto citado, ello puede verse en la interpolación *vel ignorante* en lugar de *vel absente*⁶⁷⁶. Ello le lleva a concluir que la ausencia de mención a la *praesentia* en D. 17,1,6,2 y C. 4,35,6 no es originaria.

Donatuti⁶⁷⁷ después del estudio de estos textos concluye que la *patientia* del deudor principal que asiste a la *adpromissio* que otro presta por él es un elemento idóneo para determinar el presupuesto de la *actio mandati* del *adpromissor*.

⁶⁷⁵ *Sponsio*,...cit., p.5,n.17.

⁶⁷⁶ *L'actio mand...*cit., p.265, donde en el mismo sentido señala que en Bas.14,1,40, correspondiente a D. 17,1,40 (*Paul. 9 ed.*), falta toda referencia a la presencia del deudor, y cita también Bas. 14,1,53 sch. 2 (=D. 17,1,53) y Bas. 14,1,68 (=C. 4,35,6), donde aparece el elemento de la *scientia*, mientras que no aparece en los correspondientes textos de la compilación.

⁶⁷⁷ *L'actio mand...*cit., p.267.

Si bien al mismo tiempo, el mismo autor precisa que a pesar de la anterior afirmación, también es cierto que en la *patientia* de un hecho no puede entenderse manifestada la voluntad de obligar o por lo menos de exigir el cumplimiento del hecho mismo.

También señala que no puede decirse que en los casos en que aparece la citada *patientia*, ésta sea anterior a la *adpromissio*, ya que del contenido de los textos se desprende que ambos actos, la *patientia* y la *adpromissio* son simultáneos.

Tampoco está de acuerdo en admitir la hipótesis de que la *patientia* del deudor principal, que supone que estando presente cuando un tercero le afianza no se opone a tal cosa, contenga la voluntad de exigir de éste el pago.

Precisa además que la declaración que hace el *adpromissor* se refiere al acreedor, es decir, se obliga frente a éste, y no frente al deudor principal.

Es decir, según afirma Donatuti⁶⁷⁸, en el consentimiento que implica la *patientia* de la *adpromissio* no puede verse la voluntad de obligar al *adpromissor* al pago.

Continúa el mismo autor señalando que la solución en este tema está en distinguir un doble contenido dentro del concepto de mandato, de forma que hay que distinguir un mandato en sentido estricto, que haría referencia

⁶⁷⁸ *L'actio mand...cit.*, pp.270-273, donde cita algunos textos para fundamentar la idea de que no puede ser lo mismo la voluntad manifiesta de mandar hacer un encargo a alguien, *mandare*, que la *patientia*.

al encargo que hace una persona a otra, y un mandato en sentido amplio que comprendería al anterior y la *patientia*.

Dejando de lado el tema de la *patientia* y volviendo a centrarnos en el tema de la acción especial de regreso, nos parece interesante referirnos a la opinión de Frezza⁶⁷⁹, quien señala que existen dos requisitos para que pueda ejercitarse dicha acción:

- que el garante esté válidamente obligado
- que el garante tenga conocimiento de las excepciones que pueden hacerse valer en juicio contra el acreedor, y, en general, la diligencia debida en el mismo.

Respecto al primer requisito, cita un texto de Ulpiano:

D. 17,1,29,1 (Ulp. 7 disp.)

Non male tractabitur, si, cum ignoraret fideiussor inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem habeat. et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia eius potest, si vero ius, aliud dici debet.

En este texto se trata el caso de un garante que paga ignorando que su obligación era nula, la cuestión es si en este caso tiene o no la *actio mandati*. Ulpiano distingue entre la *ignorantia factum* y la *ignorantia iuris*, en

⁶⁷⁹ *Le garanzie delle...cit.*, pp. 168 y ss.

el primer caso, se acepta su ignorancia y su pago es efectivo, no así en el segundo.

Sobre el contenido de dicho texto, Segrè⁶⁸⁰ afirma que la ignorancia, sea del hecho o sea del derecho, no convalida el vicio de la inexistencia del presupuesto para el ejercicio de la acción de regreso, y en consecuencia el texto en cuestión es obra de los compiladores justinianos.

Sin embargo Frezza no está de acuerdo con esta afirmación de carácter tan general que hace Segrè, y piensa que la distinción entre *ignorantia iuris* e *ignorantia facti* es una distinción que está en el pensamiento jurídico romano⁶⁸¹.

A este respecto Frezza precisa que en su opinión hay que distinguir entre la ignorancia de la invalidez del propio vínculo obligatorio, derivada de la relación entre la obligación principal y la obligación *fideiussoria*, por ejemplo en caso de la *fideiussio in duriozem* o *in aliam causam*, y la ignorancia de normas que determinan la invalidez del propio vínculo *fideiussorio*, y el propio autor pone como ejemplo la ignorancia de la invalidez de la garantía por una suma superior al límite de los 20.000 sextercios fijado por la *lex Cornelia*.

Y continúa afirmando que dicha distinción está de acuerdo con el contenido de:

⁶⁸⁰ *Corso di diritto romano I.* (1935), pp.139 y 140.

⁶⁸¹ *Le garanzie delle...I.*, cit., pp. 168 y 169.

D. 22,6,3, pr. (Pomp. 3 Sab.)

*Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto
non sciret an de iure suo ignoraret.*

La formulación general que contiene este texto sirve a Segrè para concluir que se trata de un texto justiniano, sin embargo Frezza no está de acuerdo con tal opinión, sino que, por el contrario, piensa que debe considerarse clásica la norma según la cual el garante que por *ignorantia facti* desconoce la invalidez de su vínculo, pueda ejercitar, en el caso de que haya pagado, la *actio mandati contraria* contra el deudor principal.

En cuanto al segundo requisito que Frezza señala debe concurrir para que el garante pueda ejercitar la acción de regreso, es, como ya hemos señalado, el conocimiento por parte del garante de las excepciones que pueden utilizarse en juicio contra el garante, es decir la diligencia necesaria para el buen desarrollo del proceso que tiene como resultado el título de pago del garante.

Así, en apoyo de la obligación de conocer las excepciones que pueden ser utilizadas contra el acreedor se refieren, según Frezza, los siguientes fragmentos:

D. 17,1,29, pr., 2-4 (Ulp. 7 disp.)

Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim negligentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.

(2) Si, cum debitor solvisset, ignarus fideiussor solverit, puto eum mandati habere actionem: ignoscendum est enim ei, si non divinavit debitorem solvisse: debitor enim debuit notum facere fideiussori iam se solvisse, ne forte creditor obrepat et ignorantiam eius circumveniat et excutiat ei summam, in quam fideiussit.

(3) Hoc idem tractari et in fideiussore potest, si, cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit quodolvere eum non oportebat. et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori: cedere autem reus indebiti actioni fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur.

(4) Quaedam tamen etsi sciens omittat fideiussor, caret fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit sive

sciens sive ignarus: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne.

En la primera parte del texto se trata del caso de un fiador que cumple con su obligación como tal y paga, sin saber que la cantidad no había sido entregada al deudor, y se plantea la cuestión de si el fiador puede utilizar la *actio mandati* contra el deudor para recuperar lo pagado.

Además se añade que si el fiador siendo conocedor de la no entrega del dinero al deudor no interpone la *exceptio doli* o la de *non numeratae pecuniae*, se entiende que incurre en dolo, y en el texto se hace la aclaración de que la negligencia desordenada se acerca al dolo, aclaración que tiene un evidente origen postclásico.

Ahora bien, también se dice que si ignoraba dicha no entrega de dinero, en este caso no hay nada que imputarle.

A este texto se refiere también Giménez-Candela⁶⁸², quien señala que a pesar de que distintos autores⁶⁸³ han puesto de manifiesto la existencia de indicios que apuntan a que el texto ha sido manipulado por los compiladores, parece concluirse que, en general, el tenor del mismo es genuíno.

⁶⁸² *Mand. und Bürg...*cit., p.175.

⁶⁸³ DONATUTI, *L'actio mand...*cit., pp. 96 y ss., que señala que la frase *et si quidem* hasta el final es una interpolación; WATSON, *Contract of...*cit., pp.175 y ss., admite que dicha frase esté manipulada pero también señala que probablemente se trate de un resumen acortado, que sin duda tiene un núcleo clásico. FREZZA, *Le garanzie delle...* cit., p.170, quien critica la genuinidad de [*vel non numeratae pecuniae*] y [*dissoluta-dolum est*], pero mantiene, a pesar de ello, la clasicidad del texto.

Tal y como señala esta autora, el principal problema de este texto está en la cuestión de si el garante puede elevar la *actio mandati contraria*, para solicitar *ex causa fideiussionis* lo que él ha pagado sin saber, *cum ignoraret*, que él en realidad no estaba obligado a tal pago, pues la cantidad no había llegado a ser entregada al deudor.

La respuesta a tal cuestión aparece al final del fragmento, donde se nos dice que procede la acción de mandato puesto que el deudor pudo y debió avisar a su fiador para que no pagase lo indebido por ignorancia.

Continúa el texto y se nos dice que cuando tiene el deudor a su favor alguna excepción e ignorándolo no la ejercitó, se dice que compete la acción de mandato, pues el deudor tenía la obligación de comunicar al fiador que no tenía que pagar una cantidad que el deudor todavía no había recibido.

En el párrafo segundo, se plantea el caso de que el deudor ya ha pagado, y el fiador, ignorando tal circunstancia paga, y se pregunta si el fiador tiene la acción de mandato para recuperar lo pagado, y se responde que sí tiene esta acción, puesto que era obligación del deudor comunicarle que ya había pagado.

En el párrafo tercero se afirma que lo mismo debe entenderse en el caso de que sea el fiador quien ha pagado y no lo ha comunicado al deudor, de modo que éste paga sin saber que dicha cantidad ya ha sido pagada.

De modo que, en este caso, Ulpiano afirma que cuando el fiador se dirija con la *actio mandati* contra el deudor, deberá ser rechazado por no

haber comunicado el pago al deudor. Ahora bien, se precisa que tampoco es justo que el acreedor reciba el doble de lo que se le debía, por lo que se entiende que el deudor debe ceder al fiador la acción para repetir lo indebido.

Y en el párrafo cuarto, se enumeran una serie de cosas que el fiador puede dejar de comunicar teniendo conocimiento de ellas, y sin incurrir con ello en fraude, cuando como, por ejemplo: independientemente de que lo sepa o no, deja de alegar la excepción negando la representación activa del procurador.

Otro texto que también es citado por Frezza en el mismo sentido es:

D. 17,1,48 pr. (Cels 7 dig.)

Quintus Mucius Scaevola ait, si quis sub usuris creditam pecuniam fideiussisset et reus, in iudicio conventus cum recusare vellet sub usuris creditam esse pecuniam et fideiussor solvendo usuras potestatem recusandi eas reo sustulisset, eam pecuniam a reo non petiturum. sed si reus fideiussori denuntiasset, ut recusaret sub usuris debitam esse nec is propter suam existimationem recusare voluisset, quod ita solverit, a reo petiturum. hoc bene censuit Scaevola: parum enim fideliter facit fideiussor in superiori casu, quod potestatem eximere reo videtur suo iure uti: ceterum in posteriore casu, quod potestatem eximere reo videtur suo iure uti: ceterum in posteriore casu non oportet esse noxiae fideiussori, si pepercisset pudori suo.

En este caso Ulpiano cita la opinión de Quinto Mucio Escévola en relación al supuesto de que alguien se hubiese hecho fiador de una cantidad prestada a interés, de manera que el fiador los paga, y llevado el deudor a juicio, éste niega que el dinero se prestara a interés, pero el pago por parte del fiador ha hecho que el deudor pierda la facultad de recusarla, con lo que se concluye que dicha cantidad no podrá ser reclamada en vía de regreso contra el deudor.

Ahora bien, también estudia el supuesto de que el deudor hubiese advertido al fiador para que éste negara los intereses, a lo que el fiador se niega, y sobre este segundo supuesto la decisión de Quinto Mucio Escévola es que el fiador que ha obrado de tal modo, lo ha hecho porque así actuaba correctamente, por lo que no ha de resultar perjudicado.

Frezza pone de relieve que a pesar de que es cierto que los textos presentan fragmentos que proceden de autores postclásicos, ello no es obstáculo para que de la lectura de ellos pueda conocerse el pensamiento de los juristas clásicos sobre el tema en cuestión. Así, nuestro autor concluye que dicho pensamiento clásico sería que entre garante y deudor principal existe un deber de información de todo lo relacionado con el pago, si se ha producido, o de cualquier otra forma de extinción de la obligación principal, ya sea ésta *ipso iure* u *ope exceptionis*.

De modo que si dicho deber de información, que es recíproco, no ha sido observado por el garante, éste pierde el derecho al ejercicio de la acción de regreso, mientras que si quien no lo ha observado es el deudor principal, se expone a pagar dos veces la deuda, quedando a salvo para ambos la posibilidad de repetir lo pagado.

Otro texto que también se refiere al mismo tema es:

D. 17,1,8,7 (Ulp. 31 ad ed.)

Si ignorantes fideiussores debitorem solvisse vel etiam acceptilatione sive pacto liberatum ex substantia debitoris solverunt, non tenebuntur mandati.

Aquí se introduce un elemento distinto con respecto a los otros textos, y es que en este caso estamos hablando de garantes que pagan una obligación ya extinguida y además pagan *ex substantia debitoris*.

De modo que el deudor, en este caso, tendrá la *actio mandati directa* contra el garante siempre que hubiese advertido a éste de la extinción de la obligación principal, es decir, siempre que hubiese cumplido con su obligación de informar.

El mismo Frezza todavía cita dos textos más que atestiguan la exigencia del requisito de la diligencia para poder exigir el regreso:

D. 17,1,8,8 (Ulp. 31 ad ed.)

Quod et ad actionem fideiussoris pertinet, et hoc ex rescripto divorum fratrum intellegere licet, cuius verba haec sunt: 'Catullo Juliano. Si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te igitur si ignoraverunt, excusata ignorantia est: si scierunt, incumbibat eis necessitas provocandi, ceterum dolo versati sunt, si non provocaverunt. quid tamen, si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia, sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret appellaret, puto rationem eis constare.

En este fragmento se hace referencia a un rescripto de los emperadores Marco Aurelio y Vero, en el que deciden sobre un caso en el que los fiadores son condenados a pagar una cantidad mayor que por la que se obligaron, y a sabiendas no apelaron.

Hay que señalar que la clasicidad de dicho texto ha sido bastante criticada, así por ejemplo, Beseler⁶⁸⁴ piensa que el rescripto al que se hace referencia en el texto está interpolado desde *poteris* hasta *tueri te*, pero sin dar ninguna razón que justifique dicha sospecha mas que el hecho que dicha frase le parece extraña. Sin embargo, Watson⁶⁸⁵, aunque afirma que

⁶⁸⁴ *Miscell. II...cit.*, p. 453.

⁶⁸⁵ *Contract of...cit.*, pp. 159 y 211-12. En dichas páginas, cita algunas interpolaciones señaladas por otros autores, como es el caso de HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss*. Leipzig (1924), pp. 28-29, quien señala que el texto está interpolado desde

el texto contiene varias interpolaciones, entiende que, en sustancia, el contenido del mismo se puede tener por genuíno.

En un caso tal, la consecuencia es que cuando tales fiadores se dirijan contra el deudor con la *actio mandati*, el juez le protegerá con su equidad, que probablemente consistirá en la concesión de una *exceptio doli*. Ulpiano, al comentar el contenido de tal rescripto distingue entre el supuesto de que los fiadores fueran o no conocedores de tal circunstancia, es decir, que habían pagado de más. Si no lo sabían, afirma que la ignorancia es excusable, pero si lo sabían, entiende que obraron con dolo, pues en tal caso su obligación es apelar.

El texto todavía continúa con otro supuesto que es el del caso en que, aún conociendo la circunstancia de la condena a pagar más de lo debido, su pobreza les impida apelar, en tal caso se nos dice que, al igual que ocurría con la ignorancia, la pobreza queda excusada.

Frezza⁶⁸⁶ critica la genuinidad de esta parte del texto, cree muy poco probable que pueda proceder de Ulpiano, sinó más bien que se trate de una anotación de algún lector tardío.

igitur hasta el final. Por el contrario WATSON señala, siguiendo en ello a STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*. Edimburg (1958), p. 124., que la segunda parte del texto no es más que una explicación completamente acorde con el rescripto señalado, y aunque se dude de su originalidad tal y como está escrito, no puede dudarse de la genuinidad de lo que en él se dice.

⁶⁸⁶ *Le garanzie delle...* cit., p.174.

Lo que sí pone de relieve nuestro autor es que este texto, en su última parte, coincide con la idea que ya aparece en D. 17,1,48, pr., de que al garante se le ofrece la posibilidad de, o bien asumir él personalmente el proceso, o bien que sea el propio deudor principal quien lo asuma.

El otro texto que cita Frezza es:

D. 46,1,67 (Paul. 3 ad Ner.)

Exceptione, quae tibi prodesse debebat usus iniuria iudicis damnatus es: nihil tibi praestabitur iure mandati, quia iniuriam, quae tibi facta est, penes te manere quam ad alium transferri aequius est scilicet si culpa tua iniustae damnationis causam praebuisti.

En este caso, estamos ante un fiador que a pesar de haber alegado una excepción que debía protegerle, ha sido condenado injustamente, y se nos dice que en tal caso no podrá utilizar la vía del mandato contra el deudor principal, pues se entiende que no es justo que la injusticia que se ha cometido con el fiador se traspase luego al deudor.

Frezza señala que la última frase del texto, [*scilicet-praebuisti*] ya fue señalada por Cuiacio como una glosa, con la que se quería introducir el elemento de la culpa del garante como la causa que justifica la exclusión del regreso.

Continuando con el mismo Frezza⁶⁸⁷, nos parece interesante la afirmación que hace con relación a la existencia de una *actio mandati utilis* y una *actio quasi institoria* en función de acción de regreso.

En cuanto a esta primera acción cita:

D. 17,1,6,7 (Ulp. 31 ad ed.)

Marius Paulus quidam fideiusserat pro Daphnide mercedem pactus ob suam fideiussionem et sub nomine alterius ex eventu litis caverat sibi certam quantitatem dari: hic a Claudio Saturnino praetore maiores fructus inferre iussus erat et advocacionibus ei idem Saturninus interdixerat. videbatur autem mihi iudicatum solvi fideiussisse et quasi redemptor litis extitisse et velle a Daphnide mandati iudicio consequi, quod erat condemnatus, sed rectissime divi fratres rescripserunt nullam actionem eum propter suam calliditatem habere, quia mercede pacta accesserat ad talem redemptionem. Marcellus autem sic loquitur de eo qui pecunia accepta spondit, ut, si quidem hoc actum est, ut suo periculo sponderet, nulla actione agat, sin vero non hoc actum est, utilis ei potius actio competat: quae sententia utilitati rerum consentanea est.

Se trata en este caso de una persona que acepta salir garante de otra a cambio de una cantidad de dinero y además se hace prometer por una

⁶⁸⁷ *Le garanzie delle...I cit.*, p.175.

tercera persona interpuesta otra compensación que consiste en una parte del resultado del litigio en caso de éxito del proceso que un acreedor interpone contra la mujer.

De manera que en el caso de que la mujer no hubiese cumplido la *cautio* el acreedor se habría dirigido contra Paulo, su fiador, quien a su vez se dirigiría en vía de regreso contra la mujer.

Sobre este caso, Marco Aurelio y Vero decidieron en un rescripto que el tal Paulo no podía utilizar la vía del regreso, puesto que había comprado el litigio mediante pacto de retribución, es decir era un caso de *redemptio litis*. Sin embargo Ulpiano cita a Marcelo, a cuya opinión se adhiere. Según entiende Marcelo, cuando alguien se presenta como garante a cambio del cobro de una cantidad, no tiene acción si se trata de prometer a propio riesgo, y le competará una acción útil si no lo hace así.

Esta mención a la citada *actio utilis* es precisamente la parte del texto que a nosotros más nos interesa. Vemos que se hace referencia a la posibilidad de que dicho *sponsor* utilice dicha acción como acción de regreso. La cuestión es ver qué acción es la base sobre la que se construye la acción útil mencionada en el texto.

Algunos autores piensan que lo más probable es que el tenor original del texto hiciera referencia a la *actio depensi*, y que fue más tarde cuando

los compiladores la sustituyeron por la *actio mandati*⁶⁸⁸. A tal afirmación hay que objetar que la *pecunia accepta* a la que se hace referencia en el texto impide la existencia de un contrato de mandato, pues iría en contra de la gratuidad que le es propia, lo cual obligaría a recurrir a la ficción de que se trataba de un mandato⁶⁸⁹.

Y aún hay otro argumento, y es que en muchos textos clásicos aparece la *actio mandati contraria* utilizada por el *sponsor* como acción de regreso en lugar de la *actio depensi*⁶⁹⁰.

Frezza⁶⁹¹ precisa que se recurre a la acción *utilis* como acción de regreso porque aquí falta la gratuidad que es requisito del mandato.

En cuanto a la citada *actio quasi institoria*, a ella se refiere:

D. 17,1,10,5 (Ulp. 31 ad ed.)

Idem Papinianus libro eodem refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipendae videatur.

⁶⁸⁸ BORTOLUCCI, *Mand. cred...*cit., p. 42 y ss; SIBER, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen. St. Bonfante IV*. Milano (1930), p. 125 y ss, aunque éste duda entre la *actio mandati* y la *actio depensi* civiles.

⁶⁸⁹ FREZZA, *Le obbligazione delle...*, cit., p. 175.

⁶⁹⁰ VALIÑO, *Act. ut...*cit., p. 222.

⁶⁹¹ *Le garanzie delle...*, cit., p. 175.

III.5.2- LA NOTA SOCIAL DE INFAMIA CON RELACION A ESTA ACCION ESPECIAL.

Es imprescindible al hablar de la existencia o no de una especial *actio mandati in factum* tratar el tema de la infamia, y más concretamente, es importante para nuestro trabajo ocuparnos de la contradicción entre dos textos de Ulpiano que se refieren al *iudicium contrarium* y a la infamia con relación al mandante condenado.

Decimos que el tema es importante porque, como veremos, algunos autores han utilizado dichos textos como argumento a favor de la existencia de la acción de mandato especial que garantiza el regreso del garante⁶⁹³. Estamos haciendo referencia a dos textos de Ulpiano, D.3,2,6,5 y D. 3,2,6,7, de los que nos ocupamos seguidamente:

⁶⁹³ Respecto al carácter infamante de la *actio mandati*, nos parece muy interesante la observación hecha por D'ORS A., *Una nueva lista de acciones infamantes*, en *SODALITAS. Scritti in onore di Antonio Guarino*. Nápoles (1984), pp. 2581 y ss. En dicho trabajo, el autor realiza un estudio sobre las distintas listas de acciones infamantes que podemos encontrar en las fuentes. En este sentido hace referencia a la que aparece en la *Lex irnitana*, que reproduce una ley municipal general, de época de Domiciano, y que ya era conocida por otras copias encontradas (*FIRA I. 23* y *FIRA I. 24*). Señala que dicho texto coincide sólo en un tercio con las demás copias, incorporando en el resto importantes novedades. Como ya habíamos señalado dicha ley también contiene una lista de acciones infamantes y, en cuanto al tema que a nosotros nos interesa, presenta la novedad de que al referirse a las acciones contractuales, *pro socio*, *fiduciae* y *mandati*, señala que sólo es infamante la condena si ha habido dolo por parte del demandado.

D. 3,2,6,5 (Ulp. 6 ad ed.)

'Mandati condemnatus': verbis edicti notatur non solum qui mandatum susceperit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat. ut puta fideiussi pro te et solvi: mandati te si condemnavero, famosum facio.

En dicho texto se habla sobre el carácter infamante de la *actio mandati* y se nos dice que, según los términos del edicto, incurre en infamia tanto el que acepta el mandato, es decir el mandatario, como aquél que no guarda la lealtad que esperaba el contrario, y pone como ejemplo de este segundo caso precisamente el supuesto del que estamos tratando, el del garante que se dirige a través de la *actio mandati* contra el deudor principal, en cuyo caso este último incurre en infamia si resulta condenado.

Sobre la genuinidad del texto o la presencia en él de interpolaciones, Biondi⁶⁹⁴ sospecha del origen de la palabra *notatur*, si bien al respecto Kreller⁶⁹⁵ señala que le parece incomprensible que Biondi califique esta palabra como una interpolación.

Por otra parte, el mismo Biondi señala que excepto dicha palabra y el ejemplo *ut puta...facio*, el texto ha de entenderse como genuino, aunque es posible que en el texto original, Ulpiano, hiciese referencia a la *sponsio* en lugar de a la *fideiussio*, pues el contenido de la *Lex Iulia Municipalis 115*,

⁶⁹⁴ *Iud. bon. fid...*cit., p.65.

⁶⁹⁵ *Zum iud. mand...*cit., p.128 n.2.

D. 3,2,6,5 (Ulp. 6 ad ed.)

'Mandati condemnatus': *verbis edicti notatur non solum qui mandatum susceperit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat. ut puta fideiussi pro te et solvi: mandati te si condemnavero, famosum facio.*

En dicho texto se habla sobre el carácter infamante de la *actio mandati* y se nos dice que, según los términos del edicto, incurre en infamia tanto el que acepta el mandato, es decir el mandatario, como aquél que no guarda la lealtad que esperaba el contrario, y pone como ejemplo de este segundo caso precisamente el supuesto del que estamos tratando, el del garante que se dirige a través de la *actio mandati* contra el deudor principal, en cuyo caso este último incurre en infamia si resulta condenado.

Sobre la genuinidad del texto o la presencia en él de interpolaciones, Biondi⁶⁹⁴ sospecha del origen de la palabra *notatur*, si bien al respecto Kreller⁶⁹⁵ señala que le parece incomprensible que Biondi califique esta palabra como una interpolación.

Por otra parte, el mismo Biondi señala que excepto dicha palabra y el ejemplo *ut puta...facio*, el texto ha de entenderse como genuino, aunque es posible que en el texto original, Ulpiano, hiciese referencia a la *sponsio* en lugar de a la *fideiussio*, pues el contenido de la *Lex Iulia Municipalis 115*,

⁶⁹⁴ *Iud. bon. fid...cit.*, p.65.

⁶⁹⁵ *Zum iud. mand...cit.*, p.128 n.2.

seguramente en el texto se contemplaría el caso de aquel *pro qui datum depensum est erit*⁶⁹⁶.

Asimismo Biondi señala que el mismo texto está en contradicción con un texto de las instituciones justinianeas:

I. 4,16,2

*Ex quibusdam iudicis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio quae ab utraque parte directa est et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur, sed furti quidem aut vi bonorum raptorum...*⁶⁹⁷

Texto éste en el que se afirma que los *iudicia contraria*, incluyendo en este grupo expresamente la *actio mandati* no son infamantes.

Biondi ante esta contradicción entre el texto del Digesto y el de las Instituciones, concluye que ha de admitirse la autenticidad del primero.

Sin embargo resulta curioso que Biondi, además de no dar mayor importancia al ejemplo de D. 3,2,6,5, *ut puta-facio*, afirma con total seguridad que se trata de una interpolación, mientras que Sokolowski⁶⁹⁸ le da la mayor importancia precisamente a esta frase.

⁶⁹⁶ LENEL, *EP*³ p.79.

⁶⁹⁷ Bas. 21,2,6,3; Hb. II,440.

⁶⁹⁸ *Die Mandatsbürg...*cit., p.93.

Para este autor, es especialmente relevante la utilización de la expresión *ut puta* en este texto, donde no parece que esté introduciendo un simple ejemplo, sino que por el contrario él piensa que hace referencia a un caso especial, es decir, que dicha expresión lo que hace es destacar este supuesto, y no citarlo como un simple ejemplo.

Donatuti⁶⁹⁹ señala, a propósito de este texto, que no existen en él indicios sobre la sustitución por parte de los compiladores de la originaria mención a la *actio depensi* por la *actio mandati*, y en tal sentido afirma que la expresión *ut puta* es ulpiana, y que el *condemnavero* es una expresión no desconocida por los juristas clásicos. Este mismo autor señala que, a su entender, dicho texto es genuino, de modo que concluye que en derecho clásico la *actio mandati* contra el mandante *qui fidem - non praestat* es infamante, mientras que en derecho justiniano prevalece el principio según el cual los *iudicia contraria* no son infamantes⁷⁰⁰.

Parece pues que aunque existen sospechas sobre la genuinidad de determinadas expresiones que aparecen en el texto⁷⁰¹, lo cierto es que no se ataca el contenido del mismo, por lo que entendemos que puede tomarse por clásico.

⁶⁹⁹ *L'actio mand...cit.*, p.347.

⁷⁰⁰ También se pronuncia en el mismo sentido PARTSCH, *Neg. Gest...cit.*, p. 56 n.2.

⁷⁰¹ Así ARANGIO-RUIZ, *Il Mandato in...cit.*, p.190 n.1, señala que ciertamente dicho texto tiene una forma un poco extraña, pero no duda de la genuinidad en general de su contenido.

Lo que importa en este momento es el hecho de que la idea formulada por Ulpiano en este texto sobre el hecho de que es infame tanto el mandatario condenado como el mandante condenado, es una afirmación de cuya claridad no duda ninguno de estos autores.

Ahora bien, el problema surge cuando en otro texto nos encontramos con una opinión también de Ulpiano que está en contradicción con el anterior texto citado.

Este texto es:

D. 3,2,6,7 (Ulp. 6 ed.)

Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito, nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.

En este caso Ulpiano nos dice que no es infame el condenado por la acción contraria, puesto que en este tipo de acciones no se trata de malicia, sino que normalmente dicho juicio se refiere al cálculo de compensaciones entre las partes.

Así pues nos encontramos con que el mismo Ulpiano nos dice en un primer texto que pueden incurrir en infamia tanto el mandatario como el mandante, y por el contrario, luego en otro texto nos dice expresamente que el condenado en un *iudicium contrarium* no es infame.

Efectivamente, es muy llamativa la contradicción entre ambos textos, y dicha contradicción se ha querido explicar por parte de la doctrina, pero claro nos encontramos con que la explicación a esta contradicción es distinta según cuál sea la postura que cada autor toma en relación al tema de la existencia o no de una especial *actio mandati in factum*.

Así, según Biondi⁷⁰², D. 3,2,6,5 es un texto cuyo contenido es genuino, y afirma que precisamente la razón que determina que la infamia se refiera tanto al mandante como al mandatario condenados es el hecho de que la fórmula de la *actio mandati* era única, con lo que la infamia tenía que referirse necesariamente tanto al uno como al otro.

Señala además que una razón más para llegar a tal conclusión puede encontrarse en el hecho de que el régimen es distinto en materia de depósito, donde si existía un *iudicium contrarium* independiente. Cuando en D. 3,2,1 (*Iul. 1 <dig.>*) se enumeran las acciones infamantes, se cita a la sociedad, tutela, mandato y depósito, pero haciendo la precisión de que en este último caso no se hace referencia al *iudicium contrarium*⁷⁰³.

Y con respecto a D. 3,2,6,7, Biondi afirma que, probablemente, Ulpiano con la frase *Contrario iudicio damnatus non erit infamis* se refería a una

⁷⁰² *Iud. bon. fid...*cit., pp.66 y 67.

⁷⁰³ BIONDI, *Iud. bon. fid...*cit., p.67, señala que hay que llegar a tal conclusión porque si se refiriera a todas las acciones, no tendría sentido que Ulpiano incluyera en la disposición del edicto también al mandante (D. 3,2,6,5) y en el parágrafo 7 no habría hablado de *iudicium* sino de *iudicia*, a lo cual añade también que en la *Tab. Heracl.* (lin. 111) y en el fragmento Atestinum (lin. 3), mientras se habla de las acciones *tutelae*, *mandati* y *fiduciae*, no se hace referencia alguna a los *iudicia contraria* y sí se hace al hablar del depósito.

cláusula edictal, pues el jurista no habría hablado de una forma indeterminada de *contrarium iudicium* si el texto edictal no le hubiera permitido omitir la particular denominación.

Así nuestro autor concluye que la intervención de los compiladores justinianeos en esta materia va dirigida a generalizar el principio de que en derecho clásico la infamia sólo se refería a las dos partes en el depósito, mientras que la regla general era que en todos los demás supuestos la infamia sólo se refiere al condenado en la acción directa, y no a los condenados en la acción contraria.

Otros autores, como Kreller⁷⁰⁴ y Provera⁷⁰⁵ entienden que en realidad no existe la citada contradicción entre estos dos textos ulpianos, lo que ocurre es que han sido mal interpretados.

No puede existir tal contradicción precisamente porque ambos textos hablan de cosas distintas puesto que tal y como señala Kreller la *actio in factum* que puede utilizar el garante contra el deudor principal no es un *iudicium contrarium* en el sentido en que tal expresión es utilizada por Ulpiano.

Es decir, para este autor, Ulpiano lo que está haciendo es precisamente, diferenciar claramente la fórmula de la típica *actio mandati* directa *in ius* frente a la *actio in factum* que se crea especialmente para ser

⁷⁰⁴ *Zum iud. mand...*cit., pp.128-131.

⁷⁰⁵ *Contributti alla...*cit., p.69.

utilizada en vía de regreso, y en D. 3,2,6,7 la diferencia también de la propia *actio mandati contraria*.

Como acabamos de señalar, también Provera llega a la misma conclusión que Kreller, es decir, que no existe contradicción alguna entre estos dos textos, pero también hace referencia a que el tema no es pacífico en la doctrina y que las distintas posturas que en ella existen respecto al tema en cuestión llevan a la formulación de dos hipótesis distintas que intentan explicar la contradicción que parece existir entre estos dos textos ulpianos.

La primera hipótesis al respecto es la que apunta a que D. 3,2,6,7 es un texto interpolado, en cuanto que en derecho clásico los *iudicia contraria* implicaban la infamia del condenado.

Mantiene esta postura Alibrandi⁷⁰⁶, quien concluye que todos los textos que confirman la regla enunciada en D. 3,2,6,7 han sido alterados por los compiladores, por lo que no hay que tener en cuenta lo dicho por este texto.

La segunda hipótesis para resolver esta contradicción parte del supuesto contrario, es decir, de dudar de la genuinidad del contenido de D. 3,2,6,5.

El principal autor que sostiene esta tesis es Appleton⁷⁰⁷, quien entiende que D. 3,2,6,5 no puede referirse a la acción del mandatario contra

⁷⁰⁶ *Opere politiche e storiche* I. Roma (1896), pp.467 y ss., citado por PROVERA, *Contributti alla..cit.*, p.68 n.51.

el mandante. Según este autor, dicho texto habría sido alterado por los compiladores a partir de *ut puta* y hasta el final, de modo que sólo sería genuína la primera parte del citado texto.

En esta primera parte del texto, Ulpiano enunciaría la regla según la cual la infamia recaía no sólo sobre quien había recibido un mandato sino en general sobre quien “n’a pas dégage sa foi qui l’adversaire avait suivie”, y después de enunciar esta regla general, Ulpiano, probablemente, habría procedido a explicar diversos casos previstos por el edicto.

Provera no admite tal interpretación, puesto que, a su entender, resulta claro que la primera parte de D. 3,2,6,5 afirma la posibilidad de que la infamia afecte a las dos partes que intervienen en el *iudicium mandati*⁷⁰⁸. Partiendo de que esta parte del texto es genuína, Provera continúa señalando que los compiladores introducen la frase *ut puta...* para resolver el contraste entre D. 3,2,6,5 y D. 3,2,6,7, afirmando que el mandante podía resultar infame en un único caso, que es el del mandato de garantizar un préstamo mutuo hecho por el mandatario.

Provera afirma la clasicidad del principio enunciado en D. 3,2,6,7, lo cual implica que el supuesto en el que el mandante podía incurrir en infamia, no puede ser un *iudicium contrarium*.

⁷⁰⁷ *Le fragment d’Este*, en *Revue générale de droit*. París (1900), pp.220 y ss, citado por PROVERA en *Contributti alla...cit.*, p.69 n.52.

⁷⁰⁸ PROVERA, *Contributti alla...cit.*, p.69, señala que ello viene confirmado por los Basílicos, como puede verse en Heimbach, XXI,2,6,3.

También Kaser⁷⁰⁹ se ocupa de la citada contradicción entre ambos textos, y lo hace a propósito de un estudio comparativo entre la *actio depensi* y la *actio mandati contraria*.

Este autor admite la validez de la teoría formulada por Lenel sobre la existencia en el edicto de una especial *actio mandati in factum*, y, precisamente, señala que una de las circunstancias que ha influido especialmente para la creación de esta acción es la condición de *depensum*.

El mismo autor afirma tajantemente que la contradicción entre ambos textos desaparece si se concluye que D. 3,2,6,5 se refiere a la fórmula especial de la *actio mandati contraria* como acción de regreso a favor del garante, mientras que, por el contrario D. 3,2,6,7 se refiere a la normal *actio mandati contraria*⁷¹⁰. También señala que la exclusión del efecto infamante en la acción contraria en general no estaba en el edicto, sino que se basa en la interpretación de los juristas.

Así pues, la expresión *non contrario iudicio* que aparece en D. 3,2,1 no aparecen sin embargo en la *lex Iulia Municipalis lin. 115* cuando habla de la infamia, y lo mismo ocurre con l. 4,16,2, donde aparece la expresión *directis non contrariis actionibus*, que, sin embargo, no aparece en Gai 4,182⁷¹¹.

⁷⁰⁹ *Unmittelbare...cit.*, pp.126 y ss.

⁷¹⁰ *Ult. op. cit.*, p.129.

⁷¹¹ KASER, *ult. op.cit.*, pp.127-29.

Para este autor el tratamiento diferenciado, en este caso en cuanto a la infamia, que recibe el supuesto del regreso del garante está plenamente justificado. No es más que una consecuencia de la especial relación de lealtad y confianza que une al deudor principal y al fiador.

No hay que perder de vista la lealtad que manifiesta el fiador al garantizar al deudor principal, lealtad que si falla va a implicar la infamia del mandatario-fiador. Por lo tanto, y por la misma razón, hay que concluir que la misma lealtad que demuestra el fiador al garantizar y pagar por el deudor, ha de demostrarla éste último respondiendo ante su garante por lo que ha pagado.

De modo que el deudor principal que falte a dicha lealtad es justo que sea tachado de infame⁷¹², e incluso señala el mismo autor que a ello hace referencia la expresión "*qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat*" que contiene D. 3,2,6,5.

⁷¹² En palabras del propio KASER, ult. op.cit., p.129: "Dass der aus der Regressformel verurteilte Schuldner, anders als die anderen aus Konträrklagen kondemierten, infam wird, lässt sich damit erklären, dass der Regressschuldner einen qualifizierten Treubruch begeht".

III.5.3- EL ARGUMENTO DEL *PECUNIAM ABESSE*.

Respecto al segundo argumento señalado por Lenel, en este caso dicho autor ve en la referencia al *pecuniam abesse* que aparece en dos textos que se refieren al supuesto del regreso del garante, uno de los requisitos necesarios para poder ejercitar la especial acción *in factum* creada en el edicto para tal supuesto.

Estos dos textos son los siguientes:

D. 17,1,26,2 (Paul. 32 ad ed.)

Abesse intellegitur pecunia fideiussori, etiamsi debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.

En este texto se nos dice que se entiende que paga el *fideiussor* que delega al acreedor un deudor suyo, aún si dicho deudor no fuera solvente, puesto que lo hace bueno el hecho de que el acreedor lo admita como deudor delegado.

D. 17,1,47, pr. (Pomp. 3 ex Plaut.)

Iulianus ait, si fideiussori uxor doti promisserit, quod si ex causa fideiussoria debeat, nuptiis secutis confestim mandati adversus debitorem agere eum posse, quia

intellegitur abesse ei pecunia eo, quod onera matrimonii sustineret.

En este segundo caso nos encontramos en el supuesto de una mujer que es acreedora de A, y B es el fiador de éste.

Luego se nos dice que la mujer promete al fiador la cantidad que le debe A pero en concepto de dote.

Es decir que se supone que el deudor no paga, y en consecuencia es el fiador el que debe responder ante la mujer, pero ésta va a casarse con él, por lo que en lugar de exigirle el pago, promete al fiador la misma cantidad que a ella le debía el deudor pero en concepto de dote.

Es esta última circunstancia lo que le supone un perjuicio patrimonial al fiador, puesto que, tal y como se nos dice en el texto este dinero está afectado a las cargas del matrimonio, y no está a la total y libre disposición del fiador, además de que dicho dinero, llegado el caso del divorcio ha de volver al patrimonio de la mujer⁷¹³.

Ante estas circunstancias, en el texto se hace hincapié en que esta circunstancia supone un detrimento patrimonial para el fiador, lo cual le legitima para que pueda ejercitar la *actio mandati* contra el deudor principal al que garantizaba.

⁷¹³ Sobre este tema puede verse, GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium*. Roma-Madrid (1958), p.63 y ss.

Es decir, en el contenido de ambos textos Lenel ve la necesidad de justificar un detrimento patrimonial equivalente al pago, para que así pueda utilizarse la especial *actio mandati in factum*, que sólo puede utilizarse si ha existido el pago o una circunstancia que equivalga a éste en el sentido de suponer un perjuicio en el patrimonio del fiador.

A este perjuicio o pérdida en el patrimonio hace referencia la expresión *pecuniam abesse*⁷¹⁴ que aparece en los dos textos citados, y también aparece en otro texto referente al contrato de mandato y con el mismo significado:

D. 3,5,27(28) (lav. 8 ex Cass.)

Si quis mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur lisque aestimari debet, quanto Seii et Titii interest: Titii autem interest, quantum is Seio praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quicquam domino praestet, quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

⁷¹⁴ En HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 11ª ed. Graz (1971), se citan estos dos textos como ejemplos donde se utiliza la palabra *abesse* para hacer referencia a que el garante ha sufrido un perjuicio patrimonial que se entiende equivale al pago en lugar del deudor principal: "das Geld wird als dem Bürgen entzogen, als von ihm hergegeben angesehen".

En este caso, sin embargo, el *abesse* se toma como fundamento para afirmar que el mandante tiene acción, siendo claro que en este caso se está haciendo referencia a la *actio mandati directa*.

En dicho texto, se hace referencia a un contrato de mandato por el que Ticio encarga a un tercero que gestione los asuntos de Seyo, y se nos dice que en tal caso dicha tercera persona está obligada a Ticio por la acción de mandato, y que el objeto del litigio se valorará según el interés de Ticio, siendo dicho interés el de poder cumplir con Seyo, ya que ha quedado obligado con él, bien porque de él había recibido un mandato, bien porque había actuado espontáneamente como gestor de negocios. Y es esta obligación que ha contraído con Seyo lo que le legitima para poder ejercitar la acción de mandato contra su mandatario, incluso antes de que haya entregado nada a Seyo, pues la mera existencia de dicha obligación se considera como una pérdida, que además justifica la utilización de la *actio mandati*.

Beseler⁷¹⁵ ha criticado la clasicidad de dicho texto precisamente porque entiende que la regla que justifica la utilización de la acción de mandato, "*si quid ei abest*", sólo se refiere al mandatario, por lo que entiende que la aplicación de esta regla también al caso del mandante es obra de Justiniano.

⁷¹⁵ *Romanistische Studien*, en SZ 46 (1926), p. 271.

Arangio-Ruiz⁷¹⁶ no está de acuerdo con esta interpretación, por el contrario entiende que la aplicación de dicha regla al caso del mandante está plenamente justificado, pues se dice expresamente en el texto que el objeto del litigio se valorará según el interés de Ticio, y dicho interés no es otro que el cumplir con la responsabilidad que tiene frente a Seyo, como mandatario o gestor suyo, de manera que lo que se nos dice en el texto es que Ticio puede ejercitar la acción de mandato contra su mandatario aún antes de que él haya tenido que responder frente a Seyo.

Vemos pues que la utilización de dicha expresión no siempre se refiere a la especial *actio in factum* de regreso, sino que más bien se utiliza cuando hay que hacer referencia a la justificación de la utilización de una acción, la acción de mandato, cuando hay un perjuicio patrimonial, aunque éste no sea un perjuicio efectivo.

Por todo ello, a nuestro entender, estos dos textos citados por Lenel no pueden tomarse como argumento para concluir la existencia de la especial *actio mandati in factum*.

El requisito del pago para poder ejercitar esta acción de regreso, supone que a dicho requisito ha de hacerse referencia en la fórmula de la propia acción.

⁷¹⁶ *Il mandato in...cit.*, p.164, n.4.

Así Partsch⁷¹⁷ señala que ha dicho pago ha de hacerse referencia en la *intentio* de la propia fórmula, y señala además que dicha referencia al *pecuniam abesse* es análoga a la que aparece en D. 15,1,9,8 (Ulp. 29 ed.) con relación a la *actio in rem verso*.

Según continúa el mismo autor este requisito del pago impidió que los grandes juristas de la época clásica pudieran hablar de la reclamación del garante contra el deudor principal en la época anterior al pago.

Pero, también señala el mismo autor que con el tiempo, y cuando ya los juristas se ven más libres de la presión del edicto, pueden argumentar sobre la fórmula *in factum* del garante y comienzan a haber tímidos intentos para lograr que el garante pueda ejercitar el regreso aún antes de haber hecho efectivo el pago pero cuando ya ha sido condenado, y nuestro autor cita a modo de ejemplo:

C. 4,35,6 (a. 238)

Si fideiussor pro reo patiente fidem suam adstrinxit, mandati cum eo post exsolutam pecuniam vel factam condemnationem potest exercere actionem.

C. 4,35,10 (a.293)

Si pro ea contra quam supplicas fideiussor seu mandator intercessiste, et neque condemnatus es, neque bona eam dilapidare postea coepisse comprobare possis, ut iustam

⁷¹⁷ Griech. Bürgs...cit., p.274.

metuendi causam praebeat, neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire, nulla iuris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgueri certum est...

Así, en la primera constitución se dice expresamente que el fiador puede utilizar la acción de mandato contra el deudor que consintió la fianza, tanto después de pagado el dinero como una vez ya haya sido condenado y antes del pago. Y lo mismo ocurre en esta segunda constitución, donde también se habla de la posibilidad de dirigirse contra el deudor principal en vía de regreso antes del pago.

Frezza⁷¹⁸ señala que siendo el pago un requisito para poder ejercitar la acción de regreso, con el tiempo se acaba produciendo una aproximación entre la *actio mandati in factum* y la *actio mandati in ius* que va a determinar que nos encontremos con textos en los que se habla de garantizar el regreso antes de que se haya producido el pago.

En este sentido también cita estas mismas dos constituciones, y con relación a la primera, la del rescripto de Gordiano, señala Frezza que en él encontramos el principio según el cual la acción de mandato tiene su fundamento en la mera *patientia* del deudor principal, en vista de la posibilidad de que el *fideiussor* ejercite el regreso contra el deudor principal

⁷¹⁸ *Le garanzie delle...I*, pp.176 y ss.

antes del pago, después de que el acreedor ha obtenido la condena del *fideiussor*.

En apoyo de estas argumentaciones, cita también un texto de Escévola:

D. 46,1,45 (Scaevola lib. 6 dig.)

Fideiussor pro venditore fundorum duorum altero evicto conventus ab emptore condemnatus est certam quantitatem: quaesitum est, an cum herede venditoris ante diem, quo iudicatum facere compelleretur, agere possit, respondit agere quidem posse, sed ex iusta causa ad officium iudicis pertinere, quo fideiussor aut defendatur aut liberaretur.

Tal y como señal Frezza, en el rescripto de Gordiano, encontramos el principio según el cual la acción de mandato tiene su fundamento en la mera *patientia* del deudor principal, en vista de la posibilidad de que el *fideiussor* ejercite el regreso contra el deudor principal antes del pago, después de que el acreedor ha obtenido la condena del *fideiussor*. También en el texto de Escévola se hace referencia a tal principio, pero esta vez aplicado a un caso concreto. En el fragmento se hace referencia a la venta de dos fundos, produciéndose la evicción de uno de ellos, resultando condenado el fiador a pagar cierta cantidad al comprador.

La duda que se plantea en el texto es si el heredero del vendedor puede dirigirse contra el fiador antes del momento en que se le imponga el cumplimiento de la sentencia.

En la respuesta a tal cuestión se nos dice que sí puede demandar, pero que será el juez en atención al *officium iudicis* referido al *iudicium mandati in factum*, según afirma Frezza, quien decidirá lo que conviene más al deudor, o intervenir en el proceso de *actio iudicati* contra el *fideiussor* o pagar⁷¹⁹.

En definitiva la importancia que tienen estos dos textos citados por Frezza es, según dice el mismo autor, que ambos proporcionan protección al *fideiussor* sólo después de que se haya producido una sentencia de condena, puesto que como el mismo autor precisa, cuando se produce una condena del garante, ya se puede considerar verificado el presupuesto de la acción de regreso contra el deudor principal, *abesse fideiussori pecuniam*⁷²⁰.

Continúa el mismo Frezza citando otros dos textos sobre el tema, C.4,35,10 (a.293), al que ya hemos hecho referencia, y:

D. 17,1,45 pr.,2 (Paul. 5 ad Plaut.)

*Si mandatu meum fundum emeris, utrum cum dederis
pretium ageres meum mandati an et antequam des, ne*

⁷¹⁹ La frase *ex iusta causa*, ha sido entendida por PARTSCH, en *Griech. Bürg...*cit.; p.274 n.4 como una expresión que está ligada con el *officium iudicis* sólo en este texto y FREZZA, *Le garanzie delle...*l cit., p.177, señala que probablemente se trate de una glosa de un comentarista que quería resaltar que el juez puede decidirse por una u otra solución según las circunstancias.

⁷²⁰ *Le garanzie delle...*l cit., p.177 n.2, donde cita a PARTSCH, *Griech. Bürg...*cit., p.274 n.4.

necesse habeas res tuas vendere? et recte dicitur in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem, quae adversus te venditori competit: nam et ego tecum agere possum, ut praestes mihi adversus venditorem empti actiones.

(2) Item si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, et antequam solvas dicendum est te agere posse, ut obligationem suscipiam: aut si nolit creditor obligationem mutare, cavere tibi debeo defensurum te.

En relación al rescripto de Diocleciano, la mayoría de los autores⁷²¹ añaden al texto las palabras *seu mandator*. Sin embargo Frezza no está de acuerdo en que estas palabras estuviesen en el texto original y es el tenor del propio texto lo que le lleva a tal conclusión.

Según este autor, en el texto se enumeran las condiciones necesarias para legitimar al garante para que pueda ejercitar su derecho de regreso antes del pago de la deuda, y dichas condiciones se refieren a la *fideiussio* y al mandato respectivamente:

- en cuanto a la *fideiussio*: *neque condemnatus est* (C. 4,35,6; D. 46,1,45)
- en cuanto al mandato: *neque bona eam dilapidare postea coepisse comprobare possis..., neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire* (D. 17,1,45, pr. y 2; D. 5,1,41)

⁷²¹ BORTOLUCCI, en BIDR 28, p.255; PARTSCH, *Griech. Bürgs...cit.*, p.274 n.4; SEGRÈ, *Corso...cit.*, p.202.

Es decir, Diocleciano deja en manos del juez que decida si el garante es *fideiussor* o mandatario, y según sea uno u otro tendrá que ver si concurren unas condiciones u otras para proceder a garantizar su derecho de regreso.

Frezza⁷²² señala que de los dos grupos de textos que hemos visto, el primero (C. 4,35,6 y D. 46,1,45) se refiere a la *actio in factum*, y el segundo (C. 4,35,10 y D. 17,1,45, pr. y 2) a la *actio in ius ex fide bona*. En este mismo sentido también cita:

D. 17,1,38,1 (Marcellus lib. sing. Resp.)

Quae frequentissime agitari solet, fideiussor an et prius quam solvat agere possit, ut liberetur. nec tamen semper expectandum est, ut solvat aut iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit aut certe bona sua dissipabit praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori mandati actione reum conveniat.

Frezza pone de relieve respecto al texto, que en él se hace referencia a las condiciones necesarias para que se pueda ejercitar el regreso contra el deudor después de que el garante haya sido condenado: *...solvat aut iudicio accepto condemnetur*, que son las propias de la *actio mandati in factum*.

⁷²² *Le garanzie delle...I cit.*, p.178.

De modo que, según afirma nuestro autor, la intención contenida en el texto es la de aplicar a este supuesto, es decir a toda *fideiussio* en la que se puede utilizar el regreso, las normas propias de la *actio mandati in ius ex fide bona*.

Frezza cree probable que la atenuación de las diferencias entre las distintas fórmulas, y la progresiva unificación de la disciplina jurídica de las garantías personales acaban por producir en época postclásica la unificación del régimen de la *actio in ius* y la *actio in factum*, y la consiguiente posibilidad de garantizar el derecho de regreso del *fideiussor* en todo caso en que existiese el regreso: "il diritto giustiniano ha accolto il risultato di questa innovazione, che è certamente nello spirito della disciplina giustinianèa della fideiussione"⁷²³.

También Kreller⁷²⁴ se pronuncia sobre el requisito del *pecuniam abesse*, y afirma que en estos dos textos de Juliano y Paulo señalados por Lenel hay indicios suficientes para admitir que el pago es requisito necesario para que el garante pueda utilizar la *actio mandati in factum*, y aún señala otro texto también de Paulo en el que cree ver el mismo requisito:

⁷²³ *Le garanzie delle...* cit., p.179.

⁷²⁴ *Zum iud. mand...* cit., pp.120 y ss.

D. 17,1,22,1 (Paul. 32 ed.)

Item tractatum est, si, cum in diem deberem, mandatu meo in diem fideiusseris. et ante diem solveris, an statim habeas mandati actionem, et quidam putant praesentem quidem esse mandati actionem, sed tanti minorem, quanti mea intersit superveniente die solutum fuisse. sed melius est dici interim nec huius summae mandati agi posse, quando nonnullum adhuc commodum meum sit, ut nec hoc ante diem solvam.

En este texto se trata del supuesto de una deuda a término por la que una persona sale fiador por mandato del deudor principal, y el problema que se plantea es qué ocurre cuando dicho fiador paga antes del término.

Según una primera opinión, sí puede utilizarse la acción de mandato contra el mandante, pero no por el total de la cantidad pagada, sino por una cantidad menor, teniendo en cuenta con ello que al deudor le interesaba pagar dicha cantidad cuando llegase el término.

Sin embargo, se hace referencia a otra opinión según la cual ni siquiera por esa cantidad menor se puede demandar por la acción de mandato, siempre que se tenga todavía alguna ventaja en no pagar antes del término.

En cuanto a este texto, Kreller afirma que la conclusión que de él puede extraerse es que la reclamación del regreso depende del pago y del provecho del deudor principal, y si, como ocurre en el citado texto, el pago se produce antes de la llegada del término, es evidente que se priva al

deudor principal de la ventaja que supone el no aprovechar el tiempo que queda hasta que llegue el término prefijado.

Donatuti está de acuerdo con la teoría de la exigencia del pago como requisito para que el garante pueda ejercitar el regreso contra el deudor principal⁷²⁵, pero no está de acuerdo con que este requisito se pueda utilizar como argumento a favor de la existencia de la *actio mandati in factum*.

En cuanto al hecho mismo del pago, el mismo autor continúa y señala que es necesario que sea válido y liberatorio para el deudor principal, y enumera una serie de circunstancias que han de darse con relación al pago, como son:

- que el pago se haga en favor de aquel que está autorizado a recibirlo⁷²⁶
- que el acreedor reciba aquello que estaba legitimado a exigir⁷²⁷
- no se puede decir que el pago se ha hecho si la propiedad transmitida es revocable⁷²⁸.

⁷²⁵ *L'actio mand...*cit., pp.290 y ss., y pp. 300 y ss., donde afirma que la confirmación de tal afirmación la encontramos en los muchos textos que los juristas clásicos ha dedicado al tema.

⁷²⁶ *D. 17,1,26,5 (Paul. 32 ad ed.): Si mandatu tuo fideiussi decem et procuratori creditoris solvi: si verus procurator fuit statim mandati agem:quod si procurator non est, repetam ab eo.*

⁷²⁷ *D. 17,1,47,1 (Pomp 3 ex Plaut.): Si is, qui pro te hominem dare fideiussit, alienum hominem stipulatori dederit, nec ipse liberatur nec te liberat et ideo mandati actionem tecum non habet.*

⁷²⁸ *D. 46,1,20 (Iav. 13 epist.): Sed et si servi dominus pecuniam solverit, repetere eam non ab eo pro quo fideiussit, sed ab eo cui numeravit poterit, cum servus fideiussiones nomine obligari non possit. sequitur ergo, ut ab eo, pro quo fideiusserat, repeti non possit, cum ipse aere alieno obligatus sit nec solutione liberari sius pecuniae nomine potuerit, cuius obligatio ad servum non pertinuit.*

Y continúa señalando que, evidentemente, para que el garante pueda dirigirse contra el deudor principal, es necesario que haya sufrido una disminución patrimonial como consecuencia del cumplimiento del mandato.

Es decir, tal y como señala Donatuti, con el pago hecho por el garante se cumple, por un lado, el presupuesto del sacrificio patrimonial *ex causa adpromissionis*, y por el otro, el presupuesto de la ejecución del mandato, ya que el objeto de éste es la propia *adpromissio*⁷²⁹.

Este especial objeto es lo que, según Donatuti, exige el requisito del pago, entendido éste como un sacrificio patrimonial para el garante como consecuencia precisamente del cumplimiento del mandato, y todo ello va a legitimarle para que pueda ejercitar la normal *actio mandati contraria in ius* como acción de regreso⁷³⁰.

Watson⁷³¹, por su parte señala que uno de los argumentos que pueden esgrimirse contra la utilización de estos dos textos para concluir la existencia de la especial *actio in factum*, es precisamente que no es nada extraño que ambos textos hagan referencia al *pecuniam abesse* con relación a los garantes, ya que, como ya hemos puesto de relieve con anterioridad,

⁷²⁹ *L'actio mand...cit.*, p.318.

⁷³⁰ *L'actio mand...cit.*, p.348, y en las pp. 342 y 343, al hablar de este tema hace referencia también a este texto y lo pone en relación con D.17,1,51 (*lav. 9 ex Cassio*), texto en el que también se hace referencia a un mandato de prestar fianza *in diem*, y afirma que en ambos casos se dan los presupuestos necesarios para poder utilizar la normal *actio mandati contraria in ius*.

⁷³¹ *Contract of...cit.*, p.85.

de las aproximadamente 125 situaciones de las que se ocupa D. 17,1, unas 55 más o menos se refieren a supuestos de garantía, por lo que no tiene que parecer extraño que los dos únicos textos donde se hace referencia al *pecuniam abesse* se refieran al recurso que tiene el garante.

Ahora bien, el propio Watson al mismo tiempo, aún admitiendo que dicha crítica es cierta, a la vez también señala que tampoco afecta demasiado a la teoría de Lenel, puesto que éste sólo utiliza este argumento con carácter complementario.

También Frezza⁷³² coincide en señalar que desde el punto de vista de la estructura de la fórmula, parece que el hecho sobre el que se fundaba el regreso del garante era que *abest pecunia fideiussori*, cuando éste había pagado en lugar del deudor principal, tal y como se ve en D.17,1,26,2 y D.17,1,47, pr.

Es decir, para este autor lo que justifica el regreso no es otra cosa que el injusto empobrecimiento del garante, idea que el mismo afirma es simétrica a la del injusto enriquecimiento que sirve como base a los juristas clásicos para crear la *condictio indebiti*.

⁷³² *Le garanzie delle...l cit.*, pp.163 y ss.

III.5.4- LA ACTIO MANDATI IN FACTUM Y LA ACTIO DEPENSI.

En este punto nos parece muy interesante la afirmación de Frezza sobre la importancia del *depensum* y sobre la necesidad de relacionar y comparar nuestra acción especial *in factum* con la *actio depensi*.

Así lo hace nuestro autor partiendo del estudio de un texto de Ulpiano:

D. 17,1,29,6 (Ulp. 7 disp.)

Fideiussor, si solus tempore liberatus tamen solverit creditori, recte mandati habebit actionem adversus reum: quamquam enim iam liberatus solvit, tamen fidem implevit et debitorem liberavit: si igitur paratus sit defendere reum adversus creditorem, aequissimum est mandati iudicio eum quod solvit recipere. et ita Juliano videtur.

En este texto, se habla de un garante, que en el texto original sería un *sponsor*, que paga al acreedor una vez que ya ha transcurrido el tiempo durante el cual se habría obligado a responder. La cuestión es si tras esta extinción de su obligación *ope legis* puede o no recuperar lo pagado dirigiéndose contra el deudor por el que ha pagado.

A este respecto Ulpiano afirma que sí puede puesto que lo que ha hecho el garante es cumplir su palabra y liberar al deudor, aunque lo haya hecho cuando ya estaba liberado de su obligación, y además Ulpiano señala que la misma opinión tiene Juliano sobre dicho supuesto.

Frezza⁷³³ entiende que este texto de Ulpiano completa a Gai. 3,127, texto según el cual el *sponsor*, a la hora de ejercitar su regreso contra el deudor principal, tiene a su disposición la *actio depensi* y la *actio mandati*.

De modo que, según continúa el mismo autor, aquí Juliano y Ulpiano consideran que la extinción *ope legis* de la responsabilidad del *sponsor* no implica la extinción del mandato, lo cual explicaría que en caso de pago voluntario, al que nos remite el citado texto, el *sponsor* conserve la posibilidad de ejercitar su derecho de regreso a través de la *actio mandati*.

Otro texto al que se refiere Frezza es:

D. 17,1,33 (Iul. 4 ex Min.)

Rogatus ut fideiuberet si in minorem summam se obligavit, recte tenetur: si in maiorem, Iulianus verius putat quod a plerisque responsum est eum, qui maiorem summam quam rogatus erat fideiussisset hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus esset, quia id fecisset, quod mandatum ei est: nam usque ad eam summam, in quam rogatus erat, fidem eius spectasse videtur qui rogavit.

Sobre dicho texto, Frezza señala que sin duda se refiere al caso de un *sponsor* que ha pagado mayor cantidad que aquella por la que se obligó.

⁷³³ *Le garanzie delle...* cit., p.164.

Pero afirma el mismo que, probablemente, en el texto originario también se plantearía la cuestión de si el *sponsor* podía utilizar la *actio depensi* para recuperar aquello que excedía la suma *in quam rogatus erat*.

El propio Frezza se atreve a hacer una suposición sobre el probable tratamiento de dicha cuestión en el texto originario. De modo que, según su opinión, en el caso de que el *sponsor* ejercitara una "*actio depensi in maiorem summam quam in quam sponsor rogatus esset*", el deudor principal podría oponer una *exceptio doli*, es decir, para nuestro autor, la *fides* del mandato constituía probablemente para Juliano un límite a la legitimación del *sponsor* al regreso contra el deudor principal.

Y sobre el mismo tema aún cita el mismo autor un tercer texto:

D. 17,1,52 (lav. 1 epist.)

Fideiussorem, si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum sponndit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo: a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit. itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fideiussori dare et fideiussor id quod dederit, id est melius triticum condicet, exceptione cum doli mali summoveri existimo.

En este caso el supuesto que se nos plantea es el de un garante que promete trigo por el deudor, pero sin especificar qué clase de trigo.

Javoleno afirma que dada esta circunstancia, sólo podrá reclamar en vía de regreso el inferior trigo por el que pudo liberarse frente al acreedor, y en caso de que el fiador hubiera pagado con un trigo mejor y reclama éste al deudor principal, será rechazado con la *exceptio doli*.

Ahora bien, Frezza señala que mientras que para él está claro que Javoleno trataba en el texto originario de una *sponsio*, no está claro cuál era la acción de la que se hablaba en el texto original. Según propone nuestro autor, el texto no hablaría de una *actio mandati*, sino de una *condictio* del *sponsor* contra el deudor.

Frezza continúa y se plantea también, respecto al mismo texto, la cuestión de qué decisión habría tomado Javoleno en el caso de que el regreso se hubiese articulado a través de la *actio mandati*.

En este caso, supone nuestro autor que, probablemente, se entendería que el garante, al haber cumplido de una forma que resulta más onerosa para el deudor principal de la que habría resultado si hubiese sido él mismo quien hubiese cumplido, se entiende que el garante no ha observado diligentemente los límites de su obligación, por lo que habría estado expuesto a la misma *exceptio doli* que Javoleno estimaría ejercitable frente a la *actio depensi*.

Vistos estos tres textos, Frezza llega a la conclusión de que la única diferencia que existe entre el régimen de la *actio mandati* y de la *actio depensi* está en que esta última supone una condena *in duplum* y además no

puede ejercitarse antes de seis meses desde el día en que el *sponsor* ha pagado.

Es lógico pensar, por tanto, tal y como hace Frezza, que probablemente el *sponsor* sólo utilizaría la *actio depensi*, es decir sólo esperaría esos seis meses para reclamar lo pagado, en el caso de que se trate de un deudor que carezca totalmente de medios para pagar, de modo que nada se conseguiría si se ejercitara antes la *actio mandati*.

Pero en cualquier otro supuesto, es lógico pensar que el *sponsor* la mayoría de las veces utilizará la *actio mandati*, puesto que ello le permitirá cobrar antes el dinero que él ya ha desembolsado.

Esto además, según concluye Frezza⁷³⁴ sería la explicación de por qué la *actio mandati contraria* se pudo introducir como acción común de regreso tanto para el *sponsor* y el *fidepromissor* como para el *fideiussor*, de modo que la *actio depensi* queda como la única posible acción de regreso para el *sponsor* en algunas hipótesis en las que la *actio mandati* no se podía utilizar.

Respecto a este tema de la relación entre *actio depensi* y *actio mandati contraria* nos parece muy interesante reseñar la opinión de Kaser⁷³⁵.

Este autor, al igual que Frezza, hace referencia a la *actio depensi* al hablar de la acción especial de regreso. Señala que para la implantación de esta acción especial influyó la condición de *depensum*, ya que la diferencia

⁷³⁴ *Le garanzie delle...* cit., p.166.

⁷³⁵ *Unmittelbare...* cit., pp. 124 y ss.

fundamental entre la *actio depensi* y la normal *actio mandati* utilizada en vía de regreso es precisamente, el hecho de que el fundamento del regreso en la *actio depensi* es el pago, o como hemos visto un perjuicio patrimonial equivalente, mientras que en la *actio mandati contraria in ius* es el mandato.

Es esta diferencia fundamental lo que probablemente determinó la inclusión en el edicto de esta especial acción de regreso cuyo fundamento está en el pago al igual que en el caso de la acción a la que va a sustituir, la *actio depensi*.

Kaser⁷³⁶ entiende que fundamentalmente existen dos motivos para la creación de esta fórmula especial de regreso:

- primero, porque con esta acción el regreso no necesita de la existencia de un mandato expreso o que se trate de un *negotium gestum* del deudor, incluso basta con el *intervenire pati*. Además, el utilizar esta nueva forma de regreso basada en la utilización del mandato supone la ventaja de que puede contraerse *inter absentes* y no es necesaria la *unitas actus*, cosa que sí ocurría con la *actio depensi*
- segundo, por las ventajas que supone respecto a la propia *actio depensi*, pues con esta acción especial de regreso desaparece el plazo de seis meses que tenía el deudor principal para pagar al *sponsor*, y además puede aplicarse a todas las formas de garantía personal, tal y como ya hemos visto que expresa claramente Gayo en Gai 3,127.

⁷³⁶ *Unmittelbare...cit.*, p.131.

Vemos pues, que con la creación de esta nueva acción se pasa a un régimen más sencillo y más beneficioso para el garante. Estas ventajas determinarán a su vez la desaparición progresiva de la *actio depensi*, aunque subsiste en el proceso formulario clásico, junto a la nueva acción especial gracias a su regulación por la *Lex Publilia* conservando los caracteres que le son propios y que recuerdan a su originario carácter ejecutivo⁷³⁷.

Son precisamente estos caracteres los que hacen que la *actio depensi* sea una figura anticuada: el plazo de seis meses que se da al deudor y la litiscrescencia, que en la práctica se traduce en aumentar la condena al doble⁷³⁸.

Todas estas circunstancias son las que van a determinar que en la práctica vaya cayendo en desuso la *actio depensi* y por el contrario nazca la necesidad de crear una acción especial para regular el regreso del garante frente al deudor. Tiene que ser una acción que carezca de todos los caracteres anticuados propios de la *actio depensi*, y en tal sentido lo que se hace es partir de la figura del contrato de mandato.

Ahora bien, es en este punto donde tenemos que plantearnos la cuestión de a qué tipo de acción nos estamos refiriendo.

Lenel habla en todo momento de una *actio in factum*, y así lo admiten la mayoría de los autores que siguen su teoría.

⁷³⁷ *Le garanzie delle...* cit., pp.163 y ss.

⁷³⁸ *Unmittelbare...* cit., p.131.

Sin embargo, Kaser en ningún caso la califica de *actio in factum*, sino que simplemente se refiere a dicha acción como una "Sonderklage" o una "prätörischen Sonderformel", y la reconstruye como sigue⁷³⁹ :

Si paret Nm. Nm. Passum esse Am. Am. Pro se fideiubere (fidepromittere, spondere), si quis As. As. Pro eo solverit, quanta pecunia Ao. Ao. Abest, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. Condemnato, s. n. p. a.

Vemos que en esta fórmula se hace referencia al *pecuniam abesse*, que ya hemos señalado cómo Lenel entiende que era un requisito para poder ejercitar dicha acción , y que a tal condición seguramente se haría referencia en la fórmula.

Kaser⁷⁴⁰ afirma que la acción de regreso no podía ser una acción con la *demonstratio: Quod Ns. Ns. Ao. Ao. Mandavit, ut...*, ya que la acción que garantizaba el regreso tenía en cuenta también los casos en los que no existía un mandato expreso, como el caso ya citado de D. 17,1,6,2 (*Ulp. 31 ad ed.*), por lo que en su fórmula procesal no debía hacer referencia a la existencia de un mandato, y sí al hecho del pago, pues éste es el que determina que haya regreso.

⁷³⁹ *Unmittelbare...cit.*, pp.124 -165.

⁷⁴⁰ *Unmittelbare...cit.*, p.171.

A este respecto Giménez-Candela entiende que este argumento expuesto por Kaser no es ni mucho menos concluyente. Esta autora señala que la citada *demonstratio* no sería ningún obstáculo para el regreso del garante, ya que cuando un garante paga por el deudor principal, se entiende que existe un mandato⁷⁴¹.

Sobre la naturaleza *in factum* de esta acción especial, piensa que quizá Lenel al hacer esta afirmación pensó en la comparación con la *actio in factum* del *filius familias* que ha aceptado un mandato para pagar una cantidad a una tercera persona, supuesto al que se refiere D. 17,1,12,6 (Ulp. 31 ad ed.)⁷⁴², y que entiende no es comparable, puesto que en este texto se habla del caso de un *alieni iuris*, y por lo tanto distinto a los demás supuestos señalados.

Nosotros entendemos que si se admite la validez de la teoría de Lenel, y con ello la de los dos argumentos a los que alude, la consecuencia más lógica es la de concluir que la especial *actio mandati* de regreso es una *actio in factum*.

Determinante en este sentido es sin duda el hecho de que es el pago lo que lleva a que el garante pueda dirigirse en vía de regreso contra el deudor principal. Y a dicho hecho se hace referencia en la fórmula, como ocurre en

⁷⁴¹ *Mand. und Bürg...*cit., p.171.

⁷⁴² Texto del que ya nos hemos ocupado al tratar los textos que constituyen el primer argumento de Lenel.

todas las acciones *in factum*, el ya citado *pecuniam abesse* a que Lenel se refiere como el segundo argumento que le lleva a concluir la existencia de la citada acción especial.

Es cierto que Kaser se muestra algo reticente a referirse a dicha acción especial como una acción *in factum*, pero también es cierto que no propone otra posibilidad alternativa.

CONCLUSIONES

En derecho romano, no existe un concepto de garantía personal, lo que sí existe es una serie de figuras jurídicas que son utilizadas con tal función.

Independientemente de la postura que se adopte sobre si su función originaria era o no garantizar el cumplimiento de las obligaciones, lo que es evidente es que la *sponsio* es la forma más antigua de garantía personal.

Con posterioridad, surge, al lado de la *sponsio*, la *fidepromissio*, que es una figura creada a imagen y semejanza de la primera, pero para que pueda ser utilizada por los *peregrini*, puesto que la *sponsio* estaba reservada para los ciudadanos romanos.

Es más tarde, cuando, con la aparición de la *fideiussio*, surge por primera vez el concepto técnico de garantía. Su aparición supone un régimen jurídico mucho más flexible y práctico que el de la *sponsio* y la *fidepromissio*.

En los casos de la *sponsio* y la *fidepromissio*, se prometía una prestación igual a la del deudor principal, pero propia, mientras que el *fideiussor* promete lo mismo que el deudor principal garantizado. Esta diferencia es esencial, puesto que va a determinar la autonomía de la obligación de *sponsor* y *fidepromissor* respecto a la obligación del deudor principal, y la accesoriedad de la obligación del *fideiussor* respecto de la obligación de su deudor.

Junto a esta accesoriedad, otra peculiaridad de esta nueva forma de garantía frente a las otras dos ya existentes, reside en el hecho de que no tiene una acción específica para el regreso del *fideiussor*, mientras que para

el caso de la *sponsio*, se promulgó una *lex Publilia* por la que se concedía una *actio depensi* para el regreso del *sponsor*. Y en lugar de crear una acción de regreso para el *fideiussor*, se utiliza la *actio mandati contraria* con tal función, pero no sólo en el caso de la *fideiussio*, sino también en los de la *sponsio* y la *fidepromissio*, de manera que el *sponsor* puede actuar en vía de regreso contra el deudor principal tanto con la *actio depensi* como con la *actio mandati contraria*.

En nuestra opinión, se acude a esta acción porque es el medio más práctico para articular el regreso. Y ello es consecuencia directa de los caracteres propios del contrato de mandato. Éste surge en el s.III a. C., coincidiendo con la expansión de Roma tanto en la península itálica como en el Mediterráneo.

Este nuevo contrato tiene una serie de caracteres que hacen que sea muy utilizado en la práctica, y que cada vez se amplíe más su propio campo de aplicación, hasta llegar a ser aplicado en el campo de las garantías personales, ya como una propia forma de garantía, como es el caso del mandato de crédito, ya utilizando la acción de mandato como acción de regreso.

El mandato es un contrato consensual, gratuito, y que tiene como fundamento la amistad, *amicitia*, entre mandante y mandatario, y ésta, a su vez, supone que quien acepta cumplir un mandato, está asumiendo un *officium*, es decir, la obligación de cumplir con el encargo que le ha sido

encomendado. Este encargo objeto del mandato, suele consistir en que el mandatario lleve a cabo un negocio con una tercera persona.

Con relación al tema del objeto del contrato de mandato, hay que señalar que es válido el mandato en cuya ejecución tiene interés el mandante, *mea gratia*, aquél en el que tiene interés un tercero, *aliena gratia*, pero no es válido aquél cuya ejecución sólo tiene interés para el mandatario, *tua gratia*.

Ello supone que para algunos autores el mandato de crédito no pueda ser más que un mandato *tua gratia*, que tiene validez bien porque lleva adjunta una promesa de indemnizar por los posibles perjuicios, bien porque se le concede dicha validez de forma excepcional, en atención a que el mandatario no habría actuado así de no mediar el mandato, frente a la regla general que es la de la invalidez del mandato *tua gratia*.

Sin embargo, nosotros entendemos que, en realidad, estos autores, cuando califican el mandato de crédito como *tua gratia* lo hacen partiendo de una errónea interpretación de Gai. 3,155 y 156, donde Gayo está hablando de los distintos tipos de mandato, y al señalar la nulidad del mandato *tua gratia*, interpretan que está hablando del mandato de crédito, cuando en realidad está hablando del *mandatum pecuniae faenerandae*.

Ello además aclararía la llamada controversia Servio-Sabino a la que el propio Gayo hace referencia. Ya que en realidad, y en ello seguimos a Guarino, el texto gayano no ha de tenerse por genuino, y en su tenor original, probablemente Gayo no haría referencia a ninguna discusión entre sabinianos

y proculeyanos, sinó que simplemente estaría citando la opinión de Servio, que es la de negar la validez del mandato de crédito por considerarlo un mandato *tua gratia*, y luego pasaría a citar la tesis propuesta por Sabino en una época posterior, admitiendo la validez del mandato de crédito, siendo esta última teoría admitida por la mayoría de los juristas.

Se trata de posturas que corresponden a épocas distintas, probablemente en el tenor original del texto, Gayo haría una exposición sobre todo un movimiento jurisprudencial acerca de la validez o no del *mandatum pecuniae credendae*, siendo el origen de esa exposición la opinión de Servio, y ésta continuaría hasta llegar a la tesis afirmativa de Sabino. Dicho texto, con el paso del tiempo, podría haber sufrido modificaciones hasta llegar al estado actual, en que sólo aparecen las posturas de Servio y Sabino, y que, al ser contrarias, parece que hagan referencia a una discusión doctrinal que en realidad no existió.

Para nosotros es claro que el mandato de crédito es válido porque es un mandato *aliena gratia*, y, a su vez, cuando dicho préstamo objeto del mandato, se hace a interés, *mandatum pecuniae faenerandae*, también estamos ante un mandato perfectamente válido, pues en este caso estamos ante un mandato *tua et aliena gratia*.

En la generalización de la utilización del mandato de crédito como forma de garantía personal, es claro que juega un papel determinante la posibilidad que tiene el mandatario de utilizar la *actio mandati contraria* en vía

de regreso contra su mandante. Si bien hay que tener en cuenta que la independencia de las causas de la obligación del deudor principal y la del mandante hace que el mandatario no esté obligado a dirigirse primero contra el deudor principal, y sólo en caso de que éste no le responda pueda dirigirse contra su mandante, sino que puede elegir contra quien se dirige en primer lugar.

Ahora bien, a pesar de que es cierto que esta acción contraria era la acción que normalmente se utilizaba en el ámbito del mandato de crédito, también tenía su utilidad propia la *actio mandati directa*. Con esta acción el mandante va a poder obtener la cesión de las acciones que el mandatario tiene, como consecuencia del mandato de crédito, contra el deudor.

Las diferentes causas de la obligación del deudor principal y del mandante impide la solidaridad entre ambas, y ello implica que la *litis* entablada contra el deudor no extinga la acción que el mandatario tiene contra el mandante, y viceversa, la *litis* entablada contra el mandante no extingue la obligación del deudor.

Vemos pues, que por medio de la utilización de la *actio mandati contraria*, el contrato de mandato se utiliza en la práctica como un instrumento de garantía que se asemeja mucho a la *fideiussio*. Ahora bien, a pesar de dichas semejanzas, existen determinados rasgos que los diferencian claramente. Y dichos rasgos hacen que en época clásica estemos ante dos formas de garantía totalmente diferenciadas, aunque con el tiempo irán

evolucionando hasta que en época de Justiniano, son prácticamente idénticas.

Estos elementos esenciales que diferencian claramente ambas figuras son:

- en primer lugar, la oralidad propia de la *fideiussio*, que exige la presencia de las partes, frente a la consensualidad del mandato de crédito, que permite que se constituya *inter absentes*.
- en segundo lugar, la accesoriedad de la obligación que surge de la *fideiussio* con respecto a la obligación principal, mientras que en el mandato de crédito, la obligación del mandante es independiente de la del deudor principal.
- en tercer lugar, la *fideiussio* puede constituirse con posterioridad a la deuda principal, pero nunca antes, mientras que el mandato de crédito, necesariamente ha de ser anterior a la obligación que va a garantizar.
- en cuarto lugar, de la *fideiussio*, al ser una estipulación, va a surgir la correspondiente acción de derecho estricto, mientras que en el caso del mandato de crédito, como estamos ante un contrato consensual, de él nacerán las correspondientes acciones de buena fe.

Es claro que con el mandato de crédito surge una nueva forma de garantía personal con la que se consigue la misma finalidad que con la *fideiussio*, pero ambas figuras conservan elementos característicos que hace que sean dos figuras distintas, aunque ya hemos señalado que estos elementos acaban desapareciendo en la práctica.

Ya hemos señalado que una de las notas característica propias de la *fideiussio* es que no tiene una acción de regreso propia, sino que se utiliza la *actio mandati contraria* en dicha función. Si bien hay que tener en cuenta que, en nuestra opinión, y una vez analizadas las distintas opiniones doctrinales, lo más lógico es pensar que con el término *contraria* se hace referencia a la misma acción que puede ser utilizada en ambos sentidos, y que dicho término simplemente hace referencia al sentido en que se utiliza dicha acción. De manera que en aquellos negocios que dan lugar a obligaciones recíprocas para ambas partes, es lógico que se procure protección para los intereses de ambas partes, independientemente de que, efectivamente, haya una obligación que es más frecuente que la otra.

Sin embargo, nos encontramos con que Lenel no admite que sea la normal *actio mandati contraria* la acción de regreso del *fideiussor*, sino que piensa que se creó una especial *actio mandati in factum* para ser utilizada con tal función.

Hay que señalar que la mayoría de la doctrina admite la existencia de dicha acción especial, y la niegan unos pocos.

En nuestra opinión, aunque no nos parece que pueda rechazarse on rotundidad la teoría de Lenel, sí que tenemos que reconocer que también nos cuesta admitirla. Pensamos que si tal acción hubiese existido, es bastante probable que a ella se hiciera referencia en más textos aparte de los señalados por Lenel, cosa que no ocurre en absoluto. Por otra parte, el

fideiussor, podía ejercitar su regreso, perfectamente, con la normal *actio mandati contraria in ius*, cosa que admite el propio Lenel, quien en ningún momento niega que pudiese utilizarse dicha acción con tal función.

Todo ello, unido al poco valor que para nosotros tiene la presencia de la expresión *pecuniam abesse* en dos textos que, según Lenel, harían referencia a dicha acción especial, nos hace dudar de la existencia de la misma.

BIBLIOGRAFIA

- ACCARIAS, *Précis de droit romain*. Paris (1891).
- ALBERTARIO, *Ancora "verus" e "falsus" procurator* en *SDHI* 2(1936).
- ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale*. Milano (1947).
- ALBERTARIO, *Procurator unius rei. Studi di Diritto Romano III*. Milano (1941).
- ALIBRANDI, *Opere politiche e storiche I*. Roma (1896).
- ANGELINI, *Il procurator*. Milano (1971).
- APPLETON, *Le fragment d'Este*, en *Revue générale de droit*. Paris (1900).
- APPLETON, *Les lois romaines sur le cautionnement*, en *SZ* 26 (1905).
- ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*. Roma (1948-1949), reimpr. anast. Napoli (1965).
- BERETTA, *Sulle formule da stipulazione fideiussoria e novativa*, en *Scritti in onore di Contardo Ferrini I*. Milano (1947).
- BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV*. Tübingen (1920).
- BESELER, *Miscellanea critica I*, en *SZ* 43 (1922).
- BESELER, *Miscellanea critica II*, en *SZ* 45 (1925).
- BESELER, *Romanistische Studien*, en *SZ* 46 (1926).
- BESELER, *Textkritische Studien*, en *SZ* 53 (1935).
- BETTI, *Diritto romano*. Padova (1935).
- BETTI, *L'antitesi storica fra iudicare e damnare*, en *RISG* 56 (1915).
- BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, 2ª ed.

Milano (1955).

BIONDI, *Iudicia bonae fide*. Palermo (1920).

BIONDI, *Sponsio e stipulatio*. BIDR 65 (1962).

BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*. Napoli (1959).

BONFANTE, *Storia del diritto romano*. Roma (1934).

BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, en BIDR 27(1914) y BIDR 28 (1916).

BORTOLUCCI, *Ratihabitio mandato comparatur*. Módena (1916).

BORTOLUCCI, *Studi critici e giuridici sul Digesto*, en BIDR 20 (1908).

BOSSOWSKI, *Die Abgrenzung des Mandatum und der negotiorum gestio im klassischen und justinianischen Recht*. We Lwowie (1937).

BUCKLAND, *Les limites de l'obligation du fideiussor*, en RHD 12 (1933),

BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*. Torino, (1995),

BURDESE, *Mandatum mea, aliena, tua gratia*, en *Studi Arangio-Ruiz I*. Milano (1952).

BURDESE, *Sull'autorizzazione ad alienare in diritto romano*. Torino (1950).

BÜRGE, *Salarium und ähnliche Leistungsentgelte beim mandatum*, en *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*. D. Nörr, S. Nishimura. Springer-Verlag (1993).

CALONGE, *Ratihabitio Mandato Comparatur*. Estudios en honor al prof. Sánchez del Río. Zaragoza (1967).

CHOE, *Die Schulkontroverse bei Überschreitung des Auftrags zum Grundstückskauf*, en *Mandatum und Verwandtes*. Beiträge zum

römischen und modernen Recht. D. Nörr, S. Nishimura. Springer-Verlag (1993).

CONSENTINI, *Ratihabitio mandato comparatur*, en *Annali del Seminario Giuridico della Università di Catania I* (1946-47).

CONSTADAKY, *Le mandat de crédit*. París (1932).

CORNIOLEY, *Naturalis obligatio, Essai su l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*. Génova (1964).

COSTA, *Cicerone giuriconsulto*. Bologna (1927).

COSTA, *Diritto romano nelle comedie di Plauto*. Roma (1968).

COUDERT, *Recherche sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*. Nancy (1957).

D'ORS A., *Observaciones sobre el 'Edictum de rebus creditis'*, en *SDHI* 19 (1953).

D'ORS A., *Una nueva lista de acciones infamantes*, en *SODALITAS. Scritti in onore di Antonio Guarino*. Napoli (1984).

DAUBE, *Utiliter agere*, en *IURA* 11 (1960).

DAVID, *Recensión a FLUME, Studien zur Akzessorietät der römische Bürgschaftsstipulationen*. Weimar (1932), en *SZ* 53 (1953), p.611 y ss.

DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione I*. Roma (1940).

DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio*, en *SDHI* 6 (1940).

DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle*

interpolazioni., en *BIDR* 19 (1907).

DNIESTRZANSKI, *Die Aufträge zugunsten Dritter*. Leipzig (1904).

DONATUTI en *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano I. L'actio mandati dell'adpromissor*, en *Studi di Diritto Romano I*. Milano (1976).

DONATUTI, *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano II. La volontà del mandante*, en *Studi di Diritto Romano I*. Milano (1976).

DONATUTI, *Mandato incerto*, en *Studi di Diritto Romano vol I*. Milano (1976).

DRECHSLER, *Die actio quod iussu*. Würzburg (1877).

DUMONT, *La gratuité du mandat en droit romain*, en *Studi in onore di V. ARANGIO-RUIZ II*. Milano (1952).

ESPINOSA, *Mandato de crédito*. Barcelona (1994).

F. DE BUJÁN, *Un spuesto polémico a propósito de exceso de mandato*, en *Estudios en honor del profesor J. Iglesias III* (1988).

FEENSTRA, *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis en droit romain classique*, en *Études Macqueron* (1970).

FERRINI, *Sulla dottrina romana della negotiorum gestio*, en *BIDR*, 7 (1894).

FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römische Bürgschaftsstipulationen*. Weimar (1932).

FLUME, *Zu den römische Bürgschaftsstipulationen*, en *SZ* 113 (1996).

FÖRSTER, *Der Kreditauftrag*. Leipzig (1903).

FRESE, *Prokurator und Negotiorum Gestio im Römischen Recht*, en *Mélanges Cornil I* (1926).

- FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung mit der Prokurator*, en Studi Riccobono IV. Palermo (1936).
- FRESE, *Defensio solutio expromissio des unberufenen Dritten. Studi in onore di P. Bonfante IV*. Milano (1930).
- FRESE, *Prokurator und negotiorum Gestio*. Römischen Recht, Mélanges G. Cornil I, Gand (1926).
- FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. vol I. Le garanzie personali*. Padova (1962).
- GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium*. Roma-Madrid (1958).
- GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*. Tübingen (1894).
- GIMÉNEZ-CANDELA, *Mandatum und Bürgerregress, en Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Rect*. Springer-Verlag (1993).
- GIRARD, *Manuel elementaire de Droit romain*. París (1924).
- GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeine Civilrecht*. Jena (1850-1).
- GLÜCK, *Pandekten*. Cambridge (1879).
- GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*. Berlin (1887).
- GUARINO, *Alle origini del mandatum credendi, en Derecho Romano de Obligaciones*. Homenaje al prof. José Luís Murga Gener. Madrid (1994).
- GUARINO, *Mandatum Credendi*. Napoli (1982).
- HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss*. Leipzig (1924).

- IACOBY, *Die Crediterkundigung*. Berlin (1891).
- JÖRS-KUNKEL-WENGER, *Römische Privatrecht*. Berlin (1935), 4ª ed. (1987).
- KASER, *Das römische Privatrecht I*. München (1959).
- KASER, *Fraus*, en SZ, 63 (1943).
- KASER, *Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenregress*, en SZ 100 (1983).
- KRELLER, *Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis*; en SZ 5 (1939).
- KRELLER, *Kritische Digestenexegesen zur Frage des Drittschadenersatzes*, en SZ (1948).
- KRELLER, *Zum Iudicium Mandati*, en *Festgabe Heck Rümelin Schmidt*. Tübingen (1931).
- KUNKEL, *Römisches Rechtsgeschichte 2*. Heidelberg (1948).
- LABRUNA, *Interpretazione di Gai 3,119a (Gaio nel suo tempo)*. Napoli (1966).
- LE BRAS, *L'évolution générale du procureur en droit privé romain*. Paris (1922).
- LENEL, *Das Edictum Perpetuum*. Leipzig (1927). 3ª ed. (1985).
- LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis, I-II*. Graz (1960).
- LEVY, *Die Gefahrung beim Kauf im Klassischen römischen Recht*, en SZ 47(1927).
- LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio*. Berlin. (1907).
- LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers, des dritten und des Beauftragten*, en BIDR 78(1975).
- LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*. Roma (1947).

- LONGO, *Corso di diritto romano. La fiducia*. Milano (1946).
- LONGO, *Richerche sull'obligatio naturalis*. Milano (1962).
- LUZZATO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*. Milano (1934).
- MANCALEONI, *Mandatum tua gratia e consilium*, en *RISG* 27 (1899).
- MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*. Tübingen (1876).
- MANIGK, v. *iudicium contrarium*, en Pauly Wissowa R. E., IX, 2, C. 2481
- MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*. Milano (1966).
- MICHEL, *Gratuité en droit romain*. Université Libre de Bruixelles (1962).
- MITTEIS, *Privatrecht*. Leipzig (1935).
- MITTEIS, Über die Herkunft von *Sponsio* und *Stipulatio*, en *BIDR*, 44 (1936-1937)
- MORELLI, *Die Geschäftsführung im klassischen römischen Recht*. Leipzig (1935).
- MÜLLER, *Der Kreditauftrag als mandatum qualificatum insbesondere nach römischem und schweizerischem Recht*. Zürich (1936).
- NÖRR, *Mandatum, fides, amicitia*, en *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*. Springer-Verlag, (1993).
- OESTERLEY, *Über das Mandatum qualificatum*. Göttingen (1891).
- PARTSCH, *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*. Berlin (1931).
- PARTSCH, *Griechisches Bürgschaftsrecht*. Leipzig (1909), reimpr. Stuttgart (1966).
- PARTSCH, *Studien zur Negotiorum Gestio I*. Heidelberg (1913).

- PASTORI, *Elementi di Diritto romano. Le obbligazioni*. 2ª ed. Milano (1991).
- PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*. Bologna (1994).
- PERNICE, *Parerga VIII. IX*, en SZ 19 (1898).
- PERNICE, *Labeo, II, I²*. Halle (1895).
- PEROZZI, *Interpretazione di Gai 3.119a*, en *Studi Bonfante I*. Milano (1930).
- PEROZZI, *Istituzione di diritto romano II*. Roma (1928).
- PEROZZI, *Le obbligazioni romane; y Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, en *Scritti giuridici II* (1948).
- PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, en SZ 32 (1911).
- PRINGSHEIM, *Animus donandi*; en SZ 42 (1921).
- PRINGSHEIM, *Noch einmal Gai, III, 161 und Inst. Just. 3, 28, 8*. en SZ 72 (1955).
- PROVERA, en *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*. Torino (1951).
- PROVERA, *Linee generali di uno studio sui iudicia contraria*, en SDHI 8 (1942).
- PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. Leipzig (1849).
- QUADRATO, *Ancora su utiliter agere*, en LABEO 10 (1964).
- RABEL, *Recensión a Albertario, Procurator unius rei. Studi nelle scienze giur. e soc.*, Pavía 6 (1921), en SZ 46(1925).
- ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. Scritti giuridici II*. Padova (1922).
- ROTONDI, *Leges publicae populi Romani* (1912).
- RUDORFF, *Vormundschaft 3*. Berlin (1834).
- SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen*

Recht; en SZ 59 (1939).

SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato I*. Catania (1947).

SANFILIPPO, *recensión a ARANGIO-RUIZ, Il mandato in diritto romano*. Napoli (1948-1949), reimpr. anast. Napoli (1965), en *IURA I* (1950).

SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts 2*. Berlin (1840).

SCHULZ, *Classical Roman Law*. Oxford (1951).

SCHULZ, *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im classischen römischen Recht*, en SZ 27 (1906).

SCHWARZ, *Die Konträrklage*, en SZ 71 (1954).

SEGRÈ, en *Corso di diritto romano. Le garanzie reali*. (1934-35).

SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, en *BIDR* 42 (1934).

SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*; en *Scritti Giuridici I*. Torino (1973).

SEGRÈ, *Sulla denominazione di actio confessoria*, en *Mélanges Girard 2*. París (1912).

SIBER, *Beiträge zur Interpolationsforschung*, en SZ 45 (1925).

SIBER, *Jahrbuch für die Dogmatik der bürgerlichen Rechts*. 37 (1940).

SIBER, *Naturalis obligatio*, en *Gedenkschrift Mitteis*. Leipzig (1926).

SIBER, *Römisches Privatrecht*. Berlin (1928).

SIBER, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*. Studi P. Bonfante 4. Milano (1930).

SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen. Geschichte und System des römischen*

Privatsrechts. München-Leipzig (1931).

SOKOLOWSKI, *Die Mandatsbürgschaft nach römischen und gemeinen Recht*.
Halle (1891).

SOLAZZI, *Ancora procuratori senza mandato*, en *Scritti di Diritto Romano II*.
Napoli (1957).

SOLAZZI, *Il procurator ad litem*, en *Scritti di Diritto Romano V*. Napoli (1972).

SOLAZZI, *La compensazione in diritto romano*. Napoli (1927-1928).

SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, en *Scritti di Diritto Romano II*. Napoli
(1957).

SOLAZZI, *Nè accessiones nè adpromissores*, en *BIDR* 38 (1930).

SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, en *Scritti di Diritto Romano II*. Napoli
(1957).

SOLAZZI, *Sulle gestione per conto d'altri* en *RISG* 66 (1921).

STAMMLER, *Der Garantievertrag*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, A-69
(1885).

STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*.
Edimburg (1958).

TALAMANCA, voz *fideiussio* en *Enciclopedia del Diritto*.

TRIANAPHILLOPOULOS, *Praeiudicium Legis Cicereiae*, en *LABEO* 10 (1964).

TRIANAPHYLLOPOULOS, *Sponsor*, en *RIDA* 8 (1961).

TUHR, *Atcio de in rem verso*. Freiburg (1895), reimpr. Tübingen (1970).

VALIÑO, *Actiones Utiles*. Pamplona (1974).

- VASSALLI, *Studi di Diritto Romano. Studi giuridici 3. I.* Milano (1960).
- VOIGT, *Das ius naturale aequum et bonum und ius gentium der römer.* IV. Leipzig (1858-76), reimpr. (1966).
- WALKER, *Selected Titles from the Digest. Part. I. Mandati vel contra. D.XVII.* Cambridge (1879).
- WATSON, *Contract of Mandat in Roman Law.* Oxford (1961).
- WESENER, *Die Durchsetzung von Regressansprüchen in Römischen Recht,* en *LABEO* 11(1965).
- WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia,* en *SZ* 80 (1963).
- WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia,* en *SZ* 80 (1963).
- WLASSAK, v. *actio directa,* en *Pauly Wissowa R.E., I, C.312*
- WOLFF, *Hans Julius, Zur Geschichte des Gaiustextes ,en Studi Arangio-Ruiz IV.* Milano (1952).
- WULF-DIETER GEHRICH, *Kognitur und Prokuratur in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts.* Göttingen (1963).

INDICE DE FUENTES

FUENTES JURIDICAS

FUENTES ANTEJUSTINIANEAS

INSTITUCIONES DE GAYO

Gai. 1, 20.	54 n. 103
Gai. 1, 121.	54 n. 103
Gai. 1, 189.	55 n. 107
Gai. 2, 108.	54 n. 103
Gai. 2, 123.	54 n. 103
Gai. 2, 151.	54 n. 101
Gai. 3, 11.	376 n. 593
Gai. 3, 24.	54 n. 101
Gai. 3, 66	54 n. 101
Gai. 3, 93.	45, 54 n. 101, 55 n. 107
Gai. 3, 97-114	22
Gai. 3, 97 a.	111 n. 220
Gai. 3, 98.	111 n. 220
Gai. 3, 100.	56
Gai. 3, 103.	223
Gai. 3, 116.	30 n. 45
Gai. 3, 117.	162 n. 290, 376 n. 593
Gai. 3, 118.	26, 27, 45 n. 77, 57
Gai. 3, 119.	20, 22, 23, 26, 30 n. 43, 50, 54, 57
Gai. 3, 119 a.	23, 26, 50, 51, 53, 54, 55, 57
Gai. 3, 120.	48
Gai. 3, 121.	38 n. 61, 280, 285
Gai. 3, 122.	38 n. 61, 280, 308
Gai. 3, 123.	38 n. 61
Gai. 3, 124.	37
Gai. 3, 126.	25, 26, 27, 29, 30, 34, 34 n. 55 45 n. 77, 50 n. 88 y 91, 57
Gai. 3, 127.	19, 45 n. 77, 59 n. 115 309, 376 n. 594, 475, 480
Gai. 3, 132.	38
Gai. 3, 135.	86
Gai. 3, 136.	87

Gai. 3, 137.	382
Gai. 3, 145.	54 n. 101
Gai. 3, 149.	54 n. 101
Gai. 3, 154.	55 n. 107, 64, 64 n. 122
Gai. 3, 155.	77 n. 156, 84 n. 177, 117, 188, 195, 231, 232, 233, 377, 381, 486
Gai. 3, 156.	54 n. 103, 118, 170 n. 299, 188, 192, 193, 194, 196, 197, 205, 209, 210, 231, 232, 233, 376 n. 594, 486
Gai. 3, 157.	99 n. 197, 101
Gai. 3, 160.	376 n. 594
Gai. 3, 161.	108 n. 214, 132, 135 n. 250, 137, 139, 376, 376 n. 593 y 594, 383
Gai. 3, 162.	78 n. 159, 97
Gai. 3, 166.	54 n. 101
Gai. 3, 176.	54 n. 103, 55 n. 107
Gai. 3, 204.	54 n. 101
Gai. 4, 22.	59 n. 114, 306
Gai. 4, 25.	307
Gai. 4, 55.	69 n. 139
Gai. 4, 63.	385
Gai. 4, 64.	54 n. 103
Gai. 4, 84.	69 n. 139, 80 n. 164
Gai. 4, 98 - 101.	69 n. 139
Gai. 4, 163.	385
Gai. 4, 174 -181.	334
Gai. 4, 177.	320, 321, 325, 329, 334, 335, 344, 359
Gai. 4, 178.	320, 321, 325, 334, 344, 359
Gai. 4, 179.	320, 321, 325, 334, 359
Gai. 4, 180.	320, 321, 325, 334, 359
Gai. 4, 181.	320, 321, 325, 334, 359
Gai. 4, 182.	69 n. 139, 457

PAULI SENTENTIAE

PS. 1, 4, 3.	272
PS. 1, 31.	80 n. 164
PS. 2, 15, 2-3.	376
PS. 2, 17, 16.	58 n. 112

CODIGO TEODOSIANO

C. Th. 2, 12, 1. 108 n. 215

FRAGMENTA VATICANA

Vat. Fr. 131-2 79 n. 162
 Vat. Fr. 133. 80 n. 164
 Vat. Fr. 328. 79 n. 162
 Vat. Fr. 333(5). 80 n. 164

FUENTES JUSTINIANEASDIGESTO

D. 1, 2, 2, 47. 44 n. 74
 D. 1, 6, 8, 1. 54 n. 104
 D. 1, 16, 4, 5. 54 n. 104
 D. 2, 13, 6, 5. 80 n. 164
 D. 2, 13, 9, pr. 79 n. 164
 D. 2, 14, 12. 69 n. 135
 D. 3, 2, 1. 149 n. 270, 329, 380, 453, 457
 D. 3, 2, 6, 5. 379, 393, 448, 449, 450, 453,
 455, 456, 457, 458
 D. 3, 2, 6, 7. 381, 448, 452, 453, 455, 456,
 457
 D. 3, 2, 11, 4. 149 n. 270
 D. 3, 2, 12. 149 n. 270
 D. 3, 2, 13. 149 n. 270
 D. 3, 2, 27. 183 n. 323
 D. 3, 3, 1, pr. 70, 75 n. 154, 80 n. 167
 D. 3, 3, 31, pr. 79 n. 163
 D. 3, 3, 40, pr. 80 n. 164
 D. 3, 3, 42, 2. 80 n. 164
 D. 3, 3, 46, 4. 80 n. 164
 D. 3, 3, 46, 5. 80 n. 164, 324 n. 505, 372
 D. 3, 3, 46, 7. 80 n. 164, 84 n. 177

D. 3, 3, 47.	69 n. 135, 80 n. 164
D. 3, 3, 48.	80 n. 164
D. 3, 3, 56.	108 n. 214
D. 3, 3, 62.	108 n. 214
D. 3, 3, 63.	69 n. 137, 80 n. 164
D. 3, 3, 68.	80 n. 164
D. 3, 5, 1 - 3.	179 n. 317
D. 3, 5, 4.	421 n. 655
D. 3, 5, 5, pr.	74 n. 150
D. 3, 5, 7, 2.	324 n. 506, 388
D. 3, 5, 7(8), 2.	350 n. 554
D. 3, 5, 8.	112
D. 3, 5, 8, 3.	179 n. 316
D. 3, 5, 19.	324 n. 506
D. 3, 5, 20(21), 3.	220
D. 3, 5, 27(28).	130, 179 n. 316, 219, 222 n. 373, 239 n. 401, 461
D. 3, 5, 30, pr.	447 n. 692
D. 3, 5, 31, 1.	74 n. 150
D. 3, 5, 45.	422 n. 660
D. 3, 5, 45(46), pr.	220 n. 370
D. 3, 6, 7.	69 n. 135
D. 4, 2, 14, 6.	42 n. 72
D. 4, 3, 18, 3.	361
D. 4, 4, 13, pr.	258 n. 425
D. 4, 4, 25, 1.	80 n. 164
D. 4, 4, 26, pr.	80 n. 164
D. 4, 4, 28.	324 n. 504, 364
D. 4, 8, 25, 2	42 n. 72
D. 5, 1, 41.	468
D. 6, 2, 14.	80 n. 164, 324 n. 505, 372
D. 7, 5, 8.	422 n. 660
D. 11, 6, 1, pr.	98
D. 12, 2, 17, 3.	80 n.164
D. 12, 2, 19.	108 n. 214
D. 12, 6, 6, pr.	69 n.136, 108 n. 214
D. 12, 6, 15, pr.	55 n. 108
D. 12, 6, 47.	108 n. 214
D. 13, 6, 5, 8.	323 n. 500
D. 13, 6, 17, 1.	323 n. 500, 336, 346, 357
D. 13, 6, 17, 3.	179 n. 316, 323 n. 500, 361
D. 13, 6, 17, 5.	323 n. 500
D. 13, 6, 18, 2.	360 n. 569
D. 13, 6, 18, 3.	361

D. 13, 6, 18, 4.	323 n. 500, 349, 351, 390
D. 13, 6, 21, pr.	323 n. 500, 361
D. 13, 6, 22.	361
D. 13, 7, 1, 2.	323 n. 502, 361
D. 13, 7, 3.	323 n. 502, 361
D. 13, 7, 8, pr.	324 n. 503, 360 n. 569
D. 13, 7, 8, 5.	360 n. 569
D. 13, 7, 9, pr.	323 n. 502
D. 13, 7, 16, 1.	323 n. 502
D. 13, 7, 22, 3.	361
D. 13, 7, 22, 4.	324 n. 503
D. 13, 7, 24, pr.	324 n. 503
D. 13, 7, 25.	324 n. 503
D. 13, 7, 32.	323 n. 502
D. 13, 7, 36, pr.	361
D. 14, 3, 19, pr.	447 n. 692
D. 14, 3, 19,2.	151
D. 14, 6, 9, 3.	258 n. 424, 298
D. 15, 1, 9, 8.	463
D. 15, 3, 3, 2.	79 n. 164
D. 15, 3, 5, 2.	164
D. 15, 3, 17, pr.	79 n. 163
D. 15, 4, 1, 1.	146 n. 265
D. 15, 4, 1, 3.	156
D. 15, 4, 1, 5.	167
D. 15, 4, 1, 6.	146 n. 264, 165
D. 15, 4, 3.	165 n. 293
D. 15, 4, 5, 1.	165 n. 293
D. 16, 1, 16, 1.	422 n. 660
D. 16, 1, 25, pr.	167
D. 16, 1, 25, 1.	167
D. 16, 2, 7, 1.	350 n. 554
D. 16, 3, 1, 7.	103
D. 16, 3, 1, 8.	98
D. 16, 3, 1, 14.	43, 125, 146 n. 265, 157
D. 16, 3, 5, pr.	323 n. 501
D. 16, 3, 23.	360 n. 569
D. 17, 1, 1, 1.	87 n. 180
D. 17, 1, 1, 2.	87
D. 17, 1, 1, 4.	78 n. 159, 89
D. 17, 1, 2, pr.	108 n. 216, 119, 191, 193
D. 17, 1, 2, 1.	84 n. 177, 192
D. 17, 1, 2, 2.	192, 423
D. 17, 1, 2, 3.	192,

D. 17, 1, 2, 4.	192, 205
D. 17, 1, 2, 5.	192, 203, 205, 225, 229
D. 17, 1, 2, 6.	120, 192
D. 17, 1, 3, pr.	133, 138
D. 17, 1, 3, 1.	136 n. 251
D. 17, 1, 3, 2.	134, 136, 139, 376 n. 595
D. 17, 1, 3, 4.	138
D. 17, 1, 4.	134, 137
D. 17, 1, 5, pr.	133
D. 17, 1, 5, 1 - 2.	106
D. 17, 1, 5, 5.	108 n. 214, 138
D. 17, 1, 6, pr.	91
D. 17, 1, 6, 1.	79 n. 164
D. 17, 1, 6, 2.	87 n. 181, 376 n. 595, 395 n. 625, 420, 422, 430, 482
D. 17, 1, 6, 3.	99 n. 197
D. 17, 1, 6, 4.	122, 148, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 208, 213, 240, 248
D. 17, 1, 6, 5.	121, 127 n. 239, 159, 208, 240
D. 17, 1, 6, 6.	79 n. 164, 160
D. 17, 1, 6, 7.	444
D. 17, 1, 7.	78 n. 160, 94
D. 17, 1, 8, pr.-1.	80 n. 164
D. 17, 1, 8, 3.	80 n. 164, 178 n. 315, 220 n. 370, 239 n. 401
D. 17, 1, 8, 6.	183 n. 323, 224, 236
D. 17, 1, 8, 7.	440
D. 17, 1, 8, 8.	376 n. 595, 441
D. 17, 1, 10, pr.-2.	80 n. 167
D. 17, 1, 10, 3.	80 n. 164 y 167
D. 17, 1, 10, 5.	447
D. 17, 1, 10, 7.	178 n. 315
D. 17, 1, 10, 8.	81
D. 17, 1, 10, 9.	84
D. 17, 1, 10, 10.	80 n. 164, 82, 395, 408
D. 17, 1, 10, 11.	370, 376 n. 595, 395, 408, 414, 415
D. 17, 1, 10, 12.	370, 376 n. 595, 409, 416
D. 17, 1, 10, 13.	120, 370, 376 n. 595, 410, 416
D. 17, 1, 12, pr.-1.	370, 376 n. 595, 395, 408, 410, 411, 416
D. 17, 1, 12, 2.	99 n. 197, 100, 370, 395, 408, 411, 416

D. 17, 1, 12, 3.	370, 376 n. 595, 395, 408, 412, 416
D. 17, 1, 12, 4.	370, 376 n. 595, 395, 408, 412
D. 17, 1, 12, 5.	370, 376 n. 595, 395, 408, 414
D. 17, 1, 12, 6.	324 n. 505, 395, 398, 402, 408, 414, 483
D. 17, 1, 12, 7.	79 n. 164, 369, 395, 396, 403, 404, 415
D. 17, 1, 12, 8.	324 n. 505, 404
D. 17, 1, 12, 9.	324 n. 505, 370, 376 n. 595
D. 17, 1, 12, 11.	376 n. 595
D. 17, 1, 12, 12.	86, 156 n. 282
D. 17, 1, 12, 13.	103, 146 n. 265, 258 n. 425, 298
D. 17, 1, 12, 14.	111, 166
D. 17, 1, 12, 17.	376 n. 595
D. 17, 1, 14, pr.	376 n. 595, 397
D. 17, 1, 14, 1.	376 n. 595
D. 17, 1, 16.	376 n. 595
D. 17, 1, 18.	88, 263, 395 n. 625
D. 17, 1, 20, pr.	129, 270
D. 17, 1, 20, 1.	222 n. 373, 265, 376 n. 595, 421 n. 655, 422 n. 660, 425
D. 17, 1, 21.	376 n. 595, 422 n. 660, 429
D. 17, 1, 22, pr.	376 n. 595
D. 17, 1, 22, 1.	376 n. 595, 422 n. 660, 471
D. 17, 1, 22, 2.	376 n. 595
D. 17, 1, 22, 4.	376 n. 595, 377 n. 596
D. 17, 1, 22, 6.	99 n. 197, 376 n. 595
D. 17, 1, 22, 7.	108, 128
D. 17, 1, 22, 8.	376 n. 595
D. 17, 1, 26, 1.	377 n. 598
D. 17, 1, 26, 2.	269, 392, 495, 474
D. 17, 1, 26, 3.	376 n. 595, 377 n. 598
D. 17, 1, 26, 4.	376 n. 595
D. 17, 1, 26, 5.	422 n. 660, 472 n. 726
D. 17, 1, 26, 7.	376 n. 595
D. 17, 1, 26, 8.	95
D. 17, 1, 27, pr.	87 n. 180, 376 n. 595
D. 17, 1, 27, 2.	107 n. 215
D. 17, 1, 27, 3.	376 n. 595
D. 17, 1, 27, 5.	251, 269, 376 n. 595
D. 17, 1, 28.	254
D. 17, 1, 29, pr.	313, 314, 315, 376 n. 595, 435

D. 17, 1, 29, 1.	311, 314, 376 n. 595, 432
D. 17, 1, 29, 2.	314, 376 n. 595, 435
D. 17, 1, 29, 3.	376 n. 595, 435
D. 17, 1, 29, 4.	316, 435
D. 17, 1, 29, 6.	310, 376 n. 595, 475
D. 17, 1, 31.	80 n. 164, 84 n. 177, 108 n. 217
D. 17, 1, 32.	123, 127 n. 239, 159, 291
D. 17, 1, 33.	376 n. 595, 393, 422 n. 660, 475, 476
D. 17, 1, 34, pr.	79 n. 164
D. 17, 1, 34, 1.	377 n. 596
D. 17, 1, 35.	108 n. 217
D. 17, 1, 36, 1.	88
D. 17, 1, 36, 2.	108 n. 214
D. 17, 1, 36, 3.	377 n. 596
D. 17, 1, 37.	376 n. 595
D. 17, 1, 38, pr.	376 n. 595
D. 17, 1, 38, 1.	469
D. 17, 1, 40.	264 n. 432, 266, 421 n. 655, 424, 430, 431 n. 676
D. 17, 1, 41.	336, 376 n. 595, 384
D. 17, 1, 45, pr y 2.	467, 468, 469
D. 17, 1, 45, 3 y 5.	376 n. 595
D. 17, 1, 46.	108 n. 216 y 217, 376 n. 595
D. 17, 1, 47, pr.	269, 392, 459, 474
D. 17, 1, 47, 1.	376 n. 595, 472 n. 727
D. 17, 1, 48, pr.	41, 438, 443
D. 17, 1, 48, 1.	109, 178, 198, 202, 203, 207, 208, 209, 210, 213, 217, 228, 248
D. 17, 1, 48, 2.	108 n. 216, 109, 139, 198, 201, 202, 203, 204, 207, 208, 209, 213, 217, 228, 248
D. 17, 1, 49.	178 n. 315, 376 n. 595
D. 17, 1, 50, pr.	79 n. 162, 376 n. 595, 421 n. 655, 472 n. 730
D. 17, 1, 51.	376 n. 595, 473 n. 730
D. 17, 1, 52.	477
D. 17, 1, 53.	87 n. 181, 423, 430, 430 n. 676
D. 17, 1, 54, 1.	324 n. 505
D. 17, 1, 55.	79 n. 164, 80 n. 167
D. 17, 1, 56, pr.	169, 272 n. 445
D. 17, 1, 56, 1.	376 n. 595
D. 17, 1, 56, 3.	78 n. 160

D. 17, 1, 56, 4.	80 n. 164, 376 n. 595
D. 17, 1, 58, pr.	376 n. 595
D. 17, 1, 58, 1.	258 n. 424, 376 n. 595, 395 n. 625
D. 17, 1, 59, 3.	276
D. 17, 1, 59, 5.	169, 275
D. 17, 1, 59, 6.	108 n. 214, 108 n. 217, 259 n. 428, 261 n. 429
D. 17, 1, 60, pr.	31 n. 49, 148 n. 267,
D. 17, 1, 60, 1.	293, 376 n. 595, 395 n. 624, 421 n. 655
D. 17, 1, 60, 2.	80 n. 164, 84 n. 177
D. 17, 1, 60, 4.	108 n. 214, 178 n. 315
D. 17, 1, 62, 1.	108 n. 214, 243
D. 17, 2, 38, pr.	72
D. 17, 2, 65, 7.	80 n. 164
D. 18, 1, 1, 2.	63
D. 19, 1, 13, 25.	80 n. 164, 447 n. 692
D. 19, 2, 1.	55 n. 108, 63
D. 20, 6, 14.	43
D. 20, 6, 7, 1.	69 n. 138
D. 21, 1, 25, pr - 3.	79 n. 164
D. 21, 1, 51, 1.	79 n. 163
D. 21, 2, 38.	323 n. 502
D. 22, 1, 37.	324 n. 506
D. 22, 6, 3, pr.	312, 434
D. 22, 6, 9, pr.	312
D. 24, 1, 5, 4.	48 n. 85
D. 27, 3, 3.	79 n. 162
D. 27, 4, 1, pr.	324 n. 504, 353
D. 27, 4, 1, 2.	324 n. 504
D. 27, 4, 1, 4.	324 n. 504, 350 n. 554, 355
D. 27, 4, 1, 6.	324 n. 504
D. 27, 4, 1, 7.	324 n. 504
D. 27, 4, 1, 8.	324 n. 504, 348, 356
D. 27, 4, 3, pr.	324 n. 504
D. 27, 4, 3, 8.	324 n. 504
D. 27, 4, 4-6.	324 n. 504
D. 27, 5, 5.	324 n. 506
D. 27, 7, 7.	281
D. 28, 1, 6, pr.	54 n. 103
D. 28, 5, 47.	401
D. 29, 2, 6, 1.	146 n. 264
D. 33, 41, 21.	80 n. 167

D. 34, 3, 8, 6.	79 n. 162
D. 34, 3, 23.	80 n. 164
D. 36, 4, 3, 2.	80 n. 164
D. 38, 8, 2.	54 n. 103
D. 39, 5, 2, pr.	154, 167
D. 40, 12, 17.	80 n. 164
D. 41, 2, 42, 1.	80 n. 164
D. 41, 2, 49, 2.	79 n. 164
D. 41, 4, 2, 9.	80 n. 164
D. 43, 16, 1, 14.	115
D. 43, 24, 6.	108 n. 215, 161
D. 44, 1, 7, 1.	299
D. 44, 2, 11, 7	80 n. 164
D. 44, 3, 15, 2.	108 n. 215
D. 44, 7, 20.	149 n. 270
D. 44, 7, 44, 4.	24 n. 30
D. 45, 1, 1, 2.	48 n. 85, 50 n. 92
D. 45, 1, 6, pr.	48 n. 85, 50 n. 92
D. 45, 1, 46, 1.	111 n. 220
D. 45, 1, 75, 5-6.	33
D. 45, 1, 75, 6.	35
D. 45, 1, 88.	153 n. 277
D. 45, 1, 91, 4.	152, 167
D. 45, 1, 91, 5.	153, 167
D. 45, 1, 126, 2.	55 n. 108
D. 45, 1, 132, 1.	31 n. 49
D. 46, 1, 1.	24 n. 30
D. 46, 1, 3.	24 n. 30
D. 46, 1, 4, pr.	421 n. 655
D. 46, 1, 6, pr.	48 n. 86
D. 46, 1, 6, 2.	48 n. 86
D. 46, 1, 8, 8.	50 n. 88 y 89
D. 46, 1, 10, 2.	417
D. 46, 1, 13.	148 n. 267, 250, 270, 376 n. 595
D. 46, 1, 15, pr.	422 n. 660
D. 46, 1, 16, pr.	32
D. 46, 1, 16, 1, 2 y 5.	50 n. 88
D. 46, 1, 16, 6.	31 n. 49
D. 46, 1, 20.	472 n. 728
D. 46, 1, 29.	48 n. 85, 50 n. 92
D. 46, 1, 34.	50 n. 88, 89
D. 46, 1, 41, 1.	256, 283
D. 46, 1, 42.	31 n. 49, 50 n. 89 y 91

D. 46, 1, 45.	466, 468, 469
D. 46, 1, 46.	44
D. 46, 1, 47, pr.	48 n. 85, 50 n. 92
D. 46, 1, 47, 1.	32 n. 51
D. 46, 1, 51, pr.	31 n. 49
D. 46, 1, 52, 3.	283
D. 46, 1, 54.	323 n. 502
D. 46, 1, 56, pr.	48 n. 85, 50 n. 92
D. 46, 1, 56, 2.	50 n. 92
D. 46, 1, 65.	34
D. 46, 1, 67.	443
D. 46, 1, 71, pr.	291 n. 468, 295
D. 46, 1, 71, 2.	259 n. 428, 274
D. 46, 2, 20, 1.	69 n. 138
D. 46, 3, 1.	24 n. 30
D. 46, 3, 12.	79 n. 164, 115
D. 46, 3, 12, 4.	114
D. 46, 3, 43.	24 n. 30
D. 46, 3, 87.	69 n. 135, 108 n. 214
D. 46, 3, 95, 10.	252, 324 n. 505
D. 46, 3, 95, 11.	260
D. 46, 3, 108.	162
D. 46, 4, 3.	80 n. 164
D. 46, 4, 13, 9.	31 n. 49
D. 46, 7, 3, 1-2.	79 n. 164
D. 46, 8, 3, pr.	80 n. 164
D. 46, 8, 7.	50 n. 88
D. 46, 8, 22, 3.	80 n. 164
D. 47, 2, 15, 2.	360 n. 569
D. 47, 2, 62, 1.	324 n. 503
D. 47, 2, 62, 5.	80 n. 164
D. 47, 2, 62(61), 5.	179 n. 316
D. 47, 10, 17, 7.	149 n. 270
D. 47, 10, 17, 16.	79 n. 164, 80 n. 167
D. 49, 1, 4, 5.	108 n. 215
D. 49, 14, 18, 8.	79 n. 162
D. 50, 17, 60.	113, 263, 395 n. 625, 426
D. 50, 17, 81.	169
D. 50, 17, 84, 1.	55 n. 108
D. 50, 17, 185.	110

CODIGO

C. 2, 12, 1.	80 n. 164
C. 2, 12, 8.	108 n. 215
C. 2, 12, 10.	80 n. 164
C. 2, 12, 11, 2.	108 n. 215
C. 2, 12, 16.	80 n. 164
C. 2, 18, 14.	324 n. 505
C. 2, 18(19), 14.	324 n. 505, 374
C. 2, 18(19), 24, pr.	264 n. 432
C. 4, 1, 7.	108 n. 214
C. 4, 4, 28.	324 n. 504
C. 4, 18, 3.	280
C. 4, 24, 1.	360 n. 569
C. 4, 25, 5.	447 n. 692
C. 4, 26, 9(8).	156, 156 n. 281
C. 4, 26, 13.	156 n. 281
C. 4, 28, 7, pr.	163
C. 4, 30, 12.	258 n. 424, 291 n. 468
C. 4, 35, 1.	78 n. 160, 80 n. 164, 93, 376 n. 595
C. 4, 35, 2.	376 n. 595
C. 4, 35, 4.	324 n. 505, 374
C. 4, 35, 6.	87 n. 181, 376 n. 595, 426, 430 n. 676, 464, 468, 469
C. 4, 35, 7.	169, 376 n. 595
C. 4, 35, 8.	376 n. 595
C. 4, 35, 9.	80 n. 167
C. 4, 35, 10.	291 n. 468, 299 n. 473, 376 n. 595, 464, 467, 469
C. 4, 35, 11.	80 n. 164
C. 4, 35, 17.	78 n. 160
C. 4, 65, 30.	291 n. 468, 299 n. 473
C. 5, 44, 2, 1.	324 n. 504
C. 5, 58, 3.	324 n. 505
C. 6, 24, 3, 2.	149 n. 271
C. 6, 61, 8, 2.	149 n. 271
C. 8, 13(14), 8.	291 n. 468, 299 n. 473
C. 8, 40, 7.	108 n. 214
C. 8, 40, 23.	284
C. 8, 40(41), 1.	259 n. 428, 261 n. 429
C. 8, 40(41), 2.	169
C. 8, 40(41), 4.	258 n. 424, 291 n. 468, 299 n. 473

FUENTES BIZANTINAS**BASILICOS**

B. 14, 1, 12, 6.	402
B. 14, 1, 40.	430 n. 676
B. 14, 1, 53.	430 n. 676
B. 14, 1, 68.	430 n. 676
B. 21, 2, 6, 3.	450 n. 697

FUENTES LITERARIAS

Cic. pro Caecina 20, 57.	67
Cic. de off. 3, 17, 70.	329, 343 n. 543
Cic. de orat. 1, 58, 249.	68 n. 134
Cic. Rosc. Am. 38-9.	89
Cic. Top. 10, 42.	71, 79
Cic. Top. 17, 66.	71, 377
Isidoro 5, 24, 20.	76
Plaut. Mostell. III vv. 102-105.	40

C. 8, 40(41), 5.	58 n. 112
C. 8, 40(41), 19.	291 n. 468, 299 n. 473
C. 8, 40(41), 22.	259 n. 428, 261 n. 429
C. 8, 40(41), 28.	277
C. 8, 41, 4.	108 n. 214
C. 8, 42, 18.	80 n. 164

INSTITUTA

I. 3, 19, 1.	111 n. 220
I. 3, 20, 5.	34 n. 55, 50 n. 88
I. 3, 20, 6.	376 n. 595
I. 3, 20, 8.	289 n. 465
I. 3, 26, pr.	119
I. 3, 26, 5.	229
I. 3, 26, 6.	191, 194, 196, 205
I. 3, 26, 7.	99 n. 197
I. 3, 26, 8.	134, 135 n. 250, 137, 376 n. 595
I. 3, 26, 10.	376 n. 595
I. 3, 26, 13.	78 n. 159
I. 4, 6, 3.	387
I. 4, 16, 2.	380, 449, 457

NOVELAS

N. 4, 1.	48 n. 87
----------	----------

