

La acción para pedir el resarcimiento de gastos á que se refiere el párrafo anterior sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa á la celebración del matrimonio.

§ 2.º

Explicación.

21. No contiene el Código reglas especiales acerca del contrato de *promesa común*, considerado en particular, al cual son aplicables las generales, expuestas en los diez y seis Capítulos anteriores de la *Parte general de la contratación*.

En cambio se registran en él los arts. 43 y 44, antes transcritos, respecto de la *promesa especial ó esponsales*, cuyo sentido de restricción de sus efectos á un orden puramente económico es el implícito reconocimiento de lo inmoral y absurdo de semejante institución, cuya crítica hacemos en la *Parte especial* de esta obra consagrada al *Derecho de familia* (1), mostrando con ello un sentido ecléctico muy inferior al radical, justo y plausible, que les negó toda eficacia jurídica, adoptado por el art. 3.º de la ley de Matrimonio civil de 1870.

(1) Núms. 30 y 37, Cap. XIV; y 4 y 9, Cap. XV, Tom. V.

CAPÍTULO XVIII.

SUMARIO.—De los contratos preparatorios. (Continuación).—3.º Del MANDATO.
Art. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del concepto del contrato de MANDATO.—1. Etimología.—2. Nombres de los contratantes y del contrato.—3. Definición.—4. Principios de *representación* y de *revocabilidad* del mandato.—5. La *gratuidad* en el mandato no es principio esencial.—6. Diferencias entre el mandato retribuido, la locación de servicios y el contrato innominado de *doy para que hagas*.—7. Distinciones nacidas de la índole de los servicios del mandatario.—8. La gratuidad del mandato en el Derecho de Castilla, lo mismo antes que después del Código civil, es una presunción *juris tantum*, por regla general. Excepción.—9. El contrato de mandato no es *intermedio*, ni simplemente *unilateral*; puede ser bilateral ó unilateral, según que se estipule ó no retribución.—10. Utilidad del mandato.—11 y 12. Precedentes romanos y patrios.—13. Fuentes legales del mandato extrajudicial y judicial.—14. Especies del mandato (expreso y tácito; extrajudicial y judicial; general y especial; en utilidad del mandante, del mandante y del mandatario, de un tercero, del mandante y de un tercero, del mandatario y de un tercero, del mandatario; entre presentes y entre ausentes; verbal ó por escrito; por cartas ó mensajeros; bajo condición ó á plazo; privado y solemne; gratuito y retribuido).—15. Explicación de cada una de estas especies: diferencias entre el contrato de *mandato tácito* y el cuasi contrato *negotiorum gestorum*.—16. Perfección del mandato.—17, 18 y 19. Elementos personales, reales y formales del mandato.—20. Contenido del mandato: obligaciones del mandatario.—21. Obligaciones del mandante.—22. Derechos correlativos de mandante y mandatario.—23. Obligaciones y derechos nacidos de ciertos mandatos especiales.—24. A. *Consumación* del mandato. Cumplimiento extrajudicial y judicial.—25. Acciones.—26. B. *Extinción* del mandato. Sus causas (revocación del mandante, renuncia del mandatario, muerte, interdicción, quiebra é insolvencia del mandante ó del mandatario).

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil*.—27. Concepto del mandato.—28. Revocabilidad del mandato.—29. Gratuidad del mandato.—30. Mandato mercantil.—31. Mandato judicial.—32. Especies del mandato.—33. Contenido del mandato.—34. Obligaciones del mandante.—35. Obligaciones del mandatario.—36. Prohibiciones al mandatario.—37. Derechos del mandatario.—38. Extinción del mandato.

Art. II. CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto*.—39. Concepto del mandato.—40. Especies del mandato.—41. Perfección del mandato.—42. Contenido del mandato. A. Prohibición y obligaciones del mandatario.—43. Contenido del mandato. B. Obligaciones del mandante.—44. Extinción del mandato.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil*.—45. Contenido del mandato. A. Obligaciones del mandatario.—46. Contenido del mandato. B. Obligaciones del mandante.—47. Extinción del mandato.

§ 3.º *Explicación*.—48. Principales indicaciones.

Art. III. RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición*.—49. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común*.—50. Enumeración de las aplicables á las materias de este Capítulo.

ART. I.

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del concepto del contrato de mandato.

1. El contrato de *mandato* tiene su etimología en la palabra latina *mandatum*. Se dice, también, que viene de *manus datio*, porque siendo un contrato de amistad y confianza, el hecho de darse la mano mandante y mandatario simbolizaba este carácter (1).

2. Las personas que intervienen en él se llaman *mandante* ó *poderante* (*mandans*), y *mandatario* ó *apoderado*, y también, en algunos casos, *procurador* (*curare pro*). Entonces el mandato toma el nombre de *procuración*.

3. Es el *mandato* un contrato consensual, unilateral ó bilateral, por el cual una persona (mandante) confiere su representación á otra que la acepta (mandatario), para uno ó varios asuntos, sin retribución ó con ella.

4. El principio de la *representación* constituye el fondo esencial del mandato.

Es éste un medio jurídico, á virtud del cual el mandante extiende su personalidad y lleva su acción individual más allá de las limitaciones del orden físico. El resultado es convertir la *ausencia real* en *presencia jurídica*.

El derecho del mandatario y su carácter de tal no tienen otra base que la voluntad del mandante y, por tanto, sólo mientras ésta subsista.

Dedúcese del principio anterior de la *representación*, el fundamental en el mandato, que es también nota característica del mismo, de la *revocabilidad permanente*, á voluntad del mandante. La cláusula de irrevocabilidad en el mandato, la renuncia de ese derecho á la revocación por parte del mandante por regla general le desnaturalizaría, convirtiendo su capital sentido de *representación* en una verdadera *enajenación definitiva* de derechos y en un resultado contrario á la libre posesión de la propia personalidad, dando lugar á una especie de esclavitud ó servidumbre personal. El axioma en este punto es: «*Finita voluntate, finitum est mandatum.*»

(1) San Isidoro, lib. IV *Orig. etimol.*, cap. XXIV.

La pura teoría del mandato es la que proclama y mantiene invariable é íntegro el derecho en el mandante, considerando el mandato constantemente *revocable* en cualquier momento en que la voluntad del mandante así lo quiera y proscribiendo, en su virtud, como contrario á su modo *normal* de ser, cualquier pacto de *irrevocabilidad* que en el contrato de mandato se introduzca.

Obsérvese, en confirmación de esta doctrina, que cualquier pacto de irrevocabilidad del mandato que fuera resultado *único* de estipulación entre el mandante y el mandatario ó declaración de compromiso ó renuncia del derecho de revocar por el primero respecto del segundo, sería nulo, puesto que en rigor no cabe por el obstáculo legal de *unidad de persona*, dado el principio de *representación* que caracteriza esencialmente este contrato, y porque el mandatario no concurre con su voluntad á la *perfección* del mandato fuera del caso del pacto agregado de retribución concertada dentro del mandato mismo, sino que se determina su intervención y su responsabilidad en él por el hecho externo y posterior al otorgamiento de aquél, que es su *aceptación* y consiguiente ejecución del cometido que le confiere.

Pero puede ser aparente excepción de dicha doctrina, aunque realmente no la contradice, cualquier pacto de *irrevocabilidad* del mandato que sea consecuencia de obligación contraída por el mandante ó mandantes entre sí, siendo varios, ó con una tercera persona, distinta del mandatario, en virtud de la cual, y para llevar á dicho término una convención contractual, bilateral ó prurilateral, de interés común, de la que forme parte más ó menos principal el otorgamiento de un mandato, se comprometan los contratantes que la celebran á que no se revoque dicho mandato ó subsista mientras no se ultimen los fines capitales de aquella convención, por no ser tal mandato constituido sólo en utilidad del mandante ó mandantes sino de todos entre sí respecto de los otros ó del mandante comprometido á esta irrevocabilidad por causa onerosa con un tercero.

La razón fundamental de la firmeza de esta doctrina enfrente de aquella otra de la *revocabilidad permanente*, no es otra que la de que en tales casos la *irrevocabilidad* no es producto directo del contrato de mandato, sino de otra obligación contractual diferente y especial que condiciona al mismo mandato, y hace precisamente de su irrevocabilidad medio necesario y pactado para el cumplimiento de los fines de aquel contrato principal de que forma parte la estipulación del mandato.

5. Estimamos erróneo considerar como principio esencial del contrato de mandato la nota de que haya de ser *gratuito*. Poco importa que en un mandato se estipule cualquiera retribución ó remuneración

para el mandatario, pues la afirmativa de esa circunstancia no influye en nada para variar la naturaleza del mandato mientras el fondo de esta relación jurídica contractual contenga la nota de la *representación* del mandante por el mandatario, que es la verdadera y única característica del mandato.

6. Á pesar de la general creencia de los escritores, rechazamos, por juzgarlas inexactas, las ideas de que el mandato retribuido se confunde con la locación de servicios y con el contrato innominado de *doy para que hagas*.

He aquí sus notables diferencias:

1.^a El mandato retribuido, lo mismo que el que no lo es, descansa en la idea de la *representación*, de suerte que el mandatario no obra por propio derecho ni por su individual personalidad, sino por el derecho y por la personalidad del mandante; mientras que en la locación de servicios, lo mismo que en el contrato innominado, ningún contratante obra en nombre de la personalidad del otro, sino por su propia personalidad y derecho.

2.^a El mandato retribuido puede extinguirse, á virtud de la revocación, por la sola voluntad del mandante ó, á virtud de la renuncia, por la sola voluntad del mandatario, y, por consiguiente, aun contra la voluntad respectiva del otro contratante. Ni en la locación de servicios, ni en el contrato innominado, puede extinguirse la relación obligatoria sino por el mutuo disenso ó, cuando menos en la primera, sólo pagando el locador al locatario los trabajos manuales que lleve hechos, cuando por su índole sean fácilmente divisibles los mismos y su retribución.

3.^a El mandato retribuido termina por la muerte del mandante ó mandatario. En el contrato innominado «doy para que hagas», lo mismo que en la locación de servicios, no es la influencia de la muerte idéntica, y se somete á las reglas establecidas en la doctrina general de la contratación (1).

7. La distinción de los servicios personales, según que proceden del ejercicio de profesiones ó artes llamadas liberales ó no liberales, no tiene otro fundamento real que la mayor participación del *elemento intelectual* en los servicios de las primeras, y la del *elemento corporal ó manual*, en los de las segundas. Sin duda, á esa consideración, al desdén que los romanos sentían por los trabajos mecánicos é industriales y á las preocupaciones aristocráticas de la Edad Media se debe tal dición de artes *liberales y serviles*, y una equivocada idea de mayor dignidad de aquéllas que de éstas, que trasciende hasta al nombre

(1) Núm. 17, Cap. XVI de este Tom.

de la retribución, llamada *honorario* respecto de las primeras, y *salario* respecto de las segundas; siendo así que la dignidad, en esta consideración, es condición personal relativa á la manera puntual y completa con que se presta el servicio, cualquiera que sea su clase.

Es todo esto artificial y caprichoso; pero la prestación de servicios de una ú otra clase constituye un contrato de *locación de trabajo*, al cual es extraña toda idea de *representación*, que es, según se ha dicho, la peculiar del mandato.

8. En el Derecho de Castilla la *gratuidad* del mandato es una presunción *juris tantum*, mientras no resulte estipulado lo contrario. Este criterio doctrinal del Código de Napoleón, es el aceptado por la jurisprudencia que ha establecido el Tribunal Supremo de Justicia (1), y también por el Código civil (2).

El mandato puede ó no ser gratuito, según la convención de las partes, ó lo que es lo mismo, la *gratuidad* no es de su *esencia*, toda vez que admite que se estipule retribución. Tampoco lo es la remuneración, puesto que el mandante no la debe al mandatario, sino cuando la hubieren convenido.

El único criterio de aparente excepción es el que la ley produce en los casos de procuración, administración judicial y alguno análogo, en los que se trata de un mandato, porque subsiste como base el principio fundamental de la *representación* para que el contrato sea de mandato, y aunque las partes no hayan estipulado retribución alguna, se entiende conveuida por los contratantes la que de antemano tienen para estos casos establecida las leyes y reglamentos, atendida la índole de los servicios y *ocupación habitual* del mandatario (3).

9. Es muy común también entre los escritores la opinión de que el mandato es un contrato *intermedio*, cuando, por razón de su cumplimiento, se han originado gastos al mandatario y sobrevenga, por ello, obligación de reintegrarlos, por parte del mandante; y un contrato, simplemente *unilateral*, cuando no existieren aquellos gastos, ni se deban dichos reintegros.

Disentimos de este parecer, en primer lugar por cuanto tenemos dicho (4) en demostración de la inexactitud de esa especie de contratos llamados *intermedios*.

Para nosotros el mandato puede ser *bilateral ó unilateral*, según que sea ó no retribuido. Si se estipula retribución, será *bilateral*; si

(1) Sents. 23 Octubre y 15 Diciembre 1860; 31 Diciembre 1861; 21 Febrero 1863 y otras, cuyas declaraciones anotamos en el § 2.º de este Art.

(2) Primer párrafo del art. 1.711.

(3) Segundo párrafo del art. 1.711 Cód. civ.

(4) Núm. 10, Cap. IV; 13, Cap. XV de este Tom.

no se estipula, será *unilateral*. Los *reintegros de gastos* á que haya podido dar lugar el cumplimiento del mandato, no influyen en su naturaleza, convirtiéndolo de unilateral en bilateral; el derecho ó la obligación al reintegro de esos gastos ó indemnización de perjuicios, no son producto inmediato del contrato, aunque éste haya servido de *ocasión*, y sean verdaderas responsabilidades *incidentales ó accidentales* del mismo, que se solventan conforme á las doctrinas antes explicadas (1).

10. La *utilidad* del mandato es evidente; constituye un invento jurídico poderoso para realizar el principio de *representación*, multiplicando la *personalidad* contra los obstáculos y limitaciones de ausencia, enfermedad, impericia y otros análogos; pero siendo su base la confianza en el mandatario y subrogándose éste, para lo que es materia del *mandato*, en la propia personalidad del mandante, á quien sustituye por su representación, todo lo que el mandatario haga dentro de la esfera del mandato, daña ó aprovecha al mandante, y da lugar á que este contrato sea muy peligroso y deba ser inspirada su celebración en la mayor circunspección y prudencia por parte del mandante, así como aceptado después de la discreta reflexión, y no por mero de espíritu de complacencia, por parte del mandatario.

11. Son *precedentes romanos*, de carácter legal, respecto del contrato de *mandato*, los 62 fragmentos del tít. 1.º, lib. xvii del Digesto, 24 leyes del tít. 35, lib. iv del Código, y el tít. 26, lib. iii de la Instituta.

12. En el Derecho de Castilla anterior al Código civil, y con relación al *personero*, se registran 6 leyes del tít. 3.º, lib. II del Fuero Juzgo y las del tít. 10, lib. i del Fuero Real, sin que aparezca ninguna disposición en los Fueros Municipales.

13. Eran *fuentes legales* sobre la materia, antes del Código civil, además de la fundamental en la contratación—ley única, tít. 16 del Ordenamiento de Alcalá, que es la 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec.,—para el *mandato extrajudicial*, varias leyes del tít. 12 de la Part. V, y, según alguna opinión, también la ley 1.ª, título 12, lib. x de la Nov. Rec.; y para el *mandato judicial* de procuración ó administración, diversas leyes del tít. 5.º de la Part. III, derogadas en su mayor parte y sustituidas con los preceptos de la Ley orgánica del Poder judicial, y de las leyes de Enjuiciamiento civil y criminal y aranceles judiciales.

14. Son *especies*, en que se clasifica el mandato, las siguientes:

1.ª Por razón del consentimiento, en *expreso y tácito*.

(1) Lugares citados y diversos pasajes de la *Doctrina general de la contratación*, ya expuesta.

2.ª Por razón de la *naturaleza*, el expreso, en *extrajudicial y judicial*.

3.ª Por razón de su *contenido*, en *general y especial*.

4.ª Por razón de la *utilidad* ó beneficio que produce el celebrado: 1.º En utilidad del mandante. 2.º En utilidad del mandante y del mandatario. 3.º En utilidad de un tercero. 4.º En utilidad del mandante y de un tercero. 5.º En utilidad del mandatario y de un tercero. 6.º En utilidad del mandatario.

5.ª Por razón de la *forma*, entre *presentes y entre ausentes*; *verbal ó por escrito*; por *cartas ó mensajeros*; *bajo condición ó á plazo*.

6.ª Por razón de la *solemnidad*, en *privado y solemne*.

7.ª Por su *carácter*, en *gratuito y retribuido*.

15. Digamos ahora en qué consiste cada una de estas especies del contrato de mandato.

Es *mandato expreso*, el que se celebra de palabra ó por escrito, de un modo explícito, por manifestación conforme de mandante y mandatario.

Es *tácito*, el que se entiende constituido por el asentimiento ó aquiescencia de hecho, pero no expresada de palabra ó por escrito. La ley (1) cita como ejemplo el caso de que, estando presente la persona que fuere dadora de otra, saliera uno fiador por ella, y ésta no le contradijese.

Lo interesante en este punto es no confundir el contrato de *mandato tácito* con el cuasi contrato *negotiorum gestorum*, que á primera vista ofrecen gran semejanza.

Sin embargo, se distinguen: 1.º En los términos de su constitución: el *mandato tácito* se funda en un consentimiento de esta clase, ó sea en una falta de contradicción del mandante, que constituye su conformidad *simultánea* á su celebración; en el cuasi contrato de *negotiorum gestorum* no interviene ninguna realidad expresa ni tácita de consentimiento *simultáneo*, sino una ficción ó suposición de dicho consentimiento, que se presume prestado por aquel en cuyo beneficio se hace la gestión, después que la conozca, ó sea en su consentimiento *presunto*. 2.º En los supuestos de ambos actos jurídicos: el del *mandato tácito* es el mismo que el del mandato expreso; el del cuasi contrato *negotiorum gestorum* responde á un principio de necesidad ó conveniencia, nacido de la solicitud con que cualquiera aprecie las circunstancias y situación especiales en que se encuentren los asuntos é intereses de un ausente. 3.º En la naturaleza de ambos actos jurídicos: el *mandato tácito* es un contrato; el *negotiorum gestorum* es un *cuasi contrato*. 4.º En

(1) 12, tít. 12, Part. V.

las acciones que ambas producen para exigir el cumplimiento de sus responsabilidades, que son las que se indicarán respectivamente.

El mandato es *extrajudicial*, cuando consiste en hechos que no constituyen contienda ni gestión alguna ante los Tribunales; y *judicial*, en el caso contrario.

Se dice *general* el mandato, cuando se confiere para *todos* los negocios del mandante ó sea la representación general del mismo, sin tener limitaciones que *expresamente* lo restrinjan; y *especial* cuando la representación del mandante, concedida al mandatario, es para uno ó varios asuntos *expresamente determinados*.

Según observa Gutiérrez (1), los intérpretes distinguen dos clases de poderes generales; una, que comprende todos los negocios del mandante (*cui omnes indefinite commissæ*), y otra, que comprende cierto género de negocios; así como otras dos especies de *poder general*, llamada una *simpliciter* y la otra *cum libera*; fundándose para esta última división, rechazada, por cierto, por Vinio, en la ley 58 del Dig. *De procur.*, que presenta á un individuo á quien se había conferido poder general con *libre administración*, investido con la facultad de cambiar. Admite también otras dos clases de *poderes especiales*: una, que se refiere á uno ó dos negocios, con sus incidencias (*datus ad unam litem, sed totam*); y otra, para un acto aislado de cierto negocio, no para los demás (*ad unius causæ actum unum vel plures, sed non omnes*).

Nosotros creemos que, con la precisión posible, lo único que cabe decir es: 1.º, que el mandato *especial* es el que se refiere á uno ó varios asuntos determinados; ó de otro modo, el que no confiere al mandatario más que poder ó facultades limitadas á ciertos actos jurídicos de determinada naturaleza; y 2.º, que el mandato es *general*, cuando se refiere á todos los negocios ó á la *representación total del mandante*; siendo cosa distinta del mandato *concebido en términos generales*, es decir, no bien precisados y determinados los hechos ni las facultades que para realizarlos corresponden al mandante.

Dedúcese á la vez de estos precedentes, ya que un mandato *especial* puede estar *concebido en términos generales*, y ya, también, por otra parte, que un mandato *general*, porque comprenda todos los negocios del mandante, como por él no debe entenderse que confiera al mandatario el poder de hacer todo lo que el mandante mismo pudiera hacer por sí propio, sino tan sólo los actos susceptibles de ser realizados por el mandatario, *si está concebido en términos generales*, resulta en definitiva que es un poder *especial* respecto de aquellos actos de posible realización por el mandatario.

(1) *Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. IV, págs. 525 y 526.

Esto último significa que el llamado mandato *general* para todos los negocios del mandante, *concebido en términos generales*, no abraza, según la unánime inteligencia dada á las leyes (1) por glosadores y escritores (2), sino los actos de *administración*, como alquilar las casas, arrendar las heredades, sembrar las tierras, recoger las cosechas, cuidar los intereses del mandante y otros actos de esta especie. Mas para enajenar, hipotecar, transigir, comprometer ó para cualquier otro acto de propiedad, es necesario que el mandato sea expreso ó, mejor dicho, *especial*; pues como tales actos son mucho más importantes que los de pura administración, en cuanto pueden extinguir ó al menos modificar los derechos de propiedad que el mandante tiene en la cosa, no puede prescindirse de que éste dé para ellos su consentimiento especial.

Por razón de la *utilidad* que el mandato produce, distinguen las leyes las especies indicadas, que consisten:

1.º Mandato celebrado en utilidad del mandante, que es la especie más común, como cuando éste encarga al mandatario que administre los bienes é intereses que tenga en un punto determinado (3).

2.º En beneficio del mandante y mandatario, como sucedería en el caso de encargar una cosa para ambos (4).

3.º En utilidad de un tercero, en el caso de que uno encargue á otro que salga fiador de una tercera persona, ó que administre sus bienes; en cuyo caso dice la ley (5) que, sin embargo de no producir el mandato utilidad alguna al mandante, será éste responsable de los perjuicios que se causen al tercero por culpa del mandatario; pudiendo el tercero, según los autores (6), y no obstante no haber contratado, ejercitar contra el mandante la acción de mandato.

Esta adición de los escritores no nos parece admisible, porque sobre quebrantar los principios de la contratación, suponiendo que el que no ha sido parte en un contrato puede ejercitar la acción que de él nazca (7), no es esto lo que la ley dice, la cual se limita á consignar el principio de responsabilidad de indemnizar el mandante al tercero de los perjuicios que le haya causado la gestión del mandatario, así como facultar al mandante para repetir de éste el reintegro de los satisfechos al tercero; pero esto no es por razón del contrato de mandato ni por el ejer-

(1) 19, tít. 5.º, Part. III, y 7.ª, tít. 14, Part. V.

(2) Gregorio López, Escriche, Gutiérrez, Viso, Gómez de la Serna, etc.

(3) L. 20, tít. 12, Part. V.

(4) L. 22, tít. 12, Part. V.

(5) 21, tít. 12, Part. V.

(6) Gutiérrez, ob. cit., t. IV, pág. 526; Viso, ob. cit., t. III, pág. 348.

(7) Fuera de los casos de excepción, consignados en el núm. 4, Cap. XII de este Tom.

cicio de la acción directa que el mismo produce, sino por el principio general de doctrina y de ley (1) de que todo el causante de un perjuicio está obligado á su reparación, unido á la efectividad del hecho ó perjuicio, que es el supuesto de aplicación de la doctrina. Creemos necesaria esta rectificación porque lo que parece indiferente y baladí en el orden vulgar, no puede considerarse de igual modo en el técnico, dentro del cual podría oponerse al tercero, en cuya utilidad se celebró el mandato y, que perjudicado por él, ejercitara, siguiendo la doctrina de estos escritores, la acción *mandati*, la excepción *sine actione agis*.

4.º En utilidad del mandante y un tercero, como en el caso de encargar una administración de bienes pertenecientes al mandato y un tercero (2).

5.º En utilidad del mandatario y un tercero, como si alguno encargase que diese en préstamo con interés á un tercero su propio capital, porque así resultaba para el mandatario el beneficio del interés y para el tercero la satisfacción de la necesidad de tomar el préstamo (3).

6.º En utilidad sólo del mandatario, como si uno encargase á otro empleara sus fondos en la adquisición de fincas (4).

Estas dos últimas especies del mandato, más que casos propiamente tales de este contrato, son en el fondo verdaderos *consejos* sin carácter contractual; sin embargo, respecto del primero de ellos, ó sea del celebrado en utilidad del mandatario y un tercero, la ley (5) establece lo contrario, al decir «la quinta manera de mandamiento es, cuando vn ome a otro manda que faga, o dé, alguna cosa a pro tan solamente de aquel que rescibe el mandado e de otro tercero».

Ninguna nueva explicación necesitan en este lugar la distinción del mandato, por razón de la *forma*, entre *presentes* ó *entre ausentes*, *verbal* ó *por escrito*, *por cartas* y *mensajeros*, bajo *condición* ó *plazo*; por la *solemnidad*, en *privados* y *solemnes*, consistiendo este último en el que se otorga en escritura pública ó con intervención de autoridad ó por comparecencia judiciales, como los nombramientos de administradores de esta clase, especialmente en los juicios universales y los llamados nombramientos *apud acta*, tan frecuentes en la práctica antigua para la designación de procuradores y defensores; y por razón de su *carácter*, en *gratuitos* y *retribuídos*, cuya distinción de-

(1) Según queda expuesto bajo los núms. 29 y 30, Cap. XIII de este Tom.

(2) L. 21, tit. 12, Part. V.

(3) L. 22, tit. 12, Part. V.

(4) L. 23, tit. 12, Part. V.

(5) L. 22, tit. 12, Part. V.

jamos ya estudiada y cuyo principal resultado consiste en hacer del mandato un contrato *unilateral* ó *bilateral*, según que medie ó no en el mismo retribución estipulada por las partes ó establecida para el caso por la ley.

16. Se determina la *perfección* del contrato de mandato, de igual suerte que la de los demás, por la concurrencia en el hecho que le causa, de los *elementos personales*, ó sea la doctrina de quienes pueden ó tienen capacidad para celebrarle, de los *elementos reales*, ó sea sobre qué cosas puede recaer, y de los *elementos formales*, ó sea por último, los modos de constituirse ó celebrarse el contrato, sobre todo si los tuviere *especiales*.

17. Pueden celebrar el contrato de mandato, como *mandantes*, todos los que tengan capacidad civil para contratar y obligarse, según las reglas generales de la contratación, y los que no la tuvieran, por medio de sus legítimas representaciones.

Pueden celebrar el contrato de mandato, como *mandatarios*, todos los que no les esté prohibido serlo, ya en el mandato judicial, ya en el extrajudicial.

Tienen prohibición para ser mandatarios en asuntos *extrajudiciales*:

1.º Los menores de diez y siete años (1).

2.º Todos los incapacitados para contratar y obligarse, excepto los mayores de *diez y siete* años que pueden ser, sin embargo, cumplida esta edad, mandatarios extrajudiciales; y según dejamos dicho (2) y añade la ley (3), los mudos y los sordos. Es de advertir, respecto de este punto, que *reproducimos* el precepto legal, que dice, en efecto, «e el mudo, e el que es sordo del todo», por más que nos parezca infundada esta causa de incapacidad en el mandatario, que puede muy bien desempeñar el cargo, según la índole del mandato, y además no carece realmente de capacidad legal para contratar, cuando puede hacerse constar *con plena certeza* su voluntad (4).

3.º Los religiosos y clérigos ordenados *in sacris*, á quienes algunas leyes (5) prohíben ser agentes ó solicitadores ó administradores de intereses ajenos, á no ser los de su iglesia y con licencia del Ordinario, lo mismo con carácter judicial que extrajudicial. El verdadero sentido de estas leyes consistía, para nosotros, en prohibir á los clérigos, re-

(1) L. 19, tit. 5.º, Part. III.

(2) Núm. 10, Cap. X de este Tom.

(3) 5.ª, tit. 5.º, Part. III.

(4) Núm. 3, Cap. 1X, Tomo II.

(5) 1.ª y 2.ª, tit. 27, lib. I Nov. Rec.

gulares y seculares la agencia de intereses ajenos en oficinas públicas y la representación permanente de otro, por administración de los mismos; pero no la que se les confiriera para la celebración de un acto jurídico en nombre de otro, por ejemplo, la compra de una finca.

18. En cuanto á los elementos *reales* del mandato son de aplicar las reglas generales de la contratación; es decir, que sea el objeto del mandato *posible y lícito* (1).

19. El mandato no tiene forma especial, y puede celebrarse eficazmente bajo cualquiera de ellas, pública ó privada, verbal ó escrita, solemne ó menos solemne, entre presentes ó entre ausentes, fuera de los casos en que se exige forma especial, como la escritura pública de poder especial para enajenar, hipotecar, gravar, etc., bienes inmuebles, para comparecer en juicio en representación de otro, para testar y demás actos análogos que serán objeto de mención especial en cada caso, en lo que al asunto de este libro corresponda.

El elemento que determina la verdadera *perfección* del contrato de mandato, dada su naturaleza de consensual, es la *aceptación* por el mandatario, que puede ser *expresa ó tácita*, ó revestir toda la variedad de formas de que este contrato es susceptible.

Lo anteriormente dicho se refiere al mandato extrajudicial; pero al judicial es aplicable también esta doctrina, toda vez que en el fondo constituye un verdadero contrato de mandato, si bien le son de aplicar las especialidades establecidas para los de esta clase, por las diferentes reglas del Derecho *judicial*, que no son materia de esta obra.

20. A. Son *obligaciones del mandatario*, una vez *perfecto* el mandato por su *aceptación*, las siguientes:

1.^a Cumplir exacta y lealmente el mandato recibido, para que éste produzca su principal efecto en el comercio jurídico, de que las gestiones ó hechos realizados se consideren como si lo hubieren sido por el propio mandante (2).

2.^a Ajustarse en el desempeño del mandato á los términos é instrucciones fijados para la ejecución del mismo. Si lo evacuara en mejores condiciones ó por otros medios, con tal que se consiga el fin que el mandante se propuso, sin serle por esto más oneroso, ó si se ejecutare en parte, cuando la índole del mandato lo permita, se reputará bien cumplido el mandato (3).

Por el contrario, se reputará que el mandatario ha excedido los lí-

(1) L. 25, tit. 12, Part. V.

(2) L. 21, tit. 12, Part. V.

(3) LL. 20, 21 y 22, tit. 12, Part. V.

mites del mandato: 1.^o, si le ha ejecutado con condiciones más onerosas que las prescritas, pudiendo entonces el mandante conformarse ó no con lo hecho y quedando, en este último supuesto, relevado de toda obligación respecto del mandatario y de sus compromisos; 2.^o, si se ha extendido á hacer algo más de lo mandado, en cuyo exceso, claro es, no se reputará obligado el mandante; 3.^o, si el mandatario hace otra cosa diversa de la que se le mandó, en cuyo caso tampoco quedará obligado el mandante, si no lo ratifica, aunque fuese más ventajoso, en tanto que constituya un verdadero cambio del objeto y fines del mandato; y 4.^o, cuando el mandato conferido al mandatario es para que lo ejecute juntamente con otra persona, y lo lleva á cabo por sí solo, en cuyo supuesto tampoco queda obligado el mandante; porque el mandatario que así obró, no sólo se apartó de sus instrucciones, sino que falseó el principio de representación, que es la esencia del mandato, y obró en su gestión sin personalidad completa.

3.^a Ejecutar por sí el mandato, toda vez que éste es un contrato de confianza, si bien puede, en el mandato extrajudicial, nombrar un sustituto, á no ser que haya causa prohibitiva de hacerlo. En este caso el mandatario responderá de lo hecho por su sustituto, ya en el supuesto de haberle nombrado sin habersele concedido expresamente esta facultad, aunque sin prohibírsele, ó ya cuando se le autorizó designándole persona, y eligió otra; ya cuando no estándole prohibido ni tampoco designado por el mandante el sustituto que había de elegir, sustituyó el mandato en persona notoriamente inhábil ó insolvente. En todo caso de sustitución del mandato, por el mandatario, en un tercero, tendrá acción el mandante contra dicho tercero ó sustituto, pero únicamente por los actos que el mismo haya ejecutado por consecuencia de la sustitución del mandato y bajo orden del mandatario que le otorgó la sustitución; es decir, en lo que deba reputarse subrogado en la misma persona del mandatario (1).

4.^a Deberá poner éste, en el cumplimiento del mandato, todo el cuidado y diligencia que su gestión exija, prestando además del dolo la culpa leve (2). Conviene advertir que el mandatario no podrá pedir se le compensen las pérdidas, daños ó perjuicios que por su culpa haya causado al mandante, con los provechos ó beneficios que su gestión le haya proporcionado.

5.^a Rendir cuentas de su gestión, terminado que sea el mandato y devolver todas las cosas, valores y documentos que tenga en su poder

(1) L. 19, tit. 5.^o, Part. III.

(2) L. 20, tit. 12, Part. V.