

de las cosas comunes, sino aún durante la sociedad, para hacer distribuir un solo objeto ó algunos objetos en particular, si el contrato es tal que deba tener lugar semejante distribucion. — Observemos tambien que en la accion *communi dividundo*, aunque la atribucion principal del juez sea hacer adjudicacion, debe, además, tener en cuenta las indemnizaciones que por una causa cualquiera y con motivo de la cosa distribuida, pudieran deberse entre sí los socios, y que en este punto puede pronunciar fallos condenatorios. — En fin, por consecuencia de estas dos observaciones, establezcamos el principio de que la accion *pro socio* y la accion *communi dividundo* pueden existir acumulativamente sin excluir una á otra; de tal manera, sin embargo, que en los puntos que les son comunes ninguno obtiene por una de estas dos acciones lo que ya ha obtenido por la otra (1).

Si los actos cometidos por uno de los socios en la cosa comun fuesen capaces por su naturaleza de dar origen á acciones particulares, como, por ejemplo, si constituyen delitos como robo, raptor ó perjuicio injustamente causado, tendrían los socios, independientemente de la accion *pro socio*, las acciones que procediesen de estos hechos, por ejemplo, la accion *furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ* y otras: siempre de manera que no se obtenga dos veces una misma cosa (2). En fin, dirémos lo mismo de las acciones que nacen de la estipulacion, si los socios hubiesen revestido de esta forma algunas de sus obligaciones (3).

TITULUS XXVI.

DE MANDATO.

Ya conocemos el principio del estricto derecho civil de los romanos, de que ninguno puede hacerse representar por otro en actos de derecho, á no ser los individuos sometidos bajo su potestad, que no forman con él más que una sola y única persona. Ya lo hemos dicho con motivo de la tutela (t. 1, p. 200), de la adquisicion de los derechos reales (t. 1, p. 459 y 471), y de la formacion de las obli-

(1) Sobre todos estos puntos consúltese: Dig. 17. 2. *Pro socio*. 31 y 32. f. Ulp.; 33. § 1. f. Paul.; 43. f. Ulp.—Y Dig. 10. 3. *Comm. divid.* 1. f. Paul.; 2. f. Gay. y 3. f. Ulp.

(2) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 45 á 51. f. Ulp. y Paul.

(3) Ibid. 41 y 42. f. Ulp.

(4) Gay. Com. 5. §§ 115 y sig.—Paul. Sent. 2. 15. *De mandatis*.—Dig. 17. 1.; y Cod. 4. 33. *Mandati vel contra*.—Dig. 3. 5. *De procuratoribus et defensoribus*.—Dig. 46. 1.; y Cod. 8. 41. *De fidejussoribus et mandatoribus*.

gaciones (p. 213 de este tomo). Cada cual puede únicamente por sí mismo, en los actos jurídicos, contratar y adquirir; y el derecho creado, activo ó pasivo, se constituye sólo en la persona de los que han obrado. Tal es el principio riguroso, salvas las modificaciones graduales que en él se han introducido; sobre él mismo se funda la nocion exacta de este contrato entre los romanos.

En efecto, á pesar del rigor del principio expuesto, y dejando aparte algunos actos eminentemente civiles, como las acciones de la ley y todos sus derivados, la mancipacion y todos los suyos, el testamento, la acrecion ó adiccion de herencia, en las cuales cada ciudadano estuvo siempre obligado á obrar por sí mismo, sabemos que era admitido que los demas actos, contratos ú operaciones, principalmente los del derecho de gentes, pudieran hacerse por terceras personas y por cuenta de otro. No porque este tercero represente la persona por cuenta de quien obra: trata y obra en su propio nombre; él personalmente se obliga y á él se obligan los contratantes; y él es el que adquiere el derecho activo ó pasivo. Pero por medio de las acciones recíprocas de cuenta, de acciones útiles y otros diversos medios indirectos, el resultado de la operacion debe referirse, en definitiva, á aquel por cuya cuenta ha obrado (véase t. 1, p. 200). No ocurre otra cosa por consecuencia del mandato. Que dos personas hayan convenido que una de ellas obrará en su propio nombre, gratuitamente, por cuenta de la otra, en uno ó más negocios determinados ó en todos los negocios en general, esta convencion es la que los romanos llamaban *mandatum*; el que se encarga de obrar por cuenta de otro se llama *procurator* (de *curare pro*), y áun á veces *mandatarius*: el que da el encargo *mandans* y á veces *mandator*. Resulta de lo dicho que el mandatario no es representante del mandante, sino un agente que obra en su propio nombre por cuenta del mandante. Esto es, propiamente hablando, lo que nuestro derecho comercial llama un comisionario.

Sin embargo, la idea de hacer representar á una persona por otra no ha sido absolutamente extraña al derecho romano.—Así, el derecho civil, bajo el sistema del procedimiento formulario, y para allanar las dificultades que presentaba la regla, que no permitia litigar por otra persona intermedia, escogió el *cognitor*, verdadero representante que solemnemente era constituido por los litigantes en presencia del magistrado, y que desde entónces se reputaba que en el litigio formaba una sola persona con el que lo habia constitui-

do (1).—Así el edicto del pretor, comunmente en puntos mercantiles ó marítimos, y cuando se trata de una serie de operaciones que se han encomendado á una persona por otra, ha considerado á este encargado (*institor* ó *magister navis*, en el caso especial de la direccion de una nave) como representante, hasta cierto punto, del comitente ó principal (*dominus*, el señor de la operacion; ó *exercitor*, el armador): en el sentido de que el comitente se halla personalmente ligado con terceras personas por los actos ú operaciones de su encargado, y que estas terceras personas tienen contra él, bajo una calificacion pretoriana (*actio institoria* ó *exercitoria*), las acciones que resultan de las operaciones del comisionado, como si él mismo las hubiese hecho; sin que tenga él, sin embargo, á su vez, contra dichas terceras personas, por regla general, las acciones correspondientes. Así la representacion es imperfecta: ó mejor dicho todavía, hay un recurso pretoriano más bien que representacion (2).—En fin, hemos visto que la jurisprudencia, por consideraciones de utilidad (*tam ratione utilitatis quam jurisprudencia*), ha admitido que se pudiese ser representado por un tercero en cuanto á la posesion. Ya hemos tratado de este último punto (t. 1, p. 303); trataremos en adelante y circunstanciadamente acerca del comisionado (*institor*) y del *cognitor* (lib. 4, tit. 7 y 10). Aquí nos ocuparemos sólo en el mandato. Y aun en este caso vamos á ver la jurisprudencia aplicar tambien, por extension, las modificaciones pretorianas introducidas por el edicto para el caso del *institor*, y destruir así, en cierto modo, la realidad del antiguo principio.

El mandato toma su origen de la religion y de los buenos oficios de la amistad: «*Originem ex officio atque amicitia trahit*», dice el jurisconsulto Paulo.—Tomando la mano del amigo en quien uno deposita su confianza, en su mano se recibia la fe prometida, se le encomendaba el cuidado de sus intereses, y él aceptaba este encargo.

TYND. «*Hæc per dexteram tuam, te dextera retinens manu,*
Obsecro, infidelior mihi ne fuas, quam ego sum tibi.
Tu hoc age, tu mihi herus nunc es, tu patronus, tu pater:
Tibi commendo spes opesque meas.

PH. *Mandavisti satis.*

TYND. *Satin' habes, mandata quæ sunt, facta si refero?*

PH. *Satis.*

(1) Gay. Com. 4. §§. 82. y sig.; y más adelante, lib. 4, tit. 10.

(2) Véase más adelante, lib., 4. tit. 7.

Así se nos representa el mandato, acompañado de una especie de forma estipulatoria, en el antiguo poeta cómico de los romanos (1); y su nombre solo *man-datum* descubre el símbolo primitivo de la mano dada y recibida en señal de fe.

Pasando de esta fe religiosa de la amistad al derecho civil, en él es recibido en el número de las convenciones del derecho de gentes, que llevan consigo obligacion, *ex æquo et bono*, por el solo efecto del consentimiento aunque sea tácito. Por el sello de su origen lo conserva en tres puntos bien notables: la necesidad esencial de que sea gratuito (2); la obligacion que tiene el mandatario de poner en su encargo el cuidado propio del padre de familia más diligente, más cuidado aún del que pone en sus propios negocios (3); y en fin, la infamia en que incurre, si es condenado por la accion del mandato (4).

El contrato de mandato, desde el principio y por el solo efecto de la convencion, no produce obligacion sino por una sola parte: obligacion del mandatario de cumplir con la mayor exactitud y cuidado el encargo que se le ha encomendado, dar cuentas, y entregar al mandante todos los objetos y derechos adquiridos por consecuencia de sus actos (5). Pero sobreviniendo ciertos hechos posteriores (*ex post-facto*), puede el mandante, por su parte, hallarse obligado con el mandatario, porque estará obligado á reembolsarle con intereses todos los gastos hechos por él, á cumplir todas las obligaciones contraídas en la ejecucion del mandato; y en fin, á indemnizarlo de todo perjuicio que tuviese por causa, no sólo el dolo, sino aun toda

(1) PLAUTO: *Captiv.*: act. 2, escena 5, verso 82 y sig.—TERENCIO tambien nos reproduce el mismo dato (*Heautontimaur.*, act. 3, escena 1, verso 84 y sig.):

ME. «*Cedo dextram: porro te oro idem ut facias, Chreme.*
 CHR. «*Paratus sum.*»

(2) Dig. 17. 1. *Mand. v. cont.* 1. § 4. f. Paul.—y más adelante § 15.

(3) En su consecuencia, es responsable de toda especie de falta. Cod. 4. 35. *Mand. v. cont.* 15. const. de Dioclec. y Maxim. «*A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur.*»—Ibid. 11. const. de Dioclec. y Maxim. y 21. const. de Constantin.—La obligacion es reciproca de parte del mandante; por ejemplo, si ha dado mandato de comprar tal esclavo determinado que tiene el vicio del robo, y dicho esclavo roba al mandatario, el mandante será responsable de ello, aunque haya ignorado este vicio; porque si hubiese tenido el cuidado y la prudencia del más diligente padre de familia, hubiera conocido este vicio ántes. (Dig. 47. 2. *De furtis.* 61. § 5. f. *African.*)

(4) Dig. 3. 2. *De his qui notant infam.* 1. f. Julian.; y 6. §§ 5 y 6. f. Ulp.

(5) Dig. 17. 1. *Mand. v. cont.* 5. pr. y § 1. f. Paul.; 27. § 2. f. Gay.; y 8. § 3. f. Ulp.—20. f. Paul. «*Ex mandato, apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet.*»—10. §§ 5 y 8.; y 12. § 10. f. Ulp.

especie de culpa del mandante (1). Desde que ocurran algunos de estos hechos, la obligacion del mandante, que nace del contrato, se considerará producida. Así el mandato se halla en el número de aquellos contratos que se llaman sinalagmáticos imperfectos.

Respecto de los negocios verificados con terceras personas, es preciso, según el derecho estricto, aplicar el principio de que el mandatario contrata en su propio nombre. Él, pues, es el que se obliga con los terceros, y á él los terceros quedan obligados. Únicamente, en sus relaciones recíprocas podrá el mandatario proceder contra el mandante, á fin de que lo deje libre ó lo indemnice de aquellas obligaciones contraídas por él (2); el mandante podrá obrar contra el mandatario para que le ceda las acciones contra terceras personas, ó le entregue lo que hayan ellas producido (3).—Pero la jurisprudencia no se ha atendido á este derecho riguroso. A medida que se ha hecho ménos material y más racionalista, se ha propagado la idea de que el mandante debe ser considerado como que ha obrado por medio de su mandatario. Extendiendo una disposicion ya introducida por el edicto, la jurisprudencia, á ejemplo de la accion institoria (*ad exemplum institoria*), ha concedido á los terceros, contra el mandante, las acciones útiles que resultan de las operaciones que hayan ellos ejecutado con el mandatario: por ejemplo, la *condictio utilis*, si se trata de *mutuum* ó de estipulacion; la *actio utilis empti* ó *venditi*, si se trata de compra y venta (4).—Por otra parte, aún excediendo las reglas de la accion institoria, ha concedido al mismo mandante, contra los terceros, y bajo la calificacion de *útiles*, las acciones nacidas de dichas operaciones. Esto es indudable en el caso de mandato especial (5); mas en cuanto al mandato general, parece que la accion útil se ha dado con dificultad al mandante, y sólo por recurso extraordinario, cuando sin esto se hallase en peligro de perder (6).—En fin, aún vemos que hallándose

(1) Dig. 27. § 4. f. Gay.; 10. §§ 9 y 12. § 7 á 9. f. Ulp.—45. § 1 á 5. f. Paul.

(2) Ibid. 45. pr., y § 1 á 5. f. Paul.

(3) Ibid. 10. § 6 y 43. f. Ulp.—59. pr. f. Paul.

(4) Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 31. pr. f. Papin.—14. 3. *De instit. act.* 16. f. Paul.; y 19. pr. f. Papin.—17. 1. *Mand.* 10. § 5. fragmento de Ulpiano, que contiene una respuesta de Papiniano.—Cod. 4. 25. *De instit. et exercit.* 5. const. de Dioclec. y Maxim.—Todos estos textos dicen siempre, hablando de la accion que coinciden, *utilis ad exemplum institoria*, ó *utilis quasi-institoria*.

(5) Dig. 19. 1. *De action. empt. et vend.* 13. § 25. f. Ulp.—3. 5. *De procurat.* 27. § 1 y 28. f. Ulp.; 68. f. Papin.

(6) Dig. 14. 1. *De exercit.* 1. § 18. f. Ulp. «extra ordinem juvare.»—14. 3. *De instit.* 1 y 2. f.

los terceros colocados entre dos acciones: la accion directa del mandatario y la accion útil del mandante, la jurisprudencia da la preferencia á esta última; y que una excepcion se opondrá al mandatario que, contra la intencion del dueño, intentase él mismo la accion (1).—Añádase á esto que por efecto de los principios admitidos en lo relativo á la posesion, la propiedad es adquirida ó enajenada por el mismo mandante, por efecto de la tradicion hecha en su nombre á su procurador (t. 1, p. 470) ó por su procurador (2). Es decir, que, en suma, el derecho romano, por las innovaciones del edicto y de la jurisprudencia, se ha acercado cada vez más al sistema hoy vigente acerca de la representacion del mandante por el mandatario, y que el antiguo derecho no ha conservado ya más que una existencia puramente nominal.

Por lo demas, es preciso distinguir del mandatario al *nuntius*, que no es más que un mensajero, uno que lleva la voz, un instrumento que se emplea para conducir la expresion de su consentimiento. En todos los actos que pueden hacerse por el solo consentimiento, y por consiguiente en todos los contratos consensuales nada impide que se envíe el consentimiento, ya por carta, ya por medio de un mensajero, lo que equivale á haberlo dado por sí mismo (p. 291 de este tomo, y Dig. 44. 7. *De oblig.* 2. § 2. fr. de Gayo).

El mandato puede distinguirse, por la extension de los objetos que abraza, en mandato general (*mandatum generale*), ó mandato especial (*speciale mandatum*). «*Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest*», dice Ulpiano (3). Nuestro texto, según Gayo, nos presenta otra division, tomada del interes en que ha intervenido el mandato (4).

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 mandatum sit, supervacuum est; et ob id nulla obli-

El mandato se contrae de cinco maneras, según que alguno te da mandato en su interes solamente, ó en el suyo y en el tuyo, ó en interes de otro solamente, ó en el suyo ó en el de otro, ó en el tuyo y en el de otro. El mandato en tu

Ulp.: «si modo aliter rem suam servare non potest.»—46. 5. *De stipul. pract.* 5. f. Paul.: «si rem amissurus sit.»

(1) Dig. 3. 5. *De procurat.* 28. f. Ulp.

(2) Dig. 17. 1. *Mand.* 5. §§ 5 y 4 f. Paul.

(3) Dig. 3. 5. *De procuratoribus.* 1. § 1. f. Ulp.; 58 y 60. f. Paul.; 63. f. Modest.

(4) Dig. 17. 1. *Mand.* 2. f. Gay.

gatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

solo interes es inútil, y, por consiguiente, no produce entre vosotros ni obligacion ni accion de mandato.

El mandato en el interes único del mandatario no es más que un consejo. Esta especie volverá á examinarse bajo el § 6.

I. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum: veluti, si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes.

1. Hay mandato en el solo interes del mandante: por ejemplo, si alguno te da mandato de administrar sus negocios, de comprarle un fundo, ó de hacerte *sponsor* por él.

El mandato en el solo interes del mandante es el caso más comun y frecuente.—Obsérvese en el texto la mencion del *sponsor*; tomada de los antiguos y aquí conservada, aunque el verdadero *sponsor* ya no existia en tiempo de Justiniano.

II. Tua et mandantis: veluti, si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes et qui in rem ipsius mutuaretur; aut si, *volente te agere cum eo ex fidejussoria causa*, tibi mandet ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo quem tibi deleget, in id quod tibi debuerat.

2. En tu interes y en el del mandante; por ejemplo, si te da mandato de prestar dinero á interes á alguno que lo toma para los negocios del mandante, ó si, *cquando queriendo tú gestionar contra él por causa de fideyusion*, te manda ya obrar, á su cuenta y riesgo, contra el deudor principal; ya estipular, á su cuenta y riesgo, lo que te deba, de una persona que te delegue.

Volente te agere cum eo ex fidejussoria causa. Esto, tomado tambien probablemente del texto de Gayo, no puede haber tenido utilidad sino en el derecho anterior á Justiniano; en tiempo en que el acreedor estaba en libertad de perseguir ya al deudor principal, ya al fideyusor; pero en que por su accion contra uno, el otro quedaba libre (véase pág. 260). En estas circunstancias se supone que habiendo fijado su eleccion en el fideyusor, se dispone á proceder contra él; pero que éste le da mandato de dirigirse, de su cuenta y riesgo, contra el deudor principal. Por efecto de este procedimiento, el fideyusor quedará libre en concepto de fideyusor, pero obligado como mandante. Desde las innovaciones de Justiniano, que corresponden al año 531, y que son, por consiguiente, anteriores á la Instituta, ya esto no tenia interes (pág. id.).

Ab eo quem tibi deleget. Debiéndote cien sueldos de oro, te dele-

go á Ticio, que me debe otro tanto, dándote mandato de estipular de él esta suma. Esta estipulacion hecha por tí, extingue á un mismo tiempo, por novacion, ya la suma que Ticio me deba, ya la que yo te debo; pero como mandante quedo responsable, y tú tendrás tambien, para hacerte pagar, la accion de la estipulacion contra Ticio, y la accion de mandato contra mí, si Ticio no te paga (1).

III. Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti, si tibi mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes.

3. Hay mandato intervenido en interes de otro: por ejemplo, si alguno te manda administrar los negocios de Ticio, comprar un fundo, ó hacerte *sponsor* por Ticio.

Este género de mandato puede presentarse, por ejemplo, si hallándose ausente uno de mis amigos, y sus negocios en mal estado, me dirijo á tí, que estás en el lugar donde aquéllos radican, y tomo sobre mí encargarte de alguna gestion en su nombre. En semejante mandato es preciso decir que desde el principio no nace obligacion, porque no siendo el negocio cosa mia, no tengo interes de derecho. Por consiguiente, por el solo efecto de la convencion no tendré ninguna accion contra tí para obligarte á ejecutar el mandato. Pero desde el momento que has practicado algunas gestiones, nacen las acciones: tú tienes accion de mandato contra mí, para hacerte indemnizar de los gastos que te haya causado el negocio que te he encomendado, y yo tengo accion contra tí para hacerte dar cuentas y cumplir tus obligaciones, porque yo soy responsable para con el tercero, en cuyos negocios me he mezclado (2).

IV. Sua et aliena, veluti, si de communibus suis et Titii negociis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emereres, vel ut pro eo Titio sponderes.

4. En el interes del mandante y en el de otro, por ejemplo: si te manda desempeñar negocios comunes entre él y Ticio, comprar un fundo, ó hacerte *sponsor* por él y Ticio.

V. Tua et aliena, veluti, si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes. Quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

5. En tu interes y en el de otro: por ejemplo, si él te manda prestar á interes á Ticio. Si se trata de préstamo sin interes, el mandato sólo interviene en favor de otro.

(1) Dig. 17. 1. Mand. 22. § 2; 26. § 2, y 45. § 7. f. Paul.

(2) Dig. 17. 1. Mandat. 8. § 6. f. Ulp.—3. 5. De negot. gest. 23. f. Javolen.