LAS EXCEPCIONES A LA REGLA *MANDATUM MORTE SOLVITUR* EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA

ROSALÍA RODRÍGUEZ LÓPEZ

I.- El objeto de este estudio es mostrar la validez de la regla "*mandatum morte resolvitur*", reforzada por las excepciones que a ella se establecen, y que no vienen a suponer una quiebra, sino que provienen de la aplicación de los principios generales del Derecho al caso concreto, junto con determinadas circunstancias, que concurren tras la celebración del negocio jurídico; éstas, las excepciones, son definidas por ARANGIO-RUIZ(1) cuando afirma: "*...della permanenza del contratto come putativo...*", esto es, se reputa como existente el contrato, no siéndolo. Se analizarán aquellos supuestos en los que tiene lugar la muerte del mandante(2) o el mandatario antes de que se logre el total cumplimiento del contrato, y las soluciones jurídicas que se articulan por los juristas.

El contrato de mandato requiere, como todo contrato consensual, la *perseverantia consensus* de ambas partes de seguir el cumplimiento del contrato. Este requisito implica que el mandato se extingue, entre otras, por una vía unilateral no voluntaria, como es la muerte de uno de los contratantes (*mandatum morte*

(1) ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 142.

(2) ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 140,142, expone como el criterio que rige la hipótesis de muerte del mandante coincide con el de los supuestos de revocación; al igual que la renuncia del mandatario implica una responsabilidad respecto a los daños que pueda sufrir el mandante si la renuncia no se apoya en una justa causa, y es intespectiva, los herederos del mandatario muerto tienen idéntica responsabilidad ante la producción de un *damnum* al mandante.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

solvitur)(3). Por este carácter personalísimo las relaciones jurídicas que crean las partes resultan intransmisibles a los herederos. Así la extinción del mandato paraliza la ejecución del contrato ya iniciado y que no había sido concluido, aunque el mandante responde de los gastos adelantados por el mandatario, y éste de los daños causados; falta pues la voluntad de las partes.

Tras la comprensión que del contrato de mandato romano hacen los compiladores justinianeos se suceden distintas regulaciones; así con la mayor cautela, y con la pretensión de lograr abarcar una panorámica de las excepciones a la regla, se hará repaso principalmente a los textos legales visigodos (Código de Eurico, Breviario de Alarico II, *Liber Iudiciorum*), a la perduración de la tradición jurídica visigoda durante la Edad Media (Fuero Juzgo, Fuero Real), el Derecho de la Recepción (Partidas, Leyes de Toro, Nueva Recopilación, Novísima Recopilación), y las Codificaciones.

La regulación contenida en el código civil español es fruto de una cultura jurídica, que arrancando de las fuentes romanas tan sólo parcialmente se refleja en los textos jurídicos intermedios. Esta institución en su formulación actual únicamente se aleja de su antecedente romano en que aunque considera la gratuidad como elemento natural del contrato, resulta derogable por voluntad de las partes.

Se expondrá en estas páginas una reconstrucción histórico-dogmática del fenómeno en su desenvolvimiento y concreción a partir de los datos que proporcionen las fuentes. Este tema no ha sido objeto de grandes discursiones doc-

---

(3) Ha de delimitarse el análisis en relación a una cuestión muy controvertida, el mandato *post mortem*, negocio por causa de muerte, puesto que en él el contrato se pacta con la condición de que se ejecute *post mortem mandatori o mandatarii*. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949. ARCHI, "Una nota di Trifonino a Scaevola (mortis causa capio; mandato; adstipulatio; fedecommesso)", *Festschrift Rabel* 2 (1954), 7-31. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1952, 489. BONFANTE, "*Mandato post mortem*", *Giurisprudenza italiana,* 55,4 (1903), 161-9. (= Scritti giuridici varii, Torino, 1916; III, Obligazioni, comunione e possesso, Torino, 1921). BORTOLUCCI, "Il mandato de credito", *BIDR*, 27 (1915), 178, nº 2. COVIELLO, "Il *mandatum post mortem*", *Rivista di diritto civile*, 22 (1930), 1-24. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, II, Oxford, 1967,185. DI MARZO, "Sul mandato *post mortem*", *Scritti Ferrini,* 1 (1947), 233 -8. DI PAOLA, "L'atto giuridico *post mortem*", *LABEO*, 1 (1955), 342 ss. DONATUTI, "Contributi alla teoría di mandato in diritto romano", *Estratto dagli Annali della Università di Perugia*, 39 (1928). RABIE, "L'atto giuridico *post mortem*", *LABEO* 3 (1957), 92-105. RABLE, *L'acte juridique post mortem en droit romain: validité et fonction*, Milano, 1955, 367 ,370 ss., 141 ss. SACCHI LODISPOTO, "L'esecuzione testamentaria nel diritto romano e nel diritto romano e nel barbarico", *Studi Fadda* 5 (1906), 311-339. SANFILIPPO, "*Mandatum post mortem*", *Studi Solazzi*, 1948, 554-67. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 556. WATSON, *Contract of mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, 124-152. ZACCHI, "Mandato *post mortem*", *Diritto ecclesiastico*, 40 (1929), 244-259. VAN OVEN, "*Gaius* 3.158: *mandatum post mortem mandantis*", *Symbolae Taubenschlag, Vratislaviae-Varsaviae,* 1 (1957), 529.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

trinales, y son pocos los autores que se han detenido en su estudio, aunque sus aportaciones doctrinales me permiten abordar un análisis centrado en cuestiones más puntuales.

II. TRATAMIENTO JURíDICO EN DERECHO ROMANO.

II.1.- Las fuentes romanas de que se disponen son muy escasas y localizadas en un espacio temporal muy concreto (a partir de la época clásica), y en general de carácter jurídico. Para Torrent(4) "se aplicó rigurosamente durante la época clásica(5) el principio de que el contrato subsiste mientras que las partes perseveren en su voluntad contractual, experimentando sensibles atenuaciones en época postclásica. Las fuentes de que se disponen se manifiestan en esta línea, revelando los juristas romanos, todos ellos entre el Sº II-III d.c. un tratamiento bastante uniforme". Secundo la opinión del autor sobre el tratamiento dado por los juristas romanos, pero considero sin embargo que desde finales de la época clásica el cambio es patente (Sº I-II d.c.), admitiéndose excepciones a la rigidez de la regla que establece que el contrato persiste mientras perviva el *animus contractus*; así pues este rasgo es indicativo de un sentir jurídico más fuerte que lo que denomina atenuación de los principios clásicos, afirmación que argumentaré a lo largo de este trabajo. Esta flexibilidad jurisprudencial se advierte ya en la diversa formulación del planteamiento de soluciones por las escuelas de derecho; así como señala De Bujan(6) la posición proculeyana incide fundamentalmente en el resultado obtenido, primando la satisfacción del mandante como consecuencia de la ejecución realizada por el mandatario; para los juristas sabinianos el mandato se comprende como un contrato de actividad, a diferencia de los proculeyanos que lo entienden como un contrato de resultado. La tesis proculeyana, más heterodoxa y pragmática, pero menos cientifica y menos rigurosa es recogida por las nuevas generaciones de juristas, en un momento en el que los principios o conceptos metajurídicos o filosóficos atemperan el rigor juridico de las instituciones. En este ambiente jurídico descrito por el autor es fácilmente comprensible que puedan comenzar a generarse excep-

(4) TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1991, 473.

(5) SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 556.

(6) DE BUJAN, "Un supuesto polémico a propósito de exceso de mandato", *St.Iglesias*, 3 (1988), 1293 ss., destaca que la postura sabiniana atiende más a la conducta del mandatario, y aplica con carácter estricto y riguroso la máxima del respeto a las instrucciones recibidas.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

ciones frente a la rigurosidad del principio *Mandatum morte solvitur.*

Watson(7) considera que las posiciones de Paulo y de Gayo en este tema no son esencialmente distintas, puesto que miraban el problema desde diferentes puntos de vista, mientras que en la práctica sus decisiones serían las mismas. De la lectura de los textos se extrae que Paulo y Gayo no ofrecen un mismo tratamiento del problema, puesto que el análisis de Paulo(8) es mucho más depurado, más rico. El de Gayo(9), separado de un contexto que lo desarrolle, es demasiado simple. Ha de analizarse también, cuidadosamente, el pensamiento de Gayo plasmado en el epítome(10), donde trás un proceso de síntesis, se simplifica y deforma su posición respecto a esta cuestión. El texto del epítome de Gayo, 2,9,19 es el siguiente: *Solvitur mandatum aut morte eius qui mandavit, aut eius cui mandatum est, aut contraria illius voluntate, qui mandavit.* No ha de olvidarse tampoco que el contenido del Epítome tiene validez en una época, y que en ese preciso espacio temporal el pensamiento jurídico consideraría inadmisible la existencia de estas excepciones que aquí se analizan.

II.2.- La causa, en este ámbito, es un elemento al que el Derecho subordina la modificación y no extinción de los derechos subjetivos derivados del negocio de mandato, una vez que se ha producido el fallecimiento del mandante/mandatario, y con la que se intenta salvar la finalidad práctica perseguida por la voluntad de las partes, es decir, la ejecución del mandato.

La mayoría de las disposiciones condicionan la posibilidad de que dicho

---

(7) WATSON, Mandate, 1961, 128-130. Los estudios de WATSON se centran principalmente en el reconocimiento de las posibles interpolaciones [GORDON, "Reviews a WATSON, Contract of mandate in Roman Law, Oxford, 1961", *The journal of roman studies*, 52 (1962), 247]. WATSON escribe: " From these texts (C.Th.2,12,7) most scholars have agreed, certainly without much discussion, that the death of either party at any time ends the mandate. Only LEVY has disputed that the death of either party ends the mandate, and that for Western post-classical law only. Only BUCKLAND has shown any doubt on the question whether death at any time ends the mandate. As for the first point, the two quoted from the *Institutes* of Gaius (3.160) and Justinian (3.26.10) show that for both classical and Justinianic law death of either party ends the mandate. This conclusion is supported by the text of Paul (D.17,1,26 pr.) and by C.4,35,15, which deal with the death of the principal only, and by the Gaian Digest text D.17,1,27,3, which refers to the death of the agent...", considero apresurado y sin fundamento su opinión.

(8) D.17,1,26, *Paulus*, XXXII *ad Edictum*; D.17,1,58, *Paulus*, IV *Quaestionum*; D.46,3,108, *Paulus*, libro II *Manualium*.

(9) D.17,1,27,3, *Gaius*, IX *ad Edictum provinciale*; *Gaius*, I,3,160.

(10) ARCHI, "L'epitome Gai. Studio sul tardo diritto romano in Occidente", *Antica*, 61 (1991), 58, 64, explica como los escritos de los juristas clásicos en la débil jurisprudencia postclásica resultan incomprensibles, fantasmagóricos para la nueva realidad de un mundo ya decadente, propio del derecho vulgar. El epítome, escrito en la segunda mitad del S° V, no puede ser valorado en el sentido de la vieja crítica, puesto que está más cercana al fenómeno de las *Interpretationes*; si se quiere conservar la denominación de epítome, ha de entenderse en sus límites reales.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

mandato siga siendo válido, una vez acaecida la muerte de una de las partes, a alguna de las siguientes circunstancias:

a. *Que el contenido del contrato esté, por lo menos, ejecutándose.*
b. *Que el mandatario ignore la muerte del mandante.*
c. *La concurrencia de error aparece también como causa de validez de los efectos jurídicos del contrato en relación a terceros.*
d. *Pueden concurrir otras circuntancias que el jurisconsulto no especifica.*

A.- Que el contenido del contrato esté, por lo menos, ejecutándose (D.17,1,27,3(11); C.4,35,15(12); I.3,26,10; Gayo,I,3,160(13)). En estos textos, que analizaré más adelante, se indica taxativamente que se excluye la excepción cuando el mandato está integro(14). El adjetivo "integro"(15) ha de comprenderse dentro del contexto en el que está inserto; al decir *res integra* se entiende que la actividad, objeto del mandato, está sin ejecutar, que no se ha iniciado el cumplimiento del contrato; en dicha situación no se han generado obligaciones para las partes, no surgiendo por tanto consecuencias jurídicas(16). Aunque no por ello en caso contrario se debe considerar que únicamente porque el mandato estuviera

---

(11) D.17,1,27,3, *Gaius, IX ad Edictum provinciale*: *Morte quoque eius, cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum, et ob id heres eius, licet exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem.*

(12) C.4,35,15, *Impp.Diocletianus et Maximianus, AA. et CC. Precario*: *Mandatum re integra domini morte finitur.*

(13) *Gaius*,I,3,16O: *Item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius interveniat, id est vel eius qui mandaverit, vel eius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, ut si mortuo eo qui mihi mandaverit, ignorans eum decessisse executus fuero mandatum, posse me agere mandati actione; alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum mihi adferet. Et huic simile est quod plerisque placuit, si debitor meus manumisso dispensatori meo per ignorantiam solverit, liberari eum, cum alioquin stricta iuris ratione non posset liberari eo quod alii solvisset quam cui solvere deberet.*

(14) Sobre la expresión *res integra* se profundizará al tratar el Fundamento de las excepciones.

(15) SERAFINI, *Commentario*, 1904, 78, explica el sentido de este concepto cuando afirma que el mandato ya no es integro cuando el mandatario lo ha conducido a tal punto, y para su ejecución incurre en tales gastos, que le sería imposible retraerse; o para terceros con los que ha contratado el mandatario, cuando ya ha adquirido un derecho que no puede serle quitado. MEYLAN, "Révocation et renonciation du mandat", *Studi Grosso*, 1 (1971), 474, escribe al respecto: La *res adhuc integra* c'est le mandat qui, nous dit Gaius, est réduit à néant, comme s'il n'avait jamais existé.

(16) Así se deduce igualmente de C.4,35,3, *Imp.ANTONINUS A.GERMANO*: *Si pater tuus tibi, sui iuris constituto, actionem adversus debitores suos mandavit, potuit ipse praesens adversus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud iudicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.* I.3,26 (27), 9 y 11: (9) *Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit*; (11) *...susceptum autem consummandum est, aut quamprimum renuntiandum, ut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur...* Imbuido del mismo espíritu se redacta D.29,2,48, *Paulus*, libro I *Manualium*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

ejecutándose procedería su continuación, debiendo sumarse además alguna causa con entidad por sí misma. Dicha expresión significa más bien que la ejecución de la obligación se resuelve automáticamente, sin excepciones, cuando en el momento de la muerte el cumplimiento del contrato está intacto, sin comenzar. Al no haberse iniciado el cumplimiento del contrato (*res integra*) ninguna de las partes sufre daño (*damnum*) con la extinción del mandato, dejando libertad a las partes, heredero y mandatario, para que alcancen si lo estiman pertinente una nueva relación jurídica. El requisito, de que el mandato no esté integro(17), que repetidamente exigen las fuentes para que sean lícitas las excepciones, se inserta en la estructura jurídico-formal de la sucesión romana(18). Di Paola(19), aunque en relación a otra cuestión, esto es al *mandatum post mortem mandatarii*, afirma que el problema de la validez o nulidad de este *mandatum* encuentra un límite preciso en las relaciones jurídicas constituidas junto al *de cuius*, pues el resto de las relaciones no se pueden transmitir a los herederos, que no se reintegran en derechos y obligaciones inexistentes(20). La regla *obligatio ab heredis persona incipere non potest* no constituye la causa de la nulidad de dicho *mandatum*, sino más bien una consecuencia"(21). Considero extensible estas palabras al campo de las excepciones a la regla *mandatum morte resolvi-*

---

(17) BONFANTE, "Mandato *post mortem*", *Giurisprudenza italiana*, 55,4, 1903, 264, 278, afirma que el pricipio *Mandatum morte finitur* es una regla excepcional que se aplica cuando el mandato es *adhuc re integra*, pues generalmente las obligaciones una vez formadas pasan a los herederos.

(18) DI PAOLA, "L'atto giuridico *post mortem*", *LABEO* 1 (1955), 342, aunque en relación a otra cuestión, esto es al *mandatum post mortem mandatarii,* afirma que el problema de la validez o nulidad de este *mandatum* encuentra un límite preciso en las relaciones jurídicas constituidas junto al *de cuius*, pues el resto de las relaciones no se pueden transmitir a los herederos, que no se reintegran en derechos y obligaciones inexistentes. En el mismo sentido ASTUTI, "Cessione", *ED.*, VI, 807. BONFANTE, "Mandato *post mortem"*, *Giurisprudenza italiana*, 55,4 (1903), 278, escribe: "Es un principio de Derecho singular, el principio *mandatum morte solvitur*, que en Derecho clásico se relaciona con un pensamiento general que excluía de la sucesión todas las relaciones no vinculadas, en cuanto el heredero romano subentra en la posición jurídica, pero no en la voluntad del difunto, y el mandato depende siempre de la voluntad; en el Derecho justinianeo el heredero subentra también en la voluntad, lo que constituye una excepcionalidad o anomalía de la norma". VOCI, "Erede e eredità", *ED*, XV, 176-7, indica que la prohibición de los efectos jurídicos es abolida formalmente por Justiniano.

(19) DI PAOLA, *L'atto giuridico*, 1955, 342.

(20) "Es un principio de Derecho singular, el principio *mandatum morte solvitur*, que en Derecho clásico se relaciona con un pensamiento general que excluía de la sucesión todas las relaciones no vinculadas, en cuanto el heredero romano subentra en la posición jurídica, pero no en la voluntad del difunto, y el mandato depende siempre de la voluntad; en el Derecho justinianeo el heredero subentra también en la voluntad, lo que constituye una excepcionalidad o anomalía de la norma" (BONFANTE, *Mandato*,19O3, 278).

(21) RABIE, "L'atto giuridico *post mortem*", *LABEO*, 3 (1957), 93-4.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

tur. La regla *obligatio*,..., impregna de sentido la expresión de los juristas cuando se refieren a la integridad o no del mandato. Si el mandato está intacto cuando fallece el mandante el contrato se extingue porque las obligaciones no pueden comenzar en la persona de los herederos. Al decir comenzar no quiero decir que la obligación surja *ab initio*(22) en la persona del heredero(23) (*obligatio mandati consensu contrahentium consistit*), pues el verbo *incipere* tiene un significado ligado a empezar, emprender, y en el contexto que nos movemos a ejecutar, esto es, ejecución de la *res*. Al no haberse iniciado el cumplimiento del contrato (*res integra*) ninguna de las partes sufre daño (*damnum*) con la extinción del mandato, dejando libertad a las partes, heredero y mandatario, para que alcancen si lo estiman pertinente una nueva relación jurídica. Se expondrán a continuación aquellos supuestos en lo que se observan estas consideraciones. Se observan estas consideraciones en C.4,35,15 *Impp.Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Precario*(24); D.17,1,27,3, *Gaius*, *libro* IX *ad Edictum provinciale*(25); D.17,1,34,1, *Africanus*, libro VIII, *Quaestionum*(26); D.23,3,9,1 *Ulpianus*, libro

(22) La obligación no surge *ab initio* en el heredero ya que existe un contrato entre mandante y mandatario; distinta es la cuestión de si se ha comenzado o no la ejecución de la obligación.

(23) VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, 235 ss., escribe que el mandatario o su heredero tienen la obligación de terminar el negocio iniciado; los créditos y los débitos, surgidos en vida de las partes, se transmiten a sus herederos, puesto que son relaciones ya concluidas.

(24) Esta disposición dice así: *mandatum re integra domini morte finitur*, situando como complemento circunstancial de modo la expresión *re integra*.

(25) Especifica este texto que si cuando muere está integro el mandato, aunque luego se ejecute, el heredero no tiene acción. Sin embargo si cuando se produce la muerte el mandato hubiese estado cumpliéndose, el heredero habría gozado de la correspondiente acción. ALBANESE, "*Iudicium contrarium* e ignonimia nel mandato", *IURA* 21 (197O) 1, 43, escribe que algunos pasajes genuinos, D.17,1,3,1, D.17,1,22,4, D.17,1,34,1, D.17,1,36,3, Y Gayo, 3,155, aseveran que la acción naciente del mandato es única y agotable, tanto para el mandante como para el mandatario. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954, 1O4-5, no muy acertadamente afirma que en esta fuente se aplica rigurosamente, y con todas las consecuencias, el principio de que el mandato se extingue con la muerte del mandatario; si sus herederos han continuado el mandato, lo han hecho a su propio riesgo, no pudiendo invocar la ignorancia; por tanto no compete la *actio mandati* porque el mandato está extinto; si nunca se puede presentar del punto de vista de la gestión de los asuntos de otro en orden al mandato.

(26) D.17,1,34,1: *sin vero perinde mandati agendum sit, ac si alienum fundum emi mandassem, morte insecuta, quum id scieris, resoluto mandato nullam tibi actionem cum herede meo fore*. Para WATSON, *Mandate, 1961*, 127, los supuestos D.17,1,34,1 y D.17,1,22,4, de Africano y Juliano respectivamente, ofrecen una visión distinta, opinión que no comparto, como ahora explicaré. DE ROBERTIS, "Recensión a WATSON, Contract of mandate in roman law, Oxford, 1961", *SDHI*, 28, (1962), 420, comenta que el autor tiene posiciones tradicionales correspondientes a la *communio opinio* de los estudiosos, pero acentuándo frente a la crítica textual, en especial por lo que respecta a D.17,1,34,1, su propia orientación conservadora. Me siento más cercana a la tesis de ARANGIO-RUIZ, Il mandato, 1949,143, nº2., donde afirma: "...Confesso di non riuscire a rendermi conto del come a questa soluzione si possa arrivare: se, come all'inizio del testo è di mandato, la condizione della loro adesione può considersi verificata

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

XXXI *ad Sabinum*(27).

B.- *Que el mandatario ignore la muerte del mandante*: (*Gaius*, 1,3,160;

---

soltanto se aderiscano mentre il contratto condizionato sia ancora in vigore: l'idea di un'adesione che, inefficace nei riguardi del mandato, abbia effetto solo per quella parte del fondo per la quale il mandatario sarebbe venditore, è davvero sorprendente..." Las fuentes que se tratan se insertan, en el Digesto, procediéndo el primero, D.17,1,34,1 de las *Quaestiones* de Africano, y D.17,1,22,4 de la obra de Paulo, *Ad Edictum*, que a su vez retoma el parecer de Juliano.

LEGIER, "Tacita *condictio*", *RHD*, 44 (1966), 16, sostiene que la naturaleza de los contratos de buena fe autoriza la posibilidad de una condictio iuris, que tanto Paulo como sus contemporáneos admite.

MURGA, "Recensión a Masi, Studi sulla condizione nel diritto romano, Milano, 1965", *AHDE* 35 (1966), 607, describe la minuciosidad con la que el autor examina distintos supuestos de pendencia y transmisibilidad. El legado de liberación, que permite *statim* al legatario, a su vez deudor sub conditione, ejercitar la actio ex testamento frente a los herederos (D.36,2,19, 3 y 4). Una novación condicional (D.46,2,24), en que se transmite la obligación a los herederos. Masi ha estudiado la condición unida a una *stipulatio* en sus distintas modalidades, dedicando finalmente su atención a una pendencia condicional en un contrato de buena fe: la compra-venta *sub conditione*, en un texto que cuenta con importantes adversarios, de la talla de Windscheid y Levy (D.18,6,8 pr), y el contrato mixto de mandato y compra-venta que Africano muestra en D.17,1,34,1, y cuya clasicidad ha sido puesta seriamente en duda por Arangio-Ruiz y Monier. Masi tras estudiar todas las objeciones se decide por el carácter genuino de estos textos que confirman su punto de vista.

Igualmente se prevee en D.17,1,14, *Ulpianus*, libro XXXI *ad Edictum*, llegando incluso el jurista a plantear la problemática de que el heredero venda la herencia, debiendo ceder sus acciones al comprador (*actio mandati*).

(27) Este texto recoge un supuesto en el que el cumplimiento del mandato está sometido a condición, y antes de que ésta se verifique muere el mandante, y consecuentemente la *res* está ejecutándose: *Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant ?. Et vereor, ne non possint in dominio eius effici, cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, et quum sequitur conditio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo, fatendum est. Sed benignius est, favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei, quod defunctus fecit, aut si distulerit, vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata*. Por tanto en el texto recogido supra se contempla la existencia de un mandato sometido a condición resolutoria porque el hecho futuro determina el momento en el que cesan los efectos del mandato, y mientras tanto el mandante le ha entregado cosas al mandatario para que cuando se celebren las nupcias se haga la dote; por tanto la *res* no está integra, sino pendiente de conclusión, habiendose realizado ya actuaciones por un sujeto, en calidad de mandante, dirigidas al buen cumplimiento del encargo dado a otro sujeto, que también está actuando ya como mandatario; lo que se ha de tener en cuenta en el caso de que los herederos del mandante no acepten las consecuencias del mandato ya ejecutado por el mandatario Para ARCHI, "Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano", *Studi Betti*, 2 (1962), 65 ss., se trata de un testimonio de la eficacia retroactiva del cumplimiento de una condición. El autor dice así: ...denuncia come alterato il testo da *vereor* in poi. Non vi è dubbio que questa ultima frase debba essere attribuita ai compilatori di Giustiniano. La tanto discussa alterazione della parte centrale di D.23,3,9,1 si ricolleghi al periodo, nel quale le scuole orientali discutevano ancora vivacemente del problema di quali rapporti potevano far capo e far carico all'erede o in genere a qualsiasi terzo. Più che una precisa testimonianza dell'efficacia retroattiva dell'adempimento della condizione, esso ci testimonia il travaglio che si manifestò tra scuole e legislazione in tema di struttura negoziale. MASI, "Retroattività della condizione e *donatio mortis causa* fra coniugi", *Annali di Storia del diritto*, 7 (1973), 27-29, mantiene, por contra, una posición divergente; señala el autor que la última parte de D.23,3,9,1 excluye toda referencia al prin-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

D.17,1,26[28]; D.17,1,34,1[29]; D.17,1,58[30]; I.3,26,10). Por tanto los textos hacen mención reiteradamente a razones de ignorancia[31] en una de las partes, y ésta

---

cipio de retroactividad de la condición: no se puede explicar la insistencia con la que se subraya la necesidad del consenso del heredero y el hecho de que sólo como extrema *ratio* se llegue a admitir el transferimento *ope legis* (*ex nunc* y no ya *ex tunc*); esta solución no habría sido necesaria si los juristas justinianeos hubieran partido de aquel presupuesto. En el mismo sentido MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, 134, 142. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1950, 172-3, comenta como la propiedad pasa *ipso iure*, pero una benigna interpretación del jurista modifica la conclusión; a la muerte del mandante el mandato se extingue, pero por favor de la dote se impone la necesidad a los herederos de consentir esto que había dispuesto el difunto, y si el heredero no quiere o duda, el dominio se transfiere *ipso iure* al adquirente. El autor recuerda que en el derecho justinianeo se afirma el principio de que el cumplimiento de la condición suspensiva produce el paso de la propiedad en base a la voluntad condicional, expresada al momento de la constitución del contrato, sin que sea necesario mantener esta voluntad, y mucho menos una nueva declaración de voluntad por parte del heredero o curador, al momento de verificarse la condición suspensiva. SOLAZZI, "*Favor dotis*", *SDHI* 21 (1955), 305-6, recuerda también que existe una interpolación desde *sed benignus est*...fin, modificación justinianea a la que responde la aparición del *favor dotis*. GIOFFREDI, "Pendenza e sospensione dalle fonti romane alla dommatica odierna", *SDHI*, 22 (1956), 126 ss., escribe que al morir el disponente antes de la celebración de la boda, la obligación no se transmite a los herederos; aquello que pende no tiene una consistencia jurídica que pueda hacerse valer retroactivamente. La *traditio* de estos bienes dados en donación no es propia del derecho clásico, revelándose el carácter no genuino del texto, haciendose valer por los compiladores justinianeos el principio de retroactividad, que ellos admiten en el negocio condicionado al cual dan un mayor relieve jurídico. En este sentido ya se había expresado anteriormente SARGENTI, "*Usucapio pro suo* e costituzione di dote", *SDHI* 19 (1953), al referir que las interpolaciones a este pasaje habían sido referidas hacía tiempo, con gran fialbilidad por dos razones: de un lado porque la *dotis dictio* no puede en su estructura clásica ser presentada bajo condición, ya sea por acto solemne, ya sea por simple *traditio*, y de otra porque tal subordinación no se concilia con la naturaleza de la usucapión, que es un modo de adquirir fundado sobre la aprehensión de la cosa, y no sobre la relación de derivación del derecho del titular precedente, y por tanto dependiente de su voluntad. KUPISZEWSKI, "Observazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: *dos e donatio*", *IURA* 29 (1978), estima que mientras que Ulpiano habla de *dotis datio*, Juliano habla de *traditio rei*: de hecho sólo la traditio es pensable respecto a la condición suspensiva, no admitiendo en cambio la condición ni la *mancipatio* ni la *in iure cessio*. De esto se deduce que cuando la traditio de *res mancipi* ha sido hecha *dotis nomine* bajo condición suspensiva, entonces en el caso que se realiza la condición, debe ser efectuada la mancipatio a fin de que el *sponsus* pueda ser propietario de la dote. En todo caso sólo en este momento se abre la vía a la usucapión de la dote. En el caso de que tenga lugar la condición, al constituyente, propietario de la dote, le corresponderá no la *condictio*, sino la *rei vindicatio*. Lo que si es evidente, como señala ARCHI, "Condizione", *ED.*, VIII, 743 ss., hubo mucha controversia entre sabinianos y proculeyanos por el problema de la eficacia del acto de disposición en la hipoteca de condición verificada *post mortem* del disponente. El autor considera que el texto está interpolado por los juristas justinianeos sólo en su parte final, manteniendo intacto el núcleo central de la cuestión. Los maestros bizantinos acogen la tendencia iniciada por Juliano, favorable a la transmisión a los herederos de las relaciones obligatorias condicionadas en los negocios *inter vivos*, generalizándola y eliminando así toda divergencia entre los juristas: en el periodo justinianeo se afirma que el heredero debe consentir todo aquello que haya dispuesto el *de cuius*.

(28) D.17,1,26, *Paulus, XXXII ad Edictum*: Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est, nam mandatum solvitur morte; si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit, mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

es una causa claramente determinada; el mandatario desconoce las circunstancias que rodean el contrato de mandato, no sabiendo las modificaciones producidas en un elemento de la relación; D.17,1,34,1 lo recoge en sentido negativo *...morte insecuta, quum id scieris, resoluto nullam tibi actionem cum herede mea*

& 1.-Si quis debitori suo mandaverit, ut Titio solveret, et debitor mortuo eo, quum id ignoraret, solverit, liberari eum oportet.

(29) D.17,1,34,1, *Africanus*, libro VIII *Quaestionum*: *Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, quum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus; quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit, et an ex ea causa credita pecunia peti possit, et an usurae peti possint ?. Respondit, non esse creditam, alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc numi, qui mei erant, tui fiunt. Item, quod si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est; his argumentum esse, eum, qui quum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum, et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. Et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo numi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.*

& 1.- Quum heres ex parte esses, mandavi tibi, ut praedium hereditarium mihi emeres certo pretio; emisti; pro coheredum quidem partibus non dubie mandati actio est inter nos, pro tua autem parte posse dubitari ait, utrumne ex emto, an mandati agi oporteat; neque enim sine ratione quem existimaturum, pro hac parte sub conditione contractam emtionem; quod quidem maxime quaeri pertinere ait, ut, si forte, priusquam emtio fieret, decesserim, et tu, quum scires me decessisse, propter mandatum meum alii vendere nolueris, an heres meus eo nomine tibi sit obligatus? Et retro, si alii vendideris, an heredi meo tenearis?. Nam si quidem sub conditione emtio facta videtur, potest agi, quemadmodum si quaevis alia conditio post mortem extitisset; sin vero perinde mandati agendum sit, ac si alienum fundum emi mandassem, morte insecuta, quum id scieris, resoluto mandato nullam tibi actionem cum herede meo fore. Sed et si mandati agendum esset, eadem praestanda, quae praestarentur, si ex emto ageretur.

(30) D.17,1,58, *Paulus, IV Quaestionum: Si praecedente mandato Titium defenderas, quamvis mortuo eo, quum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur. Quodsi sine mandatu defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueras, et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici, et heredem eius eadem actione teneri.*

& 1.- Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit, deinde defuncto debitore maiore parte creditorum consentiente a Praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant absente eo creditore, apud quem mandator extiterat; quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heresdebitoris?. Respondi: si praesens apud Praetorem ipse quoque consensisset, pactus videtur iusta ex causa; eaque exceptio et fideiussori danda esset, et mandatori. Sed quum proponas eum abfuisse, iniquum est auferri ei electionem, sicut pignus aut privilegium, qui potuit praesens id ipsum proclamare, nec desiderare decretum Praetoris; nec enim, si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestiturus est. Plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum, permittendum esset creditori fideiussorem convenire, dubitatum est; sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem.

(31) DONATUTI, "*Iustus error* e *iusta causa erroris* nelle fonti romane", *Studi Donatuti*, 87 ss., explica la distinta concepción que sobre el *iustus error*, o la justa ignorancia se tiene en las distintas épocas; así para los clásicos es lo contrario al error simulado, es decir, es un error efectivo, capaz de generar la *bona fides*, a diferencia de los compiladores que lo entienden como un error en base a una justa causa, o justificado por las circunstancias.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

fore, situación que muestra la buena fe(32) en la actuación de las partes.

En todos los textos la utilidad, que se alega como causa de la excepción, se conecta con situaciones de ignorancia del mandatario; pero esta ignorancia como manifiesta I.3,26,10(33), tomada de Gayo(34), Instituciones, I,3,160, para que sea valorada jurídicamente ha de ceñirse a unos determinados grados, que excedan de la normal y apreciable ignorancia: *sed utilitatis causa receptum est,..., alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum tibi afferat.*

C.- *La concurrencia de error aparece también como causa de validez de los efectos jurídicos del contrato en relación a terceros.* En D.17,1,57, *Papinianus*, X, *Responsorum*, el jurista describe un supuesto de mandato cumplimentado, por los herederos del mandatario muerto, al concurrir error en aquellos(35). El texto es el siguiente:

> *Mandatum distrahendorum servorum defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit. Quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit; sed venaliciarum ex provincia reversum Publiciana actione*(36) *non utiliter acturum, quum exceptio iusti domini causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno.*

Primeramente Papiniano deja claro en el texto que el mandato se extingue con la muerte del difunto que aceptó el contrato, *mandatum,..., defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit*, seguidamente da validez a los efectos jurídicos del mandato que se derivan para terceros, ejecutado por los herederos, siempre y cuando hayan actuado en virtud *non animo furandi, sed exsequen-*

---

(32) CASTRESANA, "*Fides, Bona Fides*: un concepto para la creación del Derecho", Madrid, 1991, 103 ss.

(33) METRO, "Indice delle fonti citate in chiazzese, confronti testuali", *IURA* 17 (1966), 225. LEPTIEN, "*Utilitatis causa* Zueckmässgkeitsentscheidungen im römischen retch", *SDHI*, 35 (1969), 53-4. LAURIA, "*De ara victoriae virginibus vestalibus*", *SDHI* 50 (1984).

(34) El término "error" es empleado impropiamente en GAYO, I,3,160, pues en ese contexto quiere significar un supuesto de ignorancia (error de hecho).

(35) Como señala BURDESE, Autorizzazione ad alienare in diritto romano, Torino, 195O, 85 ss., la redacción del texto no es muy clara; la complejidad y difícil comprensión del texto puede deberse a una posible interpolación, producida sobre la segunda parte en donde se puede negar la clasicidad de la escritura. DAUBE, "Mistake of law in usucapion", *The Cambridge Law Journ*, 16 (1958), 91-2, expone como un ejemplo de los errores legales en la usucapión D.17.1.57, donde el comprador usucapirá, pero al traficante se le dota de remedios pretorios en lugar de ausencia, lo que no altera el principio; según el autor tal corrupción como la que el texto parece haber sufrido es de naturaleza menor.

(36) Sobre el origen de alguna de estas expresiones, PESCANI, "Ancora sui manoscritti del Digesto", *BIDR* 1979, 177.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

di[37]; las interpretaciones dadas sobre el significado del contenido del texto son muy diversas[38]. Para García del Corral[39] el propietario (comerciante de esclavos) no podrá ejercitar útilmente la acción publiciana[40], y así el tercero, comprador de esclavos, los adquirirá por usucapión, disfrutando de la excepción de

---

(37) THOMAS, "*Animus furandi*", *IURA* 1968, señala: Albertario excises *non animo... fecerat* simply on the ground that Papinian would have thought *errore lapsi* was an addition motivated by the genuine *non animo* etc., or that *exsequendi...fecerat* is an added explanation of *animo furandi*. Rather is it probable, however, that the whole is genuine. The slaves being as yet unsold when the mandatory died, the mandate was at an end. One can see no occasion for surprise in Papinian's observing both the mistake of the heirs and their lack of theftuous intent in executing the mandate, with the consequence that the *res* were *habiles*.

MILELLA, "Il consenso del *dominus* e l'elemento intenzionale nel furto", *BIDR* 1988, 392, comenta las distintas locuciones empleadas por los juristas para definir el comportamiento psicológico del *fur*.

(38) HULOT y BERTHELOT, Les cinquante livrés du Digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien, Paris, 18O4, lo traducen en el siguiente sentido: "...on décide que les acheteurs peuvent acquérir ces esclaves par la prescription; mais le marchand d'esclaves étant de retour pourra intenter efficacement l'action Publicienne pour réclamer ses esclaves, quoique prescrits par l'acheteur; parce q'on lui accordera en connoissance de cause le droit de soustenir qu'il en est le véritable maître,...". MOMMSEN, KRUEGER, y WATSON, *The Digest of Justinian*, Philadelphia, 1817-19O3, lo entienden así: "... It was agreed that those [slaves] appared to have been usucapted by their buyers. [It was also agreed,] however, that the slave-dealer on his return from the province would have a competent actio Publiciana, since the defense of ownership is [only] granted after investigation of the facts...". También LEVY-RABEL, *Index interpolationum*, Weimar, 1929, 295, aportan la opinión de otros autores que estiman que algunas partes del texto han sido interpoladas; en este sentido BESELER respecto a *<rescissoria> Publiciana*, y a [*cum exceptio*-fin]; y ENMAN, VANGEROW, y APPLETON respecto a [*non utiliter*] *<non inutiliter>*. STURM, "Recensión a Vacca, Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, 1991", *ZSS*, 3 (1994), 664 ss.. VACCA, "Il c.d. *duplex dominium* e l'*actio publiciana*", *Studi De Sarlo*, 1989, Milano, 609, 631, 643. MARTINI, Il problema della *causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, 127-129. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950, 85 ss. GARCíA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1889. D'ORS, HERNANDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCíA GARRIDO, y BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1968. DE SARLO, "La definizione dell'*actio Publiciana* nel diritto dei classici", *Studi in onore di Solazzi*, Napoli, 1948. DAUBE, "Mistake of law in usucapion", *The Cambridge Law Journ*, 16 (1958), 91-2.

(39) GARCíA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1889.

(40) El comerciante, al ser propietario provincial, podría interponer la acción publiciana, puesto que el comprador es un poseedor de peor condición que aquel. STURM, "Recensión a Vacca, Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, 1991", *ZSS*, 3 (1994), 664 ss. VACCA, "Il c.d. *duplex dominium* e l'*actio publiciana*", *Studi De Sarlo*, 1989, Milano, 609, 631, 643, recuerda que la cosa es tradita *ex iusta causa*, concurriendo buena fe, título, y la ficción del tiempo para usucapir. El comprador tiene derecho a usucapir, esto es, de adquirir la propiedad del bien, sólo si en buena fe retuvo que ésta fuera la "causa" de su contraprestación, y sólo si con esta convicción ha adquirido la posesión del bien. Finalmente afirma que la *actio publiciana* no tiene la finalidad de proteger a un propietario pretorio, creando una *duplicatio* de la *rei vindicatio*, sino que trata de realizar los efectos translativos o adquisitivos del dominio, conforme a la causa tipificada por el ordenamiento jurídico. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 196O, 127-9, sostiene que en esta fuente se da por descontada de partida la usucapión de los esclavos, aunque la concesión o denegación de la *exceptio iusti dominii*, basada sobre esa circuntancia, no comporta automáticamente la resolución de la cuestión; sin embargo ello no quita a la *causae cognitio* el carácter de valoración discreccional. Si fuese concedida la excepción, en base a la usucapión, el *venaliciarius* no tendría nada que oponer, mientras que el Pretor debe cumplir una *cau*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

justo dominio. Sin embargo no por ello el mandante ha de perjudicarse por tal acto, pues *neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem*(41) *aut imperitiam heredum affici damno*, pudiendo el mandante exigir responsabilidad a los herederos del mandatario. D'Ors, Hernandez-Tejero, Fuenteseca, García Garrido, y Burillo(42) interpretan D.17,1,57 del modo que el traficante de esclavos que regresa de la provincia antes de la usucapión prevalecerá en la acción publiciana, porque se da la excepción de justo dominio, y no procede que el que confió en cierta persona, pueda resultar perjudicado por el error o la impericia de los herederos de la misma; esta compresión del texto se plasma con mayor precisión por De Sarlo(43), que entiende que el comprador, al perder la posesión del bien que recupera el traficante, interpone una *actio publiciana*, que es paralizada por el antiguo propietario con una *exceptio iusti dominii*. La figura de la *actio publiciana* tiene eficacia tanto contra el propietario, existiendo buena fe y justo título, como contra terceros. En otros textos el pretor da la posibilidad de que la *exceptio iusti domini* sea paralizada por una *replicatio*(44) al considerar que con las circunstancias del caso la *exceptio* deviene *iniqua*, no obstante D.17,1,57 es una excepción, pues no se permite la contraposición con una *replicatio*. En este contexto dado por el autor estimo que el comprador, privado del bien y por tanto afectado por un *damnum*, podría dirigirse contra los herederos del mandatario (vendedores) mediante las acciones propias de la compraventa.

Los supuestos de error(45) tienen un tratamiento específico. El mandatario carecía de acción ya que la situación es más grave que cuando concurre ignorancia (error de hecho)(46), pues en el *error iuris* rige el principio de que la ignorancia del Derecho, no del hecho, es inexcusable(47); la calificación realmente no es la de "inexcusable", ya que este principio en época del jurista tenía sólo carác-

---

sae cognitio antes de acordar esta *exceptio*, y si en el caso presente no la concede, el actor tendría grandes posibilidades de éxito.

(41) El término "error" es empleado impropiamente en GAYO, I,3,160, pues en ese contexto quiere significar un supuesto de ignorancia (error de hecho).

(42) D'ORS, HERNANDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCíA GARRIDO, y BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1968.

(43) DE SARLO, "La definizione dell'*actio Publiciana* nel diritto dei classici", *Studi in onore di Solazzi*, Napoli, 1948, 203-211.

(44) D.9,4,28, *Africanus, libro* VI *Quaestionum*, D.44,2 (18),24, *Iulianus, libro* IX *Digestorum*.

(45) En relación a la muerte del mandatario, D.17,1,57, Papiniano, X *Responsorum*, el tercero adquirirá los bienes por usucapión, puesto que con conocimiento de causa se da la excepción de justo dominio.

(46) D.31,1,77,6, *Papinianus, libro* VIII *Responsorum*.

(47) D.22,6,9, pr., *Paulus, libro singulari de iuris et facti ignorantia:: Iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

ter pragmático, orientativo para el proceder jurídico(48). Otro jurista, Paulo sostuvo que la regla por la cual era nociva la *ignorantia iuris* solo dependía de la culpa del agente, esto es, de su acción voluntaria; la *ignorantia iuris* no tenía nunca el poder de excusar la violación de la norma penal de evidente fundamento ético. La regla, que formaliza y obstaculiza no fue expresada por los juristas clásicos, sino por compiladores postclásicos que lo fijan sobre el absolutismo postclásico(49), alterando así el sentido de aquellos textos. Por tanto de los tiempos de Labeón a Paulo la inexcusabilidad será afirmada exclusivamente en línea de principio(50). De todos modos el *error in iure* no se valora en el mismo plano que el *error facti.*

D.- *Pueden concurrir otras circuntancias que el jurisconsulto no especifica* (D.17,1,26,(51)). A diferencia de las anteriores causas, se formula la más amplia causa de utilidad, o aquella referencia difusa formulada por Juliano al invocar circunstancias, que sin embargo no especifica(52): *Iulianus quoque scrip-*

---

(48) GUARINO, "Il diritto e i mistagoghi. Postilla prima: L'inevitabilità dell'ignoranza giuridica", *Pagine di diritto romano*, 5 (1994), 3-26. Napoli. GUARINO, "La pubblicità dei provvedimenti di governo. Postilla: *ut de plano recte legi possit*", *Pagine di diritto romano*, 3 (1994), 245-252. Napoli.

(49) GUARINO, "Il diritto e i mistagoghi. Postilla prima: L'inevitabilità dell'ignoranza giuridica", *Pagine di diritto romano*, 5 (1994), 23-4, afirma: ... perché non incombeva ancora sulla libera valutazione dei giuristi classici l'inumana pretesa che il diritto debba essere conosciuto ad ogni costo , senza possibilità di scusanti, dai soggetti. La regula se mostra legata, nella storia giuridica di Roma, al progressivo affermarsi della struttura costituzionale assolutistica. Si mostra legata, in altri termini, essenzialmente al periodo postclássico del diritto romano, all'epoca in cui la funzione mistagogica dei giuristi, già decaduta durante la fase ultima del principato, venne completamente o quasi completamente a mancare.

(50) D.22,6,9,3, *Paulus, libro singulari de iuris et facti ignorantia: ...sed iuris ignorantiam non prodesse ita accipiendum (Labeo) existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia.* CERAMI, *"Ignorantia iuris"*, *Seminarios complutenses de Derecho romano*, 4 (1992), 57 ss., sostiene que la ignorancia sólo excusa si puede ser probado que el sujeto ignoraba la norma en cuestión, y que la ignorancia no podía serle imputada por ser inevitable; circunstancia esta del todo peregrina, sobre todo en presencia del *ius controversium*. El poder normativo del Emperador en su función del *certius statuere*, restringe progresivamente el ámbito del *ius controversium*. A los romanos les faltó un eficaz sistema de publicidad del derecho, y por tanto les faltó la seguridad abstracta.

(51) LEPTIEN, "*Utilitatis causa* Zueckmässgkeitsentscheidungen im römischen retch", *SDHI*, 35 (1969), 53-4. VIGAÑò, *22 Sessione Internazionale della Société Fde Visscher pour l'Etude de Droits de l'Antiquité (Perugia 11-4 settembre 1967)*, *SDHI* 33 (1967), 608, precisa que muchos juristas clásicos se refieren al concepto de utilitas para encontrar la solución concreta al hecho presentado, y crear derecho; en otros casos, la utilitas devenía de por sí la razón de una decisión, y aún el medio para superar el *strictum ius*. MIQUEL (J-H), "Etat présent et avenir des études de droit romain: quelques observations en marge d'une bibliographie élémentaire du droit romain", *IURA* 1968, 108. DE ROBERTIS, "Syndicus sulla questione della rappresentanza processuale dei collegia e dei municipia", *SDHI* 36 (1970), 335 n.174, estima que Paulo tiende hacia la especulación abstracta y al carácter paradógico de los resultados.

(52) BIONDI, *Diritto Hereditario Romano*, Milano, 1954, 1O4, interpreta esta expresión en un sentido diverso al que se ofrece en este trabajo; según el autor: "Paolo tra le *causae omittendi mandati*, ossia

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

sit, mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare. La naturaleza de las *Quaestiones*(53), donde se dilucidaban diferentes problemas, bien de tipo teórico, bien surgidos en casos prácticos, explica el carácter jurídicamente abierto del tema en controversia que se expone en la fuente. Dicho jurista genéricamente hará referencia con la expresión "*...sed obligationem aliquando durare*" a lo que más tarde Ulpiano precisará en D.1,4,2, *Ulpianus*, libro IV, *Fideicommissorum*(54): *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est.*

La válvula de escape de la regla *mandatum morte solvitur* puede conformarse por otras causas, como las contenidas en D.23,3,9,1, *Ulpianus, libro* XXXI *ad Sabinum*(55), y D.40,2,4, *Iulianus, libro* XLII, *Digestorum*, donde se habla de *sed benignius est*(56), *favore dotium*(57)..., y de *favore libertate*. Los textos son los que se anotan:

---

di lecita inesecuzione, colloca la morte del mandante poichè *mandatum solvitur morte*; soggiunge però *obligationem aliquando durare*, comprendendo in ciò il caso della esecuzione del mandato ignorando la muerte del mandante (D.17,1,26); dice: *mandatum morte mandatoris non mandati actio solvitur* (D.eod.58 pr.). La responsabilità e l'*actio mandati* sussiste non solo *ex ante gesto*, ma anche qualora il mandatario abbia eseguito il mandato ignorando la morte del mandante". HANISCH ESPíNDOLA, "Los actos del mandatario ejecutados después de extinguido el Mandato", *Estudios D'Ors*, 1987, 643, expone una opinión que no comparto; el autor señala simplemente que la explicación de Juliano es incompleta, pues la obligación es del mandatario, y no justifica el que subsista después de la extinción del mandato por la muerte del mandante. Siguiendo su razonamiento justifica únicamente en la *utilitatis causa* las excepciones a la regla.

(53) RICCOBONO, *"Quaestiones"*, *NDI*, 1O. BERGER, "*Quaestiones"*, *RE*, 10,1173.

(54) Al respecto BRYNTESON, "*Roman law* and new *law*: The development of a legal Idea", *RIDA*, 12 (1965), 220, escribe que ha sido demostrado que la discursión de Paulo sobre la costumbre deja paso, por la necesidad de cambio, a un nuevo cuerpo de reglas legales; Ulpiano sostiene tal posición, declarando que la evidente utilidad debe justificar el protagonismo de las nuevas leyes, e igualmente se pronuncia Modestino.

(55) WARMELO, "Le droit romain en Afrique du Sud", *INDEX* 3 (1972), 150, escribe respecto a D.23,3,9,1: The Roman was inclined to state his law from the procedural point of view and to deduce the extent of his legal rights from the avalaible remedies. Originally his juristic acts stood out in their stark nakedness and such finicky modalities as conditions were not tolerated. If we find vestiges of doubt as to the permissibility of conditions in consensual contracts, such as purchase and sale, we can be tolerably sure that originally they were not allowed in juristic acts governed by the ius strictum.

(56) Desde la edad adrianea la *benignitas* hace a las leyes más clementes y benévolas, introduciendo valores ético-sociales, propios de un pueblo que ha salido de una economía rural hacia el refinamiento y opulencia de una vida ciudadana, como señala CASAVOLA, "Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.c. Il senso del passato", *ANRW*, II, 15 (1976), 131 ss.

(57) LEUREGANS, "*Testamenti factio non privati sed publici iuris est*", *RHD* 53 (1975), 249, señala que las buenas costumbres son parte del *ius publicum*, y que éste en ocasiones es difícil de discernir; le concierne quizá la buena reputación en el sentido moderno de buena vida y buenas costumbres, propiciando reglas que implican la protección de la familia. Con este propósito cita a continuación D.23,2,39,1, explicando que el adjetivo *bonis* puede ser sobrentendido.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

D.23,3,9,1: *Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant?. Et vereor, ne non possint in dominio eius effeci, cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, et quum sequitur conditio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo, fatendum est. Sed benignius est, favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei, quod defunctus fecit, aut si distulerit, vel absit, etiam nolente vel absente eo dominum ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata.*

D.40,2,4: *Si pater filio permiserit servum manumittere, et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum, libertatem imposuerit, libertas servo favore libertatis contingit, quum non appareat mutata esse domini voluntas. Sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuntium et, antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit; nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem; nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumisisse.* Y aunque en el texto se diga que debe concurrir que el mandatario ignore la muerte del mandante(58), esta circunstancia no será la causa de la excepción, puesto que se constituye como una condición indispensable para cuando concurra la causa, que en este caso es el otorgamiento de libertad (*libertas servo favore libertatis contingit*).

¿Podría pensarse que se da cabida a otras causas de excepción, distintas a las ya tratadas supra, siempre que concurra una causa de utilidad?; en este sentido considero que Juliano quiso entender la expresión *obligationem aliquando durare*. Además estimo que conforme a ello el pretor juzgaría en cada supuesto concreto la validez del mandato, inspirándose siempre en razones de utilidad, y para evitar la producción de un daño.

II.3.- Objeto de las relaciones afectadas por las excepciones. El contenido del mandato debe ser tal que pueda cumplirse durante la vida del mandante, pero para que tengan lugar las excepciones ha de darse un condicionante y es que la *res* no debe estar integra a la muerte de una de las partes, sino en ejecución.

Serafini(59) indica también entre los requisitos que han de concurrir en las excepciones a la regla está que el mandato debe ser "*in rem alienam*", pues aquellos supuestos en los que el mandatario es un *procurator in rem suam*, la

(58) No se observa tratamiento distinto en la situación de ignorancia cuando la modificación no consiste en la muerte del mandante, sino en el cambio de voluntad de éste, ya que en ambos casos para que la manumisión del esclavo, realizada por el mandatario, genere libertad, es imprescindible que no se cambie la voluntad del mandante. D.4O,2,4:...*nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem; nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumisisse.*

(59) SERAFINI, *Commentario alle pandette*, Milano, 1904, 86.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

causa de la que depende la validez del mandato no cesa con la muerte del mandante , y el mandato mismo no cesa; dicho autor no cita ningún texto que apoye su tesis, aunque en ese sentido D.17,1,16, *Ulpianus*, libro XXXI *ad Edictum*(60) trata un caso de características semejantes al referido, pues mandante y mandatario se benefician de la gestión(61). Aunque en dicho texto el contrato se extingue por una causa distinta a la de la muerte de una de las partes, sin embargo es de gran utilidad la afirmación de Ulpiano, para solventar el interrogante planteado por Serafini: *Deducto igitur, quanto sua aedificia pretiosiora fecisset, quod amplius impendisset, posse eum mandati iudicio persequi.*

El objeto de estas relaciones es el mismo que cualquier contrato de mandato en el que no concurran circunstancias que lo cualifiquen; muestra de ello es que en los textos de que disponemos tanto se hace mención a una cosa indeterminada, como se expresa que el mandato consiste en un *mandatum distrahendorum servorum*, pago de deudas, defensa judicial de un sujeto, o en una venta de *rem hereditam* en *rem eius, qui mandatum suscipit*; en relación a este último, D.17,1,22,4,(62) describe el supuesto en el que la cosa a la venta pertenece a muchos herederos, encargando el mandante a uno sólo de los herederos que compre los bienes de la herencia; tal heredero, que asume la cualidad de mandatario, se obliga, y obliga por la acción del mandato aún por aquella parte en

---

(60) LAZZARA, "Il problema dei vantaggi connessi con el fatto illecito. La c.d. *compensatio lucri cum damno*", *Studi Zingali*, 3 (1965), 435, se detiene en esta fuente para aclarar que su problemática es diversa a la de la *compensatio lucri cum damno*; el problema considerado por Ulpiano no se conexiona con la *compensatio lucri cum damno*, sino que concierne a la determinación de la obligación del mandante respecto al reemborso de los gastos sufridos por el mandatario en el caso de que la ejecución del encargo se diriga también en beneficio de este último. A este problema también se refiere BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, 1957, 254-6.

(61) D.17,1,22,4, *Paulus, libro* XXXII *ad Edictum*, comienza diciendo que escribió JULIANO, que la obligación de mandato consiste también respecto a cosa de aquel que acepta el mandato,...: *Iulianus scripsit, mandati obligationem consistere etiam in rem eius, qui mandati suscipit*,...PLACHY, "*Iudicium voluntatis*", *BIDR*, 57-8 (1953), 368-9, señala que la aceptación de la obligación derivada del contrato de mandato no exigía ninguna forma especial; esta aceptación especial se llamaba *mandatum suscipere*. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, 115 ss., subraya que es difícilmente aceptable que el texto haya sido mutilado; en cuanto a la relación parece introducirse en el esquema del mandato *mea gratia*.

(62) D.17,1,22,4: *Iulianus scripsit, mandati obligationem consistere etiam in rem eius, qui mandatum suscipit, ex eo maxime probari, quod, si pluribus heredibus vendentibus uni mandavero, ut rem hereditariam emeret, etiam pro ea parte, qua heres sit, obligatur mandati actione, et obligat; et sane si ille propter hoc extraneo rem non addixerit, quod mandatum susceperat, ex bona fide esse, praestare ei pretium, quanti vendere poterat, et contra, si emtor ad emtionem rei sibi necessariae idcirco non acceserat, quod heredi praecepisset, se ei emturum, aequissimum esse, mandati iudicio praestari, quanti eius interfuit emtam rem habere.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

que sea heredero. Juliano escribe en relación a D.17,1,22,4(63): "*mandati obligationem consistere etiam in rem eius, qui mandatum suscipit...*". No ha de confundirse la *res*, que constituye el objeto jurídico del contrato de mandato, es decir, el servicio o actuación a ejecutar, con el objeto material sobre el que recae, fundos, casas, herencia, etc. Concluyendo, en los supuestos específicos tratados en este trabajo, el objeto del mandato afectado por las excepciones no revela particularidades, que no obstante si se apreciarán en el fundamento y en la causa que inspira su condición propia.

II.4. *Fundamento* de las excepciones. La prohibición en Derecho romano de un mandato cuyos efectos continuen generándose *post mortem mandatorii* se basa en los rasgos constitutivos del contrato de mandato(64). No obstante la base que da validez a las excepciones hay que justificarla en principios generales del Derecho, que concurriendo unas determinadas causas, intentan evitar la producción de un *damnum* (*alterum non laedere*)(65), aunque esta solución contraríe la *stricta iuris ratione*, afirmación que se observa recogida en I.3,26,1O: *Item si adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, id est vel eius, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si mortuo eo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione; alioquin iusta et probabilis ignorantia tibi damnum afferret.*

Arangio-Ruiz(66) señala que el mandante requiere siempre tácitamente del mandatario cumplir el mandato también despues de la muerte del mandante, siempre y cuando sus herederos no puedan, con su daño, continuar el mandato o confiarlo a otra persona. Parece deducirse de sus palabras que acepta la exis-

---

(63) IMPALLOMENI, "Recensión a Below, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht, München, Beck, 1964*", *IURA* 16 (1965), 231, sostiene que la jurisprudencia clásica, una vez admitida la resarcibilidad del lucro cesante, no se ha podido eximir de consideraciones subjetivas, en la solución de variados y múltiples tipos. En D.17,1,22,4 se percibe la falta de un tratamiento subjetivo del problema, indicativo de una cierta indiferencia de los juristas postclásicos. DE ROBERTIS, "Recensión a Below, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht, München, Beck, 1964*", *SDHI* 31, (1965), 4O9, señala que Below atribuye las hipótesis de resarcibilidad del lucro cesante a la elaboración postclásica.

(64) Paulo, en D.17,1,26, *Paulus, libro XXXII ad Edictum* afirma que *inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est, nam mandatum solvitur morte*, ..., y seguidamente cita a Juliano a quien se refiere cuando escribe *mandatoris morti solvi mandatum*, ..., aunque ambos dejan abierta la posibilidad de que se produzcan excepciones por causas que exponen.

(65) DAUBE, "On the use of the term *damnum*", *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, y posteriormente él mismo en: *On the use of the term damnum*, *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt, 1991, 279 ss., profundiza sobre las distintas acepciones que sobre el término se han plasmado en las fuentes jurídicas y literarias.

(66) ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, 1949, 141. SERAFINI, *Commentario*, 1904, XVII,77.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

tencia de un *mandatum praesumptum*, pero este tipo de negocio sólo se concibe en la doctrina bizantina(67). De las fuentes estudiadas ninguna refleja el supuesto específico señalado por el autor. Sin embargo los textos se refieren a un sujeto más amplio, es decir, con la continuación del contenido del mandato se intenta evitar, por razones de utilidad, que el perjuicio recaiga sobre cualquier individuo, y no sólo sobre una de las partes del contrato como pretende indicar Serafini y Arangio-Ruiz. Reincidiéndo en este tratamiento, al final del texto I.3,26,1O apostilla: *Alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum tibi afferat*; según esto es inadmisible que permanezcan las relaciones jurídicas derivadas del mandato despues de la muerte de una de las partes si la ignorancia del evento (pero esa ignorancia le produce a la otra parte un daño) es detectable y se situa dentro de la normalidad(68). La misma disposición seguidamente expone un supuesto: *Et huic simile est, quod placuit, si debitores, manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos, quum alioquin stricta iuris ratione non possent liberari, quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.* Con esta apreciación por una parte estimo demasiado estricto a Serafini al referirse exclusivamente a los contratantes como sujetos pasivos de un *damnum*, y de otra el perjuicio para que se tenga en cuenta con los efectos indicados tiene que valorarse dentro del contexto en el que se produce. En otro ámbito, considero que con mi exposición también se disuelve la cuestión planteada por Serafini(69), al replantear el debate doctrinal sobre si "il negozio conchiuso dal mandatario per ignoranza dell'avvenuta morte del mandante sia valido per sè, e se quindi anche allora abbia luogo un'azione contro gli eredi, quando il riconoscere la validità del negozio conchiuso non abbia per risultato di evitare un danno, ma di attribuire un vantaggio al terzo col quale il mandatario per errore ha contratto".

Una disposición contenida en C.4,35,15 *Impp.Diocletianus et Maximianus AA. et CC.Precario*, precisa que *mandatum re integra domini morte finitur*, y con el complemento circunstancial de modo *re integra*. El autor acota por un

(67) ALBERTONI, *"Mandatum praesumptum", Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, 559 ss., aborda el tema de un mandato que no existe, por lo que el hecho que se presume no es probable, sino irreal. En las fuentes bizantinas no es estraño encontrarse una voluntad, que se debe presumir por ley, los naturalia negotii, o bien la aplicación de una regla de interpretación y, en general, aquellos efectos del negocio jurídico, que no se pueden remitir a una voluntad expresa.

(68) El adjetivo *Iustus-a-um* puede traducirse por "regular, conveniente, normal, justo, recto, bien fundado"; el término *probabilis-e* puede significar "apreciable, estimable, plausible, probable".

(69) SERAFINI, *Commentario*, 1904, 85-6. Véase la bibliografía que allí se recoge.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

flanco el ámbito de las excepciones. Dentro de las diversas causas de extinción del contrato de mandato se recoge la expresión *res integra*(70) para determinar el no surgimiento de unas consecuencias jurídicas(71). Esta expresión no significa que si el mandato no está integro no se extinga el contrato a pesar de que fallezca el mandante, sino más bien que la ejecución de la obligación se resuelve automáticamente, sin excepciones, cuando en el momento de la muerte el cumplimiento del contrato está intacto, sin comenzar. De hecho D.17,1,27,3, *Gaius, libro IX ad Edictum provinciale*, especifica que si cuando muere está integro el mandato, aunque luego se ejecute, el heredero no tiene acción. Sin embargo si cuando se produce la muerte el mandato hubiese estado cumpliéndose, el heredero habría gozado de la correspondiente acción. En el mismo sentido se dispone Africano, D.17,1,34,1, *Africanus, libro VIII, Quaestionum*(72): *sin vero perin-*

---

(70) SERAFINI, *Commentario*, 1904, 78, explica el sentido de este concepto cuando afirma que el mandato ya no es integro cuando el mandatario lo ha conducido a tal punto, y para su ejecución incurre en tales gastos, que le sería imposible retraerse; o para terceros con los que ha contratado el mandatario, cuando ya ha adquirido un derecho que no puede serle quitado. MEYLAN, "Révocation et renonciation du mandat", *Studi Grosso*, 1 (1971), 474, escribe al respecto: La *res adhuc integra* c'est le mandat qui, nous dit Gaius, est réduit à néant, comme s'il n'avait jamais existé.

(71) Así se deduce igualmente de C.4,35,3, *Imp.ANTONINUS A.GERMANO: Si pater tuus tibi, sui iuris constituto, actionem adversus debitores suos mandavit, potuit ipse praesens adversus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud iudicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.* I.3,26 (27), 9 y 11: (9) *Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit*; (11) *...susceptum autem consummandum est, aut quamprimum renuntiandum, ut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur...* Imbuido del mismo espíritu se redacta D.29,2,48, *Paulus, libro I Manualium.*

(72) Para WATSON, *Mandate, 1961*, 127, los supuestos D.17,1,34,1 y D.17,1,22,4, de Africano y Juliano respectivamente, ofrecen una visión distinta, opinión que no comparto, como ahora explicaré. DE ROBERTIS, "Recensión a WATSON, Contract of mandate in roman law, Oxford, 1961", *SDHI*, 28, (1962), 42O, comenta que el autor tiene posiciones tradicionales correspondientes a la *communio opinio* de los estudiosos, pero acentuándo frente a la crítica textual, en especial por lo que respecta a D.17,1,34,1, su propia orientación conservadora. Me siento más cercana a la tesis de ARANGIO-RUIZ, Il mandato, 1949,143, nº2., donde afirma: "...Confesso di non riuscire a rendermi conto del come a questa soluzione si possa arrivare: se, come all'inizio del testo è di mandato, la condizione della loro adesione può considersi verificata soltanto se aderiscano mentre il contratto condizionato sia ancora in vigore: l'idea di un'adesione che, inefficace nei riguardi del mandato, abbia effetto solo per quella parte del fondo per la quale il mandatario sarebbe venditore, è davvero sorprendente..." Las fuentes que se tratan se insertan, en el Digesto, procediéndo el primero, D.17,1,34,1 de las *Quaestiones* de Africano, y D.17,1,22,4 de la obra de Paulo, *Ad Edictum*, que a su vez retoma el parecer de Juliano. LEGIER, "*Tacita condictio*", *RHD*, 44 (1966), 16, sostiene que la naturaleza de los contratos de buena fe autoriza la posibilidad de una *condictio iuris*, que tanto Paulo como sus contemporáneos admite. MURGA, "Recensión a Masi, Studi sulla condizione nel diritto romano, Milano, 1965", *AHDE* 35 (1966), 6O7, describe la minuciosidad con la que el autor examina distintos supuestos de pendencia y transmisibilidad. El legado de liberación, que permite *statim* al legatario, a su vez deudor sub conditione, ejercitar la *actio ex testamento* frente a los herederos (D.36,2,19, 3 y 4). Una novación condicional (D.46,2,24), en que se transmite la obligación a los herede-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

de mandati agendum sit, ac si alienum fundum emi mandassem, morte insecuta, quum id scieris, resoluto mandato nullam tibi actionem cum herede meo fore(73).

D.23,3,9,1 *Ulpianus, libro XXXI ad Sabinum* recoge un supuesto en el que el cumplimiento del mandato está sometido a término, y antes de que éste se verifique muere el mandante, y consecuentemente la *res* está ejecutándose. Por tanto en el texto se contempla la existencia de un mandato sometido a término final o resolutorio, porque el hecho futuro y objetivamente cierto determina el momento en el que cesan los efectos del mandato, y mientras tanto el mandante le ha entregado cosas al mandatario para que cuando se celebren las nupcias se haga la dote(74); por tanto la *res* no está integra, sino pendiente de conclusión, habiendose realizado ya actuaciones por un sujeto, en calidad de mandante, dirigidas al buen cumplimiento del encargo dado a otro sujeto, que también está actuando ya como mandatario. En el caso de que los herederos del mandante no acepten las consecuencias del mandato ya ejecutado por el mandatario, aquellos

---

ros. Masi ha estudiado la condición unida a una *stipulatio* en sus distintas modalidades, dedicando finalmente su atención a una pendencia condicional en un contrato de buena fe: la compra-venta *sub conditione*, en un texto que cuenta con importantes adversarios, de la talla de Windscheid y Levy (D.18,6,8 pr), y el contrato mixto de mandato y compra-venta que Africano muestra en D.17,1,34,1, y cuya clasicidad ha sido puesta seriamente en duda por Arangio-Ruiz y Monier. Masi tras estudiar todas las objeciones se decide por el carácter genuino de estos textos que confirman su punto de vista.

(73) Igualmente se prevee en D.17,1,14, *Ulpianus, libro XXXI ad Edictum*, llegando incluso el jurista a plantear la problemática de que el heredero venda la herencia, debiendo ceder sus acciones al comprador (*actio mandati*).

(74) KUPISZEWSKI, "Observazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano: *dos* e *donatio*", *IURA* 29 (1978), 119 ss., sostiene que los fragmentos son sospechosos de interpolaciones. La crítica más neta es expresada por Albertario. El autor piensa que desde el punto de vista formal el texto ha sido sujeto a varias modificaciones en el período postclásico, aunque su sustancia fuera delineada por Ulpiano; la solución a la cuestión es que la persona que constituía la dote podía conferir la cosa *ut statim fiant accipientis*, y por tanto sin condiciones, o bien a condición suspensiva, consistente en la verificación del matrimonio. Tal configuración de la *dotis datio* no deriva de Ulpiano, sino de Juliano... Mientras que Ulpiano habla de *dotis datio*, Juliano habla de la *traditio rei*: de hecho sólo la traditio es pensable en relación a la condición suspensiva, no admitiéndo en cambio la condición, ni la *mancipatio* ni la *in iure cessio*. De esto deriva que cuando la traditio de res mancipi ha sido hecha dotis nomine bajo condición suspensiva, entonces, en el caso de que se realice la condición, debe ser efectuada la *mancipatio* a fin de que el *sponsus* pueda ser propietario de la dote. En todo caso sólo en en este momento se abre la via a la usucapión de la dote. Las consecuencias de la solución julianea llevan lejos. Hasta que el matrimonio no sea concluido el constituyente no se convertirá en propietario de la dote. El prometido teniendo en sus manos los bienes dotales podrá disfrutar plenamente. En el caso de que no se verifique la condición, es decir que falte la conclusión del matrimonio, al constituyente, propietario de la dote, le corresponderá no la *condictio*, sino la *rei vindicatio*; naturalmente no podrá utilizar la ruptura de los esponsales, porque hasta que duran los esponsales el comprometido podrá oponer la *rei vindicatio* la *exceptio doli* o bien la *exceptio in factum*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

incurrirían en un abuso de Derecho(75), porque aquellos no obtienen ninguna utilidad con rechazar la labor finalizada por el mandatario, produciéndole en cambio graves perjuicios.

El mandatario, trás el fallecimiento del mandante, explica Serafini(76), no está autorizado a continuar el mandato ni podría ser constreñido a ello, porque la voluntad del mandante se extingue con su muerte, citando a propósito una frase de D.17,1,12,16, *Ulpianus, libro XXXI ad Edictum*: *Quia extinctum est mandatum finita voluntate*; afirmación que estimo errónea. Este texto de Ulpiano es extraido de su contexto por el autor para apoyar sus palabras. Por ello es conveniente aportar la opinión completa del jurista clásico, que recoge el sentir de Marcelo: *Si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero, an sit mandati actio vel mihi, vel heredi meo? Et ait Marcellus, cessare mandati actionem, quia extinctum est mandatum finita voluntate; quodsi mandaveris exigendam, deinde prohibuisti, exactamque recepisti, debitor liberabitur.* Este supuesto expresa que la acción de mandato se extingue, tanto para el mandante como para sus herederos, al igual que el mandato, porque desaparece la voluntad que el mandante había dispuesto respecto a la relación de mandato, pero no por acaecer la muerte de una de las partes, sino porque el mandante cambia de parecer y ya no estima conveniente que el mandatario pague al acreedor la deuda contraida, y por tanto implícitamente se presupone que el mandato está integro; en caso contrario, es decir si el mandato no estuviera integro dicha solución no sería válida puesto que la imposibilidad de interponer una acción conllevaría un *damnum*. Sin embargo si el mandato se ejecuta, pese a que es revocado, para que el deudor no sufra daño, se considera extinta la obligación.

De otra parte D.46,3,108, *Paulus, libro II Manualium*, contiene un texto de gran interés(77): *Ei, qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte sol-*

---

(75) La idea expuesta por CORREA, "Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique", *Atti del seminario romanistico internazionale*, Perugia, 1972, 141 ss., sirve para comprender mejor las fuerzas jurídicas concurrentes en estos supuestos de mandato. En relación al concepto de abuso, el autor indica que el criterio limitativo del derecho de cada uno es de orden objetivo, la utilidad, independientemente del *animus* del propietario; así con la intención de dañar yo puedo acarrear perjuicios a mis vecinos si de la obra construida obtengo una utilidad; y recíprocamente, sin *animus nocendi* el daño hecho a otro resulta inaceptable si no produce el acto ninguna utilidad para el que lo ha causado.

(76) SERAFINI, *Commentario*, 1904, 76.

(77) HONORÉ, "The editing of the Digest titles", *ZSS* 90 (1973), 299. CONSENTINO, "Osservazioni in tema di *mandatum* e di *delegatio*", *BIDR* 69 (1966), 327, recoge las palabras de Bortolucci a propósito de este pasaje; propone corregir *stipulatus est* por *adstipulatus est*, se trata de una hipótesis de *adstipulatio* efectuada *mortis causa*, es decir mediante una *stipulatio* accesoria que contiene una cláusula esplícita (*lex obligationis*) de pago *post mortem* del estipulante principal. Se concluye por la

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

vitur, 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. Dando por sentado que el mandato se disuelve con la muerte(78), Paulo otorga validez a los efectos de un mandato pactado en vida del mandante(79) pero que, por circunstancias sobrevenidas (como es la muerte del mandante) se ejecuta en un momento posterior(80); *quia talis est lex obligationis*. Para evitar cualquier equivoco aclara que el *mandatum post mortem* está prohibido. Se expresa en el escrito una descripción más amplia que la percibida en otros juristas, no introduciendo como valor el que la *res* esté integra o no.

Resulta curioso que en D.40,2,4, *Julianus, libro XLII Digestorum*, la ignorancia del hijo ("mandatario") respecto a la muerte del padre (mandante) no sea un fuerte argumento como para negar validez jurídica a los efectos del cumplimiento de aquella conducta que primeramente se le permitió y que cumple *post mortis*, aunque no es un supuesto real de mandato, puesto que un hijo no puede ser mandatario de su padre (mandante); y creo que esta solución de ejecutabili-

---

validez del pago hecho y del todo correcto y natural, reteniendo la referencia al *mandatum*.

(78) Para RABIE, "D.46,3,108", *Studi Arangio Ruiz*, IV, Napoli, 268, el principio *mandatum morte dissolvitur* puede explicar la extinción de un contrato ya existente *inter vivos*, y que cesa *si mors alterutrius interveniat*, pero no puede en ningún modo explicar la nulidad del contrato, dado que supone que tal contrato existiera con todas sus consecuencias jurídicas. En dicho supuesto la muerte de una de las partes no produce ni la nulidad, ni la extinción del contrato, puesto que tiene lugar una excepción que permite la ejecución del mandato.

(79) La solución es similar a la dada para el mandato sometido a término, que se describe en D.23,3,9,1.

(80) GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil romano*, Barcelona, 1989, traduce el adjetivo "*recte*" por "bien", e "*invito me*" por "contra mi voluntad", mientras que yo considero que deben respectivamente interpretarse por "legalmente", y "sin mi voluntad"; de esta manera concibo el texto contenido en D.46,3,108: ...se le paga legalmente a aquel que por mandato mio estipuló después de mi muerte, porque tal es la ley de la obligación; y por ello, aún sin mi voluntad se le paga legalmente; al decir "sin mi voluntad se le paga legalmente" expresa que aunque el mandante ya haya muerto y por tanto su voluntad se ha extinguido con su desaparición física, la estipulación es válida. CONSENTINO, "Osservazioni in tema di *mandatum* e di *delegatio*", *BIDR* 69 (1966), 326-7, expone primeramente la opinión de Bortolucci, proponiéndo corregir la *stipulatus est*, por *adstipulatus est*, y retiene también deber convenir que se trata de una hipótesis de adstipulatio efectuada, como era propio de tal figura jurídica, *mortis causa*, es decir mediante una *stipulatio* accesoria con cláusula esplícita (*lex obligationis*) de pago *post mortem* del estipulante principal; así pues se concluye por la validez del pago efectuado, siendo del todo correcto y natural la referencia al mandato. La segunda hipótesis lleva en cambio la dificultad, por la confusión entre *iussum* y *mandatum*, que aparentemente en ella se encuentra. Tal confusión, según Consentino, es puramente terminológica, en cuanto no se trata de un simple mandato, sino de un caso de indicación de pago con mandato de pago a favor del indicatario. Según el autor la extinción del mandato por la muerte del indicante hace invalida la ejecución de la orden.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

dad posterior es debida a que se da primacía al *favor libertatis* en la manumisión efectuada por el hijo ("mandatario"), que a hacer nulo este acto jurídico y producir como consecuencia del hecho un *damnum* para el manumitido. Juliano considera que "*quum non appareat mutata esse domini voluntas*". Existe un conflicto de intereses, que se resuelve dando primacía a aquel principio que produce un menor perjuicio.

II.5.- *Posibilidad de que el mandante transmita sus relaciones jurídicas a su heredero.* Otra cuestión a tratar vinculada a la anterior se centra, como consecuencia del carácter personalísimo de esta institución(81), en que el heredero del mandante no hereda sus relaciones jurídicas. De ahí que se soslaye la regla general según la cual el heredero sucede *in locum et in ius*. El heredero puede ejercitar las acciones correspondientes a las relaciones jurídicas, suceptibles de transmisión, que componen la herencia. *Obligatio* y *actio* están pues en estrecha conexión, mostrándose la acción como la posición avanzada de una obligación. No obstante, las fuentes a que se hace mención indican que en las excepciones a la regla(82) *mandatum mortem resolvitur* las circunstancias que concurren permiten al heredero disponer de una *mandati actio*, que le hacen posible actuar jurídicamente; por tanto se transmiten, del mandante-testador al heredero, relaciones jurídicas en principio intransmisibles por el carácter del *mandatum*. Así la expresión contenida en D.17,1,58, *Paulus, libro IV Quaestionum, mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur*, extraida de los párrafos que le preceden, nos llevaría a un equívoco. El texto dice:

> *Si praecedente mandato Titium defenderas, quamvis mortuo eo, quum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur. Quodsi sine mandatu defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueras, et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici, et heredem eius eadem actione teneri.*

Cicerón, en *Rhetorica ad Herennium*, 2,13,19 menciona que *M.Drusus praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex.Iulius non reddidit.* Como recoge PROVERA(83) antes del 123 ac. el Pretor

---

(81) En relación al contrato de sociedad, *Gaius* 3,152; D.17,2,65,9, *Paulus, libro XXXII ad Edictum: Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint [nisi in coeunda societate aliter convenerit]; nec heres socii succedit*; y D.17,2,40, *Pomponius, libro XVII ad Sabinum.*

(82) D.17,1,26, *Paulus, libro XXXII ad Edictum*; D.17,1,34,1, *Africanus, libro VIII, Quaestionum*; D.17,1,58, *Paulus, libro IV Quaestionum*; *Gaius*, I,3,160; I,3,26,10.

(83) PROVERA, *Mandato, ED.*,XXV,313.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

urbano C.Julio Cesar negó que la *actio mandati* fuese actuable frente a los herederos del mandante o mandatario, admitiéndose en el 115 ac. por el Pretor M.Livio Druso. Teniendo en cuenta estos datos ha de considerarse que la continuación del mandato por el heredero a la muerte del mandante-mandatario no tuvo reconocimiento jurídico hasta esa fecha.

Los textos que mencionan una posible acción de mandato para los supuestos acogidos a la excepción de la regla *mandatum morte solvitur* se situan preferentemente en el Sº II d.c., en las opiniones de Paulo, Gayo, Africano, y Ulpiano(84). De época postclásica únicamente se dispone CTh.2,12,7(85) con un tratamiento bastante simplificado de la cuestión, que se trata aquí, aunque no

---

(84) Paulo (D.17,1,26; D.17,1,58), Gayo (D.17,1,27,3; Instituciones, I.3,160), AFRICANO (D.17,1,34,1), y Ulpiano (D.17,1,14).

(85) CTh.2,12,7, *Imp.Theodosius A.et Valentinianus Caesar Asclepiodoto Praefecto Praetorio* (424).

El Breviario de Alarico II, título 12: "*De cognitoribus et procuratoribus*", 7, expone la *Interpretatio* al *Codex Theodosianus*: *Procurator est, cui per mandatum causa committitur. Cognitor est, cui sine mandatum causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit. Si procurator aut cognitor tantummodo, non dominus et procurator effectus, post litem contestatam quolibet casu de hac luce discesserit, de mandato sibi negotio ad suum nihil transmittit heredem: nisi tantum sumtuum vel expensarum repetitionem, quam auctorem suum in suscepta causa fecisse probaverit: lis vero ad mandatorem redit. Si praesentis procurator vincatur aut vincat, in dominum vel domino, non in procuratorem vel procurati actio tribuetur iudicati. Idem est et in pulsati possessoris procuratore servandum, si aut vincatur aut vincat. Et si in rem suam quis factus fuerit dominus et procurator, et procuratorem ipse pro sua utilitate iam fecerit, similiter exitus rei iudicatae dominum respiciet, non actorem.*

En el mismo Breviario se exponen otras interpretaciones:

*- Epit.suppl.lat.*215: *Qui dominus et procurator per mandatum fuerit institutus et vivo mandatore causam exsequi coeperit, illo mortuo, qui mandavit, potest procuratorem et successorem ut dominus oridinare, et rem sibi metu indicare et ad suum heredem transmittere, tantum ut mandatum actis habuerunt insertum.*

- Epit.Guelph: *Qui dominus et procurator instituitus eciam mortuo auctore accione potest agere et in alio si voluerit mandatu facere potest si auctores mandatu gestis fuerit allegatu.*

- Epit.Monachi: *Qui dominus et procurator fuerit institutus et vivo mandatore causa in iudicio publicata fuerit, etiamsi ille, qui ei mandatum fecerit, de hac luce discedat, possit inchoatam litem finire, et alium procuratorem si voluerit posse instituere et ad heredes suos inchoatam litem transmittere. Solum est, ut mandatum ad vicem donationis factum hactenus habeatur insertum.*

De procuratore mortuo: Si procurator aut cognitor post litem contestatam de hac luce discesserit, de causa ipsa nihil ad ipsum pertinebit heredem nisi tantum expensarum institutus et postquam causam agere vel respondere coeperit, de hac luce discesserit, de mandato sibi negatio nihil damni nec potestatis ad suum transmittit heredem; lis vero ad mandatorem redit et sententia iudicati ad mandatorem vel dominum respicit, non ad actorem.

- Epit.S.Gall.Imp.Iulianus data. II. nñ.febr. Intp. Pcuratur e cui causa p mandatum cummitt cognitor e cui sine mandato causa sua ad agendu psente iudici. Ille qui causa habet et altem homine commendat si forsitan cognit et pcurat mortui fuerint ipsa causa ipse homo in dinuo agat ad que legitime ptinet si vero ille mortuus fuerit qui aliu homine cognitore aut pcuratorem rogavit in sua causa ipse curat vel cognitor tantum post mortem illius de ipsius rem recipiat. Quantu ille ej et ante ea pmisit qui eos in sua causa pcuratore aut cognitorem recipit.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

obstante resuelve claramente las dudas sobre las obligaciones y derechos adquiridos por las partes tras la muerte de una de ellas, y la consiguiente extinción del contrato(86).

Es significativo el distinto tratamiento dado a los supuestos de muerte del mandatario, y de muerte del mandante(87) que se observa de una lectura detenida de las fuentes. Así, en el primer caso, a la muerte del mandatario, se proporciona una acción a los herederos del mandatario que continuan la ejecución del mandato(88); pero para nada se menciona la posibilidad de una acción a favor del mandante que soporta el cumplimiento del contrato por persona distinta a la que contrató. De otra parte, a la muerte del mandante, el mandatario que sigue con la ejecución del mandato dispondrá de una *actio* contra los herederos del mandante(89), y excepcionalmente en D.17,1,34,1 se prevé además que el heredero del mandante use de un instrumento procesal contra el mandatario(90).

II.6.- Efectos del mandato en relacion a terceros. La presencia del tercero en la relación jurídica será importante para determinar los efectos de las excepciones a la regla, puesto que son sujetos protegibles ante un eventual *damnum* como consecuencia de la extinción del contrato de mandato.

El mandato puede surgir también en interés de un tercero, por lo que los efectos del contrato irremediablemente le atañen. Por otra parte, y como se ha

---

(86) CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, 426-7, considera que no obstante, la obligación principal de cumplir el encargo se extingue porque con la muerte desaparece uno de los elementos esenciales del contrato, pero las obligaciones, y aún los derechos adquiridos por el mandatario durante el tiempo que desempeñó el cargo son transmisibles a sus herederos, los cuales deberán rendir cuentas, entregar lo que su causante hubiera cobrado o adquirido por cuenta del mandante, e indemnizar los perjuicios que, por causa imputable hubiese causado al mandante; y por lo mismo los herederos del mandatario fallecido tienen derecho a la retribución a que se hubiese hecho acreedor el causante...

(87) MARTINI, "Il mandato", *Homenaje al profesor José Luís Murga Gener*, Madrid, 1994, 643-4, n.28, sostiene que sería difícil de explicar racionalmente la extinción del mandato por la muerte, no de aquel que lo debía exigir, lo cual es casi obvio, sino de quien habría debido tan sólo beneficiarse.

(88) D.17,1,14.BIONDI, *Diritto Hereditario*, 1954, 1O4-5, equivocadamente expresa que el principio de que el mandato se extingue con la muerte del mandatario se aplica rigurosamente y con todas sus consecuencias; continúa diciendo el autor que si sus herederos han exigido el mandato lo han hecho con su propio riesgo, no pudiendo invocarse la ignorancia, y por tanto no compete la acción de mandato, porque se extinguió.

(89) D. 17,1,26; D.17,1,34,1; D.17,1,58, I.3,26,10; Gayo, I,3,160.

(90) BETANCOURT, "Sobre las excepciones llamadas útiles", *AHDE*, 5O (1980), 701 n.6, 703, afirma que no se trata aquí del mecanísmo de la exceptio en las fórmulas de las actiones utiles, como puede ocurrir en la *actio publiciana* contra la cual procedería la *exceptio iusti domini*. La *exceptio utilis* se fundamenta en las *exceptio civilis*. Las *exceptiones praetoriae* no admiten su extensión como útiles. Para los justinianeos la *exceptio utilis* es un medio genérico de defensa del demandado a falta de una *exceptio* normal, y por tanto el concepto se aproxima a la *exceptio in factum*; más aún, quizá los compiladores llegaron a identificar ambos conceptos.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

visto en relación al *fundamento*, los terceros serán protegidos frente al *damnum* que puede generar la regla *mandatum morte solvitur*, admitiéndose las excepciones. Tampoco ha de olvidarse que al estar la representación directa excluida, el nexo obligacional se establece entre el mandatario y el tercero que con él se relaciona, y no entre éste y el mandante.

Haré un breve repaso a los casos manejados en los que expresamente se menciona a los terceros. Respecto a los supuestos de muerte del mandatario, ya se han comentado los efectos positivos del error incurrido por los herederos del mandatario, D.17,1,57, en relación a terceros (los compradores de esclavos). Cuando el objeto del contrato de mandato se ha realizado, por ejemplo el fiador que presta dinero(91), tal y como se expresa en D.17,1,14, *Ulpianus, libro XXXI ad Edictum*(92), en tal caso su heredero, e incluso el tercero que compra la herencia tienen derecho a la acción de mandato, puesto que se obliga por la acción de compra a ceder sus acciones, acciones que puede ceder. Por último en los supuestos en los que el mandato consiste en la entrega de una dote y la concesión de la manumisión, los terceros se beneficiarán con la admisión de la excepción, ejecutándose la actuación por el *favore dotium* (D.23,3,9,1) y el *favor libertatis* (D.40,2,4).

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN DERECHO INTERMEDIO.

III.1.-De entre los *textos legales visigodos*, el Código de Eurico no hace ninguna referencia al contrato de mandato.

El *Liber Iudiciorum*, lo trata en el Libro II: "*De negotiis causarum*", título 3: "*De mandatoribus et mandatis*", capítulo 8: "*Ut si mortuus fuerit is qui mandatum accepit, commodum illi debitum haeredes eius accipiant*": "*Qui mandatum fecit, si mortuus fuerit antequam causa dicatur, mandatum quod fecerat non valeat; et qui mandatum suscepit, si antequam causa dicatur, fuerit morte prae-*

---

(91) Poner en conexión con D.17,1,27,5: *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 duntaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*

(92) D.17,1,14: *Heredem fideiussoris, si solverit, habere mandati actionem, dubium non est. Sed si vendiderit hereditatem, et emtor solverit, an habeat mandati actionem, quaeritur. Et Iulianus libro tertiodecimo scribit, idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur iudicio ex emto, ut praestet actiones suas, idcircoque competere ex emto actionem, quia potest praestare.*

& 1.- Si fideiussori duo heredes extiterint, et alter eorum a coherede emerit hereditatem, deinde omne, quod defunctus fideiusserat, stipulatori solverit, habebit aut ex stipulatu, aut ex emto obligatum coheredem suum; idcirco is mandati actionem habebit.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

ventus, mandatum nullam habeat firmitatem. Quod si antequam moreretur causam dixisse dinoscitur, atque per suam instantiam ad fines usque legitimos perduxerit, et tamen quacumque casu intercedente, nec dum perfinita res, aut exacta remansit, si ad hunc forte terminum fuerit causa deducta, quo eam ille qui per mandatum sequuntus est, iam ante acceleraverat, omne lucrum quod ipse fuerat habiturus, haeredibus eius a mandatoris partibus exsolvatur". Con la expresión *causa dicatur* parece querer significar lo que los juristas romanos denominaban *res integra*; conforme a tal interpretación, si la *res* estaba *integra* a la muerte del mandante el mandato que se hiciera no era válido; si el que moría era el mandatario, se dice que mandato nunca tuvo firmeza. Unicamente si la muerte acaece tras la finalización de la *res* tendrán los herederos que responder ante la parte supérstite. Por tanto tampoco aquí se recrean excepciones a la regla(93).

III.2.-En la *perduración de la tradición jurídica visigoda durante la Edad Media*, el Fuero Juzgo (*Liber*) aborda la cuestión en el Libro II: "*De los juicios y causas*", título 3: "*De los mandadores y de las cosas que mandan*", capítulo 8: "*Del que es personero, si muriere, sus herederos deven aver lo quel fuera prometido*": "*El que tiene personero en el pleyto, si se muriere, ante que el pleyto sea acabado, el mandado que fizo el personero non vala nada. E si el personero muere por aventura ante que el pleyto sea acabado, el mandado otrosí non vala nada. E si el pleyto era acabado ante que él muriese, é por algun empiezo por ventura el sennor del pleyto non avie aun recibida la cosa quel era juzgada, si la cosa avinier á aquel plazo que el personero fiziera que fuese pagada, sus herederos del personero deven aver el precio quel fuera prometido daquel que lo metio por personero, ó de sus parientes, ó de sus herederos*". No sólo no se admiten excepciones a la extinción del mandato por muerte del "personero" (procurador), sino que niega la validez de las actuaciones que se estaban ejecutando, y que no pudo finalizar él personalmente.

El Fuero Real no dispone de una previsión de la extinción del mandato, ni siquiera de la institución en general(94).

III.3.-Del *Derecho de la Recepción*, las Partidas, libro V, título 12: "*De las fiaduras que los omes fazen entre si, por que las promissiones, e los otros pley-*

(93) El *Liber Iudiciorum* en el mismo Libro II, título 1: "*De iudicibus et iudicatis*", capítulo 12 y 15 se refirirá a otras causas de extinción distintas a la muerte. Capítulo 12:"*Ut terminatae causae nullatenus revolvantur, reliquae vero ad libri huius seriem terminentur; adiiciendi leges principibus libertate manente*"; capítulo 15: "*Ut iudices tam criminales, quam communes terminent causas*".

(94) Lo más cercano que se encuentra es una referencia en el Fuero Real, Título XVI "*De las obligaciones*": "*De como vale la obligacion entre absentes, aunque non aya y estipulacion*".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

tos, e las posturas que fazen sean mejor guardadas" (De las fiaduras que se faze por mandado o con plazer de otro) dispone: "*Todas las otras cosas, que los omes fazen unos por otros, por su mandado, o fin el, de que nasce obligacion entre ellos, quees otra manera de fiadura*"; más adelante en la ley 16: "*Como la fiadura nose desata por muerte del fiador*", se dice: "*Muriendo el fiador tanbien fincan obligados sus herederos*(95) *para cumplir la fiadura, como lo era el mismo quando era bivo, e todas las defensiones: e todos los derechos que diximos en las leyes ante desta, que ha el fiador por si, todos fincan otrosi a sus herederos, en la manera que el mismo las devia, o podia auer*". Aquí no se mencionan causas de extinción del contrato, pero si se hace en el libro III, título 5, ley 23, donde se especifica en relación a los procuradores judiciales: "*Quando se acaba el officio del Personero*"(96): " *Muriendo*(97) *el señor del pleyto, ante que su Personero lo començasse por demanda e por respuesta, acabase porende el officio del Personero, de guisa que non puede nin deue despues yr adelante por el pleyto. Mas si se muriese*(98) *despues que fuesse començado por respuesta*(99), *non pierde por esso el Personero su poderio; ante dezimos*(100), *que deue seguir el pleyto, fasta que sea acabado, tambien como si fuesse bivo el que lo fizo Personero; maguer non recibiesse mandado nueuamente de los herederos del finado. E otro-*

---

(95) La edición manejada es la de Gregorio López, de 1555. En sus márgenes recoge la huella de los glosadores y postglosadores, que adjunta: ."Herederos. ad de .l. fideiussoris. C.eo. &.$. 2. instit. de fideiusso.vbi vi de per gloss.quid si facta fuit fideiussio in causa criminali vide etiam per Angel.in tractatu maleficio.in parte pro quib9 Antonius fideiussit & simili mortuo principali et si moriatur sine haerede durat obligatio fideiussoris.l.sine haerede in princi.ss.de admi.tuto.l.I.$.idem Pomponius vbi vi.Var.ss.depositi.

(96) *Officium procuratoris expirat morte constituentis, vel constituti reintegra. Si tamen lis iam sit contestata non expirat. & constituente mortuo, procurator prosequi debet causam, vel si procurator moriatur eius haeredes, si sint ad hoc habiles. Item finito iudicio, per sententiam expirat mandatum. & poterit tunc procurator appellare, sed non poterit appellationem prosequi, fine nouo mandato. Item finitur mandatum si re integra reuocetur, vel alius eius loco constituatur, vel si impeditus procurator non posset causam prosequi. hoc.d.*

(97) *" Muriendo. Concordat. $. item si adhuc. institu. de mandato & lex mandatum. C.eo.& quid de mandato facto nuncio cui ego dedi pecuniam, vt alij daret: an expirat morte mea.vi.glo. & Bart. ibi in.4. colum.in.l.eius qui in prouincia.ss.si certum petatur.vbi dicit quod si pecunia fuit numerata nuncio potest exeq mandatum dando eam cui sibi iussum est etiam mortuo mandante.*

(98) *" Mas si se muriesse. Concordat.l.nulla.C.eodem.*

(99) *"Començado por respuesta. Vel vbi non requiritur litis contest. qñ coepit tractari de meritis cause. Barto. & docto.indi.l.nulla.vbi vi.Bal.quid si non seruato ordineiuris fuit processum, & quid si dñs satisdet procuratore praesente, an expiret morte? vi.l.si defunctus. ss.eo. & ibi per Bart.*

(100) *."Ante dezimos. Limita in procuratore praelati, vt in clemen.fin.eod.tit. & qualiter proferatur sententia dño mortuo, doctores dicunt varia in dic.l.nulla, vbi vi.Alexand.practica est cp fertur in procuratorem tanquam dñm instantiae.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

si dezimos, que si el Personero(101) *se muere, ante que el pleyto sea començado por respuesta, que se acaba el officio del. Mas si muriesse despues que lo ouiesse començado, sus herederos*(102) *del deuen, e pueden acabar lo que el començo, si son hombres para ello. Aun dezimos, que se acaba el officio del Personero, luego que el Judgador da juyzio atinado, sobre el pleyto en que era Personero. Pero cuando el juycio diessen contra el, o contra aquel cuyo Personero fuesse, deuesse alçar. E puedelo fazer, maguer non le fuesse otorgado poder, para fazerlo, en la carta de la personeria. Mas non puede seguir el alçada sin otorgamiento del señor del pleyto. Otrosi se acaba su officio, quando el dueño del pleyto lo reuoca, e pone otro en su logar: o si el mismo por su grado, dexa la personeria, por algun embargo derecho, que ha tal, por que lo non puede seguir".* En esta obra del S° XIII si se observan excepciones a la regla *mandatum mortem resolvitur*, conectando de este modo con la tradición romana por influencia de los juristas medievales; éstos al estudiar los textos justinianeos ya habían desvelado los principios inspiradores de la institución, expuestos posteriormente en las Partidas. Se citan así en la obra de Alfonso X a algunos de los más relevantes glosadores (Azo)(103) y postglosadores (Bártolo(104) y Baldo)(105).

---

(101) *"Que si el personero. Concor.dict.$.item si adhuc.*

(102) *."Sus herederos. De iure conmuni hoc non erat ita expressum: imopotius videtur innui contrarium in.l.tam ex contractibus. in fin.ss.de iudi. & per illium text.Alberi.in.l.nulla.C.de procurat.tenebat cp tali casu instantia transserebatur in dñm. Et idem tenet Bal.in.l.mandatum in fin.C.mandat.dicens cp morte procuratoris finitur mandatum, fiue fit res integra, fiue non in iudicijs, licet secus dicat esse in contractibus per.l.nam & seruius.$.si viuo titio.ss.de nego.gest.ego tñ nunquam vidi practicari, cp heres procuratoris prosequatur litem: sed si ille factus dñs litis substituit alium & decessit tunc, cum tali substituto procedi consueuit, & finiri lis, imo & de iure communi dicebat Alberi.vbi suprà cp & si dicatur in procuratorio constituo titium procuratorem meum & eius haeredem, quòd non tenet constitutio quoad haeredem: quia incertus per.l.2.ss.eodem.*

(103) *AZONIS, Lectura super codicem, Hugolini apparatus in tres libros, Corpus glossatorum iuris civilis, III, Torino, 1966 (Azonis, Ad singulasleges XII. Librorum Codicis Iustinianei, Commentarius, Parisiis, 1577), 331: Mandatum re inte do.mor.finitur. Hoc notabile est, quia locum habet in isto solo contractu nam alij re integra morte domini non finiuntur, imo transeunt ad heredes, sicut videri potest in conditionali stipulatione instit. de verb.ob.$.ex conditionali.incipiunt enim actiones ab heredibus & contra heredes. aliud tamen est in mandato ex natura mandati, vt hic dicit: sicut aliud est ibi ex natura sua quàm in aliis contractibus: quia tenetur procurator _ de leuissima culpa: vt not.^s. eo.à procuratore & est ratio, quia contemplatione tamen eius qui mandauit faciebam: vnde ipso defuncto, cum hoc pro herede non facerem, finitur re integra, vt dicit.Idem in societate, fiue sit res integra, fiue _ non. Idem in mandata iurisdictione, quia mandatoris re integra finitur: vt ss.de iurisdic.om.iud. & quia secus enim si semper imperfectum esset negotium, vel inchoatum. & licet hic dicat tantum de morte domini, idem tamen in morte procuratoris: quia si res est integra, finitur: vt instit.eo.$.item si adhuc. Idem si reuocatum fuerit: vt in.eo.tit.$.recte quoque, & licet extinguatur morte istius vel illius, si procurator ignorauit dominum mortuum, & ita nihilominus administrauit & executus est mandatum, probabilis _ est ignorantia, nec sentiet damnum, imo aget pro expensis.vel si dubitabat, habet exceptionem: vt instit.eo.$.item si ad hoc.manda-*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

Ni en las Leyes de Toro (1505), ni en la Nueva Recopilación se mencionan actuaciones que se puedan identificar con el mandato, e incluso en la Novísima

---

tum enim non _ mandati actio morte mandatoris tollitur: vt ss.eo. si praecedente. De mandato autem ideo dicit quia si non mandasset, sed proposuisset aliquem ad aliquid faciendum, non finiretur integra re domini morte: vt ss.de instito.l.si quis $.eius.si verò delegetur causa alicui, & moriatur re integra, distinguunt quidam, vtrum expressum fuerit proprium nomen, an dicatur, episcopo Bononien.primo casu expirat, secundo non. sed hoc non inuenitur iure nostro, sed secundum constitutiones vel decretales, & ex beneplacito domini papae. quod autem generaliter dicit. l. ista, fallit ss.eo. si verò non remunerandi $.vlt.& l. sed videtur contra ss.de solut.l.ult.quidam dixerunt quod illud locum habet quando mandatum redundat ad damnum heredis. secus si sibi expediat: vt in praedicto $.vel conuerte literam sic, ei autem cui iussi debitorem meum soluere post mortem meam, non rectè soluitur.q.d.quod morte finitur mandatum, ita est cum de re aliqua mandatum est, quod...

AZONIS, Summa super codicem, instituta extraordinaria, Corpus Glossatorum iuris civilis, II, Torino, 1966, II, 34: Item finit mandatum morte mandatoris vel mandatarüre integra. ut insti.manda.$.item si adhuc r.j.manda.l.mandatum. Secus re non integra.ut.j.e.l.nullam.

(104) BARTOLI, *Prima in digestum, vetus, Alexandri imolaei Andraeae Barbatiae, celsi Hugonis ac Petri Pauli parisii adnotamentis rerumque summis ornata fidelissimisque typis excusa*, Lvgdvni, 1555, *lex I: "De procuratoribus", 133: Si procuratorem... Quaero quid si procurator non est revocatus expressè, sed tacitè per mortem domini. Respon.puto cp non valeat iudicium: vt insti.manda.$.item si adhuc.l.de qua re $.cùm absentem, infra de iudi. & I.pe.j.quae sen.sine appel.resein, ibi enim non potest aliquid imputari domino, cur mortem suam aduersario non notificauit: sed hic potest imputari cur revocationem non notificauit. Quaero in procuratore ad negotia. Dic plenè per cyn.in l.si mandatum.c.de nego.gest.*

BARTOLI, *Index sive repertorium singulare in lectoras, Lvgdvni, 1555:*

4.Mandatum simplex, cuius effectus confertur post mortem, morte reuocatur, si mandatarius sciuerit, & qualiter reuocetur morte.in l.cum pater.$. Maeuio.nu.2 & 4. ss. de leg.n.

I.Mandatum non videtur morte reuocatur, si procurator recepit instrumentum in quo continetur satisdatio prout hodie communiter ponitur. in l.si defunctus.nu.3.ss. de procu.

2. Mandatum quando morte finiatur.in l.si verò.$.idem marcellus. numero I.ss.manda.

7. Mandatum procuratoris in rem suam quando finiatur morte.in l.j.nu.4.C.de ait. & oblig.

2. Mandatum ad heredem non transit: quia in dubio videtur electa industria personae mandatarij. in l.mandatum.nu.I.ss.manda.

I. Mandatum re integra morte mandantis finitur. in l.more.nume.3.ss.de iuris.om.iud.

Mandatum factum nuncio de mittendo in possessionem, non extinguitur morte iudicis. ibid.nu.6.

2. Mandatum vniuersale non finitur morte.in l. cuicunq;.$.si ab alio.num.5.ss.de insti.

3. Mandatum sicut finitur morte, ita furore superueniente.in l.quia seruum,nume.I. ss.de acqui.haere.

Mandatum factum à tutore reuocatur per mortem ipsius.in l.si per epistolam.nu.I.eod.tit.

Mandatum factum à praelato reuocatur morte ipsius.ibid.nu.4.

2. Mandatum institoris morte finitur, & quando.in l.eius qui.numero 6 ss. si cer.peta.

Mandatum eius, quod quis habet necesse facere, non finitur morte.in l.fundi.nu.I.ss.de acqui.pos.

BARTOLI, *Commentaria in primam codicis partem, Lvgdvni, 1555, 88, Nulla contestationem factam à procuratore, domini morte non finitur mandatum: & potest alius à procuratore substitui.h.d. Ratio hui est quia post litem contestatam non dependet ex folius domini voluntate: cum sit procurator effectus dominus litis: ideo domini morte non finitur mandatum. Quaero, quid est in causis, in quibus non contestatur lis, quando dicetur procurator effici dominus litis. Doct.dicunt statim, cum incipit tractare merita causae. quod dictum satis placet: & videtur casus hic. Nam suprà proxime dicit, post litis contestationem: hic dicit, post causam incipiunt agitari & tractari per procuratorem, ipse dicitur effici dñs litis. hic est casus hic. Hoc intelligo verum, nisi illi litis alius iam esset effectus dominus, vt ss.eo.l.nihil. Quaero, mortuo domino qualiter formabuntur sententiae verba in istum procuratorem: nam si eum condemnabit procuratorio nomine dñi cum dominus iam sit mortuus, videretur sententia esse nulla: vt l.pe.ss.quae sente.sine*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

Recopilación, donde se dedica un título "*De los depósitos y confianzas*", aborda cuestiones tangenciales a la institución, sin entrar por tanto a recoger las causas de extinción(106).

IV. LAS CODIFICACIONES.

Finalmente el *Código Civil* en sus artículos 1732, 1738, y 1739 acomete algunos aspectos de esta cuestión. El Art.1732(107) dice así: "El mandato se acaba(108):

---

appel.rescin. Quid dicemus.'Cogitabis. En la página 188 continúa: Hic veniret tractanda materia, quomodo finiatur mandatum: de hoc dicam anno sequenti in l.eius qui in prouinciam.ss. si cert. pet. & c. Y en sus márgenes escribe: *Mandatum. Circa istam materiam, an et qñ mandatum finiat morte vide oíno Bar.in tractatu de iurisd.in vij.q. Item adde cp etiam si dñs expressè diceret cp duratret post mortem, adhuc morte finiretur ipso decedente fine haerede. Et idem in pcuratore in re suam. Vide Ang.consil. ccxln'. Quòd aut possit constitui.pcurator post mortem, vide do.Francis.consil.LxVj.in j.colum.ad finem. Item cp ista regula non pcedat in pcuratore in rem suam, vide d.Franc.cons.cxxiin'. & seq.Quid aunt in tutore & executore mandantibus, vide Ro.cons. cxix. Item tres Vel quatuor limitationes ad hanc regulam, vide per Ro.consi.ccn'. Item de eo cp dictum est sn.cp transeat ad haeredes, et moritur quis fine haerede & etiam an possit reuocari p haeredem tunc vide Decium in c.relatum. col.j.& seq.ss.de offi.dele. Et an possit per haeredem reuocari mandatum collatum post mortem. Vide Bal.in.id cp pauperibus.col.Vl.q.xxiin'.de episcop.& cler. & Bar.i l.n'.$.pe.ss.de dona. Item quno dicatur definire res esse integra tam in iudicalibus, q'extraiudicialibus, vide Gemi.& Perus.in ca.seq.in sine.princi.de procura.in vj.*

(105) *BALDI UBALDI PERUSINI, Consiliorum, sivi responsorum, I Venetiis, 1575, Consilium 379, ...Item non apparet de mandato, vel ratihabitatione, ss.depositi.l.si quis inficiatus.ss.de neg.gest.l.si ego. & q sit fine mandato, non praeiudicat dño,...*

(106) Novísima Recopilación, Libro X: "*De los contratos y obligaciones; testamentos y herencias*", título 9: "*De los depósitos y confianzas*", solamente expone en la ley 1°: la obligación de los que tengan dinero de otros por enconmienda, confianza u otra razón, á devolverlo en las mismas especies de su recibo, y en la ley 2°: La prohibición de poner y recibir bienes en cabeza de tercero; y pena de los contraventores.

(107) El proyecto de Código Civil de 1851, art. 1622: *El mandato se acaba:*

1°. Por la revocación del mandante.

2°. Por la renuncia del mandatario.

3°. Por la muerte, interdicción, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario.

(108) Los supuestos de extinción del mandato, contenidos en el art. 1.732 CC., como recuerdan ALBACAR, MARTIN GRANIZO, *Codigo civil, doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1992, no son considerados *numerus clausus* por la doctrina, sino que tienen un carácter meramente enunciativo; así terminará el contrato por las mismas causas que se extinguen las obligaciones, por concluir el tiempo pactado para la realización de su contenido, por el cumplimiento de la gestión del mandato, y por la imposibilidad de llevarlo a buen término, por la ausencia legal del mandatario. El art. 280 CCo expone en un sentido diverso: Por muerte del comisionista o su inhabilitación se rescindirá el contrato; pero por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá, aunque pueden revocarlo sus representantes. "A diferencia del poder civil, el mercantil no se extingue por la muerte, aún tratándose de comerciantes individuales, según el artículo 280 C.Co, y tratándose de Sociedades, porque los poderes son válidos y confieren plena personalidad jurídica a quien proceda actuar mientras la Sociedad subsista o no sean revocados, aunque sus gestores representantes varíen" (STS.1 - 2 - 1957; STC-Adm 11 - 4 - 1958). Para RODRIGO URIA, *Derecho*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

1°. Por su revocación.

2°. Por la renuncia del mandatario.

3°. Por muerte, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario"(109).

La rígida literalidad(110) en materia de extinción del mandato pugna con las razones de equidad que ya aconsejaban la ultractividad de algunos aspectos normativos en Derecho romano, aunque el Código Civil se manifiesta más esquemáticamente que aquel(111). Los principios contenidos en los textos romanos de nuevo se plasman en el Art.1738(112):

"Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fé"(113).

La buena fe de los terceros consiste también en ignorar las circunstancias de

---

Mercantil, Madrid, 1993, 540) "a la muerte del comisionista empresario individual, deberá ser equiparada la extinción de la sociedad en el caso de que la comisión se haya conferido a un empresario social... Al excluir el CCo la muerte o la inhabilitación del comitente como causa de extinción de la comisión, ofrece una clara muestra de la tendencia progresiva hacia la conservación de los contratos.

(109) SCAEVOLA, *Código civil*, XXVI.2, Madrid, 1951, 739-40, cita legislación comparada relativa a esta causa extintiva: art. 2.003 Código Civil frances; art. 1.757 Código Civil italiano de 1865; art. 1363 Código Civil portugués; art. 1.722 Código Civil italiano de 1942; art. 1.963 Código Civil argentino; art. 1.350 Código Civil boliviano; art. 1.316 Código Civil brasileño; art. 2.163 Código Civil chileno; art. 2208 Código Civil guatemalteco; art. 1.911 Código Civil hondureño; art. 2.595 Código Civil mejicano; art. 1.423 Código Civil panameño; art. 1.649 Código Civil peruano; art. 1.704 Código Civil venezolano.

(110) LEON ALONSO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*,dirigidos por el prof.Albadalejo García XXI.2, Madrid, 1986, 575, escribe que junto con la redacción del art. 1.732 han de aplicarse principios generales, tales como el de buena fe, *ob causam utilitatis, necessitatis, aequitatis, vel humanitatis*, protección de la apariencia y, no en menor medida, el de evitación de que el *summum ius* se convirtiera en *summa iniuria*.

Varios artículos reguladores de la relación de mandato contienen una disposición del legislador en pro de la perduración de los efectos del contrato más allá de su límite temporal: art. 1.718,2; art. 1.724; art. 1.728,2; art. 1.729, y art. 1.730. LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, Madrid, 1995, 323, se expresa en este sentido.

(111) art. 1628 del proyecto de Código Civil de 1851: "*Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido, y surtirá además todos sus efectos, respecto de los terceros que hayan contratado de buena fe*".

(112) SCAEVOLA, *Código civil*, XXVI.2, Madrid, 1951, 976-7, aporta los códigos de legislación comparada en la que se legisla en el mismo sentido: art. 2.008-9 Código Civil frances; art. 1.762 Código Civil italiano de 1865; art. 1.369 Código Civil portugués; art. 1.729 Código Civil italiano de 1942; art. 1.964 Código Civil argentino; art. 1.355 Código Civil boliviano; art. 1.321 Código Civil brasileño; art. 2.173 Código Civil chileno; art. 2.214 Código Civil guatemalteco; art. 1.917 Código Civil hondureño; art. 2.604 Código Civil mejicano; art. 1.429 Código Civil panameño; art. 1654 Código civil peruano; art. 1.710 Código Civil venezolano.

(113) MECHEM, *Outlines of the law of Agency*, Chicago, 1952, 193, comenta que la falta en el *common law* de una disposición como la dispuesta en el art. 1738 del Código Civil español provoca serias dificultades.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

la muerte del mandante, Sentencia de 20 de marzo de 1964, Sentencia de 4 de febrero de 1971, y Sentencia de 8 de enero de 1979. Para Manresa(114) la validad dada por la ignorancia es una verdadera ficción jurídica establecida por la ley para beneficiar al mandatario y a los terceros de buena fe(115); en el caso de que la mala fe radicara en el mandatario y no en los terceros, aquel sería responsable del dolo, y podrían éstos ejercitar contra él las correspondientes acciones. Conforme a la interpretación recogida en la Sentencia de 3 de julio de 1976 el art.1738 defiende al tercero sobre la base de una protección a la confianza en la apariencia frente a la realidad jurídica(116); y al mandatario en base a la confianza dada.

La ignorancia, como causa de excepción a la extinción del mandato, será de hecho valorada por los tribunales, con sujección a las pruebas objetivas existentes, como se desprende de la Sentencia de 29 de septiembre de 1975(117).

Resulta además de gran interés el Art.1718: "...Debe también (el mandatario) acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza". Al respecto la Sentencia de 22 de mayo de 1942, y la Sentencia de 3 de junio de 1950 declaran que para aquellos casos en los que el mandato no responde a la mera confianza en que esta figura jurídica tiene su

---

(114) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XI, Madrid, 19O5, 591 ss.

(115) LEON ALONSO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por el prof.Albadalejo García, XXI.2, Madrid, 1986, 580, nº.7, señala que "resulta curiosa y significativa la no alusión a los terceros por la que el legislador italiano se decantó al redactar el actual art. 1.729, a pesar de la mención expresa que a los mismos hacía el antiguo art. 1762, que, como nuestro art. 1.738, insinuaba la doble esfera de protección, si bien por vías y razones diferentes. Y en absoluto puede decirse desacertada la opción elegida por el actual art. 1.729 italiano, desde el instante que permite ceñir la protección del mandatario de buena fe al ámbito concreto y particular del mandato, en tanto que la del tercero, quizá también ignorante de buena fe de la causa extintiva, queda desplazada al art. 1396, que se contiene en sede de representación.

(116) GORDILLO, *La representación aparente. Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica*, Sevilla, 1978.

(117) Esta sentencia niega efectos a las actuaciones del mandatario por considerar que la ignorancia no puede concurrir en lo actuado cuarenta y cuatro días después del fallecimiento del mandante si el objeto del contrato era un poder conferido para el otorgamiento de adopción.

El acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de mayo de 1959 no considera estimable la ignorancia cuando el mandatario fuera pariente del mandante, o convivía con él habitualmente.

En este sentido STS. 11 enero 1979: Al argumentar así que el mandato que, de la propietaria tenía aquel, había quedado extinguido tres años antes por el fallecimiento de la misma, a tenor del artículo 1.732, número 3º, del CC.; circunstancia ésta conocida tanto por el recurrente como por el mandatario, y que impide pueda ser aplicable lo dispuesto en el artículo 1738 del propio código sustantivo, en orden a la validez de lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante con relación a los terceros que hubieran contratado de buena fe, ignorancia que según declara la sentencia recurrida, no existió en ninguno de los contratantes, pues ambos conocían el fallecimiento de la mandante propietaria de las fincas, por lo que no puede aplicarse el art. 1738.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

soporte, ni a la conveniencia o interés exclusivo del mandante, sino que obedece a exigencias de cumplimiento de otro contrato con derechos y obligaciones para él y para terceros ha de hacerse una salvedad a la extinción del mandato por muerte.

La STS.1 julio de 1918 se remite a los textos romanos para explicar la necesidad de que el mandato se esté ejecutando cuando concurre la muerte(118).

Por último el Art. 1739 dispone(119): "En el caso de morir el mandatario, deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste"(120).

Es distinto a lo dispuesto en Derecho Romano (D.17,1,27,3; D.17,1,57), donde se evita cualquier manifestación en dicho sentido. Para Albarcar y Martin Granizo(121) la situación del contrato de mandato "es más clara en lo que al fallecimiento del mandatario se refiere, tanto si es gratuito como si es retribuido, en cuanto que el mandatario se elige, y de ahí que su óbito ofrezca una mayor justificación en lo que a la extinción del mandato se refiere, que la del mandante, siendo posiblemente esto lo que explica que a dicha forma de extinción se dedique un artículo, el Art.1739(122).

Albadalejo(123) afirma que el deber de esos herederos de continuar las cues-

---

(118) La Sentencia dice así: "el mandato termina con la muerte, según la ley 15, título 25, libro 35 del código justinianeo, cuando el negocio esté en toda su integridad".

(119) SCAEVOLA, *Código civil*, XXVI.2, Madrid, 1951, 1.000-1, cita la legislación comparada: art. 2010 Código Civil francés; art. 1763 Código Civil italiano de 1865; art. 1.367 Código Civil portugués; art. 1.728 Código Civil italiano de 1942; art. 1.969 Código Civil argentino; art. 1.356 Código Civil boliviano; art. 1.322-3 Código Civil brasileño; art. 2.170 Código Civil chileno; art. 2.215 Código Civil guatemalteco; art. 1.918 Código Civil hondureño; art. 2.602 Código Civil mejicano; art. 1.430 Código Civil panameño; art. 1.655 Código Civil peruano; art. 1.712 Código Civil venezolano.

(120) La compilación Navarra, ley 599,3° dispone que el mandante y el mandatario o, en su caso, sus herederos, responderán de los daños causados por su culpa en la terminación o liquidación del contrato.

art. 1.629 del proyecto de Código Civil de 1851: "En el caso de morir el mandatario deberán sus herederos ponerlo en noticia del mandante, y proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan para interés del mismo".

(121) ALBACAR y MARTIN GRANIZO, *Codigo Civil, doctrina y jurisprudencia*, Madrid,1992, 390 ss.

(122) La STS.,16 diciembre 1897, y STS., 8 julio 1927; respecto a esta última sentencia es significativa la interpretación restrictiva que se hace del articulado del código civil, puesto que se concluye aseverando que el mandato acaba por la muerte del mandatario de modo que cualquier otro acto de gestión realizado por su viuda no puede el mandante imputarlo a la sucesión de su anterior mandatario.

(123) ALBADALEJO, "La representación", *Anuario de Derecho Civil*, 1958, 790 ss., asimismo estima que este artículo se explicaría si el propio mandatario tuviera algún interés en la culminación de los negocios pendientes, en cuyo caso se estaría ante la presunción de la voluntad del mandatario, en su propio interés, no en interés del mandante. Opinión que no comparto.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

tiones en curso al tiempo de fallecer su causante no permite atribuir a dicha continuación un carácter representativo, sino que se trata sólo de gestiones derivadas de la anterior representación, aunque es pensable que en algunos supuestos éstas hayan de desarrollarse mediante la realización de un nuevo negocio en nombre y cuenta del representado, lo que daría lugar realmente a un poder de representación conferido *ex lege* con carácter provisional. Realmente si la necesidad fue el impulso necesario para el establecimiento legal de tal deber, la urgencia en la previsión de lo estrictamente necesario debe ser el límite racional de la obligación impuesta a los mandatarios, como una carga más de la herencia. La posterior provisión de las medidas primarias y más urgentes, dependerá en cada caso de la capacidad personal de cada uno de ellos para proceder transitoriamente como mandatarios, pero desde luego deberá como primera medida ponerle en conocimiento de los hechos de cuyo incumplimiento pueden comenzar a generársele concretas responsabilidades. La Sentencia de 8 de Abril de 1912 declara que el mandato se extingue por la muerte del mandatario, lo que no obsta a la subsistencia de las obligaciones ya constituidas por consecuencia del mismo. Para Leon Alonso(124) del Art.659 se puede extraer que en la herencia no se incluye el encargo mismo, en virtud del intuitus personae, lo cual no afecta a los derechos y obligaciones en general subyacentes a una relación contractual; es decir, los herederos deberán justificar sus pretensiones tanto de cara a la exigencia de ciertos créditos pendientes como de la determinación y limitación de medidas a proveer hasta que el mandante afronte las nuevas circunstancias.

V.- A la vista del análisis realizado puede extraerse que en ningún momento deja de tener validez jurídica en el Derecho Romano la regla según la cual el mandato se extingue con la muerte de una de las partes, pero también se percibe del estudio de los textos el grado de comprensión de la dinámica propia de las instituciones jurídicas a que se llega en la época clásica, denotado tímidamente a finales de la República, y que no logra superarse en la formulación legislativa del Art.1732 y ss. del CC. La época postclásica supone una vuelta no a la rigidez de la norma, que en todo tiempo se aplicó, sino a la pobre comprensión de la misma, alejadas ya las disposiciones jurídicas de una certera conexión con los principios generales del derecho. Tal simplificación del tratamiento dado a las causas de extinción, así como en general a la institución de

(124) LEON ALONSO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por el prof.Albadalejo Sanchez, XXI.2, Madrid, 1986, 606 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

Mandato, persistirá hasta el movimiento codificador, con la salvedad expresada en las Partidas y en los juristas intermedios, que se inspira para este nuevo giro en las fuentes romanas.

> CTh.2,12,7, *Imp.Theodosius A.et Valentinianus Caesar Asclepiodoto Praefecto Praetorio* (424).

El Breviario de Alarico II, título 12:

> "*De cognitoribus et procuratoribus*", 7, expone la *Interpretatio* al *Codex Theodosianus*: *Procurator est, cui per mandatum causa committitur. Cognitor est, cui sine mandatum causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit. Si procurator aut cognitor tantummodo, non dominus et procurator effectus, post litem contestatam quolibet casu de hac luce discesserit, de mandato sibi negotio ad suum nihil transmittit heredem: nisi tantum sumtuum vel expensarum repetitionem, quam auctorem suum in suscepta causa fecisse probaverit: lis vero ad mandatorem redit. Si praesentis procurator vincatur aut vincat, in dominum vel domino, non in procuratorem vel procurati actio tribuetur iudicati. Idem est et in pulsati possessoris procuratore servandum, si aut vincatur aut vincat. Et si in rem suam quis factus fuerit dominus et procurator, et procuratorem ipse pro sua utilitate iam fecerit, similiter exitus rei iudicatae dominum respiciet, non actorem.*

En el mismo Breviario se exponen otras interpretaciones:

> - *Epit.suppl.lat.*215: *Qui dominus et procurator per mandatum fuerit institutus et vivo mandatore causam exsequi coeperit, illo mortuo, qui mandavit, potest procuratorem et successorem ut dominus oridinare, et rem sibi metu indicare et ad suum heredem transmittere, tantum ut mandatum actis habuerunt insertum.*
>
> - *Epit.Guelph*: *Qui dominus et procurator instituitur eciam mortuo auctore accione potest agere et ni alio si voluerit mandatu facere potest si auctores mandatu gestis fuerit allegatu.*
>
> - *Epit.Monachi*: *Qui dominus et procurator fuerit institutus et vivo mandatore causa in iudicio publicata fuerit, etiamsi ille, qui ei mandatum fecerit, de hac luce discedat, possit inchoatam litem finire, et alium procuratorem si voluerit posse instituere et ad heredes suos inchoatam litem transmittere. Solum est, ut mandatum ad vicem donationis factum hactenus habeatur insertum.*
>
> *De procuratore mortuo: Si procurator aut cognitor post litem contestatam de hac luce discesserit, de causa ipsa nihil ad ipsum pertinebit heredem nisi tantum expensarum institutus et postquam causam agere vel respondere coeperit, de hac luce discesserit, de mandato sibi negatio nihil damni nec potestatis ad suum transmittit heredem; lis vero ad mandatorem redit et sententia iudicati ad mandatorem vel dominum respicit, non ad actorem.*
>
> - *Epit.S.Gall.Imp.Iulianus data. II. nñ.febr. Intp. Pcuratur e cui causa p mandatum cummitt cognitor e cui sine mandato causa sua ad agendu psente iudici. Ille qui*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

causa habet et altem homine commendat si forsitan cognit et pcurat mortui fuerint ipsa causa ipse homo in dinuo agat ad que legitime ptinet si vero ille mortuus fuerit qui aliu homine cognitore aut pcuratorem rogavit in sua causa ipse curat vel cognitor tantum post mortem illius de ipsius rem recipiat. Quantu ille ej et ante ea pmisit qui eos in sua causa pcuratore aut cognitorem recipit.

Como señala BURDESE *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950, 85 ss., la redacción del texto no es muy clara; la complejidad y difícil comprensión del texto puede deberse a una posible interpolación, producida sobre la segunda parte en donde se puede negar la clasicidad de la escritura. Para GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1889, el propietario (comerciante de esclavos) no podrá ejercitar útilmente la acción publiciana, y así el tercero, comprador de esclavos, los adquirirá por usucapión, disfrutando de la excepción de justo dominio. Sin embargo no por ello el mandante ha de perjudicarse por tal acto, pues *neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno,* pudiendo el mandante exigir responsabilidad a los herederos del mandatario. El comerciante, al ser propietario provincial, podría interponer la acción publiciana, puesto que el comprador es un poseedor de peor condición que aquel (STURM, *Recensión a Vacca, Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, 1991*, ZSS, 3 (1994), 664 ss.). VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio publiciana,* Studi De Sarlo, 1989, Milano, 6O9, 631, 643, recuerda que la cosa es tradita *ex iusta causa,* concurriendo buena fe, título, y la ficción del tiempo para usucapir. El comprador tiene derecho a usucapir, esto es, de adquirir la propiedad del bien, sólo si en buena fe retuvo que ésta fuera la "causa" de su contraprestación, y sólo si con esta convicción ha adquirido la posesión del bien. Finalmente afirma que la *actio publiciana* no tiene la finalidad de proteger a un propietario pretorio, creando una *duplicatio* de la *rei vindicatio,* sino que trata de realizar los efectos translativos o adquisitivos del dominio, conforme a la causa tipificada por el ordenamiento jurídico. MARTINI, Il problema della *causae cognitio pretoria,* Milano, 1960, 127-129, sostiene que en esta fuente se da por descontada de partida la usucapión de los esclavos, aunque la concesión o denegación de la *exceptio iusti dominii,* basada sobre esta circunstancia, no comporta automáticamente la resolución de la cuestión; sin embargo ello no quita a la *causae cognitio* el carácter de valoración discreccional. Si fuese concedida la excepción, en base a la usucapión, el *venaliciarius* no tendría nada que oponer, mientras que el pretor debe cumplir una *causae cognitio* antes de acordar esta *exceptio,* y si en el caso presente no la concede, el actor tendría grandes posibilidades de éxito. D'ORS,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA GARRIDO, y BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1968, interpretan D.17,1,57 del modo que el traficante de esclavos que regresa de la provincia antes de la usucapión prevalecerá en la acción publiciana, porque se da la excepción de justo dominio, y no procede que el que confió en cierta persona, pueda resultar perjudicado por el error o la impericia de los herederos de la misma; esta compresión del texto se plasma con mayor precisión por DESARLO, *La definizione dell'actio Publiciana nel diritto dei classici*, *Studi in onore di Solazzi,* Napoli, 1948, 203-211, que entiende que el comprador, al perder la posesión del bien que recupera el traficante, interpone una *actio publiciana,* que es paralizada por el antiguo propietario con una *exceptio iusti dominii.* La figura de la *actio publiciana* tiene eficacia tanto contra el propietario, existiendo buena fe y justo título, como contra terceros. En otros textos el pretor da la posibilidad de que la *exceptio iusti domini* sea paralizada por una *replicatio,* D.9,4,28, *Africanus,* libro VI *Quaestionum,* D.44,2 (18),24, *Iulianus,* libro IX *Digestorum,* al considerar que con las circunstancias del caso la *exceptio* deviene *iniqua,* no obstante D.17,1,57 es una excepción, pues no se permite la contraposición con una *replicatio.* En este contexto dado por el autor estimo que el comprador, privado del bien y por tanto afectado por un *damnum,* podría dirigirse contra los herederos del mandatario (vendedores) mediante las acciones propias de la compraventa. DAUBE, *Mistake of law in usucapion*, *The Cambridge Law Journ,* 16 (1958), 91-2, expone como un ejemplo de los errores legales en la usucapión D.17.1.57, donde el comprador usucapirá, pero al traficante se le dota de remedios pretorios en lugar de ausencia, lo que no altera el principio; según el autor tal corrupción como la que el texto parece haber sufrido es de naturaleza menor.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555

https://doi.org/10.55104/FRDC_0555