

primer capítulo, se analiza además, la llamada responsabilidad indirecta y la discusión doctrinal acerca de si los supuestos recogidos en el artículo 1903 son *numerus clausus* o si se trata de una enumeración *ad exemplum*.

El capítulo segundo está dedicado a estudiar la relación de dependencia y las posibles extralimitaciones en la actuación del empleado que le sitúan fuera de ella. El concepto de dependencia que defiende la autora choca a veces, como ella reconoce, con el utilizado por la jurisprudencia, ya que lo amplía para extender la responsabilidad a sujetos de los que realmente el agente no dependía. Efectivamente, tras un estudio detenido y serio de los pronunciamientos jurisprudenciales, la profesora Sierra Pérez advierte que la jurisprudencia fuerza, en numerosas ocasiones, la declaración de existencia de dependencia entre dos personas para declarar la responsabilidad de una por hechos de la otra en aplicación del artículo 1903, para mantener toda la responsabilidad aquiliana por hecho ajeno dentro del artículo 1903, sin reconocer la existencia de deberes específicos de cuidado.

En el último capítulo se analizan, con sumo cuidado, los supuestos en que la responsabilidad del empresario surge por un presupuesto distinto al de la relación de dependencia. Éstos son prioritariamente, en la casuística, el de la responsabilidad por incumplimiento de un deber específico de cuidado (*v. gr.*, el propietario de un edificio por los daños que cause en edificios colindantes, productos defectuosos, hidrocarburos) y los de la llamada responsabilidad por riesgo (*v. gr.*, circulación de vehículos a motor).

Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ

TORRES PARRA, María José: *El mandato de crédito como garantía personal*, ed. Dykinson, Madrid, 1998, 207 pp.

La monografía titulada *El mandato de crédito como garantía personal* constituye, sustancialmente, la memoria que la autora elaboró para la obtención del título de Doctor en la Universidad Autónoma de Madrid. Articulada el trabajo en cuatro capítulos [I. Garantía de las obligaciones (pp. 11-43); II. El *mandato pecuniae credendae* como garantía personal (pp. 45-74); III. Estructura del *mandatum pecuniae credendae* (pp. 75-137); IV. Ejecución y responsabilidad en el *mandatum pecuniae credendae* (pp. 139-204)], afronta el estudio del mandato de crédito —también llamado *mandatum qualificatum* por los comentaristas— como medio, que podemos calificar de atípico, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

El interés del estudio de esta figura queda patente si tenemos en cuenta que la garantía personal fue en Derecho romano la forma más frecuente de reforzar el cumplimiento de las obligaciones. El *mandatum pecuniae credendae*, institución de origen romano, tuvo plena vigencia en Alemania hasta el año 1899, incluyéndose después en el § 778 BGB. Igualmente, el Código Civil de las Obligaciones Suizo de 1911 ha dedicado cuatro artículos a este expediente (arts. 408-411). Por contra, el Código de Napoleón no lo recogió y, por tanto, tampoco los Códigos que derivaron de aquél. Sin embargo, el nuevo texto unificado italiano de 1942, lo incluye en los artículos 1958 y 1959.

El *mandatum pecuniae credendae* consiste en el encargo dado a una persona para que preste dinero a un tercero. La función de garantía resulta indirectamente del hecho de que el mandatario dispone de una *actio mandati contraria* frente al mandante, que garantiza la devolución de dicha cantidad con todo su patrimonio.

El capítulo I del trabajo es un capítulo preliminar, o introductorio, dedicado al estudio de las garantías personales en general, abordando el concepto, el origen y las diferentes clases de garantías.

En este capítulo destaca, en relación con el origen de las garantías, la tesis que mantiene la autora (pp. 17 ss.) en contra de la opinión mayoritaria, formulada por Mitteis, al sostener que la *sponsio* no tuvo originariamente la función técnica de garantía. Y va más allá, cuando afirma que hasta finales de la época republicana se observa una ausencia de específicos institutos de garantía, que es posible que surgieran con la aparición de la ejecución patrimonial. Esta afirmación se basa en que el requisito principal de aquéllas, que es la accesoriedad, no puede predicarse en relación con la *sponsio* y la *fidepromissio*. En este sentido, distingue entre accesoriedad formal, en cuanto la existencia de la garantía debe estar condicionada a la existencia de la obligación principal garantizada, y sustancial, en cuanto el garante no puede obligarse a más de lo que lo haga el deudor principal (Gayo 3.126; D.46.1.8.7 Ulp. *l.LXVII ad Sab.*) pues, en otro caso, estaría asumiendo una obligación nueva, con sustantividad propia y distinta de la institución de garantía. Sin embargo —sigue diciendo la autora—, la accesoriedad formal no siempre existe en relación con la *sponsio* y la *fidepromissio*, porque ambas figuras están imbuídas del rígido formalismo del *ius civile* que únicamente toma en consideración la forma, lo que unido al carácter abstracto de la *sponsio* hace que el *sponsor* y el *fidepromissor* queden obligados *verbis*, aun cuando la obligación principal resulte inexistente.

En el capítulo II (pp. 47-59) se aborda el origen del *mandatum pecuniae credendae* y el difícil problema de su naturaleza jurídica.

En cuanto al origen, la autora sigue la teoría mayoritaria que afirma que fueron las necesidades de la práctica comercial las que hicieron que los romanos adaptaran un instituto típico del *ius gentium* (susceptible de numerosas aplicaciones) para reaccionar frente al excesivo formalismo del *ius civile*. Concretamente, podemos señalar que fue en los primeros años del Principado cuando comenzó a utilizarse el mandato de crédito como figura de garantía de las obligaciones en concurrencia con la *fideiussio*, pues Nerva (sucesor de Labeón) y Atilicino —ambos citados por Paulo en D.17.1.45.7-8— conocen ya el empleo del mandato con función de garantía en un negocio de *delegatio*.

El problema fundamental es la obligatoriedad del mandato de crédito, que para los juristas clásicos apareció condicionada por la naturaleza jurídica que se le atribuía.

En este sentido, Gayo (3.155 y 156) distingue los *mandata mea, alterius et tua gratia*, y afirma que únicamente los dos primeros constituyen contrato válido, calificando al *mandatum tua gratia de supervacuum*. Parte de la jurisprudencia de finales de la República y comienzos del Principado reconducía a esta última figura el *mandatum pecuniae credendae*; en este sentido, Servio sancionaba la invalidez del mandato de dar a crédito con interés a una persona determinada, asimilándolo al genérico mandato de dar a crédito sin indicación del mutuario. En contra, Sabino, seguido por Gayo, consideraba obligatorio el mandato de préstamo con interés a favor de un tercero individualizado, por la razón de que el mandato fue determinante para la concesión del mutuo.

Ahora bien, el *mandatum tua gratia* estuvo siempre privado de eficacia y la doctrina lo considera equiparable a un consejo (*consilium*) que no produce efectos jurídicos. Bajo esta perspectiva, la autora afirma que lo lógico es pensar que Sabino no consideró el *mandatum ut Titius faenerares* como un *mandatum tua gratia*, porque asumida la eventualidad del riesgo por parte del mandante, aquél

se transforma en un *mandatum tua et aliena gratia*. El texto fundamental sobre la transformación del *mandatum tua gratia*, aplicando el elemento del *periculum mandatoris*, nos lo ofrece Juliano en D.17.1.32, quien recuerda la decisión sabianea: «*Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset...*», porque el criterio del riesgo, si bien no estaba explícitamente enunciado, se encontraba presente en la decisión de Sabino. Es muy posible, como señala Frezza (*La garanzie delle obbligazioni*, I, Padova, 1962, pp. 206 ss.), que la aceptación de este criterio por la jurisprudencia clásica fuese generalizado, lo que vendría confirmado por distintos textos del *Digesto* como D.16.3.1.14 (*Ulp. l.XXX ad ed.*) y D.17.1.12.13-14 (*Ulp. l.XXXI ad ed.*).

La autora recuerda que, posteriormente, y por obra del jurista Ulpiano se añadió, junto al criterio del riesgo, el criterio del interés del mandante como fundamento para el ejercicio de la *actio mandati directa*, de tal forma que si el interés del mandante en la ejecución del encargo cesa, cesa la acción: «*Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et aetenus interest*» (D.17.1.8.6 Ulp. *l.XXXI ad ed.*). Es probable que los compiladores justinianos admitieran que la asunción del riesgo no bastaba para hacer surgir la *actio mandati directa*, sino que era necesario que existiera un interés actual del mandante, es lo que G. Longo (NNDI, s. v. *Mandato*, Torino, 1968) llama el criterio de la búsqueda de la concreta utilidad del mandante.

El capítulo III (pp. 75-137) está dedicado a la estructura del *mandatum pecuniae credendae*, compuesto por dos contratos: el primero, de naturaleza consensual, el mandato, y el segundo, de naturaleza real, el mutuo. La autora hace un recordatorio de las principales características aplicables al contrato de mandato en general y al *mandatum pecuniae credendae* en particular.

En esta parte del trabajo destacan dos cuestiones importantes en relación con el mandato de crédito: en primer lugar, la ratificación del contrato de préstamo, y en segundo lugar, la responsabilidad del mandatario en caso de no ejecución o incumplimiento inexacto del encargo.

En cuanto a la primera cuestión, la autora se pregunta si fue posible la aplicación al *mandatum pecuniae credendae* de la máxima jurídica «*ratihabitio mandato comparatur*», recogida por Ulpiano en D.50.17.60.

Después de la revisión de los textos del *Digesto* que recogen la enunciación de este principio, considerados interpolados por parte de la doctrina, la autora llega a la conclusión de que, si bien la formulación y generalización de la regla se produjo en Derecho justiniano, ya era conocida y aplicada por los juristas clásicos en determinados casos.

Sin embargo, niega la validez de la ratificación para el caso concreto del *mandatum pecuniae credendae*, porque se destruiría la estructura típica de esta institución. Efectivamente, el objeto del *mandatum pecuniae credendae* es otro negocio jurídico, el contrato de mutuo, y no parece posible una sucesión temporal distinta: el mandato debe preceder al mutuo, pues en otro caso el negocio es nulo, lo que se recoge por Ulpiano que, recordando la opinión de Papiniano, afirma: «*Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullam esse mandatum rectissime Papinianus ait...*» (D.17.1.12.14 Ulp. *l.XXXI ad ed.*).

En relación con la responsabilidad del mandatario, éste está obligado a realizar el encargo recibido siguiendo las instrucciones del mandante (D.17.1.5.pr. Paul. *l.XXXII ad ed.*). Cuando el mandante delimita expresamente el comportamiento que debe observar el mandatario se dice que el mandato es cierto, y éste

no puede apartarse en la ejecución del mandato de la forma preestablecida (Paul. D.17.1.46). En otro caso, el mandatario estará obligado a responder frente al mandante y además quedará impedido para el ejercicio de la *actio mandati contraria*.

Sin embargo, el problema se plantea con los llamados mandatos inciertos, pues si bien la determinación del objeto es un requisito indispensable para la validez de todo negocio jurídico y por ende del mandato, esta determinación no quiere decir certeza absoluta sino que es válido establecer algún criterio objetivo que lo haga determinable. La autora sigue la corriente de opinión que afirma que esta figura no generaba obligaciones en Derecho clásico, y mantiene que los fragmentos del *Digesto* que recogen la validez del mandato incierto (que deja la determinación de la prestación al mandatario *boni viri arbitratu*) están interpolados.

En relación con los límites a los que debe ceñirse el comportamiento del mandatario, la autora trata del exceso de mandato –*egreditur mandatum*, en palabras de Gayo (3.161)– que se produce cuando el acto jurídico, objeto del mandato, se realiza, pero en condiciones distintas a las establecidas por el mandante.

La jurisprudencia clásica defendía dos posturas bien diferenciadas. Los sabianianos, partidarios de una interpretación formal y estricta, opinaban que el mandatario que no observaba literalmente las indicaciones del mandante no podía ejercitar la *actio mandati contraria*, ni siquiera para solicitar el reembolso de la parte que respondía a las condiciones fijadas por el mandante. En contra, los proculerianos, criterio adoptado por Justiniano, reconocían el ejercicio de la acción en aquellos límites, lo que supone «una interpretación más flexible, que tiene en cuenta la voluntad del mandante, y que es más acorde con el carácter de buena fe que tiene este tipo de contrato».

El cuarto y último capítulo (pp. 138-204) afronta el estudio del régimen jurídico del *mandatum pecuniae credendae* y la responsabilidad de los sujetos que en él intervienen.

La autora afirma que «el régimen de responsabilidad en el mandato de crédito es claramente favorable al acreedor desde el momento en que el mandante (garante) se obliga solidariamente junto con el deudor». Igualmente, cuando hay una pluralidad de mandantes quedan obligados *in solidum* frente a la reclamación del mandatario, pero en este último caso la autora estima (p. 144), a la luz de un texto de Paulo (D.17.1.59.3), que la posibilidad de demandar *in solidum* a cualquiera de los garantes es un elemento natural del contrato que puede suprimirse por acuerdo en contrario de los contratantes. Por tanto, antes de la introducción del *beneficium divisionis ex epistula divi Hadriani*, cabía la posibilidad de transformar la obligación de solidaria en parciaria a través de pacto.

El hecho de que Gayo (3.121 y D.46.1.26), que nos da noticia del contenido de la epístola de Adriano, únicamente recoja la aplicación del beneficio de división a favor de los *fideiussores*, ha llevado a un sector doctrinal a afirmar que este beneficio no había sido otorgado a favor de los *plures mandatores*, y esto, a pesar de que un texto de Papiniano (D.27.7.7) y una Constitución de Justiniano (C.4.18.3), afirman que la división del riesgo se realizaba tanto entre los mandantes como entre los fiadores. La contradicción en las fuentes se explica por la autora, considerando que es probable que por el carácter excepcional de la disposición de Adriano únicamente se hubiese tenido en cuenta a una sola clase de garantes (los *fideiussores*), pero que pronto, y puesto que Papiniano afirma que el beneficio de división se otorga a los *plures mandatores* por razones de equidad, habría sido aplicada por interpretación jurisprudencial.

Por otro lado, el acreedor (mandatario) puede requerir al garante, o a uno de los garantes (si son varios) la satisfacción de lo debido antes que al deudor principal, por lo que no se da el carácter subsidiario que tienden a tener las garantías. Esta subsidiaridad sólo puede predicarse en Derecho justinianeo, cuando en la N. IV (año 535 d. C) se otorga el *beneficium excusionis*. Aunque es probable, como afirma Volterra, apoyándose en un texto de Paulo (D.17.1.59.3), que ya desde época clásica se pudieran conseguir los efectos del *beneficium excusionis*, puesto que la *libera electio* entre garante o deudor principal se configuraba como un elemento natural del contrato.

La autora advierte que el ejercicio de la *libera electio* (v. gr.: a través del ejercicio de la *actio mandati* contraria frente al garante) no produce la consumición procesal de la otra acción (*condictio certae creditae pecuniae*), puesto que surgen de dos relaciones jurídicas independientes, por tanto, extinguida una de las dos acciones siempre queda el recurso a la otra.

En el caso de pluralidad de mandantes y, sobre la base de un texto de Papiniano (D.46.1.52.3), que advierte que la liberación de todos los mandantes sólo es posible cuando fuera satisfecho el crédito, un sector doctrinal señala, como característica peculiar de la responsabilidad de los *plures mandatores*, que la *libera electio* no produce la extinción procesal de la acción de mandato. Frente a esta postura, la autora estima que la acción se consume por el efecto extintivo de la *litis contestatio*, afirmando que el texto está interpolado para adecuarlo a la nueva significación de la *litis contestatio* en Derecho justinianeo.

A continuación, la autora señala que el derecho de regreso no era originariamente un elemento inherente a las garantías (excepto para los *sponsors* que están legitimados con la *actio depensi*). Los juristas recurrieron a la adaptación de acciones derivadas de contratos de buena fe cuyo contenido permite alcanzar la reintegración de lo pagado. En el caso del *mandatum pecuniae credendae*, dada la independencia de las relaciones jurídicas de mandato y mutuo, para que el mandante, que había pagado por el mutuario, pueda ejercitar una acción de regreso frente a aquél, era necesaria una relación previa entre ambos. Relación que las fuentes, generalmente, construyen como mandato, sin necesidad de que fuese expresamente convenido; bastaba con la aquiescencia del deudor para permitir el ejercicio de la *actio mandati contraria*.

En cuanto al derecho de regreso entre los *plures mandatores*, la autora afirma que sólo era posible cuando se hubiera producido la cesión de acciones por parte del mandatario. La cesión de acciones podía producirse judicial o extrajudicialmente. La cesión judicial se realizaba a través de dos vías: en primer lugar, en el *iudicium contrarium mandati*, el Juez supeditaba la condena del mandante a que el mandatario hubiese cedido la acción que nace de la relación crediticia contra el deudor (D.46.1.13 Jul. *l.XIV dig.*). En segundo lugar, era posible el ejercicio de la *actio mandati directa* para hacer valer el *beneficium cedendarum actionum* (D.46.3.95.10. Pap. *l.XXVIII quaest.*). Por último, la cesión, que la autora denomina voluntaria, se justifica sobre un texto de Ulpiano (D.17.1.28) que demuestra que, si el mandante pide la cesión de acciones al mandatario no *apud iudicem*, sino en el momento del pago del crédito, el mandatario está obligado a ceder las acciones.

Por último, frente a los autores que opinan que la *actio mandati directa* no tiene aplicación en relación con el mandato de crédito, la autora estima que no hay duda de que esta acción surge a favor del mandante, ya sea para exigir responsabilidad al mandatario, o bien, cuando haya pagado al mutuante, para hacerse ceder las acciones contra el deudor. Sabemos que la *actio mandati directa*

surge del contrato de mandato, independientemente de su objeto, para pedir la indemnización de daños y perjuicios por inactividad o ejecución inexacta del encargo. No debemos olvidar, que el *mandatum pecuniae credendae* es un mandato y que por tanto todos los requisitos y consecuencias derivados de éste no se desvirtúan cuando se aplican a aquél.

La profesora Torres Parra ofrece en esta monografía un detallado estudio, tanto desde un plano técnico-jurídico como histórico, sobre el *mandatum pecuniae credendae* sin obviar ninguno de los problemas que presenta esta institución.

Realizada la lectura de este trabajo, se podrá estar más o menos de acuerdo con su autora, pero no cabe duda de que son numerosos los puntos de interés que ofrece, invitando al lector a la reflexión sobre varios aspectos de esta figura a la luz de una revisión exegética de los textos.

María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ
Universidad Autónoma de Madrid