

La responsabilidad del mandatario en el *mandatum incertum*

Alfonso Murillo Villar
Universidad de Burgos

Aún cuando el origen del contrato de mandato es discutido en la doctrina, sin embargo, la opinión dominante mantiene que está relacionado con las exigencias del comercio internacional; su desarrollo más intenso se produjo a medida que los ciudadanos romanos negociaban el intercambio de mercancías con *peregrini*, especialmente a partir del siglo III a.C.¹. Existe un gran consenso doctrinal en que el mandato procede del *ius gentium*, así como que contribuyó al despegue comercial y, por ende, al desarrollo económico de Roma. Las partes se vinculaban basándose en la lealtad y seriedad comercial, y se apoyaban en el principio de la buena fe como criterio fundamental que regía las relaciones entre extranjeros en la antigüedad.

El incremento de la actividad comercial sin duda motivó la necesidad de que determinados negocios, al no poder ser realizados por sus dueños, bien porque no querían bien porque no podían, a veces por las distancias, fueran encargados a terceras personas de la máxima confianza, normalmente amigos. Cuando las personas de confianza no eran ciudadanos romanos sino extranjeros, y no pudiendo estos ser nombrados *cognitores* ni *procuradores*, ambas figuras del *ius civile*, surgió este contrato en el ámbito del *ius gentium*, siendo el acuerdo entre las partes, mandante y mandatario, quien generaba obligaciones para ambas recíprocamente².

Entre las obligaciones del mandatario se encuentra aquella de cumplir el encargo solicitado por el mandante, llevándolo a buen fin siguiendo las instrucciones

1 PROVERA, G., *s.v. mandato (storia)*, en Enciclopedia del diritto, XXV, Varese, 1975, p. 312.

2 VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad. esp., Madrid, reimpresión, 1991, p. 526; TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 2002, p. 475.

que éste le hubiese dado. Es decir, el mandatario debe obrar como lo hubiera hecho el mismísimo mandante. Cuando el mandante no ha dado las instrucciones mínimas necesarias, la gestión deberá desarrollarse por el mandatario teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que se ha obligado a realizar³. Además, entre las obligaciones del mandatario está la de rendir cuentas de su gestión al mandante, así como comunicarle los resultados de la actividad que ha llevado a cabo. No es necesario que el mandatario realice la actividad objeto del contrato en persona, puede hacer que otras realicen dicha actividad, pero, eso sí, quedará él responsable del trabajo realizado por quien lo haya sustituido⁴. La responsabilidad del mandatario, según la doctrina mayoritaria, alcanzaba en época clásica al dolo y en época justinianeas a la culpa⁵.

Es obvio que la gestión que el mandatario se ha comprometido a realizar ha de ser conforme a los principios generales que rigen para toda prestación, es decir, ha de ser lícita, posible, determinada o determinable⁶ y, además, dice Petit⁷, es preciso que el mandante tenga un interés pecuniario en la ejecución del mandato. Si no está determinado pero es determinable habrá que analizar si la determinación será objetiva o subjetiva. Si fuere objetiva no habrá especiales dificultades puesto que no dependerá del mandatario. Ahora bien, cuando la determinación tenga que ser a través de criterios subjetivos, surgirá el caso que nos ocupa en esta *sedes materiae*, el mandato incierto, capaz de generar obligaciones para ambas partes: mandante y mandatario.

Para comprender la institución jurídica del mandato incierto hay que partir de que el mandante confía en el buen hacer del mandatario el desarrollo de una gestión, quien, sin embargo, carece de las pertinentes instrucciones dadas por el mandante. No todas las gestiones admiten unas instrucciones taxativas, sino que

3 VOLTERRA, E. *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 528.

4 Vid. SANFILIPPO, C., *Esecuzione del mandato mediante sostituto*, en *Annali Seminario Giuridico*, Catania, 1947, p. 167 ss., y ARANGIO-RUIZ, V., *Il mandato in diritto romano*, ristampa, Napoli, 1965, p. 161.

5 Vid. LITEWSKI, W., *La responsabilité du mandataire*, en *Index*, 12, 1983-84, p. 106 ss.

6 La dificultad va a estar en establecer los límites de la indeterminación para la validez o invalidez del mandato. Vid., MARTÍN, R., *Il mandato*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 641 n. 14.

7 PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, trad. esp., 17ª ed., México, 2001, p. 413.

en determinados negocios la discrecionalidad del mandatario es más que necesaria, por ej., la adquisición de un animal entre varios que a juicio del mandatario ninguno reúne la calidad que necesita el mandante; en otros casos se pueden encomendar gestiones en las que tampoco se den instrucciones porque el mandante confía en el buen hacer del mandatario, buen hacer mostrado con anterioridad en gestiones similares. Se observa en estos casos que mientras el mandante es el titular del “interés”, es decir, del resultado de la gestión, el mandatario lo es de la “voluntad”. En consecuencia, la cuestión radica en que el mandatario deberá ajustar la declaración de voluntad del mandante, por supuesto carente de instrucciones, al interés que él, el mandante, persiga.

A lo largo de la historia del derecho romano existió tanto el mandato cierto como el mandato incierto⁸; sin embargo, lo que se discute en la doctrina romanística es si éste último, el *mandatum incertum*, tuvo su vigencia ya en época clásica o fue de origen bizantino⁹. La polémica doctrinal se centra, sobre todo, en saber si los clásicos conocieron o no el *mandatum incertum* y, especialmente, en saber si podría exigirse responsabilidades al mandatario por su gestión en los casos en que no hubiera recibido instrucciones del mandante.

En nuestra opinión, no se puede descartar que en época clásica tuviera ya su vigencia el mandato indeterminado, sin embargo, apenas existen textos que puedan ratificarlo, y los pocos que conocemos, que seguidamente analizaremos, han sido objeto de numerosas críticas interpolacionísticas. Entre los autores que defienden que los textos están alterados se encuentran Beseler¹⁰, Albertario¹¹, Donatutti¹² y Torres¹³, llegando a la conclusión de que en época clásica el *mandatum*

8 No obstante, TORRENT, *Manual de derecho privado*, cit., p.473, niega que se admitiera el *mandatum incertum*, posición que mantiene, igualmente, en *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, s.v. *mandatum incertum*, p. 677. GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 12ª ed., Napoli, 2001, p. 931, parte de que la actividad del mandatario debía ser suficientemente determinada, por ello que no fuera válido el mandato indeterminado (*mandatum incertum*).

9 Para PROVERA, s.v. *mandato (storia)*, cit., p. 316, el *mandatum incertum vel plurium causarum* aparece en la compilación.

10 BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen I*, Tübingen, 1910, p. 84 y en el III, Tübingen, 1913, pp. 106 y 144.

11 ALBERTARIO, E., *Contributi alla critica del Digesto*, Milano, 1940, p. 42.

12 DONATUTI, G., *Mandato incerto*, en BIDR, 33, 1924, p.168 ss.; también se puede consultar en sus *Studi di diritto romano I*, Milano, 1976, p. 159 ss.

13 TORRES, Mª.J., *El mandato de crédito como garantía personal*, Madrid, 1998, p. 111 ss.

incertum no se reconoció. Sin embargo, defienden su existencia en periodo clásico, entre otros, Longo¹⁴, Sanfilippo¹⁵, Arangio-Ruiz¹⁶ y Voci¹⁷. Otros como Scapini¹⁸ y Camacho¹⁹ aceptan que en época clásica se produjo el embrión de lo que más tarde sería el conocido como *mandatum incertum*, aunque reconocen la alteración bizantina de los textos.

Las fuentes sobre las que la tradición se ha apoyado para configurar el mandato *incertum*, como una institución jurídica, desde Roma hasta el derecho actual, y sobre los que existen profundas divergencias de interpretación, son los siguientes: D.17.1.46 y D.17.1.35.

D.17.1.46 (Paul. 74 ad ed.).- Si quis pro eo sponderit, qui ita promisit: "si Stichum non dederis, centum milia dabis?" et Stichum redemerit vilius et solverit, ne centum milium stipulatio committatur, constat posse eum mandati agere. Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat: at quotiens incertum vel plurium causarum, tunc, licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati, quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio.

De estos comentarios de Paulo al Edicto, tal y como está redactado el texto, se infiere una clara distinción entre el *mandatum certum* y el *mandatum incertum*. No reconocer el *mandatum incertum* es presuponer que el mandante siempre dará unas estrictas reglas de actuación al mandatario, transformándose éste en un mero ejecutor de aquéllas. Pues bien, aceptar esto es lo que llevó, entre otras cosas, a Donatuti²⁰ a entender como interpolado desde *igitur* hasta el

14 LONGO, G., *Sul mandato incerto*, en *Scritti in onore di C. Ferrini*, vol. 2, 1947, p. 138 ss.; también en *Diritto romano. Diritto delle obbligazioni*, vol. II. *Parte speciale*, Roma, 1954, p. 237 ss.; y en *Nov.DI*, X, ristampa, Torino, 1982, s.v. *mandato (diritto romano)*, p. 105 ss.

15 SANFILIPPO, C., *Esecuzione del mandato mediante sustituto*, cit., p. 169 ss.

16 ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., p. 112 y 161.

17 VOCI, P., *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio I,1*, Milano, 1969, p. 211 n.57.

18 SCAPINI, N., *Appunti per la storia del mandatum incertum*, en *Studi in memoria di G. Donatuti*, III, Milano, 1973, p.1195 ss.

19 CAMACHO, M., *El mandatum incertum*, en *Problemática del derecho romano ante la implantación de los nuevos planes de estudios*, (coord. R. Herrera y M. Salazar), Jaén, 1999, p. 137 ss.

20 DONATUTI, *Mandato incerto*, cit., p. 182 y en *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano I. L'actio mandati dell'adpromissor*, en *Studi di diritto romano I*, Milano, 1976, p. 299.

final²¹. Sin embargo, ha sido precisamente esta parte *igitur-actio*, la que ha influido en la recepción de un modo directo.

Así, si el mandato es cierto, dice el texto, no debe apartarse uno de la forma, es decir, no hay que apartarse de él; ahora bien, si es incierto o comprende varias causas²², aunque se haya cumplido la causa del mandato con otras prestaciones que estaban contenidas en el mismo mandato, si hubiera convenido al mandante se dará contra él la acción de mandato. Es obvio, pues, el reconocimiento del *mandatum incertum* y, por ende, la gestión del mandatario desarrollada sin instrucciones evidentes del mandante. Nos encontramos, en definitiva, ante un mandato en el que falta la determinación del objeto.

En apoyo de la presunta interpolación de D.17.1.46 se ha utilizado D.17.1.5 *pr.* (Paul. 32 *ad ed.*).- *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt*, queriendo ver una contradicción entre la información que aporta el mismo jurista, Paulo, en ambos textos. Así lo apunta Donatuti²³, quien afirma que la regla de Paulo no podía ser más clara: en todos los mandatos el mandatario debe observar “*fines mandati*”, los cuales derivan de la declaración de voluntad del mandante; es decir, afirma Donatuti, son los actos que el mandante quiere que el mandatario cumpla y que éste a su vez ha aceptado cumplir. Este mismo planteamiento es seguido por Torres²⁴ al afirmar que Paulo estableció que debían respetarse con diligencia los límites del mandato, y en caso de hacer cosa distinta se colige que el mandatario no ejecuta el mandato. Es decir, afirma Randazzo²⁵, que no cabe ninguna excepción a la correspondencia entre la rígida voluntad expresada por el mandante y la actuación, en cumplimiento de la misma, por parte del mandatario. Por ello, concluye²⁶, los textos examinados muestran con gran claridad la

21 Opinión que parece compartir KASER, M., *Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das Altrömische, Das Vorklassische und Klassische Recht.*, 2ª ed., München, 1971, p. 577 n. 12.

22 Para SCAPINI, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, cit., p.1225, y CAMACHO, *El mandatum incertum*, cit., p. 141, el *mandatum plurium causarum* es un tipo de mandato distinto del *mandatum incertum*.

23 DONATUTI, *Mandato incerto*, cit., p. 170.

24 TORRES, *El mandato de crédito como garantía personal*, cit., p. 112.

25 RANDAZZO, S., *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, p. 179.

26 RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, cit., p. 184.

permanente rigidez del principio de determinación del objeto del mandato, elemento esencial y perfil caracterizador del contrato.

Según Fernández de Buján²⁷, la postura de Donatuti²⁸, y debe añadirse de Torres y Randazzo, no pueden ser aceptadas, en cuanto es posible admitir un cierto grado de indeterminación en las indicaciones y límites impuestos al mandatario para el cumplimiento del encargo encomendado. En nuestra opinión, las cuestiones que se regulan en D.17.1.5 *pr.* y en D.17.1.46 no son la misma cosa. El primer texto se refiere a los supuestos que la doctrina conoce generalmente como de “exceso de mandato”²⁹, es decir, aquellos casos en que el mandatario no respeta los límites impuestos por el mandante. Por el contrario, el segundo texto, párf. 46, se dedica a establecer la distancia entre el mandato cierto y el incierto. Es verdad que la cuestión del exceso de mandato y la del *mandatum incertum* están próximas pero no deben confundirse, a pesar de que formalmente D.17.1.46 levante serias sospechas de interpolación.

Por otro lado, Donatuti³⁰ insiste en no reconocer el mandato incierto como causa obligatoria del derecho clásico, ya que para él se trata de una tendencia jurídica desarrollada fuera del marco del derecho clásico. Es más, según el ilustre romanista italiano, el fundamento de la obligatoriedad del *mandatum incertum*, en el que se deja al mandatario la determinación de la prestación, fue afirmado en las Basilicas: Bas.14.1.48³¹. En este texto se especifica que cuando la determinación de la prestación se deja en manos del mandatario, éste debe actuar *boni*

27 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Acerca del mandato de comprar cosa que es en parte propiedad del mandatario*, en Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo VI, Madrid, 1988, p. 157 n. 25.

28 DONATUTI, *Mandato incerto*, *cit.*, p. 182 ss.

29 *Vid.*, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Un supuesto polémico a propósito de exceso de mandato*, en Estudios en homenaje al Prof. Juan Iglesias III, Madrid, 1988, p. 1293 ss. y bibliografía allí indicada.

30 DONATUTI, *Mandato incerto*, *cit.*, p. 183.

31 Bas. 14.1.48 (= D.17.1.48.2).- Scolio 10.- *Non valere mandatum, si dixerō, quemlibet fundum mihi eme. Aliud est, si mandavero tibi, ut negotia mea, prout volueris, geras: hic enim mandatum valet et bonam fidem mandatarii exigit, ut dig. 60 discas. Et ratio manifesta est. Nam si tibi dixerō, quemlibet fundum mihi eme, ab initio res vel corpus, ad quam quodve mandatum pertinet, incerta sunt: sin autem dixerō, negotia mea, prout volueris, gere, res, ad quam mandatum spectat, statim certa est, administratio autem ab arbitrio mandatarii pendet. Praeterea aliud est, si non dixi, quemcunque, sed, qualem volueris fundum, mihi eme: tunc enim mandare ei videor, ut boni viri arbitratu fundum emat.*

virī arbitratus. Por ello, afirma Donatuti³², la remisión, aunque tácita, al *arbitrium boni viri* del mandatario fue una condición necesaria y suficiente para que el *mandatum incertum* fuese obligatorio. Consecuentemente, si el mandatario obra como un *vir bonus* se reconocerá aquel mandato en el que el mandante difiere la determinación de la acción al mandatario³³.

En definitiva, una vez aceptada la institución del *mandatum incertum*, apoyado en Bas. 14.1.46 (= D.17.1.46), dice Donatuti³⁴ que la certeza de la declaración del mandante dejó de ser un requisito del contrato de mandato, y se estableció como límite del *arbitrium boni viri* del mandatario el interés del mandante. Conviene no olvidar que la remisión de la determinación de la prestación al mandatario, también en época clásica se medía por el *arbitrium boni viri*³⁵. Frente a la postura interpolacionística de Donatuti, ratificada en parte por Scapini³⁶ y Randazzo³⁷, entre otros, se encuentra Longo³⁸ que aún aceptando que el texto no está exento de críticas formales, sustancialmente no puede considerársele alterado. Entiende Longo que el jurista Paulo, opinión a la que nos sumamos, una vez que resolvió el caso práctico, tuvo ocasión de exponer la regla formulando un principio teórico que le permitía distinguir entre *mandatum certum* y *mandatum incertum*. Esta contraposición, a juicio de Arangio-Ruiz³⁹, no era desconocida por la jurisprudencia clásica, quien hizo un uso oscilante de los dos adjetivos, por ej., *stipulatio certi* o *incerti*, *intentio certa* o *incerta*, *condemnatio certa* o *incerta*, *actio certa* o *incerta*, *condictio certi* o *incerti*, *dies certus* o *incertus*, *obligatio certa* o *incerta*, etc.

Para Longo la actual redacción es el resultado de una reducción del texto original, lo cual obligaba a ciertas modificaciones de forma, en el que el jurista apuntaba los requisitos de validez del mandato incierto. Además, los textos de las Basilicas que aporta Donatuti para demostrar las alteraciones del párf. 46,

32 DONATUTI, *Mandato incerto*, cit., p. 184.

33 Bas. 14.1.2 (= D.17.1.2) Scolio 2.

34 DONATUTI, *Mandato incerto*, cit., p. 185.

35 ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., p. 114.

36 SCAPINI, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, cit., p. 1200 ss.

37 RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, cit., p. 187 ss.

38 LONGO, *Sul mandato incerto*, en *Scritti in onore di C. Ferrini*, vol. 2, cit., p. 141.

39 ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., p. 112.

ninguno tiene relación directa con el texto afectado; y más destacable aún es que no presenta ningún texto paralelo entre D.17.1.46 y las Basilicas. El otro texto que ha servido de fundamento en la polémica doctrinal ha sido D. 17.1.35 (*Nerat. 5 membran.*).

D.17.1.35 (Nerat. 5 membr.).- Si fundum, qui ex parte tuus est, mandavi tibi ut emeris mihi, verum est mandatum posse ita consistere, ut mihi ceteris partibus redemptis etiam tuam partem praestare debeas. Sed si quidem certo pretio emendas eas mandaverim, quanticumque aliorum partes redemeris, sic et tua pars coartabitur, ut non abundet mandati quantitatem, in quam tibi emendum totum mandavi: sin autem nullo certo pretio constituto emere tibi mandaverim tuque ex diversis pretiis partes ceterorum redemeris, et tuam partem viri boni arbitrato aestimato pretio dari oportet.

En este texto se admite con meridiana evidencia la figura del *mandatum incertum*. Se trata de un supuesto en el que el mandante encarga al mandatario la adquisición de un fundo, en el que una parte era del propio mandatario. Lo que el mandante pretende es la adquisición de un fundo que se halla en régimen de copropiedad⁴⁰, encargándose al mandatario gestionar dicha compra a todos y cada uno de los restantes *socii*, de tal forma que, una vez que se haya concluido la gestión, entregue todo el fundo, incluida su parte, al mandante⁴¹.

Neracio resuelve el caso planteando una doble hipótesis, cuyo resultado dependerá de si el mandante estableció o no el precio global que está dispuesto a pagar por todo el fundo. Así, si hubiera ordenado adquirir todas las partes (cuotas) que conforman el fundo por un cierto precio, es decir, un precio máximo, la parte del mandante se verá reducida en su precio teniendo en cuenta el pagado por las demás partes, a fin, dice el jurista, de que no sobrepase aquella cantidad del mandato por la que se mandó comprar el fundo. En la segunda

40 Entendemos que se habla de un fundo como unidad y la referencia a partes es en concepto de parte intelectual, es decir, cuota, y no de parte física. *Vid.*, MURILLO, A., *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, Madrid, 2000.

41 Sobre el mandato de compra de cosa en régimen de copropiedad, hecho a uno de los copropietarios, *vid.*, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca del mandato de comprar cosa que es en parte propiedad del mandatario*, *cit.*, p. 141 ss. y más recientemente KLINGENBERG, G., *Das mandatum zum Kauf eines fundus communis*, en *Mélanges de droit romain offerts à W. Wolodkiewicz* I, Varsovia, 2000, p. 365 ss.

hipótesis, es decir, cuando se manda comprar el fundo pero sin señalar un precio determinado, y el mandante hubiera comprado las partes (cuotas) de los demás en diversos precios, la estimación de la parte del mandatario, dice Neracio, se determinará conforme al criterio del *arbitrium boni viri*⁴².

Dejando a un lado la polémica a propósito de si el anterior texto se halla alterado o no por los compiladores bizantinos, lo más cierto es que la figura del mandato *incertum* fue reconocida y regulada. Otra cosa es que fuera en época clásica; en nuestra opinión no es descartable, pero con la escasez de textos de que disponemos es difícil responder afirmativamente. Defienden su alteración compilatoria Albertario⁴³ y Donatuti⁴⁴, desde *sed* hasta *oportet*, por razones de carácter formal. No obstante, Scapini⁴⁵ cree que el texto contiene un núcleo sustancialmente genuino, lo que no quiere decir que el *mandatum incertum* sea de factura clásica. Sin embargo, Longo⁴⁶, apoyándose precisamente en este texto, defiende la clasicidad del *mandatum incertum*.

Parte de la doctrina⁴⁷ ha utilizado C.5.13.1.5 para ratificar que el *mandatum incertum* es de origen bizantino.

C.5.13.1.5: Imperator Justinianus.- ... Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio satis esse nobis videtur idonea. Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitates, utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc quod utiliter impensum est observari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio (a. 530 d.C.).

42 Esta parte final está alterada por los compiladores justinianos. *Vid.*, GREINER, R., *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973, p. 95 ss., pero no para LONGO, *Diritto romano. Diritto delle obbligazioni*, vol. II. Parte speciale, cit., p. 241 ss.

43 ALBERTARIO, *Contributi alla critica del Digesto*, cit., p. 42.

44 DONATUTI, *Mandato incerto*, cit., p.189.

45 SCAPINI, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, cit., p. 1212 ss.

46 LONGO, *Sul mandato incerto*, en *Scritti in onore di C. Ferrini*, vol. 2, cit., p. 142.

47 DONATUTI, *Mandato incerto*, cit., p.192 ss.; SCAPINI, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, cit., p.1220; CAMACHO, *El mandatum incertum*, cit., p. 139.

Este texto forma parte de una constitución única recogida en el título 5, 13, en la que se abordan los problemas relativos a la restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio y el reembolso al marido por los gastos útiles. La doctrina dominante, apoyándose en este fragmento, defiende la existencia de un requisito subjetivo tanto en derecho clásico como en derecho posclásico prejustiniano. En ambas épocas fue requerida la *voluntas mulieris* para todo gasto útil hecho por el marido; sin embargo, Justiniano para favorecer al marido, cuando faltase dicho requisito subjetivo, le concedió la *actio negotiorum gestorum*.

Con la expresión “*si quidem voluntas mulieris intercedat*”, se advierte que aquella regla clásica, según la cual el mandatario quedaba vinculado por la voluntad declarada del mandante, ahora se puede entender en un sentido más amplio, en un sentido que se refiere a la más genérica *voluntas*, en todo caso presumible. En realidad, lo que pretenden demostrar los citados romanistas, es que en época clásica la *voluntas* tenía que ser declarada expresamente, de tal modo que bien el marido a la hora de gastar de los bienes dotaes bien el mandatario a la hora de concluir la actividad encomendada, debían seguir expresamente las indicaciones bien de la mujer bien del mandante. En cambio, partiendo de C.5.13.1.5, entienden que ahora la *voluntas* del mandante es, en todo caso, presumible y no sólo aquella declarada. Pues bien, en esta modificación justiniana se basan para afirmar que el *mandatum incertum* fue configurado en época bizantina.

En nuestra opinión, C.5.13.1.5 no puede servir para justificar la figura del *mandatum incertum* por un cambio en los criterios de interpretación de la *voluntas*. Justiniano, dice Guizzi⁴⁸, se refiere exactamente, en el mencionado texto, a la situación clásica y posclásica prejustiniana, sobre todo porque el emperador no podía tener ningún interés en eliminar de los textos clásicos la mención de la *voluntas mulieris*. Ello significa que el marido para requerir a la esposa una compensación por los gastos útiles debía hacerlo con su consentimiento. El mismo Longo⁴⁹, al comentar la tesis de Donatuti, considera que no debe confundirse la creación del *mandatum incertum* con la teoría de la voluntad, y excluye cualquier posibilidad de que las modificaciones en un campo puedan influenciar al otro y viceversa. En definitiva, nos parece que Donatuti quiso aplicar al *mandatum incertum*

48 Vid., GUIZZI, F., *La restituzione della dote e le spese utili*, en *Labeo* 3, 1957, p. 248 ss.

49 LONGO, *Diritto romano. Diritto delle obbligazioni*, vol. II. *Parte speciale*, cit., p. 239 ss.

sus conocimientos de la teoría de la voluntad⁵⁰, simplemente porque entendía que para Justiniano en C.5.13.1.5 *voluntas mulieris* significaba mandato.

Si hubiera que admitir en C.5.13.1.5 la figura del mandato, consideramos que no sería tanto un supuesto de *mandatum incertum* como de mandato tácito. Que Justiniano conceda al marido la *actio negotiorum gestorum*, no parece una prueba evidente de la admisión del *mandatum incertum*. Más bien parece un recurso para justificar la disminución en la restitución de la dote por los gastos útiles que le hubiera ocasionado al marido. Si tenemos en cuenta la idea bizantina de que el marido en la práctica no pasa de ser un usufructuario, mero administrador, de la dote y lo ponemos en relación con la expresión “*si quidem voluntas mulieris intercedat*”, que desde luego apunta una cierta admisión de la mujer de los actos de administración del marido, resulta difícil deducir conexiones con un mandato, en el sentido de existencia o inexistencia de instrucciones del mandante; de ahí que ese cierto consentimiento de la mujer Justiniano lo recubra con la *actio negotiorum gestorum*.

Como sabemos, la recepción se ha producido sobre la base del Digesto, en donde se reproduce fielmente el derecho justiniano; cuestión distinta es si este derecho es clásico o no, pero, sí que lo es el analizar la proyección histórica del instituto a partir de los datos recogidos en el *Corpus iuris civilis*. El *mandatum incertum* o indeterminado no es ni más ni menos que un mandato normal, al que le faltan unas instrucciones precisas dadas por el mandante al mandatario, en las cuales debieran haberse establecido los criterios por los que ha de regirse en la ejecución de la gestión. El *mandatum incertum* es un mandato normal pero con objeto indeterminado.

El contrato de mandato, como fuente de obligaciones, requiere que la prestación, es decir, el comportamiento del deudor, en este caso del mandatario, esté perfectamente determinado o por lo menos que sea determinable. Ya lo hemos dicho, en el *mandatum incertum* la prestación no está determinada, lo cual no impide que al menos sea determinable. ¿Quién habrá de determinar el contenido de la prestación, es decir, el objeto del mandato? Evidentemente, el mandatario. ¿Con que criterios? La respuesta a esta cuestión no puede ser única, pues dependerá de la gestión encomendada, cuyo cumplimiento podrá depender del mandatario

50 Vid., DONATUTI, G., *Dal regime dei verba al regime della voluntas*, en BIDR, 34, 1925, p.185 ss., también en Studi di diritto romano, Milano, 1976, p. 209 ss.

(criterio subjetivo) o de un tercero, o de unos criterios más o menos generales dados por el mandante.

Todos aquellos supuestos en los que se deja al mandatario un cierto margen de discrecionalidad convierten el mandato en un *mandatum incertum*. Pueden servir de ejemplo los clásicos de “*compra el fundo Corneliano al mejor precio que puedas obtener*”; “*compra un fundo que presente unas determinadas características*”; “*compra un esclavo*”, etc. Todos ellos son supuestos en los que la decisión final depende del mandatario, quien habrá de concluir la gestión aún sin contar con las exactas instrucciones del mandante.

Para Scapini⁵¹ los mandatos así concebidos no puede decirse que sean objetivamente indeterminados, porque la actividad del mandatario no se habría dejado a su determinación sino que presentaba ciertos límites, (mejor precio, ciertas características, que el precio no exceda de una cuantía), expresamente declarados por el mandante y susceptibles de valoración conforme a la *bona fides*. No podemos compartir esta opinión de Scapini porque la diferencia entre un *mandatum certum* y un *mandatum incertum* reside precisamente en la conclusión de la gestión. Por ello si el mandante ha dado todas las instrucciones que la gestión requiere —*mandatum certum*—, el mandatario es un mero ejecutor, sin ninguna posibilidad de maniobrar a la hora de concluir la gestión encomendada. Por el contrario, si el mandatario puede negociar el precio con el vendedor del fundo Corneliano, poner condiciones u otras cláusulas que puedan surgir en el proceso negociador, es evidente que nos hallamos ante un *mandatum incertum*. Si el decidir las características del fundo: extensión, situación, calidad del terreno, tipología de cultivo al que está dedicado, lo hace el mandatario, es obvio, nuevamente, que se trata de un *mandatum incertum*. Si el elegir entre un esclavo u otro, o entre varios, sin ninguna instrucción, salvo, por ejemplo, que el dueño lo quiera para dedicarlo a la enseñanza de sus hijos, una vez más la concreción dependerá del mandatario, por lo tanto, estamos ante un *mandatum incertum*.

En definitiva, no entendemos como Scapini pretende convencer de que el *mandatum incertum* no es una figura clásica tomando como punto de referencia las comentadas argumentaciones. El mismo autor⁵², siguiendo a Donatuti, manifiesta que en la compilación justiniana el *mandatum incertum* adquiere un signifi-

51 SCAPINI, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, cit., p. 1224.

52 SCAPINI, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, cit., p. 1225.

cado distinto, derivado del *mandatum plurium causarum* clásico, por cuanto se considera como válida *causa obligationis* la especificación del objeto, teniendo en cuenta el *arbitrium boni viri* del mismo mandatario. No obstante, para Grosso⁵³, en el contrato de mandato el *arbitrium boni viri* pierde solidez como criterio de determinación del objeto, por convertirse en regla del modo de proceder del mandatario al determinar el objeto.

En caso de absoluta indeterminación de la prestación debida no surgiría la obligación, al igual que sucede en los casos de imposibilidad de ejecución del encargo; sin embargo, cuando al mandatario se le permite una esfera más o menos amplia de discrecionalidad en la ejecución de la gestión, es obvio que nos hallamos con un *mandatum incertum*, en el que ambas partes podrán exigirse responsabilidades. Un ejemplo muy elocuente de lo que acabamos de afirmar lo encontramos en el siguiente texto de Paulo.

D.17.1.3.1 (Paul. 32 ad ed.) Et quidem si mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emereres, nec de pretio quicquam statui tuque emisti, utrimque actio nascitur.

Comenta Paulo que la condición del mandante no puede nunca empeorarse y a continuación añade que, si ciertamente hubiera mandado al mandatario que le comprara alguna cosa sin haber establecido nada acerca del precio y, sin embargo, la cosa fuere comprada, nace acción para ambas partes⁵⁴. Este mandato, del tipo *mea gratia*, ha sido estudiado por parte de la doctrina como ejemplo de exceso de mandato, sin embargo, compartimos la opinión de Longo⁵⁵ de que este texto sirve para designar un mandato incierto. Si ponemos en relación el caso visto en D.17.1.35 con éste de D.17.1.3.1 se observa que en ninguno de los dos se ha fijado ningún precio cierto (*nullo certo pretio*); por tanto, si en el primer supuesto nadie ha puesto en duda que nos hallamos ante un caso de *mandatum*

53 GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, 3ª ed., Torino, 1966, p. 141.

54 A este texto se le reconoce universalmente como genuino: WATSON, A., *Contract of mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, p.95 ss.; CHOE, B.J., *Die Schuldkontroverse bei Überschreitung des Auftrags zum Grundstückskauf*, en *Mandatum und Verwandtes*, Berlin/Heidelberg, 1993, p. 125.

55 LONGO, *Sul mandato incerto*, en *Scritti in onore di C. Ferrini*, vol. 2, *cit.*, p. 142.

incertum, tampoco encontramos razones para que este segundo supuesto no lo sea.

La determinación del contenido de la prestación, en caso de *mandatum incertum*, también puede tener carácter objetivo, bien atendiendo a un hecho cierto o bien a una circunstancia que tenga tal carácter, como pudiera ser que el precio fuera el dinero que tengo en tal o cual cuenta, o el precio de mercado en tal fecha. Sería una determinación *per relationem*. La determinación también podría hacerse remitiendo la decisión final a la voluntad de un tercero (*arbitrium boni viri*), criterio que, como hemos visto, también se utiliza cuando la decisión la adopta el propio mandante (D.17.1.35). En consecuencia, la determinación de la prestación en el contrato de mandato, especialmente en el *mandatum incertum*, supone un poder discrecional tan amplio que implica un modelo de comportamiento en el mandatario; ello se debe a que el mandante le confía la gestión de su negocio porque normalmente le conoce su forma de actuar. Evidentemente, la discrecionalidad no puede ser tan amplia que suponga un encargo absolutamente impreciso e indeterminado, como es el recogido en D.17.1.48.2 (*Cels. 7 dig.*)⁵⁶: “*si yo te mandase que me comprases un fundo cualquiera, ello está ya fuera del tipo de mandato*”, porque en tal caso no surge ninguna obligación.

Antes de proceder a estudiar el *mandatum incertum* en nuestro derecho patrio, con especial énfasis en el análisis y valoración de los artículos 1719 del C. Civil y artículos 254, 255 y siguientes del C. de Comercio, veamos el derecho intermedio a fin de poder conocer si se ha producido o no la recepción de la figura jurídica que nos ocupa desde el derecho romano hasta la actualidad. Como es obvio, el *mandatum incertum* surge cuando no existen instrucciones del mandante al mandatario, frente a lo que sucede en los denominados mandatos ciertos.

Desde un punto de vista teórico, sí se puede diferenciar entre *mandatum certum* y *mandatum incertum*, lo cual no significa que, admitida la posibilidad legal de encontrarnos con mandatos sin instrucciones, el ordenamiento jurídico le vaya a negar la protección jurídica pertinente. Ahora bien, que haya una regulación expresa sobre el *mandatum incertum* no es lo razonable, porque ello podría conducir a que en un número de casos superior al deseable, en razón de la confianza

56 D.17.1.48.2 (*Cels. 7 dig.*).- *Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas.*

que une al mandante con el mandatario, se pudiera dejar el cumplimiento del encargo a la voluntad de éste último, lo cual podría conducir a unos resultados absolutamente imprevisibles. En consecuencia, ni en Roma, ni en el derecho intermedio, ni en la actualidad vamos a encontrar una regulación expresa del *mandatum incertum*. Ello no significa que de facto el supuesto no pueda presentarse, en cuyo caso será necesario buscar soluciones jurídicas, aquellas que hemos visto surgieron en Roma, se aplicaron en el derecho histórico español, y por supuesto, se aplican en la actualidad.

La ausencia de instrucciones del mandante genera lo que denominamos un *mandatum incertum*, pero esa ausencia se refiere al modo de cumplir el encargo no al encargo en sí. Ello significa que el incumplimiento o inobservancia del encargo hace que el mandante pueda exigir responsabilidades al mandatario; esta circunstancia nos aproxima a los supuestos de responsabilidad por exceso de mandato, si bien ya dijimos que son cuestiones que no deben confundirse. La distinción entre “límites del mandato” (exceso de mandato) e “instrucciones del mandante” en teoría son fácilmente distinguibles. Los límites se refieren al objeto del mandante, es decir, al negocio que se encarga; las instrucciones, en cambio, se refieren a las modalidades accesorias del negocio. A pesar de todo, el tema es muy debatido en la doctrina y frente a quienes lo ven perfectamente diferenciado se hallan quienes lo consideran sinónimos. En definitiva, el mandatario va a responder tanto en los casos en que el mandante le haya dado unas instrucciones imperativas, si éstas no son cumplidas a plena satisfacción de aquél, como en los casos en que careciendo de instrucciones el mandatario intenta suplir la voluntad del mandante con su propia voluntad.

Nuestras fuentes históricas no dedican expresamente ningún título al contrato de mandato. Eso sí, lo enmascaran bajo la figura del personero: Fuero Juzgo 2,3 y Fuero Real 1,10 o dentro del título de las fiaduras: Partidas 5,12. Hasta el Proyecto de Código civil de 1851, en su artículo 1610, no se reguló, salvo error por nuestra parte, cómo debía actuarse en aquellos supuestos de contratos de mandato en los que no hubiera instrucciones fehacientes del mandante. La solución nos la brinda Benito Gutiérrez, quien dice que nos hallamos ante una de las muchas instituciones que se rigieron por la fuerza de la costumbre⁵⁷; es decir,

57 GUTIÉRREZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, 1ª ed., tomo 4º, Madrid, 1869, p. 501.

si la base que sustenta este contrato es la confianza, más le valdría al mandatario cumplir lo que sin estar obligado aceptó, que incumplir.

En este orden de ideas es como debe interpretarse que en las Leyes de Partidas no se halle mención expresa al *mandatum incertum*; sin embargo, no resulta difícil intuir que en aquellos supuestos de evidente ausencia de instrucciones, todo, absolutamente todo, gira en torno al comportamiento discrecional del mandatario.

P.5.12.21.- De la cosa que manda fazer alguno, a pro de otro tercero tan solamente, o a pro de si, e de otro.

Mandando un ome a otro fazer alguna cosa, que non fuesse a pro de aquel que lo mando, nin de el que recibio el mandado, mas de otro tercero,... E esto seria como si dixesse: Mandote, que recibas las cosas que ha fulan en tal lugar; o que le compres, o que le bagas tal cosa diziéndolas señaladamente, o que entre fiador por el; o le mandasse fazer otra cosa semejante destas. Ca, si aquel a quien mandan fazer esto, recibiesse el mandado, por fazer gracia, e amor aquel que gelo manda, deve-se trabajar de cumplirlo, quanto pudiere bien e lealmente... Quando manda fazer un ome a otro alguna cosa, por pro de si mismo, e de otro tercero alguno... Si aquel a quien mando fazer esto, recibe el mandado, tenuto es de lo cumplir bien e lealmente.

El código alfonsino, fiel a sus precedentes romanos, recoge las cinco maneras en que puede constituirse un contrato de mandato: *mandatum mea gratia*⁵⁸; *mandatum aliena gratia*⁵⁹; *mandatum mea et aliena gratia*⁶⁰; *mandatum tua et aliena gratia*⁶¹ y *mandatum tua gratia*⁶². Pues bien, tanto en los supuestos de *mandatum aliena gratia* como en los de *mandatum mea et aliena gratia* se le indica al mandatario que lo que se le encargue deberá hacerlo “bien e lealmente”. Podríamos decir que es la forma castellana de interpretar el viejo principio romano del *arbitrium boni viri*. Tanto el principio romano, *arbitrium boni viri*, como el principio alfonsino, “bien e lealmente”, afectan al mandatario en su recto proceder; ambos tratan de

58 P.5.12.20.

59 P.5.12.21.

60 P.5.12.22.

61 P.5.12.21.

62 P.5.12.22 y 23.

acotar la discrecionalidad excesiva en que pudiera incurrir el mandatario al llevar a cabo el encargo encomendado. Es cierto que nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados, pero no lo es menos que desembocarán en el más preciso, aún dentro de la vaguedad, de “*buen padre de familia*” plasmado en nuestro Código civil artículo 1719.

En P.5.12.24 “*En que manera deve ser fecho el mandado*”, se indica que los contratos de mandato pueden ser hechos de muchas maneras; sin embargo, no se precisa nada a propósito del *mandatum incertum*, pero deja entrever que los mandatos tienen que ser hechos con palabras precisas y claras. Destaca extraordinariamente la importancia que tiene la intencionalidad del mandante a la hora de querer obligarse. Lo importante es que en P.5.12.24 no se rechaza la constitución de contratos de mandato indeterminados, pues el mandante, se afirma en dicha ley, quedará obligado de cualquier manera que aparezca que quiso obligarse⁶³.

Como antecedente inmediato de la actual regulación española, plasmada en el artículo 1719 del Código civil, tenemos el artículo 1610 del Proyecto de Código civil de 1851, cuya redacción no varió absolutamente nada respecto de la actual.

Art. 1719.- En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante.

A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia.

Merece destacarse que las palabras “*a falta de ellas*”, se entiende de las instrucciones, significan la tácita aceptación de la validez del *mandatum incertum*. No nos dice el legislador que cuando falten las instrucciones el contrato de mandato será nulo, no; dice que si no existieran instrucciones del mandante, el mandatario deberá aplicar la solución que, conforme a la naturaleza del negocio, un buen

63 P.5.12.24.-“... Por qualquier de tales palabras como estas, o por otras semejantes dellas, por que se puede entender, que el que faze el mandamiento, lo faze con entencion de se obligar, vale el mandamiento, e finca por ello obligado el mandador, a aquel que recibe el mandado. E si por aventura, alguno, después que oviesse fecho el mandamiento por tales palabras como estas que de suso diximos, quisiere dezir, que lo non fiziera con entencion de obligarse, non deve ser oydo. Fueras ende, si pudiere provar, por aquellos ante quien fue fecho, que assi es, como el dizge, que non lo fizo con entencion de obligarse, mas de otra manera; lo que seria grave de provar”.

padre de familia hubiera adoptado. Ello significa, creemos, que si efectivamente el mandante consiguiera demostrar que el mandatario no ha obrado como lo hubiera hecho un buen padre de familia, podrá exigirle la pertinente responsabilidad. En caso contrario, si el mandatario ha obrado como lo hubiera hecho un buen padre de familia, podrá exigirle al mandante la responsabilidad que le compete como ordenante de una determinada gestión.

Según Benito Gutiérrez⁶⁴, si el mandato hecho por el mandante no prescribe al mandatario reglas precisas y determinadas para la gestión, sus facultades tienen por único límite su prudencia y su buena fe: investido de una libertad que descansa sobre la confianza, debe procurar el beneficio del mandante con la diligencia de un buen padre de familia. Para García Goyena⁶⁵ nuestro artículo recoge con claridad y concisión lo bueno de otros códigos civiles europeos coetáneos. Así se explica que en primer lugar aparezcan las instrucciones del mandante, porque el mandatario obra en su nombre y por poder suyo; en segundo lugar, si aquellas faltaran, se atenderá a la naturaleza del negocio combinada con la diligencia de un buen padre de familia. Según Domingo de Morató⁶⁶ el mandatario está obligado en defecto de instrucciones a desempeñar el negocio no sólo como lo exija su naturaleza sino también teniendo en cuenta el objeto del mismo negocio.

De lo anterior puede colegirse que el artículo 1719 establece un orden de prelación de la conducta que el mandatario debe observar. Evidentemente no recoge el primer orden, que es el de ajustar su conducta a los términos concretos del mandato. Esto supondría que el mandato es imperativo y, por lo tanto, no dejaría el menor resquicio al ejercicio discrecional del mandatario; estaríamos, pues, ante un mandato en el que se recogerían todas las cualidades y características del negocio encargado, de las cuales no podrá salirse dicho mandatario. Sí recoge el artículo 1719 las que podríamos denominar conductas a seguir en ausencia de un mandato expreso. Así, en el mencionado orden de prelación, en segundo

64 GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre derecho civil español. Tratado de las obligaciones, tomo 4º, cit.*, p. 510

65 GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, tomo II*, reimpresión, Zaragoza, 1974, p. 842.

66 DOMINGO DE MORATÓ, D.R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano*, tomo II, 2ª ed., Valladolid, 1877, reimpresión, Pamplona, 2002, p. 462.

lugar, dice Martín-Retortillo⁶⁷, el mandatario debe observar las instrucciones del mandante, que unas veces serán complemento y otras suplirán al propio mandato, y, en tercer lugar, a falta de ellas, conforme a la naturaleza del negocio encomendado observará la conducta de un buen padre de familia. La terminología empleada en este artículo, dice Álvarez Caperochipi⁶⁸, es algo rancia, y apenas la utiliza ya el Tribunal Supremo. Entiende como más adecuada la terminología recogida en otros artículos en relación con los deberes de conducta, los cuales pueden resumirse en dos, lealtad y diligencia: “art. 1714 C.c. “no traspasar los límites”; art. 1718 C.c. “terminar el negocio comenzado”; art. 1720 C.c. y 260 C. com. “dar cuenta de sus operaciones”; art. 1727 C.c. “cumplir las instrucciones del mandante”; art. 1733 C.c. “a la devolución del documento en que conste el mandato”, “deber de consulta”, 255 y 258 C. com., etc.”

Sin embargo, nos preguntamos, ¿que habrá de entenderse por instrucciones? Entendemos que son aquellas que le haya dado expresamente el mandante; puede suceder que no le haya dado ninguna, en ese caso el mandatario deberá suplir la voluntad del mandante; puede ser que las instrucciones que haya dado el mandante fueran insuficientes, en este caso sucede exactamente lo mismo, el mandatario deberá imaginar cual era la voluntad del mandante. Como dicen Martín-Retortillo⁶⁹ y Bonet Ramón⁷⁰ las instrucciones han de interpretarse según la presumible voluntad del mandante y según los usos del tráfico. Lo dicho se refiere al primer inciso del art. 1719, pero el problema surge cuando se carece absolutamente de instrucciones. Entonces es cuando entra en funcionamiento el segundo inciso: se concluirá el negocio como lo haría un buen padre de familia.

Con el art. 1719 el legislador se ha limitado a indicar al mandatario que se las arregle con las instrucciones, muchas, pocas, alguna o ninguna, que le haya podido dar el mandante. Es decir, que interpretar la expresión “*instrucciones del mandante*” crea muchos problemas, sobre todo de índole económica, cuando la gestión

67 MARTÍN-RETORTILLO, C., *Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante*, en Revista de Derecho Privado, 37, 1953, p. 734.

68 ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *El mandato y la comisión mercantil*, Granada, 1997, p. 189.

69 MARTÍN-RETORTILLO, *loc. ult. cit.*

70 BONET RAMÓN, F., *Código civil comentado con sus apéndices forales*, 2ª ed., Madrid, 1964, p. 1356.

encomendada exige participar en el mundo de la contratación, donde los precios varían a una gran velocidad. Ello sin olvidar que las instrucciones del mandante son parte del mandato y que salirse de ellas sería extralimitarse, como prescriben los arts. 1714 y 1715⁷¹. Así, pues, dice Martín-Retortillo⁷², las instrucciones son aquellas determinaciones posteriores complementarias del contrato que el mandante va comunicando a su sustituto, es decir, al mandatario, para que se atenga a ellas en la actuación encomendada. Estas instrucciones son como apéndices del contrato principal.

Ahora bien, si no se ha previsto nada en cuanto al modo de ejecución del mandato, el mandatario está obligado, conforme a la naturaleza del negocio, los usos y todas las circunstancias que rodean dicha ejecución, a actuar como si el negocio fuera suyo. Es decir, cuando el mandatario al intentar cumplir el mandato se encuentre sin instrucciones que le dirijan su actuación, deberá comportarse como un buen padre de familia. Otra cosa distinta es qué se entienda por un buen padre de familia; en estos casos, creemos, habrá de concretarse en una diligencia *in concreto*, es decir, la diligencia que pone en sus propios negocios. De todos modos, la situación ante la que se halla el mandatario es muy difícil: tiene que suplir la voluntad del mandante y para ello ha de interpretar dicha voluntad, ha de indagar cuál sea esa voluntad.

Nos encontramos, pues, como dice Álvarez Caperochipi, con que la función esencial del mandatario es la de ser un interprete autorizado de la voluntad del

71 No obstante, PÉREZ GONZÁLEZ, B., Y ALGUER, J., en sus notas como traductores a ENNECCERUS, L., *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, tomo II - 2º, vol. I, 3ª ed., Barcelona, 1966, p.602, entienden que aunque no esté prevista en el C. civil la posibilidad de apartarse de las instrucciones del mandante, no ven inconveniente en admitirlas en las condiciones que señala el texto (art. 1719) y que son, en lo esencial, las mismas que establece el articulado del C. com. Tal posibilidad puede defenderse porque es una consecuencia de la buena fe. En opinión de MARTÍN RETORTILLO, *Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante*, cit., p.735, la buena fe es un criterio decisivo y preferente para valorar la actuación del mandatario; es decir, es preferible atender al criterio subjetivo derivado del análisis de la conducta del mandatario que del meramente objetivo marcado por resultados económicos dependientes muchas veces de causas externas que implican resultados adversos.

72 MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante*, cit., p. 735.

mandante, lo cual supone reconocer al mandatario la más amplia disponibilidad del contenido del contrato⁷³. En definitiva, dice Martín-Retortillo, “el mandatario queda obligado a ejecutar el mandato conforme a las instrucciones del mandante, estimando que dichas instrucciones vienen a integrar dicho mandato, bien como constitutivo del propio contrato, o, lo que es más frecuente, como complemento y apéndice del mismo, debiendo obrar con diligencia y celo en el cumplimiento de esas normas adicionales para no incurrir en responsabilidad, no solamente civil, sino incluso de índole criminal”⁷⁴.

Habremos de entender, pues, que el mandante cuando encarga la gestión de un asunto propio a otro, no se desliga de él hasta que el mandatario le presente el resultado de aquella gestión. Decimos esto porque el interés gestionado es del mandante y, por lo tanto, le corresponde la dirección del asunto a lo largo de todo el tiempo que dure la gestión. En consecuencia, el mandatario no sólo ha de atenerse a las instrucciones iniciales que pueda darle el mandante, y después a falta de ellas suplir su voluntad, sino que requerirá a aquél cuantas veces sea necesario para informarle del desarrollo de la gestión e intercambiar todas las instrucciones que sean necesarias. Como dice Martínez de Aguirre⁷⁵ “ello significa que el mandatario tiene el deber de comunicar al mandante la marcha de sus gestiones y de consultarle, en demanda de nuevas instrucciones, cuando hubiere incidencias que lo hicieren necesario, deberes éstos que, aún no previstos expresamente en el Código civil se infieren de la naturaleza del mandato como relación de confianza”⁷⁶.

Las instrucciones se pueden recibir durante la constitución del contrato de mandato, separada, pero simultáneamente, en cualquier forma, o posteriormente a petición del mandatario, e incluso a propuesta del mandante, siempre que no agraven la posición del mandatario, en cuyo caso podrá renunciar a su compromiso, puesto que lo importante es concluir la gestión encomendada de la forma más satisfactoria posible para las partes. Las instrucciones recibidas des-

73 ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El mandato y la comisión mercantil*, cit., p. 25.

74 MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante*, cit., p. 736

75 DE PABLO CONTRERAS, P., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. et alii, *Curso de derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Madrid, 2000, p. 664.

76 *Id.*, STS. 20 de mayo de 1988.

pués de la ejecución del mandato es obvio que son ineficaces. Otro supuesto es aquel que apuntan Blanco y Roldán, que consiste en que el mandante también puede ordenar al mandatario que se ajuste a las instrucciones de un tercero interesado en la ejecución del mandato, en cuyo caso, si el mandatario se atiene a dichas instrucciones, no responderá ante el mandante por ese motivo⁷⁷. Frente al Código civil que no prevé la posibilidad de solicitar nuevas instrucciones al mandante, como acabamos de decir, el Código de Comercio sí que lo prevé expresamente en sus artículos 254, 255 y 260 al regular la comisión mercantil.

Art. 254 C. com.: El comisionista que en el desempeño de su encargo se sujete a las instrucciones recibidas del comitente, quedará exento de toda responsabilidad para con él.

Art. 255 C. com.: En lo no previsto y presente expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio.

Mas si estuviese autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio. En el caso de que un accidente no previsto hiciere, a juicio del comisionista, arriesgada o perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender el cumplimiento de la comisión, comunicando al comitente, por el medio más rápido posible, las causas que hayan motivado su conducta.

Art. 260 C. com.: El comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación, participándole por el correo del mismo día, o del siguiente, en que hubieren tenido lugar, los contratos que hubiere celebrado.

Ante todo, debemos empezar por realizar una precisión. El comisionista mercantil es un profesional remunerado⁷⁸ y, por tanto, una figura distinta de la del mandatario civil. A pesar de las analogías que existen entre el mandato civil y la comisión mercantil, presentan dos diferencias fundamentales: a) el mandato es gratuito, salvo pacto en contrario (art. 1771 C.c.) mientras que la comisión

77 BLANCO GIRALDO F. L., - ROLDÁN MONTAUD, F. J., *Código de Comercio, tomo II, artículos 116 al 572. Concordancias, Jurisprudencia y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Madrid, 1992, p.335.

78 Art. 277 Código de Comercio.- “El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de la comisión, salvo pacto en contrario. Faltando pacto expreso de la cuota, se fijará ésta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliere la comisión”.

es retribuida (art. 277 C. com.); b) la índole del servicio, encargo u operación que constituye su objeto será, en la comisión, necesariamente de carácter mercantil⁷⁹. Según el art. 254 C.com. cuando las instrucciones del comitente sean claras, precisas y se refieran a todo el asunto, si el comisionista se atiene a ellas no va a responder por nada; ahora bien, si el comisionista se aparta de las mencionadas instrucciones responderá por los daños y perjuicios que pueda ocasionar, no por no haber cumplido el encargo, sino por haber actuado de forma contraria a las instrucciones recibidas. “Consecuentemente, dice García Luengo⁸⁰, las instrucciones son el expediente técnico para asegurar que la prestación del comisionista responde a los intereses concretos del comitente, no obstante los obstáculos de tiempo y distancia”.

Cuando el comitente hace una disposición expresa, el comisionista no puede concluir ningún acto que sea contrario a dicha disposición, incluso aunque perjudique los intereses del comitente, como parece desprenderse del art. 256 C.com. cuando dice: “*en ningún caso podrá el comisionista proceder contra disposición expresa del comitente, quedando responsable de todos los daños y perjuicios que por hacerlo le ocasionare*”. Este precepto no dispone una consecuencia jurídica análoga a la que establece el art. 1124 del C.c., sino que limita su alcance a una indemnización por daños y perjuicios, lo que significa, dice García-Pita⁸¹, “que el contrato puede seguir siendo ejecutado en su plenitud, a satisfacción de ambas partes”.

Pero inmediatamente surge la pregunta: si la disposición no es expresa y clara, *mandatum dubium*, ¿podrá suplirla el comisionista?⁸². Si la naturaleza del negocio, según el artículo 255, permite realizar la consulta al comitente, el comisionista no podrá decidir por su cuenta. Pero, si careciendo de instrucciones expresas, fuere imposible realizar la consulta, el comisionista deberá actuar conforme le dicte la prudencia y el uso del comercio, como si el negocio fuera

79 URÍA, R., *Derecho mercantil*, 28ª ed., Madrid, 2001, p. 720. MENÉNDEZ, A., *et alii*, *Lecciones de derecho mercantil*, Madrid, 2003, p. 556.

80 GARCÍA LUENGO, R., *Contratos en distribución*, en *Contratos mercantiles*, A. Bercovitz (Director), 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2004, p.366.

81 GARCÍA-PITA, J.L., *La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez III*, Madrid, 1996, p. 2854.

82 Así lo formula SCAEVOLA, Q.M., *Código civil comentado y concordado*, tomo XXVI, vol. II, Madrid, 1951, p. 89.

propio⁸³. Como dice León Alonso, “obviamente con ello se consigue dotar a todo el proceso gestorio de una coherencia y utilidad superiores a las que puedan esperarse con la simple remisión del C. civil al estándar de la diligencia”⁸⁴. En definitiva, el Código de comercio obliga al comisionista (mandatario) a consultar cualquier gestión confusa al comitente, lo que demuestra, dice Camacho, el mayor rigor del Código de comercio respecto del Código civil⁸⁵.

Se retoma aquí aquella vieja división de la responsabilidad romana que distinguía entre *culpa leve in abstracto* y *culpa leve in concreto*, dependiendo de la diligencia que en cada caso se le exija al comisionista, inclinándose el legislador por la última a la hora de exigir responsabilidades. Se imputa, pues, al comisionista, dice Garrigues⁸⁶, la *culpa leve in concreto*, en lugar de medirla por la norma abstracta de la diligencia de un ordenado comerciante. Es más, según el mismo artículo 255, si el comisionista apreciar que la ejecución del negocio pudiera ser perjudicial para el comitente si se ejecutare conforme a sus instrucciones “*podrá suspender el cumplimiento de la comisión, comunicando al comitente, por el medio más rápido posible, las causas que hayan motivado su conducta*”⁸⁷; lo cual resulta acorde con lo establecido en el artículo 258, en donde se responsabiliza al comisionista de comportamientos más onerosos para el comitente: “*El comisionista que, sin autorización*

83 “Lamentablemente nuestro C. civil se halla muy lejos de apuntar soluciones análogas, aproximándose únicamente a ellas en los supuestos de mandatos no representativos en los que, por actuar el mandatario en su propio nombre, le impone una diligencia *in concreto*, como si el asunto fuera personal suyo, *quam suis*”, asevera LEÓN ALONSO, J. R., *Comentario del Código civil, tomo II, (Ministerio de Justicia)*, Madrid, 1991, p. 1550, lo mismo en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo XXI, vol. 2*, Madrid, 1986, p. 220. Para GARRIDO, J. M^a., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995, p. 112 n. 300, “la diferencia se explica fácilmente si se tiene en cuenta que la *distantia loci* figura como elemento condicionante del contrato de comisión, pero no del mandato”.

84 LEÓN ALONSO, *Comentario del Código civil, tomo II, (Ministerio de Justicia)*, cit., p. 1549; lo mismo en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo XXI, vol. 2*, cit., p. 220.

85 CAMACHO, *El mandatam incertum*, cit., p.145.

86 GARRIGUES, J., *Curso de derecho mercantil*, tomo II, 8^a ed., Madrid, 1983, p. 107. Sobre la diligencia *quam suis* y la del ordenado comerciante, vid., GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit., p.117 ss.

87 Aplicable por analogía al mandato civil en aquellos casos en que circunstancias sobrevenidas hagan perjudicial para el mandante cumplirlas que recibió. DÍEZ-PICAZO, L. -GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol. II, 9^a ed., Madrid, 2002, p. 423.

expresa del comitente, concertare una operación a precios o condiciones más onerosas que las corrientes en la plaza a la fecha en que se hizo, será responsable al comitente del perjuicio que por ello le haya irrogado". En definitiva, lo que pretende el código de comercio es proteger al comitente de la arbitrariedad y del abuso de las facultades del comisionista⁸⁸.

En conclusión, la trayectoria histórica del *mandatum incertum*, desde Roma hasta la actualidad, es la de una institución a la que se le otorga plena validez jurídica, por cuanto viene a suplir la defectuosa constitución de un mandato cierto al que le faltan las instrucciones necesarias para que el mandatario pueda concluir su gestión. Nunca a lo largo de la historia se ha anulado un contrato de mandato por carencia o escasez de instrucciones; muy al contrario, se le ha otorgado protección legal permitiendo que el mandatario supliera la voluntad del mandante.

En Roma la actividad del mandatario se ajustaba al *arbitrium boni viri*, en el derecho intermedio se le exigía que se comportara *bien e lealmente*, hasta que el Código civil exige que, conforme a la naturaleza del negocio, actúe como *un buen padre de familia*. Sin embargo, tuvo que ser en el Código de comercio donde, soslayando al mandato civil basado en la gratuidad y confianza de las partes, se incluyera el contrato de comisión convenientemente remunerado, lo cual obliga a precisar cómo ha de ser el comportamiento del comisionista cuando por las dificultades del tráfico mercantil no pueda recibir o consultar al comitente. Al comisionista se le exige que actúe con prudencia conforme al uso del comercio y cuidando del negocio como si fuera propio.

En derecho romano, obviamente, no se conoció la comisión mercantil como contrato retribuido, cuyo objeto es un acto u operación mercantil y en el que una o ambas partes son comerciantes, sino que se conoció el mandato como contrato basado en la mutua relación de confianza y gratuito, teniendo especial trascendencia las cualidades del mandatario y la diligencia que pone en sus propios asuntos. Pues bien, si se parte de las características propias de cada tipo de contrato, no debe extrañar que en los supuestos de ausencia o deficiencia de instrucciones, el Código de comercio sea mucho más exigente y riguroso respecto de la conclusión del negocio que el Código civil; ello explica que la comisión sea un mandato cualificado.

88 GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit., p. 115 ss.

