

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

Facultad de Derecho

Delegare, iubere, mandare.

Contrato de mandato y delegación en Derecho romano

Trabajo que presenta para la
obtención del Grado de Doctor el
licenciado José Luis Alonso
Rodríguez.

Director: Prof. Dr. D. Javier d'Ors Lois

Santiago 1996

PRIMERA PARTE. FUNDAMENTOS

CAPITULO 1. LA DELEGACION

I. *DELEGARE* Y *DELEGATIO*: ANALISIS TERMINOLOGICO

- §2 *Legare* y *delegare*: construcciones y acepciones
- §3 El doble significado de *delegare/delegatio*: *tubere solvere/promittere*; *mandare actionem*.
- §4 Empleo de *delegare* y *delegatio* en la jurisprudencia clásica.
- §5 Sentidos estricto y amplio
- §6 Conclusiones

II. CONCEPTO DE DELEGACION

- §7 El supuesto de hecho descrito en las fuentes
- §8 Concepto de delegación
- §9 El doble convenio causal en la delegación
- §10 Niveles y fases de la delegación

III. LA DOBLE ATRIBUCION PATRIMONIAL EN LA DELEGACION DE *TRADERE*

- §11 Atribución patrimonial de "valuta" y atribución patrimonial de "cobertura"
- §12 La *datio* delegante → delegatario
- §13 La *datio* virtual delegado → delegante
- §14 La "teoría" celsina del "doble traspaso de propiedad"

IV. LA DOBLE ATRIBUCION PATRIMONIAL EN LA DELEGACION DE *PROMETER*

- §15 El momento de perfección de la doble atribución patrimonial
- §16 Equivalencia de la *stipulatio* a una *datio* delegante → delegatario
- §17 La *condictio* delegante → delegatario
- §18 Equivalencia de la *stipulatio* a una *datio* delegado → delegante. La *condictio* "liberationis"
- §19 Recapitulación
- §20 La delegación novatoria

§21 Novación y doble atribución patrimonial

V. MODALIDADES DE DELEGACION

§22 Elementos esenciales y accidentales en la delegación

§23 La reducción del concepto de delegación a la (de prometer) novatoria: *Betti*§24 Otras modalidades de delegación testimoniadas por las fuentes: *transscriptio a persona in personam, dotis dictio*. La "delegación" mediante *litis contestatio*§25 Delegación mediante *acceptilatio*. El *adiectus solutionis causa*

VI. CONCLUSIONES

§26 Conclusiones

CAPITULO 2. EL PAPEL DEL CONTRATO DE MANDATO EN LA DELEGACION

I. TEORIAS PROPUESTAS

§27 Clasificación

II. HISTORIA DE LA CUESTION

§28 De la Escuela Culta a la Pandectística: la teoría del mandato doble

§29 v. Salpius. Críticas iniciales y difusión de su tesis

§30 Reticencias e intentos de vuelta al mandato. Rutsaert

§31 El rechazo de la tesis de Rutsaert. Las teorías "mixta" y de la "exclusión"

§32 La doctrina de los años 20 y 30

§33 La doctrina posterior: predominio de la teoría del "*iussum*"

§34 Voces discrepantes

§35 Cosentino

SEGUNDA PARTE. LA TEORIA DEL MANDATO SIMPLE

CAPITULO 3. LOS ARGUMENTOS

I. LAS FORMULACIONES DE LA TEORIA DEL MANDATO SIMPLE

- §36 Consecuencias de la teoría del mandato simple
- §37 Los argumentos de v. Salpius
- §38 La posición de Rutsaert: la delegación no consiste en un *iussum*
- §39 La formulación habitual: el *iussum* genera un contrato de mandato
- §40 Los argumentos exegeticos

II. EXCURSUS: EL IUSSUM

- §41 Consideraciones introductorias
- §42 Los términos: *iubere*, *iussum*, **iussus*, *iussio*
- §43 Usos de *iubere/iussum* en las fuentes jurídicas
- §44 El *iussum ad extra* del *paterfamilias*
- §45 "Autorización" y "Ermächtigung" en relación al *iussum ad extra* del *paterfamilias*
- §46 Consecuencias del *iussum*: *actio quod iussu* frente a responsabilidad civil
- §47 El sentido técnico de *iubere-iussum*
- §48 La *fideiussio*
- §49 El *iussum* del delegante: las concepciones de v. Salpius y Betti
- §50 El sustrato común al *iussum* del delegante y al de la *a. quod iussu*
- §51 La coexistencia, en el *iussum* del delegante, de los sentidos técnico y atécnico
- §52 "Autorización" y "Ermächtigung" en relación al *iussum* del delegante
- §53 El sentido técnico de *iubere-iussum*: recapitulación
- §54 El *iussum* "normativo". *Populus, princeps, praetor, senatus iubet*
- §55 *iubere* en las disposiciones de última voluntad
- §56 El *iussum* intrafamiliar
- §57 Conclusiones

III. *IUSSUM* Y *MANDATUM*

§58 El contrato de mandato y el *iussum* técnico

§59 El contrato de mandato y la acepción ordinaria de *iubere-iussum*

§60 Conclusiones en relación con la "teoría del mandato"

CAPITULO 4. LOS TEXTOS

§61 Introducción

I. COMPARACIONES Y EQUIPARACIONES: LA SUPUESTA APROXIMACION DE
IUSSUM Y *MANDATUM*

§62 Las opiniones de Pernice, Sautel y Valiño

§63 Los textos: Paul.4 *ad Plaut* -D.15,4,5,1; Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,2-3

II. LA "INDIFERENCIA TERMINOLOGICA" EN GENERAL

§64 El argumento de la "indiferencia terminológica"

§65 El significado de *mandare*

§66 El significado de *mandatum*

§67 Crítica preliminar a este argumento

a) *iubere* y *mandare* para las órdenes del *paterfamilias*

§68 Ulp.35 *ad ed.*-D.40,12,16,3; Ulp.6 *fideic.*-D.44,6,2; Afr.8 *quaest.*-D.21,1,51pr.

§69 Conclusión sobre estos textos

§70 Afr.7 *quaest.*-D.41,4,11; Ulp.57 *ad ed.*-D.47,10,11,4-5; Paul.1 *decret.*-D.14,5,8

§71 Ulp.8 *ad Sab.*-D.29,2,25; Paul.3 *sent.*-D.29,3,93

b) *iubere* y *mandare* en las disposiciones de última voluntad

§72 Disposiciones de última voluntad

c) *iubere* y *mandare* en relación a un acto ilícito

§73 Acto ilícito

d) Recapitulación

§74 Recapitulación

e) *iubere* y *mandare* en relación a la *ratihabittio*

§75 Planteamiento del problema: los textos

- §76 Interpretaciones de la máxima *rati habitio mandato comparatur*
 §77 Interpretación propuesta

III. LA "INDIFERENCIA TERMINOLOGICA" EN LA DELEGACION

- §78 Las réplicas al argumento de la "indiferencia terminológica" respecto de la delegación
 §79 Iul. 54 *dig.* -D. 46,3,34,3
 §80 Pap. 3 *resp.* -D. 12,6,57,1
 §81 Scaev. 29 *dig.* -D. 46,3,89,1
 §82 Ulp. 30 *ad Sab.* -D. 46,3,2,12
 §83 Ulp. 41 *ad Sab.* -D. 46,3,18
 §84 Paul. 32 *ad ed.* -D. 17,1,26,1
 §85 Ulp. 29 *ad ed.* -D. 15,1,3,6
 §86 Ulp. 76 *ad ed.* -D. 44,4,4,19
 §87 Paul. 62 *ad ed.* -D. 46,3,56
 §88 Pap. 8 *resp.* -D. 31,77,6
 §89 Iul. 54 *dig.* -D. 46,3,34,4
 §90 Paul. 2 *manual.* -D. 46,3,108
 §91 Conclusiones

IV. A. MANDATI SURGIDA DE UN IUSSUM

- §92 Planteamiento de la cuestión
 §93 Pomp. 11 *ad Sab.* -D. 13,6,13,2
 §94 Ulp. 31 *ad ed.* -D. 17,1,6,6
 §95 PS. 2,15,3
 §96 Ulp. 30 *ad ed.* -D. 16,3,1,14
 §97 Conclusiones

V. A. MANDATI EN SUPUESTOS DE DELEGACION

- §98 Introducción
 §99 Iul. 90 *dig.* -D. 46,1,18; Afr. 4 *quaest.* -D. 16,1,19,5
 §100 Iul. 36 *dig.* -D. 34,3,11
 §101 Gai. 9 *ad ed. prov.* -D. 17,1,27pr.
 §102 Pomp. 1 *sen. cons.* -D. 16,1,32,3
 §103 Ulp. 31 *ad ed.* -D. 17,1,12,5; Paul. 5 *ad Plaut.* -D. 17,1,45,4

§104 Ulp. 76 *ad ed.* -D. 39,5,19,3

§105 Ulp. 48 *ad Sab.* -D. 23,3,36;38

§106 Paul. 31 *ad ed.* -D. 46,2,12

§107 Recapitulación

VI. CONCLUSIONES

§108 Conclusiones respecto de la teoría del mandato simple

TERCERA PARTE. OTRAS TEORIAS

CAPITULO 5.

I. LA TEORIA DEL MANDATO DOBLE

§109 Inadmisibilidad de sus consecuencias

§110 Presupuestos dogmáticos de la teoría

§111 Los textos

II. LA TEORIA "MIXTA"

§112 Refutación de la hipótesis de Hubrecht

III. EL PAPEL DEL MANDATO SEGUN LA TEORIA DEL *IUSSUM*

§1.13 El mandato a nivel causal

§114 Panorama doctrinal

§115 Planteamientos previos

a) El negocio "C"

§116 Argumentos a favor. Textos: la orden de pagar a un procurador

§117 La legitimación pasiva para la *condictio* en los casos de ratificación del cobro de lo indebido por un procurador

§118 Conclusión respecto de los textos de §115

§119 El *mandare* implícito en el nombramiento de *procurator*

§120 El mandato de cobro específico

§121 Conclusiones respecto del negocio "C"

b) El negocio "B"

§122 Planteamientos previos

- §123 Ulp. 31 *ad ed.* -D. 17,1,12,5; Paul 5 *ad Plaut.* -D. 17,1,45,4
- §124 La *condictio* del mandante y del *ratum habens*
- §125 Ulp. 76 *ad ed.* -D. 39,5,19,3
- §126 Ulp. 31 *ad Sab.* -D. 23,3,5,1; Ulp. 31 *ad ed.* -D. 17,1,10,4
- c) La calificación de los negocios "B" y "C"
- §127 Diferencias respecto a la verdadera delegación
- §128 Las fuentes
- §129 Conclusión

CONCLUSIONES

Índice de fuentes

ABREVIATURAS Y SIGLAS ESPECIALES*

- BRUGI** BRUGI, v. *Delegazione (Diritto civile)*, en *Digesto Italiano IX 1* (Torino 1887-1898 = 1926) pp.701-727
- COSENTINO** COSENTINO, *Osservazioni in tema di "mandatum" e di "delegatio". Contributo alla dogmatica della delegazione di credito in Diritto romano*, en *BIDR.* 69(1966) 299-336
- ENDEMANN** ENDEMANN, *Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht* (Marburg 1959)
- GIDE** GIDE, *Études sur la Novation et le Transport des Créances en Droit romain* (Paris 1879)
- HAEBERLIN** HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen bei der Delegatio*, en *SZ.* 74(1957) 100-154
- HEUMANN-SECKEL** HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹ (Jena 1907 = ¹⁰Graz 1958)
- OxLD.** *Oxford Latin Dictionary* (Oxford, ab anno 1968)
- RE.** *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, neue Bearb. von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus, K. Ziegler (Stuttgart, München)
- RUTSAERT** RUTSAERT, *Étude sur la délégation en droit privé romain* (Bruxelles-Paris 1929)
- STURM** STURM, *Observations exégétiques sur Paul.D.46.2.12 (l.31 ad ed.)*, en *Studi in onore di E. Volterra I* (Milano 1971) pp.257-287
- SZ.** *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar)
- TALAMANCA** TALAMANCA, v. *Delegazione (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto XI* (Milano 1962) pp.918-924
- ThLL.** *Thesaurus Linguae Latinae. Editus auctoritate et consilio academiarum quinque germanicarum* (Lipsiae)

* Para las abreviaturas y siglas no incluidas en esta lista remitimos a las de *Index Operum ad ius romanum pertinentium* (MCMXI-MCMLXX) I (Ticini 1978) p.IX ss., y (MCMLXXI-MCMLXXX) I (Mediolani 1988) p.IX ss.

- V. SALPIUS V. SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischem Recht* (Berlin 1864)
- WENDT WENDT, *Das allgemeine Anweisungsrecht* (Jena 1895)
- WITTE WITTE, *Zur Lehre von der Stipulation, Novation, Delegation und Succession in obligatorischen Rechtsverhältnissen*, en *KVG* 8(1866) 169-212, 321-377
- ZGr. *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* (hgg. von Grünhut, Wien)

§1 Nuestro principal objetivo con este trabajo es determinar el papel que los clásicos conceden al contrato de mandato en la delegación. Aunque el problema fue más debatido en la Pandectística, y la moderna doctrina parece haber alcanzado un cierto consenso al respecto, un nuevo estudio resultaba, a nuestro juicio, necesario, porque ni la opinión hoy dominante (que no unánime) ni los esporádicos disensos vienen avalados por un examen detenido de los numerosos textos relevantes.

Sin perder de vista este objetivo último, nos hemos detenido, además, en dos cuestiones que, siendo necesarias para alcanzarlo, presentaban un interés especial en sí mismas:


a) En primer lugar, ¿qué hay que entender, a la vista de las fuentes, por delegación? La cuestión es naturalmente previa al problema del papel del mandato, por lo que la hemos afrontado antes incluso de introducir las distintas teorías acerca de éste.

b) Junto con el estudio de la delegación, también el del *iussum* -su pilar fundamental- y su relación con el mandato parecía conveniente, dada la escasez de aportaciones doctrinales sobre el tema. Por ello, lo hemos abordado, a modo de *excursus*, con una profundidad mayor de la que sería imprescindible para la solución del problema delegación-mandato.

En el estudio del *iussum*, como de la delegación, partimos de un análisis terminológico, dirigido a diferenciar las distintas acepciones en que los términos *tubere*, *iussum*, y *delegare*, *delegatio*, son empleados en las fuentes. Un análisis semejante, aunque de objetivos más modestos, se ha realizado también en relación con el empleo de *mandare* y *mandatum*. La aproximación terminológica, en la que hemos recurrido también ampliamente al material proporcionado por las fuentes literarias, no es sino la preparación para el estudio jurídico de la delegación, de la relación entre *iussum* y *mandatum*, y entre *delegatio* y *mandatum*. Este estudio ha sido enfocado, ante todo, como un estudio de textos. Puesto que los textos proceden, en su inmensa mayoría, del Digesto, y dado que el objeto de nuestra atención no es el Derecho justinianeo, sino el clásico, el método histórico-crítico ha guiado nuestra exégesis.

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTOS





CAPITULO I LA DELEGACION

I. DELEGARE Y DELEGATIO: ANALISIS TERMINOLOGICO

§2 El verbo *delegare*, que encontramos por primera vez en Plauto¹, proviene -como se admite sin discusión²- de *legare*. *Legare* deriva de *lex* y aparece originariamente con el significado de "eine gesetzliche Verfügung treffen"³, es decir, referido a una declaración de voluntad que vincula, como *lex privata*, a sus destinatarios⁴. Esta idea se encuentra especialmente en el derecho hereditario, donde *legare* significa "adoptar una disposición testamentaria"; así, en la conocida cita de Doce Tablas (V 3): *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*⁵. En esta acepción primigenia, *legare* es un verbo intransitivo⁶. Con el tiempo, su sentido cambió al convertirse en transitivo, con dos construcciones:

a) Con acusativo de cosa *-legare aliquid alicui-*, significa alguna vez "déléguer à quelqu'un la charge de faire quelque chose"⁷ (en este caso *alicui* es el gravado con la tarea); pero, más ordinariamente, "favorecer a alguien en testamento con un bien"⁸ (en cuyo caso *alicui* es el favorecido⁹).

¹ Plaut. *Amph.* 67 y 83.

² Cfr. *Th[esaurus] L[inguae] L[atinae] V 1* (Lipsiae 1910) col.430, s.v. *delego*, WALDE-HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch I*³ (Heidelberg 1938) p.779, s.v. *lego*; ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire Étymologique de la langue latine*⁴ (Paris 1959) p.350, s.v. *lego*.

³ Cfr. WALDE-HOFFMANN, l.c.

⁴ Sobre el parentesco entre *lex* y *legare* y la idea de *legare* como "vincular", "obligar", vid. TUCKER, *A Concise Etymological Dictionary of Latin* (Halle 1931 = Tübingen 1973) p.137, s.v. *lego*.

⁵ Ulp. 11,14. Otras variantes en: *Rhet.Her.* 1,13,23; *Cic.Inv.* 2,50,148.

⁶ *ThLL.* VII 2 (Lipsiae 1979) col.1115, s.v. *lego* I: *usu prisco intransitivo fere i.q. legem dicere sim.*

⁷ ERNOUT-MEILLET, l.c., que mezcla de modo inconveniente este uso con el intransitivo originario; cfr. también *Oxford] L[atin] D[ictionary]* (Oxford 1968-1980) p.1014, s.v. *lego* 2 b.

⁸ Cfr. *OxLD.* p.1014, s.v. *lego* 3; TUCKER, *Dictionary* p.137, s.v. *lego*: "leave by will". Vid. textos en *ThLL.* VII 2 col.1116 s., s.v. *lego* II A 2: *respicitur praeceptum testatoris, quo cui quid dari vult.*

⁹ El heredero gravado aparece, en su caso, precedido de *ab*: cfr. ejemplos en *OxLD.* p.1014, s.v. *lego* 3 b.

b) Con acusativo de persona *-legare aliquem ad aliquid-*, significa "députer quelqu'un pour faire quelque chose"¹⁰, principalmente "to send as an envoy", "to commission as a legate to a general or provincial governor"¹¹.

De la primera construcción, con acusativo de cosa, derivan los sustantivos *legatum*, *legator*, *legatarius*; de la segunda, *legatus* ("délégué, député, fondé de pouvoir, lieutenant"¹²) y *legatio* ("office or state of *legatus*"¹³).

La relación entre sintaxis y significado que encontramos en el verbo *legare* se repite -de ahí su interés para nosotros- en *delegare*. En efecto, como *legare*, también *delegare* admite esta doble construcción¹⁴:

a) *Delegare aliquid alicui* es encargarse, confiar una tarea a otro (*mandare*)¹⁵. La construcción se usa de modo frecuente -aunque no exclusivo- en el sentido de transferir (*deferre*), es decir, cuando la carga o tarea confiada corresponde como propia al que la delega¹⁶.

Esta es la construcción más frecuente en los textos literarios¹⁷, aunque también aparece en el *Corpus Iuris*¹⁸: *exercitionem lege vel senatus consulto delegatam* (Pap.1 *quaest.*-D.1,21,1pr.); *munus* (sc. *funeris, a defuncto*) *delegatum* (Ulp.25 *ad ed.*-D.11,7,12,4); *tutelam ... testator delegavit* (Ulp.35 *ad ed.*-D.39,2,1). El sentido especial *delegare = deferre* lo encontramos en: *magistratibus municipalibus delegandum hoc* (sc. *iurisdictionem*) (Ulp.1 *ad ed.*-D.39,2,1); *idque* (sc. *arbitrium*) *delegari non posse* (Paul.13 *ad ed.*-D.4,8,32,16); *mensuram agri* (sc. *tibi mandatam*) ... *Titio delegaveris* (Paul.25 *ad ed.*-D.11,6,2,1).

¹⁰ ERNOUT-MEILLET, l.c.

¹¹ *OxLD.* p.1014, s.v. *lego* 1 y 2. Cfr. también TUCKER, l.c.: "appoint, depute, send on mission", WALDE-HOFFMANN, l.c.: "als Gesandten absenden, zum Legaten machen".

¹² ERNOUT-MEILLET, l.c. TUCKER, l.c.: "*legatus, -i*: commissioner, envoy ... A *legatus* is strictly an *obligatus*, bound to another by duties".

¹³ TUCKER, l.c.

¹⁴ ERNOUT-MEILLET, l.c.: "même double construction que *legare*". Vid. también *ThLL.* V 1 col.430s., s.v. *delegare*: I *aliquem ... II aliquid*, GRADENWITZ, *Zum Wörterbuche der klassischen Rechtswissenschaft*, en *SZ* 8(1887) 280 s.

¹⁵ *OxLD.* p.507, s.v. *delego* 2: "to commit (a task, or sim. to a person), delegate, entrust". Este sentido está emparentado con el primero -más raro- que hemos citado para *legare aliquid alicui*.

¹⁶ *ThLL.* V 1 col.431, s.v. *delego* II A 1: "*munus, negotium, culpam deferre*", es interesante notar, en esta enumeración, que la idea de transferir puede referirse no ya a una tarea o asunto sino también a la culpa: *OxLD.* p.507, s.v. *delego* 2 c.

¹⁷ Vid. *ThLL.*, l.c.

¹⁸ Cfr. *VIR.* II col.150, s.v. *delego* III: "*= mendere, deferre*"; HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰ (Graz 1958 = ⁹Jena 1907) p.131, s.v. *delegare* 2: "beauftragen, anweisen, anvertrauen" [en adelante citado simplemente como HEUMANN-SECKEL].

El mismo significado de "confiar" puede referirse no ya a una tarea, sino a un derecho o bien¹⁹; en este caso, el sentido de *delegare* se aproxima a "ceder, transferir".

b) *Delegare alicui* puede significar "enviar" a alguien a un destino²⁰, o también "nombrar" o "asignar" para un cargo o tarea²¹. Estas dos acepciones están estrechamente emparentadas con el sentido de *legare alicui ad aliquid*, pero también lo está, aunque de modo más metafórico, la que interesa a nuestro trabajo: "enviar" a alguien (*delegatus*) para que realice una prestación (entrega, promesa ...) en lugar de uno mismo, en favor de un tercero²²: *delegare alicui alicui*. De modo análogo a un *legatus*, un *de-legatus* es alguien "enviado" o "comisionado" para realizar un encargo.

Conviene advertir la neta diferencia de sentido entre esta construcción (b) y la formada con acusativo de cosa (a). En la construcción (a), *delegare* no alude a la delegación, sino que significa, también en los textos jurídicos, "confiar" o "transferir" una tarea, un bien o derecho. Así pues, en línea de principio y salvo tal vez algún caso excepcional de vacilación sintáctica, sólo la construcción (b) se refiere a la delegación²³. Esto queda ya en evidencia observando que no existen, en el lenguaje clásico de la delegación, los términos *de-legatum*, *de-legator* o *de-legatarius* (derivados de *de-legare*

¹⁹ Así en Paul.11 *ad Sab.*-D.48,13,2: *publicam pecuniam delegatam in usu alicuiem*. Cfr. *OxLD.* p.507, s.v. *delego* 2 d.

²⁰ Vid. *ThLL.* V 1 col.430, s.v. *delego* I B: "*relegare, mittere, tradere*". La acepción se encuentra también en algún texto jurídico: HEUMANN-SECKEL, p.131, s.v. *delegare* 1 ("abschicken, abordnen"), cita C.10,16,8; *VIR.* II col.149, s.v. *delego* I ("*mittere*") menciona Scaev.17 *dig.*-D.34,1,15,1, aunque aquí *delegare* parece tener más bien el sentido de "ceder" o "transferir" (unos esclavos, tal vez en comodato), que el de simplemente "enviar". — La idea de "enviar" o "remitir" puede referirse a un destino no tanto físico cuanto intelectual; así, remitir a un libro, a una fuente de información (*Sen.Epist.* 18,14: *delegabo te ad Epicurum*): cfr. *OxLD.* p.507, s.v. *delego* 1 b.

²¹ *OxLD.* p.507, s.v. *delego* 1; *ThLL.* col.430, s.v. *delego* I A: i.q. *mandare, iubere*.

²² *OxLD.* p.507, s.v. *delego* 1 c; *ThLL.* col.431, s.v. *delego* II A 2: "*speciatim pecuniam solvendam alteri mandare, creditorem alteri concedere*"; HEUMANN-SECKEL p.131 s.v. *delegare* 3; *VIR.* II col.149, s.v. *delego* II: "*iubere alterum (plerumque debitorem) sua vice promittere, solvere, dare*".

²³ v. SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischem Recht* (Berlin 1864) p.33 ss. (§§ 6 y 7) [en adelante, citado simplemente con el nombre del autor y la página]; GRADENWITZ, art. cit., en *SZ.* 8(1887) 280 s.; LEONHARD, v. *Delegatio* 1, en *RE.* IV 2 (Stuttgart 1901 = 1958) col.2429. Más prudente SALKOWSKI, *Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht* (Leipzig 1866) p.110 s. Constituye un error inexplicable la ubicación de esta acepción bajo *delegare alicui*, en *ThLL.* V 1 col.431, s.v. *delego* II A 2.

aliquid), sino *de-legatio* y *de-legatus*²⁴, es decir, sólo los propios de *de-legare aliquem*.

§3 Los términos *delegare/delegatio* no son los únicos que las fuentes emplean para aludir a la delegación. Son habituales los giros con *iubere*: *iubere dare*, *iubere promittere*, *iussu alicuius dare*, *iussu alicuius promittere*. Que el negocio descrito mediante estos giros es la misma delegación a la que se refieren los términos *delegare/delegatio* es opinión indiscutida; pero, para quien pida una prueba, no faltan textos en los que ambos modos de expresión se usan indistintamente²⁵. A veces, las fuentes utilizan, para aludir a la iniciativa del delegante, en lugar de *iubere/iussum*, otros términos, como *voluntas*²⁶ o

²⁴ Como participio (*delegatus esse*), no como sustantivo: vid. *infra* §8 n. 128.

²⁵ Cels. 28 *dig.*-D.39,5,21pr.-1: *Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti; factum valet, ille enim suum recepit.* (1) *Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, ...* Pomp. 21 *ad Sab.*-D.46,3,19: *... sed si alii solvisses iussu eius (sc. fugitivi mei), vel is ratum habuisset, non liberari ...*; *ideo servus meus, quod peculiari nomine crediderit, exigendo liberabit debitorem, delegando autem vel novando non idem consequeretur.* Marcell. 7 *dig.*-D.23,3,59pr.-1: *... dici potest, vel Titio dari posse (sc. a muliere decem in dotem promissi), sed de dote virum teneri, quemadmodum si Titio iussisset dari, nec mirum, quum etiam promissura viro dotem possit delegante eo alteri promittere ...* (1) *Ex asse heres institutus rogatusque mulieri dodrantem hereditatis restituere iussu eius, quod debet, doti promisit marito; vereor, non sit obligatus ... delegatione propter nimiam suptilitatem et casus necessitatem minime obtinente.* Sobre esta última frase, sin embargo, se han vertido abundantes críticas: vid. *Index ltp. ad leg. Ulp.*(Iul.) 76 *ad ed.*-D.44,4,4,26: *Quid enim, si debitor ex delegatu pupilli pecuniam creditori eius solvit? ... idem servandum in furioso ait (sc. Iulianus), si, cum existimaretur compos mentis esse, iusserit debitorem creditori solvere ...* Pero el giro *ex delegatu* de este texto no parece clásico: vid. *infra* §4 y n.86. Ulp. 26 *ad ed.*-D.12,6,26,12: *... sed si delegatus sit (sc. libertus) a patrono [officiales operas], eundem Marcellum libro vicensimo digestorum quaeritur, et dicit Marcellus non teneri eum, nisi forte in artificio sint (haec enim iubente patrono et alii edendae sunt): sed si solverit officiales delegatus, ...* En la crítica seguimos a Mitteis (cfr. KRÜGER n.11 *ad leg.*): si Marcelo se hubiera preguntado sólo por las *operae officiales* no habría distinguido en la respuesta entre éstas y las *artificiales*. Ulp. 27 *ad ed.*-D.46,2,11pr.-1: *Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit.*

²⁶ Iul. 54 *dig.*-D.46,3,34pr. (texto n°29): *... tibi partem hominis condicet, quasi indebitum tua voluntate Titio solveret. ...* Marcell. 8 *dig.*-D.21,2,61 (n°34): *Si quod a te emi et Titio vendidi, voluntate mea Titio tradideris, de evictione te mihi teneri, ...* Ulp. 16 *ad ed.*-D.36,1,38(37)pr. (n°26): *... sed et si voluntate tua alii restituerit (sc. hereditatem heres), in te transibunt actiones. ...* Ulp.(Iul.) 26 *ad ed.*-D.12,1,9,8 (n°14): *... si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederó, tibi acquiritur obligatio, ...* Ulp. 28 *ad ed.*-D.13,7,11,5 (n°20): *Solutam pecuniam autem accipiendum non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, ...* Ulp. 33 *ad ed.*-D.24,3,22,12 (n°32): *... adversus ipsum maritum competere (sc. rei uxoriae actio) palam est, sive ipsi dos data sit sive alii ex voluntate mariti vel subiecto iuris eius vel non subiecto. ...* Ulp. 46 *ad Sab.*-D.46,2,8,5: *... non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate*

*permittere/permisso*²⁷; también *mandare*, en supuestos que, como veremos (*infra* §78 ss.), comprenden la delegación de dar; para la de prometer, aparecen giros como *reum dare*²⁸, *reum accipere*²⁹, *expromissorem dare*³⁰, *expromissorem accipere*³¹.

mea stipuletur ... Paul.28 ad ed.-D.12,1,2,4 (nº17): si voluntate mea tu des pecuniam ... mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint. Hermog.6 iur.epit.-D.39,5,33,3 (nº36): Si, cum Primus tibi donare vellet et tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit, perficitur donatio ...

²⁷ *Iul.5 ex Min.-D.24,1,39: Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur ... Gai.2 de verb. obl.-D.46,3,106: Aliud est iure stipulationis Titio solvi posse, aliud postea permissu meo id contingere. nam cui iure stipulationis recte solvitur, ei etiam prohibente me recte solvi potest: cui vero alias permisero solvi, non recte solvitur, si, priusquam solveretur, denuntiaverim promissori, ne ei solveretur.*

²⁸ *Iav 11 ex Cass.-D.45,1,104: Cum servus pecuniam pro libertate pactus est et ob eam rem reum dedit: quamvis servus ab alio manumissus est, reus tamen recte obligabitur, ... Ulp.11 ad ed.-D.4,3,7,8: Servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea condicione, ut post libertatem transferatur in eum obligatio ... Ulp.27 ad ed.-D.46,2,11pr.: Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit. Ulp.28 ad ed.-D.13,7,9,3: Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus sive reo dato ... Ulp.29 ad ed.-D.14,6,7pr.: ... sed Iulianus adicit, si color quaesitus sit, ut filius familias, qui mutuam accepturus erat, fideiuberet alio reo dato, fraudem senatus consultum factam nocere et dandam exceptionem tam filio familias quam reo, ... Ulp.76 ad ed.-D.44,4,4,20: Item quaeritur, si debitor meus te circumveniebat teque mihi reum dederit: egoque abs te stipulatus fuero, deinde petam, an doli mali exceptio obstet. ... Ulp.23 ad Sab.-D.34,3,5pr.: ... quid si ad fideiussorem pecunia pervenerit et ipse reum dederit vice sua ipseque fideiusserit? ... Ulp.31 ad Sab.-D.23,3,5,7: Sed si pater dotem promisit et fideiussorem vel reum pro se dedit, ego puto profecticiam esse dotem: sufficit enim, quod pater sit obligatus sive reo sive fideiussori. Pero reum dare puede ser también, simplemente, proporcionar un fiador: cfr. *Pomp.15 ad Q.Muc.-D.45,1,112,1; Ulp.32 ad ed.-D.19,1,13,23.* — En dos textos referidos a Labeón, aparece una *stipulatio* del tipo "*decem mihi dari curari spondes?*". El contenido de esta estipulación, procurar que se den diez mil al estipulante, puede ser cumplido por el promitente entregándolos él mismo, pero también delegarlo a alguien solvente para que los prometa: *reum locupletem dando*. *Cels.6 dig.-D.12,1,42,1: Labeo ait, cum decem dari curari stipulatus sis, ideo non posse te decem dare oportere intendere, quia etiam reum locupletioem dando promisso liberari possit: quo scilicet significat non esse cogendum eum accipere iudicium, si reum locupletem offerat.* *Ulp.2 ad ed.-D.45,1,67,1: Eum, qui decem dari sibi curari stipulatus sit, non posse decem petere, quoniam possit promissor reum locupletem dando liberari, Labeo ait: idque et Celsus libro sexto digestorum refert.* *PERNICE, Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit I (Halle 1873) p.509 y n.28,* deduce de estos textos que *curare pecuniam* era la expresión técnica para la asignación de dinero mediante delegación.*

²⁹ *Ulp.33 ad ed.-D.24,3,22,2: Si mulier soluto matrimonio egentem reum dotis per novationem decepta accipiat, ... Ulp.7 ad leg.Iul.et Pap.-D.24,3,64,4: Sed et si reum*

Como ya hemos advertido, esta acepción de *delegare* (= *iubere solvere, promittere*) corresponde únicamente a la construcción con acusativo de persona - *delegare aliquem alicui*-, en la que *aliquem* es el delegado y *alicui* el delegatario. Cuando, en cambio, aparece con acusativo de cosa, el significado de *delegare* es, como sabemos, "confiar" o "transferir" una tarea (*delegare tutelam, arbitrium, iurisdictionem*³²) o "ceder" un bien o derecho³³. Esta diferencia de sentido entre las construcciones con acusativo de persona y de cosa hace razonable pensar que la frase *delegare actionem* no puede tampoco significar lo mismo que *delegare debitorem*: como en los demás casos, la construcción con acusativo de cosa (*delegare actionem*) significará "confiar", "transferir" o "ceder" la acción, de modo que, como advirtió v. Salpius³⁴, no ha de entenderse referida a la delegación ("Anweisung"), sino a la cesión ("Übertragung") de acciones mediante *procuratio in rem suam*. Así ha de interpretarse³⁵:

1) C.5,58,1

maritus acceperit (*reus*, sc. delegado por el esclavo que compra su libertad) ... Pero *reum accipere* no se refiere a la delegación en: Ulp.29 *ad ed.*-D.14,6,7,1 y 8, Ulp.47 *ad Sab.*-D.45,2,3pr. y Ulp.47 *ad Sab.*-D.46,1,8,7. Tampoco es delegación -sino simple *transactio* de cambiar un deudor por otro- el *alium pro alio debitorem accipere* de Ulp.5 *de omn.trib.*-D.2,15,8,24.

³⁰ Gai.9 *ad ed. prov.*-D.13,7,10: *Quod si non solvere, sed alia ratione satisfacere paratus est, forte si expromissorem dare vult, nihil ei prodest.* Gai.9 *ad ed. prov.*-D.16,1,13pr.: ... *ut ecce si ancilla ob pactionem libertatis expromissore dato post manumissionem id ipsum suscipiat quod expromissor debeat, ...* Gai.28 *ad ed. prov.*-D.18,1,53: ... *si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset.* Ulp.29 *ad ed.*-D.16,1,8,8: *Si convenerit cum debitore, ut expromissorem daret, et acceptum ei latum sit, deinde is dederit mulierem quae auxilio senatus consulti munita est, potest ei condici, quasi non dedisset: quid enim interest, non det an talem det? ...* Ulp.[39] <29> *ad ed.*-D.12,4,4: *Si quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, ...* Ulp.58 *ad ed.*-D.42,1,4,3: *Ait Praetor: "condemnatus, ut pecuniam solvat". a iudicato ergo hoc exigitur, ut pecuniam solvat. quid ergo, si solvere quidem paratus non sit, satisfacere autem paratus sit, quid dicimus? et ait Labeo debuisse hoc quoque adici "neque eo nomine satisfaciat": fieri enim posse, ut idoneum expromissorem habeat. ...* Paul.2 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.38,1,37,8: *Etiam si in personam liberti collata liberatio est, fideiussores quoque liberabuntur ex sententia legis: quod si libertus expromissorem dederit, nihil hoc caput ei proderit.*

³¹ Ulp.11 *ad ed.*-D.4,3,7,8: ... *atquin patronus tunc summovetur, si nolit expromissorem ipsum manumissum accipere. ...*

³² Vid. textos *supra* en §2 sub (a) *delegare aliquid*.

³³ Vid. *supra* §2 n.19 (Paul.11 *ad Sab.*-D.48,13,2) y n.20 (Scaev.17 *dig.*-D.34,1,15,1)

³⁴ V. SALPIUS, p.33 s.

³⁵ Cfr. KASER, *recensión a Endemann (Delegatio)*, en *SZ* 77(1960) 467 n.15.

Si pro iudicato contutore pecuniam solvisti, nullum iudicium tibi contra pupillum competit, ut delegetur tibi adversus liberatum actio. Quodsi nomen emisti, in rem suam procurator datus heredes iudicati poteris convenire. [a. 201]

En el mismo sentido que *delegare actionem* se emplea en las fuentes *delegare nomen*³⁶: "Der gleichbedeutende Ausdruck *delegare nomen* enthält für die Römer, bei denen sich Klage und Forderung so nahe berühren, nur eine geringe Metonymie"³⁷. Sirvan como muestra:

2) Pap.11 resp.

D.19,5,9

Ob eam causam accepto liberatus ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. Itaque iudicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa praestabitur, aut condemnatio sequetur.

3) Ulp.40 ad ed.

D.37,6,1,12

Sed et si tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suis habere debet, dicendum est emancipatum satis contulisse videri: idem et si nomen paterni debitoris delegaverit vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit.

Papiniano no escribe *Titium debitorem delegaret*, sino *nomen Titii debitoris delegaret*, ni Ulpiano *debitorem patris delegaverit*, sino *nomen paterni debitoris delegaverit*. El hecho de que se abandone la construcción más simple por otra más compleja evidencia que se trata de un modo de expresión premeditado, con un significado propio.

Esta idea de v. Salpius³⁸, de que *delegare* y *delegatio* se refieren en ocasiones no a la verdadera delegación sino a la cesión de acciones, no ha sido recibida sin reticencias³⁹. Sin embargo, consideramos que las fuentes ofrecen

³⁶ Cfr. SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*¹⁷ (Berlin 1949) p.463 n.2 (464), HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen bei der Delegatio*, en *SZ.74*(1957) 101 n.3 [en adelante, citado simplemente por el nombre del autor y la página]. En cambio, GRADENWITZ, art. cit., en *SZ.8*(1881) 280, sugiere: "nisi forte Pap.19,5,9 et Ulp.37,6,1,12 vox «nomen delegare» litt. obligationis indicium est". Para LEONHARD, art. cit., en *RE. IV 2 col 2429*, *nomen delegare* se refiere simplemente a la delegación llamada "activa" o con cambio de acreedor.

³⁷ v. SALPIUS, p.34.

³⁸ Pero vid., ya antes de v. Salpius, BAHR, *Zur Cessionslehre*, en *JJB.1*(1857) 368: "Die vom Gläubiger einem Dritten erteilte Ermächtigung, als *cognitor* oder *procurator in rem suam* in den Prozess einzutreten, war hiernach ursprünglich ein der Delegation gleichartiges Geschäft. Ja, wir finden sogar diese Art der Forderungsüberweisung ausdrücklich unter dem Namen der Delegation mitbegriffen".

³⁹ BRUGI, v. *Delegazione (Diritto civile)*, en *Digesto Italiano IX 1* (Torino 1887-1898 = 1926) p.707 y n.10 [en adelante citado simplemente con el nombre del autor y la página]; ENDEMANN, *Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht* (Marburg 1959) p.22 [en adelante

pruebas suficientes, tanto respecto al sustantivo *delegatio* como al verbo *delegare*⁴⁰. Así, que *delegatio* puede usarse como equivalente de *mandare*⁴¹/*praestare actionem*, lo demuestra el siguiente texto de Escévola⁴²:

4) Scaev.2 *quaest.*

D.15,1,51

Quod debetur servo ab extraneis, agenti de peculio non omnimodo dominus ad quantitatem debiti condemnandus est, cum et sumptus in petendo et eventus executionis possit esse incertum et cogitanda sit mora temporis quod datur iudicatis, aut venditionis bonorum, si id magis faciendum erit. ergo si paratus sit actiones mandare, absolvetur. quod enim dicitur, si cum uno ex sociis agatur, universum peculium computandum, quia sit cum socio actio, in eodem redibit, si actiones paratus sit praestare: et in omnibus, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iusta praestatione est.

También tiene valor de prueba⁴³:

5) Pap.11 *resp.*

D.21,2,68,1

Creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit, evictis pignoribus quae prior creditor accepit nullam actionem cum eo qui liberatus est habebit.

Si *sequere nomen debitoris* significase aquí que el acreedor estipula como delegatario de un deudor (B) de su propio deudor (D), la cuestión de la evicción de las prendas recibidas por D (en garantía de su crédito contra B) no podría ni plantearse, porque es claro que la nueva promesa estipulatoria de B extingue, ya antes de ninguna eventual evicción, con la antigua deuda B-D, todas las prendas

citado simplemente por el nombre del autor y la página]. Especialmente hostil en este punto, DE RUGGIERO, *La delegazione in Diritto romano*, en AG.63(1899) 216.

⁴⁰ En este sentido, contra De Ruggiero, también CUGIA, *Indagini sulla Delegazione nel Diritto romano* (Milano 1947) p.21.

⁴¹ En la expresión *actionem mandare*, el verbo *mandare* se utiliza en el sentido de confiar, ceder, no como alusión a un contrato de mandato. En efecto, la *procuratio in rem suam* no conlleva entre cedente y cesionario un contrato de mandato: ni el cedente dispone de la *a. directa* para exigir al procurador cesionario que reclame o que le transmita lo conseguido, ni consta en ningún texto que el cesionario disponga de la *a. "contraria"* si el cedente desiste de la cesión y decide reclamar él mismo. El recurso a las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* para asegurar la cesión de créditos y deudas de la herencia al fideicomisario universal sería innecesario si cedente y cesionario dispusieran de las acciones del mandato.

⁴² Así: BAHR, art. cit., en JJB.1(1857) 368 n.16; GRADENWITZ, art. cit., en SZ.8(1887) 298; ENDEMANN, p.22; KASER, art. cit., en SZ.77(1960) 467 n.15. Contra CUGIA, *Delegazione* p.41, e *Inammissibilità del "mandatum actionis" nella cessione e nell'accollo classici*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz IV* (Napoli 1953) p.296, no vemos razones para criticar la referencia final a la *delegatio*.

⁴³ v. SALPIUS, p.34 (nº5), lit. en SALKOWSKI, *Novation* p.113.

que B había constituido en garantía de la misma⁴⁴. En cambio, el texto se comprende bien en relación a la cesión de acciones, porque el crédito cedido continúa, aun tras la *litis contestatio*, cubierto por todas sus garantías.

En fin, la referencia a la *litis contestatio* en la famosa pseudo-definición ulpianea de la *delegatio* (vid. *infra* §8) proporciona un claro testimonio de cómo el sustantivo *delegatio* abarcaba tanto la delegación propiamente dicha (por *iussum promittendi*, en este caso) como la cesión por *procuratio in rem suam*, que la *litis contestatio* perfecciona⁴⁵.

6) Ulp.27 *ad ed.*

D.46,2,1 *pr.*-1

Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit. (1) Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per *litis contestationem*.

Como argumentos de que el verbo *delegare* se puede referir a la cesión, considérense los dos textos siguientes:

7) Ulp.34 *ad ed.*

D.35,1,41

Legata sub condicione relicta non statim, sed cum condicio exstiterit deberi incipiunt, ideoque interim *delegari* non potuerunt.

⁴⁴ Así, claramente, cuando hay novación. Pero, incluso aunque no la haya (por falta de referencia expresa a la antigua deuda con el delegante en la promesa del delegado: delegación no-titulada), la promesa extinguiría igualmente dicha deuda, pues equivale al pago de la misma por el delegado (vid. *infra* §16, texto n.º40 ss., y n.212; *infra* §20 y n.266), y, con la deuda, se extinguirían también las prendas. — Resulta arbitrario suponer -DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* I (Leipzig 1860) p.563; SALKOWSKI, *Novation* p.113-, en defensa de la tesis de que aquí hay verdadera delegación, que las prendas extinguidas por ésta fueron reconstituidas a favor del nuevo acreedor.

⁴⁵ Esta era ya la interpretación de la Glosa, injustamente censurada por CUGIA, *Delegazione* p.62: "La glossa confonde la *delegatio per litis contestationem* con la *cessione*". La *delegatio per litis contestationem* de la que habla Cugia, como algo distinto de la cesión, no existe (*infra* §24 c): Ulpiano no puede referirse a otra cosa que la cesión por *procuratio in rem suam*. Cfr. BAHR, art. cit., en *JJB*.1(1857) 368 n.16, 375; DANZ, *Die delegatio nominis und delegatio debiti, eine Forderungs- und Schuldüberweisung*, en *JJB*.19(1881) 79 y n.18; KASER, art. cit., en *SZ*.77(1960) 467 n.15. — Se ha sugerido -BETTI, *Istituzioni di Diritto romano* II 1 (Padova 1960) p.490 n.80- que [*litis contestationem*] podría ocupar el lugar de <*litteris transscriptionem*>. Sabemos, en efecto, por *Gai*.3,130, que la *transscriptio a persona in personam* era una modalidad de delegación (*infra* §24 a). Pero este negocio, cuyo apogeo se sitúa en el s.I a.C., parece ya en desuso en época de Gayo (*infra* §24 y n.309), por lo que resulta poco creíble que Ulpiano pudiera haberse referido a él. Esto vale también contra quienes echan en falta una mención de la *litteris transscriptio* en el texto: v. SALPIUS, p.40; GOLDSCHMIEDT, *Inhaber-, Order- und exekutorische Urkunden im klassischen Altertum*, en *SZ*.10(1889) 38'; EISELE, *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, en *SZ*.30(1909) 152, que añade <vel *ex transscriptione, quae a persona in personam fit*>; HAEBERLIN, p.105.

Esta afirmación de Ulpiano sería inexplicable si *delegari* se refiriese a la verdadera delegación⁴⁶, porque, como el propio Ulpiano explica en 46 *ad Sab.*-D.46,2,8,1, los legados y fideicomisos *sub condicione* pueden, por supuesto, ser llevados a estipulación novatoria, con la única particularidad de que la novación sobreviene tan sólo cuando la condición se cumple⁴⁷. El texto resulta perfectamente razonable, en cambio, referido a la cesión⁴⁸: porque antes de que se cumpla la condición no hay acción que pueda ser cedida.

8) Paul.6 *ad leg. Iul. et Pap.*

D.34,3,29

Si is, qui duos reos promittendi habet, damnaverit heredem, ut utrosque liberet, si alter ex his capere non possit nec socii sint, *delegari* debet is qui nihil capit ei, cui hoc commodum lege competit: cuius petitione utrumque accidit, ut et hoc commodum ad eum perveniat et is qui capit liberetur. quod si socii sint, propter eum qui capax est et ille capit per consequentias liberato illo per *acceptilationem*: id enim eveniret, etiamsi solum capacem liberare iussus esset.

El problema que Paulo se plantea es, puesto que uno de los *correi promittendi* carece de *ius capiendi ex legibus Iulia et Papia*, cómo hacer efectivo, tan sólo a favor del otro, el legado de liberación que para ambos dispuso el testador. Paulo propone, para el caso de que no sean socios, esta solución: el deudor incapaz debe ser delegado en favor de la persona a quien corresponda el *caducum*: *delegari debet is qui nihil capit ei, cui hoc commodum lege competit*⁴⁹. La prueba de que *delegari* se refiere aquí a la simple cesión de acciones la proporciona el propio Paulo, al indicar el momento en que se liberará el co-deudor capaz: no la *traditio* o *stipulatio* del delegado (como necesariamente ocurriría en caso de delegación) sino la *petitio*, es decir, el momento en que se ejercita la acción cedida⁵⁰.

Hasta aquí, las pruebas que dan la razón a v. Salpius, en su idea de que tanto *delegatio* como *delegare* se refieren en ocasiones no a la delegación sino a

⁴⁶ Salvo si se interpretase el verbo *delegare* como referido precisamente al resultado novativo, lo que no parece posible, porque semejante acepción de *delegare* iría más allá del sentido amplio (= *iussum* ejecutado) que encontramos en las fuentes: vid. *infra* §5.

⁴⁷ Lo mismo en Ulp.7 *disp.*-D.46,2,14,1 para cualquier obligación condicional.

⁴⁸ v. SALPIUS, p.37 s. (texto n°13); SALKOWSKI, *Novation* p.112 n.23. Injustificada, por tanto, la duda de GRADENWITZ, art. cit., en SZ.8(1887) 280.

⁴⁹ Ulp.23 *ad Sab.*-D.23,3,3,3, se ocupa de un caso semejante: ¿cómo hacer efectivo el legado de liberación que el testador dispuso en favor de un sólo de dos *correi stipulandi* solidarios? Ulpiano adopta la solución propuesta por Juliano: basta que el co-deudor legatario sea liberado, en lugar de por *acceptilatio*, por simple pacto. Esta solución más simple no servía para el supuesto que plantea Paulo, porque en él no se trata sólo de evitar que se beneficie el legatario que carece de capacidad, sino de que el beneficio pase, como *caducum*, a quien corresponda.

⁵⁰ Así, KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht* (Zürich 1827) p.457.

la cesión de acciones. Así hay que entender siempre las expresiones *delegare actionem*, *delegare nomen*. En cambio, a nuestro parecer, v. Salpius se equivoca al equiparar a éstas el giro *delegatio nominis*⁵¹; porque *delegatio nominis* puede referirse a la verdadera delegación, como lo demuestra la simple lectura de:

9) Pap. 12 *resp.*

Vat. 260

Filius emancipatus, cui pater peculium non ademit, res quidem pro donato vel pro suo, quod iustam causam possidendi habet, usu capit, sed debitores convenire non potest neque lites peculiares prosequi, si non sit in rem suam cognitor datus aut nominum delegationes intervenerunt. ...

Delegationes nominum no puede aludir a la cesión, puesto que se menciona precisamente como alternativa a la misma⁵². A la vista de lo cual, no hay ningún argumento para descartar⁵³ que también nuestro siguiente texto se refiere a la verdadera delegación⁵⁴:

10) C. 8, 53(54), 11, 1

Delegationes autem nominum in emancipatum collatae perfectam donationem efficiunt. [a. 239]⁵⁵

No debe extrañar que *delegatio nominis* se refiera (o pueda, al menos, referirse), al contrario que *delegare nomen*, a la verdadera delegación, pues esta expresión es gemela de *delegatio debiti*, que se refiere a la delegación, como lo demuestra el que aparecea contrapuesta a la cesión de créditos en⁵⁶:

11) C. 8, 41(42), 1

⁵¹ v. SALPIUS, p. 36 (textos n.º 9 y 10).

⁵² Así, WITTE, *Zur Lehre von der Stipulation, Novation, Delegation und Succession in obligatorischen Rechtsverhältnissen*, en *KVG. 8*(1866) 345 s. [en adelante citado simplemente por el nombre del autor y la página]; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten II*² (Erlangen, 1879) p. 377 n. 31 i. f.; SALKOWSKI, *Novation* p. 117; ENDEMANN, p. 22. No parece justificada la sustitución de [aut nominum delegationes] por <stipulationes et restipulationes emptae et venditae hereditatis>, que sugiere CUGIA, *Delegazione* p. 23, y art. cit. en *Studi Arangio-Ruiz IV* p. 295. -- También en Pap. 12 *quaest.*-*Vat. 263*, *delegationibus* se refiere, contra v. SALPIUS, p. 36 s. (texto n.º 11), a la verdadera delegación, como lo demuestra la referencia a la *novatio*: vid. *infra* n. 63.

⁵³ Como pretenden v. SALPIUS, p. 36 (texto n.º 9) y SALKOWSKI, *Novation* p. 111.

⁵⁴ Así, LEONHARD, art. cit., en *RE. IV* 2 col. 2429.

⁵⁵ Para CUGIA, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz IV* p. 295, [delegationes - collatae] es postclásico en lugar de las estipulaciones *ut pateretur*, por las que el cedente se compromete a permitir que el cesionario utilice las acciones cedidas. Faltan pruebas de semejante alteración.

⁵⁶ SALKOWSKI, *Novation* p. 119.

*Delegatio debiti nisi consentiente et stipulanti promittente debitore iure perfici non potest: nominis autem venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.*⁵⁷ [a. 223]

Este último texto es además importante porque, conjuntamente con Gai.2,38-39⁵⁸ y C.8,41(42),3 [a. 239]⁵⁹, prueba que el hecho de que los clásicos utilizaran *delegare/delegatio* tanto para la delegación propiamente dicha como para la cesión de acciones, no significa que ambas instituciones fuesen para ellos una misma; al contrario, las diferencias eran netas (la delegación precisaba el consentimiento del deudor delegado, se hacía irrevocable en cuanto éste prometía, extinguía con la deuda primitiva todas sus garantías), y si *delegare* y *delegatio* se empleaban en ocasiones para la cesión, ello era una simple consecuencia del doble significado de estos términos en el lenguaje común, correspondiente a la doble construcción que admite el verbo, con acusativo de cosa y de persona. Nos encontramos ante un ejemplo más de que el lenguaje jurídico clásico no está tan alejado del común como la rígida terminología de nuestra moderna dogmática jurídica⁶⁰. Los clásicos no transformaron los términos *delegare* y *delegatio* en conceptos con un significado rígido y unívoco; bajo su empleo jurídico se reconocen, por el contrario, las distintas acepciones ordinarias.

En fin, respecto de los restantes textos que menciona v. Salpius como ejemplos del uso de *delegare* o *delegatio* referidas a la cesión de acciones, o bien hay razones para pensar que se refieren, por el contrario, a la verdadera delegación, o bien faltan para afirmar, con la seguridad que él muestra, que se trate de simples cesiones. En el primer grupo se encuentran, a nuestro parecer,

⁵⁷ V. SALPIUS, p.39 n.1, considera este texto, en el que *delegatio debiti* aparece en lugar del -por él esperado- *delegatio debitoris* "die einzige Ausnahme von dieser Regel", es decir, la única excepción a la regla según la cual *delegare aliquid* se refiere a la cesión y *delegare aliquem* a la delegación. CUGIA, *Delegazione* p.52, considera [consentiente et] -quizá con razón- interpolado.

⁵⁸ Gai.2,38-39: *Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum (i.e. traditio, mancipatio, in iure cessio) recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur novatio obligationis. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.*

⁵⁹ C.8,41(42),3: *Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.* El texto plantea un difícil problema por lo que respecta a la reconstrucción de la situación del Muciano solicitante del rescripto, y no está libre de sospecha: vid. v. SALPIUS, p.392; CUGIA, *Delegazione* p.53 ss.

⁶⁰ KASER, *Das römische Privatrecht* I² (München 1971) p.182 y n.22.

Pomp.21 *ad Sab.*-D.46,3,19⁶¹, Pap.11 *resp.*-D.46,3,96,2⁶², Pap.12 *resp.*-*Vat* 263⁶³ y C.4,10,2⁶⁴: todos ellos parecen referirse, contra v. Salpius, a la verdadera delegación. Al segundo pertenecen, ante todo, dos textos en los que la construcción empleada es la de acusativo de persona: Pap.3 *resp.*-D.13,7,42⁶⁵

⁶¹ Pomp.21 *ad Sab.*-D.46,3,19: ... *sed si alii solvisses iussu eius (sc. fugitivus meus), vel is ratum habuisset, non liberari ... et ideo servus meus, quod peculiarii nomine crediderit, exigendo liberabit debitorem, delegando autem vel novando non idem consequeretur.* Vid. v. SALPIUS, p.38 (texto n°15), seguido por SALKOWSKI, *Novation* p.112 n.21. Aquí, *delegare* alude al previamente mencionado *iussu solvendi* del esclavo y, por tanto, a una verdadera delegación: esta era ya la interpretación de Bas 26,5,19.

⁶² Pap.11 *resp.*-D.46,3,96,2: *Soror, cui legatum ab herede frotre debebatur, post motam legati quaestionem transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret. placuit, quamvis nulla delegatio facta neque [liberatio] (?) <litis contestatio> secuta esset, tamen nominis periculum ad eam pertinere itaque, si legatum contra placitum peteret, exceptionem pacti non inutiliter opponi.* Si *delegatio* se refiriese -como quiere v. SALPIUS, p.35 s. (texto n°8)- al simple "*mandatum agendi*", la afirmación de Papiniano, *quamvis nulla delegatio facta ... nominis periculum ad eam pertinere*, sería intolerable: porque contra la *exceptio pacti* del heredero, que ni siquiera ha habilitado a su hermana para exigir el crédito, ésta dispondría sin duda de la *replicatio doii*. Vid., en este sentido, la amplia exégesis de SALKOWSKI, *Novation* p.113 ss. Para la corrección de *liberatio* por *litis contestatio* (que el propio v. SALPIUS, l.c., propone), cfr. C.4,10,2. La idea de Papiniano era, a nuestro parecer, que el riesgo del crédito cedido corresponde a la hermana aunque el titular siga siendo el heredero, es decir, aunque no haya pasado todavía a ella por delegación o *litis contestatio*.

⁶³ Pap.12 *resp.*-*Vat* 263: *Eam quae bona sua filii per epistulam [citra stipulationem] donavit, si neque possessionem rerum singularium tradidit neque per mancipationem praediorum dominium transtulit nec interpositis delegationibus [aut inchoatis litibus] actiones novavit, nihil egisse placuit.* Vid. v. SALPIUS, p.36 s. (texto n°11). La alusión a la *novatio* hace indiscutible que se trata de una verdadera delegación: WITTE, p.345; SALKOWSKI, *Novation* p.118; BRINZ, *Pandekten II*² p.377 n.31 i.f.; ENDEMANN, p.22. En cuanto a la crítica propuesta, la inclusión de la *litis contestatio* -[aut inchoatis litibus]- como *novatio* remite a la idea postclásica de *novatio necessaria*, tras *per epistulam, [citra stipulationem]* parece una aclaración demasiado superflua para ser obra del siempre lacónico Papiniano. La idea de CUOLA, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz* IV p.295, de que [delegationibus-novavit] ocupa el lugar de las *stipulationes et restipulationes emptae et venditae hereditatis*, carece de pruebas sólidas.

⁶⁴ C.4,10,2: *Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit nec litis contestatio subsequuta sit, utilem tamen merito actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere saepe rescriptum est.* [a. 260] Tampoco aquí parece razonable, a la vista de la expresión inicial *nominibus in dotem datis*, la interpretación de v. SALPIUS, p.35 (texto n°7), y SALKOWSKI, *Novation* p.112, de que *delegatio* = "*mandatum agendi*". ¿Qué clase de *datio nominis* podría haber cuando todavía -*nec delegatio* (= *mandatum agendi*, según v. Salpius) *praecesserit*- no se ha habilitado siquiera al cesionario para reclamar los créditos?

⁶⁵ v. SALPIUS, p.39 (texto n°18). La construcción *emptorem delegare*, con acusativo de persona, hace más discutible que pueda tratarse de una simple cesión. El hecho de que quien pretende liberarse delegando sea el demandado en un litigio no basta para excluir que se trate de una verdadera delegación.

(*emptorem delegare*) y Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,10,6⁶⁶ (*eum -sc. Titium- deleget*). Pero también puede dudarse si lav.6 *ex post.Lab.*-D.24,3,66,2⁶⁷ (*delegata -sc. pars-*) y Scaev.3 *resp.*-D.31,88,15⁶⁸ (*pensiones delegaverit*), a pesar de la construcción empleada, se refieren exclusivamente a la cesión. Dudosos resultan también, finalmente, Pap.8 *resp.*-D.31,77,18⁶⁹, y el especialmente complejo Pap.1 *resp.*-D.2,14,40,2⁷⁰.

⁶⁶ V. SALPIUS p.39 (texto n°17). Como en Pap.3 *resp.*-D.13,7,42, *delegare* aparece aquí con acusativo de persona *-eum-*, no de cosa, por lo que en principio rige la presunción de que se trata de una verdadera delegación. El que mandó a otro estipular, dice Ulpiano, dispone de la *a. mandati* para exigirle que delegue al deudar en su favor, o en el de otro cualquiera. Puede parecer más razonable que Ulpiano se esté refiriendo como exigible a la simple cesión, porque la delegación no depende sólo de la voluntad del delegante, pero ese argumento no nos parece definitivo.

⁶⁷ Ciertamente, como explica v. SALPIUS, p.38 (texto n°14), la construcción alternativa *nec delegata nec promissa novandi animo* sería redundante si *delegata* se refiriese a la verdadera delegación. Por ello, para v. Salpius -al que sigue SALKOWSKI, *Novation* p.112 y n.20-, *delegata* ha de referirse a la simple cesión. Sin embargo, la interpolación segura de [*novandi animo*] arroja sospechas sobre toda la alternativa *nec promissa rell.*: en tal caso, Javoleno se habría podido referir propiamente a la delegación. GRADENWITZ, art. cit., en SZ.8(1887) 297 n., sospecha, en cambio, de *delegata* como posible tribonianismo en lugar de una referencia a la *transcriptio litteris*. Tanto esta como nuestra sospecha parecen, en cualquier caso, difícilmente demostrables.

⁶⁸ *Pensiones delegare* puede en este texto referirse, como quiere v. SALPIUS, p.37 (texto n°12), a la cesión de acciones, pero también al simple *iussum solvendi* a los arrendatarios en favor de Flavia Dionysia. SALKOWSKI, *Novation* p.113, considera que puede también tratarse de una delegación novatoria. Vid. también GRADENWITZ, art. cit., en SZ.8(1887) 280: "=*cesserit?*".

⁶⁹ V. SALPIUS p.35 (texto n°6). En contra, con razón, SALKOWSKI, *Novation* p.112, para quien puede tratarse de una verdadera delegación.

⁷⁰ Pap.1 *resp.*-D.2,14,40,2: *Post divisionem bonorum et aeris alieni singuli creditores a singulis heredibus non interpositis delegationibus in solidum, ut convenerat, usuras acceptaverunt: actiones, quas adversus omnes pro partibus habent, impediendae non erunt, si non singuli pro fide rei gestae totum debitum singulis offerant*. El supuesto que Papiniano describe parece consistir en un pacto (cfr. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis I* [Lipsiae 1889] col.884, fr.400 Pap.: *de pactis*; obsérvese *ut convenerat, pro fide*) entre coherederos dirigido al reparto de las deudas: a cada heredero se le asignan determinadas deudas, de modo que las cumpla en su integridad *-singuli ... totum debitum singulis offerant-*, asumiendo también los intereses íntegros de cada una de esas deudas: *in solidum usuras acceptaverunt*. Si un heredero no cumple voluntariamente toda la deuda, no deben impedirse, a pesar del pacto, sus acciones *pro partibus* contra los demás. Papiniano señala que este reparto de deudas se ha hecho *non interpositis delegationibus*: con ello parece advertir que, de haberse interpuesto delegaciones, la solución sería distinta. Esto se verifica tanto si *delegatio* se entiende referido al nombramiento de cada heredero como *procurator in rem suam* por las partes de la deuda correspondientes a los demás herederos, como al *iussum* recibido por cada heredero de los restantes para prometer la deuda íntegra. En el primer caso, el acreedor pierde las acciones *pro partibus* cuando llega a la *litis contestatio* con el heredero que le fue asignado; en el segundo, cuando estipula de él.

§4 En la acepción que nos interesa, *delegare* equivale, como sabemos, a *tubere solvere/promittere*. Considerando en conjunto las fuentes clásicas, *delegare/delegatio* y *tubere/iussum* aparecen con igual frecuencia para aludir a la delegación. Sin embargo, conviene observar que:

a) Esta acepción de *delegare* aparece en el lenguaje jurídico probablemente algo más tarde que los giros con *tubere/iussum*. Estos los encontramos por primera vez en dos textos de Próculo⁷¹, mientras que la primera mención segura de *delegare* para la delegación se encuentra en Celso⁷².

b) En el momento en que se incorpora al lenguaje de los juristas, *delegare* aparece también en las fuentes literarias para designar la delegación. Así, tal vez ya en Cato Agr.149,2: *Donicum pecuniam <solverit aut> satisfecerit aut delegarit, pecus et familia quae illic erit pigneri sunt*⁷³. El uso de *delegare* referido a la delegación resulta especialmente claro y frecuente en Séneca⁷⁴. Algunas veces, la delegación es aludida sólo alegóricamente: *Epist.*18,14: "*Prius*" inquis "*redde quod debes*". *Delegabo te ad Epicurum, ab illo fiet numeratio. Benef.*4,11,3: *Discedit ille vix satis noto salutis auctore et numquam amplius in conspectum nostrum reversurus debitores nobis deos delegat precaturque, illi pro se gratiam referant*. Pero, en ocasiones, Séneca se ocupa directamente del negocio civil: *Benef.*6,5,2: *Nam et pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, quamvis non intervenerint nummi, sed delegatione et verbis perfecta solutio sit. Benef.*7,19,3: *Etiam, si mihi adulteram, cui numerem, delegaverit (sc. creditor meus), solvam ... reddendum enim mihi est, non servandum, cum reddidero, ac tuendum*.

c) *Delegare* es, al comienzo, mucho más infrecuente que los giros con *tubere/iussum* para designar la delegación. Hasta Africano, la proporción es de dieciséis menciones de *tubere/iussum* contra cuatro de *delegare*⁷⁵; en la época

⁷¹ Proc.5 *epist.*-D.23,3,82 y D.46,3,82.

⁷² Cels.28 *dig.*-D.39,5,21pr. El texto jurisprudencial más antiguo en que aparece *delegare* es *lav.6 post. Lab.*-D.24,3,66,2, pero, en su estado actual (ciertamente, no libre de sospechas), este texto ha de entenderse referido a la cesión de acciones: vid. *supra* §3 n.67.

⁷³ El texto se refiere a una verdadera delegación en opinión de CUGIA, *Delegazione* p.22 y ENDEMANN, p.4. Contra, DE RUGGIERO, art. cit., en *AG* 63(1899) 214s.

⁷⁴ Más dudoso es su sentido en Cicerón: cfr. *Att.*12,3,2, 12,12,1; 13,46,4.

⁷⁵ *tubere/iussum*: Proc.5 *epist.*-D.23,3,82 y D.46,3,82; *lav.1 epist.*-D.12,1,36; Cels.5 *dig.*-D.12,1,32; Cels.28 *dig.*-D.39,5,21,1; *Iul.13 dig.*-D.46,3,32; *Iul.16 dig.*-D.12,4,7pr.; *Iul.17 dig.*-D.24,1,4; *Iul.54 dig.*-D.46,3,34,7; *Iul.60 dig.*-D.39,5,2,1, 2, 3 y 4; *Afr.4 quaest.*-D.16,1,19,5; *Afr.7 quaest.*-D.46,3,38,1; *Afr.8 quaest.*-D.17,1,34pr. El número de menciones de *tubere* hasta Africano aumenta a veinte si contamos las citas que proporciona Ulpiano: de Celso, en *Ulp.32 ad Sab.*-D.24,1,3,12 y *Ulp.26 ad ed.*-D.2,14,51,1; de Juliano, en *Ulp.32 ad Sab.*-D.24,1,3,13. No cuentan las citas de Juliano en *Ulp.76 ad ed.*-D.44,4,7pr. y 1, porque son paráfrasis del ya

entre Pomponio y Escévola, trece contra seis⁷⁶. Es Papiniano quien cambia por completo la situación: de él conservamos dieciséis textos en que aparecen *delegare* y *delegatio* (de los cuales ocho se refieren con certeza a la delegación⁷⁷) y ninguno con *tubere* o *iussum*⁷⁸. En los juristas posteriores, ambas expresiones son frecuentes, aunque predomina *delegare*⁷⁹.

incluido Iul.60 *dig.*-D.39,5,2,3 y 4. Los cuatro textos en que aparece *delegare/delegatio* son: Cels.28 *dig.*-D.39,5,21pr., Iul.60 *dig.*-D.39,6,18,1, Iul.90 *dig.*-D.46,1,18 y Afr.4 *quaest.*-D.16,1,17pr. No incluimos Iav.6 *ex post. Lab.*-D.24,3,66,2, que quizá (*supra* §3 n.67) se refiera a la cesión de acciones, ni Afr.4 *quaest.*-D.16,1,19,5, porque la parte en que aparecen *delegare* y *delegatio* parece itp. (vid. lit. *infra* §99 n.381), ni Ulp.76 *ad ed.*-D.44,4,4,26, donde *ex delegatu* debe de ser igualmente itp. (*infra* n.86).

⁷⁶ Los trece textos con *tubere/iussum* son: Pomp.1 *ex Plaut.*-D.46,2,21; Pomp.6 *ex Plaut.*-D.46,3,66; Pomp.19 *ad Sab.*-D.47,2,44pr.; Pomp.21 *ad Sab.*-D.46,3,19; Marcell.7 *dig.*-D.23,3,59pr. y 2, y D.24,3,57; Gai.3,95a; Gai.8 *ad ed. prov.*-D.39,6,31,3; Gai.3 *de verb. obl.*-D.46,2,34pr.; Ven.3 *de stip.*-D.46,2,31,1; Maecian.5 *fideic.*-D.36,1,67(65),4; Scaev.3 *quaest.*-D.24,1,56. *Delegare/delegatio* aparecen en: Pomp.21 *ad Sab.*-D.46,3,19; Pomp.21 *ad Q.Muc.*-D.47,2,76(75); Marcell.7 *dig.*-D.23,3,59pr.; Gai.3,130; Gai.9 *ad ed. prov.*-D.16,1,5; Ven.3 *de stip.*-D.46,2,31,1. La frase de Marcell.7 *dig.*-D.23,3,59,1 en que aparece el sustantivo *delegatio* es probablemente itp.: vid. *Index Itp. ad leg.* Tampoco incluimos Scaev.17 *dig.*-D.34,1,15,1, en que *delegare* equivale simplemente a "enviar" o "ceder" (vid. *supra* §2 n.20), ni Scaev.2 *quaest.*-D.15,1,51, en que *delegatio* se refiere (*supra* §3 texto n.4) a la cesión de acciones por *procuratio in rem suam*. Inseguro es el sentido de Scaev.3 *resp.*-D.31,88,15: vid. *supra* §3 n.68.

⁷⁷ Pap.3 *resp.*-D.14,3,19,3, D.16,1,27,2, D.18,2,20 y D.46,2,27; Pap.11 *resp.*-D.46,3,96pr. y 2; Pap.12 *resp.*-Val.260 y 263. Inseguros son: Pap.1 *resp.*-D.2,14,40,2 (*supra* §3 n.70); Pap.3 *resp.*-D.13,7,42 (*supra* §3 n.65); Pap.8 *resp.*-D.31,77,18 (*supra* §3 n.69). De los otros cinco textos en que Papiniano usa *delegare/delegatio*, uno (Pap.10 *quaest.*-D.13,1,17) no parece auténtico (vid. *Index Itp.*; *delegatione* ocupa quizá, como se ha sugerido -vid. KRUGER (KNIPE) n.4 *ad leg.*-, el lugar de *oblacione*, o tal vez el de *novatione*), y los otros cuatro no se refieren a la delegación propiamente dicha: Pap.1 *quaest.*-D.1,21,1pr. trata de la jurisdicción delegada; Pap.11 *resp.*-D.19,5,9 (*supra* §3 texto n.2) y D.21,2,68,1 (*supra* §3 texto n.5) se refieren a la cesión de acciones por *procuratio in rem suam*, tampoco Pap.3 *resp.*-D.12,6,57,1 parece referirse a la delegación: vid. *infra* §128 (texto n.31).

⁷⁸ Existe, sin embargo, un texto, Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,8, en el que Ulpiano pone *tubere tradi* en boca de Papiniano.

⁷⁹ *Tubere/iussum* aparece 33 veces: Tryph.8 *disp.*-D.23,3,45,1; Ulp.16 *ad ed.*-D.36,1,38(37)pr.; Ulp.26 *ad ed.*-D.2,14,51,1, D.12,6,26,12; Ulp.27 *ad ed.*-D.46,2,11pr.; Ulp.31 *ad ed.*-D.12,1,15, D.17,1,12,8; Ulp.55 *ad ed.*-D.40,12,20,2; Ulp.76 *ad ed.*-D.44,4,4,26 y D.44,4,7pr. y 1 (=Iul.60 *dig.*-D.39,5,2,3 y 4); Ulp.31 *ad Sab.*-D.23,3,5,1; Ulp.32 *ad Sab.*-D.24,1,3,12 y 13, D.24,1,5,3; Ulp.34 *ad Sab.*-D.23,3,19; Ulp.35 *ad Sab.*-D.24,3,2,1; Ulp.48 *ad Sab.*-D.23,3,36 y 38; Ulp.6,2; Paul.10 *ad ed.*-D.3,6,2; Paul.42 *ad ed.*-D.38,5,5pr.; Paul.54 *ad ed.*-D.41,2,1,21; Paul.2 *man.*-D.46,3,108; Paul.2 *ad Plaut.*-D.46,3,59; Paul.14 *ad Plaut.*-D.46,3,64; Paul.17 *ad Plaut.*-D.12,4,9pr. y 1, D.50,17,180; Paul.5 *ad Sab.*-D.18,1,15,2; Paul.7 *ad Sab.*-D.24,1,26pr.; Marcian. *sing. de delat.*-D.49,14,22,1; Marcian. *sing. ad hyp. form.*-D.46,3,49. *Delegare/delegatio* aparece 40 veces: Tryph.7 *disp.*-D.46,2,33; Tryph.11 *disp.*-D.23,3,78,5; Ulp.8 *ad ed.*-D.46,2,17; Ulp.26 *ad ed.*-D.12,6,26,12; Ulp.27 *ad ed.*-D.46,2,11pr. y 1; Ulp.29 *ad ed.*-D.16,1,8,2, 3, 4, 5 y 6; Ulp.32 *ad ed.*-D.50,16,187; Ulp.38<28> *ad ed.*-

d) El sustantivo *delegatio* es extremadamente raro entre los clásicos. Tan sólo Papiniano parece utilizarlo habitualmente, e incluso preferirlo al verbo *delegare*: conservamos nueve textos en los que emplea *delegatio*⁸⁰; de los ocho textos en que se refiere a la delegación, el verbo aparece en tres y el sustantivo en cinco⁸¹. Antes de Papiniano, *delegatio* sólo aparece en tres ocasiones, de las cuales dos son muy probablemente espurias⁸² y la tercera no se

D.46,2,13; Ulp.44 *ad ed.*-D.38,5,1,16; Ulp.(Iul.) 76 *ad ed.*-D.44,4,4,21 y 26, D.44,5,1,10 y 11; Ulp.5 *ad Sab.*-D.46,2,4; Ulp.31 *ad Sab.*-D.23,3,5,8; Ulp.41 *ad Sab.*-D.47,2,43,2; Paul.1 *decr.*-D.14,5,8; Paul.18 *ad ed.*-D.12,2,26,2; Paul.31 *ad ed.*-D.46,2,12; Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,22,2 y D.17,1,26,2; Paul.69 *ad ed.*-D.46,2,19; Paul.71 *ad ed.*-D.44,4,5,5; Paul. *de interc. fem.*-D.16,1,24pr. y 1; Paul.2 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.38,1,37,4; Paul.6 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.34,3,29; Paul.1 *ad Plaut.*-D.26,8,18; Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,7; Paul.6 *ad Plaut.*-D.23,3,56pr.; Paul.17 *ad Plaut.*-D.15,1,48,1; Paul.14 *quaest.*-D.42,1,41pr.; Paul.6 *ad Sab.*-D.46,3,15; Hermog.6 *jur. epit.*-D.39,5,33,3 y D.44,4,16. No incluimos en esta lista Ulp.6 *disp.*-D.40,1,4,1 (*infra* §7 n.104 sub a), Ulp.76 *ad ed.*-D.44,4,4,26 (*infra* n.86) y Ulp.5 *opin.*-D.4,2,23,3 (*infra* §7 n.104 sub a), probablemente interpolados, ni tampoco aquellos textos en los que *delegare/delegatio* significan: a) encargar o confiar una tarea (Ulp.25 *ad ed.*-D.11,7,12,4; Ulp.35 *ad ed.*-D.26,7,3,3; también en el sentido de ceder o transferir la que a uno le corresponde: Ulp.1 *ad ed.*-D.39,2,1; Paul.13 *ad ed.*-D.4,8,32,16; Paul.25 *ad ed.*-D.11,6,2,1) o confiar un bien (Paul.11 *ad Sab.*-D.48,13,2); vid. *supra* §2 *delegare* sub "a", b) ordenar una acción por *procuratio in rem suam*: Ulp.34 *ad ed.*-D.35,1,41 (*supra* §3 texto n°7); Ulp.40 *ad ed.*-D.37,6,1,12 (*supra* §3 texto n°3); Paul.6 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.34,3,29 (*supra* §3 texto n°8); dudas entre la delegación y la cesión puede suscitar (*supra* §3 n.66) Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,10,6.

⁸⁰ Todas esas menciones de *delegatio* aparecen en *Responsa* (1 *resp.*-D.2,14,40,2; 3 *resp.*-D.14,3,19,3 y D.18,2,20; 8 *resp.*-D.31,77,18; 11 *resp.*-D.19,5,9; D.21,2,68,1 y D.46,3,96,2; 12 *resp.*-*Vat.*260 y 263). En *Quaestiones*, *delegatio* aparece dos veces, pero una (1 *quaest.*-D.1,21,1pr.) se refiere a la jurisdicción delegada, y la otra (Pap.10 *quaest.*-D.13,1,17) parece un error: vid. *supra* n.77. Aunque SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (Oxford 1946) p.237, advierte que los *Responsa* de Papiniano "did not escape thorough-going revision in early post-classical times", no sería razonable explicar la concentración de las menciones de *delegatio* en esta obra atribuyéndolas a la revisión post-clásica. Cabe pensar, más bien, que el esfuerzo suplementario por la brevedad y el laconismo que se aprecia en *Responsa* frente a *Quaestiones*, "the facts, the question, and the answer being no longer kept separate" (SCHULZ, *ibid.* p.236), llevaron a Papiniano a recurrir al seco concepto, al sustantivo, antes que a la narración, al verbo. Cfr. GRADENWITZ, art. cit., en SZ.8(1887) 298. En cualquier caso, el número de textos conservados es demasiado pequeño para permitir conclusiones seguras.

⁸¹ *Delegatio* se refiere a la delegación en: 3 *resp.*-D.14,3,19,3 y D.18,2,20; 11 *resp.*-D.46,3,96,2; 12 *resp.*-*Vat.*260 y 263. Aún hay otros dos textos, en los que puede dudarse si se refiere a la delegación o a la cesión: 1 *resp.*-D.2,14,40,2 (*supra* §3 n.70) y 8 *resp.*-D.31,77,18 (*supra* §3 n.69). En fin, en 11 *resp.*-D.19,5,9 (*supra* §3 texto n°2) y 11 *resp.*-D.21,2,68,1 (*supra* §3 texto n°5), *delegatio* se refiere a la cesión de acciones.

⁸² Afr.4 *quaest.*-D.16,1,19,5: ... [*quae postea non recte comparari ait, quando delegatione debitoris facta mulier non obligetur*]. GRADENWITZ, art. cit., en SZ.8(1887) 298, conjetura, sin fundamento alguno, que *delegatione debitoris facta* fue interpolado para eliminar una referencia al contrato *litteris*. Para la crítica de este texto, vid. lit. *infra* §99 y n.381. Marcell.7 *dig.*-

refiere propiamente a la delegación sino a la cesión de acciones por *procuratio in rem suam*⁸³. Luego, encontramos tan sólo dos menciones en Ulpiano⁸⁴ y una en Paulo⁸⁵. La expresión *ex delegatu pupilli* de Ulp.(Iul.) 76 *ad ed.*-D.44,4,4,26, en la que *delegatus* aparece como sustantivo equivalente a *delegatio*, no parece auténtica⁸⁶.

Delegatio aparece, en cambio, con frecuencia en el *Codex*; pero, referido a la delegación, sólo en los rescriptos del siglo III⁸⁷. A partir de este momento, *delegatio* se utiliza solamente en el campo del derecho público, ya en el viejo sentido de "transferencia" de una causa por parte de quien tiene jurisdicción sobre ella⁸⁸, ya en un nuevo sentido que surge a comienzos del s.IV en relación a los impuestos: *delegatio* es "die vom Kaiser eigenhandig vollzogene Urkunde, durch welche der jährliche Steuerbetrag festgesetzt und der Auftrag zu seiner Erhebung gegeben wird"⁸⁹.

§5 Puesto que *de-legare aliquem* significa en puridad, como hemos visto (*supra* §2), "enviar", parece claro que originariamente *delegare* y *delegatio* se referían en la delegación tan sólo a la declaración de voluntad del delegante, sin comprender su ejecución -es decir, el pago o promesa- por el delegado⁹⁰. En esta acepción, *delegare* equivale estrictamente a *tubere solvere* o *promittere*. Así, en:

D.23,3,59,1: ... [*delegatione propter nimiam subtilitatem et casus necessitatem minime optinente*]. Vid. *Index Itp.*

⁸³ Scaev. 2 *quaest.*-D.15,1,51: *supra* §3 texto n^o4.

⁸⁴ Ulp.27 *ad ed.*-D.46,2,11,1 y Ulp.32 *ad ed.*-D.50,16,187.

⁸⁵ Paul.2 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.38,1,37,4.

⁸⁶ En efecto, el giro *ex delegatu* no vuelve a aparecer en la literatura jurídica; fuera de ella, *ThLL*. V 1 col.430 l.60 ss., sólo encuentra dos menciones epigráficas: *Corp.X* 5177 y 5398, de las que la segunda -vid. DE RUOGIERO, *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane* II² (Spoleto 1910) p.1594-, incompleta, puede leerse también como *ex dele[g(atione)]*. No es verosímil que Ulpiano (no digamos Juliano) recurriese a un giro tan inusual.

⁸⁷ Así, en C.8,41,1 [a. 223], C.8,41,2 [a. 238], C.8,41,3 [a. 239], C.4,10,2 [a. 260], C.8,53(54),11,1 [a. 294].

⁸⁸ Este uso se encontraba ya en los clásicos para el verbo *delegare* (vid. *supra* §2 a). En el *Codex* se emplea ya el sustantivo en el mismo sentido. Así, C.7,62,32,3 y 4a [a. 440]: *cognoscere ex delegatione*, C.3,4,1 [a. 440]; *causarum delegationibus*, C.12,29,3,3: *ex delegatione sententiae tuae magnitudinis*.

⁸⁹ SEECK, v. *Delegatio* 2, en *RE*. IV 2 col.2431. HEUMANN-SECKEL p.132, s.v. *delegatio* 2. En este sentido, vid. C.10,16,4 [a. 315], C.10,48,8 [a. 357], C.10,32,23 [a. 362], C.1,55,1 [a. 365], C.10,48,10 [a. 382], C.1,55,4 [a. 385], C.1,40,7 [a. 386], C.10,17,1 y 2 [a. 416], C.10,23,4 [a. 468].

⁹⁰ Cfr. TALAMANCA, v. *Delegazione (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* XI (Milano 1962) p.918 s. [En adelante, citado simplemente por el nombre del autor y la página]

12) Sen. Benef. 6, 5, 2

... nam et pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, quamvis non intervenerint nummi, sed delegatione et verbis perfecta solutio sit.

La coletilla *et verbis* evidencia que el sustantivo *delegatio* no bastaba para abarcar la promesa, sino sólo el *iussum* del delegante.

Esta acepción más restringida se mantiene en las fuentes jurídicas clásicas: es el sentido de *delegare* y *delegatio* siempre que se añade una referencia al pago o promesa. Así, Cels. 28 dig.-D. 39, 5, 21 pr.: *creditori meo delegante me promisisti*; Pomp. 21 ad Q. Muc.-D. 47, 2, 76 (75): *si is, qui simulabat se procuratorem esse, effecisset, ut vel sibi vel cui me delegavit promitterem*; Marcell. 7 dig.-D. 23, 3, 59 pr.: *promissura viro dotem possit delegante eo alteri promittere*; Pap. 3 resp.-D. 46, 2, 27: *delegante venditore pecuniam ita promittit (sc. emptor)*; Tryph. 7 disp.-D. 46, 2, 33: *Titius ... delegatus a me creditori meo stipulante spondit*; Paul. 2 ad leg. Iul. et Pap.-D. 38, 1, 37, 4: *delegante patrono libertus promiserit*; Paul. sing. de interc. fem.-D. 16, 1, 24 pr.: *Debitrix mulier a creditore delegata pro eo cui delegata est promisit ... Herm. 6 iur. epit.-D. 39, 5, 33, 3: delegante eo ... creditori eius donator promiserit*. Este es, en fin, el mismo sentido de *delegare* en Ulp. 8 ad ed.-D. 46, 2, 17: *Delegare scriptura vel mutu, ubi dari non potest, debitorem suum quis potest*.

Sin embargo, con este uso de *delegare* y *delegatio* coexiste en las fuentes uno más amplio, comprensivo también del pago o promesa: *delegatio* es, en este sentido, el *iussum* ejecutado⁹¹. Así, en el ya mencionado (nº 6) Ulp. 27 ad ed.-D. 46, 2, 11 pr.-1:

Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit. (1) Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem.

Lo mismo ocurre en todos aquellos pasajes en los que la delegación en favor de un acreedor es equiparada a la *solutio*⁹²; así, en Iul. 9 dig.-D. 46, 1, 18:

⁹¹ Este doble sentido de *delegare/delegatio* fue ya advertido por BRINZ, *Pandekten* II² p. 375 y n. 31, que alude al más amplio (delegación + ejecución), como "perfekte Delegation". Vid. también: GIDE, *Études sur la Novation et le Transport des Créances en Droit romain* (Paris 1879) p. 387 [en adelante citado simplemente con el nombre del autor y la página]; BRUGI, p. 709 y n. 15; GRADENWITZ, art. cit., en SZ. 8 (1887) 280; GOLDSCHMIDT, art. cit., en SZ. 10 (1889) 387 s.; CUGIA, *Delegazione* p. 29; HAEBERLIN, p. 102; TALAMANCA, p. 918 s.; BONIFACIO, v. *Delegazione (Diritto romano)*, en *Novissimo Digesto Italiano* [= NNDI.] V (Torino 1968) p. 326; SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in Diritto romano* (Milano 1971) p. 1 n. 3. LEONHARD, art. cit., en RE. IV 2 col. 2430, compara este doble sentido al que también existe en otros términos jurídicos, como *contractus* u *obligatio*, que designan tanto un acto como sus consecuencias.

⁹² BIONDI, *Delegatio non est solutio. Precodenti storici ed osservazioni sull'art. 1268 c.c.*, en [Banca e Borsa 1954 p. 425 ss.]. *Scritti Giuridici* IV (Milano 1965) p. 419 ss., y, de nuevo, *Appunti intorno agli effetti estintivi della delegazione nel diritto romano*, en *Studi in onore di U.E. Paoli* (Firenze 1955) p. 97 ss. = *Scritti Giuridici* III (Milano 1965) p. 291 ss., rechaza la

Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur; Ulp.29 ad ed.-D.16,1,8,3: solvit et qui reum delegat, Ulp.32 ad ed.-D.50,16,187: Verbum "exactae pecuniae" non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delegationem; y Paul.2 ad leg. Iul. et Pap.-D.38,1,37,4: solutionis enim vicem continet haec delegatio.

§6 A modo de conclusiones sobre el empleo de *delegare* y *delegatio* en las fuentes puede proponerse la siguiente síntesis:

a) El uso de *delegare* para la delegación no parece haber surgido en el lenguaje de los prudentes, sino en el ordinario, a juzgar por los tempranos testimonios literarios del mismo⁹³. Su adopción por la jurisprudencia no fue inmediata⁹⁴; las perifrasis con *tubere/tussum* parecen seguir siendo preferidas hasta Papiniano, que utiliza exclusivamente *delegare* y, aún con más frecuencia, *delegatio*. Por lo que al sustantivo se refiere, Papiniano es de hecho el único de los clásicos que lo utiliza habitualmente.

b) Por otra parte, *delegare* no es utilizado por los clásicos sólo para aludir a la delegación, sino también, en la construcción con acusativo de cosa, con el significado de "confiar" o "transferir", ya un asunto o tarea⁹⁵, ya un bien⁹⁶, ya, en fin, un crédito, mediante *procuratio in rem suam*⁹⁷.

clasicidad de la equiparación entre *delegatio* y *solutio* (vid. también CUGIA, *Delegazione* p.9), precisamente por no querer admitir que, en las máximas *solvit qui delegat, delegatio est solutio*, los términos *delegare* y *delegatio* se refieren a la delegación ejecutada. Sería absurdo, advierte Biondi reiteradamente, entender que la simple delegación (es decir, la simple manifestación de voluntad del delegante) equivale de por sí al pago. Pero nadie -ni siquiera la Glosa- ha otorgado semejante sentido al principio, de modo que la de Biondi es una falsa polémica, como también es falsa la pretendida oposición entre el Derecho común -para el que *delegatio est solutio*- y el germánico -para el que "Anweisung ist keine Zahlung"-. La divergencia es puramente terminológica: el derecho común se refiere a la delegación ya ejecutada, mientras que la "Anweisung" germánica designa el simple giro del delegante. En realidad, la respuesta romana y la germánica (como la de Biondi y la de aquéllos contra quienes dirige su artículo) son la misma: la delegación, ejecutada por el delegado, libera al deudor delegante. En este sentido: WITTE, p.369 ss.; BRUGI, pp.705 y 708, RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (Basel 1955) p.149. En defensa del principio *solvit qui delegat* vid., especialmente, PERNICE, *Labeo I* p.507 s., y *Parerga VIII. Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze*, en SZ.19(1898) 117 n.6. Contra Biondi, vid. especialmente ENDEMANN, pp.28 y 30. Sobre el significado del principio *solvit qui delegat*, vid. *infra* §12 sub "a", para la delegación de dar, y §16 n.212, para la de prometer.

⁹³ *Supra* §4 b. Cfr. GIDE, p.386.

⁹⁴ *Supra* §4 a y c.

⁹⁵ *Supra* §2 *delegare* sub "a".

⁹⁶ *Supra* §2 y n.19.

⁹⁷ *Supra* §3.

c) Aun dentro de la delegación propiamente dicha, *delegare* y *delegatio* se usan tanto referidos al simple *iussum* del delegante, como a la actuación del delegado en ejecución del mismo⁹⁸.

d) El hecho de que los clásicos, que evidentemente eran conscientes⁹⁹ de la diferencia e incluso contraposición entre cesión y delegación, utilicen sin problemas (textos n°1-8) *delegare* y *delegatio* para la cesión, e incluso (n°6) abarcando simultáneamente delegación y cesión, es una evidencia más de la flexibilidad terminológica característica de las fuentes clásicas, que permite al jurista conservar, al lado del sentido que a nuestros ojos aparece como más técnico, las acepciones ordinarias de estos términos¹⁰⁰. Por nuestra parte, a efectos de claridad expositiva, reservaremos, como se hace habitualmente, los términos *delegatio* y delegación para lo que la moderna doctrina conoce como "Anweisung", evitando usarlos para la cesión de créditos por *procuratio in rem suam*.

e) Puesto que los clásicos distinguían entre delegación y cesión, aunque alguna vez aplicasen también a la segunda los términos *delegare* y *delegatio*, parece razonable mantener que en el Derecho clásico la delegación existía como concepto independiente. Faltaba, únicamente, el término técnico que la designase en exclusiva. El intento que emprendemos de reconstruir los perfiles de ese concepto es, por tanto, legítimo.

II. EL CONCEPTO DE DELEGACION

§7 A partir de ahora nos ocuparemos únicamente de la delegación propiamente dicha¹⁰¹, y de los textos clásicos¹⁰² que contienen supuestos de la misma. Las fuentes en que nos apoyaremos para definirla son los pasajes en que

⁹⁸ *Supra* §5.

⁹⁹ *Supra* §3 n°11 y nn. 58 y 59.

¹⁰⁰ El debate acerca del carácter técnico o atécnico de los términos *delegare* y *delegatio* resulta, desde este punto de vista, inútil. Contra el carácter técnico de *delegare/delegatio*, vid. GRADENWITZ, art. cit., en SZ.8(1887) 297, con argumentos escasamente convincentes. Por su tecnicidad, en cambio: GIDE, p.386: "Emprunté par les jurisconsultes à la langue commune, ce n'est que peu à peu qu'il a pris sous leur plume, à côté de son sens usuel et vulgaire, un sens technique et spécial"; ENDEMANN, p.4: "Vornehmlich im Schuldrecht ist *delegare, delegatio* ein terminus technicus geworden"; TALAMANCA, p.918.

¹⁰¹ Sobre la misma, además de las obras que citamos a lo largo de nuestro trabajo, vid. SCHOORDIJK, *Beschouwingen over drie-partijen-verhoudigen van obligatoire aard* (1958), y DÜREN, *Klasik Roma Hukukunda Delegatio* (Ankara 1968), que no hemos podido consultar.

¹⁰² Sobre la *delegatio* en la época post-clásica, vid. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (Weimar 1956) p.141 s. y KASER, *Das römische Privatrecht II*² (München 1975) pp.451 y 453.

los clásicos emplean los términos *delegare* y *delegatio*. De ellos, excluimos los que, según lo visto en §3, se refieren a la cesión de acciones por *procuratio in rem suam*¹⁰³, así como, en general, todos aquellos en los que *delegare* aparece, con acusativo de cosa, en el sentido de "confiar", "ceder", "transferir", tanto un bien como un asunto o tarea.

Conforme a estos criterios, son cincuenta y seis los textos utilizables¹⁰⁴. En ellos, la delegación se apoya en la voluntad del delegante de fusionar en un solo negocio (*traditio, stipulatio, etc.*) dos atribuciones patrimoniales equivalentes: la que el delegado habría de realizar en su favor, y la que él mismo pretende realizar en favor del delegatario¹⁰⁵: se consigue así abreviar en un solo paso lo que de otro modo requeriría dos negocios¹⁰⁶: es la llamada "Abkürzungsfunktion"

¹⁰³ También los que hemos clasificado como "dudosos", en §3 i.f.: no siendo seguro si se refieren a la delegación o a la cesión, no parece prudente utilizarlos para fundamentar una definición de la primera.

¹⁰⁴ La cifra es el resultado de restar, a los 83 textos que constituyen el elenco de *VTR II* col.149 ss., para las voces *delegatio, delegatus, delego*, los veintisiete siguientes: a) Por sospechosos de interpolación en la parte que contiene el término: Afr.4 *quaest.*-D.16,1,19,5 (lit. *infra* §99 n.381); Marcell.7 *dig.*-D.23,3,59,1 (vid. *Index Itp.*); Pap.10 *quaest.*-D.13,1,17 (vid. *supra* §4 n.77), donde *delegatione* ocupa quizá el lugar de *novatione*, Ulp.6 *disp.*-D.40,1,4,1: [*se delegante*] no tiene sentido, porque nadie puede delegarse a sí mismo, pero vid. SERAFINI, en ARNDTS, *Trattato delle Pandette II*² (Bologna 1875) p.176 n.8; Ulp.(Iul.) 76 *ad ed.*-D.44,4,4,26 (*supra* §4 y n.86). En Ulp.5 *opin.*-D.4,2,23,3, se encuentra un uso completamente anómalo de *delegare*, referido a quien fuerza injustamente a otro a pagarle lo que no debe, para las abundantes críticas, vid. *Index Itp.* b) Porque en ellos el término significa "encargar" o "confiar" una tarea o "confiar" un bien, los siete mencionados en §2 *delegare sub a* y n.19. A ellos sumamos Scaev.17 *dig.*-D.34,1,15,1 (*supra* §2 n.20), en que *delegare* significa "enviar" o "ceder". c) Por referirse (tal como hemos mostrado en §3) a la cesión de acciones mediante *procuratio in rem suam*, los siguientes: Scaev.2 *quaest.*-D.15,1,51 (n°4); Pap.11 *resp.*-D.19,5,9 (n°2) y D.21,2,68,1 (n°5); Ulp.34 *ad ed.*-D.35,1,41 (n°6); Ulp.40 *ad ed.*-D.37,6,1,12 (n°3); Paul.6 *ad leg. Iul et Pap.*-D.34,3,29 (n°7). d) Excluimos también, como anunciamos (*supra* n.103) los casos dudosos de §3 i.f.: lav.6 *ex post. Lab.*-D.24,3,66,2; Scaev.3 *resp.*-D.31,88,15; Pap.1 *resp.*-D.2,14,40,2; Pap.3 *resp.*-D.13,7,42; Pap.8 *resp.*-D.31,77,18; Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,10,6. e) Tampoco Pap.3 *resp.*-D.12,6,57,1 parece referirse a la delegación, sino a la simple orden de pago a un procurador: para nuestra interpretación de este texto, vid. *infra* §128 (texto n°31).

¹⁰⁵ Cfr. KRELLER, "Cesión a Rutsaert (*Délégation*)", en *SZ*.50(1930) 585, que caracteriza la delegación "als Anstoß zu einem Leistungsausgleich ..., der von einer Person mit zwiefachem Leistungsinteresse ausgeht -der Delegant will im Valutaverhältnis an den Delegatar leisten und benutzt dazu eine Leistung, die er im Deckungsverhältnis vom Delegaten zu erwarten hat-".

¹⁰⁶ Cfr., por último, PASTORI, *Elementi di Diritto Romano. Le obbligazioni* (Milano 1990) p.245. Además: CUGIA, *Delegazione* p.32; TALAMANCA, p.918; v. LUBTOW, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation* (Berlin 1965) p.29.

de la delegación¹⁰⁷. El supuesto más frecuente en las fuentes es aquél en que el delegante pretende, mediante la delegación, pagar una deuda, propia o ajena, al delegatario, y el delegado se deja delegar con la intención de liberarse, a su vez, del delegante¹⁰⁸. No es esencial a la delegación, sin embargo, que delegado y delegante -ni siquiera uno de ellos- actúen como deudores¹⁰⁹. Otros supuestos son posibles, y su estructura es la misma que hemos descrito al comienzo de este párrafo. En efecto:

a) Lo más habitual (42 textos sobre 56) es que se delegue un deudor¹¹⁰: *delegare debitorem*. El deudor es el delegado por excelencia¹¹¹.

¹⁰⁷ KASER, *Zu Novation und Delegation*, en *Satura R. Feenstra* (Fribourg 1985) p.149. Parece razonable suponer, por ello, que la delegación fue especialmente frecuente como negocio bancario. Sobre el papel de la delegación en la banca antigua, vid. MITTEIS, *Trapezitika*, en *SZ.1X*(1898) 213 ss.

¹⁰⁸ Este es el supuesto al que se suele recurrir para describir el funcionamiento de la delegación: vid., por todos, NEUMANN-SECKEL, p.131 (s.v. *delegare*): "die Anweisung (Ermächtigung) des Gläubigers (*delegans*) an seinen Schuldner (*delegatus*), das ihm Geschuldete statt an ihn an einen anderen (Delegatar, welcher zumeist der Gläubiger des Gläubigers sein wird) zu gewähren".

¹⁰⁹ Vid., por todos, LEONHARD, art. cit., en *RE. IV* 2 col.2430. La restricción a este supuesto del concepto de delegación fue habitual desde la Glosa a la Pandectística, por influencia de la pseudo-definición ulpiana de D.46,2,11pr. (*infra* §8 texto n°6). Siguiendo el -aparente- ejemplo de Ulpiano, se redujo la delegación únicamente al caso (delegación pasiva = "*delegatio debiti*") de que el delegado asumiera mediante estipulación novatoria la deuda del delegante frente al delegatario. Pero aún ésta era llamada delegación "en sentido amplio"; en sentido estricto había delegación cuando no sólo el delegante era deudor (del delegatario), sino también el delegado (del delegante). Sobre esta restricción del concepto de delegación, vid. DANZ, art. cit., en *JJB.19*(1881) 69 y n.1. Como ejemplo, valga la definición de PUCHTA-RUDORFF, *Pandekten*⁸ (Leipzig 1856) p.441: "Die Delegation besteht in einem Auftrag des abtretenden Schuldners oder Gläubigers (*Delegans*) an die beiden Subjecte der zu constituirenden Obligatio, den künftigen Schuldner (*Delegans*) und den Gläubiger (*Delegatarius*), oder an den künftigen Gläubiger (*Delegatarius*) und den Schuldner (*Delegatus*); dieser Auftrag wird durch den die Novation bewirkenden obligatorischen Vertrag zwischen diesen Personen (dem *Delegatus* und *Delegatarius*) ausgeführt". Una crítica a este restrictivo concepto se encuentra ya en GESTERDING, *Beitrag zu der Lehre von der Delegation*, en *ACP.2*(1821) 227 s. Vid. también SALKOWSKI, *Novation* p.108, SERAFINI, en ARNDTS, *Pandette II*² p.176 n.8.; GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*⁴ (Paris 1906) p.697 s.

¹¹⁰ Hasta tal punto, que ésta es la única posibilidad que algunos consideran: vid., por ejemplo, BAHR, art. cit., en *JJB.1*(1857) 362, 364. — La idea de DANZ, art. cit., en *JJB.19*(1881) 87, 90, de que el verbo *delegare* se usa regularmente para la *delegatio debiti* (en la que el delegante es deudor del delegatario), pero no para la *delegatio nominis* (en la que el delegado es deudor del delegante), carece de fundamento, como prueban estos 42 textos en que *delegare-delegatio* se refieren a un delegado deudor.

¹¹¹ *Iul.60 dig.-D.39,6,18,1: Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, ...; Iul.90 dig.-D.46,1,18: Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur: et ideo si fideiussor debitorem suum delegaverit, ...;*

La entrega o promesa de éste al delegatario valen, en virtud del *iussum* del delegante, como hechas al delegante mismo: es decir, como realización del convenio de *solvere* con el delegante. Esto es posible porque, con el *iussum*, el delegante asume frente al delegado, como realización del convenio causal entre ambos, lo hecho por el delegatario. Por ello, en circunstancias normales, la

Ven.3 de stip.-D.46,2,31,1: ... *quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus fuerit?* ... (pero cfr. *Index Itp.*), Pap.3 resp.-D.16,1,27,2: *Uxor debitricem suam viro delegavit*, ...; Pap.11 resp.-D.46,3,96,2: *Soror, cui legatum ab herede fratre debebatur, post motam legati quaestionem transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret. placuit, quamvis nulla delegatio facta* ... (vid. supra §3 n.62); Pap.12 resp.-Vat.260: *Filius emancipatus, cui pater peculium non ademit ... debitores convenire non potest neque lites peculiares prosequi, si non sit in rem suam cognitor datus aut nominum delegationes intervenerunt* ... (vid. supra §3 n.9); Ulp.8 ad ed.-D.46,2,17: *Delegare scriptura vel nutu, ubi dari non potest, debitorem suum quis potest*. Ulp.29 ad ed.-D.16,1,8,3: ... *si contra senatus consultum obligata debitorem suum delegavit*: ...; Ulp.29 ad ed.-D.16,1,8,5: *Plane si mulier intercessura debitorem suum delegaverit*, ...; Ulp.76 ad ed.-D.44,5,1,11: *Item si libertus debitorem suum patrono delegaverit*, ...; Ulp.5 ad Sab.-D.46,2,4: *Si usus fructum debitorem meum delegavero tibi*, ...; Paul.32 ad ed.-D.17,1,22,2: ... *debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat* ...; Paul.32 ad ed.-D.17,1,26,2: *Abesse intellegitur pecunia fideiussori etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori*, ...; Paul. de interc. fem.-D.16,1,24pr. y 1: *Debitrix mulier a creditore delegata pro eo cui delegata est promisit* ... (1) *Sed si pecuniam promisit, ne delegetur*, ...; Paul.5 ad Plaut.-D.17,1,45,7: ... *tunc enim liberatur is qui debitorem delegat*, ...; Paul.6 ad Plaut.-D.23,3,56pr.: *Si is qui Stichum mulieri debet in dotem delegatus sit* ...; Paul.17 ad Plaut.-D.15,1,48,1: *Cui peculii administratio data est, delegare debitorem suum potest*. — Es también a la delegación de sus deudores por la mujer donante a la que alude Pap.12 resp.-Vat.263: *Eam quae bona sua filiis per epistulam citra stipulationem donavit, si ... nec interpositis delegationibus [aut inchoatis litibus] actiones novavit*, ... El mutuante delega a su deudor mutuario en: Pomp.21 ad Sab.-D.46,3,19: ... *et ideo servus meus quod peculiari nomine crediderit, exigendo liberabit debitorem, delegando autem vel novando non idem consequeretur*. (Aunque ésta última frase no está libre de censuras: vid. *Index Itp.*) Paul.69 ad ed.-D.46,2,19: ... *nam adversus creditorem, cui delegatus est (sc. filius familias mutuatus) ab eo, qui mutuum pecuniam contra senatus consultum (sc. Macedonianum) dederat, non utetur exceptione*, ... Con frecuencia, el deudor delegado es el comprador de una cosa, que debe aún el precio al vendedor: Afr.4 quaest.-D.16,1,17pr.: *Vir uxori donationis causa rem viliori pretio addixerat et in id pretium creditori suo delegaverat (sc. emptricem)*, ...; Gai.9 ad ed. prov.-D.16,1,5: ... *si vendiderit (sc. mulier) rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit, sive emptorem delegavit creditori alieno*, ...; Pap.3 resp.-D.46,2,27: *Emptor cum delegante venditore pecuniam ita promittit: "quidquid ex vendito dare facere oportet"*, ...; Ulp.44 ad ed.-D.38,5,1,16: ... *quid ergo, si delegatus emptor solvit ei cui donabat libertus ...?*; también es un comprador que aún no ha pagado (el *secundus emptor*, mejor postor, de una cosa previamente vendida por *addictio in diem*) el delegado por el vendedor a favor del *prior emptor* (que sí pagó y exige el reembolso), en la frase de Pap.5 resp.-L. 18,2,20: *citra delegationem iure stipulationis interposita* (que Beseler eliminó: cfr. *Index Itp.*). En fin, Paul.6 ad Sab.-D.46,3,15 parece también referirse ante todo a la delegación de un deudor, que es la que mejor encaja en la idea de *alienatio*: *Pupillo solvi sive tutoris auctoritate non potest: sed nec delegare potest, quia nec alienare ullam rem potest*.

ejecución por el deudor del *iussum delegantis* basta para liberarlo *ipso iure* frente a éste. La liberación no se produce, en cambio, cuando el delegante no es plenamente capaz¹¹² o cuando no es el verdadero acreedor¹¹³. También es frecuente el supuesto de quien se cree deudor, y es delegado como tal, sin serlo¹¹⁴, o sin serlo eficazmente, por disponer de una *exceptio* contra el acreedor delegante¹¹⁵.

¹¹² Paul. 1 *ad Plaut.*-D.26,8,18: *Potest pupillus tutore auctore debitorem suum Titio delegare: sed cum tutor debet pupillo, dicendum est neque delegari eum ... ipso tutore auctore posse, ...*; Hermog. 6 *iur. epit.*-D.44,4,16: *Si debitor a furioso delegatus creditori eius solvat, ...*

¹¹³ Un *falsus procurator*, en Pomp. 21 *ad Q. Muc.*-D.47,2,76(75): *Si is, qui simulabat se procuratorem esse, effecisset, ut vel sibi vel cui me delegavit promitterem, ...*; o el tutor del acreedor, defraudando a éste, en Pap. 11 *resp.*-D.46,3,96pr.: *Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: ...*

¹¹⁴ Ulp. [38] <28> *ad ed.*-D.46,2,13: *Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit, sed condictio adversus eum qui delegavit competit.* Ulp. 41 *ad Sab.*-D.47,2,43,2: *Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvencium, ...* Probablemente, Ulpiano piensa en el mismo supuesto cuando escribe: Ulp. 29 *ad ed.*-D.16,1,8,4: *Sed si is, qui a muliere delegatus est, debitor eius non fuit, ...*; Ulp. 29 *ad ed.*-D.16,1,8,6: *Sed si eum delegaverit qui debitor eius (sc. mulieris) non fuit, ...*

¹¹⁵ Tryph. 11 *disp.*-D.23,3,78,5: *Si marito dotis nomine stipulanti promisit per errorem is, qui exceptione tutus erat, ne solvat, ... habebit conditionem adversus mulierem aut patrem, uter eorum delegavit, ...* De una *exceptio doli* dispone el deudor delegado en: Ulp. 76 *ad ed.*-D.44,4,4,21: *Sed et si mulier post admissum dolum debitorem suum marito in dotem delegaverit, ...*; Paul. 31 *ad ed.*-D.46,2,12: *Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, ... sed si per ignorantiam promiserit creditori, ...* (vid. *infra* §106); Paul. 69 *ad ed.*-D.46,2,19: *Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. ...* Este mismo texto plantea la cuestión respecto de la *exceptio scti Macedoniani*, la del menor *circumscribitus*, y la del *sc. Velleianum*, a la que se refiere también Ulp. 29 *ad ed.*-D.16,1,8,2: *Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem eius, ... Marcellus ... notat, esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdetur, ... an vero quasi debitor delegetur; ...* (Aunque el empleo del verbo *delegare* debe ser auténtico, el texto parece haber sido alterado, especialmente en la continuación, en que se repite aún dos veces el giro *quasi debitor delegatus est*: vid. *Index Itp.*) También el liberto se deja delegar (por las *operae*) como deudor, sin serlo, en: Ulp. 26 *ad ed.*-D.12,6,26,12: *... sed si delegatus sit a patrono ... dicit Marcellus non teneri eum, nisi forte in artificio sint; hae enim iubente patrono et alii edendae sunt. sed si solverit officiales delegatus, ...*; Ulp. 76 *ad ed.*-D.44,5,1,10: *Quod si patronus libertum suum delegaverit creditori, an adversus creditori, cui delegatus promisit libertatis causa onerandae, exceptio ista uti possit, videamus. ...*; Paul. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.38,1,37,4: *Sed si creditori suo libertum patronus delegaverit, nec potest idem dici: solutionis enim vicem continet haec delegatio. potest tamen dici, si in id, quod patrono promisit, alii postea delegatus sit, posse eum liberari ex hac lege ... quod se ab initio delegante patrono liberto promiserit, non liberari eum.*

Pero otras veces, quien se deja delegar no lo hace como deudor que pretende liberarse, sino con la intención de donar al delegante¹¹⁶. Se trata de aquel caso en que el donatario, en lugar de recibir directamente lo donado, prefiere girar¹¹⁷ al donante como delegado para que lo entregue o prometa a otro: entonces, la entrega o promesa al delegatario es realizada por el delegado en ejecución de un convenio causal de *donare* con el delegante.

Los términos *delegare/delegatio* se utilizan también para describir supuestos en los que un delegado no-deudor se deja girar, no ya con la intención de donar al delegante, sino de recuperar en un futuro, como mutuante, el importe de lo entregado o prometido¹¹⁸. Dicho de otro modo: un mutuario, en lugar de recibir directamente la cantidad mutuada, opta por delegar al mutuante para que la entregue o prometa a un tercero. Tal entrega o promesa vale como ejecución del convenio causal de *credere* delegado-delegante.

Finalmente, el verbo *delegare* aparece también referido al marido que, en lugar de estipular él mismo la dote, dispone que la mujer la prometa a un tercero. La mujer se deja delegar, por tanto, como modo de constituir una dote a favor de su marido: entrega o promete al delegatario en ejecución de un convenio de *dotem dare* con el marido¹¹⁹.

b) También es lo más frecuente (32 textos de 56) que la intención del delegante sea pagar al delegatario. Así ocurre, ante todo, cuando éste es acreedor del delegante¹²⁰; también, cuando el delegante es un fiador¹²¹, o, en

¹¹⁶ Cinco textos: Cels.28 *dig.*-D.39,5,21pr.: *Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: ...*; Tryph.7 *disp.*-D.46,2,33: *Si Titius donare mihi volens delegatus a me creditori meo stipulanti sponndit, ...*; Paul.71 *ad ed.*-D.44,4,5,5: *Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, ...*; Paul.14 *quaest.*-D.42,1,41pr.: *... si te donaturum mihi delegavero creditori meo, ...* Hermog.6 *iur. epit.*-D.39,5,33,3: *... si delegante eo, qui donatum erat accepturus, creditori eius donator promiserit: ...*

¹¹⁷ Empleamos este verbo, quizá infrecuente en la romanística, como traducción de "anweisen", para referirnos al *iubere* del delegante.

¹¹⁸ Los textos son tres: Pap.3 *resp.*-D.14,3,19,3: *... quod autem pro eo, [qui] <cui> pecuniam faeneravit, per delegationem alii promisit (sc. servus), a domino recte petetur, cui pecuniae creditae contra eum qui delegavit actio quaesita est.* Ulp.31 *ad Sab.*-D.23,3,5,8: *Si filius familias mutuatus creditorem delegaverit, ut daret pro filia dotem, ...* También actúa como mutuante el esclavo que se deja delegar por los compradores de grano en Paul.1 *decr.*-D.14,5,8 (*infra* §70 n^o9).

¹¹⁹ Marcell.7 *dig.*-D.23,3,59pr.: *... promissura viro dotem possit delegante eo alteri promittere ... his enim casibus viro dos quaeritur.*

¹²⁰ El delegatario aparece como *creditor* del delegante en: Cels.28 *dig.*-D.39,5,21pr.: *Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: ...*; Afr.4 *quaest.*-D.16,1,17pr.: *Vir uxori donationis causa rem viliori pretio addixerat et in id pretium creditori suo delegaverat. ...*; Ven.3 *de stip.*-D.46,2,31,1: *... quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem (sque ab eo stipulatus fuerit)? ...*; Pap.11 *resp.*-D.46,3,96pr.: *Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: ...*; Tryph.7 *disp.*-D.46,2,33:

Si Titius donare mihi volens delegatus a me creditori meo stipulanti spondit, ...; Ulp.27 ad ed.-D.46,2,11pr.-1: Delegare est vic: sua alium reum dare creditori vel cui iusserit. (1) Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem; Ulp.29 ad ed.-D.16,1,8,2: Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem eius, ... Marcellus ... notat, esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdetur, ... an vero quasi debetrix delegetur ...; Ulp.[38]<28> ad ed.-D.46,2,13: Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo, ...; Ulp.76 ad ed.-D.44,5,1,10: Quod si patronus libertum suum delegaverit creditori, an adversus creditorem, cui delegatus promisit libertatis causa onerandae, exceptione ista uti possit, videamus ...; Paul.71 ad ed.-D.44,4,5,5: Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, ... Paul.2 ad leg. Iul et Pap.-D.38,1,37,4: Sed si creditori suo libertum patronus delegaverit, ...; Paul.5 ad Plaut.-D.17,1,45,7: ... tunc enim liberatur is qui debitorem delegat, si nomen eius creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipuletur. Paul.14 quaest.-D.42,1,41pr.: ... si te donaturum mihi delegavero creditori meo, ...; Hermog.6 iur. epit.-D.39,5,33,3: ... si delegante eo, qui donationem erat accepturus, creditori eius donator promiserit ...; Hermog.6 iur. epit.-D.44,4,16: Si debitor a furioso delegatus creditori eius solvat, ... — El delegante aparece como *debitor* del delegatario en: Gai.3,130: A persona in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi. Ulp.29 ad ed.-D.16,1,8,3-4: Interdum intercedenti mulier et conditio competit, ut puta si contra senatus consultum obligata debitorem suum delegaverit: ... solvit enim et qui reum delegat. (4) Sed si is, qui a muliere delegatus est, debitor eius non fuit, ...; Paul.32 ad ed.-D.17,1,22,2: ... debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat ... — También delega como *deudor*: a) El vendedor que debe el precio al *prius emptor*, en Pap.3 resp.-D.18,2,20: Prior emptor post meliorem condicionem oblatam ob pecuniam in exordio venditori de pretio solutam contra secundum emptorem citra delegationem iure stipulationis interpositam agere non potest. La frase *citra-interpositam* ha sido criticada (vid. *Index Itp.*) sin razón suficiente: vid. D'ORS, *Varia Romana* III, en *AHDE*.15(1944) 682. b) El heredero gravado con un legado en favor de su hermana, en Pap.11 resp.-D.46,3,96,2: Soror, cui legatum ab herede fratre debebatur, post motam legati quaestionem transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret. placuit, quamvis nulla delegatio facta ... (vid. *supra* §3 n.62). c) El liberto que delega a su deudor en favor del patrono, que había estipulado de aquél para gravar su libertad: Ulp.76 ad ed.-D.44,5,1,11. d) El comprador del grano que delega al esclavo *praepositus*, en Paul.1 *decr.*-D.14,5,8, como deudor de los vendedores delegatarios (*infra* §70 n.º9). — En algunos textos en los que el jurista se refiere al delegatario como *creditor*, puede dudarse si ello significa que lo era del delegante, o simplemente que lo es del delegado, en virtud de la promesa de éste: Paul.31 ad ed.-D.46,2,12: Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, ... sed si per ignorantiam promiserit credituri, ... El giro *suum recepit* permite deducir (*infra* §106 y n.474) que el delegatario es acreedor del delegante. Paul.69 ad ed.-D.46,2,19: Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. ... nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuum pecuniam contra senatus consultum (sc. *Macedonianum*) dederat, ... Al final del texto, se aclara que el delegante era deudor del delegatario: ... quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est ... Pero la frase no debe ser de sospechas: vid. *Index Itp.* — También parece referirse al acreedor que acepta el pago como delegatario en lugar de exigir el pago en metálico Ulp.32 ad ed.-D.50,16,187: Verbum "exactae pecuniae" non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delegationem.

general, alguien (ordinariamente en los textos, una mujer) que intercede por otro¹²². En todos estos supuestos, dado que, con su *iussum*, el delegante asume lo hecho también por el delegado, la entrega o promesa de éste al delegatario vale como he-cha por el delegante mismo, en cuanto ejecución del convenio causal de *solvere* delegante-delegatario.

Sin embargo, la delegación también puede servir al delegante para constituir una dote¹²³. En lugar de entregar o prometer él mismo, el constituyente delega a otro para que entregue o prometa. De modo semejante, quien tiene intención de donar¹²⁴ o de prestar¹²⁵ puede valerse de la delegación para ello. En estos casos, el delegatario recibe o estipula del delegado sobre la base de un convenio causal -de *dotem dare*, *donare* o *credere*- con el delegante.

§8 Como síntesis del precedente análisis de las fuentes, podemos proponer, a modo de definición, la siguiente: la delegación es una declaración de

¹²¹ Iul.90 *dig.*-D.46,1,18: ... *si fideiussor debitorem suum delegaverit*, ...; Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26,2: *Abesse intellegitur pecunia fideiussori etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori*, ...

¹²² Gai.9 *ad ed. prov.*-D.16,1,5: ... *si vendiderit (sc. mulier intercessura) rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit sive emptorem delegavit creditori alieno*, ...; Ulp.29 *ad ed.*-D.16,1,8,5 y 6: *Plane si mulier intercessura debitorem suum delegaverit*, ... (6) *Sed si eum delegaverit qui debitor eius non fuit*, ...

¹²³ Tryph.11 *disp.*-D.23,3,78,5: *Si marito dotis nomine stipulanti promisit per errorem is, qui exceptione tutus erat, ne solvat, ... habebit conditionem adversus mulierem aut patrem, uter eorum delegavit*, ...; Ulp.76 *ad ed.*-D.44,4,4,21: *Sed et si mulier post admissum dolum debitorem suum marito in dotem delegaverit*, ...; Ulp.31 *ad Sab.*-D.23,3,5,8: *Si filius familias mutuatus creditorem delegaverit, ut daret pro filia dotem*, ...; Paul.6 *ad Plaut.*-D.23,3,56pr.: *Si is qui Stichum mulieri debet in dotem delegatus sit* ...

¹²⁴ Iul.60 *dig.*-D.39,6,18,1: *Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris*, ...; Pap.12 *resp.*-Vat.263: *Eam quae bona sua filiis per epistulam citra stipulationem donavit, si ... nec interpositis delegationibus ... actiones novavit, nihil egisse placuit*. Ulp.44 *ad ed.*-D.38,5,1,16: ... *quid ergo, si delegatus emptor solvit ei cui donabat libertus ...?* Paul.14 *quaest.*-D.42,1,41pr.: ... *an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui donare volebam, te delegavero?* ... También es a título de liberalidad que el padre concede a su hijo emancipado retener el peculio, y le delega los deudores del mismo: Pap.12 *resp.*-Vat.260: *Filius emancipatus, cui pater peculium non ademit ... debitores convenire non potest neque lites peculiares prosequi, si non sit in rem suam cognitor datus aut nominum delegationes intervenerunt* ... (vid. *supra* §3 n^o9)

¹²⁵ No existe ningún ejemplo de convenio de *credere* delegante-delegatario entre los textos que emplean *delegare/delegatio*, pero no hay razón para excluirlo: los textos con *iubere/iussum* prueban que no sólo es posible, sino frecuente: Cels.5 *dig.*-D.12,1,32; Afr.8 *quaest.*-D.17,1,34pr.; Maecian.5 *de fideic.*-D.36,1,65,4; Ulp.31 *ad ed.*-D.12,1,15; Marcian. *sing. ad hyp. form.*-D.46,3,49.

voluntad en cuya virtud una persona (delegante¹²⁶) dispone, en favor de otra (delegatario¹²⁷), de la atribución patrimonial que se encuentra en situación de recibir de un delegado¹²⁸, estableciendo que éste la realice (de ordinario mediante entrega o promesa¹²⁹) directamente en favor del delegatario. Por extensión, se denomina más comúnmente delegación al tipo negocial complejo formado por tal manifestación de voluntad y su ejecución (entrega, promesa, etc.): en este sentido, más amplio, la delegación es el negocio (entrega, promesa, etc.) ejecutado entre delegado y delegatario por disposición de un delegante, cuya intención es realizar en favor del delegatario una atribución patrimonial (pago, donación, préstamo, dote, etc.) equivalente a la que el delegado pretende realizar (igualmente como pago, donación, préstamo, dote, etc.) en su favor¹³⁰. También nosotros emplearemos normalmente el término en este sentido amplio.

La declaración de voluntad del delegante (delegación *stricto sensu*) es un *iussum*¹³¹, no sólo en el sentido genérico de "disposición", sino en el técnico de "asunción frente a un tercero de lo hecho por otro": el delegante asume frente al delegado lo hecho por el delegatario, así como frente a éste lo hecho por aquél¹³². Como *iussum* que es, la *delegatio* no genera obligación de cumplimiento en quien la recibe¹³³, es informal¹³⁴, revocable¹³⁵ y se extingue por la muerte de quien lo dio¹³⁶.

¹²⁶ *Delegans* se encuentra como sustantivo sólo en Paul.69 *ad ed.*-D.46,2,19pr. Ordinariamente, las fuentes se refieren al delegante con el giro *is qui delegat*.

¹²⁷ **Delegatarius* no existe. Las fuentes emplean el giro *is cui aliquis delegatur*.

¹²⁸ *Delegatus* no aparece en las fuentes como sustantivo, sino como participio, para designar al delegado se usa el giro *is qui delegatur*.

¹²⁹ Aunque hay otras posibilidades: vid. *infra* §24 s.

¹³⁰ Cfr. SACCONI, *Delegazione* p.1: "Col termine *delegatio* le fonti indicano, nel campo del diritto delle obbligazioni, un'operazione giuridica conclusa fra tre soggetti (delegante, delegato e delegatario) con cui, attraverso un unico atto di traslativo o promissorio, posto in essere tra delegato e delegatario dietro *iussum* del delegante, il delegato mira ad effettuare un'attribuzione patrimoniale al delegante e il delegante al delegatario".

¹³¹ Vid. *supra* §3 y n.25. Sobre el *iussum*, vid. *infra* §41 ss.

¹³² Vid. *infra* §9.

¹³³ C.8,41(42),1: *Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulanti promittente debitore, iure perfici non potest* [a. 223]. C.8,41(42),6: *Nec creditoris creditori quisquam invitus delegari potest* [a. 294].

¹³⁴ Ulp.8 *ad ed.*-D.46,2,17: *Delegare scriptura vel nutu, ubi dari non potest, debitorem suum quis potest*.

¹³⁵ Cfr. Gai.2 *de verb. obl.*-D.46,3,106

¹³⁶ Cfr. Paul.2 *manual.*-D.46,3,108.

Muy distinta de la que hemos propuesto es la supuesta definición¹³⁷ de Ulpiano en el ya citado (nº6) Ulp.27 *ad ed.*-D.46,2,1 lpr.-1:

Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit. (1) Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem.

Hemos visto (*supra* §3) que *delegare* y *delegatio* se refieren aquí conjuntamente a la delegación propiamente dicha y a la cesión de acciones por *procuratio in rem suam*, que la *litis contestatio* perfecciona. Ya esto puede sorprender, pero el texto ha causado perplejidad, sobre todo, por cuanto la noción de delegación que contiene resulta exageradamente limitada¹³⁸: no sólo queda excluida la de entregar, sino que incluso la de prometer se reduce al supuesto de que el delegante sea deudor del delegatario y presente al delegado para ocupar su lugar (delegación pasiva)¹³⁹. Una buena explicación de esta anomalía¹⁴⁰ la proporciona la ubicación que Lenel¹⁴¹ conjetura para el pasaje: *ad*

¹³⁷ El texto ha sido esgrimido como definición "legal" de la delegación desde los Glosadores a la Pandectística. Todavía v. SALPIUS, pp.31 y 47, DANZ, art. cit., en *JJB*.19(1881) 80 s., y GOLDSCHMIDT, art. cit., en *SZ*.10(1889) 387, hablan de "Legaldefinition"; también GRADENWITZ, art. cit., en *SZ*.8(1887) 280, considera el texto como una definición. No es de extrañar, por tanto, que el concepto de delegación haya estado durante siglos condicionado por este fragmento ulpiano: vid. *supra* §7 n.109.

¹³⁸ Así: v. SALPIUS, p.47; BERNSTEIN, *De delegationis natura* (Diss.) (Berlin 1865) p.4.; SALKOWSKI, *Novation* p.123 n.44; SERAFINI, en ARNDTS, *Pandette* II² p.176 n.8; BRUGI, p.707; BRINZ, *Pandekten* II² p.379 n.43; THÖL, *Das Handelsrecht* I⁶ (Leipzig 1879) §333 n.4.; GOLDSCHMIDT, art. cit., en *SZ*.10(1889) 387; CUGIA, *Delegazione* p.47; ENDEMANN, p.10.

¹³⁹ El texto no presupone, en cambio, contra DE RUGGIERO, art. cit., en *AG*.63(1899) 236 s., que también el delegado sea deudor del delegante. Sobre la interpretación de *alius reus* que conduce a De Ruggiero a este error, vid. las pertinentes observaciones de ENDEMANN, p.8.

¹⁴⁰ Menos convincente es la solución que propone v. SALPIUS, p.47 s., seguida por DANZ, art. cit., en *JJB*.19(1881) 81 y n.1. Ellos, para dar cabida al supuesto de que el delegante no sea deudor del delegatario, interpretan la coletilla final como si dijese *vel (sc. reum dare) cui <delegans> iusserit <promitti>*. Pero esto resulta forzado: obliga a entender *reum dare* como referido a un nuevo deudor y, a la vez (para dar sentido a la frase final), a un nuevo estipulante. Parece más natural pensar, como sujeto de *iusserit*, en el recién mencionado *creditor* (delegatario), de modo que la frase sería una alusión a la posibilidad de delegaciones sucesivas: vid. *infra* §9 y n.158. Por otra parte, la interpretación de v. Salpius no resuelve el problema, ya que sigue quedando fuera la delegación de dar. Por todo ello, la doctrina se inclina, con la excepción de LEONHARD, art. cit., en *RE*.IV 2 col.2429, que considera igualmente viables ambas interpretaciones, por mantener, contra v. Salpius, *creditor* como sujeto de *iusserit*. WITTE, p.342; BRUGI, p.707; GRADENWITZ, art. cit., en *SZ*.8(1887) 298; GOLDSCHMIDT, art. cit., en *SZ*.10(1889) 391; WINDSCHEID, *Die indirekte Vermögensleistung*, en *Festgabe O. Müller* (Leipzig 1892) p.23 ss.; WENDT, *Das allgemeine Anweisungsrecht* (Jena 1895) p.132 [en adelante citado simplemente por el nombre del autor y la página], señala la construcción semejante en *Cato Agr.*146: *Recte haec dari fierique satisque dari domino aut cui iusserit promittito satisque dato arbitrato domini*, DE RUGGIERO, art. cit., en *AG*.63(1899) 237; EISELE, art. cit., en *SZ*.30(1909) 149 s.; CUGIA, *Delegazione* p.60; HAEBERLIN, p.102; HEUMANN-SECKEL, p.291 (s.v. *tubere*); ENDEMANN, p.9.

formulam de pecunia constituta. Según Lenel, Ulpiano sólo pretendía, en este texto, aclarar que "*per constitutum delegatio non fit*"¹⁴²: es decir, que, aunque sobrevenga un *constitutum debiti alieni* en favor de un deudor, éste no se libera, porque el *constitutum* no sirve para realizar aquella delegación con la cual el deudor, proporcionando en su lugar un nuevo deudor, queda libre¹⁴³. Entendido así el texto, se explica que Ulpiano se refiera sólo a la delegación de prometer apoyada en una previa obligación delegante-delegatario: ésta es la única que ofrece puntos de comparación con el *constitutum debiti alieni*. El pasaje ulpiano fue desgajado de su contexto por los compiladores, y convertido así en lo que nunca había sido: una definición de la *delegatio*¹⁴⁴.

§9 De los textos que hemos revisado se puede inducir una característica esencial de la delegación: la entrega o promesa del delegado al delegatario se justifica no por un convenio causal entre ellos¹⁴⁵, sino por sendos convenios de ambos con el delegante¹⁴⁶, en cuya virtud, éste actúa a la vez como *solvens*, donante, mutuante o constituyente de dote, respecto del delegatario, y como acreedor que cobra, donatario, mutuario o destinatario de la dote, respecto del delegado.

¹⁴¹ LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II (Lipsiae 1889) col. 579 ad Ulp. 797.

¹⁴² LENEL, *ibid.* n. 5.

¹⁴³ CUGIA, *Delegazione* p. 47 s. La precisión de Ulpiano no era tan ociosa como puede parecer: en un rescripto del 294-305, parece admitirse ya el *constitutum* como modo de ejecutar una delegación: C. 8,43,7.

¹⁴⁴ La idea de que Ulpiano no pretendía dar una definición de la delegación había sido ya defendida, contra v. Salpius, por WITTE, p. 342. Vid. también: EISELE, art. cit., en *SZ* 30(1909) 149 ss.; HAEBERLIN, p. 102, ENDEMANN, p. 11. Sobre la intención que movía a los compiladores, vid. BONIFACIO, art. cit., en *NNDI*. V p. 326.

¹⁴⁵ v. SALPIUS, p. 54; BERNSTEIN, *Delegationis Natura* p. 43; RUTSAERT, p. 222 s.; CUGIA, *Delegazione* p. 31: "Ma il negozio giuridico concluso tra delegato e delegatario è astratto, vale a dire che tra delegato e delegatario è senza causa. ... Concluso il negozio giuridico questo se è astratto tra le parti trova invece due cause diverse e indipendenti tra il delegante e il delegato e tra il delegante e il delegatario"; HAEBERLIN, p. 115: "Die Leistung im Vollzugsverhältnis ist ein reines Abstraktum, das die Grundlagen seiner Wirkung, seinen Zweck und Erfolg in Valute und Deckung findet". KASER, art. cit., en *SZ* 77(1960) 466 s. — Consecuencia de este carácter "abstracto", entre delegado y delegatario, del negocio realizado entre ellos, es que, cuando se trata de una *stipulatio*, el delegado promitente no podrá, de ordinario, alegar (ni siquiera *exceptionis ope*) frente a la reclamación del delegatario, los defectos de las relaciones causales subyacentes: vid. *infra* §21 y nn. 279-281. Ello supone un nivel de abstracción mayor que el que la *stipulatio* presenta de por sí.

¹⁴⁶ HAEBERLIN, p. 105; v. LOBTOW, *Darlehensbegriff* p. 30. Esto fue estudiado extensamente, para la delegación de *tradere*, por BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione (contributo alla teoria della delegazione a dare)*, en *BIDR*. 41(1933) 143 ss.

Es el *iussum* del delegante el que hace posible que los dos convenios causales se realicen mediante una sola entrega o promesa¹⁴⁷: porque, en virtud del *iussum*, el delegante asume simultáneamente:

a) como realización del convenio causal con el delegado y frente a éste, lo hecho por el delegatario que recibe o estipula, que vale para el delegado como si el delegante mismo hubiera recibido o estipulado.

b) como realización del convenio causal con el delegatario y frente a éste, lo hecho por el delegado que entrega o promete, que vale para el delegatario como si el delegante mismo hubiera entregado o prometido.

En definitiva, si llamamos A al delegante, B al delegado y C al delegatario, puede decirse que, en virtud del *iussum*, "A erscheint als Empfänger gegenüber dem B, als Geber gegenüber dem C"¹⁴⁸.

Ordinariamente, los textos revisados informan sobre los dos convenios causales que subyacen a la delegación. Pero no siempre ocurre así¹⁴⁹. En ocasiones, cuando para el problema planteado en el texto sólo interesa la relación con el delegado o con el delegatario, el otro convenio permanece indeterminado. Así, en algún texto, no podemos saber cuál es el convenio causal que, subyacente entre delegado y delegante, permite a éste delegar a aquél¹⁵⁰. Más numerosos son los que dejan en la indeterminación el convenio causal entre delegante y delegatario¹⁵¹, que mueve al primero a delegar en favor

¹⁴⁷ TALAMANCA, p.918. Sobre el papel del *iussum* en la delegación, vid. más detalladamente, *infra* §50.

¹⁴⁸ V. SALPIUS, p.43.

¹⁴⁹ De los 56 textos en que un supuesto de delegación es descrito con *delegare/delegatio*, hay (vid. *supra* §7 nn.111-119) 42 en los que el convenio causal delegado-delegante es de *solvere*, 5 de *donare*, 3 de *credere* y 1 de *dotem dare*. Pero los 5 textos restantes no nos proporcionan información al respecto. Por lo que se refiere al convenio delegante-delegatario, éste es, como sabemos (vid. *supra* §7 nn.120-124), de *solvere* en 32 textos, de *donare* en 5, de *dotem dare* en 4. Como Paul.14 *quaest.*-D.42,1,41pr. pertenece a la vez a los grupos de *solvere* y de *donare*, eso suma 40 textos. Los 16 restantes no precisan la causa por la que el delegatario recibe o estipula.

¹⁵⁰ Gai.3,130, Ulp.27 *ad ed.*-D.46,2,11pr. y 1 y Ulp.32 *ad ed.*-D.50,16,187. En todos ellos, sabemos que el delegante pretende pagar al delegatario, pero no se dice nada de su relación con el delegado. Sobre el texto que falta para llegar a los cinco anunciados (*supra* n.149), vid. *infra* n.152.

¹⁵¹ En la mayoría, es la (a veces sólo supuesta) condición de deudor del delegado lo que permite al delegante girarlo en favor del delegatario: Pomp.21 *ad Sab.*-D.46,3,19; Pomp.21 *ad Q.Muc.*-D.47,2,76(75); Pap.3 *resp.*-D.46,2,27; Pap.3 *resp.*-D.16,1,27,2; Ulp.8 *ad ed.*-D.46,2,17; Ulp.26 *ad ed.*-D.12,6,26,12; Ulp.5 *ad Sab.*-D.46,2,4; Ulp.41 *ad Sab.*-D.47,2,43,2; Paul. *de interc. fem.*-D.16,1,24pr.-1; Paul.1 *ad Plaut.*-D.26,8,18; Paul.17 *ad Plaut.*-D.15,1,48,1; Paul.6 *ad Sab.*-D.46,3,15. Otras veces, el delegado se deja girar porque pretende constituir una dote a

del segundo. Pero, naturalmente, una cosa es que uno de los convenios causales quede indeterminado¹⁵² porque no interesa al caso planteado, y otra muy distinta que con un solo convenio pueda haber delegación. De estos textos no se puede deducir que un solo convenio causal sea suficiente. Al contrario, bajo el que no es mencionado quedan abiertas las cuatro posibilidades¹⁵³ que hemos recogido de los textos más explícitos.

Es claro que entre delegado y delegante, como entre delegante y delegatario, no tiene por qué existir una relación jurídica previa sobre la que opere la delegación¹⁵⁴. Tal relación existe -la deuda- cuando el delegado es deudor del delegante, o éste del delegatario; pero no en los demás casos, porque el convenio de *donare*, de *credere* o de *dotem dare* no se apoyan, al contrario que el de *solvere*, en una relación jurídica previa, ni constituyen ellos mismos (como tampoco el de *solvere*) una relación jurídica. Por eso puede resultar engañosa la terminología habitual, proveniente de Thöl¹⁵⁵, que habla de "relación de cobertura" (*"Deckungsverhältnis"*) entre delegado y delegante, y "relación de valuta" (*"Valutaverhältnis"*) entre delegante y delegatario¹⁵⁷.

favor del delegante (Marcell.7 dig.-D.23,3,59pr.), o como mutuante (Pap.3 resp.-D.14,3,19,3). Para el texto que falta, vid. *infra* n.152.

¹⁵² Excepcionalmente, los dos, en Paul.18 ad ed.-D.12,2,26,2: *Iurisiurandi condicio ex numero esse potest videri novandi delegandive*, ... Es natural que el texto no informe sobre los convenios causales, porque éstos dependen del caso concreto, mientras que Paulo no describe un supuesto de delegación, sino que sólo alude a ella.

¹⁵³ *Solvere, credere, donare o dotem dare*. Estos son los únicos convenios posibles cuando la delegación de *tradere* se refiere, como es habitual, a la entrega de dinero (*numeratio pecuniae*). Sin embargo, cabe también la delegación de dar una cosa específica, y entonces la causa puede consistir en un convenio de *emere*: cfr. Marcell.8 dig.-D.21,2,61: *Si quod a te emi et Titio vendidi, voluntate mea Titio tradideris, de evictione te mihi teneri, sicuti si acceptam rem tradidissem, placet*. Cuando la delegación consiste en *tradere*, ningún otro convenio, aparte de estos cinco, sirve como justa causa. La causa de la *stipulatio*, en cambio, no tendría por qué consistir en una de estas típicas; no obstante, son las más normales y, desde luego, las únicas que encontramos en los supuestos de delegación de prometer descritos en las fuentes.

¹⁵⁴ Vid., por todos, CUGLIA, *Delegazione* p.29 y BONIFACIO, art. cit., en *NNDI*. V p.326.

¹⁵⁵ THÖL, *Handelsrecht* I^o p.1098 ss. (§§ 335-336); MEYERFELD, *Die Lehre von den Schenkungen* I (Marburg 1835) p.241 ss. Se hacen habituales a partir de v. SALPIUS, p.43 ss.

¹⁵⁵ Llamada frecuentemente "de provista".

¹⁵⁷ Esta terminología se adaptaba bien a las ideas imperantes en la época, que tendían a reducir la delegación al supuesto descrito por Ulpiano en la "definición" (*supra* §8) de D.46,2,11pr. Esencial a la delegación era entonces la deuda delegante-delegatario, de modo que siempre había "Valutaverhältnis"; podía luego distinguirse entre delegación de deuda (cuando además el delegado era deudor del delegante) y delegación "al descubierto" (cuando faltaba la deuda delegado-delegante constitutiva de "Deckungsverhältnis"). — En su lugar, nosotros

En relación al doble convenio causal, hay que advertir, finalmente, que nada impide que el delegatario, en cuyo favor ha sido girado el delegado, en lugar de recibir o estipular él mismo, lo gire a su vez en favor de un nuevo delegatario, que a su vez puede girarlo de nuevo, y así sucesivamente¹⁵⁸. Entonces, por cada nueva delegación superpuesta, se añade a los anteriores un nuevo convenio causal, entre el nuevo delegatario y el antiguo que giró al delegado en su favor. Un ejemplo de delegación con tres convenios causales lo proporciona Iul.60 *dig.*-D.39,6,18,1: *Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, ...* Aquí hay: entre el delegado (*debitor tuus*) y el delegante (*tu*), un convenio de *solvere*; entre éste y *ego* (primer delegatario), de *donare mortis causa*; entre *ego* y el delegatario final (*creditor meus*), de nuevo de *solvere*.

§10 Empleando el término en su sentido más restringido (es decir, prescindiendo de su ejecución por el delegado), la delegación se reduce al *iussum* del delegante apoyado sobre un doble convenio causal con delegado y delegatario. Así pues, en la delegación, como en cualquier otro negocio provisto de una causa jurídicamente relevante, pueden distinguirse dos niveles: el nivel negocial propiamente dicho (*iussum*) y el nivel causal (convenio de cobertura y de valuta)¹⁵⁹. Pero ordinariamente se entiende que la delegación comprende tanto el *iussum* como su ejecución por el delegado: en este sentido amplio, se distinguen, por tanto, dos fases en la delegación¹⁶⁰. Hasta ahora

hablaremos normalmente de convenios causales o atribuciones patrimoniales de cobertura y valuta.

¹⁵⁸ Cfr. CUGIA, *Delegazione* p.31. A un giro ulterior de este tipo se refiere (*supra* §8 y n.140) Ulp.27 *ad ed.*-D.46,2,11pr.: *Delegare est vice sua alium rem dare creditori, vel cui iusserit* (sc. *cui creditor iusserit*). Cfr. GRADENWITZ, art. cit., en SZ.8(1887) 298; GOLDSCHMIDT, art. cit., en SZ.10(1889) 387 ss.; ENDEMANN, p.9 s.

¹⁵⁹ Vid., ampliamente, COSENTINO, *Osservazioni in tema di "mandatum" e di "delegatio"*. *Contributo alla dogmatica della delegazione di credito in Diritto romano*, en BIDR.69(1966) 305 ss. [en adelante, citado simplemente por el nombre del autor y el número de página]. COSENTINO, p.307 s., habla, además, de un nivel "iperdelegatorio", en el que él sitúa los negocios que se añaden a la delegación sin formar parte de ésta: así, señaladamente, el contrato de mandato que surge entre delegante deudor (A) y delegatario acreedor (C), cuando A asume el *periculum* que para C representa la aceptación de un nuevo deudor delegado en lugar de A (Se trata de un mandato de garantía semejante al *pecuniae credendae*: lo que el delegatario no consiga del delegado lo puede exigir, mediante la *a. mandati "contraria"*, del delegante; del mismo modo que, en el *mandatum pecuniae credendae*, no se confunde el contrato de mandato con el préstamo al que se añade como garantía, tampoco aquí con la delegación. Sobre este mandato, vid. *infra* §109).

¹⁶⁰ Cfr. GIDE, p.388; ANDREOLI, *I fondamenti del negozio delegatorio*, en RISG.7(1932) 391 ss.; HAEBERLIN, p.103; ENDEMANN, p.15 ss.; COSENTINO, p.304.

nos hemos fijado en la primera, centrando nuestra atención en el *iussum* y, especialmente, en el doble convenio causal. Ha llegado el momento de ocuparnos de la segunda fase: la ejecución. Pero invertiremos, a efectos expositivos, el orden lógico, y antes de intentar un elenco de los distintos negocios (*traditio*, *stipulatio*, ...) en que la ejecución de la delegación puede consistir, analizaremos las consecuencias de dicha ejecución.

El doble convenio causal subyacente a la delegación hace que, ejecutada ésta, se considere a efectos obligacionales (no de Derecho real)¹⁶¹ que se ha producido una doble *datio*, es decir, una doble atribución patrimonial¹⁶². En efecto, si llamamos causa a este convenio de *solvere*, *donare*, *credere* o *dotem dare* es porque funciona como *causa adquirendi*: del convenio no surge obligación alguna; toda su virtualidad consiste en hacer posible la adquisición de un bien o derecho mediante un acto jurídico que encuentra en él la justificación de sus efectos. Dedicaremos los siguientes §§ a la doble atribución patrimonial: en primer lugar (§11-§14), en la delegación de *tradere*; luego (§15-§21), en la de *promittere*.

III LA DOBLE ATRIBUCION PATRIMONIAL EN LA DELEGACION DE TRADERE

¹⁶¹ Vid. *infra* §12.

¹⁶² Cfr. v. SALPIUS, p.43: "Die einfache Leistung des angewiesenen Objects von B. an C. bringt eine doppelte Vermögenszuwendung zu Stande, eine von B. an A., und eine von A. an C.", GOLDSCHMIDT, art. cit., en SZ.10(1889) 389: "Durch Realisirung der Anweisung wird eine doppelte Vermögenszuwendung bewirkt, des Deleganten an den Delegatar und des Delegaten an den Deleganten". Vid. también: LOTMAR, *Über causa im römischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Rechtsgeschäften* (München 1875) pp.99 ss., 115 ss.; BRUGI, p.708. Ordinariamente se dice "doble prestación": así, WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* II⁷ (Frankfurt a. M. 1891) §412 (p.493 ss.), habla de una doble "indirecte Vermögensleistung". Pero el término "prestación" se refiere ordinariamente a la "prestación debida", cuyo cumplimiento constituye pago, y, aun entendiéndola en un sentido más amplio, parece difícil considerar como tal la simple promesa del delegante: que, sin embargo, en la medida en que proporciona un crédito al delegatario constituye una atribución patrimonial (como lo prueba el que sea base suficiente para la *condictio* del delegante contra el delegatario y del delegado contra el delegante: *infra* §16 ss.). — GIDE, p.450 s., y DUQUESNE, *Donatio, Delegatio, Condictio* (Celse, D.,39,5,21,1, et Paul., D.,44,4,5,5), en *Mélanges P. F. Girard* I (Paris 1912) p.413, insisten en que "l'idée de ramener toute délégation, faite par datio réelle ou par promesse, à des dations fictives n'est qu'une métaphore employée par certains jurisconsultes romains pour traduire dans un langage plus expressif certaines conséquences de la délégation, notamment son assimilation partielle à un paiement". Esta observación tiene el valor de resaltar que la doble atribución patrimonial se produce en la delegación "virtualmente" (es preferible hablar de dación "virtual" que de "ficción" o la "metáfora"). Pero es ir demasiado lejos el afirmar: "elle (i.e., la idea de una doble *datio*) ne peut servir de base à une construction d'ensemble de la délégation": que una tal construcción es, no ya posible, sino imprescindible para explicar satisfactoriamente los efectos de la delegación ejecutada, lo prueban los §§ siguientes.

§11 Una buena ilustración de la doble atribución patrimonial en la delegación de *tradere*¹⁶³, para el supuesto paradigmático de doble deuda, la proporciona¹⁶⁴:

13) Paul. 14 *ad Plaut.*

D.46,3,64

Cum iussu meo id, quod mihi debes, solvis creditori meo, et tu a me et ego a creditore meo liberor.

La *traditio* del delegado extingue, como una doble *solutio* delegado-delegante y delegante-delegatario, las dos deudas preexistentes. Basándonos en la terminología de Thöl¹⁶⁵, llamamos atribución patrimonial de valuta a la *datio* que se considera que ha experimentado el delegatario: en el caso descrito por Paulo, una *solutio* con la que el delegante se libera de su deuda con el delegatario; pero también, en otros casos, una donación, préstamo o constitución de dote a favor del delegatario. Del mismo modo, llamamos atribución patrimonial de cobertura a la *datio* que virtualmente experimenta el delegado: en este caso, de nuevo, una *solutio* que sirve al

¹⁶³ Preferimos este término a los más usuales -vid., por todos, SACCONI, *Delegazione* p.3-*delegatio "dandi"* o "*ad dandum*" y *delegatio "solvendi"* o "*ad solvendum*" ("Zahlungsanweisung"). Tampoco estos giros más usuales aparecen en las fuentes, aunque resulta exagerado decir -COSENTINO, p.303, citando a BETTI, *Istituzioni* II 1 p.106 n.19- que "tale qualifiché sono da ritenersi completamente estranee alla terminologia dei giuristi romani". *Delegatio solvendi* es la sustantivación de un giro que encontramos en Ulp.41 *ad Sab.*-D.47,2,43,2: *Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, ...*; pero también, más remotamente, en: Pap.3 *resp.*-D.12,6,57,1: *... si nominatim, ut maior pecunia solveretur, delegavit (sc. creditor) ...*; Pap.11 *resp.*-D.46,3,96pr.: *Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori eius solvit ...*; Ulp.26 *ad ed.*-D.12,6,26,12: *... sed si solverit (sc. libertus) officiales (sc. operas) delegatus, ...*; Ulp.44 *ad ed.*-D.38,5,1,16: *... si delegatus emptor solvit ei cui donabat libertus ...*; Hermog.6 *iur. epit.*-D.44,4,16: *Si debitor a furioso delegatus creditori eius solvat, ...* Como puede verse, se trata siempre de alguien que se deja delegar para pagar al delegante. A causa de este significado, demasiado restringido, de las expresiones *delegatio "solvendi"/"ad solvendum"*, se habla con frecuencia de *delegatio "dandi"/"ad dandum"*; estos giros encuentran apoyo (remoto) únicamente en dos textos: Ulp.31 *ad Sab.*-D.23,3,5,8: *Si filius familias mutuatus creditorem delegavit, ut daret pro filia dotem, ...*; Paul.1 *decr.*-D.14,5,8: *... cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat (sc. servus) dare pretium hordei, conveniret dominum ...* Por otro lado, el delegado no da propiamente al delegatario, sino que, entregando al delegatario, da (i.e. paga, dona, presta, etc.) al delegante y éste al delegatario; cuando estos dos textos dicen *delegavit ut daret, delegatus fuerat dare*, se refieren en realidad a que alguien es delegado para entregar al delegatario lo que había de dar al delegante. Por eso preferimos hablar de delegación de *tradere*. Es cierto que este giro no comprende la delegación a ejecutar mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, pero tales hipotéticos supuestos de delegación no aparecen tampoco en las fuentes.

¹⁶⁴ Cfr. CUGIA, *Delegazione* p.32; HAEBERLIN, p.109; ENDEMANN, p.28.

¹⁶⁵ Vid. *supra* §9 y nn.155-157.

delegado para liberarse del delegante; en otros casos, una donación, préstamo o constitución de dote a favor del delegante. De estas dos atribuciones patrimoniales, nos ocuparemos en primer lugar de la de valuta delegado→delegatario, que resulta mucho más evidente que la de cobertura delegado→delegante, porque, a diferencia del delegante, el delegatario adquiere un bien material: de ordinario, unas monedas que el delegado le entrega.

§12 Que la delegación genera una atribución patrimonial de valuta delegado→delegatario significa que, aunque las monedas que el delegatario recibe pertenecen al delegado y es él quien las entrega, se considera que el delegatario adquiere del delegante, no del delegado. Sirvan como testimonio los siguientes casos recogidos de las fuentes:

a) Lo que alguien (delegado) entrega, por delegación del deudor (delegante), al acreedor (delegatario), es como si éste lo hubiese cobrado del deudor mismo¹⁶⁶: Ulp.29 *ad ed.*-D.16,1,8,3 (nº15): ... *solvit enim et qui reum delegat*; Ulp.32 *ad ed.*-D.50,16,187 (nº44): *Verbum "exactae pecuniae" non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delegationem.*

b) Si yo (delegante) dispongo que quien me iba a donar *mortis causa* (delegado) entregue a mi mujer (delegataria), estamos ante una donación entre cónyuges (i.e., delegante→delegataria) prohibida: Iul.17 *dig.*-D.24,1,4 y Scaev.3 *quaest.*-D.24,1,56.

c) Si con la intención de prestarte dispongo que recibas dinero de mi deudor (delegado), se admite que tú (delegatario) lo adquieres como prestado por mí (delegante): Afr.8 *quaest.*-D.17,1,34pr.

d) La dote es profecticia, es decir, proviene del padre, también si él (delegante) dispuso que otro (delegado) la entregara al marido (delegatario): Ulp.31 *ad Sab.*-D.23,3,5,1. Vid. también D.23,3,5,8¹⁶⁷.

Para comprender este fenómeno hay que distinguir entre el plano real y el obligacional. En el plano real, el efecto de la *traditio* es simplemente la adquisición (*datio*) de las monedas (o la cosa de que se trate) por parte de quien recibe. Como lo entregado pertenecía al delegado, no cabe duda de que, a efectos reales, es de éste de quien adquiere el delegatario¹⁶⁸. Pero la adquisición (*datio*)

¹⁶⁶ Aquí se suele citar también Paul.62 *ad ed.*-D.46,3,56: *Qui mandat solvi ipse videtur solvere*. Pero Paulo parece referirse aquí no sólo a la delegación, sino genéricamente a cualquier supuesto de pago por intermediario: vid. *infra* §87.

¹⁶⁷ Sobre el cual, cfr. CUGIA, *Delegazione* p.50 s.

¹⁶⁸ Es decir, es en el derecho del delegado en el que se funda el del delegatario: por ello, éste sólo podrá adquirir si lo entregado pertenecía verdaderamente al delegado: cfr. Paul.5 *ad Sab.*-D.18,1,15,2.

puede producir a su vez consecuencias, ahora en el plano obligacional¹⁶⁹. Así, si la *datio* es una *solutio*, extingue la obligación a la que se refiere; si es un mutuo, genera la obligación de restituirlo al mutuante; lo mismo, si es una donación *mortis causa* y el donante convalece, o una constitución de dote y el matrimonio no llega a celebrarse. Como se ve, estas consecuencias dependen de la causa de la *datio*. Por eso, en relación a las mismas, es natural que se considere *dans* no a quien entregó (delegado) sino a aquél de quien la *datio* trae su causa: el delegante. Es éste, en efecto, quien, mediante la delegación, paga, dona o constituye la dote. El sentido jurídico de los clásicos no podía dejar de reconocer que la adquisición del delegatario se produce por iniciativa y a expensas del delegante, no del delegado¹⁷⁰.

La prueba de que la atribución patrimonial experimentada por el delegatario se considera procedente del delegante la encontramos cuando el delegatario está obligado a restituir lo adquirido por falta de *causa retinendi*. Porque entonces la *condictio* recuperatoria (que, como sabemos, no surge del simple enriquecimiento injustificado, sino de una *datio*) contra el delegatario corresponde al delegante, en ningún caso al delegado, aunque éste fue quien entregó y entregó algo suyo. Así, ante todo, cuando el delegatario recibió como mutuario, pero también cuando cobró un *indebitum* o se constituyó una dote a su favor y no sobrevino el matrimonio:

14) Ulp. 26 *ad ed.*

D.12,1,9,8

... Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederō, tibi acquiritur obligatio, cum cottidie pecuniam mutuum ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.¹⁷¹

¹⁶⁹ Esta distinción entre plano real y obligacional está en el fondo de la explicación que TALAMANCA, p.920, proporciona del funcionamiento de la delegación de dar: "...i giuristi romani erano concordi, ... nel ritenere che la proprietà della cosa oggetto della prestazione si trasferisse dal delegato al delegatario; e che, in virtù dell'autorizzazione insita nella delegatio, la quale faceva sì che tale prestazione dovesse intendersi come fatta al proveniente dal delegante, si attuassero contemporaneamente i rapporti di provvista e di valuta". Vid. también HAEBERLIN, p.103.

¹⁷⁰ Los mencionados Iul.17 *dig.*-D.24,1,4 y Scaev.3 *quaest.*-D.24,1,56 enfatizan este aspecto, en relación al caso del marido (delegante) que dispone que se entregue a su mujer (delegataria) lo que él iba a recibir como donación *mortis causa*. Se trata de una donación prohibida. No hay que pensar -dicen Juliano y Escévola- que, de valer la donación, el marido no se empobrecería: porque si el donante convaleciera, el marido quedaría obligado a restituir, y, aun si el donante muriese, el marido dejaría de adquirir, en favor de su mujer, lo que había de ser suyo.

¹⁷¹ Este texto es problemático en la parte no reproducida, que contiene la célebre *Aristonis sententia* en favor de la adquisición de la *condictio* para el *absens et ignorans* en cuyo nombre alguien entrega dinero propio en mutuo. Vid. SACCONI, *Delegazione* p.173 s.; CLAUS,

15) Ulp.31 *ad ed.*

D.12,1,15.

Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis¹⁷².

16) Ulp.29 *ad ed.*

D.16,1,8,3

Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, ut puta si contra senatus consultum obligata debitorem suum delegaverit: nam hic ipsi competit condictio, quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret: solvit enim et qui reum delegat.

17) Paul.28 *ad ed.*

D.12,1,2,4

In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filius familias et servus dantes peculiare nummos obligant: id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint.

18) Paul.17 *ad Plaut.*

D.12,4,9pr.

Si donaturus mulieri iussu eius sponso numeravi nec nuptiae secutae sunt, mulier condictet. sed si ego contraxi cum sponso et pecuniam in hoc dedi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos acquireretur, si non essent secutae, mihi redderetur, quasi ob rem datur et re non secuta ego a sponso condicam.¹⁷³

Aparte de la *condictio*, pueden encontrarse otras pruebas de que, para los clásicos, el delegatario adquiere del delegante. Considérese, por ejemplo, el siguiente texto:

19) Proc.5 *epist.*

D.23,3,82

Cum uxor virum suum quam pecuniam sibi deberet in dotem filiae communis dare iusserit et id fecisse dicatur, puto animadvertendum esse, utrum eam dotem suo an uxoris nomine dedit: si suo, nihilo minus uxori eum debere pecuniam: si uxoris nomine dederit, ipsum ab uxore liberatum esse.

Una mujer¹⁷⁴ dispone que su marido entregue -al yerno¹⁷⁵-, como dote de la hija común, el dinero que le debe. El padre se libera de su deuda sólo si entrega el

Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht (Berlin 1973) pp.140 ss., 247 ss.; KASER, *Stellvertretung und "notwendige Entgeltlichkeit"*, en SZ.91(1974) 177 ss.

¹⁷² Cfr. CUGIA, *Delegazione* p.35 s. Vid. también el ya mencionado Afr.8 *quaest.*-D.17,1,34pr.

¹⁷³ Cfr. CUGIA, *Delegazione* p.32 s.

¹⁷⁴ *Sui iuris* y, por tanto, casada *sine manu*, de otro modo, no podría ser acreedora de su marido ni pretender dotar a la hija común.

¹⁷⁵ El texto dice que el padre *eam dotem ... dedit*. Esto excluye que le receptura sea la hija, como si se le diera un dinero para que ella misma constituyera la dote. Obsérvese: también, en

dinero en nombre de la madre; si dota a la hija en propio nombre, permanece obligado¹⁷⁶. ¿Por qué ha de ser así? Que el padre entregue *suo nomine* significa que decide dotar a la hija él mismo; entonces no puede liberarse, porque no entrega para pagar su deuda con la madre sino para dotar a la hija. En cambio, si entrega en nombre de la madre, se libera, porque paga a quien su acreedora le había ordenado hacerlo. Ahora bien, así como, en la entrega *suo nomine*, la voluntad de dotar excluye la de pagar y por eso el padre no se libera, del mismo modo, en la entrega *uxoris nomine*, la voluntad de pagar excluye la de dotar; en ese caso, por tanto, el yerno (delegatario) no puede recibir la dote como procedente del padre (delegado) *-dos profecticia-*, puesto que éste no tiene intención de dotar a su hija a su costa, sino tan sólo de liberarse. Constituyente de la dote ha de ser, en este caso, la madre¹⁷⁷ (delegante).

El texto prueba que, en una época tan temprana como la de Próculo, ya se admitía como algo sabido, en lo que no era necesario detenerse, que el delegatario adquiere, en realidad, del delegante el dinero que el delegado le entrega¹⁷⁸. Pero además, de nuestro análisis se puede extraer una enseñanza general: en todos aquellos textos en los que el delegado es un deudor, el mero hecho de su liberación evidencia que él no pudo ser, al mismo tiempo, *solvens*, donante, mutuante o constituyente de dote respecto del delegatario, y demuestra, por lo tanto, que la atribución patrimonial que éste experimenta procede del delegante¹⁷⁹.

este sentido, que *filiae communis* es genitivo "la mujer autorizó a dar en dote de la hija común", no dativo "a la hija común". — Empleamos el término "yerno" por razones de brevedad (en lugar de "yerno o futuro yerno"), pero conscientes de que es aquí abusivo, porque no se puede deducir del texto que el matrimonio se haya producido ya.

¹⁷⁶ Sobre la distinción *suo an uxoris nomine* como ejemplo del método de oposiciones que Próculo emplea en sus *Epistulae*, vid. KRAMPE, *Proculi Epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift* (Karlsruhe 1970) y la recensión de HORAK, en SZ.90(1973) 408.

¹⁷⁷ Esto tiene consecuencias prácticas: si el matrimonio cesa por muerte de la hija, el yerno podrá retener la dote (*dos "adventicia"*), mientras que si fuera *profecticia* debería restituirla al padre. Además, si el matrimonio no llegase a existir, la madre, como constituyente, dispondría de la *condictio* contra el yerno.

¹⁷⁸ Esto resulta tan notable que lleva a algún autor a dudar -sin razón- de la clasicidad del texto: SEIDL, *Proculus als Schueler Labeos*, en *Studi in memoria di Guido Donatuti III* (Milano 1973) p.1231.

¹⁷⁹ Así, la liberación del deudor es una prueba de la existencia de una *datio delegante*→delegatario en: Afr.8 *quaest.*-D.17,1,34pr.; Pomp.1 *ad Plaut.*-D.46,2,21; Maecian.5 *de fideic.*-D.36,1,67(65),4; Pap.11 *resp.*-D.46,3,96pr.; Ulp.28 *ad ed.*-D.13,7,11,5; Ulp.44 *ad ed.*-D.38,5,1,16; Paul.14 *ad Plaut.*-D.46,3,64; Marcian. *de delat.*-D.49,14,22,1; Marcian. *ad form. hyp.*-D.46,3,49. Generalizando aún más: el hecho de que un delegado disponga de la *condictio* como mutuante contra el delegante, o se le considere constituyente de la dote que éste recibe, o donante, hace imposible que él pueda ser, en virtud de la misma entrega, *solvens*, donante,

§13 También se considera que el delegante experimenta una atribución patrimonial (*datio* de cobertura) procedente del delegado. Esta no resulta tan evidente como la de valuta delegante→delegatario, porque, a diferencia del delegatario, el delegante no recibe nada materialmente. Pero la atribución patrimonial que virtualmente obtiene es fácil de apreciar cuando, por ejemplo, el delegado lo libera de su deuda con el delegatario o le proporciona la *condictio* contra éste. En general, la atribución patrimonial se concreta para el delegante en que él no ha tenido que desembolsar nada para pagar, donar, prestar o constituir una dote a favor del delegatario. Es decir, el delegante ha dispuesto, para conseguir sus fines, de algo (ordinariamente dinero) que no es suyo, sino del delegado. Y ha dispuesto de ello con cargo a la causa de cobertura convenida con el delegado: dejándose delegar, también éste paga, dona, presta o constituye una dote en favor del delegante.

De esta atribución patrimonial delegado→delegante no faltan testimonios en las fuentes:

Así, se entiende que el acreedor ha cobrado también si se paga a un tercero por delegación suya:

20) Ulp. 28 *ad ed.*

D.13,7,11,5

Solutam pecuniam autem accipiendum non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, vel ei cui heres existit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito. ...

21) Paul. 17 *ad Plaut.*

D.50,17,180

Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset.¹⁸⁰

22) Marcian. *sing. ad form. hyp.*

D.46,3,44

Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditori, sed et si iussu eius alii solvatur, vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet.¹⁸¹

Esta idea se aplica a todo tipo de supuestos. Por ejemplo: el comprador de un libre que se dejó vender como esclavo tiene acción contra éste por el doble de lo pagado; se entiende pagado no sólo lo que se dió al vendedor, sino a también otro por *iussum* de aquél:

mutuante o constituyente de dote respecto del delegatario, y constituye, por consiguiente, una prueba de que la *datio* obtenida por éste procede del delegante.

¹⁸⁰ Cfr. HAEBERLIN, p. 110.

¹⁸¹ Cfr. CUGIA, *Delegazione* p. 34; HAEBERLIN, p. 110.

23) Ulp. 55 *ad ed.*

D. 40, 12, 20, 2

Obligatum vel ipsi venditori accipere deberrus vel alii obligatum: nam quod dedit, sive ipsi venditori sive alii ex iussu eius sive ipse sive alius dederit, aeque continebitur.

Otro ejemplo: es *calumniator* (cfr. Ulp. 10 *ad ed.*-D. 3, 6, 1 pr.) el que recibe dinero para promover una cuestión *calumnie causa*. Paulo advierte que no importa que haya recibido el dinero él mismo o que haya dispuesto que se entregue a otro; también en el segundo caso el *calumniator videri cepisse*:

24) Paul. 10 *ad ed.*

D. 3, 6, 2

Quin etiam si quis obligatione liberatus sit, potest videri cepisse: idemque si gratuita pecunia utenda data sit, aut minoris locata venditave res sit. nec refert, ipse pecuniam acceperit an alii dari iusserit vel acceptum suo nomine ratum habuerit.

Todavía un tercer ejemplo: si los bienes dejados a un fideicomisario se entregan *iussu eius* a un tercero (que los compró al fideicomisario, o respecto de quien éste es a su vez fiduciario, o a quien desea prestar o donar), se consideran restituidos al fideicomisario mismo:

25) Maecian. 5 *de fideic.*

D. 36, 1, 67(65), 4

Si singulae res ab herede traditae sunt iussu meo ei cui eas vendiderim, non dubitabimus mihi intellegi factam restitutionem. idem erit et si iussu meo tradantur, cui ego ex fideicommissio aliave qua causa eas praestare debuerim vel in creditum ire vel donare voluerim.¹⁸²

Hasta tal punto se entiende hecha la restitución al fideicomisario que es a éste a quien pasan las acciones en el caso de fideicomiso de herencia:

26) Ulp. 16 *ad ed.*

D. 36, 1, 38(37) pr.

Restituta hereditas videtur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias vel totas vel aliquas earum hac mente, ut vellet restitueret ille suscipere, non si ex alia causa putavit te possidere. sed et si postea ratum habuit, idem erit dicendum. sed et si verbo dixit se restituere, vel per epistulam vel per nuntium restituit, audietur. sed et si voluntate tua alii restituerit, in te transibunt actiones. item si alius iussu meo restituit vel ratam habui restitutionem, transisse actiones videntur.¹⁸³

¹⁸² Cfr. CUGIA, *Delegazione* p. 33. Este texto prueba -contra PERNICE, *Libro I* p. 507- que, si bien lo normal es que la delegación de *tradere* consista en dinero, no siempre ocurre así: vid. también Paul. (Pomp.) 5 *ad Sab.*-D. 18, 1, 15, 2 (tampoco, desde luego, tratándose de delegación de prometer: *in iura* § 16 n. 205).

¹⁸³ El texto parece bastante manipulado (vid. *Index Itp. ad leg.*), pero no hay razón para sospechar, en cuanto al fondo, de la parte que nos interesa.

En fin, también se considera que el donatario adquiere lo donado si se entrega a un tercero *iussu eius*:

27) Paul.42 *ad ed.*

D.38,5,5pr.

Tenetur Fabiana actione tam is qui accepit ipse, quam qui iussit alii dari id quod ipsi donabatur.

La atribución patrimonial de cobertura delegado→delegante se produce en la delegación siempre que el delegatario adquiere¹⁸⁴. Sería un error pensar, a la vista de nuestro siguiente texto, que sólo existe a condición de que el delegante esté presente en el momento de la entrega:

28) Paul.(Ner.) 54 *ad ed.*

D.41,2,1,21

Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.

Como demuestra la explicación *non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu*, Neracio y Paulo exigen la presencia únicamente para la adquisición de la posesión (y con ella, en su caso, de la propiedad) de lo entregado¹⁸⁵, no para que se produzca, a efectos obligacionales, una virtual atribución patrimonial (*solutio, donatio, creditum, dos*) delegado→delegante¹⁸⁶.

Como para la atribución patrimonial de valuta, la *condictio* es la prueba de que la delegación genera una *datio* de cobertura delegado→delegante. En efecto, cuando al delegado le corresponde una *condictio* recuperatoria, ha de dirigirse siempre contra el delegante, no contra el delegatario¹⁸⁷, aunque fue éste quien recibió materialmente lo entregado. Así, ante todo, cuando el delegado lo fue como mutuante; pero también cuando se

¹⁸⁴ Los clásicos discrepan para el caso de que el delegatario no pueda adquirir: Juliano-Africano rechazan la posibilidad de que el delegante adquiera; Celso, en cambio, la admite. Vid. *infra* §14.

¹⁸⁵ Se trata de una *traditio "brevis manu"*. Pero vid. *infra* §14, donde se explica cómo la llamada "Durchgangstheorie" de Celso permite considerar que las monedas entregadas se hacen del delegante, aunque no esté presente en el momento de la entrega.

¹⁸⁶ Por eso, como no hay hurto *sui apoderamiento*, si bien quien cobra sabiendo no ser acreedor comete hurto, quien delega sabiendo no ser acreedor sólo queda sujeto a la *a. furti* si el pago se realiza en su presencia: Ulp.41 *ad Sab.*-D.47,2,43,2 (tal vez también siguiendo a Neracio, mencionado en fr.43,1).

¹⁸⁷ Cfr. BRUGI, p.708.

dejó delegar como deudor sin serlo, o ignorando disponer de una *exceptio* contra el delegante; o cuando la intención del delegado era donar *mortis causa* y convalece de su enfermedad, o constituir una dote y no sobreviene el matrimonio. Dado que la *condictio*, como es sabido, surge de una *datio* (no del simple enriquecimiento injustificado), ella prueba que para los clásicos el delegante adquiere del delegado, exactamente igual que si hubiese recibido en propia mano la cantidad pagada, donada, prestada o entregada en dote. Los textos son los siguientes:

29) Iul.54 dig.

D.46,3,34pr.

Qui hominem aut decem tibi aut Titio dari promisit, si Titio partem hominis [tradiderit] <mancipaverit>, mox tibi decem numeraverit, non Titio, sed tibi partem hominis condicet, quasi indebitum tua voluntate Titio solveret. idemque iuris erit etiam, si mortuo Titio decem solverit, ut tibi potius quam heredi Titii partem hominis condicat.

El supuesto que Juliano presenta es una estipulación alternativa *-hominem aut decem dare-* con *adiectus solutionis causa -tibi aut Titio-*. Si el promitente comienza pagando al *adiectus* (Ticio) una parte del esclavo, pero luego decide pagar al estipulante (*tu*) los diez mil, podrá dirigir la *condictio* por la parte del esclavo directamente contra el estipulante, aunque fue el *adiectus* quien lo recibió. Juliano justifica esta solución por analogía con la hipótesis de que Ticio fuese, en lugar de un *adiectus*, un simple delegatario, a quien *tu* hubiese ordenado pagar un *indebitum*: hay que deducir, entonces, que en ese caso era evidente para Juliano -pues lo utiliza como referencia- que el delegado habría dispuesto de la *condictio* directamente contra *tu* (delegante), no contra Ticio (delegatario).

Esta doctrina de Juliano es recogida por Paulo en:

30) Paul.2 ad Plaut.

D.46,3,59

... dum enim adiecto solvitur, mihi solvi videtur: et ideo si indebitum adiecto solutum sit, stipulatori posse condici Iulianus putat: ut nihil intersit, iubeam te Titioolvere an ab initio stipulatio ita concepta sit.

Que el delegado no dispone de la *condictio* contra el delegatario consta, por ejemplo, en Ulp.26 ad ed.-D.12,6,26,12: el liberto no está obligado a prestar sus servicios ordinarios (*operae officiales*) sino al patrono; pero si, delegado por el patrono, los prestó a un acreedor de éste, no puede reclamar con la *condictio* contra el acreedor delegatario, *cui alterius contemplatione solutum est quique suum recipit*. Otro ejemplo, en Pomp.6 ad Plaut.-D.46,3,66: si quien erróneamente se creía deudor de un pupilo es delegado por éste, *sine tutoris auctoritate*, en favor de un acreedor, no dispone de la *condictio* contra el pupilo,

que no puede obligarse sin la autoridad del tutor, ni contra el acreedor, *cum quo alterius iussu contraxit*.

Además de la *condictio*, hay otras pruebas de la virtual atribución patrimonial delegado→delegante. Así, cuando el delegante es el marido en cuyo favor el delegado o la delegada constituyen una dote, que él dispone que se entregue a un tercero delegatario. A pesar de ello, al cesar el matrimonio, la dote puede reclamarse directamente contra el marido delegante¹⁸⁸:

31) Marcell.7 *dig.*

D.23,3,59pr.

Si mulier ita dotem [promiserit] <dixerit>: "decem tibi aut Titio doti erunt", hoc casa dici potest vel Titio dari posse, sed [de dote] <rei uxoriae> virum teneri, quemadmodum si Titio iussisset dari. nec mirum, cum etiam promissura viro dotem possit delegante eo alteri promittere, etsi dici solet alii quam marito dotis nomine mulierem non posse obligari. his enim casibus viro dos quaeritur. non enim existimabimus illam ita [promisisse] <dixisse>, cum vel de Titii nuptiis cogitaret.

32) Ulp.33 *ad ed.*

D.24,3,22,12

Transgrediamur nunc ad hunc articulum, ut quaeramus, adversus quos competit [de dote] <rei uxoriae> actio. et adversus ipsum maritum competere palam est, sive ipsi dos data sit sive alii ex voluntate mariti vel subiecto iuri eius vel non subiecto. ...

33) Ulp.34 *ad Sab.*

D.23,3,19

Etiamsi alii iussu mariti dos detur, nihilo minus maritus [de dote] <rei uxoriae> obligatur.

Considérese, en fin, el siguiente texto:

34) Marcell.8 *dig.*

D.21,2,61

Si quod a te emi et Titio vendidi, voluntate mea Titio tradideris, de evictione te mihi teneri, sicuti si acceptam rem tradidisset, placet.

Ego compra una cosa a *tu* y, antes de recibirla, la vende a su vez a Ticio, disponiendo que *tu* se la entregue directamente a éste último. *Tu* (delegado) responde por evicción frente a *ego* (delegante), como si éste hubiera recibido la cosa y luego la hubiera entregado a Ticio. Puesto que la evicción es sufrida, en primer lugar, por Ticio, de la respuesta de Marcelo se deduce, además, que *ego* es responsable a su vez frente Ticio: *sicuti si acceptam rem, tradidisset* (sc. *Titio*).

¹⁸⁸ Cfr. también Paul.3 *de adult.*-D.23,5,14pr.: *Si nuptura Titio voluntate eius fundum dotis nomine Maevio tradit, dos eius condicionis erit, cuius esset, si ipsi Titio fundum tradidisset.*

§14 De todo lo visto, puede concluirse que es esencial a la delegación de *tradere* el tender a realizar una doble atribución patrimonial delegado→delegante y delegante→delegatario. A veces, la doctrina identifica esto con la llamada "Durchgangstheorie" o "teoría celsina del doble traspaso de propiedad"¹⁸⁹. Celso

¹⁸⁹ Cfr. ENDEMANN, pp.28 y 66: "Die Doppelwirkung der Vollzugsleistung wird von den Juristen mit Hilfe der Durchgangstheorie erklärt"; v. LUBTOW, *Darlehensbegriff* p.29 ss. — La teoría de Celso ha generado una extensa literatura. La siguiente relación recoge tan sólo la más relevante: IHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, en *JJB.1*(1857) 305 ss. = *Gesammelte Aufsätze I* (Jena 1881) p.150 ss.; SCHEURL, *Zur Verhandlung über die Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, en *JJB.2*(1858) 5; IHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, en *JJB.2*(1858) 137 ss. = *Gesammelte Aufsätze I* p.252 ss.; PEROZZI, *Della tradizione*, en *[AUPE.1 1*(1886) =] *Scritti Giuridici I* (Milano 1948) pp.45 y 66; GRADENWITZ, *Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte* (Berlin 1887) p.220 ss.; WENDT, p.41; RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del Diritto romano*, en *BIDR.8*(1895) 199 ss. y, especialmente, 211 ss.; LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, en *JJB.36*(1896) 100 ss., 108 ss.; CHLAMTACZ, *Die rechtliche Natur der Übereignungsakt durch Tradition im römischen Recht* (Leipzig 1897) p.121; DE RUGGIERO, art. cit., en *AG.63*(1899) 209; SCHON, *Die Ulpian-Celsinische Durchgangstheorie* (Diss. Heidelberg) (Rostock 1903); CORNIL, *Traité de la possession dans le Droit romain* (Paris 1905) p.213 s.; LAST, *Fragen der Besitzlehre*, en *JJB.62*(1913) 29 ss.; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV* (Tübingen 1920) p.319; CUGIA, *La nullità parziale del negozio giuridico nel D.24,1 de don. i. v. et n.* (Napoli 1922) p.11 ss.; BETTI, *La tradizione* (Parma 1925) p.426; ARNO, *Fictio brevis manus* (Pavia 1930); EHRHARDT, *recensión a Arnó (Fictio)*, en *SZ.51*(1931) 470 ss.; BETTI, art. cit., en *BIDR.41*(1933) 196 ss.; SIBER, "Retentio propter res donatas", en *Studi in onore di S. Riccobono III* (Palermo 1936) p.267 ss.; ARU, *Di un caso particolare di delegazione a solvere*, en *BIDR.44*(1936-37) 332 ss.; HAYMANN, *Schutz des guten Glaubens des leistenden Schuldners im römischen Recht*, en *BIDR.51-52*(1948) 396 ss.; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in Diritto romano* (Torino 1950) p.67 ss.; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* (Milano 1952) p.121 ss.; FUCHS, *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft* (Basel 1952) p.232 ss.; v. LUBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht* (Berlin 1952) p.12 ss. (desde el punto de vista del derecho moderno); SCHWARZ, *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln 1952) p.246 ss.; WOLFF, *Verfügungsmacht und Verfügungswille (zum sog. error in dominio)*, en *Studi in onore di P. De Francisci III* (Milano 1956) 99 ss.; HAEBERLIN, p.126 ss.; ENDEMANN, p.36 ss.; BUND, *recensión a Endemann (Delegatio)*, en *IVRA 11*(1960) 253; KASER, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, en *TR.29*(1961) 224; TALAMANCA, p.921; WIEACKER, *Die Juristische Sekunde*, en *Existenz und Ordnung. Festschrift für E. Wolf* (Frankfurt 1962) p.420 ss.; STURM, *Julian D.24,1,39 neu erklärt*, en *SZ.79*(1962) 108 ss. y, especialmente, p.129 ss.; SEIDL, *Römisches Privatrecht²* (Köln 1963) p.121; WOLFF, *Julian und die Celsinische "Durchgangstheorie"*, en *Mélanges P. Meylan I* (Lausanne 1963) p.409 ss.; BUND, *Untersuchungen zur methode Julians* (Köln-Graz 1965) p.141 ss.; v. LUBTOW, *Darlehensbegriff* p.30 ss.; KADEN, *recensión a v. Lubtow (Darlehensbegriff)*, en *SZ.83*(1966) 478 ss.; WATSON, *Acquisition of ownership by "traditio" to an "extraneus"*, en *SDHI.33*(1967) 196 s.; THOMAS, *A note on falsus procurator*, en *Studi in onore di G. Grosso II* (Torino 1968) p.416 s.; KASER, *Zur Frage einer "condictio" aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht*, en *Festschrift für W. Felgentraeger* (Göttingen 1969) p.289 ss. = *Ausgewählte Schriften II* (Camerino 1976) p.355 ss.; SACCONI, *Delegazione* p.18 ss.; MISERA,

propuso esta "teoría" para el caso siguiente, descrito en Ulp.32 ad Sab.-D.24,1,3,12¹⁹⁰: si, en lugar de donar directamente a su mujer, el marido hubiera indicado a su deudor que le pague a ella, ¿se hacen las monedas de la mujer, de modo que el deudor pueda liberarse? Porque ninguna cosa que el marido done a su mujer puede hacerse de ella. Y Celso (15 dig.) escribe que tal vez sea mejor decir que el deudor se libera, haciéndose las monedas del marido, no de la mujer. Porque, si la donación no estuviese prohibida, la cantidad habría pasado de deudor a acreedor y de éste a la mujer, aunque ambos actos se abrevian en el negocio en uno solo, tras el que se encuentran como ocultos: *celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori*. Todavía Ulpiano propone otro caso¹⁹¹: si uno que simuló ser procurador de tu acreedor cobra *te iubente* de tu deudor, consta que tienes la *a. furti* contra el falso procurador y que el dinero mismo se hizo tuyo.

Hay que observar, ante todo, que la intención de Celso no parece haber sido elaborar una "teoría" explicativa del funcionamiento de la delegación en

Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten (Köln-Wien 1974) p.27 ss.; JAKOBS, *Delegation und Durchgangserwerb*, en SZ.91(1974) 205 ss.; KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb des Celsus (Ulp.D.24,1,3,12)*, en SZ.93(1976) 60 ss.; KRÖGER, *Erwerbzurechnung kraft Status* (Berlin 1979) p.51 ss.; KASER, *Durchgangserwerb*, en *Labo* 26(1980) 24 ss.; KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur Actio Furti*, en *De Iustitia et Iure. Festgabe für U. v. Lubtow* (Berlin 1980) p.312 ss.; KUPISCH, *Celsus bei Ulpian D.24,1,3,12*, en *Studi in onore di C. Sanfilippo II* (Milano 1982) 285 ss.; THIELMANN, *Unwirksame Vollzugsverhältnisse bei der Delegation*, en SZ.100(1983) 250 ss.; FLUME, *Der Eigentumserwerb bei Leistungen im Dreieckverhältnis*, en *Recht und Rechtserkenntnis. Festschrift für E. Wolf* (Köln 1985) p.61 ss. y, especialmente, p.67 ss.; KASER, *Durchgangserwerb (Neufassung)*, en *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien-Graz 1986) p.255 ss.; KUNKEL-HONSELL, *Römisches Recht^A* (Berlin-Heidelberg 1987) p.271; GIARO, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en SZ.105(1988) 222 ss.; WEYAND, *Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde* (Diss. Göttingen 1989); FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken* (Paderborn 1990) p.64 ss.

¹⁹⁰ Ulp.32 ad Sab.-D.24,1,3,12: *Sed si debitorem suum ei solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur. et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum esse et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse.*

¹⁹¹ El *constat* final, en lugar de los infinitivos del estilo indirecto precedente, hace pensar que es ya Ulpiano quien habla.

general¹⁹², sino tan sólo -como es propio de los clásicos- resolver ciertos supuestos concretos: en este caso¹⁹³, permitiendo la liberación del deudor delegado cuando es obstaculizada por la imposibilidad de que el delegatario adquiera. De modo que no es acertado calificar esta invención celsina como "teoría". Lo que presenta Celso es simplemente una técnica para resolver un problema práctico. La propuesta celsina puede formularse así: "la delegación ha de producir el mismo resultado que si, en lugar de recurrir a ella, el delegante hubiese primero recibido del delegado y entregado luego al delegatario". Con esta premisa, la dación delegado→delegante aparece, desde un punto de vista lógico, como anterior a la delegante→delegatario: así, el deudor (delegado) podrá liberarse aunque el delegatario no llegue a adquirir, porque, en tal caso, el delegante mismo adquiere lo entregado: *nummos factos mariti, non uxoris; ipsam pecuniam tuam esse*¹⁹⁴.

Como se ve, la "teoría" de Celso no se limita a establecer que la delegación equivale a una doble atribución patrimonial, sino que va mucho más allá, y, apoyándose en un análisis o descomposición de esa doble atribución patrimonial, postula la independencia de la *datio* delegado→delegante respecto de la delegante→delegatario, y el carácter jurídico-real, no meramente virtual, de la primera. Hay que concluir, por tanto, que doble atribución patrimonial y "teoría del doble traspaso de propiedad" ("Durchgangserwerb") no son la misma cosa. Una prueba de ello es que la "teoría" celsina no parece haber sido aceptada por Juliano y Africano¹⁹⁵, cuyos textos hemos mencionado, sin embargo, en apoyo de la equiparación de la *delegatio* a una doble atribución patrimonial. En efecto,

¹⁹² Como si en toda delegación de *tradere* lo entregado se hiciese del delegante en un instante lógico anterior a la adquisición por el delegatario: es el "juristische Sekunde" que conjetura WIEACKER, art. cit., en *Festschrift Wolf* p.420 ss. Semejante explicación de los efectos de la delegación de *tradere*, que compromete (*infra* n.194) los principios clásicos sobre la adquisición de la propiedad, resulta artificiosa e innecesaria, fuera del supuesto -para el que Celso propone la "teoría"- de que el delegatario no pueda adquirir. Sobre "logische Minuten" en general, vid. BESELER, *Fruges et Palaeae* II, en *Festschrift für F. Schulz* I (Weimar 1951) p.45 ss.

¹⁹³ Para la aplicación de la idea celsina a la delegación de *prometer*, vid. *infra* §17 n.222.

¹⁹⁴ De este modo, para asegurar la liberación *ipso iure* del deudor delegado, Celso acaba admitiendo que alguien (el marido delegante) adquiera la *res tradita* por mediación de una persona libre (su mujer), con la agravante de que ni la mujer actúa como intermediaria, sino con la intención de adquirir para sí, ni el marido desea adquirir, sino dar a su mujer. La solución que Juliano-Africano (*infra* n.195) proponen -conceder una *exceptio* al deudor delegado a cambio de que ceda al marido delegante la *condictio* de que dispone contra la mujer delegataria- consigue el mismo objetivo -proteger la buena fe del deudor delegado- sin necesidad de violentar de ese modo los principios clásicos.

¹⁹⁵ Afr.7 *quaest.*-D.46,3,38,1. Vid. *infra* §83 n.248. El texto es estudiado en la mayor parte de la literatura citada *supra* en n.189.

Juliano no permite la liberación *ipso iure* del deudor delegado, sino que le concede una *exceptio* contra el delegante a cambio de que ceda a éste la *condictio* de que dispone contra la mujer delegataria. No resulta difícil conjeturar una explicación de esta discrepancia: Juliano, con criterio realista, mantiene que la atribución patrimonial de cobertura delegante→delegado es un simple *datio* de valor, que sobreviene como consecuencia de la de valuta delegante→delegatario: ésta es la única real, pues sólo el delegatario recibe un bien material. La adquisición (de valor) del delegante consiste simplemente en que no ha necesitado desembolsar de su propio dinero para pagar, donar, prestar o constituir una dote a favor del delegatario. Dado que la adquisición del delegante es una simple consecuencia de que el delegatario adquiere la cosa entregada, si esta última adquisición no es posible, tampoco se producirá la primera. Para Juliano, la delegación es, en este sentido, un todo inescindible¹⁹⁶.

Interesa, como conclusión, resaltar que la jurisprudencia clásica mantiene unánimemente como característica esencial de la delegación el tender a una doble atribución patrimonial. No se debe confundir con esto la "teoría celsina del doble traspaso de propiedad", que no fue aceptada por todos los clásicos y que, incluso para Celso, no constituía una explicación teórica general del funcionamiento de la delegación, sino sólo la técnica propuesta para resolver ciertos casos, como el del deudor que paga, por delegación de su acreedor, a un delegatario que carece de causa justa para adquirir. La técnica celsina, no obstante, puesto que se apoya en la doble atribución patrimonial esencial a la *delegatio*, vale como una prueba más de la misma.

IV. LA DOBLE ATRIBUCION PATRIMONIAL EN LA DELEGACION DE PROMETER

§15 Como la delegación de *tradere*, también la *delegatio* "ad *promittendum*" se dirige a realizar una doble atribución patrimonial¹⁹⁷. Pero, dado que el delegado no realiza una entrega efectiva sino una simple promesa, cabe preguntarse si la doble *datio* se considera perfeccionada ya con la promesa o sólo cuando el delegado la cumple. La

¹⁹⁶ Cfr. KASER, art. cit., en *Römische Rechtsquellen* p.271 s.

¹⁹⁷ Cfr. v. SALPIUS, p.100 ss.; v. MAYR, *Römische Rechtsgeschichte* II 2 2 (Berlin-Leipzig 1913) p.35; DONATUTI, *Le "causae" delle "condictiones"*, en [SP.1(1950; volume in onore di T. Marchi) 33 ss. =] *Studi di Diritto Romano* II (Milano 1977) p.751 ss.; TALAMANCA, pp.919 y 923 s.; KASER, art. cit., en *Satura Feenstra* p.149. Vid. también la definición de SACCONI, *Delegazione* p.1, transcrita *supra* §8 n.130. Contra: CUGIA, *Delegazione* p.38.

respuesta de los clásicos es inequívoca: la promesa es suficiente¹⁹⁸. Sirva como ilustración el siguiente texto de Juliano:

35) Iul.60 dig.

D.39,5,2,2

Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te, qui mihi tantundem donare volebas, iussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est.

En el supuesto descrito por Juliano, *ego* es delegante, *tu*, delegado, y Ticio, delegatario. Con la promesa de *tu* a Ticio, se perfeccionan dos donaciones: *tu* (delegado) → *ego* (delegante) y *ego* (delegante) → Ticio (delegatario): *inter omnes personas donatio perfecta est*. Esta doctrina se mantiene hasta el final de la jurisprudencia clásica, como muestra:

36) Hermog.6 iur.epit.

D.39,5,33,3

Si, cum Primus tibi donare vellet et tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit, perficitur donatio et, quia nihil Primus Secundo, a quo convenitur, donavit, et quidem in solidum, non in id quod facere potest condemnatur.

Es habitual relacionar las expresiones *donatio perfecta*, *perficitur donatio* con la *lex Cincia*¹⁹⁹: se trataría de donaciones perfectas en cuanto inatacables por la (imperfecta) *lex Cincia*²⁰⁰. Por lo que a estos dos textos se refiere, no parece que Juliano ni Hermogeniano se refieran a la *lex Cincia*²⁰¹. En cualquier caso, ambos textos demuestran que, ya antes de que el delegado entregue la cantidad

¹⁹⁸ Cfr. BERNSTEIN, *Delegationis natura* p.117; PERNICE, *Labeo* I p.507; PFLÖGER, *Über die condictio incerti*, en SZ.18(1897) 90 ss.; KEMPNER, *Untersuchungen über die Kausalbeziehungen bei der Delegation im klassischen römischen Recht* (Dis.) (Greifswald 1919) p.16; SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung* II (Berlin 1928 = Darmstadt 1968) p.283; HAEBERLIN, p.111; D'ORS, *La llamada "condictio liberationis"*, en *Estudios em Homenagem aos Profs. M. Paulo Merba e G. Braga da Cruz* I (= BUCO.1982) p.356.

¹⁹⁹ Vid., por todos, KASER, *RPR* I² p.603.

²⁰⁰ Cfr. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* I (Leipzig 1908) p.160 s.; DUQUESNE, art. cit., en *Mélanges Girard* I p.395; HAEBERLIN, p.139 s.

²⁰¹ El texto de Juliano se integra en una secuencia dirigida a discriminar supuestos eficaces e ineficaces de donación *in assu alicuius*. Tampoco Hermogeniano se refiere a la *exceptio legis Cincias*, sino *-in solidum, non in id quod facere potest condemnatur-* a la inoponibilidad por el delegado del beneficio de competencia, que se otorgaba, en virtud de un rescripto de Antonino Pio, al que se había obligado como donante frente al estipulante donatario. Cfr. Ulp.6 *ad Sab.*-D.23,3,33 (= Ulp.36 *ad Sab.*-D.23,3,33): ... *hoc enim divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos. ...*; Ulp.3 *disp.*-D.39,5,12: *Qui ex donatione se obligavit, ex rescripto divi Pii in quantum facere potest convenitur. ...*; Paul.6 *ad Plaut.*-D.42,1,19,1: *Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur ...*

prometida al delegatario, su simple promesa equivale a una doble *datio*, en este caso *donationis causa*.

Que esto es así, resulta todavía con más claridad del siguiente texto de Celso:

37) Cels.28 *dig.*

D.39,5,21,1

Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summoeris [donationis] <legis Cinciae> exceptione necne, tractabitur. et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris.

202

Cuando el deudor delegado promete al donatario delegatario, ocurre como si el delegante hubiese cobrado la cantidad del delegado, la hubiese devuelto al delegatario y éste, finalmente, la hubiese prestado de nuevo al delegado²⁰³. La promesa, por tanto, genera las dos atribuciones patrimoniales características de la delegación: la de cobertura delegado→delegante y la de valuta delegante→delegatario. Como lo que el delegatario adquiere es tan sólo un crédito contra el delegante, no unas monedas en efectivo, Celso -que (*supra* §14) explica el negocio reconstruyendo el circuito que habría seguido el dinero de haberse entregado en efectivo- añade una tercera *traditio* (*credendi causa*) delegatario→delegante²⁰⁴.

§16 Nos ocuparemos, en primer lugar, de la atribución patrimonial de valuta delegante→delegatario. Como hemos dicho, en este caso el delegatario no adquiere una cantidad en efectivo, sino sólo un crédito contra el delegado²⁰⁵. Pero, proporcionando ese crédito al delegatario, se considera que el delegante -aquí como en la delegación de *tradere*- paga, dona, presta o constituye una dote en su favor. No faltan testimonios de esta *datio* delegante→delegatario:

Ya sabemos, por Iul.60 *dig.*-D.39,5,2,2 (nº35), Cels.28 *dig.*-D.39,5,21,1 (nº37) y Hermog.6 *tur.epit.*-D.39,5,33,3 (nº36), que la simple *stipulatio* basta

²⁰² Vid. DUQUESNE, art. cit., en *Mélanges Girard* I p.389 ss.; HAEBERLIN, p.112 y 141 ss., con lit. La continuación del texto es examinada *infra* en §17 n.221.

²⁰³ Esta parte del texto es censurada, sin argumentos, por CUGIA, *Delegazione* p.37.

²⁰⁴ Cfr. BRUGI, p.709; BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in Diritto romano* (Roma 1958) p.165.

²⁰⁵ Ordinariamente, lo prometido es el pago de una cantidad, pero cabe también la promesa de entregar una cosa (Paul.5 *ad Sab.*-D.18,1,15,2, Paul.7 *ad Sab.*-D.24,1,26pr.) -especialmente (Ven.3 *stip.*-D.46,2,31,1, Paul.6 *ad Plaut.*-D.23,3,56pr., Paul.3 *de adult.*-D.23,5,14pr.) como dote-, de *dare operas* (el liberto, en Ulp.26 *ad ed.*-D.12,6,26,12), o incluso de *dare usumfructum* (Ulp.5 *ad Sab.*-D.46,2,4).

para perfeccionar una donación en favor del delegatario. La misma conclusión puede extraerse del siguiente texto de Juliano:

38) Iul.60 dig.

D.39,5,2,1

Si vero pater donaturus Titio pecuniam iusserit filium suum eam promittere, poterit dici interesse, debitor filius patri suo fuerit nec ne: nam si tantundem filius patri debuit, quantum promisit, valere donatio intellegitur, perinde ac si quemlibet alium debitorem pater iussisset pecuniam promittere.

Que la estipulación del delegatario equivale a un *pecuniam capere* lo dice expresamente Juliano, en relación a un donatario *mortis causa*, en:

39) Iul.60 dig.

D.39,6,18,1.

Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodo capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit: nam et si convaluisset [creditor idemque] donator, conditione aut in factum actione debitoris obligationem dumtaxat recipere <debere>.²⁰⁶

En el texto se plantean dos casos distintos: el primero constituye, como ya hemos explicado (*supra* §9 i.f.), un complejo supuesto de delegación, no con dos, sino con tres convenios causales. En ella intervienen, además de *tu* (delegante) y *debitor tuus* (delegado), dos delegatarios "sucesivos": *ego*, a quien el delegante pretende donar *mortis causa*, y *creditor meus*, de quien *ego* desea, naturalmente, liberarse. Con la frase *capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero*, Juliano determina, para este primer caso, el importe de la atribución patrimonial de valuta delegante (*tu*)→primer delegatario (*ego*): en virtud de la promesa del delegado, el donatario *ego* parece adquirir una cantidad de dinero equivalente a aquella en la que se libera de su acreedor.

El texto prosigue con un segundo caso, en que *ego* estipula ya personalmente del delegado: se trata, por tanto, de una delegación ordinaria, con dos convenios causales. Lo que interesa a Juliano es, una vez más, determinar el importe de la atribución patrimonial de valuta delegante→delegatario: *eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit*; es decir, hay que considerar que el delegatario *ego* adquiere, como donatario *mortis causa*, una cantidad equivalente a la medida de la solvencia del deudor delegado.

Gayo reproduce, casi al pie de la letra, la misma doctrina de Juliano:

²⁰⁶ La aclaración [*creditor idemque*] es inútil e inexacta porque, cuando el donante convalece, ya no es acreedor del delegado. La comparación con Gai.8 *ad ed. prov.*-D.39,6,31,3 (nº40), donde estas dos palabras no aparecen, avala la sospecha. El texto de Gayo permite corregir también la -un tanto extraña- redacción de la frase final del de Juliano.

40) Gai. 8 *ad ed. prov.*

D.39,6,31,3.

Si iusseris mortis causa debitorem tuum mihi aut creditori meo expromittere decem, quid iuris esset quaeritur, si iste debitor solvendo non sit. et ait Iulianus, si ego stipulatus fuerim, tantam pecuniam videri me cepisse, in quantum debitor solvendo fuisset: nam et si convaluisset, inquit, donator, obligationem dumtaxat debitoris recipere debere[t]. si vero creditor meus stipulatus fuerit, tantam videri me pecuniam accepisse, in quantum a creditore meo liberatus essem.²⁰⁷

Especialmente documentada está la equiparación de la *stipulatio* a una *datio delegante*→delegatario, para el caso de que éste último estipule como acreedor: quien estipula de un delegado es como si recibiera el dinero debido directamente del delegante²⁰⁸. Así consta en el ya mencionado (nº12) *Sen. Benef. 6,5,2*:

Nam et pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, quamvis non intervenerint nummi, sed delegatione et verbis perfecta solutio sit.

El testimonio de Séneca coincide con el de las fuentes jurídicas. Hasta tal punto la promesa del delegado equivale a la entrega en efectivo, que Celso puede decir *suum recepit* respecto de un acreedor que simplemente estipula²⁰⁹:

41) Cels. 28 *dig.*

D.39,5,21pr.

Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim suum recepit²¹⁰.

Otra evidencia: según Juliano, el fiador que delega a su deudor puede, aunque éste sea insolvente -y, por tanto, en virtud de la simple *stipulatio*-, reclamar de inmediato contra el deudor principal, pues se entiende que ha dado (al delegatario estipulante) tanto dinero como a él le debía el deudor delegado:

42) Iul. 90 *dig.*

D.46,1,18.

²⁰⁷ Del mismo modo que *cepisse* y *accepisse* aparecen en infinitivo, porque Gayo refiere en estilo indirecto palabras de Juliano (*et ait Iulianus*), también *debere[t]*, que depende de *inquit* (sc. *Iulianus*), debe ser corregido.

²⁰⁸ Este principio se expresa siempre en las fuentes en términos generales, aunque, como es habitual, su invocación atienda a dar respuesta a casos concretos. Parece infundada la idea de BETTI, *Obbligazione* pp.169 ss. y 483 s., de que el valor de la equiparación *delegatio-solutio* presente en estos textos se limita a los casos expuestos, debido a la supuesta "particolarità" de los mismos.

²⁰⁹ Vid. *infra* §17 n.222.

²¹⁰ Inadmisibile, CUGIA, *Delegazione* p.36, que habiendo partido (arbitrariamente) de que la estipulación es abstracta (es decir, no-titulada: vid. *infra* §20), concluye que la deuda del delegante se extingue por novación.

Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur: et ideo si fideiussor debitorem suum delegaverit, quamvis eum, qui solvendo non erat, confestim mandati agere potest.²¹¹

Que Juliano no se refiere a la simple delegación de dar, sino a la *delegatio promittendi* (con novación activa) es fácilmente demostrable: primero, por la alusión a la insolvencia del delegado; pero, además, porque en una delegación de *tradere*, el importe de la atribución patrimonial obtenida por el delegatario sería sencillamente el de lo recibido del delegado: no necesariamente *quarta ei* (sc. *qui delegat*) *debetur*.

La misma doctrina expone Paulo, pero observando la *datio delegante*→delegatario desde el punto de vista del primero: aunque el deudor delegado por el fiador sea insolvente -y, por tanto, en virtud de su simple promesa-, *abesse intellegitur pecunia fideiussori*:

43) Paul.32 *ad ed.*

D.17,1,26,2

Abesse intellegitur pecunia fideiussori etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.

La idea de una *datio delegante*→delegatario subyace, también, en el *dare reum* de la pseudo-definición ulpianca de delegación, contenida en (nº6) Ulp.27 *ad ed.*-D.46,2,11pr.:

Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit.

En fin, la equiparación de la *delegatio* a la *solutio*, de lo estipulado a lo cobrado, es constante en las fuentes²¹². Así, en el ya mencionado (nº16) Ulp.29 *ad ed.*-D.16,1,8,3:

²¹¹ Vid. HAEBERLIN, p.112; para un análisis detallado, vid. *infra* §99.

²¹² ¿Puede verdaderamente considerarse que la delegación de prometer es un pago? Desde la Pandectística -cfr. WINDSCHEID, *Pandekten* II⁷ pp.310 n.2 y 313 n.9 (§ 353)- es habitual calificarla no como un verdadero pago sino como una *datio in solutum*: por todos, ENDEMANN, p.29 ss., p.35. Esta calificación es, sin embargo, extraña al pensamiento clásico: cfr. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel Diritto romano* I² (Napoli 1935) p.163 ss. De esta opinión, también D'ORS, recensión a Endemann (*Delegatio*), en *AHDE*.29(1959) 689., que explica la eficacia liberatoria de la delegación encuadrándola en la categoría de las *satisfactiones*. La idea, desarrollada por CRUZ, *Da Solutio* I (Coimbra 1962) p.282 s., tiene también una larga tradición (cfr. BRINZ, *Pandekten* II² p.373; BETTI, *Obbligazione* p.169: "profilo satisfactorio"), y, frente a la anterior, un sólido apoyo textual. En efecto, aunque hemos visto como los clásicos equiparan -en los efectos- *delegare a solvere*, a *dare*, en otras ocasiones ellos mismos distinguen, y califican el *dare reum*, *dare expromissorem* del delegante como un *satis-facere*. Gai.9 *ad ed. prov.*-D.13,7,10: *Quod si non solvere, sed alia ratione satisfacere paratus est, forte si expromissorem dare vult, nihil ei prodest*. Gai.28 *ad ed. prov.*-D.18,1,53: *... si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset*. Ulp.28 *ad ed.*-D.13,7,9,3: *Omnis pecunia*

Interdum intercedenti mulieri et conditio competit, ut puta si contra senatus consultum obligata debitorem suum delegaverit: nam hic ipsi competit conditio, quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret: solvit enim et qui reum delegat.

También en:

44) Ulp.32 *ad ed.*

D.50,16,187

Verbum "exactae pecuniae" non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delegationem.²¹³

45) Paul.2 *ad leg. Iul. et Pap.*

D.38,1,37,4

Sed si creditori suo libertum patronus delegaverit, non potest idem dici: solutionis enim vicem continet haec delegatio.²¹⁴

*exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi cavere voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus sive reo dato ... Ulp.58 ad ed.-D.42,1,4,3: Ait Praetor: "condemnatus, ut pecuniam solvat". a iudicato ergo hoc exigitur, ut pecuniam solvat. quid ergo, si solvere quidem paratus non sit, satisfacere autem paratus sit, quid dicimus? et ait Labeo debuisse hoc quoque adici "neque eo nomine satisfaciatur": fieri enim posse, ut idoneum expromissorem habeat. ... Sin embargo, como sugiere KASER, art. cit., en *Satura Fenestra* p.149 s., la promesa del delegado puede considerarse una verdadera *solutio*, a condición de otorgar al término su sentido primitivo, "Lösung von Haftung und Schuld"; no, ciertamente, en el más restringido de "Leistung des Geschuldeten". Dado que el sentido amplio de *solutio* y *solvere* pervive en época clásica [cfr. Ulp.58 ad ed.-D.42,1,4,7, Paul.56 ad ed.-D.46,3,54 y D.50,16,47; vid. SOLAZZI, *Estinzione* I² p.10 ss.; MELILLO, *In solutum dare* (Napoli 1970) p.9 ss., con lit.], nos parece legítimo hablar, también cuando el delegatario estipula, de *causa solvendi*, y de la promesa, como *solutio* en sentido amplio: vid. Ulp.76 ad ed.-D.39,5,19,4: *Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio* ... La delegación de prometer, en todo caso, se equipara a la *solutio* en los efectos: no sólo porque libera al deudor (delegado o delegante), sino sobre todo porque constituye de por sí una atribución patrimonial, fundamento, si resulta no existir deuda, para una *conditio*: vid. *infra* §17. Es precisamente porque genera una atribución patrimonial (que el acreedor acepta -al avenirse a estipular- como pago, i.e., en lugar del pago), por lo que la promesa libera al deudor.*

²¹³ Tanto este texto como el anterior (nº16) han sido ya mencionados (*supra* §12) para la delegación de *tradere*, pero su dicción genérica permite emplearlos también para la de prometer.

²¹⁴ La legislación matrimonial de Augusto (Paul.2 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.38,1,37pr.) eximía al liberto con dos o más hijos de prestar aquellos servicios que hubiera prometido al patrono *libertatis causa*. Según el inmediatamente precedente §3, daba igual que el liberto hubiera prometido al patrono mismo o a cualquier sometido a su potestad. En cambio, prosigue Paulo en nuestro texto, no es lo mismo si promete a un acreedor del patrono por delegación de éste: entonces no debe ser protegido contra el acreedor delegatario, porque éste se limita a reclamar lo suyo: en efecto, para el acreedor, que aceptando al liberto como deudor perdió su crédito original, *solutionis vicem continet haec delegatio*.

La mejor prueba de la existencia de una *datio* delegante→delegatario, también en la delegación de prometer, la proporcionan los textos en que se concede a aquél la *condictio* contra éste:

46) Cels.[5]<6> *dig.*²¹⁵

D.12,1,32

Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.²¹⁶

Tu ha estipulado como mutuuario de mi deudor creyéndolo deudor de Ticio, a quien también había rogado que le concediera un crédito. Parece claro que tu no puede quedar obligado frente a mí como mutuuario, porque él creía que era Ticio quien le prestaba, y no hay mutuo sino entre quienes consienten. Pero queda obligado conmigo porque ha recibido dinero mío sin causa, por lo que es justo que se me devuelva. La acción de repetición contra quien retiene dinero ajeno sin causa no puede ser otra que la *condictio*.

En el ya mencionado (nº39) Iul.60 *dig.*-D.39,6,18,1 (= nº40: Gai.8 *ad ed. prov.*-D.39,6,31,3), si Juliano se dedica a determinar la cuantía de lo que la promesa del delegado ha hecho lucrar al delegatario (*ego*) como donatario *mortis causa* del delegante (*tu*), es precisamente para el caso de que, convalenciendo el delegante de su enfermedad, le corresponda la *condictio* contra el delegatario²¹⁷.

También hemos mencionado ya (nº16) Ulp.29 *ad ed.*-D.16,1,8,3: una mujer delega a su deudor en favor de alguien frente a quien ella se había obligado contra el sc. Veleyano. Ulpiano concede a la mujer la *condictio* contra el acreedor delegatario, sin más, *quia solvit et qui reum delegat*, sin distinguir entre la delegación de dar y la de prometer.

La *condictio* del delegante aparece, finalmente, en:

47) Ulp.76 *ad ed.*

D.44,5,1,11.

Item si libertus debitorem suum patrono delegaverit, nulla exceptione summovendus est patronus, sed libertus a patrono per conditionem hoc repetet.

²¹⁵ Cfr. LENEL, *Palíngenesia* I col.134 n.2 *ad Cels.* 42.

²¹⁶ Vid., sobre este problemático texto: HAEBERLIN, p.125; v. LUBTOW, *Darlehensbegriff* p.47 ss.; SANTORO, *Studi sulla condictio*, en *AUPA*.32(1971) 272 ss. (Todos ellos con literatura). En la frase final, *sed quia pecunia mea ad te pervenit*, etc., *F* intercala *quae* entre *mea* y *ad*. Pero este *quae* aparece en el manuscrito como entrecomillado, y la frase resultante no parece correcta. Por eso, optamos por la lectura de *F*² y *S*: cfr. KRÜGER n.6 *ad leg.*

²¹⁷ Sobre la *a. in factum* que Juliano menciona como alternativa a la *condictio*, vid. *infra* §17 y n.231.

El patrono no puede exigir de su liberto lo que ha estipulado del mismo para gravar su libertad²¹⁸. Si, para cumplir tal promesa, el liberto hubiera delegado a su deudor en favor de su patrono, no puede el deudor delegado oponer excepción alguna a la reclamación del patrono, pero éste queda sujeto a la *condictio* del liberto²¹⁹.

§17 Aunque se admite en general sin problemas, también para la delegación de prometer, la posibilidad -que hemos comprobado en los textos- de una *condictio* del delegante contra el delegatario, parte de la doctrina rechaza que tal *condictio* pueda surgir contra el delegatario estipulante antes de que éste haya cobrado²²⁰. Sin embargo, sabemos que, para los clásicos (textos n°35 a 38), la simple *stipulatio* del delegatario perfecciona una *datio* a su favor; que la delegación, también la de prometer, equivale a la entrega al delegatario de una cantidad en efectivo (textos n°39 a 45). No encaja con estos testimonios de las fuentes la pretensión de que la *condictio* del delegante no surge hasta que el delegado haya cumplido su promesa. Por otro lado, faltan textos que apoyen tal pretensión²²¹. Considérense, en cambio, los ya vistos:

²¹⁸ Vid. Ulp. 76 *ad ed.*-D.44,5,1,5.

²¹⁹ Cfr. BETTI, *Obbligazione* p.166.

²²⁰ WINDSCHEID, art. cit., en *Festgabe Müller* p.16 s.; H. KRÜGER, recensión a v. Mayr (*Condictio*), en SZ.21(1900) 428; v. MAYR, *Condictio incerti*, en SZ.25(1904) 225 ss.; v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht* II (Weimar 1907) p.117 s.; DUQUESNE, art. cit., en *Mélanges Girard* I p.412 ss.; KRETSCHMAR, *Kritik der Interpolationenkritik*, en SZ.59(1939) 136 s.; RABEL, *In tema di delegazione*, en *Scritti in onore di C. Ferrini* IV (Milano 1949) p.219; ENDEMANN, pp.33 s., 41 s.; STURM, *Observations exégétiques sur Paul.D.46,2,12 (l.31 ad ed.)*, en *Studi in onore di E. Volterra* I (Milano 1971) p.264 n.13 [en adelante citado simplemente por el nombre del autor y la página]. Expresan duda al respecto: VOCI, *La dottrina romana del contratto* (Milano 1946) p.94 s.; NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht* (Weimar 1953) p.15 n.11.

²²¹ Tan sólo cabría invocar la segunda parte de nuestro texto n°37 (Cels.28 *dig.*-D.39,5,21,1). Recordemos: el texto partía de que *ego* delega a su deudor en favor de *tu*, a quien quiere donar por encima del límite de la *lex Cincia*. La pregunta que Celso se planteaba es si el delegado puede oponer al delegatario la *exceptio [donationis] <legis Cinciae>*: su respuesta era negativa, *quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris*. El texto continúa: *sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit ita, ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus: sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictioem*. La posibilidad de usar esta segunda parte como argumento caería ya si se acepta la crítica habitual, que elimina -[si quidem-exegisti]- la acción rescisoria y, con ella, la limitación de la *condictio* del delegante únicamente al supuesto de que el delegatario haya cobrado ya lo prometido. En este sentido, entre los

a) Cels.[5]<6> *dig.*-D.12,1,32 (nº46): si la *condictio* del delegante *ego* contra el delegatario *tu* dependiera de la efectiva recepción del dinero por *tu*, Celso habría mencionado tal pago efectivo²²² antes de preguntarse: *an mihi*

numerosos autores citados en *Index Itp. ad leg.*, cfr. LENEL, *Palingenesia* I col.163 n.9 *ad* Cels. 237. Sin embargo, sabemos que la *lex Cincia* cayó en desuso ya en época postclásica y no fue tampoco aplicada por Justiniano (cfr. KASER, *RPR.I*² p.602 n.19, II² p.399 y n.46, con lit.; KUNKEL-HONSELL, *RR.*⁴ p.347), por lo que no se entiende muy bien que ellos hubieran introducido una *restitutio in integrum ex lege Cincia*. Otros argumentos contra la crítica, en ARCHI, "Condictio liberationis" e "restitutio in integrum" nella donazione, en *Studi in onore di S. Solazzi* (Napoli 1948) pp.748 y 755 s. La *condictio*, en cambio, resulta más difícil de admitir. Al contrario que una *restitutio in integrum*, una *condictio* no puede basarse directamente en la *lex Cincia*, sino en la retención sin causa. Pero el delegatario, como donatario, tiene causa para retener, también por el exceso: ¿Cómo podría la imperfecta *lex Cincia* afectar a la licitud de la *causa donationis*? Una *condictio* contra el donatario sólo procedería si el donante se hubiera obligado previamente con él; el pago subsiguiente sería un *indebitum* repetible, en cuanto realizado por quien disponía de una *exceptio*: Vat.266. En el caso propuesto por Celso, en cambio, el donante no se obliga previamente a donar, sino que, delegando a su deudor, dona directamente, como el mismo Celso dice, es como si entregase al donatario la cantidad cobrada del deudor. La *condictio* resulta, por tanto, contradictoria respecto de la construcción del supuesto que propone Celso. Da la impresión de que el texto, al condicionar la *condictio* al pago efectivo del delegado, quiere ver un *indebitum* en ese pago, sin tener en cuenta: a) que el delegado no estaba protegido por la *exceptio*; b) que de ningún modo puede la *condictio* del delegante basarse en el pago indebido del delegado. En conclusión, la distinción entre pago pendiente y realizado y la concesión de una *condictio* en el segundo caso es, a nuestro parecer, una interpolación de los compiladores, paralela a la de los textos nº53 a 56 (*infra* §18). En el texto original, Celso consideraba, a nuestro juicio, únicamente la posibilidad de conceder, *ex in integrum restitutione*, una acción con ficción al delegante contra el delegado, por la parte del crédito que exceda del límite de la *lex Cincia*; medida que debía ser necesariamente acompañada de la concesión al delegado mismo de una *exceptio* contra la reclamación excesiva del delegatario (*tu*): *ita, ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus*. La crítica que proponemos es la siguiente: [*si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint*] ... [*sin autem pecunias a debitore meo exegisti* - fin]. Argumentos formales que avalan esta crítica son los giros *si quidem-sin autem* y, sobre todo, el chocante uso del plural *pecuniae-pecunias*: cfr. ARCHI, art. cit., en *Studi Solazzi* p.747 con lit. Para la condena de la *condictio*, vid.: WINDSCHEID, art. cit., en *Festgabe Müller* p.16 s.; MITTEIS, *RPR.I* p.165 s.; APPLETON, *La sanction de la loi Cincia sous les actions de la loi en cas de délégation*, en *RHD.10*(1931) 436; ARCHI, art. cit., en *Studi Solazzi* p.753 s.; HAEBERLIN, p.141 ss. y n.159. Contra, KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht* (Wien 1977) p.23 s. Vid. también PFLOGER, *Condictio und kein Ende. Eine Antikritik und auch eine Selbstkritik*, en *Festgabe für P. Krüger* (Berlin 1911) p.78, para quien la *condictio* es clásica, aunque no su limitación a después del pago efectivo.

²²² Las expresiones *pecuniam tibi credidi*, *pecunia mea ad te pervenit*, que Celso emplea, no significan que el delegatario haya cobrado lo prometido, sino que responden a la técnica con la que Celso resuelve los supuestos de delegación, reconstruyendo el circuito que habría seguido el dinero de haberse entregado en efectivo: cfr. Cels.28 *dig.*-D.39,5,21,1 (nº37): *Sed si debitorem meum tibi donationis causa promittere iussi, ... perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris*. Por eso, Celso puede decir que "recibe" quien

obligaris? Pero él propone esta pregunta sobre la base de la simple *stipulatio*²²³. Parece más justificado, entonces, entender que la *condictio* surge ya cuando el delegatario estipula.

b) Iul.60 *dig.*-D.39,6,18,1 (nº39) [= Gai.8 *ad ed.prov.*-D.39,6,31,3 (nº40)] equipara la estipulación del delegatario a la efectiva *cipio pecuniae*, a los efectos de la *condictio* del donante *mortis causa* que convalence: en el supuesto de que el delegatario haya estipulado él mismo, se considera -dice Juliano- que ha adquirido en la medida de la solvencia del delegado. Ahora bien: la solvencia es la capacidad para hacer frente a un pago futuro; si la *numeratio* fuera necesaria para la *condictio*, Juliano no se habría referido a la solvencia, sino a lo efectivamente pagado.

c) También Ulp.29 *ad ed.*-D.16,1,8,3 (nº16) concede sin más la *condictio* a la mujer que, obligada contra el sc. Veleyano, delegó a su deudor, sin distinguir entre delegación de pago y de promesa: porque, en todo caso, *solvit enim qui reum delegat*.

A nuestro parecer, en conclusión, la atribución patrimonial que la *stipulatio* supone para el delegatario constituye base suficiente para la *condictio* contra él²²⁴. Una cuestión distinta es que esa *condictio* pueda inmediatamente ejercitarse con éxito contra el estipulante. Esto no debe excluirse con carácter general, porque, concediendo al delegante la *condictio* contra el delegatario que estipuló *pure*, nada se pide a éste que él no pueda a su vez exigir de inmediato al delegado que prometió. Es preciso, sin embargo, considerar cada caso separadamente:

a) En el texto de Celso, el delegatario pretende estipular como mutuario del delegante. Supongamos que no se produce el malentendido del que parte Celso: ¿podría el delegante reclamar contra el estipulante, aun antes de que éste recibiese del delegado la cantidad prometida? La naturaleza del mutuo consiste

simplemente estipula: Cels.28 *dig.*-D.39,5,21pr. (nº41): *Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim suum recepit*. Sobre esta técnica celsina en la delegación de dar, vid. *supra* §14.

²²³ Vid., en este sentido, contra VOCI, *Contratto* p.94 s., y STURM, art. cit., en SZ.79(1962) 111 n.9; SCHWARZ, *Condictio* p.247; HAEBERLIN, p.125 s.; v. LOBTOW, *Darlehensbegriff* p.47 s., que corrige *quia pecunia mea ad te [pervenit] <pervenisse intellegitur>*.

²²⁴ Así: v. SALPIUS, p.108 ss.; PFLUGER, art. cit., en SZ.18(1897) 90; PFLUGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo* (Leipzig 1904) p.97 s.; PFLUGER, art. cit., en *Festgabe P. Krüger* p.70; DONATUTI, art. cit., en [SP.1(1950) 33 ss.=] *Studi* II p.751 ss.; HAEBERLIN, p.125; TALAMANCA, p.923 s.; v. LOBTOW, *Darlehensbegriff* p.48 s.; D'ORS, art. cit., en *Estudios Meriá e Braga da Cruz* p.356; vid. también D'ORS, *Derecho privado romano*³ (Pamplona 1991) §387 n.1 (p.445), que, en relación al requisito de la *datio* en la *condictio*, explica: "La jurisprudencia entiende que hay también una *datio* cuando alguien aumenta su patrimonio adquiriendo un crédito; la *condictio* recuperatoria se refiere entonces al objeto del crédito adquirido".

en poner a disposición del mutuuario una cantidad de la que pueda disponer. Por eso, parece razonable conjeturar que, si el delegante reclama antes de que el delegatario haya llegado a recibir efectivamente el dinero, su *condictio* será frenada por el Pretor, como intempestiva, mediante una *exceptio doli*, del mismo modo que se concede la *exceptio doli* contra el mutuante que reclama intempestivamente, cuando no se estableció un plazo para la devolución de lo prestado²²⁵, o la *non numeratae pecuniae* a quien no ha llegado a recibir la cantidad que, por adelantado, prometió devolver.

Por otro lado, es también dudoso que este supuesto constituya un verdadero mutuo²²⁶. Desde luego, ello no puede deducirse del texto²²⁷, donde, ya sólo por la errónea suposición del delegatario, no existe mutuo. Para los clásicos, planteaba ya cierta dificultad admitir que la *numeratio pecuniae* del delegado constituía un mutuo delegante→delegatario²²⁸, cuánto más la simple promesa²²⁹. Parece preferible, entonces, hablar genéricamente de *creditum*.

b) El ejercicio contra el delegatario, antes de que haya cobrado, de la *condictio* de los textos de Juliano y Gayo, supone, para el delegante que reclama

²²⁵ D'ORS, *DPR.* ⁸ p.443 (§385).

²²⁶ Como admiten: HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn* (Stuttgart 1882 = Amsterdam 1965) p.51; GIRARD, *Manuel*⁴ p.512 y n.1.; KRELLER, v. *Mutuum*, en *RE. Suppl.* VI (München 1935) col.575; v. LUBTOW, *Darlehensbegriff* p.48 s. Contra: SANTORO, art. cit., en *AUPA.* 32(1971) r.p.289 ss. y 481 ss.

²²⁷ Contra ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del Diritto romano* (Milano 1961) p.97 ss.

²²⁸ Así, era "por tolerancia" que Juliano (*Afr.8 quaest.-D.17,1,34pr.*) admitía el mutuo por delegación de dar: *item, quod si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est*. Un siglo más tarde, todavía Ulpiano explica este supuesto de mutuo como una "singularidad": *Ulp.31 ad ed.-D.12,1,15: Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis*. Y es que, para los clásicos, el concepto de mutuo giraba todavía en torno a la idea *ex meo tuum fit* de *Gai.3,90: unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*. Desde luego, las exigencias del tráfico, especialmente bancario, obligaban a admitir el mutuo de valor, sin *numeratio pecuniae* directa: pero este camino no siempre se recorrió sin dificultades. Así, en el texto mencionado, Juliano negaba la posibilidad de convertir en prestado, por simple convenio (*abire in creditum*), el dinero que el procurador de Lucio Ticio le debía como mandatario, habiendo cobrado de sus deudores, y, en cambio, admitía el préstamo cuando se convenía entre quien había entregado dinero en depósito (*ego*) y el depositario (*tu*): *credita fiat (sc. pecunia): quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt*. Por eso mismo, Ulpiano, cuando en el texto mencionado admite el *abire in creditum*, que Juliano había rechazado, se ve obligado a reconstruir una virtual *numeratio pecuniae*: es como si el *dominus* hubiera recibido el dinero del procurador y se lo hubiese vuolto a entregar en préstamo: *videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta*.

²²⁹ Cfr. *Gai.3,90: re contrahitur obligatio velut mutui datione: ¿Cómo decir que la obligación que para el estipulante surge de su simple stipulatio se ha contraído re?*

el total de lo estipulado, el riesgo de incurrir en *pluris petitio*, ya que la cantidad repetible del delegatario viene determinada por la solvencia del delegado. Este riesgo podría tal vez ser evitado por el Pretor, indagando, en la *causae cognitio* - antes de referir el *dare oportere* de la *intentio* a una *certa pecunia*-, la solvencia del delegado²³⁰. La extrema dificultad, en algunos casos, de tal indagación es, a nuestro juicio, la explicación de que Juliano proponga, como alternativa a la *condictio*, una *a. in factum*²³¹.

§18 Mediante la promesa que realiza por orden del delegante, el delegado paga, dona, presta o constituye una dote en favor de éste. Así pues, la promesa del delegado equivale también a una *datio* al delegante. Ello es especialmente evidente cuando la promesa hace que el delegante se libere de su deuda con el delegatario, o adquiriera la *condictio* contra éste. En general, la atribución patrimonial consiste, para el delegante, en no haber tenido que desembolsar nada para pagar, donar, prestar o constituir una dote a favor del delegatario.

Como testimonios de esta *datio* delegado→delegante basten los ya mencionados Iul.60 *dig.*-D.39,5,2,2 (nº35), Cels.28 *dig.*-D.39,5,21pr. (nº41) y I (nº37) y Hermog 6 *iur.epit.*-D.39,5,33,3 (nº36). Como prueba propondremos,

²³⁰ La posibilidad de un incidente procesal de este tipo, dirigido a determinar la solvencia de quien no es parte en el proceso, fue probablemente tenida en cuenta por Juliano al dar su solución al caso: también la división de la reclamación contra el fiador en virtud de la *epistula Hadriani* (tras la que seguramente estaba Juliano), exigía determinar, *ante litem contestatam*, el número de co-fiadores solventes.

²³¹ Iul.60 *dig.*-D.39,6,18,1: ... *nam et si convaluisset creditor idemque donator, condictione aut in factum actione debitoris obligationem dumtaxat recipere <debere>t.* (Para la corrección, vid. *supra* §16 n.206) La disyuntiva *condictione aut in factum actione* no se corresponde con los dos distintos supuestos descritos en el texto -(a) estipula el acreedor del donatario *mortis causa*, (b) estipula el donatario *mortis causa* mismo-, sino que afecta sólo al (b). Un indicio de ello es ya el *dumtaxat*, porque sólo en (b) existe una limitación a la reclamación del donante: la medida de la solvencia del delegado. Más claro aún: en (a) no hay problemas para la determinación de la cuantía de la *intentio*, por lo que una *a. in factum* sería innecesaria. En el supuesto (a), la acción será, por tanto, la *condictio*, tanto si el delegado ha cumplido la promesa como si no: esto es indiferente para el donatario *mortis causa* demandado en la *condictio*, pues, en todo caso, él se ha liberado ya con la promesa realizada a su acreedor. La razón por la que Juliano introduce en el supuesto (b) el binomio *a. in factum-condictio*, es la posible dificultad en la determinación de la solvencia del delegado: sería, por tanto, un error referir tal binomio a la disyuntiva simple promesa-pago efectivo. La *a. in factum* se concederá cuando no sea fácil dilucidar la solvencia del delegado; pero si el donante pueda probar *in iure* esta solvencia, no hay motivo para negarle la *condictio*, aunque el donatario no haya cobrado todavía. De lo contrario, Juliano habría recurrido a la medida de lo pagado, no de la simple solvencia, para determinar la adquisición del donatario.

una vez más, los textos en que se concede al delegado la *condictio* contra el delegante. El texto fundamental es aquí:

48) Pap.3 *resp.*

D.14,3,19,3

Servus pecuniis tantum faenerandis praepositus per intercessionem aes alienum suscipiens ut institor[em] dominum in solidum iure praetorio non adstringit: quod autem pro eo, [qui] <cui> pecuniam faeneravit, per delegationem alii promisit, a domino recte petetur, cui pecuniae creditae contra eum qui delegavit actio quaesita est.²³²

Un esclavo ha sido prepuesto únicamente para conceder préstamos con interés. Este esclavo asume una deuda ajena: ¿se concede al acreedor la *a. institoria* contra el *dominus*? Papiniano la rechaza -*dominum in solidum iure praetorio non adstringit*-, si el esclavo actuó como *per intercessionem*; la admite, en cambio -*a domino recte petetur*- cuando lo hizo *per delegationem*, es decir, cuando se dejó delegar por aquél a quien prestaba: porque, en tal caso, el *dominus* dispone de la *condictio (pecuniae creditae actio)* contra el mutuario delegante. Papiniano aduce la existencia de esta acción en favor del *dominus* como fundamento para conceder la *institoria* contra él. Es claro, entonces, que la *a. creditae pecuniae* no surge a consecuencia de esta responsabilidad del *dominus* frente al delegatario, sino que es anterior a la misma y, por ende, anterior a su cumplimiento. La simple promesa del esclavo delegado basta, en conclusión, para que surja esa *a. creditae pecuniae* contra el delegante.

49) Tryph.11 *disp.*

D.23,3,78,5

Si marito dotis nomine stipulanti promisit per errorem is, qui exceptione tutus erat ne solvat, cogetur ei solvere et habebit conditionem adversus mulierem aut patrem, uter eorum delegavit, ob id quod indebitum marito promisit aut solvit.

El deudor que, ignorando estar defendido por un *exceptio*, se deja delegar frente al marido que estipula la dote, no puede rechazar la reclamación de éste, pero dispone de la *condictio* contra quien haya sido delegante (la mujer o el padre de ésta), por lo que, siendo indebido, prometió o pagó al marido. Las palabras finales, *promisit aut solvit*, han sido objeto de sospecha²³³, pero probarían, de ser clásicas, que el delegado dispone de la *condictio* contra el delegante aun antes de haber desembolsado la cantidad prometida.

²³² Las correcciones fueron ya propuestas por Haloandro y Cuyacio: cfr. KRÜGER nn.4 y 5 *ad leg.* La aclaración *ut institor[em]* ("como *institor*") se refiere a *servus praepositus*, no a *dominus*, por lo que ha de ir en nominativo. Tampoco parece correcto [qui], porque el sujeto de *faeneravit* es también *servus praepositus*: fue el esclavo quien prestó al delegante, adquiriendo de ese modo la *condictio* para el *dominus*. El antecedente de <cui> es *eo*, es decir, aquél (delegante mutuario) en favor de quien el esclavo promete a un tercero (*alii*).

²³³ Cfr. SCHWARZ, *Condictio* p.44.

50) Ulp.[38] <28> *ad ed.*
D.46,2,13

Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit, sed condictio adversus eum qui delegavit competit.

El texto debe de haber sido manipulado en su redacción -como lo revela ya el que la designación del delegante fluctúe entre la primera (*delegavero*) y la tercera persona (*adversus eum qui delegavit*)-, pero la sustancia es clásica²³⁴.

51) Ulp.76 *ad ed.*
D.44,5,1,10

Quo si patronus libertum suum delegaverit creditori, an adversus creditori, cui delegatus promisit libertatis causa onerandae, exceptione ista uti possit, videamus. et [Cassius existimasse Urseium] <Cassium existimasse Urseius>²³⁵ refert creditorem quidem minime esse submovendum exceptione, quia suum recepit: verumtamen libertum patrono posse condicere, si non transigendae controversiae gratia id fecit²³⁶.

El patrono no puede exigir de su liberto lo que ha estipulado del mismo para gravar su libertad²³⁷. Si, en lugar de estipular él mismo, delega al liberto en favor de su acreedor, dice Urseyo que Casio había opinado que el liberto delegado no dispone de *exceptio* para rechazar al acreedor delegatario, pero sí de la *condictio* contra el patrono delegante.

Considérese todavía:

52) C.4,5,2

Si citra ullam transactionem pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es, adversus eam quae te delegavit conditionem habere potes [a. 213]

Al lado de estos textos, en los que al delegado que promete se le concede sin más la *condictio*, es decir (nº48) la *actio creditae pecuniae* contra el delegante, encontramos otros cuatro (nº53 a 56), en los que se distingue entre el delegado que ha cumplido ya la promesa y el que todavía no: en el primer caso, el delegado dispondrá de la *condictio* para repetir lo pagado; en el segundo, para exigir del delegante que lo libere de la obligación asumida frente al delegatario: *condicere liberationem, condictio ut liberetur*. Estas expresiones se han interpretado como alusiones a una fórmula de *condictio* referida, no a un *dare certum*, sino a la liberación del demandante: es decir, aparentemente, a un *facere*. Tras décadas de rechazo, hoy tiende de nuevo a admitirse en la doctrina la

²³⁴ Vid. BETTI, *Obbligazione* p.163.

²³⁵ Cfr. KRÜGER n.19 *ad leg.*; LENEL, *Palingenesia* II col.866 n.3 *ad Ulp.* 1684.

²³⁶ Vid. HAEBERLIN, p.144. Contra la restricción [*si non transigendae-fin*], BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt* II 2 (Lipsiae 1901 = Roma 1967) p.24.

²³⁷ Vid. Ulp.76 *ad ed.*-D.44,5,1,5.

existencia, en el procedimiento formulario clásico, de esta *condictio "incerti"*²³⁸, cuya *intentio* revestiría la forma "*quidquid paret Nm Nm Ao Ao dare facere oportere*", precedida por una *praescriptio* para individualizar la reclamación²³⁹. A la vista de esta doctrina y de nuestros cuatro textos, habría que concluir que sólo el delegado que ha pagado dispone de la *actio certae creditae pecuniae* contra el delegante²⁴⁰: a efectos de la *condictio*, la simple promesa no equivaldría -contra lo que hemos venido manteniendo- a una atribución patrimonial efectiva.

²³⁸ Bajo la denominación *condictio "incerti"* (para cuyo empleo en las fuentes, vid.: *VIR.I* col.896 (*De condictione incerti*), col.893 (*condicere incertum*), *VIR.III* col.680 (*incerti actio, incerti condictio*)- se agrupan en la doctrina diversos supuestos de *condictio* que no parecen referirse a un *certum dare oportere*: *condictio "possessionis"*, "*impensarum*", "*operarum*", "*habitationis*", "*servitutis*", "*obligationis*", "*cautionis*", "*liberationis*": vid. v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Condictio* II pp.181-290 ("Die anwendungsfälle der sog. *condictio incerti*"). De todas estas modalidades nos interesa sólo la "*liberationis*". En la primera edición de su reconstrucción del Edicto, Lenel incluía una fórmula con *praescriptio e intentio incerta* para la *condictio "incerti"*, bajo la rúbrica *si incertum condicatur*. El lugar de ésta fue ocupado, en las ediciones siguientes, por una refutación de la misma: LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³ (Leipzig 1927 = Aalen 1985) p.156 ss. (§57): "Ich bin von dieser Vermutung längst zurückgekommen und heute der Meinung, daß das Album überhaupt keine Musterformel der *condictio incerti* enthielt". La discusión en torno a la *condictio "incerti"* ha sido inacabable, sin que se haya llegado a un resultado seguro. Sobre las diversas opiniones en torno a la naturaleza y claridad de las mencionadas modalidades de *condictio "incerti"*, vid. la excelente síntesis de WOLF, *Causa Stipulationis* (Köln-Wien 1970) p.157. Puede decirse, sin embargo, que hasta los años setenta, la doctrina dominante era la que negaba la posibilidad de una *condictio* que no se refiriese a un *dare certum*: Cfr., entre otros muchos: SIBER, *RR.II* p.215 s. y n.10; DULCKEIT, *Voluntas und fides im Vermächtnisrecht*, en *Festschrift P. Koschaker* II (Weimar 1939) p.319; SCHWARZ, *Condictio* p.84; más literatura, en KASER, *RPR.I*¹ p.501 nn.38 y 39. A esta *condictio "regular"* se reconducen -KASER, *RPR.I*¹ p.500 s.- las otras: una *condictio* interpuesta "*ut promissione liberetur*", "*ut cautio interponatur*", "*ut servitus imponatur*", no es sino la *condictio "certi"* ordinaria, empleada "zu mittelbarem Zwang", como modo de coacción para obtener un fin distinto del simple *certum dare*. Aunque siempre había habido defensores de la *condictio "incerti"* -cfr., aparte de los Pandectistas, PERNICE, *Labeo* III 1 (Halle 1892) p.203 ss.; RABEL, *RPR.* p.120; JORS-KUNKEL, *Römisches Recht*² (Berlin 1935) p.250 s. y n.8; GIFFARD, *L'action qua incertum petimus*, en *SDHI.4*(1938) 152 ss. y *Observations sur l'enrichissement injuste incertain*, en *RIDA.4*(1950) 499 ss.; LEVY, *Die querela non numeratae pecuniae*, en *SZ.70*(1953) 232 s.-, el cambio de opinión en la doctrina no se produjo hasta los años setenta, cuando WOLF, *Causa* p.190 ss., defiende la existencia entre los clásicos de una *condictio* referida a un *incertum*, cuya *intentio* tendría la forma *quidquid paret Nm Nm Ao Ao dare facere oportere*, precedida por una *praescriptio* para individualizar la reclamación, y la idea es incorporada por KASER, *RPR.I*² p.598 s.: "Die *condictio* wurde jedoch schon in der klassischen Zeit auf Fälle erweitert, in denen der Inhalt der Vorenthaltung nicht als ein *certum* erfaßt werden kann." "Diese Fälle lassen vermuten, daß bereits das klassische Recht eine *condictio* gekannt hat, mit der ein *incertum* eingeklagt werden konnte". Vid., en el mismo sentido: KUNKEL-HONSELL, *RR.*⁴ p.352 y n.12; MAYER-MALY, *Römisches Privatrecht* (Wien 1991) p.132.

²³⁹ Vid. WOLF, *Causa* p.190 ss.; KASER, *RPR.I*² p.599.

²⁴⁰ Cfr. KASER, art. cit., en *SZ.77*(1960) 466 n.9; TALAMANCA, p.922, p.923 n.51.

Sin pretender entrar en la polémica sobre la *condictio "incerti"* en general, nuestra opinión es que, en este concreto supuesto de reclamación delegado→delegante, la *condictio "ut liberetur"* que aparece en los textos no es clásica. Esto resulta especialmente claro en:

53) Paul.71 *ad ed.*

D.44,4,5,5

Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suam petit. in eadem causa est maritus: nec hic enim debet exceptione summoverti, qui suo nomine agit. [numquid ergo nec de dolo mulieris excipiendum sit adversus maritum, qui dotem petit, non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset? nisi iam divertit. itaque conditione tenetur debitor qui delegavit vel mulier, ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur].

El texto parece haber sido ampliamente manipulado, como lo prueba el que no quede rastro de la *exceptio doli*, a cuyo comentario pertenece²⁴¹. La retórica digresión [*numquid-divertit*] difícilmente puede atribuirse a Paulo, que ha zanjado ya con una negativa la cuestión de la oponibilidad de la *exceptio* frente al marido²⁴². La concesión de una *condictio* es razonable en el caso del deudor delegado por la mujer, pero la que se concede al delegado donante no encaja con el carácter imperfecto de la *lex Cincia*²⁴³, por lo que debe considerarse también interpolada²⁴⁴. La sospecha se fortalece a la vista de la caótica redacción

²⁴¹ LENEL, *Palingenesia* I col.1086, Paul. 792. Una conjetura sobre el papel de la *exceptio doli* en el texto original, en KASER, *Verbotsgesetze* p.25.

²⁴² Para su crítica, cfr. *Index Itp. ad leg.*

²⁴³ El problema que plantea este texto es semejante al ya examinado (*supra* §17 n.221) de Cels.28 *dig.*-D.39,5,21,1 (texto n°37). Quien dona en exceso puede disponer de la *condictio* contra el donatario si, antes de entregar lo donado, lo había prometido: entonces la entrega se puede considerar un pago indebido, en la medida en que el promitente estaba protegido por la *exceptio legis Cinciae* (cfr. Vat.256). Pero cuando el donante es un delegado, no promete al delegante, sino a un tercero, y esta promesa al tercero equivale a una entrega efectiva al delegante: es como si (Cels.28 *dig.*-D.39,5,21,1) el donatario hubiera recibido el dinero del donante y lo hubiera pagado a su acreedor (y éste lo prestase de nuevo al donante). En otras palabras, la promesa del delegado perfecciona la donación: Iul.60 *dig.*-D.39,5,2,2 (n°35: "*donatio perfecta est*") y Herm.6 *iur. epit.*-D.39,5,33,3 (n°36: "*perficitur donatio*"). La atribución patrimonial experimentada por el delegante donatario al liberarse de su acreedor no puede repetirse, en conclusión, como *indebitum* (porque no es un pago sino una donación), ni tampoco por falta de causa, a no ser que quiera atribuirse a una *lex imperfecta*, como la *Cincia*, una incidencia sobre la licitud de la causa comparable a la que tenía la prohibición de donaciones entre cónyuges.

²⁴⁴ La *condictio* es respetada por: H. KRÖGER, *Die "liberatio legata" in geschichtlicher Entwicklung*, en *ZGr.*21(1894) 322; PFLÜGER, art. cit., en *SZ.*18(1897) 91 n.7 (que, de todos modos, no admite la distinción entre el delegado que ha pagado y el que no); v. MAYR, *Die Condictio des römischen Privatrecht*: (Leipzig 1900) p.230; DUQUESNE, art. cit., en *Mélanges*

de esta parte del texto: el delegante -ego en la exposición inicial- se llama ahora *debitor qui delegavit*; pero *debitor* pasa a designar, en *ut vel liberet debitorem*, al delegado; gramaticalmente, el sujeto de *solvit* debería ser el mismo de *liberet*, es decir, *debitor qui delegavit*, pero es, evidentemente, el delegado.

Incluso quienes defienden la existencia, ya en el Derecho clásico, de una fórmula de *condictio* con *intentio incerta*, mantienen que tanto la expresión *condictio "incerti"*, como su opuesta, *condictio "certi"*, no son clásicas²⁴⁵. Parece claro, entonces, el carácter espurio de:

54) Paul.31 *ad ed.*

D.46,2,12

Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur conditione [vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esse!], et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati iudicio.²⁴⁶

Girard I p.389 ss; Kaser, *Verbotsgesetze* p.24. — La eliminan, en cambio: BENIGNI, *La condictio incerti*, en *AG.75*(1905) 323; MITTEIS, *RPR.I* p.165 s y n.56; SIBER, *RR.II* p.284 y n.14; APPLETON, art. cit., en *RHD.10*(1931) 440, 442 n.2, 447; KEMPNER, *Delegation* p.54 s.; DE VILLA, *La liberatio legata nel Diritto classico e giustiniano* (Milano 1939) p.50 s.; ARCHI, art. cit., en *Studi Solazzi* p.759 s.; HAEBERLIN, p.140 ss.; BETTI, *Appunti* p.166; ARCHI, *La Donazione. Corso di Diritto romano* (Milano 1960) p.163 ss.; SACCONI, *Delegazione* p.88.

²⁴⁵ Cfr. RABEL, *RPR.* p.120; KASER, *RPR.II* p.599; MAYER-MALY, *RPR.* p.132.

²⁴⁶ Para un estudio detenido de este texto, vid. *infra* §106 (con propuesta de reconstrucción en n.539). Algunos autores eliminan no sólo la disyuntiva sino la propia mención de la *condictio*: PERNICE, *Labeo III* I p.203 n.5; NABER, *Observatiunculae de iure Romano XXIV, de conditione certi vel incerti*, en *Mn.20*(1892) 193 s.; PERNICE, *Parerga IV. Der sogenannte Realverbalcontract*, en *SZ.13*(1893) 252; TRAMPEDACH, *Die condictio incerti*, en *SZ.17*(1896) 97 ss.; BESELER, *et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*, en *SZ.45*(1925) 485; BOSSOWSKI, *De conditione ex causa furtiva*, en *AUPA.13*(1929) 369; BESELER, *Textkritische Studien*, en *SZ.53*(1933) 42; SOLAZZI, *L'errore nella "condictio indebiti"*, en [*AAN.59*(1939) 291 ss.=] *Scritti di Diritto Romano IV* (Napoli 1967) p.121 s. y n.86 [Publicado también como monografía, con el mismo título (Napoli 1939)]. A nuestro parecer, la crítica debe limitarse a la disyuntiva, respetando la *condictio* en sí: PFLÖGER, art. cit., en *SZ.18*(1897) 89 s.; KNIEP, *Der Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches gegenüberstellt dem römischen und gemeinen Recht* (Jena 1900) p.403; v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Condictio II* p.115; DUQUESNE, art. cit., en *Mélanges Girard I* p.400 n.2.; BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, en *BIDR.28*(1915) 81; SIBER, *RR.II* p.216; CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des romains*² (Paris 1928) p.540 n.6 (541); RUTSAERT, *Étude sur la délégation en droit privé romain* (Bruxelles-Paris 1929) pp.62 s. y 67 s. [en adelante citado simplemente por el nombre del autor y la página]; DONATUTI, art. cit., en [*SP.1*(1950) 33 ss.=] *Studi II* p.755 s.; SCHWARZ, *Condictio* p.90 ss.; ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht* (Weimar 1940) p.96; HAEBERLIN, p.133 s. y n.126; ENDEMANN, p.41; ARCHI, *Donazione* p.124; COSENTINO, p.310 s.; JAKOBS, *Fiducia und Delegation (Paulus D 46,2,12 more historico)*, en

Aparte del uso de las expresiones *condictio "certi"* e *"incerti"*, hay todavía otra razón para rechazar que, en este texto, Paulo hubiera exigido al delegado el pago efectivo para permitirle repetir la cantidad prometida. Esta razón puede exponerse así:

No carece de justificación la duda doctrinal (*supra* §17) acerca de la oportunidad de conceder una *condictio certae pecuniae* contra un simple estipulante, porque el beneficio patrimonial que efectivamente podrá obtener depende de la solvencia del delegado²⁴⁷. Pero quien, como el delegante del texto de Paulo, se libera de su deuda con el delegatario, experimenta una atribución patrimonial definitiva, de cuantía perfectamente determinada. Por eso, parece más razonable que el delegado pueda reclamar del delegante la cantidad ya antes de haber pagado: el delegante no podría, como defensa frente a la *condictio "certi"*, alegar que el delegado no ha pagado aún, porque para él, que quedó liberado con la promesa, el pago efectivo no hace diferencia alguna. No faltan textos que prueban que, en efecto, la liberación es -por cuanto atribución patrimonial- base suficiente para la *condictio*:

a) Los ya mencionados Iul.60 *dig.*-D.39,6,18,1 (nº39) y Gai.8 *ad ed. prov.*-D.39,6,31,3 (nº40), que, para el caso de que convalezca el donante *mortis causa* que delegó a su deudor para que prometiera al acreedor del donatario, conceden sin más al delegante la *condictio* contra el donatario, por cuanto se liberó de su acreedor.

b) El también mencionado Pap.3 *resp.*-D.14,3,19,3 (nº48), que fundamenta la responsabilidad adyecticia del dueño del *servus delegatus* frente al delegatario en la *a. creditae pecuniae* de que dispone contra el delegante, de donde se deduce que esta acción no depende de que el delegatario haya cobrado, sino que surge de la simple promesa, que libera ya al delegante.

c) Todos aquellos pasajes que, cuando falla la causa de la *acceptilatio*, conceden la *condictio* al aceptilante contra el deudor liberado: Iav.1 *ex Plaut.*-

SZ.110(1993) 421. En cambio, v. MAYR, *art. cit.*, en SZ.25(1904) 225, conjetura que la contraposición *certi-incerti condictio* era en Paulo entre *condictio* y *actio incerti* [cfr. la primera parte de este mismo artículo de v. MAYR, en SZ.24(1903) 269 ss.]. No faltan autores que impugnan la crítica, defendiendo la claridad de la contraposición entre *condictio certi-incerti*: KRETSCHMAR, *art. cit.*, en SZ.59(1939) 136 s.; STURM, p.274 ss.; SACCONI, *Delegazione* p.85; BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c. d. contratti innominati*, en IVRA 36(1985) 53 s.; KUPISCH, D.46,2,12 (*Paulus 31 ad edictum*). *Zum Subjektwechsel als Auslegungsproblem*, en *Festschrift für R. Lütke* (Köln 1989) p.748.

²⁴⁷ De ahí que esa *condictio*, si bien surgida de la simple *stipulatio* del delegatario, pueda ser frenada por éste, en caso de mutuo, con una *exceptio doli*, o pueda ejercitarse contra él tan sólo (nº39: Iul.60 *dig.*-D.39,6,18,1; nº40: Gai.8 *ad ed. prov.*-D.39,6,31,3) en la medida de la solvencia del delegado.

D.12,4,10; Afr.9 *quaest.*-D.39,6,24; Ulp.[39] <29> *ad ed.*-D.12,4,4; Ulp.29 *ad ed.*-D.16,1,8,8; Paul.6 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.39,6,35,6.

Todos estos textos demuestran que, cuando B libera a A, y falla la causa por la que lo hizo, dispone contra él de una *condictio*, por tanto dinero cuanto era el importe del crédito extinguido. Así debía de ser también para los clásicos, cuando B y A son, respectivamente, delegado y delegante. Por este motivo²⁴⁸, creemos que la distinción entre el delegado que pagó y el que aún no lo hizo, y el reconocimiento a éste último tan sólo de un *condicere liberationem* no es clásico -como, por otro lado, sospecha la práctica totalidad de la doctrina- tampoco en nuestro siguiente texto, en el que una mujer, obligada contra el sc. Veleyano, promete, delegada por su acreedor, a un acreedor de éste:

55) Ulp.29 *ad ed.*

D.16,1,8,2

... ubi quasi debitor delegata est (sc. mulier contra senatus consultum obligata), exceptionem ei senatus consulti Marcellus non daret, sed condemnata vel ante condemnationem *condicere utique ei, a quo delegata est, poterit [vel quod abest ei vel, si nondum abest, liberationem]*²⁴⁹.

Demostrado el carácter espurio de la *condictio "liberationis"* en los textos en que el delegatario es acreedor del delegante, parece razonable pensar que la concedida, en el cuarto y último, contra un delegante constituyente de dote responde al mismo origen:

56) Paul.17 *ad Plaut.*

D.12,4,9,1

²⁴⁸ Aplicable tanto a Paul.31 *ad ed.*-D.46,2,12 (n°54) como al anterior (n°53: Paul.71 *ad ed.*-D.44,4,5,5), en el caso de que en el mismo quisiera respetarse la *condictio* en sí.

²⁴⁹ La crítica es prácticamente unánime: BENIGNI, art. cit., en *AG*.75(1905) 324 s. y n.3; GRADENWITZ, *Ungültigkeit* p. 118 s.; KALB, *Das Juristenlatein* (Nürnberg 1888) p.71; PERNICE, *Labes* III 1 p.205 n.1.; H. KRÜGER, art. cit., en *ZGr*.21(1894) 324 n.46; H. APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir* (Paris 1895 = Roma 1967) p.79; PFLÜGER, art. cit., en *SZ*.18(1897) 92; v. MAYR, *Condictio* p.227 y art. cit., en *SZ*.25(1904) 226 n.4; RICCOBONO, *Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine*, en *BIDR*.18(1906) 212; PFLÜGER, art. cit., en *Festgabe P. Krüger* p.84; DUQUESNE, art. cit., en *Mélanges Girard* I p.400 n.2; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* III (Tübingen 1913) p.157; BETTI, art. cit., en *BIDR*.28(1915) 85; PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, en *Festschrift für O. Lenel* (Leipzig 1921) p.227; BESELER, *Einzelne Stellen*, en *SZ*.46(1926) 272; VOGT, *Studien zum Senatus Consultum Velleianum* (Bonn 1952) p.65 n.21; MEDICUS, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum* (Köln-Graz 1957) p.92; HAEBERLIN, p.136 n.132; SACCONI, *Delegazione* p.107 n.168. La interpolación había sido ya señalada por FABER, *Coniecturarum iuris civilis liber XVIII* (Coloniae Allobrogum 1630) *ad leg.* El comienzo del sucesivo §3, *interdum intercedenti mulier et condictio competit*, no demuestra -como quiere DE VULLA, *Liberatio* p.51 n.4- que la *condictio* misma sea en nuestro texto interpolada, ya que la *mulier* de §2 es para Marcelo, por lo que hace a su promesa como delegada, *non intercedens*.

Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promississet et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest: maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere. itaque adversus mulierem condictio ei competit [ut aut repetat ab ea quod marito dedit aut ut liberetur, si nondum solverit, sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eodumtaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset].²⁵⁰

Para salvar, sin recurrir a la crítica, la idea de que la *condictio* se refiere siempre a un *certum*, d'Ors²⁵¹ recupera la idea²⁵² de que la *condictio* "ut liberetur" es la misma de siempre, referida a un *certum dare oportere*. El explica su hipótesis no en relación a la delegación, sino al caso, más sencillo, de que A reclame a B lo que le prometió sin causa. Como lo "dado" por el demandante (A) fue una *obligatio*, una vez condenado el estipulante (B), la manera propia de "devolver" esa *obligatio* es cancelándola mediante *acceptilatio*. Esta idea orsiana, de que el demandado en una acción referida a un *certam pecuniam dare oportere* puede cumplir la condena aceptilando, no debe escandalizar, pues también la *acceptilatio*, como sabemos²⁵³, conlleva una *datio* al deudor aceptilado²⁵⁴. Sin embargo, cualquiera que sea la viabilidad de esta teoría para explicar los restantes textos con *condictio* "liberationis"²⁵⁵, ella no alcanza a desvirtuar las razones que hemos aducido para la crítica de los que nos ocupan. Además, cabe preguntarse: si la *intentio* de esta *condictio* se refería también a un *decem dare oportere* ¿cómo es que los textos la contraponen a aquella en que se reclama una cantidad?

En conclusión, a nuestro parecer, la distinción entre el delegado que pago y el que aún no lo hizo, y la concesión a éste último, únicamente, de la *condictio* "liberationis" no son clásicas: el delegado que promete dispone ya

²⁵⁰ Defienden la clasicidad de la disyuntiva *ut repetat - ut liberetur*: v. MAYR, art. cit., en SZ.25(1904) 226 n.1, sustituyendo [*condictio*] por <actio>; v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Condictio* II p.119; PFLÜGER, art. cit., en *Festgabe P. Krüger* p.82, suponiendo que la *condictio* ut liberetur era para Paulo la misma *condictio* "certi"; SACCONI, *Delegazione* p.84. Críticos, en cambio: BENIGNI, art. cit., en AG.75(1905) 324; LAST, *Zur Novationslehre nach römischem Recht*, en ZGr.37(1910) 468; DE VELA, *Liberatio* p.54 n.1; SCHWARZ, *Condictio* p.44 n.66; HAEBERLIN, p.120 n.91. Interpolada parece también la parte final del texto: cfr. HAEBERLIN, l.c., con lit.

²⁵¹ D'ORS, *ibid.* cit., en *Estudios Merià e Braga da Cruz* p.356 s.

²⁵² Cfr. ya PFLÜGER, art. cit., en *Festgabe P. Krüger* p.74 ss.; KASER, *RPR*.I¹ p.500 s.

²⁵³ Vid. *infra* §25 y n.318.

²⁵⁴ Desde luego, no cabe duda de que el delegante puede evitar la *condictio* liberando al delegado antes de la *litis contestatio*, porque el fundamento de la acción queda destruido cuando se extingue la deuda del delegado demandante.

²⁵⁵ En el supuesto que nos ocupa, de delegación, la dialéctica *datio (obligationis) - acceptilatio* de que parte d'Ors no es aplicable tal cual: el delegante demandado en la *condictio* no puede aceptilar la deuda del delegado demandante, que ya no es deudor suyo.

de la *condictio "certi"*²⁵⁶. El hecho de que la simple promesa del delegado permita a éste emplear la *condictio* contra el delegante demuestra que esa simple promesa equivale, como la *traditio* en la delegación de *tradere*, a una atribución patrimonial delegado→delegante. Pero la *condictio* no es la única prueba de ello; así, la mujer que, delegada por el marido, promete la dote a un tercero, reclamará la restitución, *solutio matrimonio*, directamente al marido delegante, como ya sabemos por Marcell. 7 dig.-D. 23, 3, 59pr. (nº 31):

Si mulier ita dotem [promiserit] <dixerit>: "decem tibi aut Titio doti erunt", hoc casu dici potest vel Titio dari posse, sed [de dote] <rei uxoriae> virum teneri, quemadmodum si Titio iussisset dari. nec mirum, cum etiam promissura viro dotem possit delegante eo alteri promittere, etsi dici solet alii quam marito dotis nomine mulierem non posse obligari. his enim casibus viro dos quaeritur. non enim existimabimus illam ita [promississe] <dixisse>, cum vel de Titii nuptiis cogitaret.

§19 A lo largo de los precedentes §§, hemos intentado mostrar que la delegación de prometer se apoya, como la de entregar, en un doble convenio causal, de modo que la promesa del delegado equivale (como la *traditio* en la delegación de entregar) a una doble atribución patrimonial: de cobertura delegado→delegante y de valuta delegante→delegatario²⁵⁷.

Como prueba principal de que ésta es también la estructura de la delegación de prometer, hemos esgrimido la dirección que toma la *condictio*, en caso de que falle alguna de las causas subyacentes: es contra el delegante que se concede la *condictio* al delegado, y es a favor del delegante que se concede contra el delegatario²⁵⁸; esta *condictio* no surge, como hemos visto, de la entrega de lo prometido por el delegado, sino de su simple promesa.

²⁵⁶ Así, PFLÜGER, art. cit., en SZ 18(1897) 89 s.; SIBER, RR. II p. 216. Contra: PERNICE, art. cit., en SZ 19(1898) 117 n. 6 (118 s.); H. KRÜGER, art. cit., en SZ 21(1900) 418 s., 428; v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Condictio* II p. 117 s.; KRETSCHMAR, art. cit., en SZ 59(1939) 136 s.; ENDEMANN, p. 41 s.

²⁵⁷ Cfr. HEUMANN-SECKEL, p. 132 (s. v. *delegare*): la delegación de prometer es "überhaupt eine Form, um eine Forderung (*debitum, nomen*) für den Verkehr flüssig zu machen, ein Mittel zu zahlen (*numerare, solvere*), ohne bares Geld zu gewähren".

²⁵⁸ Sin embargo, en algún caso excepcional, la *condictio* se concede directamente al delegado contra el delegatario. Así, en Iul. 16 dig. 12, 4, 7pr., un deudor promete por delegación de su acreedora al futuro marido como dote, y paga luego lo prometido: no sigue el matrimonio, y el delegado no era en realidad deudor. La *condictio* delegado→delegatario (que, según el texto, concedían ya Nerva y Atilicino) se justifica aquí porque, si bien la promesa del delegado no genera una *datio* delegado→delegatario sino delegado→delegante (*solutio*) y delegante→delegatario (*dote*), cuando el delegado cumple lo que, en virtud de la promesa, debe al delegatario, si hay *datio* (*solutio*) delegado→delegatario. Y, dado que la causa (remota) de la *stipulatio* falla, tanto por la parte del delegado promitente como del delegatario estipulante, lo pagado es repetible como indebido: lo que no sería posible si sólo una de las causas hubiera

Sin embargo, existe un obstáculo que no hemos considerado todavía, para la validez general de esta estructura: la posibilidad de que la promesa del delegado sea novatoria. Explicaremos, entonces, en primer lugar (§20), el papel que, a nuestro juicio, corresponde a la novación en la delegación de prometer, y, a continuación (§21), en qué consiste el obstáculo que la novación presenta a nuestra construcción de aquélla.

§20 Suponiendo que *ego* sea el delegatario que estipula, *tu* el delegado que promete y Ticio el delegante, la doctrina conjetura²⁵⁹ cuatro modelos para la fórmula de la estipulación del delegado:

- a) *decem quae Titius mihi debet* (o *Titio debes*), *mihi dari spondes?*
- b) *quod Titius mihi debet* (o *Titio debes*), *id mihi dari spondes?*
- c) *quidquid Titium mihi* (o *te Titio*) *ex vendito* (*ex locato*, etc.) *dare facere oportet*, (*quanti ea res erit*.) *tantam pecuniam mihi dari spondes?*
- d) *decem mihi dari spondes?*

De estos cuatro modelos, (a), (b) y (c) son estipulaciones "tituladas"; (d) es "no-titulada"²⁶⁰. Sólo los modelos (a), (b) y (c) -no el (d), por falta de

fallado. Hay otros textos (Iul. 60 *dig.* -D.39,5,2,3 y 4, parafraseados en Ulp. 76 *ad ed.* -D.44,4,7pr. y 1), que conceden al delegado la *condictio* contra el delegante, pero su claridad no es segura: vid. FERRINI, *Obbligazione*, en *Enciclopedia giuridica italiana* XII (Milano 1889) p.851; BENIGNI, art. cit., en *AG* 75(1905) 332; BESELER, *Miscellanea*, en *SZ* 45(1925) 234; BESELER, *Juristische Miniaturen* (Leipzig 1929) p.117 s.; BOSSOWSKI, art. cit., en *AUPA* 13(1927) 363; PFLÜGER, art. cit., en *Festgabe P. Krüger* p.91; TRAMPEDACH, art. cit., en *SZ* 17(1896) 136 s.; BETTI, art. cit., en *BIDR* 28(1915) 84; PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano* II² (Milano 1928) p.727 n.1; HAEBERLIN, p.122 n.97. En estos textos se concede al delegado, cuando haya prometido creyéndose erróneamente deudor, una *exceptio doli* contra el delegatario estipulante, si éste estipuló como simple donatario o como acreedor del delegante, sin serlo. Pero además de la *exceptio doli*, el delegado (*ego*) dispone, según Ulpiano, de una *condictio* "ut me liberet", "ut mihi acceptam faciat stipulationem"; en la versión atribuida a Juliano, una *condictio incerti* "ut mihi acceptum faciat stipulationem". Pero: a) la frase *ut mihi acceptum faciat stipulationem* es sospechosa: por incorrecta gramatical (*acceptum* en lugar de *acceptam*) y jurídicamente (lo que se acepta no es la estipulación, sino la deuda que ésta genera), y por repetirse mecánicamente e invariable en los sucesivos §3 y 4; b) esta *condictio* "de liberación" es, una vez más, innecesaria, pues el delegado dispone de la *exceptio* contra el delegatario.

²⁵⁹ Vid. ya v. SALPIUS, p.123 ss., y, por todos, KASER, art. cit., en *Satura Feenstra* p.141 s., con lit. en n.4.

²⁶⁰ De delegación titulada y abstracta se habla desde THOL, *Handelsrecht* I⁶ §131 n.2 §336 n.3 y v. SALPIUS, p.75 ss.: "reine und titulierte Delegation". Dudas respecto a esta contraposición: FEENSTRA, *L'effet extinctif de la novation*, en *TR* 29(1961) 408 s.; también en su recensión a Endemann (*Delegatio*), en *TR* 29(1961) 508 (vid. *infra* n.261). — La delegación no-titulada es ordinariamente -por todos, ENDEMANN, p.28 ss.- llamada "abstracta" (pero "nichttitulierte" aparece, por ejemplo, en SIBER, *RR* II p.282), lo que conduce a error -cfr. D'ORS, art. cit., en

referencia expresa al *idem debitum*²⁶¹ - extinguen por novación la obligación anterior: bien (variante *Tittus mihi debet*) la deuda del delegante (*Tittus*) frente al delegatario (*ego*), bien (variante *Titio debes*) la del delegado (*tu*) frente al delegante (*Tittus*). En el primer caso, en el que se nova la relación de valuta delegante-delegatario, la tradición romanística habla de delegación novatoria pasiva, o con cambio de deudor: el delegado asume la deuda del delegante frente al delegatario²⁶². En el segundo caso, en el que se nova la relación de cobertura delegado-delegante, se habla de delegación novatoria activa, o con cambio de acreedor: el delegatario acepta el crédito del delegante contra el delegado²⁶³.

AHDE.29(1959) 689-, ya que toda estipulación, también la titulada, en cuanto acto formal, es abstracta: es decir, la simple forma basta para generar la obligación, sin consideración a la causa, cuya falta puede sólo hacerse valer (Ulp.76 *ad ed.*-D.44,4,2,3) por vía pretoria. — Los términos titulada, no-titulada, abstracta, se refieren con frecuencia, un tanto abusivamente (el juicio es de RABEL, art. cit., en *Scritti Ferrini Milano IV* p.218), no ya a la estipulación, sino a la delegación misma.

²⁶¹ Esta es, desde v. SALPIUS, p.159 ss., la opinión dominante: cfr., BONIFACIO, *La novazione in Diritto romano*² (Napoli 1959) p.57 ss.; SIBER, *RR II* p.282; KASER, *RPR I*² p.648. La posibilidad de novación mediante estipulación no-titulada, ha sido defendida, aparte de por algunos pandectistas (WITTE, pp.347, 350, 365 s.; BRINZ, *Pandekten II*² p.378; BRUGI, p.709), principalmente por FEENSTRA, art. cit., en *TR.29(1961)* 410 ss., y art. cit., en *TR.29(1961)* 509 s. Según Feenstra, en todos los casos en que la delegación se apoye en una obligación previa, hay también novación, porque basta la referencia "implícita" (que siempre existe) a aquélla. Queda así destruida la contraposición entre delegación titulada y abstracta: toda delegación, incluso cuando la estipulación se formula como "abstracta", es "implícitamente" titulada. Esta teoría no se compadece con el formalismo del régimen de la *stipulatio*: los efectos de ésta venían determinados, a lo que sabemos, por las palabras empleadas, no por las posibles intenciones "implícitas" de las partes. Contra esta posibilidad, vid. ya SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen*¹⁷ p.486.

²⁶² Se consigue así un resultado semejante a la cesión de deuda; pero sólo semejante, porque la deuda propiamente no se cede, sino que surge una nueva que extingue la antigua y, con ella, todas sus garantías. — Es sabido (cfr. Ulp.46 *ad ed.*-D.46,2,8,5 i.f., y, por todos, LEONHARD, art. cit., en *RE. IV 2* col.2430) que cualquiera puede asumir mediante promesa novatoria lo que otro debe, aun ignorándolo éste u oponiéndose, por lo mismo que cualquiera puede liberar a otro de su deuda, pagando por él. Pero, evidentemente, sólo hay delegación si el nuevo deudor promete *primo debitore delegante*: equivocado, en este punto, ENDEMANN, pp.9, 13 y 20, cuando habla de "Passivdelegation ohne Anweisung des alten Schuldners", o cuando afirma que "Die Passivdelegation ist ... auch ohne Anweisung, sogar gegen den Willen des Deleganten denkbar". Vid., contra Endemann, las recensiones de TALAMANCA, en *AG.157(1959)* 168, y FEENSTRA, en *TR.29(1961)* 508 n.4 ("das scheint mir nun aber eine *contradictio in terminis* zu sein"). Cuando el nuevo deudor promete sin delegación del antiguo, se habla ordinariamente de *expromissio*. Sobre el significado del término, vid. v. MAYR, *RRG. II 2* p.35 y ENDEMANN, p.13 s.

²⁶³ Esta delegación, que consigue un resultado semejante a la cesión de créditos (aunque exigiendo la colaboración del deudor cedido, y extinguiendo, con la deuda original, todas sus garantías), ha sido bautizada por la tradición romanística como *delegatio nominis*, como

Naturalmente, la delegación novatoria sólo es posible si hay una obligación previa que novar²⁶⁴. Cuando ésta no existe (cuando, tanto entre delegado y delegante, como entre delegante y delegatario, se trata de donar, prestar o constituir en dote), no hay lugar para la novación²⁶⁵. Por otro lado, sabemos por las fuentes que la promesa del delegado produce los efectos de una doble *datio*, que puede servir (del mismo modo que como donación, préstamo o dote) también como pago entre delegado y delegante o entre delegante y delegatario²⁶⁶. Por eso, a nuestro parecer, incluso habiendo obligación previa,

delegatio debiti, la delegación pasiva, que sirve (*supra* n.262) como "subrogado" de la asunción de deudas. Esta terminología es usada, por ejemplo, por DANZ, art. cit., en *JJB* 19(1881) 69 ss.; aún por CZYHLARZ, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes* (Wien-Leipzig 1911) pp.210 y 219. Son expresiones que aparecen alguna vez en las fuentes, pero -KASER, *RPR*.I¹ p.544 n.20; ENDEMANN, p.22- no existe entre ellas la contraposición de sentidos que la tradición les atribuye: así, *delegare nomen* lo hemos encontrado ya en *Pap.11 resp.*-D.19,5,9 (*supra* §3 n°2) y *Ulp.40 ad ed.*-D.37,6,1,12 (n°3), referido, no a la delegación activa, sino a la cesión de acciones por *procuratio in rem suam*, *delegationes nominum* aparece en *Pap.12 resp.*-*Vat.260* (n°9) y *C.8,53(54),11,1* [a. 239] (n°10); *delegatio debiti*, en *C.8,41(42),1* [a. 223] (n°11), donde no consta que el delegado que promete esté asumiendo una deuda del delegante.

²⁶⁴ Bien es cierto que éste es, como sabemos (*supra* §7), el supuesto de delegación más frecuente en las fuentes; tal vez, incluso, como se ha sugerido -cfr. BRUGI, p.709 n.4-, el originario. Pero no se trata (*supra* §7 y n.109), frente a lo que solía considerar la Pandectística, del único supuesto posible.

²⁶⁵ Por ello, ordinariamente se recurrirá al modelo "d", de estipulación no-titulada. En teoría, sin embargo, nada impediría utilizar, aun en tal caso -KASER, art. cit., en *Satura Feenstra* p.149 n.45-, una estipulación titulada, que ya no sería novatoria; por ejemplo: "*centum quae Titius mihi donaturus est, donandi causa mihi dari spondes?*". No es exacto, por lo tanto, que la falta de obligación previa fuerce -así SIBER, *RR*.II p.285- a una estipulación no-titulada.

²⁶⁶ Como testimonio de la equivalencia de la promesa del deudor delegado al pago en efectivo al acreedor delegante, véase *Cels.28 dig.*-D.39,5,21,1 (texto n°37): *Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summo veris donationis exceptione necne, tractabitur. et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. ...* En cuanto a la equiparación de la promesa realizada por el delegado *debitore delegante* al pago en efectivo de éste al acreedor delegatario, sirvan como prueba los ya citados: *Sen. benef.6,5,2* (n°12): *Nam et pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, quamvis non intervenerint nummi, sed delegatione et verbis perfecta solutio sit.* *Iul.90 dig.*-D.46,1,18 (n°42): *Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, quanta ei debetur: et ideo si fideiussor debitorem suum delegaverit, quamvis eum, qui solvendo non erat, confestim mandati agere potest.* *Ulp.29 ad ed.*-D.16,1,8,3 (*supra* §16 y n.213): *Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, ut puta si contra senatus consultum obligata debitorem suum delegaverit: nam hic ipsi competit condictio, quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret: solvit enim et qui rem delegat.* *Ulp.32 ad ed.*-D.50,16,187 (n°44): *Verbum "exactae pecuniae" non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delegationem.* *Paul.2 ad leg. Iul. et Pap.*-D.38,1,37,4 (n°45): *Sed si creditori suo libertum patronus delegaverit, non potest idem dici: solutionis enim vicem continet haec delegatio.*

las partes pueden prescindir de la estipulación titulada y optar por la no-titulada²⁶⁷, que no puede producir novación, pero cuya eficacia solutoria bastaría para conseguir la extinción de la obligación previa²⁶⁸. Una evidencia más de ello la proporciona la hipótesis de doble deuda delegado-delegante y delegante-delegatario, si, como considera parte de la doctrina, resulta imposible que ambas obligaciones sean novadas simultáneamente por la promesa del delegado²⁶⁹. Porque, entonces, una de las

²⁶⁷ Contra, SALKOWSKI, *Novation* p.121; BRINZ, *Pandekten* II² p.378; D'ORS, art. cit., en *AHDE* 29(1959) 688. Como prueba de que la estipulación no-titulada es posible, incluso habiendo obligación previa, es habitual (desde RABEL, art. cit. en *Scritti Ferrini Milano* IV p.218 s.) alegar *Cels.5 dig.-D.12,1,32 (supra §16 n°46)*, en el que *tu*, que ha solicitado un mutuo a *ego* y a Ticio, estipula del deudor de *ego* creyéndolo deudor de Ticio: este equívoco no habría podido producirse si el estipulante *tu* hubiera mencionado en la pregunta estipulatoria la deuda, por él supuesta, entre el promitente y Ticio. El valor probatorio de este texto es, sin embargo, debatido: cfr. KASER, *RPR* I¹ p.544 n.22, I² p.651 n.44, con lit.; ENDEMANN, p.53; FEENSTRA, art. cit., en *TR* 29(1961) 410 n.31, 509 n.8; WATSON, *D.12.1.32. and "Delegatio"*, en *SDHI* 29(1963) 285 ss.; WOLF, *Causa* pp.88 n.97 y 166 n.14; SANTORO, art. cit., en *AUPA* 32(1971) 272 ss.; JAKOBS, art. cit., en *SZ* 91(1974) 216 ss. — En opinión de KASER, art. cit., en *Satura Feenstra* p.150, el formalismo de los primeros tiempos del Derecho romano permite pensar únicamente en la estipulación titulada. Conforme ese formalismo se iba relajando, la estipulación no-titulada se habría ido abriendo camino hasta convertirse en la normal.

²⁶⁸ Sobre la delegación como *solutio*, vid. *supra* §16 n.212.

²⁶⁹ Según KASER, art. cit., en *Satura Feenstra* p.148, p.150 y n.55, nada impide que la estipulación se refiera a ambas obligaciones (*decem quae Titio debes et quae Titius mihi debet, mihi dari spondes?*) y extinga ambas por novación. De doble novación hablaban ya: BERNSTEIN, *Delegationis natura* pp.44 y 52; WITTE, p.349; WENDT, p.219 ss.; BRUGI, p.709. Como apoyo, se menciona C.8,41(42),3,1. Contra esta posibilidad se manifiestan, aunque sin más explicaciones: BRINZ, *Pandekten* II² p.383; ENDEMANN, p.20 s.; D'ORS, art. cit., en *AHDE* 29(1959) 688; FEENSTRA, art. cit., en *TR* 29(1961) 510 n.15. Por nuestra parte, creemos que no existen pruebas de que una doble novación como la que Kaser conjetura fuera posible. En particular, no sirven como prueba ni el mencionado C.8,41(42),3,1, ni la *stipulatio Aquiliana*, ni — como KASER, art. cit., en *Satura Feenstra* p.150 n.55, admite — el tenor de *Gai.3 de verb. obl.-D.46,2,34,2*. En C.8,41(42),3,1 [a. 239], se lee simplemente, para el caso de que *tu* hubiera delegado a su deudor en favor de su acreedor: *quod si delegatione facta iure novationis tu liberatus es*. La novación invocada es únicamente la que permite a *tu* liberarse. En virtud de la *stipulatio Aquiliana* se acumulan en un único crédito todos los preexistentes que A tuviera contra B. También en *Gai.3 de verb. obl.-D.46,2,34,2* se trata de una acumulación de créditos: *In summa admonendi sumus nihil vetare una stipulatione plures obligationes novari, veluti si ita stipulemur: "quod Titium et Seium mihi dare oportet, id dari spondes?" licet enim ex diversis causis singuli fuerant obligati, utriusque tamen novationis iure liberantur, cum utriusque obligatio in huius personam, a quo nunc stipulemur, confluat*. El texto de Gayo admite la acumulación de dos créditos de *ego* contra Ticio y Seyo en uno sólo, por el total, contra *tu*. Pero una cosa es que una *stipulatio* que (como la de Gayo o la *Aquiliana*) acumula las cuantías de varias obligaciones pueda novarlas a todas, y otra muy distinta que varias obligaciones de la misma cuantía puedan ser novadas por una sola

obligaciones ha de extinguirse forzosamente por un mecanismo distinto de la novación.

Nuestra conclusión es que la novación desempeña, en la delegación de prometer, un papel más modesto del que en ocasiones se le atribuye²⁷⁰: la estipulación es necesariamente no novatoria cuando entre las tres partes se trata de donar, prestar o constituir una dote, y puede incluso seguir siéndolo aunque se trate de extinguir una obligación previa.

§21 Son dos los problemas que se nos presentan para mantener, también cuando hay novación, nuestra concepción de la *delegatio* como un negocio generador de doble atribución patrimonial:

a) De haber novación, la extinción de la obligación novada sobrevendría en virtud de la novación misma, por lo que no parece que proceda ya equiparar la *delegatio* a una *datio solutionis causa*²⁷¹.

de cuantía igual a cada una de ellas: de la posibilidad de una acumulación de créditos no se deduce necesariamente la de su superposición.

²⁷⁰ A la sobrevaloración del papel de la novación ha contribuido no poco la dificultad de encontrar una sede mejor que ella para la explicación de la *delegatio*. Ya Justiniano las reúne en un sólo título, C.8,42 y D.46,2, *de novationibus et delegationibus*. Esto no es una simple opción expositiva, sino que refleja la nueva concepción de la *delegatio* en la doctrina bizantina, evidenciada también al elevar Ulp.27 *ad ed.*-D.46,2,11pr. (*supra* §8) al rango de definición. Cfr. CUGIA, *Delegazione* pp.8, 48 ss., sobre el origen Bizantino de la subsunción de la *delegatio* en la *novatio*. Esta subsunción va de la Glosa medieval y la escuela Culta -vid. BRUGI, p.703 ss.; MAFFEI, v. *Delegazione (Diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto XI* (Milano 1962) p.925 ss., con lit. - a la Pandectística: cfr. DANZ, art. cit., en *JJB*.19(1881) 69, con lit. en n.l. Sirva como ejemplo la definición de BRINZ, *Pandekten II*² p.375: "Delegation heißt die Novation überall, wo Forderung oder Schuld auf Geheiß des Gläubigers oder Schuldners durch einen neuen Gläubiger oder von einem neuen Schuldner stipuliert wird" (Aunque cfr. *ibid.* p.378 y n.42). Todavía ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*¹⁴ (Napoli 1978 = 1989) p.401, habla de la delegación como "uno dei modi di novazione". En la moderna romanística es Betti el principal defensor de la idea de que la delegación supone necesariamente novación: vid. *infra* §23. La opinión dominante es, sin embargo, la que considera el carácter novatorio -TALAMANCA, p.920- como "inerentemente accidentale nei confronti della struttura e della funzione della *delegatio*". En este sentido, entre otros muchos: v. SALPIUS, p.25 s.; SALKOWSKI, *Novation* p.109; SERAFINI, en ARNDTS, *Pandette II*² p.176 n.8: "Delegazione non è di per se sola novazione, ne mira sempre ad una novazione"; BRUGI, p.708: "Tale delegazione (i.e. la de prometer) ... può racchiudere una novazione, senza che ciò sia nondimeno essenziale all'atto. Una prima, ma non esclusiva, condizione perchè si verifichi quest'effetto è l'esistenza di un precedente rapporto di debito ..."; STOLL, *Übersicht über die italienische Rechtsliteratur 1915-1922*, en *SZ*.47(1927) 527 n.2; SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen*¹⁷ p.484; KASER, art. cit., en *Satura Feenstra* p.148.

²⁷¹ Así, v. SALPIUS, p.99 ss., restringía la asimilación de la *delegatio* a la *solutio únicamente* al caso de delegación "pura" ("reine Delegation"), es decir, no-novatoria: "Wir werden nämlich sogleich als eine ganz allgemeine Eigenschaft der reinen Delegation bei den Römern

b) Según la doctrina mayoritaria, los modelos de estipulación titulada, (a), (b) y (c), necesarios para que haya novación, conllevan necesariamente que, si la obligación que se pretende novar no existe, tampoco el delegado quedará obligado con el delegatario²⁷²; ello parece exigido por la lógica, porque el delegado ha prometido "lo mismo que debe al delegante" o "tanto dinero cuanto valga todo aquello que deba dar o hacer en favor del delegante" o "los mismos diez que debe al delegante"²⁷³. Pero además, la doctrina considera habitualmente que, si la obligación novada era inexigible a causa de una *exceptio*, ésta se transmite también a la nueva obligación que el delegado asume²⁷⁴. De ser esto cierto -es decir, si, existiendo novación, el delegado puede, ante el fallo de la relación obligatoria novada (de cobertura o de valuta), defenderse frente al delegatario-, entonces, no parece haber ya lugar, en la delegación novatoria, para la *condictio* delegado→delegante o delegante→delegatario, que nos ha venido sirviendo como prueba principal de las respectivas atribuciones patrimoniales de cobertura y valuta.

Así pues, respecto de la delegación novatoria, nos quedamos, aparentemente, sin evidencia (la liberación) y sin la prueba (la *condictio*) de la atribución patrimonial (*solutiois causa*) correspondiente a la obligación novada. Creemos, sin embargo, que no se trata de dificultades reales:

Del hecho de que la liberación se produce ya en virtud de la propia novación no es legítimo deducir (a) que no existe la atribución patrimonial correspondiente. Cuando delego a mi deudor, aunque la promesa de éste sea titulada, lo hago sobre la base de un convenio de *solvere* entre ambos; la promesa, también la titulada, constituye la ejecución de tal convenio, esto es, vale como *solutio*. Lo mismo, cuando delego a alguien en favor de mi acreedor. La novación oscurece simplemente, hace pasar a un segundo plano, la atribución patrimonial generada por la promesa (que ya no es imprescindible para explicar la liberación del deudor), pero no la elimina. De

kennen lernen, daß die Obligation zwischen Delegaten und Delegatar überhaupt wie baares Geld behandelt wurde".

²⁷² Vid., por todos, SIBER, *RR.II* p.281: "besteht keine Urschuld, so ist hiernach gar nichts versprochen"; p.283: "Besteht die zu novierende Urforderung nicht, so entsteht infolge der Titulirung auch keine Neuforderung".

²⁷³ O, si la obligación novada es la de valuta: "lo mismo que debe el delegante" o "tanto dinero cuanto valga todo aquello que el delegante deba dar o hacer" o "los mismos diez que debe el delegante".

²⁷⁴ Cfr. CZYHLARZ, *Institutionen* p.211 s.; RABEL, *RPR* p.148; SIBER, *RR.II* p.283 ss.; KASER, *RPR.I* p.544, y, de nuevo, aunque matizado, *I*² p.651 s.; HAEBERLIN, p.104 s.; ENDEMANN, p.40 ss., p.61. También parece esta la opinión de LEONHARD, art. cit., en *RE* IV 2 col.2429, "Dies (sc. la inoponibilidad al delegatario de las *exceptiones* del delegado) gilt jedoch nur ... wenn nicht die *delegatio* dahin ging, dem neuen Gläubiger nur insoweit die Leistung zu versprechen, als sie dem alten geschuldet war".

hecho, los textos que equiparan la delegación a un *solvere* o *dare pecuniam* no distinguen entre la novatoria y la no novatoria²⁷⁵.

El otro obstáculo (b) surgía de la consideración doctrinal de que la promesa titulada del delegado debería verse afectada -a diferencia de la no-titulada-, por la falta (civil o pretoria) de la obligación aludida en la fórmula estipulatoria. A esta doctrina pueden oponerse dos observaciones:

En primer lugar, si resulta indudable que la inexistencia de la obligación novada impedirá el nacimiento de la nueva obligación²⁷⁶, puede en cambio cuestionarse si la mera oponibilidad de una *exceptio* a la obligación previa debe repercutir también en la nueva. La solución más coherente parece, a primera vista, la contraria, ya que la *stipulatio* es un negocio regido estrictamente por el *ius civile*: desde el punto de vista del *ius civile*, la existencia de la obligación previa no se ve empañada por la presencia de *exceptiones*.

En segundo lugar, las fuentes mismas ponen en entredicho la relevancia, en relación a la alegabilidad por el delegado de los defectos de la obligación previa, de la distinción entre estipulación titulada y no-titulada²⁷⁷. Gran parte de

²⁷⁵ Vid. los citados *supra* §20 n.266. Especialmente revelador es Iul.90 *dig.*-D.46,1,18: *Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur: et ideo, si fideiussor debitorem suum delegaverit, quamvis eum, qui solvendo non erat, confestim mandati agere potest.* Lo más probable es que Juliano se refiera aquí a la delegación novatoria "activa", en la que el delegado promete cuanto debía al delegante. Que la delegación es de prometer resulta ya claramente de la referencia -*quamvis eum, qui solvendo non erat*- a la posible insolvencia del delegado. Pero además, si se tratase de una delegación de pago, o de promesa no novatoria, o con novación "pasiva", no sería necesariamente cierto que el delegado adquiere tanto como se debe al delegante; esto sólo es exacto si el delegado promete precisamente *pecuniam ... quanta ei (sc. qui delegat) debetur*. Parece, entonces, que es precisamente la delegación novatoria la equiparada por Juliano a un *dare pecuniam*. Sobre el texto, vid. *infra* §99.

²⁷⁶ Paul.17 *ad Plaut.*-D.45,1,91,6: *... novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus.* ... Es necesaria al menos una obligación natural: Ulp.46 *ad Sab.*-D.46,2,1,1. Un ejemplo de novación de obligación natural, en Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,4. Cfr. SIBER, *RR* II p.281. — La obligación novada no proporciona a la nueva simplemente la causa, sino el contenido: por eso, hay que pensar, en principio, que la inexistencia de la obligación novada provoca, no ya la oponibilidad de la *exceptio doli* frente a la reclamación del estipulante, sino la ineficacia civil de la estipulación novatoria. En cambio, si la estipulación es no-titulada, mantendrá su eficacia civil aunque no exista la obligación previa, a la que la fórmula no alude: sólo cabe entonces el recurso, en su caso, a la *exceptio doli*: vid. *infra* n.281 y n.282 *sub d*). FEENSTRA, art. cit., en *TR* 29(1961) 509, cuestiona esta diferencia de régimen entre la estipulación titulada y la no-titulada, ya que, a su parecer, también la no-titulada tiene eficacia novatoria. Pero esta opinión de Feenstra no resulta, como sabemos (*supra* §20 n.261), fácilmente admisible.

²⁷⁷ Cfr. GUARNERI-CITATI, *Gli effetti dell'evizione nei rapporti fra l'aggiudicatario e i creditori*, en *RDC* 12(1920) 313 ss.; TALAMANCA, p.922; KASER, art. cit., en *Satura Feenstra* p.152.

los textos que presentan supuestos de delegación se dedican precisamente a exponer los efectos que sobre la promesa del delegado produce la falta civil o pretoria de obligación delegado-delegante o delegante-delegatario. Pues bien: ninguno de ellos parece apoyarse en la contraposición delegación titulada/no-titulada. Al contrario, las fuentes tratan el problema de modo unitario y dan como solución aquélla que la doctrina considera propia de la delegación no-titulada²⁷⁸: el delegado no puede defenderse de la acción del delegatario empleando las *exceptiones* de que pudiera disponer contra el delegante²⁷⁹, ni tampoco las que el delegante tuviera contra el delegatario mismo²⁸⁰; incluso cuando parece tratarse de una obligación civilmente inexistente, se niega al delegado la posibilidad de alegarlo en su defensa²⁸¹. En definitiva, parece que la regla general es que la promesa del delegado no se ve afectada por los defectos de las obligaciones subyacentes. Las excepciones que a esta regla puedan encontrarse tampoco se explican partiendo de la contraposición delegación titulada/no-titulada²⁸².

²⁷⁸ Sobre la cuestión y los textos relevantes, vid., principalmente: V. SALPIUS, p.118 ss.; SALKOWSKI, *Novation* p.381 ss.; DANZ, art. cit., en *JJB* 19(1881) 72 ss., con literatura en 71 n.3; KEMPNER, *Delegation*; BESELER, art. cit., en *SZ* 45(1925) 234; HAEBERLIN, p.118 ss.; BETTI, *Obbligazione* p.153 ss.; ENDEMANN, p.36 ss.; TALAMANCA, p.921 ss.; BONIFACIO, art. cit., en *NNDI*. V p.327; SACCONI, *Delegazione* p.69 ss., síntesis en p.117 ss.; KASER, art. cit., en *Satura Fenestra* p.152 ss.

²⁷⁹ Tryph.11 *disp.*-D.23,3,78,5; Ulp.76 *ad ed.*-D.44,4,4,20-21 y D.44,5,1,10; Paul.31 *ad ed.*-D.46,2,12; Paul.69 *ad ed.*-D.46,2,19. Tampoco quien es delegado como donante puede oponer al delegatario la excepción del beneficio de competencia (Tryph.7 *disp.*-D.46,2,33; Paul.14 *quaest.*-D.42,1,41pr., Herm.6 *ivr. epit.*-D.39,5,33,3) o de la *lex Cincia* (Paul.71 *ad ed.*-D.44,4,5,5), que le hubieran correspondido contra el donatario delegante.

²⁸⁰ Ulp.76 *ad ed.*-D.44,5,1,11. Tampoco si el delegatario estipuló como donatario puede emplear el delegado la excepción del beneficio de competencia (Herm.6 *ivr. epit.*-D.39,5,33,3) o de la *lex Cincia* (Cels.28 *dig.*-D.39,5,21,1) que habrían correspondido al delegante que dona. Cfr. además C.8,41(42),5 [a. 294].

²⁸¹ Ulp.38 *ad ed.*-D.46,2,13: *Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit, sed condictio adversus eum qui delegavit competit.* Paul.17 *ad Plaut.*-D.12,4,9,1: *Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promississet et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest: maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendum est.* ... Hay que pensar que se trata de casos de *stipulatio* no-titulada o (en D.46,2,13) titulada respecto de la deuda del delegante: y es que, si la estipulación se refiriese a la -inexistente- deuda del delegado, debería ser civilmente ineficaz, porque no cabe novar una obligación que no existe, al menos como natural: vid. *supra* n.276. Así, se explica, que Ulpiano y Paulo se planteen la cuestión en términos de *exceptio doli mali*.

²⁸² Así, TALAMANCA, p.922. La mayor parte de los textos que se proponen como excepciones, no lo son en realidad: a) Iul.5 *ad Minic.*-D.24,1,39; Ulp.32 *ad Sab.*-D.24,1,3,10 y D.24,1,5,3-4: Respecto de la *stipulatio* realizada *donandi causa* por la mujer *marito delegante* o por éste *delegante uxore*, se dice: *inane fuisse, nihil valet, nihil agitur, perinde haberi ac si nihil*

No creemos que esta inesperada disciplina unitaria de las fuentes signifique -como se conjetura para salvar la doctrina expuesta- que la delegación

promississet. Aquí no se trata simplemente del fallo de la causa remota (como cuando falla la deuda subyacente a un pago), sino de la ilicitud del convenio causal mismo que pretende formalizar la *stipulatio*. La nulidad de todo lo hecho contra la prohibición de donaciones entre cónyuges también explica la singularidad de Afr.4 *quaest.*-D.16,1,17pr. b) Ulp.76 *ad ed.*-D.44,5,1,9 no es excepción porque, como aclaran los sucesivos §10 y 11, se refiere únicamente al *alii promittere voluntate patroni* que no constituye delegación (i.e., a un sometido o a alguien que estipula para el patrono). c) Si a la mujer obligada contra el sc. Veleyano y delegada por su acreedor se le otorga la *exceptio sciti* contra el delegatario estipulante (Ulp.[Iul.] 29 *ad ed.*-D.16,1,8,2, Paul.69 *ad ed.*-D.46,2,19), no es porque conserve la *exceptio* de que disponía frente al acreedor delegante, sino porque su promesa constituye, a juicio de Juliano y Paulo, una nueva intercesión: por eso, Marcelo, para quien no hay segunda intercesión, no le concede la *exceptio sciti*. Cfr. BONIFACIO, art. cit., en *NNDI*. V p.327. En Ulp.29 *ad ed.*-D.16,1,8,4 se concede la *exceptio sciti*. *Velleiani* a quien, sin ser deudor, es delegado por una mujer obligada (cfr. 8,3) contra el sc. Pero (contra SIBER, *RR*.II p.285 y KASER, *RPR*.I¹ p.544 n.28) esta *exceptio* no proviene de la que correspondía a la mujer frente a su acreedor delegatario, como lo prueba el que se conceda al delegado incluso aunque la mujer no estuviera previamente obligada con el delegatario: Ulp.29 *ad ed.*-D.16,1,8,6 y Afr.4 *quaest.*-D.16,1,19,5. Tampoco parecen excepciones: d) Iul.60 *dig.*-D.39,5,2,4 y Ulp.(Iul.) 76 *ad ed.*-D.44,4,7,1, en los que Juliano otorga, por evidentes motivos de economía procesal, la *exceptio doli* al delegado cuando resulte haber un *indebitum* tanto en la cobertura como en la valuta, evitando así que las partes se vean obligadas a recurrir a una doble *condictio*. Esta *exceptio doli* no parece proceder de las obligaciones previas, ya que Juliano no las describe como excepcionables sino como inexistentes. Pero, puesto que la inexistencia civil de ambas obligaciones haría innecesaria la *exceptio doli* si la estipulación hubiera sido novatoria, hay que pensar que Juliano se refiere a una delegación no-titulada: cfr. BESELER, art. cit., en *SZ*.45(1925) 234, con lit., y SIBER, *RR*.II p.285. e) Lo mismo se puede decir respecto de Iul.60 *dig.*-D.39,5,2,3 y Ulp.(Iul.) 76 *ad ed.*-D.44,4,7pr., en los que se concede igualmente una *exceptio doli* al delegado que prometió lo que por error creía deber al delegante, si además el delegatario estipulaba como simple donatario. Por el contrario, si parece una excepción: f) Paul.2 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.38,1,37,4. La legislación matrimonial de Augusto favorecía a los libertos con dos o más hijos, eximiéndolos (cfr. 37pr.) de cumplir lo que, *libertatis causa* hubieran prometido *patrono patronae liberisve eorum*. Tras decir (37,3) que no hay diferencia entre haber prometido al patrono mismo o a sus sometidos, Paulo continúa: *Sed si creditori suo libertum patronus delegaverit non potest idem dici: solutionis enim vicem continet haec delegatio. potest tamen dici, si in id, quod patrono promissit, alii postea delegatus sit, posse eum liberari ex hac lege: nam verum est patrono eum [ex]promississe, quamvis patrono nunc non debeat: quod si ab initio delegante patrono libertus promiserit, non liberari eum*. Como se ve, Paulo permite que el liberto delegado invoque, frente al delegatario, la protección de la ley que lo amparaba frente al delegante: pero únicamente cuando *in id, quod patrono promissit, alii postea delegatus sit*, no, en cambio, *si ab initio delegante patrono libertus promiserit*. La ratio de esta distinción no es, como se ha pretendido (por todos, ENDEMANN, p.40), la oposición entre delegación titulada novatoria y no-titulada, sino entre que la promesa del liberto como delegado haya sido precedida o no por una promesa al patrono mismo. Sólo el primer caso entra en el tenor de la ley, que se refiere a la promesa hecha *patrono patronae liberisve eorum*. Por ello, sólo en ese caso el liberto es amparado por la ley: *nam verum est patrono eum [ex]promississe, quamvis patrono nunc non debeat*. — Para la literatura sobre estos textos, vid. *supra* n.278.

era para los clásicos siempre no-titulada, que la delegación novatoria era una rareza²⁸³. No faltan en las fuentes ejemplos inequívocos de delegación novatoria²⁸⁴. Hay que pensar, entonces, que ni siquiera cuando hubo novación son oponibles al delegatario las *exceptiones* propias de la obligación novada²⁸⁵. La situación se resolverá, por

²⁸³ Esta parece la opinión dominante hoy día: ENDEMANN, p.12, p.68, p.61 s.: "Die behandelten Texten haben gezeigt, daß die römischen Juristen bei der Delegation regelmäßig von abstrakten Stipulationen ausgegangen sind"; HAEBERLIN, p.104: "Die Aktiv- wie die Passivdelegation kann als «reine» oder als «titulierte» Delegation auftreten. Die erste bildet in den Quellen die Regel"; KASER, *RPR*.II¹ (München 1959) p.326 n.12: "Die titulierte Stipulation, die wirklich novierend wird, ist bei der Delegation offenbar seltener"; TALAMANCA, p.924. Ya v. SALPIUS, p.75, consideraba que, frente a la titulada, la no-titulada era el supuesto "puro" ("reine Delegation"). Cfr. también WINDSCHEID, art. cit., en *Festgabe Müller* p.23 ss. Que el régimen descrito en los textos sea siempre el propio de la delegación no-titulada, se explica, según estos autores, porque ésta ofrecería frente a la titulada (conforme a sus premisas) mayor seguridad al delegatario: por todos, HAEBERLIN, p.104. Contra el carácter excepcional de la delegación novatoria, vid. SALKOWSKI, *Novation* p.109; DANZ, *Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zugunsten Dritter* (Leipzig 1886) p.32 ss.; D'ORS, art. cit., en *AHDE*.29(1959) 688.

²⁸⁴ Ciertamente, el giro *delegatio iure novationis facta* aparece sólo en C.8,41(42),2 [a. 238] y C.8,41(42),3,1 [a. 239]. Pero -contra TALAMANCA, p.924-: a) A una estipulación novatoria constitutiva de delegación se refieren también: Pap.3 resp.-D.46,2,27. *Emptor cum delegante venditore pecuniam ita promittit: "quidquid ex vendito dare facere oportet", novatione secuta usuras neutri post insecuti temporis debet. Ulp.5 ad Sab.-46,2,4: Si ususfructus debitorem meum delegaverit tibi, non novatur obligatio mea ... b) El "ius delegandi" aparece como una variante del *ius novandi* en Ven.3 stip.-D.46,2,31,1: *Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur et quid iuris unusquisque sibi adquisierit. ... quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit? ... c) La promesa novatoria realizada iubente creditore en favor de un tercero por el deudor de Gai.2,38, ¿qué otra cosa puede ser sino un supuesto de delegación? Gai.2,38: ... quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis. d) Pomp.1 ex Plaut.-D.46,2,21 demuestra que la estipulación novatoria era corolario normal (tanto como la no-titulada) del *iussum promittendi*: *Si debitorem meum iussero tibi solvere, non statim tu etiam stipulando id novare possis, quamvis debitor solvendo tibi liberaretur. e) En fin, un probable ejemplo de delegación novatoria (de la obligación de cobertura) es, como sabemos (supra n.275) Iul.90 dig.-D.46,1,18: Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur ...***

²⁸⁵ Esta era la opinión corriente entre los Pandectistas -cfr. DANZ, art. cit., en *JJB*.19(1881) 69 s.-, para quienes toda delegación era novatoria. La indiferencia a este respecto entre delegación titulada y no-titulada fue ya propuesta por BRUGI, p.709. Esta indiferencia puede explicarse con la hipótesis de que la cláusula de referencia a la obligación previa (*quod Titio debes*, etc.), necesaria para la novación, se incluye en la estipulación sólo *demonstratorio modo*: es decir, sólo para hacer expreso el *idem debitum*, pero no para condicionar la nueva obligación a la exigibilidad de la antigua. Cfr. KASER, art. cit., en *Satura Fenustra* p.152 n.64.

tanto, también en la delegación novatoria, mediante la *condictio*: lo que demuestra que, también entre el deudor y el acreedor de la obligación novada, se produjo una *datio (solutionis causa)*, que ahora se trata de repetir. Cae así la segunda y última objeción a la concepción de la *delegatio promittendi novatoria* como un negocio generador de doble atribución patrimonial²⁸⁶.

V. LAS MODALIDADES DE DELEGACION

§22 Concluye así nuestro examen de la doble atribución patrimonial en la delegación. Hemos comprobado que, aunque pueden plantear problemas distintos, delegación de entregar y delegación de prometer constituyen una institución unitaria²⁸⁷. Los elementos esenciales de la misma son²⁸⁸:

a) El doble convenio causal, delegado-delegante y delegante-delegatario, en el que se apoyan las dos atribuciones patrimoniales previstas.

b) La voluntad del delegante de que el delegado realice, en su lugar, la prestación en favor del delegatario, y de que éste reciba, en su lugar, la prestación del delegado. Es decir, la asunción por el delegante, frente al delegatario, de la actuación del delegado, y, frente a éste, de la de aquél, en relación a los convenios causales. Esta doble asunción es, como veremos (*infra* §50), un *iussum*.

Cualquier otra circunstancia, fuera de estas dos, es accidental, no esencial a la delegación. Entre las circunstancias accidentales se cuentan: a) la concreta doble causa que se trate de realizar: *solutio, donatio, creditum, dos*; b) el negocio dispuesto por el delegante para su ejecución. La delegación no es, por tanto, un negocio típico, sino más bien un mecanismo negocial: en efecto, no se define ni por la forma ni por la causa, sino sólo por su finalidad (fusión en un

²⁸⁶ Cfr. CUGIA, *Delegazione* p.45, que, si bien negaba (contra v. Salpius) que la delegación de prometer generase una doble atribución patrimonial, censuraba la limitación, que v. Salpius imponía a su propia tesis, a la delegación no-novatoria: "Sembra a me che molti degli argomenti adottati dal v. Salpius a sostegno della sua tesi calzano anche se si ammetta che l'obbligazione dedotta nella stipulazione tra delegato e delegatario sia estinta per novazione".

²⁸⁷ Así: HAEBERLIN, p.100 ss.; ENDEMANN, p.7; KASER, art. cit., en SZ.77(1960) 466; TALAMANCA, p.919, rectificando la opinión expresada en su recensión a Endemann [AG.157(1959) 167]. En la Pandectística se distinguía (*infra* §23 n.290) entre la verdadera delegación, de prometer, y la simple "asignación" de dar. Esta distinción es recuperada por Betti; para su crítica, vid. *infra* §23.

²⁸⁸ Cfr. SACCONI, *Delegazione* p.1: "In ogni fattispecie di *delegatio* vengono pertanto presupposti due rapporti causali, tra delegato e delegante (c.d. rapporto di provvista o di copertura) e tra delegante e delegatario (c.d. rapporto di valuta), e il *iussum* del delegante". Cfr. también TALAMANCA, p.918.

acto de dos atribuciones patrimoniales) y estructura (*iussum* operante sobre la base de un doble convenio causal).

El aspecto que ahora nos interesa es el (b): el negocio ejecutivo de la delegación. Por el momento, hemos considerado únicamente la *traditio* y la *stipulatio*, pero la doctrina menciona otros²⁸⁹: *litteris transscriptio*, *dotis dictio*, *litis contestatio*, *acceptilatio*. Examinaremos (§24-25) la viabilidad de estas otras modalidades de ejecución; pero antes (§23), justificaremos nuestra opinión frente al sector doctrinal que mantiene que sólo la de prometer es verdadera delegación, excluyendo así la de dar.

§23 Recuperando la distinción pandectística entre *delegatio (obligandi)* y "Assignment" (de pago)²⁹⁰, Betti excluye del concepto de delegación la de dar²⁹¹ y aun la de prometer que no sea novatoria, y, apoyándose en la "definición" de Ulp.27 *ad ed.-D.46,2,11pr.* (*supra* §8, texto n°6), traduce *delegare* como "asignar en el propio lugar, en la posición de sujeto de la relación obligatoria, frente al otro sujeto, una persona diversa"²⁹². En general -escribe Betti-, la *delegatio*, tanto si se produce por iniciativa del acreedor como del deudor, conlleva necesariamente, en su configuración clásica, una *novatio obligationis*²⁹³. El simple *mandatum solvendi* no produce la entrada del mandatario en la relación obligatoria, sino que supone la simple sustitución en el cumplimiento; por el contrario, la *delegatio* va en busca de un nuevo sujeto, activo o pasivo, de la relación, destinado a colocarse en la posición del delegante, y conduce a novar mediante *stipulatio* la obligación preexistente. Esta diferencia esencial -observa Betti- se refleja también en la terminología de los juristas clásicos: cuando se trata de sustituir y legitimar a otra persona para recibir el cumplimiento, la operación se designa con los términos "*mandare*" o

²⁸⁹ Cfr. GIDE, p.382; DANZ, art. cit., en *JJB.19(1881)* 86; BRUGI, p.710; GIRARD, *Manuel*⁴ p.698; ENDEMANN, p.24 s.; KASER, art. cit., en *SZ.77(1960)* 466 n.15; TALAMANCA, p.921 n.33; COSENTINO, p.304 n.25; KASER, art. cit., en *Satura Feenstra* p.148 n.40.

²⁹⁰ Vid. *infra* §28 y n.18 (Thöl) y §29 y n.31 s. (v. Plucinski). Muy generalizada es la idea de que delegación es, en sentido estricto, la de promesa: cfr. v. SALPIUS, p.79 ("*delegatio* im engeren Sinne"); SALKOWSKI, *Novation* p.121 ("*eigentliche Delegation*"); DANZ, art. cit., en *JJB.19(1881)* 80: "Nur diese letztere Art der Delegation (i.e. la de prometer) ist, wie aus der Legaldefinition (i.e. D.46,2,11pr.) hervorgeht, das eigentlich, auch von der Römern so bezeichnete Rechtsinstitut der Delegation"; DE RUOGIERO, *Intorno al concetto della "delegatio" in diritto romano. Brevi note alla "Delegazione" del Prof. Brugi*, en *RISG.28(1899)* 6. Contra, vid. especialmente ENDEMANN, p.7.

²⁹¹ Esta doctrina es adoptada por Betti en los años sesenta. Antes, él no dudaba en hablar de "*delegazione a dare*": cfr. BETTI, art. cit., en *BIDR.41(1933)* 143 ss.

²⁹² BETTI, *Istituzioni* II 1 p.489.

²⁹³ *Ibid.* p.438 s.

"demandare" o incluso "iubere", pero nunca con el término "delegare", salvo en textos alterados por los compiladores, los cuales habían olvidado ya, junto con el carácter esencial del efecto novatorio en la *delegatio*, la exacta noción de la diferencia entre *delegare* y *mandare ut solvatur*²⁹⁴.

Esta doctrina de Betti es seguida en lo esencial por su discípulo Cosentino. En su opinión, el punto de convergencia y de semejanza entre las dos especies de delegación consiste, en realidad, únicamente en que en la base de ambas se encuentra un acto unilateral de autorización (*iussum*); desde cualquier otro punto de vista, se revelan muy distintos en cada una de ellas los efectos del *iussum*, como distinta es la eficacia obligatoria de la *stipulatio* (o *expensilatio*) respecto de la real de la *solutio* o *datio*. Esta es -prosigue Cosentino- la razón fundamental por la que no sólo es impropio hablar de *delegatio ad solvendum*, sino también erróneo retener que la delegación de pago haya sido incluida por la jurisprudencia romana en el concepto de *delegatio*. En realidad, por *delegatio* los juristas romanos entendían propiamente sólo esta segunda figura: los textos no numerosos en los que aparecen las expresiones *delegare ad solvendum* o *delegare ad dandum* no constituyen -advierte Cosentino- otra cosa que terminología imprecisa²⁹⁵, cuando no se trate sin más de textos interpolados o manipulados en época tardía o en cualquier modo sospechosos²⁹⁶.

Contra esta doctrina se pueden hacer las siguientes observaciones:

a) La semejanza entre la delegación de dar y la de prometer no se agota, como quiere Cosentino, en la presencia del *iussum*, sino que se hace evidente en la función y estructura del negocio: la delegación sirve, en ambos casos, para hacer posible la fusión en un solo acto (*traditio, stipulatio*) de dos atribuciones patrimoniales equivalentes: la que el delegado habría de realizar en su favor, y la que él mismo pretende realizar en favor del delegatario. Al servicio de esta función, la estructura del negocio es también común a la delegación de dar y de prometer: un *iussum* operante sobre la base de un doble convenio causal delegado-delegante y delegante-delegatario.

b) Como ya hemos dicho (*supra* §8), en 27 *ad ed.*-D.46,2,11pr., Ulpiano no pretendía dar una definición, sino simplemente explicar que el *constitutum debiti alieni* no es delegación: de ahí que se refiera únicamente a la de prometer.

c) Son los compiladores quienes, al elevar a definición el texto ulpiano, sientan las bases para la reducción del concepto de *delegatio* a la de prometer novatoria; su intención de subrayar el vínculo entre delegación y novación resulta ya evidente por el hecho de reunir ambas en el mismo título, tanto en el *Codex*

²⁹⁴ *Ibid.* p.458; cfr. también pp.106 n.19 y 492, y BETTI, *De la interpretación del Derecho*, en *SDHI*.32(1966) 169.

²⁹⁵ COSENTINO, p.303 s.

²⁹⁶ *Ibid.* p.304 n.23.

como en el Digesto. Por ello, no resulta creíble la idea de Betti de que fueron precisamente ellos quienes, habiendo olvidado el nexo entre delegación y novación, crearon la "figura ibrida" de la delegación de pago.

d) La opinión de Betti choca ya con los textos en que la delegación de prometer no se apoya en ninguna obligación previa, delegado-delegante o delegante-delegatario, que pueda ser novada: así, los supuestos de doble donación de Iul.60 dig.-D.39,5,2,2 (*supra* n°35) y Hermog.6 iur. epit.-D.39,5,33,3 (*supra* n°36). También esto es, para los clásicos, *delegare*, como demuestra:

57) Paul.14 quaest.

D.42,1,41pr.

Nesennius Apollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo, an in solidum conveniendus sis? et si in solidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui donare volebam, te delegavero? et quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito eius dotem promiserit? respondit: nulla creditor exceptione summovertetur, licet is, qui ei delegatus est, poterit uti adversus eum, cuius nomine promisit: [cui similis est maritus, maxime si constante matrimonio petat.] et sicut heres donatoris in solidum condemnatur et ipse fideiussor, quem in donando adhibuit, ita et ei, cui non donavit, in solidum condemnatur²⁹⁷.

e) Es cierto que alguno de los textos en que *delegare* aparece referido a un *solvere* o un *dare* no sirve como prueba contra Betti²⁹⁸. Sin embargo, los restantes bastan para que su doctrina se revele como infundada:

²⁹⁷ El texto ha sido objeto de sospechas, pero éstas no afectan al uso de *delegare*: vid. *Index Itp. ad leg.* La censura de [cui-petat] parece necesaria: a) es irrelevante que el matrimonio perdure o no cuando el marido reclama; b) la posición del marido puede equipararse a la del acreedor o donatario delegatarios, pero no, como resulta del texto -cui similis est maritus- a la del donatario delegante: cuius nomine promisit. Sospechoso resulta también (aunque no en cuanto al fondo) el cambio de nombre de las partes a partir de licet: el delegado tu se convierte en is, qui ei (sc. creditori) delegatus est, el delegante ego, en is, cuius nomine promisit.

²⁹⁸ Así, en Ulp.5 opin.-D.4,2,23,3 (*supra* §7 n.104) y Ulp.(Iul.) 76 ad ed.-D.44,4,4,26 (*supra* §4 y n.86), la referencia a la delegación es probablemente interpolada. Pap.3 resp.-D.12,6,57,1 no parece referirse a una verdadera delegación, sino a la simple orden de pago a un procurador; si Papiniano utiliza en la segunda parte del texto *delegare*, en lugar del *mandare* de la primera, es seguramente para resaltar que no fue por error, sino premeditadamente, que el acreedor indicó a su deudor que pagase una cantidad mayor que la debida: vid. *infra* §128. Paul.1 decr.-D.14,5,8 (*infra* §70 n°9) parece referirse en realidad a una delegación de prometer: de otro modo, el vendedor de grano delegatario no podría pretender reclamar contra el dominus del esclavo delegado por los compradores de grano: delegatus fuerat (sc. servus) dare debe de significar, en este caso, que el esclavo, habiendo sido delegado, prometió dar al delegatario. Quizá haya de interpretarse del mismo modo Ulp.26 ad ed.-D.12,6,26,12 i.f.: ... sed si delegatus sit (sc. servus) a patrono [officiales operas], apud Marcellum libro vicensimo digestorum quaeritur. et dicit Marcellus non teneri eum, nisi forte in artificio sint (haec enim iubente patrono et alii edendae sunt): sed si solverit officiales delegatus, ... El primer delegatus es claro que se refiere -non teneri eum- a la delegación de prometer, por eso, puede dudarse si solverit

58) Pap. 11 resp.

D.46,3,96pr.

Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: liberatio contingit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si cum consilium fraudis participasse constabit.

Aquí, según Betti²⁹⁹, [*delegante*] es una interpolación en lugar de <*iubente*>, pero el único argumento para ello es su prejuicio contra la clasicidad de la delegación de pago.

59) Ulp.31 ad Sab.

D.23,3,5,8

Si filius familias mutuatus creditorem delegavit, ut daret pro filia dotem, vel etiam ipse accepit et dedit, videri dotem ab avo profectam Neratius ait hactenus, quatenus avus esset dotaturus neptem suam: id enim in rem avi videri versum.

60) Ulp.41 ad Sab.

D.47,2,43,2

Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio, si eo absente solutum sit: ceterum si praesente, alia causa est et furtum fecit.

Cosentino³⁰⁰ invoca contra este texto las críticas de Haymann y Donatuti. Pero el segundo³⁰¹ censura únicamente la frase final [*ceterum-fin*]. Tampoco Haymann se dirige contra la exposición de los hechos³⁰².

A estos tres textos hay que añadir todavía dos que Cosentino olvida:

61) Ulp.44 ad ed.

D.38,5,1,16

Sed si forte et res vilis distracta sit et pretium alii donatum, uterque Fabiano iudicio convenietur et qui vili emit et qui pecuniam accepit muneris: is tamen qui

delegatus no significará también que el liberto pagó después de haber prometido como delegado. Para la crítica de [*officiales operas*], vid. *supra* §3 n.25.

²⁹⁹ BETTI, *Istituzioni* II I p.459 n.22 i.f.

³⁰⁰ COSENTINO, p.304 n.23.

³⁰¹ DONATUTI, *Sul fr.55, dig.17.1 mandati [vel contra]*, en [RIL.56(1923) 353 ss.=] *Studi di Diritto romano* I (Milano 1976) p.199.

³⁰² HAYMANN, *Vom Überlassen falscher Maße und Gewichte in den Digesten*, en SZ.40(1919) 356. La crítica de Haymann parece, por lo demás, infundada: el argumento fundamental -aparte de algunos formales poco atendibles- es que la presencia o ausencia del delegante es irrelevante, pues en cualquier caso debería ser responsable de hurto como instigador. Pero del texto no se deduce que el delegatario comparta el dolo del delegante. Más bien debe suponerse que no lo comparte; así, no siendo él *fur*, tampoco puede serlo el delegante, salvo que esté presente en el momento de la entrega, de modo que pueda considerarse (*supra* §13 texto n°28) que la posesión de las monedas ha pasado a él "*brevi manu*".

emit si malit rem restituere, non alias restituet, quam si pretium quod numeravit recipiat. quid ergo, si delegatus emptor solvit ei cui donabat libertus, an nihilo minus reciperaret? et magis est, ut recipere debeat, licet pretium ad alium pervenit, qui solvendo non est: nam et si acceptum pretium libertus prodegisset, diceremus nihilo minus eum qui dedit recipere debere, si velit ab emptione discedere.

62) Hennog. 6 iur. epit.

D.44,4,16

Si debitor a furioso delegatus creditori eius solvat, quem compotem mentis esse existimabat, et ita cum eo agatur: exceptione doli in id, quod in rem furiosi processit, defenditur.

Así pues, no es ninguna novedad postclásica el modo de expresarse de:

63) C.4,52,2

Idem (sc. Imp. Gordianus) A Herenniano militi. Multum interest, utrum coheredes tui possessionem communem distraxerunt, an vero fisco, cum partis dominus esset, soliditatem iuxta proprium privilegium vendidit. etenim si a fisco facta est venditio, fidem eius infringi minime rationis est. Si vero coheredes soliditatem vendiderunt, licet emptor ab his delegatus partem pretii fisco solverit, alteramque in cautionem deduxerit, tamen portioni tuae ea venditio non potest obsistere.

Como se ve, las fuentes no permiten dudar que, para los clásicos, también delegaba quien disponía que se entregase a un tercero lo que él estaba en situación de recibir. Parece más razonable, entonces, mantener que su noción de delegación³⁰³ comprendía también la de dar.

f) Junto con la pseudo-definición ulpiana, el otro apoyo que Betti encuentra en las fuentes son los textos en que, para aludir al *iussum* al delegado, se emplean los verbos *mandare*³⁰⁴ y *demandare*³⁰⁵. Ya v. Salpius³⁰⁶ había observado que este fenómeno, el uso de *mandare* por *iubere* en la delegación, se produce únicamente en supuestos de delegación de dar, nunca de prometer. Betti aduce en favor de su teoría el mérito de explicar tal singularidad: si *mandare* se utiliza para la delegación de pago y no para la de promesa es porque la primera no es, para los clásicos, verdadera delegación. Sin embargo, veremos más adelante (§78 ss.) que hay otra explicación para estos textos: o bien no se

³⁰³ A nuestro parecer, es legítimo invocar una "noción clásica" de delegación: el uso de *delegare* y *delegatio* también para la cesión es un problema puramente terminológico, que no significa que los clásicos las considerasen una misma institución. La delegación era una noción independiente, aunque falte en las fuentes un término que la designe exclusivamente a ella: vid. *supra* §6 d-e, *infra* §24 c.

³⁰⁴ BETTI, *Istituzioni* II 1 p.106 n.19 y p.458 n.22, cita: Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,3; Pap.8 *resp.*-D.31,77,6; Ulp. 29 *ad ed.*-D.15,1,3,6; Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,5; Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,4.

³⁰⁵ BETTI, *ibid.*: Gai.2 *de verb. obl.*-D.45,1,141,4.

³⁰⁶ v. SALPIUS, p.41.

refieren en absoluto a supuestos de delegación, o bien el supuesto descrito abarca tanto la delegación como otras hipótesis.

§24 Además de mediante *traditio* y *stipulatio*, las fuentes atestiguan otras modalidades de delegación, todas ellas encuadrables, con la *stipulatio*, en el género "*delegatio obligandi*":

a) El *nomen transcripticium*. Gayo nos informa de la posibilidad de que un deudor (*Titius*) delegue en su lugar a un tercero (*tu*), de modo que lo que *Titius* debe sea anotado por el acreedor (*ego*), en su libro contable (*codex accepti et expensi*), como entregado (*expensum*) en préstamo a *tu*: es la *transcriptio a persona in personam*³⁰⁷.

64) Gai.3,130

A persona in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet id tibi expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi.

En este caso, como Gayo mismo explica³⁰⁸, la acción (*a. certae creditae pecuniae*) contra *Ticio* no surgía -re- de la entrega del dinero, que no se había producido, sino -litteris- de la anotación (*expensi latio*) misma. Probablemente, cuando Gayo la describe, esta forma de delegación había caído ya en desuso, junto con la práctica del *codex accepti et expensi*³⁰⁹.

b) La *dotis dictio*. Surgida en época preclásica como una *lex dicta* en el acto solemne de los esponsales, la promesa unilateral del tipo "*centum doti tibi erunt*"³¹⁰ basta para que surja una obligación cuando es pronunciada por el padre de la esposa, por ella misma o por un deudor delegado por ella³¹¹:

65) Ulp.6,2

³⁰⁷ Sobre los *nomina transcripticia*, y las incógnitas que plantean a la romanística, vid., por todos, KASER, *RPR.I*² p.543 s. Vid., además, ya desde el punto de vista de la delegación: v. SALPIUS, p.79 ss.; GIDE, p.185 ss.; CUGIA, *Delegazione* p.14 ss.

³⁰⁸ Cfr. Gai.3,128 y 131, donde los *nomina transcripticia*, que hacen surgir una obligación, son contrapuestos a los *nomina arcaria*, que se limitan a recoger una obligación nacida *re*.

³⁰⁹ Vid. DE RUGGIERO, *La classificazione dei contratti e l'obbligazione letterale nel diritto classico e nel giustiniano*, en *Studi in onore di S. Peruzzi* (Palermo 1925) p.369 ss.; vid. también la recensión de LEVY, en *SZ.46*(1926) 422. Crítico con la tesis de De Ruggiero, en cambio, GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*² (Torino 1950) p.101 ss.

³¹⁰ Cfr. Iul.16 *dig.*-D.23,3,44,1: ... "*quod mihi debes, vel quod mihi filius tuus debet, doti tibi erunt*" ...; Paul.7 *ad Sab.*-D.23,3,25: ... "*pro Stichio, quem mihi debes, decem doti tibi erunt*" ...

³¹¹ Sobre el origen de esta forma de delegación y su limitación al deudor de la mujer -no, en cambio, del padre- vid. DAUBE, *Tres personae possunt dictione dotis obligari*, en [*JR.51*(1939) 1 ss. =] *Collected Studies in Roman Law I* (Frankfurt a. M. 1991) p.61 ss. Sobre la *dotis dictio* en general, vid. (además de la literatura citada en KASER, *RPR.I*² p.336) BONIFACIO, *Novazione*² p.70 ss.; ORTEGA, *Dotis dictio* (Bolonia 1975).

Dotem dicere potest mulier quae nuptura est et debitor mulieris, si iussu eius dicat: item parens mulieris virilis sexus ...

66) EG.2,9,3

...et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed et pater eius, et debitor ipsius mulieris, si pecuniam, quam illi debebat, sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit. Hae tantum tres personae nulla interrogatione praecedente possunt dictione dotis legitime obligari. ...³¹²

c) La *litis contestatio* aparece como modo de delegación en la pseudo-definición de Ulp.27 *ad ed.*-D.46,2,11pr.-1 (texto nº6):

Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit. (1) Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem.

A nuestro parecer (*supra* §3), Ulpiano se refiere en este texto, con los términos *delegare* y *delegatio*, tanto a la delegación propiamente dicha como a la cesión de acciones por *procuratio in rem suam*, que se perfecciona con la *litis contestatio*. Ya sabemos (*supra* §3, texto nº11 y n.58 s.) que, a pesar de la terminología común, los clásicos no consideraban la delegación y la cesión como una misma institución: al contrario, en las fuentes, delegación y cesión aparecen como conceptos diferenciados e incluso contrapuestos. La delegación consiste en la fusión en un solo acto de una doble atribución patrimonial, delegado → delegante y delegante → delegatario. La *litis contestatio* no encaja en este concepto, porque no es un modo de atribución de derechos, sino de extinción de acciones. Así, no parece que la *litis contestatio* entre deudor cedido (B) y *procurator* cesionario (C) (cesión de créditos) o entre *procurator* del deudor (B) y acreedor (C) (cesión de deudas), perfeccione una atribución patrimonial entre A (cedente) y C, comparable a la que se produce, en la delegación, entre delegante y delegatario. Al contrario que el verdadero delegatario, C no obtiene, en virtud de la *litis contestatio*, un derecho, sino sólo la expectativa generada por la sujeción del demandado a la sentencia. Esta distinción, que pudiera parecer excesivamente sutil, refleja una clara diferencia práctica: no es lo mismo recibir una cantidad en efectivo o la promesa -voluntaria- de entregarla, que obtener la posición de demandante de un derecho en litigio, es decir, negado por el demandado³¹³.

³¹² Cfr. Gai.3, 95^a (incompleto): (...) *item si debitor mulieris iussu eius, dum (...) doti dicat quod debet; alius autem obligari hoc modo non potest.* ...

³¹³ En cuanto a la atribución patrimonial B → A, esta es concebible en la cesión de deudas, ya que B (*procurator* demandado cesionario), asumiendo la deuda de A, lo libera. Pero no, en cambio, en la cesión de créditos: el deudor cedido B se libera ciertamente del cedente A en virtud de la *litis contestatio*, pero es evidente que ello no ocasiona a A atribución patrimonial alguna. Precisamente porque la *litis contestatio* con el deudor cedido no equivale al pago de éste es por lo que no se extinguen las garantías. Cfr. Ulp.28 *ad ed.*-D.13,7,11pr.: *Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debite.* ...

En conclusión, es la atecnicidad con que los clásicos emplean los términos *delegare* y *delegatio* en sus mismas acepciones ordinarias (*supra* §6 b y d) la que permite a Ulpiano hablar de una delegación por *litis contestatio*³¹⁴. Pero -insistimos- este amplio uso de *delegare* y *delegatio* no debe hacer pensar que cesión y delegación eran para los clásicos una misma cosa: la verdadera delegación no es posible mediante *litis contestatio*³¹⁵.

§25 Además de las variantes directamente documentadas en las fuentes, cabe preguntarse si la *acceptilatio* y la inclusión en la fórmula estipulatoria de un *solutionis causa adiectus* pueden servir como modalidades de delegación.

La *acceptilatio*³¹⁶, en la medida en que supone para el deudor la liberación sin pago efectivo³¹⁷, conlleva una atribución patrimonial en su favor. Este carácter "atributivo" de la *acceptilatio* es reconocido por los clásicos, que la admiten como modo de donar al deudor o constituir una dote en su favor³¹⁸. Parece, entonces, que la *acceptilatio* podría cumplir en la delegación la misma función que la dación o la promesa. El supuesto sería el siguiente: A (delegante) dispone que C (delegatario), deudor de B, sea liberado por éste (delegado). En tal caso, se consideraría, como siempre, que el delegatario C adquiere del delegante A, de quien trae su causa; como el acto de disposición del delegante se realiza a costa del delegado B (que es quien, al aceptar, pierde el crédito) resulta haber

³¹⁴ Cfr. KASER, art. cit., en SZ.77(1960) 467 n.15. El uso de *delegare* y *delegatio* para la cesión es, como sabemos (*supra* §3, §6 d), generalizado, y no supone confusión de conceptos. Por ello, resulta, a nuestro parecer inadecuada la explicación de ENDEMANN, p.25: "Die Erwähnung der *litis contestatio* in D.46,2,11,1 ist möglicherweise aus einer Verwechslung der Delegation mit der Zession hervorgegangen".

³¹⁵ Así: KASER, art. cit., en SZ.77(1960) 466 n.15; TALAMANCA, p.922 n.33. En cambio, v. SALPIUS, p.379 ss., si bien excluye la delegación por *litis contestatio* cuando se trata de "Aktivsuccession", la admite en el caso de "Passivsuccession" (cesión de deuda). De delegación por *litis contestatio* hablan también: DANZ, art. cit., en JJB.19(1881) 86, 93 ss.; GOLDSCHMIDT, art. cit., en SZ.10(1889) 389; GIRARD, *Manuel*⁴ p.698; RUTSAERT, p.152 s.; BONIFACIO, art. cit., en NNDI. V p.326. Sobre la cuestión, vid. además: CUGIA, *Delegazione* p.61 ss.; BETTI, *Obbligazione* p.159 s., p.482; BONIFACIO, *Novazione*² p.64 n.54.

³¹⁶ Sobre la *acceptilatio* en general, vid. KASER, *RPR.I*² pp.173 y 641, con lit.

³¹⁷ Aunque en las fuentes aparece ya siempre como pago ficticio, la *acceptilatio* debió ser, sin embargo, en su origen, el modo solemne de otorgar eficacia extintiva a un pago efectivo: vid. KASER, l.c., con lit.

³¹⁸ Donaciones *mortis causa* por aceptación, en Afr.9 *quaest.*-D.39,6,24 y Paul.*ad leg.Iul et Pap.*-D.39,6,35,6. Constitución de dote a favor del esposo deudor, en Paul.35 *ad ed.*-D.23,3,41,2 y Ulp.3 *disput.*-D.23,3,43pr. Cuando el acreedor acepta para que el deudor dé un *expromissor* hay *datio ob rem*: Ulp.[39]<9> *ad ed.*-D.12,4,4 y Ulp.29 *ad ed.*-D.16,1,8,8. La aceptación se equipara expresamente a la *datio* en lav.1 *ex Flaut.*-D.12,4,10: ... *nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit.*

una segunda atribución patrimonial, delegado→delegante. La doble atribución patrimonial característica de la delegación parece, así pues, perfectamente realizable mediante *acceptilatio*³¹⁹.

El *adiectus solutionis causa*³²⁰, que el estipulante incluye como legitimado para el pago en una fórmula del tipo *mihi aut Titio dari spondes*, no actúa necesariamente, a diferencia del *adstipulator*, como simple mandatario del estipulante principal, obligado por la *a. mandati* a restituir a éste lo recibido. Su inclusión puede obedecer a la voluntad del estipulante de pagarle una deuda, donarle, prestarle, etc.³²¹. En estos supuestos, el *adiectus* es destinatario final del pago del deudor promitente, del mismo modo que un delegatario. Sin embargo (también a diferencia del *adstipulator*), él no adquiere acción contra el promitente³²², que ni siquiera queda obligado a pagarle a él en lugar de al estipulante. Por ello, no puede decirse que la mera inclusión del *adiectus* en la *stipulatio* suponga una atribución patrimonial en su favor; él queda simplemente legitimado para el cobro. Ahora bien, si el promitente decide efectivamente pagarle a él, entonces se producirá, como en la delegación, una doble atribución patrimonial promitente→estipulante y estipulante→*adiectus*. En este sentido, la inclusión de un *adiectus* es comparable a una delegación de dar, a un *iussum solvendi* en cuya virtud el deudor promitente (delegado) puede liberarse frente al estipulante (delegante) pagando al *adiectus* (delegatario)³²³. La analogía con la delegación de dar no pasó desapercibida para los clásicos, como ya sabemos por *Iul.54 dig.-D.46,3,34pr. (nº29)*:

Qui hominem aut decem tibi aut Titio dari promisit, si Titio partem hominis [tradiderit] <mancipaverit>, mox tibi decem numeraverit, non Titio, sed tibi partem hominis condicet, quasi indebitum tua voluntate

³¹⁹ Así: v. SALPIUS, p.42; CUGIA, *Delegazione* p.28 s. Como ejemplo, ambos mencionan *Ulp.48 ad Sab.-D.23,3,38*, sobre el cual vid. *infra* §105; cfr. también *Iul.36 dig.-D.34,3,11 (infra* §100 i.f.) y *Gai.9 ad ed. prov.-D.17,1,27pr. (infra* §101). Esta modalidad de delegación es incluida en su definición por SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen*¹⁷ p.484: "Unter Delegation ... versteht man nämlich die Anweisung zu einer Leistung (sei es durch *dare* oder durch *promittere* oder durch *liberare*) an einen Dritten"; en n.9 se incluye un ejemplo de "Anweisung auf *liberare*": "zahle mir 100 dadurch, daß du dem X. die Schuld von 100 erlässest".

³²⁰ Sobre el *adiectus* en general, vid. CUGIA, *L'adiectus solutionis causa* (Napoli 1919); SOLAZZI, *Estinzione I*² p.64 ss.

³²¹ SOLAZZI, *Estinzione I*² p.70.

³²² *Paul.4 ad Sab.-D.46,3,10: Quod stipulatus ita sum "mihi aut Titio", Titius nec petere nec novare nec acceptum facere potest, tantumque ei solvi potest.* Cfr. *Paul.11 ad Sab.-D.46,2,10* (que parece, sin embargo, itp. en la -errónea- generalización inicial); *Ulp.27 ad ed.-D.13,5,7,1*.

³²³ Así, CUGIA, *Delegazione* p.17 ss., califica el recurso al *adiectus* como "uno strumento di giro, il più antico forse dello *ius civile*". La (excesivamente sumaria) contraposición que ENDEMANN, p.66, presenta entre delegatario y *adiectus*, olvida esta posibilidad de recurrir a la fórmula "*mihi aut Titio*" como medio de giro, y la consiguiente analogía con la delegación.

Titio solveret, idemque iuris erit etiam, si mortuo Titio decem solverit, ut tibi potius quam heredi Titii partem hominis condicat.

Esta doctrina juliana, que extrae de la delegación respuestas para la *stipulatio tibi aut Titio* es recogida, subrayando aún más la proximidad entre ambas, por Paul.2 *ad Plaut.*-D.46,3,59 (nº30):

... dum enim adiecto solvitur, mihi solvi videtur: et ideo si indebitum adiecto solutum sit, stipulatori posse condici Iulianus putat: ut nihil intersit, iubeam te Titioolvere an ab initio stipulatio ita concepta sit.

Aunque la analogía con la delegación es clara³²⁴, el *nihil intersit* de Paulo resulta algo excesivo. El *iussum solvendi* puede ser revocado en cualquier momento; el *adiectus solutionis causa*, en cambio, queda facultado para cobrar, no en virtud de la simple voluntad del estipulante, sino en virtud de los términos mismos de la *stipulatio*, y, en consecuencia, aun contra la voluntad del estipulante³²⁵. En este punto, la analogía deja paso a la contraposición: Gai.2 *de verb. obl.*-D.46,3,106³²⁶; Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2-3³²⁷.

§26 La síntesis que a continuación ofrecemos a modo de conclusiones, complementa la de §6 sobre el uso en las fuentes de *delegare* y *delegatio*:

a) De los 56 textos con *delegare* y *delegatio* revisados en §7, se puede concluir que la delegación es la declaración de voluntad en cuya virtud un delegante dispone, en favor de un delegatario, de la atribución patrimonial que se encuentra en situación de recibir de un delegado, estableciendo que éste la realice (mediante entrega, promesa, etc.) directamente en favor del delegatario.

³²⁴ Una similitud más: aunque la cosa prometida haya sido entregada al *adiectus*, si se produce la evicción, el promitente es responsable directamente frente al estipulante (Iul.52 *dig.*-D.46,3,33pr., Scaev.13 *quaest.*-D.45,1,131,1), del mismo modo que (*supra* §13, texto nº34) el delegado responde por evicción directamente frente al delegante.

³²⁵ Salvo que el estipulante se reserve la facultad de decidir el destinatario del pago, con una fórmula del tipo "*mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?*": Pap.27 *quaest.*-D.45,1,118,2. Si no lo hizo así, sólo con la *litis contestatio* podrá evitar que el deudor se libere pagando al *adiectus*: cfr. Iul.53 *dig.*-D.46,1,16pr. i.f.: *ante litem contestatam*.

³²⁶ Gai.2 *de verb. obl.*-D.46,3,106: *Aliud est iure stipulationis Titio solvi posse, aliud postea permissu meo id contingere. nam cui iure stipulationis recte solvitur, ei etiam prohibente me recte solvi potest: cui vero alias permisero solvi, si non recte solvitur, si, priusquam solveretur, denuntiaverim promissori, ne ei solveretur.*

³²⁷ Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2-3: *Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohiberit eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor. (3) Alia causa est, si mihi proponas stipulatum aliquem sibi ait Titio: hic enim etsi prohibeat me Titioolvere, solvendo tamen liberabor, quia certam condicionem habuit stipulatio, quam immutare non potuit stipulator.*

Comúnmente se denomina delegación al tipo *negotium* complejo formado por tal manifestación de voluntad del delegante (fase inicial) y su ejecución entre delegado y delegatario (fase ejecutiva).

b) La función de la delegación es abreviar en un solo negocio (*traditio, stipulatio, etc.*) dos atribuciones patrimoniales equivalentes: la que el delegado habría de realizar en favor del delegante y la que éste pretende realizar en favor del delegatario.

c) Los elementos esenciales de la delegación son la manifestación de voluntad del delegante (que carece de forma y puede ser incluso tácita) y el doble convenio (de *solvere, donare, credere, dotem dare, etc.*) entre delegado y delegante y entre delegante y delegatario, que funciona como causa de la doble atribución patrimonial prevista.

d) En las fuentes, *delegare* y *delegatio* se utilizan tanto para la delegación mediante *stipulatio* como mediante *traditio* (*supra* §23 e); la estructura y función del negocio son también las mismas en ambos casos. No hay razón, por tanto, para negar que también la de *tradere* es delegación. También es posible una delegación mediante (*supra* §24 a y b) *transscriptio a persona in personam, dotis dictio* y (*supra* §25) *acceptilatio*. Afín a la delegación de pago es la inclusión en la *stipulatio* de un *adiectus solutionis causa* (*supra* §25).

e) La cesión de acciones por *procuratio in rem suam*, que la *litis contestatio* perfecciona, no es delegación, aunque los términos *delegare* y *delegatio* se utilicen en ocasiones también para ella (*supra* §6 b y d, §24 c).

f) Recibiendo del delegado, el delegatario experimenta una atribución patrimonial (*datio*) que se considera procedente del delegante: es decir, que vale como un pago, donación, préstamo, dote, etc., realizados por el delegante (*supra* §12). Por eso, si el delegatario carece de causa para retener lo recibido, la *condictio* no corresponde al delegado, sino al delegante (textos nº14 a 18).

g) Cuando el delegado entrega a quien el delegante le indicó, se considera que el delegante mismo experimenta una atribución patrimonial (*datio* "virtual") procedente del delegado, que vale como pago, donación, préstamo, dote, etc. (*supra* §13) Por ello, cuando al delegado le corresponde una *condictio*, ésta procede contra el delegante, no contra el delegatario (textos nº29 y 30).

h) También el delegatario que estipula experimenta una atribución patrimonial que equivale a un pago, donación, etc., realizado por el delegante (*supra* §16). Como esta atribución patrimonial se perfecciona por la simple *stipulatio*, basta ésta para que surja, a favor del delegante, una *condictio* contra el delegatario que estipuló sin causa (*supra* §17). Aunque en algunos casos pueden surgir dificultades para el delegante que ejercite esta *condictio* antes de que el estipulante haya cobrado, la acción nace *civiliter* ya con la *stipulatio*.

i) Al prometer al delegatario, se considera que el delegado realiza una atribución patrimonial (pago, donación, etc.) en favor del delegante (*supra* §18). Esta atribución patrimonial se perfecciona también con la simple promesa del delegado, de modo que, si carece de causa, éste puede repetirla de inmediato del delegante con la *condictio* (textos nº48 a 52). Los textos (nº53 a 56) en que se distingue entre el delegado que cumplió la promesa y el que todavía no lo hizo, concediendo a este último una *condictio* dirigida únicamente a obtener la liberación, están en este punto interpolados.

j) Todas las modalidades de delegación, también la novatoria (*supra* §§20 y 21), tienden a la realización de una doble atribución patrimonial delegado→delegante y delegante→delegatario.



CAPITULO 2

STATUS QUAESTIONIS

I. TEORIAS PROPUESTAS

§27 En relación al papel que en la delegación desempeña el contrato de mandato, se han propuesto hasta cinco teorías:

Una opinión completamente abandonada es la de quienes defienden que la delegación parte de sendos contratos de mandato del delegante, tanto con el delegado como con el delegatario, que, por tanto, actuarían siempre como mandatarios del delegante: teoría del mandato doble. La teoría del mandato simple restringe tal afirmación a la relación delegante-delegado: la iniciativa del delegante genera siempre un contrato de mandato con el delegado, que, en consecuencia, paga o promete como mandatario. La opinión dominante hoy día (teoría del *iussum*¹) es que la delegación se fundamenta en el simple *iussum* del delegante; pero cabe la posibilidad de que un contrato de mandato ocupe, entre delegante y delegado o entre delegante y delegatario, el lugar del habitual convenio causal de *solvere, donare, credere* o *dotem dare*. Hay quien afirma que, en ese caso, si el mandato ocupa el lugar de uno de los convenios causales subyacentes, no existe ya una auténtica delegación: puede hablarse aquí de una teoría de la exclusión. Existe, finalmente, una teoría "mixta", según la cual la delegación se basa en un simple *iussum* cuando el delegado es deudor y en un contrato de mandato cuando no lo es (delegación "al descubierto").

Estas doctrinas se pueden agrupar en tres grandes bloques:

a) Según la teoría del mandato, en sus dos variantes, simple o doble, este contrato es esencial a la delegación. Lo mismo defiende, respecto de la delegación al descubierto, la teoría "mixta".

b) Este carácter esencial del contrato de mandato es impugnado por los defensores de la teoría del *iussum*; para ellos, el contrato de mandato es accidental, una simple posibilidad más entre delegante y delegado o entre delegante y delegatario, junto al pago, la donación, el préstamo o la constitución de dote.

c) En fin, para quienes no admiten siquiera esta posibilidad, el contrato de mandato está completamente excluido de la delegación. Un mandato podrá

¹ El *iussum* de las fuentes clásicas es traducido habitualmente como "autorización", término correspondiente a la "Ermächtigung" de la civilística y romanística alemana. Para una crítica de la equiparación *iussum*-autorización, *iussum*-"Ermächtigung", vid. *infra* §45 y §52. En este *status quaestionis* respetaremos la terminología usada por cada autor.

encontrarse junto a la delegación (como garantía para el delegatario), pero no en la delegación.

Para entender la razón por la que en A el contrato de mandato es esencial y en B tan sólo accidental, será útil recordar la distinción (presente en cualquier negocio provisto de causa) propuesta *supra* en §10, entre nivel negocial y nivel causal. El nivel negocial se identifica en la delegación con lo que llamamos *delegatio* en sentido estricto, es decir, la declaración de voluntad del delegante; al nivel causal corresponde el doble convenio -de *solvere, donare, credere, dotem dare*- con delegado y delegatario en que se apoya aquella declaración de voluntad. Pues bien, la diferencia básica entre las opiniones que integran los bloques A y B consiste en que los primeros sitúan el mandato a nivel negocial y los segundos a nivel causal²:

Situar el mandato a nivel negocial significa mantener que lo que llamamos *delegatio* en sentido estricto (i.e., prescindiendo de la *traditio* o promesa ejecutivas) consiste en un contrato de mandato. La iniciativa del delegante (*iussum*) no es otra cosa que una oferta de mandato, la cual, una vez aceptada (o simplemente cumplida, pues quien cumple parece también aceptar) cristaliza en un contrato de mandato con delegado y delegatario (teoría del mandato doble) o sólo con el delegado (teoría del mandato simple) o con éste sólo en el caso (delegación "al descubierto") de que no sea deudor (teoría "mixta"). El contrato de mandato, así pues, "absorbe" al *iussum*.

En cambio, según los defensores del punto de vista B (teoría del *iussum*), la *delegatio* en sentido estricto consiste siempre en el simple *iussum* del delegante. Para ellos, el mandato sólo puede encontrarse en el nivel de las relaciones causales. No es que el mandato funcione como causa, sino que ocupa el lugar que habría ocupado el convenio causal de cobertura o valuta si hubiese existido la atribución patrimonial correspondiente, ahora sustituida por el contrato. Al igual que, en los supuestos habituales, cuando se trata de pagar, donar, prestar o constituir una dote, el convenio causal con el delegante no se confunde con el *iussum* de éste³, sino que permanece en un nivel distinto, así también, cuando el delegado o el delegatario actúan como mandatarios del

² La teoría de la exclusión (C) no admite el contrato de mandato ni a nivel negocial ni causal, sino únicamente como negocio (de garantía) añadido a la delegación, cuando el delegante deudor asume frente al delegatario acreedor el *periculum* derivado de la aceptación por este último de un nuevo deudor en lugar del delegante: cfr. Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,22,2; Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,7; I.3,26,2. Se trata de un supuesto de mandato de garantía ("*qualificatum*") semejante al *pecuniae credendae*. Para más detalles, vid. *infra* §109.

³ Es decir, no se confunden en el plano teórico. Es claro que, desde un punto de vista fáctico, el *iussum* y la voluntad de pagar, cobrar, donar, recibir como donado, etc. (que integra, por la parte del delegante, el convenio causal) estarán ordinariamente contenidos en una misma declaración.

delegante⁴, el mandato permanece en ese nivel subyacente, sin confundirse con el *iussum*.

Dado que la tercera opción, la inadmisibilidad del mandato en la *delegatio*, es la mera negación de las otras dos, no será objeto, por nuestra parte, de estudio independiente. Someteremos a examen, en la Segunda Parte (§36 ss.), la teoría del mandato simple, y, en la Tercera, las teorías del mandato doble (§109 ss.) y "mixta" (§112), así como (§113 ss.) la idea que mantienen los defensores de la teoría del "*iussum*", de que el contrato de mandato puede ocupar el lugar de una de las relaciones causales subyacentes a la delegación.

II. HISTORIA DE LA CUESTION

§20 Conocidas ya las teorías existentes, es el momento de trazar una breve historia de la cuestión, en la que las mismas aparecerán ya en forma diacrónica, tal como fueron expuestas por sus defensores. Dado que la polémica *iussum-mandatum* surgió entre los pandectistas, no cabe omitir las opiniones de éstos; por lo mismo incluimos también alguna referencia a la doctrina civil y mercantil del primer tercio de siglo.

Si bien la Glosa⁵ parece haber mantenido apartados delegación y mandato, en el ámbito del Derecho Común, la delegación se define ya sobre la base de un *mandatum* del delegante al delegado⁶. Lo mismo harán los grandes romanistas de la "Escuela Culta", Cuyacio⁷ y Donello⁸. Puede dudarse, no obstante, si con *mandatum* ellos se referían al contrato, o empleaban el término, por el contrario, en un sentido genérico. En cualquier caso, la influencia de sus

⁴ Desde el punto de vista de la teoría del *iussum*, el mandato puede ocupar el lugar de una de las atribuciones patrimoniales, de cobertura o valuta, pero no el de ambas. Un delegante puede utilizar a un mandatario para pagar, donar, prestar o constituir una dote a favor del delegatario, o indicar al delegado, que decaea pagarle, prestarle o constituir una dote a su favor, que pague o prometa a un mandatario. Pero lo que carece de sentido, porque equivale a realizar una atribución patrimonial en favor de uno mismo, es que ambos, delegado y delegatario, actúen como mandatarios del delegante.

⁵ *Accursii Glossa in Digestum Novum*, en *Corpus Glossatorum Iuris Civilis IX* (Venetiis 1487 = Augustae Taurinorum 1968) p.175 s., gl. "*iudicio*" ad l.12, D. de nov. et del. 46,2: "*cum simpliciter mandaverit, i. non delegaverit*".

⁶ Quizá por influencia de Bártolo: vid. v. SALPIUS, p.8.

⁷ CUIACIUS, *Paratitla in tit. Cod. de nov. et delegat.* IX (Neapolis 1758) 1282 E: "*Delegatio est mandatum in stipulationem novandae et transferendae prioris obligationis, quod fit exempli gratia, creditore iubente debitorem suum id quod sibi debet, creditori suo promittere. ... nam origo et causa delegationis est mandatum, executio et exitus stipulatio novandi causa interposita*".

⁸ DONELLUS, *Commentarius iuris civilis IV* (Lucae 1764) p.921ss., ad LXVI, c.19 n.11.

escritos impuso la idea de que el delegado actúa siempre como mandatario del delegante⁹. Aún más: la simetría de esta relación con la existente entre delegante y delegatario hizo que entre los pandectistas se extendiera la doctrina de que la *delegatio* supone un contrato de mandato también con el delegatario (teoría del doble mandato). Esta es la construcción de Voet¹⁰, que será doctrina dominante¹¹, al asumirla, entre otros¹², Meyerfeld¹³, Mühlenbruch¹⁴, Puchta¹⁵ y Sintenis¹⁶. La pacífica aceptación de la misma sólo fue rota por algún autor aislado, como Bähr, que se refiere a la relación delegante-delegatario como una "Ermächtigung"

⁹ Vid., por ejemplo, GESTERDING, art. cit., en ACP.2(1821) 228: "Die Delegation involviret ... einer Vertrag zwischen dem Deleganten und dem *debitor delegatus*, welcher sich gegen den erstern verbindlich macht, an seine Stelle treten zu wollen ...". Este contrato "prosigue" "erforderte ... keine besondere Form, sondern es ist an der bloßen Einwilligung genug, denn er paßt unter die Form des Mandats".

¹⁰ VOET, *Commentarius ad Pandectas* II (Coloniae Allobrogum 1757) p.783, ad tit. de nov. et del., n.12: "praecipue vero necesse est, ut & delegans, & delegantis debitor ac creditor, cui obligatio ex delegatione quaerenda est, consentiat; adeoque, ut inter delegantem & debitorem ejus mandatum intercedat, sicut & inter delegantem ac creditorem ejus, ..."

¹¹ Vid. v. PLUCINSKI, *Zur Lehre von der Assignment und Delegation*, en ACP.60(1877) 290: "Die Anweisung, Assignment, besteht darin, daß Jemand (Assignant) einem Anderen (Assignat) einen Auftrag giebt, an einen Dritten (Assignatar) eine Zahlung zu machen, und zugleich dem Letzteren einen Auftrag, bei dem Assignaten diese Zahlung zu empfangen; sie ist ein zweifacher Auftrag, eine Combination von Zahlungs- und Einkassirungsmandat, die beide durch die demnächst geleistete wirkliche Zahlung vollzogen werden. Dies sind ungefähr die äußeren Umrisse der Assignment, wie sie dagegen die gegenwärtig vorherrschende Theorie darstellt".

¹² Vid., además, los citados por v. PLUCINSKI, art. cit., en ACP.60(1877) 290.

¹³ MEYERFELD, *Schenkungen* I p.241ss., fundamenta la delegación en un doble mandato: *mandatum de promittendo et stipulando*, o *de re tradenda pecuniave numeranda et accipienda*.

¹⁴ MÜHLENBRUCH, *Die Cession der Forderungsrechte*³ (Greifswald 1836) p.226 ss.

¹⁵ PUCHTA-RUDORFF, *Pandekten*⁸ p.441: "Die Delegation besteht in einem Auftrag des abtretenden Schuldners oder Gläubigers (*Delegans*) an die beiden Subjecte der zu constituirenden Obligatio ... dieser Auftrag wird durch den die Novation bewirkenden obligatorischen Vertrag zwischen diesen Personen (dem *Delegatus* und *Delegatarius*) ausgeführt".

¹⁶ Aunque SINTENIS, *Gemeines Civilrecht* II² (Leipzig 1861) p.458 s., comienza explicando que la "Überweisung" del delegante puede consistir en un contrato de mandato o en una simple autorización ("Die gedacht Überweisung kann als Auftrag oder Ermächtigung des Deleganten nach zwei Seiten hin, an den Delegaten und an den Delegatar"), y en n.30 precisa que el mandato sólo es necesario cuando el delegado no es deudor del delegante (para asegurar el regreso) y admite incluso que en las fuentes "ist auch nicht vorausgesetzt, dass regelmässig im Allgemeinen an Mandat zu denken sei", él se adhiere a la teoría del doble mandato: "Indessen zeigt allerdings das ganze Verhältniss ... dass sobald, was als Regel zu denken ist, eine Übereinkunft der Ausführung vorangeht, der Antrag des Deleganten und seine Annahme ein Mandat sei, und zwar sowohl an den Delegatar ... als an den Delegaten".

y cuestiona la aplicabilidad a la misma de los principios del contrato de mandato¹⁷.

Estas esporádicas discrepancias no impidieron que la doctrina dominante fuese acogida en los tratados más influyentes del siglo: sirvan como ejemplo el de Thöl de Derecho mercantil y el de Windscheid de Pandectas. Thöl¹⁸ explica la delegación sobre la base de un doble mandato, *ut promitteret* con el delegado y *ut stipularetur* con el delegatario. Aunque Thöl entiende por delegación (como era habitual en la Pandectística) sólo la de prometer, la de dar ("Assignment") consiste igualmente en su opinión en un doble mandato, de pago asignante-asignado y de cobro asignante-asignatario. También Windscheid es partidario del doble mandato. El expone¹⁹ la realización de "indirekte Vermögensleistungen" en que consiste la delegación bajo el epigrafe "Besondere Anwendungen" en sede "Der Auftrag", es decir, como una aplicación concreta del contrato de mandato: "Auftrag, von einem Dritten eine Vermögensleistung zu erheben. Auftrag, an einen Dritten eine Vermögensleistung zu machen". Uno de estos mandatos puede existir -admite Windscheid- sin el otro; incluso es posible que no haya en absoluto mandato sino simple permiso²⁰; pero lo normal será que existan ambos contratos de mandato. Y es que²¹ el mandato de recibir una prestación de un tercero (delegado) no tiene sentido -salvo cuando el tercero sea deudor del mandante- si el mandante no ha verificado previamente que el tercero está conforme con efectuar la prestación al mandatario; al declararse dispuesto a ello, surge con él un segundo contrato de mandato. Del mismo modo, la ejecución del mandato de realizar una prestación en favor de un tercero (delegatario) presupone -salvo cuando el tercero sea acreedor del mandante- la conformidad de este tercero para recibir la prestación; al declararse dispuesto a ello frente al mandante, surge también entre ambos un segundo contrato de mandato.

¹⁷ BÄHR, art. cit., en *JJB*.1(1857) 362 ss. Ya antes, EINERT, *Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert* (Leipzig 1839 = Aalen 1969) p.96 s., había negado, respecto de la peculiar delegación que es la letra de cambio, que la declaración del librador (delegante) al librado (delegado) generase entre ellos un contrato de mandato. También SINTENIS (vid. *Civilrecht* II² p.459 n.30), negaba el mandato delegante-delegatario, antes de adherirse a la teoría del mandato doble.

¹⁸ THÖL, *Handelsrecht* I⁶ p.1073 ss. (sobre la "Assignment"), p.1094 ss. (sobre la delegación propiamente dicha). En la traducción italiana: *Trattato di Diritto Commerciale* (Napoli 1881) p.495 ss. (§319 ss.), p.514 ss. (§327 ss.).

¹⁹ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* II 2 (Düsseldorf 1866) p.151 ss. (§412.1).

²⁰ *Ibid.* p.155 y n.11.

²¹ *Ibid.* p.152 n.3.

§29 Contra la doctrina del mandato se dirige frontalmente v. Salpius²², cuya obra sigue siendo la referencia inexcusable en la materia. El mantiene que el Derecho romano no basaba la delegación en un mandato, ni entre delegante y delegado ni entre delegante y delegatario. La delegación, como tal, no tiene, en su opinión, absolutamente nada que ver con el mandato²³, sino que se funda en el simple *iussum*²⁴ del delegante. Este *iussum* no es un mandato: en el Derecho romano, *iussum* y *mandatum* aparecen como conceptos completamente diferentes, incluso contrapuestos²⁵. El mandato es excepcionalmente posible, pero no en el lugar del *iussum*, sino de las relaciones subyacentes de cobertura o valuta²⁶ o, en combinación con la delegación -pero fuera de ella-, como modo de asunción, por el delegante que procura un nuevo deudor a su acreedor delegatario, del *periculum* derivado de la aceptación del nuevo deudor²⁷: en tal caso, delegante y delegatario son, además, mandante y mandatario, pero este mandato de garantía no se confunde con la delegación.

Las primeras reacciones frente a la obra de v. Salpius fueron desfavorables²⁸. En la mencionada primera edición de su manual de Pandectas, Windscheid censura la doctrina salpiana sobre delegación y mandato²⁹. Una larga refutación de la misma se encuentra en la recensión (casi una nueva monografía) de Witte³⁰, que defiende la teoría del doble mandato. v. Plucinski rechaza los resultados de v. Salpius, en favor de la teoría del mandato simple. El mantiene, contra v. Salpius, que el delegado actúa siempre

²² Aunque publicada un año más tarde, la obra de BERNSTEIN, *De delegationis natura* (Diss.) (Berlín 1865), es en realidad simultánea a la de v. Salpius y -según WINDSCHEID, *Pandekten* II 2 p.154 n.8 i.f.- igualmente contraria a la dominante doctrina del mandato.

²³ v. SALPIUS, p.49: "Gleichwohl kann ich nicht umhin, diese Auffassung für einen fundamentalen Irrthum zu erklären, der für die bisher so unbefriedigende Entwicklung der ganzen Lehre die Hauptveranlassung geworden ist. Weder das Verhältnis zwischen dem Deleganten und dem Delegaten noch das zwischen dem Deleganten und Delegatar darf im römischen Sinne als ein *mandatum* betrachtet werden. Die Delegation als solche hat mit dem Mandat gar nichts zu thun". Ni siquiera la delegación mediante *litis contestatio*, que él admite (aunque sólo como delegación pasiva, es decir, cuando el delegante es deudor, pero no si es acreedor, pues en tal caso existiría cesión de créditos), se fundamenta, a su parecer, en un mandato: el *procurator in rem suam* no es un mandatario, sino que ha recibido un simple *iussum defendendi*: v. SALPIUS, p.374.

²⁴ v. Salpius escribe "*iussus*", pero la forma correcta en nominativo es *iussum*: vid. *infra* §42 y nn.77-78.

²⁵ v. SALPIUS, p.50 ss.

²⁶ v. SALPIUS, p.55 ss.

²⁷ v. SALPIUS, p.59.

²⁸ Cfr. WINDSCHEID, *Besprechung von Salpius*, en *KVG*.6(1864) 463 ss.

²⁹ WINDSCHEID, *Pandekten* II 2 p.153 n.8 (154).

³⁰ WITTE, p.169 ss., 321 ss. La cuestión del mandato es tratada en p.350 ss.

como mandatario, si bien el delegatario estipula en virtud de un simple *iussum*³¹; también la delegación de dar ("Assignment") consiste, a su parecer, en un contrato de mandato con el asignado y un *iussum* con el asignatario³². Crítico se muestra también, en fin, Brinz³³.

Sin embargo, la obra de v. Salpius comenzó pronto a ejercer una influencia decisiva sobre la doctrina. Así, el mismo año de la recensión de Witte, ya Salkowski³⁴ remite, para las relaciones entre delegación y mandato, a las "gründlichen Ausführungen" de v. Salpius³⁵. A la teoría del *iussum* se adhiere también Lotmar³⁶. Pero, antes que en la doctrina alemana, la teoría del *iussum* será recibida en la francesa, por obra de Gide³⁷, que, sin embargo, introduce en la misma ciertas modificaciones, también en relación al papel del mandato. En principio, él debe ser considerado un adversario de la teoría del mandato: la delegación consiste, a su juicio, en un doble *iussum*³⁸; este *iussum* no puede confundirse con el contrato de mandato, del que lo separan irreconciliables

³¹ v. PLUCINSKI, art.cit., en ACP.60(1877) 331: "... so ist meiner Ansicht nach, ganz wie im analogen Falle der Assignment, das Rechtsgeschäft zwischen dem Deleganten und dem Delegaten ein Mandat (*mandatum promittendi*), das Rechtsgeschäft zwischen dem Deleganten und Delegatar ein *jussus* (*jussus stipulandi*)". Ibid. p.338: "Der Delegatar steht zum Deleganten absolut in keinem Mandatsverhältnisse, ... eine *obligatio mandati* ist hier überhaupt nicht denkbar".

³² v. PLUCINSKI, art.cit., en ACP.60(1877) 306: "Wenn ich nun auf Grund dessen, was ich im Kurzen eben angedeutet habe, der gegenwärtig vorherrschenden Theorie darin beistimmen zu müssen glaube, daß das Verhältniß zwischen dem Assignanten und dem Assignaten als ein Mandatsverhältniß anzusehen und nach den Grundsätzen der Lehre vom Mandat zu beurtheilen sei, so halte ich andererseits, wie ich dies schon Anfangs bemerkt habe, die Auffassung, welche in dem Verhältniß zwischen dem Assignanten und dem Assignatar ebenfalls ein, dem Zahlungsmandate an den Assignaten correspondirendes, Mandat sieht, ein *mandatum accipiendi in rem suam*, für entschieden falsch und unrichtig." Ibid. p.309: "Dies angebliche Mandat *in rem suam* ist meiner Ansicht nach als ein *jussus accipiendi* aufzufassen, als ein *jussus* in der ursprünglichen und eigentlichen Bedeutung des Wortes." Esta es la asignación "im engeren Sinne"; las relaciones se invierten (ibid. p.319 ss.) en la asignación con mandato de recibir, es decir, en aquella en la que el asignatario no es destinatario final del dinero recibido sino que ha de reintegrarlo, como mandatario, al asignante. — La idea de que el delegatario actúa en virtud de un *iussum* no debe considerarse una concesión a la doctrina salpiana, pues v. Salpius precisamente rechazaba la posibilidad de un *iussum accipiendi*, y admitía el *stipulandi* sólo cuando el delegado era deudor del delegante: vid. v. SALPIUS, p.72 s.

³³ BRINZ, *Pandekten* II² p.376 s., n.31.

³⁴ SALKOWSKI, *Novation* p.108 n.6.

³⁵ A v. Salpius y Bernstein, pero también a la discrepante opinión de Windscheid, remite v. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* III⁷ (Marburg-Leipzig 1869) p.379.

³⁶ LOTMAR, *Causa* pp.100 y 105.

³⁷ GIDE, p.458 ss.

³⁸ GIDE, p.388 n.2, es el primero en hacer ver que *iussum* (y no "*iussus*") es la forma correcta para el nominativo: *infra* §42 y n.77.

diferencias³⁹. Naturalmente, él admite⁴⁰ -como ya lo hacía v. Salpius- la posibilidad de un mandato de garantía, entre delegante y delegatario, cuando el primero asume el *periculum* de la posible insolvencia del delegado. Pero, mientras que v. Salpius confinaba el mandato a ese papel de garantía añadida a la delegación o a reemplazar excepcionalmente a una de las relaciones causales subyacentes a la misma, Gide reconoce que lo normal es que la delegación incluya un doble mandato⁴¹. A su juicio, aunque el delegado actúa en su propio interés, lo más frecuente será que el delegante tenga también interés en que se ejecute el *iussum*; esta concurrencia de intereses hace que, junto a la *condictio*, el delegado deba disponer de la *a. mandati contraria*. De todos modos -advierte Gide-, este mandato se yuxtapone al *iussum*, pero no se confunde con él; acompaña a la delegación, pero no es esencial a ella: esencial es tan sólo el *iussum* del delegante.

La obra de Gide impone en Francia la teoría del *iussum*: las tesis doctorales en adelante publicadas sobre el tema se adherirán a la misma, ensayando refutaciones de la teoría del mandato⁴². También los "Manuales" evitarán definir la delegación como un mandato⁴³.

En la doctrina alemana, los principales valedores de la teoría salpiana sobre delegación y mandato son Danz y Wendt.

En su artículo sobre *delegatio nominis* y *delegatio debiti*, Danz⁴⁴ considera separadamente estos dos supuestos de delegación: la primera, con cambio de acreedor, presupone una deuda entre delegante y delegado; la segunda, con cambio de deudor, entre delegante y delegatario. Danz⁴⁵ excluye la posibilidad de un contrato de mandato con el delegado cuando éste actúa como deudor (*delegatio nominis*). En tal caso, es posible, en cambio, un mandato con

³⁹ GIDE, pp.289, 465 ss.

⁴⁰ GIDE, p.475.

⁴¹ GIDE, p.476: "En fait, je le reconnais, ce double mandat accompagne le plus souvent la délégation".

⁴² LANATA, *De la délégation* (thèse) (Paris 1882) MAXWELL, *De la délégation en Droit romain* (thèse) (Bordeaux 1895) 137p. Más tesis en RUTSAERT, p.36 n.

⁴³ Cfr., por ejemplo, GIRARD, *Mamet*⁴ p.697; CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des romains* (Paris 1917) p.638: "Dans le premier cas (i.e., de delegación), le débiteur, sur l'ordre du créancier, promet au cessionnaire ce qu'il doit au cedant"; HUVELIN, *Cours Élémentaire de Droit Romain II* (Paris 1929) p.274: la delegación "c'est l'invitation qu'adresse une personne (délégant) à une autre (délégué) d'accomplir envers une troisième (déléataire) une certaine prestation". Pero cfr. BRY, *Principes de Droit romain II*⁶ (Paris 1930) p.89: "Primus (le déléguant) débiteur de Tertius et créancier de Secundus, donne mandat à son débiteur Secundus (le délégué) de payer Tertius (le déléataire) ou de s'engager envers lui".

⁴⁴ DANZ, art. cit., en *JJB*.19(1881) 69 ss.

⁴⁵ *Ibid.* p.88 ss.

el delegatario; posible, pero no necesario, pues la relación con el delegante puede consistir también en una donación, una compra, un crédito asegurado con prenda, etc.⁴⁶ Así pues, la relación entre delegante y delegatario es también, como entre delegante y delegado, una "Ermächtigung", no un mandato. En la *delegatio debiti* o con cambio de deudor, ocurre algo semejante⁴⁷: el contrato de mandato es imposible con el delegatario, pues éste actúa como acreedor; pero entre delegante y delegado puede existir, del mismo modo que una donación, una deuda, etc., también un mandato. En conclusión, para Danz, como para v. Salpius, de existir un mandato, éste permanece, tanto en la *delegatio nominis* como *debiti*, en el nivel de las relaciones causales.

Del mismo modo, Wendt⁴⁸ mantiene, siguiendo a v. Salpius, que una obligación *ex mandato* no surge, en ningún caso, de la delegación como tal, sino únicamente en supuestos concretos debido a la especialidad de la relación de cobertura o de valuta⁴⁹, o debido a la existencia de un *mandatum stipulandi*, en función de garantía del delegante frente al delegatario⁵⁰.

Así, también en Alemania acaba imponiéndose la doctrina de v. Salpius⁵¹. El propio Windscheid reconoce a v. Salpius, en una nota añadida⁵² en las ediciones posteriores de su manual, el mérito de haber puesto de relieve la contraposición entre *mandatum* y *iussum*: los resultados de v. Salpius en este punto, señala Windscheid, deben ser en general admitidos. En consecuencia, si para él antes sólo los textos referidos al simple *permissum* o *voluntas* obligaban

⁴⁶ De modo semejante, COVIELLO, *Della successione ne'debiti a titolo particolare*, en AG.57(1896) 360 ss., rechaza de plano la existencia de un contrato de mandato entre delegante y delegado, y la necesidad del mismo entre delegante y delegatario.

⁴⁷ DANZ, art. cit., en JJB.19(1881) 91.

⁴⁸ WENDT, p. 78 ss.

⁴⁹ WENDT, p. 79.

⁵⁰ WENDT, p. 85 ss. En p. 87, aclara, en relación a los textos (*supra* §27 n.2), en los que se describe este supuesto: "Auf alle Fälle ist aber zu beachten, daß nach diesen Stellen das Mandat nicht seinen Sitz in der Delegation als solcher hat, sondern in dem begleitenden, zur Ausführung noch hinzugefügten *mandatum stipulandi*. Beide Vorgänge, Mandat und Delegation, sind in den Fallbeschreibungen von einander durchaus getrennt und also thatsächlich von einander unabhängig".

⁵¹ Vid. LENEL, art. cit., en JJB.36(1896) 116 ss.; SCHON, *Durchgangstheorie* p.17: "... eine *obligatio mandati* bei der Delegation nur da anzunehmen ist, wo sie entweder direkt als solche bezeichnet wird, oder wo der Zusammenhang dazu nötigt". Una posición semejante a la de Gide, en DERNBURG-SOKOLOWSKI, *System des Römischen Rechts II*⁸ (Berlin 1912) p.800 s.: la "Anweisung" se basa en una doble "Ermächtigung", no (ibid. n.3) en un doble mandato, pero es posible que el "Anweisungsempfänger" (delegatario) actúe en interés del "Anweisender" (delegante), como mandatario suyo. También por lo general -afirma Dernburg- recibe el "Angewiesener" (delegado) un mandato.

⁵² WINDSCHEID, *Pandekten II*⁷ §412 n.8a (p.493 s.).

a matizar la teoría del mandato, ahora una nueva salvedad es precisa respecto a los textos que se refieren a *iussum* y *delegatio*: que son, aunque Windscheid no lo diga, casi todos. A pesar de ello, Windscheid mantiene la teoría del mandato, y sigue exponiendo su doctrina sobre las "indirekte Vermögensleistungen" en sede de mandato; pero ahora admite⁵³ que estas prestaciones patrimoniales indirectas pueden realizarse también -además de con un simple permiso- mediante "bloÙe Anweisung"⁵⁴.

El triunfo de la teoría del *iussum* ("Ermächtigung") se consumará en Alemania con su consagración legislativa, en BGB §783: "Händigt jemand eine Urkunde, in der er einen anderen anweist, Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an einen Dritten zu leisten, dem Dritten aus, so ist dieser ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben; der Angewiesene ist ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten"⁵⁵. Una consagración puede considerarse también, en cierto modo, la redacción de las entradas correspondientes a *iussum* y *delegatio* en Heumann-Seckel⁵⁶.

En la doctrina italiana es De Ruggiero⁵⁷ quien introduce la teoría del *iussum*. Y, en fin, en la inglesa el manual de Roby⁵⁸ adopta también plenamente la posición de v. Salpius: "The delegation consists simply of the order by the

⁵³ *Ibid.* p.493.

⁵⁴ Esta "Anweisung", explica WINDSCHEID, *ibid.* p.493 n.8a, que se corresponde con las expresiones romanas "iussus" y *delegatio*, se diferencia del mandato en que no genera obligación de cumplimiento; además, "iussus" y *delegatio* se emplean preferentemente para el supuesto de que el delegatario sea destinatario final de la prestación recibida, y de que ésta deba ser considerada como realizada al delegante, quedando así eximidos tanto el reembolso del delegante como el del delegado. Sin embargo, hay ocasiones en que los términos mencionados se refieren a un supuesto en que el delegatario ha de restituir lo recibido al delegante, o éste lo desembolsado al delegado. En estos casos, la "Anweisung" es de nuevo un mandato, pues, si bien no permite la *a. mandati directa* para exigir la ejecución, sí genera la *a. mandati directa* para el reembolso del delegante contra el delegatario y la *contraria* para el reembolso del delegado contra el delegante. Por ello, concluye Windscheid en defensa de la teoría del mandato: "Ja es muß behauptet werden, daß der *iussus* als solcher die *actio mandati directa* auf Herausgabe und die *actio mandati contraria* auf Ersatz nicht ausschließt, sondern begründet; liegt dem Richter nichts weiter vor, als daß auf Anstoß eines andern eine Leistung erhoben bzw. gemacht worden sei, so hat er kein R. zu der Annahme, daß die Absicht der Parteien auf Behalten der dadurch der einem oder der andern Partei zugeführten Vermögensvermehrung gerichtet gewesen sei".

⁵⁵ La aceptación del delegado ("Angewiesene") no lo obliga frente al delegante sino frente al delegatario ("Anweisungsempfänger"): BGB §784.1. Ni siquiera el delegado deudor está, por el mero hecho de serlo, obligado frente al delegante a cumplir la "Anweisung": BGB §787.2.

⁵⁶ HEUMANN-SECKEL, p.131 (*delegare*) y p.291 (*iubere*).

⁵⁷ DE RUGGIERO, art. cit., en *RISG*.28(1899) 3 ss.

⁵⁸ ROBY, *Roman Private Law II* (Cambridge 1902) p.42 ss. y p.122.

delegant and the performance by the person delegated". "Mandate must be distinguished from order (*jussus*), though the words are often used loosely of the same business".

§30 La adhesión a la doctrina de v. Salpius no fue, sin embargo, unánime. En general, en las sucesivas reediciones de obras anteriores, sus aportaciones fueron ignoradas, manteniéndose la doctrina tradicional⁵⁹. Mitteis parece identificar el *tubere* del delegante con un "Auftrag"⁶⁰. La idea del doble mandato es defendida por Laband, aunque combinada con una doble "Ermächtigung"⁶¹. Tampoco Leonhard, en su artículo sobre la *delegatio* en Pauly-Wissowa⁶², parece suscribir plenamente la teoría del *iussus*. Aunque define la delegación como una "Aufforderung", su construcción de la *expromissio* delegatoria abre el paso al mandato. Para la *expromissio* -explicación es necesaria la *delegatio* del deudor precedente, pero ésta no carece de significado, porque genera, cuando existe, un negocio entre delegante y delegado: se trata de una oferta de mandato que puede ser aceptado por el delegado y le concede los derechos de un mandatario.

Una crítica a la teoría de v. Salpius en el asunto del mandato se encuentra en el artículo del "Digesto Italiano" sobre la delegación, redactado por Brugi⁶³. Aunque define la delegación, tanto de pago como de promesa, sobre la base de

⁵⁹ Así, THÖL, *Handelsrecht* I⁶ p.1973 ss.; SENTENIS, *Gemeines Civilrecht* II³ (Leipzig 1868) p.464 ss.; ACCARIAS, *Précis de Droit romain*⁴ (Paris 1891) p.554: "La délégation consiste dans le double mandat que Primus donne à Secundus et à Tertius".

⁶⁰ MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung* (Wien 1885 = Aalen 1962) p.58, se refiere a Iul.13 dig.-D.46,3,34,7 (*Si debitorem meum iussero pecuniam Titio dare, donaturus ei, ...*): "Die richtige Erklärung der Stelle ist vielmehr folgende: A gibt seinem Schuldner B den Auftrag, dem Titius C, dem er die Schuldsomme schenken will, zu zahlen".

⁶¹ LABAND, *Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, en ACP.74(1889) 331 s.: "Die Definition der Assignment als eines Doppelmandats ist ungenügend". "Dem Anweisenden gegenüber sind der Anweisungsempfänger sowie der Angewiesene Beauftragte; unter einander sind sie zur Zahlungserhebung und zum Zahlungsempfang ermächtigt". También GOLDSCHMIDT, art. cit., en SZ.10(1889) 387s., parece considerar el *mandatum* como punto de partida normal para la delegación. Cfr., además, GOLDSCHMIDT, *System des Handelsrechts im Grundriss*³ (Stuttgart 1891) §113.

⁶² R. LEONHARD, art. cit., en RE. IV 2 col.2429 s.

⁶³ BRUGI, p.701 ss. Pocos años antes, el propio BRUGI, *Istituzioni di Diritto privato romano* (Padova 1897) p.119, se había limitado a admitir la posibilidad de que la delegación se realice también mediante mandato (de pago o promesa o de cobro), pero aclarando que si el delegatario debe retener para sí lo que recibe se exceden los fines de este contrato y, finalmente, explicando (p.190) que la orden del delegante al delegado -"iussus"- es, por lo general, una declaración unilateral de voluntad.

una doble autorización, al delegado y al delegatario⁶⁴, y excluye el mandato con el delegatario (salvo el supuesto excepcional de que aparezca como contrato de valuta⁶⁵), sin embargo, por lo que hace a la relación delegante-delegado, Brugi⁶⁶ expone una serie de objeciones contra la doctrina de v. Salpius, y concluye afirmando que la misma ha sido acogida con demasiada facilidad por los romanistas contemporáneos.

En algunos cultivadores del Derecho civil y mercantil del primer tercio de siglo, se aprecia un intento de vuelta al mandato, por lo que se refiere a las relaciones entre delegante y delegado; y ello, tanto en la doctrina italiana (Asquini⁶⁷) como, ya antes y a pesar del BGB, en la alemana (v. Tuhr⁶⁸, Meyer⁶⁹, Wolff⁷⁰). También en esta época surge en la doctrina civilística la idea de que el mandato, aunque excluido de la delegación de deuda, es la base de la delegación "al descubierto"⁷¹. Se equivocaba, por tanto, F. Leonhard, cuando en 1931

⁶⁴ BRUGI, p. 708.

⁶⁵ BRUGI, p. 711.

⁶⁶ BRUGI, p. 710 s.

⁶⁷ ASQUINI, *Pagamento mediante "rimborso di banca"*, en *RDCom.20* 1(1922) 241 ss., considera que, cuando delegado y delegatario actúan en nombre propio (o sea, cuando hay doble atribución patrimonial), es inconcebible un mandato con el delegatario, pero no con el delegado. Un mandato con éste es posible, aunque no imprescindible: la simple autorización del delegante es suficiente. Asquini suscribe, por tanto, la doctrina de que en la base de la delegación hay una doble autorización, siempre que no se excluya que la dirigida al delegado (*solvendi* o *promittendi*) pueda ser absorbida por un contrato de mandato.

⁶⁸ Para v. TUHR, *Zur Lehre von der Anweisung*, en *JJB.48*(1904) 19, aunque la vieja teoría que concebía la "Anweisung" (delegación de pago) como un contrato de mandato es errónea, porque la "Anweisung" no genera, como el mandato, una obligación de cumplimiento -es decir, no resulta de la misma una *a. mandati directa*-, sin embargo, la reacción que se ha impuesto desde v. Salpius ha ido demasiado lejos: porque (p.21), si bien la "Zahlungsermächtigung" que recibe el delegado no es un mandato, está muy próxima a él, ya que el delegado actúa por cuenta del delegante. Por ello (p.19), el delegado debería contar para su reembolso con un remedio idéntico al del mandatario, al que v. Thur llama *actio mandati contraria utilis*. En el caso de que un delegado deudor resulte no serlo, es igualmente deseable, en su opinión, el concurso de esta acción con la repetición de lo indebido.

⁶⁹ De modo similar a v. Tuhr, MEYER, *Das Akzept* (Berlin 1918) p.99., considera que, en el giro ("Anweisung"), mandato y autorización coexisten el uno junto a la otra.

⁷⁰ Para WOLFF, *Zur Lehre von der Anweisung*, en *JJB.84*(1934) 115 s., 122 s., 142, el delegado deudor cuida, además de su propio interés, también el del delegante, en cuanto paga a quien éste ha designado. Por eso, si falla la relación de provista, el delegado tendrá contra el delegante tanto la acción surgida de la relación de provista como la *a. mandati contraria*, aunque ésta será subsidiaria respecto a aquélla. En cambio, si la relación de provista existía realmente, la "Geschäftsführungserklärung" pasará a un segundo plano.

⁷¹ KRASNOPOLSKI-KAFKA, *Öst. Obligationenrecht* (Leipzig-Wien 1910) p.280.

declaraba superada la teoría del mandato⁷². En el ámbito del Derecho romano, dejando a un lado defensores circunstanciales del mandato, como Hägerstrom⁷³, el intento más radical de vuelta al mismo fue el emprendido por Rutsaert. Su opinión al respecto se expresa en frases lapidarias: "Toute délégation contient à sa base un mandat"⁷⁴; "Pas de délégation sans contrat"⁷⁵; "Dans la conception romaine, nous croyons que ce mot (es decir, *iussum*) cachait un vrai mandat". Como para Rutsaert el concepto de *delegatio* no incluye la entrega o promesa ejecutivas, él formula la ecuación *delegatio* = *mandatum* y define la delegación como un mandato⁷⁶. Rutsaert es un defensor de la teoría del mandato simple: el contrato existe, a su parecer, únicamente entre delegante y delegado, no con el delegatario⁷⁷.

§31 La tesis de Rutsaert fue rechazada unánimemente, tanto por la doctrina francesa (Hubrecht⁷⁸), como por la alemana (Kreller⁷⁹) e italiana (Andreoli⁸⁰). Ciertamente, este trabajo constituía, en pleno auge del método histórico-crítico, un chocante anacronismo, tanto por el empleo del método dogmático de los viejos estudiosos de Pandectas⁸¹, como por el contraste entre la

⁷² F. LEONHARD, *Besonderes Schuldrecht des Römischen Rechts* (Leipzig 1931) p.362. La teoría del mandato es, a su parecer, "ganz unrichtig. ... Angewiesene sich vielfach gar nicht verpflichtet, an den Dritten zu zahlen. Noch weniger wird, wie jene Lehre vom «Doppelmandat» behauptet, der Empfänger verpflichtet, die Anweisung zu erheben." "Diese alte Lehre ist jetzt allgemein aufgegeben".

⁷³ HÄGERSTROM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I* (Upsala-Leipzig 1927) p.335, afirma que la delegación debe de ser considerada en sí misma un mandato. Hägerstrom se refiere a la cesión de acciones por *procuratio in rem suam*, que las fuentes designan en ocasiones como *delegatio* (*supra* §3). Sin embargo, tampoco esta "delegación" se apoya en un contrato de mandato: *supra* §3 n.41.

⁷⁴ RUTSAERT, pp.35 y 46.

⁷⁵ RUTSAERT, p.49.

⁷⁶ RUTSAERT, p.258: "le mandat conféré par une personne, le délégant, et accepté par une autre, le délégué, d'effectuer pour compte de la première et au profit d'un tiers délégataire, quoique aux risques de celui-ci, la prestation d'une valeur, prestation sortant ses effets dans le chef du délégant en dehors de toute cession d'actions".

⁷⁷ RUTSAERT, p.139.

⁷⁸ HUBRECHT, *Quelques observations sur la nature de la délégation en droit romain, à propos d'un ouvrage récent*, en *RGD*.55(1931) 229 ss., 304 ss. (consultado en separata).

⁷⁹ KRELLER, art. cit., en *SZ*.50(1930) 583 ss.

⁸⁰ ANDREOLI, art. cit., en *RISG*.7(1932) 391 y n.2.

⁸¹ Así, HUBRECHT, art. cit., en *RGD*.55(1931) (p.4 de la separata) observa: "Ce qui frappe immédiatement le lecteur, c'est que M. Rutsaert paraît encore préférer la vieille méthode dogmatique à la méthode historique utilisée aujourd'hui dans toutes les études de droit romain. Non content d'adopter un plan purement dogmatique, auquel on n'est plus guère habitué dans les monographies de ce genre, l'auteur, comme les maîtres de l'ancienne école, semble voir parfois

constante cita y examen de las construcciones procedentes de viejas tesis doctorales decimonónicas y el desconocimiento de las aportaciones que la moderna ciencia romanística había hecho al tema⁸². Estos defectos, unidos al carácter puramente retórico de muchos de sus argumentos, que dejan intacto el fondo de las cuestiones debatidas⁸³, hacen que sea poco lo que hoy se puede encontrar de aprovechable en la obra de Rutsaert.

El fallo básico de Rutsaert es, para Kreller⁸⁴, no haber comprendido la delegación como un negocio complejo surgido de la iniciativa de una persona (delegante) que espera recibir algo de otra (delegado) y desea a su vez realizar una prestación a un tercero (delegatario) y pretender, en cambio, forzar su estructura hasta encajarla en la noción escolar tradicional del contrato. Kreller admite -como hacía v. Salpius- la posibilidad de que la relación de cobertura o de valuta de la delegación consista en un contrato de mandato⁸⁵. Sin embargo - advierte-, lo normal será que ni el delegado ni el delegatario actúen como administradores del delegante, sino relacionados con éste por *causae acquirendi* de algún tipo: *credendi, solvendi, donandi*. En realidad, el único problema de mandato que los juristas romanos se planteaban en la delegación era el caso de asunción del *periculum* por el delegante⁸⁶.

El rechazo a la tesis de Rutsaert no supone, en cambio, en la recensión de Hubrecht, aceptación de la doctrina de v. Salpius. Para Hubrecht, cuando el delegado es deudor del delegante, la delegación no se funda en un mandato, pero sí en el caso contrario⁸⁷. Esta teoría fue adoptada por Monier⁸⁸. Más adelante (*infra* §112), nos ocuparemos de ella.

des principes généraux là où le jurisconsulte classique se bornait à résoudre un cas d'espèce". Vid., en el mismo sentido, KRELLER, art. cit., en SZ.50(1930) 584 s.

⁸² HUBRECHT, *ibid.* p.5: "Enfin, un examen des ouvrages cités par l'auteur révèle combien sa bibliographie est restée défectueuse. M. Rutsaert utilise assez souvent d'anciens travaux et discute les systèmes proposés dans de vieilles thèses de doctorat remontant à l'époque où tout candidat devait présenter une étude de droit romain: il semble par contra ignorer, dans les oeuvres des romanistes modernes, certains passages importants concernant la matière qu'il étudiait". Vid., con más detalle, KRELLER, art. cit., en SZ.50(1930) 583.

⁸³ Vid., por ejemplo, las pp.41 ss., dedicadas a la refutación de la teoría del *iussum*.

⁸⁴ KRELLER, art. cit., en SZ.50(1930) 585.

⁸⁵ KRELLER, art. cit., en SZ.50(1930) 586 y n.1.

⁸⁶ KRELLER, art. cit., en SZ.50(1930) 586.

⁸⁷ HUBRECHT, art. cit., en RGD.55(1931) 311 y n.1.

⁸⁸ MONIER, *Manuel Élémentaire de Droit romain II*² (Paris 1940) p.378 n.1. [Cfr. MONIER, *Manuel II*⁴ (Paris 1948) p.287: "En général, le délégué est déjà engagé envers le déléguant, et celui-ci, par un *iussum*, l'invite à se lier envers le délégataire ou à accomplir à son profit un transfert de propriété (*datio*)... Enfin, la délégation peut intervenir entre des personnes qui n'étaient pas liées entre elles par des rapports juridiques antérieurs ... tel est le cas où une personne, en vue de faire une donation, donne mandat au délégué de s'engager envers le

En opinión de Andreoli⁸⁹, la tesis de Rutsaert está "viziata ab imis, nei presupposti e nelle conclusioni". El propio Andreoli dedicó pocos años más tarde una monografía a la delegación⁹⁰, que no se aparta en este punto de los presupuestos de v. Salpius.

La posibilidad de que la relación de cobertura o la de valuta esté constituida por un mandato, que el propio v. Salpius había admitido, es rechazada por Mossa para esa peculiar forma de delegación que es el cheque⁹¹; con carácter general, para cualquier tipo de negocio delegatorio, por Nicoló⁹²: cuando el lugar de una de las relaciones causales está ocupado por un contrato de mandato, no estamos ya, a juicio de Nicoló, en el verdadero campo de la delegación, porque existen elementos -el mandato- que interfieren y que son extraños a su figura normal. Los caracteres esenciales de la delegación estarán entonces debilitados o del todo eliminados. Es la teoría de la "exclusión".

§32 Betti es uno de los romanistas que más atención ha dedicado a la delegación. En el primer tercio del siglo, cuando todavía admite como delegación la de dar, son dos sus artículos sobre el tema, uno desde el punto de vista del Derecho civil y mercantil⁹³, y otro romanístico⁹⁴. En ambos mantiene la teoría del *iussum*. A su parecer, el *iussum* del que hablan las fuentes romanas en materia de delegación se corresponde perfectamente con el moderno concepto de autorización, en el sentido riguroso y técnico del término: la asunción de las consecuencias jurídicas onerosas del acto autorizado⁹⁵. *Iussum* y mandato son tratados como conceptos netamente distintos⁹⁶. No contrasta con esto el que Betti

déléataire ou de faire une prestation à son profit". Para la "distinction entre le *iussum* donné à un débiteur et le mandat qui intervient généralement entre un déléguant et un délégué qui n'avait pas envers lui d'obligation antérieure", MONIER, *ibid.* n.3, remite expresamente a Hubrecht. También Rabie se adhiere a esta tesis: vid. *infra* §34 n.156 s. Suele decirse que también COLLINET, en su crónica sobre publicaciones recientes, en *RHD*.11(1932) 580 s., se adhiere a la teoría de Hubrecht, pero lo cierto es que se limita a informar de la misma.

⁸⁹ ANDREOLI, art. cit., en *RISG*.7(1932) 391 y n.2.

⁹⁰ ANDREOLI, *La delegazione* (Padova 1937).

⁹¹ MOSSA, *Il diritto dello Check* (Sassari 1919) p.75.

⁹² NICOLÓ, *Il negozio delegatorio* (Messina 1932) pp.18 y 59 s.

⁹³ BETTI, *Sulla natura giuridica della girata nei titoli all'ordine*, en *RDCom*.25 1(1927) 565 ss.

⁹⁴ BETTI, art. cit., en *BIDR*.41(1933) 143 ss.

⁹⁵ BETTI, art.cit. en *RDCom*.25 1(1927) 608.

⁹⁶ BETTI, art.cit., en *BIDR*.41(1933) 172 s.

incluya entre los supuestos de delegación la orden al deudor de pagar a un procurador⁹⁷: se trataría de un supuesto de mandato en la relación de cobertura.

En su obra sobre la extinción de las obligaciones, Solazzi⁹⁸ realiza, en dos simples frases, toda una exposición de la teoría del *iussum*, aunque referida únicamente al supuesto de delegado deudor: "L'ordine del creditore al debitore -in latino *iussum* o *iussus*- è una dichiarazione unilaterale per cui le conseguenze dell'atto autorizzato colpiscono immediatamente il *iubens*, non è un mandato. Tuttavia col *iussum* al debitore di pagare al terzo si può accompagnare il mandato al terzo di ricevere il pagamento". También Perozzi⁹⁹ y Giffard¹⁰⁰ explican la delegación sobre la base de un *iussum* del delegante al delegado.

Entre los trabajos más completos sobre nuestro tema se encuentra un artículo de Bigiavi¹⁰¹ que somete a profunda revisión los argumentos aducidos por v. Salpius, Gide y Wendt en contra de la teoría del mandato. Bigiavi se muestra conforme en que el contrato de mandato es imposible cuando el delegado es deudor; en cambio, la delegación "al descubierto" se fundamenta, a su parecer, en un mandato. Aparentemente se trata de la misma teoría "mixta" de Hubrecht, pero no es así¹⁰², porque los términos delegación de deuda y "al descubierto" son empleados por Bigiavi en un sentido inusual. Cuando habla de delegación "de deuda", no se refiere tan sólo al supuesto del delegado que se deja girar como deudor, sino también al que pretende prestar¹⁰³ o donar¹⁰⁴ al delegante, porque, a su modo de ver -inadmisibles, al menos desde el punto de vista del Derecho romano¹⁰⁵- también en esos casos el delegado es deudor. La delegación al descubierto, en la que el delegado actúa como mandatario y dispone, como tal, de

⁹⁷ BETTI, art. cit., en *BIDR*.41(1933) 176: "B, il quale vuole o deve fare ad A una determinata attribuzione patrimoniale (per mutuo, donazione, pagamento di debito, vendita, dote etc.), dietro delegazione di A, ... fa tradizione di una cosa, anziché allo stesso A, a C suo mandatario, o gestore, o incaricato d'affari".

⁹⁸ SOLAZZI, *Estinzione* I² p.59 y n.1.

⁹⁹ PEROZZI, *Istituzioni* II² p.421, explica que la "delegazione ... si ha quando una persona incarica (*iubet*) un'altra di fare una prestazione ad una terza. ... Il *iussum* accennato si poteva dare per lettera, con parole, ed anche con cenni (*mutu*)".

¹⁰⁰ GIFFARD, *Précis de Droit Romain* II² (Paris 1938) p.283: "La délégation est donc toute opération par laquelle une personne, *Primus*, le délégant, invite une seconde personne, *Secundus*, le délégué, à promettre ou à dare à une troisième personne, *Tertius*, le délégataire". "Le support de l'opération est l'invitation (*iussus*) adressée par le délégant au délégué". Cfr. GIFFARD-VILLERS, *Droit romain et ancien Droit français: les obligations*³ (Paris 1970) p.306.

¹⁰¹ BIGIAVI, *Autorizzazione, mandato, ordine nella delegazione*, en *RDCom*.36(1938) 98 ss.

¹⁰² Como advierte el propio BIGIAVI, art.cit., en *RDCom*.36(1938) 122 n.1.

¹⁰³ BIGIAVI, art. cit., en *RDCom*.36(1938) 124 ss.

¹⁰⁴ BIGIAVI, art. cit., en *RDCom*.36(1938) 137 n.2 (138).

¹⁰⁵ El donante, el mutuante, el constituyente de dote no son deudores, porque el simple convenio de donar, prestar o dotar no genera obligaciones.

la *a. mandati contraria* contra el delegante, comprende para Bigiavi únicamente el supuesto de que no exista atribución patrimonial de cobertura. El ámbito que Bigiavi reconoce al contrato de mandato es, por tanto, idéntico al que admitía v. Salpius¹⁰⁶. Sin embargo, no puede ser incluido tampoco entre los defensores de la teoría del *iussum* porque, a su parecer, cuando el mandato existe, no ocupa simplemente el lugar del convenio causal de cobertura inexistente, sino que desplaza al *iussum* mismo: de modo que, en ese caso, la delegación no consiste ya en un *iussum*, sino en un *mandatum*¹⁰⁷.

§33 A partir de los años cuarenta, la teoría del *iussum* no se discute en la romanística, sino que se expone como algo sabido o, todo lo más, se justifica lacónicamente. Esta es la actitud de Cugia¹⁰⁸, Rabel¹⁰⁹ o Sanfilippo¹¹⁰.

¹⁰⁶ Así lo reconoce él mismo: BIGIAVI, art. cit., en *RDCom.*36(1938) 114 *sub* b, 121. Bigiavi censura a los defensores más recientes del *iussum* (Gide, Wendt) haber olvidado que, para la delegación al descubierto, el propio v. Salpius admitía sin más el mandato entre delegante y delegado. Bigiavi habla aquí cegado por su propia terminología: también Gide y Wendt admiten que el mandato puede ocupar el lugar de la relación de cobertura: lo que ocurre es que ni ellos ni v. Salpius restringen a ese supuesto, en que no existe *datio* delegado-delegante, la calificación de delegación al descubierto. Para ellos, la delegación al descubierto abarca también al delegado donante, mutuante etc. Y, en esos casos, ni ellos ni v. Salpius admiten el mandato.

¹⁰⁷ BIGIAVI, art. cit., en *RDCom.*36(1938) 128 s., extrae de su concepción una consecuencia práctica. Para v. Salpius, puesto que la delegación consiste siempre en el *iussum* del delegante, el delegado que reclame el reembolso como mandatario deberá demostrar su condición de tal. En cambio, si se admite que la delegación puede también consistir en un *mandatum*, al delegado le bastará probar que ha cumplido el encargo del delegante; será éste quien deba demostrar, en su caso, la existencia de deuda o provisión que justifique su negativa a reembolsar.

¹⁰⁸ CUGIA, *Delegazione* p.8: "Universalmente è riconosciuto al Salpius il merito di aver provato che lo *iussus* o l'ordine del delegante al delegato non è mandato".

¹⁰⁹ RABEL, art. cit., en *Scritti Ferrini Milano* p.219, explica que *iussum* y mandato ocupan en la delegación planos distintos: "*iussus* non è analogo ne contrastante col contratto di mandato che può accompagnarlo come un altro rapporto potrebbe esistere fra delegante e delegato". Cfr. también, RABEL, *RPR*, p.149.: "Das A. gegenüber B. befreit wird, beruht entweder auf einem Gläubigerwechsel oder auf der Delegation, die als Ermächtigung (*iubere*) wirkt". *Ibid.* p.113: "Auf Mandat beruht auch, wenn nicht ein besonderer Grund vorliegt, z.B. Hausgewalt, die Anweisung für eigene Rechnung (*delegare, iubere*), die in den Quellen nur als solche eines Gläubigers an seinen Schuldner vorkommt, einem Dritten zu zahlen oder stipulationsweise zu versprechen". Rabel pretende seguramente decir tan sólo que, cuando no existe una razón especial para la "Anweisung" en favor del delegatario, éste actúa como simple mandatario. Y continúa, ya inequívocamente en las coordenadas de la teoría del *iussum*: "Umgekehrt hat nichts mit dem Auftrag zu schaffen das *iussum* im Sinn der Ermächtigung an einem Dritten, sich mit jemand anderem in ein Geschäft einzulassen, z.B. als Inkassovollmacht".

¹¹⁰ SANFILIPPO, "*Mandatum post mortem*", en *Studi in onore di S. Solazzi* (Napoli 1948) p.563, afirma, en relación a Paul.2 *manual.*-D.46,3,108 (sobre el cual, *infra* §90): "La seconda fattispecie, invece, non ha nulla da vedere col mandato, ma riguarda, piuttosto, un caso di

Así ocurre incluso cuando se dedica a la delegación un largo estudio: tanto en el artículo de Haerberlin sobre las relaciones causales en la *delegatio*, como en la monografía de Endemann, se expone la "teoría del *iussum*" como algo ya seguro, en cuya justificación no es preciso extenderse.

Así, Haerberlin¹¹¹ declara inadmisibile la concepción según la cual el *iussum* del delegante es una oferta de mandato. Entre *iussum* y *mandatum* existen diferencias insalvables¹¹². Cuando, excepcionalmente, existe un mandato en la delegación, éste de ningún modo ocupa el lugar del *iussum*, sino el de la relación de cobertura o valuta¹¹³.

Endemann¹¹⁴ considera superada la decimonónica doctrina del mandato; con razón se rechazó, a su juicio, el intento de Rutsaert de volver a esta doctrina. Para Endemann, la delegación se basa siempre en un doble *iussum* o "Ermächtigung"¹¹⁵, que no tiene nada que ver con el contrato de mandato¹¹⁶. Un mandato es posible en la relación de cobertura, pero también entonces la *delegatio* consiste en una "Ermächtigung", con la que el mandato subyacente no se confunde, del mismo modo que no se confunden con ella las eventuales relaciones causales de pago, donación o préstamo¹¹⁷. Lo mismo ha de decirse cuando existe un mandato en la relación de valuta entre delegante y delegatario¹¹⁸.

También para Kaser la delegación se basa siempre en una "Ermächtigung" -el *iussum* de las fuentes-, una declaración informal por la que alguien admite como válido contra sí mismo un negocio extraño¹¹⁹. Un mandato

delegazione." Y más adelante: "nelle fonti ... il *iussum* del delegante è quasi sempre chiamato *mandatum*, senza che con ciò i classici volessero fare alcuna confusione o riferimento di sorta al contratto di mandato."

¹¹¹ HAEBERLIN, p.106.

¹¹² HAEBERLIN, p.108.

¹¹³ HAEBERLIN, p.107.

¹¹⁴ ENDEMANN, p.17.

¹¹⁵ ENDEMANN, pp.20, 25 s., 26.

¹¹⁶ ENDEMANN, p.18.

¹¹⁷ ENDEMANN, p.18: "Es muß scharf herausgestellt werden, daß ein Auftrag im Deckungsverhältnis nichts mit der Ermächtigung zu tun hat"; *ibid.* p.19: "Für die Durchführung der Delegation und ihre dogmatische Betrachtung kommt es nicht darauf an, ob im Deckungsverhältnis ein Mandat vorliegt oder nicht. Wesentlich ist nur die Ermächtigung, die auch bei einem Mandat gegeben ist. Die Kausalbeziehung Delegant-Delegat, die eine Anweisung veranlassen, können verschiedener Art sein. ... Die Ermächtigung ist theoretisch von dem Kausalverhältnis gesondert".

¹¹⁸ ENDEMANN, p.25 ss.

¹¹⁹ KASER, *RPR*.I¹ p.544 [I² p.650]: "Die Delegation ist ein Anwendungsfall der Ermächtigung (*iussum*, untechnisch *mandatum*), also der einseitigen formfreien Erklärung, daß man die

es posible, pero sólo en el nivel de las relaciones subyacentes entre delegante y delegado o delegante y delegatario¹²⁰. Como ya había hecho Endemann, Kaser proclama que la doctrina de que toda delegación descansa sobre un contrato de mandato puede darse por liquidada¹²¹. Esta parece ser también la impresión de Talamanca¹²². Un rápido vistazo a la literatura parece confirmar sus palabras: la idea de que la delegación consiste en un acto unilateral (orden, autorización, "Ermächtigung", invitación, *iussum*) del delegante, es un lugar común que se repite en manuales (Voci¹²³, Di Marzo¹²⁴, Hernández Tejero¹²⁵, Biondi¹²⁶, Burdese¹²⁷, Carcaterra¹²⁸, Villers¹²⁹, Di Pietro-Lapieza¹³⁰, Kunkel-Honsell¹³¹, Torrent¹³², Schmidlin-Cannata¹³³, Marrone¹³⁴, Hausmaninger-Selb¹³⁵,

Handlung eines anderen gegen sich gelten lassen werde". Vid. también, KASER, *Zum Wesen der römischen Stellvertretung*, en *Romanitas* 9(1970) 336 s.

¹²⁰ KASER, art. cit., en *SZ.77*(1960) 467 n.14: "Ein *mandatum* oder *negotiorum gestio* kann dem Deckungs- wie dem Valutaverhältnis zugrundeliegen". Vid. también *RPR.I*² p.651 n.36.

¹²¹ KASER, art. cit., en *SZ.77*(1960) 465 n.3: "Die Meinung, daß jeder d. ein Mandatsvertrag zugrunde liege (Zuletzt bei Rutsaert), kann heute als erledigt gelten".

¹²² TALAMANCA, p.918 y n.7: "La dottrina più recente, con l'unica eccezione di Rutsaert ... respinge nettamente, al di là di qualsiasi identità terminologica, l'identificazione fra *delegatio* e mandato (intercorrente tra delegante e delegato), che era assai diffusa nella dottrina dell'età intermedia".

¹²³ VOCI, *Istituzioni di Diritto romano*³ (Milano 1954) p.359: "Del pagamento effettivo può tener luogo la *delegatio solvendi*: se il creditore invita il debitore a pagare a un terzo ..."

¹²⁴ DI MARZO, *Manuale Elementare di Diritto Romano* (Torino 1954) p.221: la *delegatio* es "la sostituzione di un nuovo creditore «delegatario» verso il quale il debitore («delegato») si obbligava per ordine del primo creditore («delegante»)".

¹²⁵ HERNANDEZ-TEJERO, *Derecho Romano* (Madrid 1959) p.400: "*Delegatio nominis*.- Consiste en una estipulación entre el cesionario y el deudor con autorización del acreedor cedente".

¹²⁶ BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*⁴ (Milano 1965) p.422 s.: "La delegazione ... Ha luogo quando una persona, anche tacitamente, dia incarico (*iussus*) ad un'altra di pagare un debito od assumere una obbligazione, oppure di risuocere una prestazione o stipularla ...".

¹²⁷ BURDESE, *Manuale di Diritto privato romano* (Torino 1964) p.690, caracteriza la *delegatio* como una "autorizzazione unilaterale priva di forme".

¹²⁸ CARCATERRA, *Lezioni Istituzionali di Diritto Romano* (Bari 1972) p.227: "La *delegatio*: si ha quando il creditore dà ordine (*iussum, iubere*) al debitore di pagare o compiere la prestazione in favore di altra persona".

¹²⁹ VILLERS, *Rome et le droit privé* (Paris 1977) p.404: "On nomme ainsi (sc. *délégation*) une opération par laquelle une personne nommée délégué traite avec une autre appelée délégaire à l'invitation d'un tiers nommé déléquant".

¹³⁰ DI PIETRO-LAPIEZA, *Manual de Derecho Romano*³ (Buenos Aires 1983) p.336: "Así, el delegante, por medio de una orden (*iussum*), le indica a su deudor -delegado- que deberá contraer esa misma obligación con otra persona -delegatario-".

¹³¹ KUNKEL-HONSELL, *RR.*⁴ p.270 s.: "Bei der Delegation wurde der Delegat zur Eingehung einer Verbindlichkeit oder zur Zahlung (*delegatio obligandi, delegatio solvendi*)

Pastori¹³⁶, Mayer-Maly¹³⁷, Guarino¹³⁸), diccionarios (Berger¹³⁹), artículos (Valiño¹⁴⁰, Bonifacio¹⁴¹, Castresana¹⁴²) y monografías

aufgefordert bzw. ermächtigt (*iussum*).“ "Bei der Verpflichtungsanweisung (*delegatio obligandi*) verpflichtete sich der Delegat mit Ermächtigung des Deleganten gegenüber dem Delegatar.“ Cfr. también HONSELL, *Römisches Recht* (Berlin-Heidelberg 1988) p.72 s.

¹³² TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano* (Zaragoza 1987) p.380: "... el delegante (pongamos por caso, el acreedor), ordena (*iussum*) a su deudor que prometa la misma prestación a un tercero".

¹³³ SCHMIDLIN-CANNATA, *Droit Privé Romain II* (Genève 1987) p.72: "c'est-à-dire Titius, par un ordre (*iussum*), devait autoriser Caius à promettre, par stipulation, de payer 100 sesterces à Sempronius".

¹³⁴ MARRONE, *Istituzioni di Diritto romano. Cose, diritti reali, possesso, obbligazioni* (Palermo 1987) p.731, caracteriza la *delegatio* como "autorizzazione unilaterale e informale".

¹³⁵ HAUSMANINGER-SELB, *Römisches Privatrecht*⁵ (Wien 1989) p.375 s.: "Bei einer Zahlungsanweisung ... Der Delegat erhielt ein *iussum* (Ermächtigung), zu Lasten des Deleganten an den Delegatar zu zahlen". "Bei einer Verpflichtungsanweisung (*delegatio obligandi*) ermächtigte der Delegant den Delegaten, dem Delegatar gegenüber zu seinen -des Deleganten- Lasten eine Obligation durch Stipulation einzugehen".

¹³⁶ PASTORI, *Obbligazioni* p.245: "Altra causa estintiva dell'*obligatio* è la delegazione, ossia la designazione unilaterale (*iussus*), anche tacita, di un sostituto (*is qui delegatur*) nella posizione di creditore ..., di debitore ..., di accipiente ..., o, infine, di solvente ...".

¹³⁷ MAYER-MALY, *RPR* p.151: "Im ersten Fall ermächtigte der Delegant den Delegaten dazu, sich dem Delegatar gegenüber zu etwas zu verpflichten. Im zweiten Fall ermächtigte der Delegant den Delegaten dazu, etwas, was er ihm schon schuldig war, an den Delegatar zu leisten. Zugleich ermächtigte er den Delegatar zur Inempfangnahme der Leistung des Delegaten".

¹³⁸ GUARINO, *Diritto Privato Romano*⁹ (Napoli 1992) p.821: "La delegazione («*delegation*») è un negozio unilaterale, espresso o tacito, di designazione da parte di un soggetto del rapporto obbligatorio di un altro soggetto in qualità di proprio «sostituto» («*delegatus*») ... L'«ordine delegatorio» (il cd. «*iussum*»: *credendi, debendi, accipiendi, solvendi*) non era, dunque, rivolto alla controparte del rapporto obbligatorio, cioè al «delegatario» ... ma era rivolto dal delegante ... al delegato ...".

¹³⁹ BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia 1953) p.420, define *delegatio* como "An order given by one person (*is qui delegat*) to another (*is qui delegatur*) to pay a debt to, or to assume an obligation towards, a third person (*is cui delegatur*)".

¹⁴⁰ VALIÑO, *Las "actiones adiecticiae qualitatis" y sus relaciones básicas en Derecho Romano*, en *AHDE*.37(1967) 422 s.

¹⁴¹ BONIFACIO, art. cit., en *NNDI*. V p.326: "La delegazione in senso stretto è atto unilaterale, non formale, che autorizza, ma non obbliga, il delegato alla *solutio* o alla *promissio* ... *delegare* è equivalente di *iubere*. Il *iussus*, qui come nelle altre innumerevoli sue applicazioni (v. "*Iussus*"), ha struttura unilaterale e non ha niente a che vedere col contratto di mandato".

¹⁴² CASTRESANA, *La estipulación, en Derecho romano de Obligaciones (Homenaje al Prof. Murga Gener)* (Madrid 1994) p.460: "el acreedor -delegante- ordenaba a su deudor que

(Schwarz¹⁴³, v. Lübtow¹⁴⁴, Bonifacio¹⁴⁵, Cruz¹⁴⁶, Bremer¹⁴⁷, Sacconi¹⁴⁸, Dobbertin¹⁴⁹). En fin, la opinión dominante y algunas de las razones que la avalan ha sido recientemente reiterada por Kupisch¹⁵⁰. Tan sólo parece haber desacuerdo acerca del destinatario del *iussum* (el delegado únicamente o tanto éste como el delegatario).

§34 A la vista de este panorama doctrinal, no resulta exagerado calificar como "teoría tradicional" a la del *iussum*¹⁵¹. Sin embargo, no puede decirse que la teoría del mandato esté ya superada¹⁵², porque no faltan voces autorizadas que se apartan de la opinión general:

prometiera por estipulación de un tercero -delegatario- la misma prestación a que estaba obligado".

¹⁴³ SCHWARZ, *Condictio* p.235, se refiere a la *stipulatio* delegado-delegatario como una "ermächtigungsgemäß vollzogene Stipulation". Vid. también p.246 s.

¹⁴⁴ v. LÜBTOW, *Condictio* pp.30 ss., 39: "Anweisung" = *iussus*. Vid. también v. LÜBTOW, *Darlehensbegriff* p.29ss., y p.174 ("Sachregister"): "*iussum, iussus* s. Delegation".

¹⁴⁵ BONIFACIO, *Novazione*² p.160: "La novazione con cambiamento di creditore, invece non può avvenire che su *iussus* del precedente soggetto attivo del rapporto che si estingue. ... All'autorizzazione anteriore all'atto è parificata la *ratihabitio*".

¹⁴⁶ CRUZ, *Solutio* I p.339: "Mas a *datio* da *solutio* também podia ser feita a um terceiro, desde que houvesse um simples *iussum* do credor. É o caso da *delegatio*"; *ibid.* n.607: "O *iussum* é uma declaração unilateral pela qual as consequências do acto autorizado recaem directamente sobre o *iubens*. O *iussum* nao é um *mandatum* ...".

¹⁴⁷ BREMER, *Leistung an einen Nichtberechtigten im klassischen römischen Recht* (Diss.) (Limburg-Lahn 1970) p.72.

¹⁴⁸ SACCONI, *Delegazione* p.1 ss. y nn.6 y 7.

¹⁴⁹ DOBBERTIN, *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht* (Zürich 1987) p.82 s.: "Novation kommt zudem nur in Frage im Falle einer *delegatio promittendi*, nicht aber, wenn das *iussum* des Deleganten auf unmittelbare Leistung an den Delegatar lautet (*delegatio solvendi*)".

¹⁵⁰ KUPISCH, *art. cit.* en *Festschrift Lukes* p.749 s.

¹⁵¹ VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano* (Roma 1961) p.590 n.1: "La teoria tradizionale considera la *delegatio* fondata su due elementi: il *iussum* del delegante e l'esecuzione del *iussum*".

¹⁵² VOLTERRA, *Istituzioni* p.590 n.1: "Altri invece la costruiscono come sorgente da un rapporto di mandato, in forza del quale il primo incaricava il secondo di eseguire nei confronti di un terzo (delegatario) una determinata prestazione, incarico che non comportava una cessione di azione". FUENTESECA, *Derecho Privado Romano* (Madrid 1978) p.192: "La naturaleza jurídica de la *delegatio* es todavía discutida en cuanto a su fundamento, en el sentido de explicar la mecánica de la misma en virtud de un mandato o simple *iussum* del delegante". MARRONE, *Istituzioni* p.731 n.323: "Inutile dire che la *delegatio solvendi* (como quella *promittendi*) aveva ogni volta una propria causa (*causa donationis, causa dotis, causa credendi, etc.*), e che la delegazione avrebbe potuto venire configurata come mandato".

Arangio-Ruiz¹⁵³, en defensa de la frase final de Paul.2 *manual.*-D.46,3,108, *quia mandatum morte dissolvitur*, escribe¹⁵⁴: "Di Marzo ha almeno adombrato, quanto al rapporto fra lo «*iussus*» di cui il testo parla e il successivo richiamo al mandato, il giusto rilievo che i due concetti non sono contrarii ma distinti, nel senso che un'autorizzazione («*iussus*») può non essere un mandato (come quando lo s'impartisca ad un servo perchè contratti con un terzo o faccia la *cretio* di un'credita), ma può anche esserlo, come lo è nel caso nostro"¹⁵⁵.

Precisamente un discípulo de Arangio-Ruiz, Rabie, en una larga nota¹⁵⁶ sobre la relación entre *mandato*, *iussum* y *delegatio*, secunda la tesis de Hubrecht, según la cual el mandato existe cuando el delegado no es deudor del delegante, pero no, en cambio, si lo es¹⁵⁷.

En su recensión a Endemann, d'Ors expresa sus reservas frente a la tajante separación de *iussum* y *mandatum*, y la relegación de éste al nivel de las relaciones subyacentes¹⁵⁸. Tal doctrina crea, en su opinión, ciertas dificultades en aquellos casos en los que a un delegado pueda convenir una *actio mandati contraria*.

Cuando escribe su manual de Instituciones, Betti defiende ya la opinión de que la delegación de dar no era para los clásicos verdadera delegación, sino simple mandato¹⁵⁹. Cabría esperar que esta contraposición entre verdadera delegación (de prometer) y simple mandato (de dar) propiciara una distinción entre *iussum* y *mandatum* aún más rigurosa que en sus primeras obras. Sin embargo, algunas afirmaciones de Betti parecen romper la frontera entre ambos: a) El *mandatum solvendi* de la "pseudo-delegación de dar" asume un significado "pregnante di *iussum*", porque sirve para actuar dos relaciones causales, y está destinado a ser puesto en conocimiento del tercero, en cuanto le autoriza a cobrarse el crédito en propia ventaja¹⁶⁰; b) en la *delegatio promittendi* pasiva, si el acreedor delegatario asume el riesgo del nuevo deudor delegado, esa

¹⁵³ ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in Diritto Romano* (Napoli 1949) p.151.

¹⁵⁴ Arangio-Ruiz refiere la idea a DI MARZO, *Sul mandato "post mortem"*, en *Scritti Ferrini Milano I* p.233 ss., pero éste no la formula expresamente.

¹⁵⁵ Contra, WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law* (Oxford 1961) p.151: "One cannot agree with Arangio-Ruiz that *delegatio* and *mandatum* are not mutually exclusive. *Delegatio* is unilateral and *mandatum* is (imperfectly) bilateral. A bilateral *delegatio* or a unilateral *mandatum* would be equally unthinkable".

¹⁵⁶ RABIE, *D.46,3,108*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz IV* (Napoli 1953) p.263 ss. p.276 n.63 (p.278 ss.). Cfr. *ibid* p.271 n.45, p.287 y n.86.

¹⁵⁷ RABIE, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz IV* p.286 n.82.

¹⁵⁸ D'ORS, art. cit., en *AHDE.29*(1959) 689 s.

¹⁵⁹ BETTI, *Istituzioni II* I pp.106 n.19, 438 s., 458, 489. Del mismo modo: *De la interpretación del derecho*, en *SDHI.32*(1966) 169 s.

¹⁶⁰ BETTI, *Istituzioni II* I p.461.

aceptación sin reservas supone un *iussum* del propio delegatario; la asunción de ese riesgo por el delegante, en cambio, se plasma en un mandato de garantía con el delegatario: este mandato es instaurado -según Betti- por el propio *iussum delegantis* (*iussum* que no existe, a su parecer, cuando el acreedor asume el riesgo)¹⁶¹.

El último defensor de la teoría del mandato simple ha sido Sturm¹⁶²: "tout débiteur acceptant de payer à un tiers passe avec son créancier un contrat de mandat. Le déléguant qui peut lui intenter *l'actio mandati directa* dispose donc d'un moyen de droit pour obliger le délégué de s'acquitter à l'égard du délégataire. En revanche, le délégué ne saurait recourir à *l'actio mandati contraria*. Cette action n'est pas ouverte à celui qui, en vertu d'un autre rapport de droit, est de toute façon obligé à faire la prestation qu'il pourrait recouvrer par elle. Mais la vigoureuse affirmation de Cujas, *delegatio est mandatum*, n'en reste pas moins vraie."

Más recientemente, Thielmann¹⁶³ se plantea la posibilidad de que un *filius familias* mutuario que prometió a un tercero por delegación de su acreedor mutuante, utilice contra éste la *condictio* o la *a. mandati*. Esta mención de la *a. mandati* para un supuesto con deuda en la relación de cobertura es sólo explicable en quien sitúe el contrato de mandato por encima del simple nivel causal.

§35 Que la cuestión está todavía viva es también la opinión de Cosentino, autor del último estudio dedicado directamente al tema. Aunque, a su parecer, la obra de v. Salpius puede considerarse definitiva en este punto, la existencia de textos que ofrecen dificultades a la misma aconseja una revisión del problema. El objetivo de Cosentino es, habida cuenta de que "il contratto di mandato si presenta come concettualmente incompatibile con l'atto unilaterale di autorizzazione"¹⁶⁴, explicar estos textos, en los que se encuentran referencias a un mandato entre delegante y delegado y, aún en número mayor, entre delegante y delegatario. Por desgracia, la concepción de la *delegatio* que hereda de su maestro Betti le lleva a limitarse a los supuestos de *delegatio ad promittendum*. La conclusión a la que llega Cosentino tras el estudio de estos textos es plenamente confirmatoria de la opinión de v. Salpius¹⁶⁵. A su juicio, en muchos de ellos no existe propiamente *delegatio*, y, en los demás, el contrato de mandato no se encuentra en el nivel de la delegación como tal, sino en el de las relaciones

¹⁶¹ BETTI, *Istituzioni* II i p.491.

¹⁶² STURM, p.285 ss.

¹⁶³ THIELMANN, art. cit., en SZ.100(1983) 232.

¹⁶⁴ COSENTINO, p.302, con referencia a la contraposición del escoliasta de Basilicos en n.15.

¹⁶⁵ COSENTINO, p.335 s.

causales, o como negocio añadido a la delegación -así, el mandato de garantía en la delegación pasiva-, en lo que él denomina "livello iperdelegatorio"¹⁶⁶.

¹⁶⁶ COSENTINO, p.307 s., quiere reconducir esta distinción entre relaciones causales e "hiperdelegatorias" a la más habitual entre causa y simple motivo. Sobre este "livello iperdelegatorio", vid. *supra* §10 n.159.

SEGUNDA PARTE

LA TEORIA DEL MANDATO SIMPLE



CAPITULO 3 LOS ARGUMENTOS

I. LAS FORMULACIONES DE LA TEORIA DEL MANDATO SIMPLE

§36 La teoría del mandato simple postula, como esencial a la delegación, la existencia de un contrato de mandato entre delegante y delegado. Conforme a esta teoría, la delegación consiste, en sentido estricto¹, en un contrato de mandato. Puesto que se trata de un único contrato de mandato con el delegado, y no también con el delegatario, la exposición y crítica de esta teoría consistirá en un análisis de la relación entre delegante y delegado². La relación entre delegante y delegatario se abordará al examinar la teoría del mandato doble.

Que la delegación consiste en un mandato delegante-delegado significa:

a) Que el delegado actúa siempre como mandatario³, aunque su intención sea pagar al delegante⁴, donarle, prestarle o constituir una dote en su favor.

De esta afirmación básica se deducen otras dos:

b) El delegado está obligado, como todo mandatario, a ejecutar el encargo del delegante. Si no lo hace, responderá frente a la infamante *a. mandati "directa"* de éste⁵.

c) El delegado dispone de la *a. mandati "contraria"* contra el delegante para recuperar el desembolso realizado⁶. Aunque la acción, obviamente, no

¹ Es decir, prescindiendo de la ejecución y considerando únicamente el momento impulsivo: *supra* §5.

² En la discusión de los argumentos propuestos, consideraremos también, por lo que hace a la relación delegante-delegado, los de los defensores del mandato doble.

³ GESTERDING, art. cit., en ACP.2(1821) 228: "Die Delegation involvirt ... einen Vertrag zwischen dem Deleganten und dem *debitor delegatus*, welcher sich gegen den erstern verbindlich macht, an seine Stelle treten zu wollen ...". Este contrato -prosigue- "erfordert ... keine besondere Form, sondern es ist an der bloßen Einwilligung genug, denn er paßt unter die Form des Mandats".

⁴ Cfr. v. PLUCINSKI, art. cit., en ACP.60(1877) 299.

⁵ STURM, p.287 y n.76. Cfr. GESTERDING, art. cit., en ACP.2(1821) 231: "Es leidet wohl keinen Zweifel, daß der Delegirende aus dem Mandat auch gegen den Mitcontrahenten fordern und klagen könne, daß er sich gegen den Gläubiger, an Stelle seiner, verbindlich und ihn auf solche Art von der Verbindlichkeit frei mache". v. PLUCINSKI, art. cit., en ACP.60(1877) 300: "Erfüllt der Assignatar den übernommenen Auftrag nicht, oder wenigstens nicht gehörig, so ist für den Assignanten die *actio mandati directa* als Möglichkeit sogleich gegeben".

procede cuando el desembolso estaba ya justificado por su condición de deudor, de donante, etc.⁷, si se concederá cuando tal justificación no exista⁸.

Las fuentes, sin embargo, parecen desmentir estos corolarios, (b) y (c), de la teoría del mandato, por lo que, ya simplemente a la vista de los mismos, ésta queda en entredicho:

Respecto de (b), la supuesta *a. mandati "directa"* contra el delegado incumplidor no se menciona en ningún texto⁹. En realidad, en las fuentes no aparece siquiera planteado el problema del posible incumplimiento del delegado¹⁰.

⁶ STURM, p.287; v. PLUCINSKI, art. cit., en *ACP.60(1877)* 300: "Wenn nun aber der Assignat dem Auftrage des Assignanten gemäß handelt, so hat er auch andererseits Anspruch auf Ersatz des in Folge des Auftrages gemachten Aufwandes".

⁷ Cfr. v. PLUCINSKI, art. cit., en *ACP.60(1877)* 301; STURM, p.287.

⁸ GESTERDING, art. cit., en *ACP.2(1821)* 231: "Einem delegirten Nichtschuldner gebührt die Entschädigung, die ihm versprochen ist; ja auch ohne besonderes Versprechen kann er sie, nach meinem Ermessen, vermöge des von ihm ausgerichteten Mandats, wodurch er den Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei gemacht hat, fordern, als so etwas, was er bei Ausrichtung des Mandats aufgewandt hat ...".

⁹ Según RUTSAERT, p.51, una alusión implícita a la *a. mandati "directa"* del delegante se contiene en *Ulp.31 ad ed.-D.17,1,12,5*. Sin embargo, como veremos (*infra* §123 n°22), el texto se limita a conceder, al *paterfamilias* que cumplió el mandato asumido por su hijo de pagar una deuda de *ego*, una *a. mandati* -obviamente "contraria"- contra el mandante *ego*. Una *a. mandati* se concede al delegante en *Iul.90 dig.-D.46,1,18* (vid. *infra* §99), pero, como reconoce el propio RUTSAERT, p.52, la acción le corresponde (en función "contraria") como fiador, contra el deudor principal, no como delegante contra el delegado.

¹⁰ Es cierto que, como señala v. PLUCINSKI, art. cit., en *ACP.60(1877)* 331, quien ha recibido un encargo puede cumplirlo directamente, sin antes comprometerse expresamente a ello, en tal caso, no cabe ya una *a. mandati "directa"* por incumplimiento, ya que el contrato surge precisamente cuando el encargo se cumple. Cabe, incluso, imaginar encargos en los que la obligación de cumplimiento se excluye ya *ab initio*, y que sólo una vez cumplidos generan una obligación: la del mandante de reembolsar al mandatario. BIGIAMI, art. cit., en *RDCom.36(1938)* 110 s., propone como ejemplo el caso de quien, sabiendo que Ticio parte en viaje a Roma, le dice: "dato che nei prossimi giorni ti troverai a Roma, se avrai tempo recati dal gioielliere X e acquisti per il prezzo di lire Y il noto brillante". Y Ticio responde: "Durante il mio soggiorno romano sarò molto occupato e perciò non assumo l'impegno di esaudire il tuo desiderio. Tuttavia farò il possibile per accontentarti". Como señala Bigiavi, no se trata de una simple autorización, sino de una oferta de mandato: si Ticio ejecuta el encargo, el contrato se perfecciona y le corresponde la *a. mandati contraria* para el reembolso. Sin embargo, estas consideraciones no bastan para explicar la ausencia absoluta de menciones de la *a. "directa"* en las fuentes: a) no se ve por qué razón el mandato entre delegante y delegado habría de pertenecer siempre a este tipo de los que carecen de aceptación expresa o excluyen la obligación de cumplimiento, b) aun en esta clase de mandatos, la *a. "directa"* no desaparece del todo, porque el cumplimiento puede ser defectuoso o incompleto: como si el delegado entrega 90 al delegatario, cuando el delegante lo había girado por 100.

Por lo que se refiere a (c), el caso de quien se dejó delegar como deudor sin serlo parece el supuesto paradigmático en que al delegado debería corresponderle, como mandatario, la *a. mandati "contraria"*: en tal supuesto no existe la deuda que justificaba el desembolso del delegado, por lo que éste experimenta un perjuicio cuya reparación debería, como mandatario, poder exigir al delegante. Sin embargo, sabemos ya (*supra* §13 textos n°29-30; §18 n°48-56) que la acción que los clásicos conceden al delegado en este caso es la *condictio*¹¹.

Los defensores de la teoría del mandato no proporcionan una explicación satisfactoria para la ausencia de *a. mandati "contraria"* en este supuesto¹². A nuestro juicio, ella evidencia que los clásicos no consideran el desembolso del delegado como un perjuicio patrimonial derivado del cumplimiento de las instrucciones del delegante, sino, como ya hemos visto (*supra* §13, §18), como una atribución patrimonial (*solutio, donatio, creditum, dos*) realizada directamente en favor del delegante mismo. Un mandatario es, de ordinario, alguien que actúa por cuenta de otra persona, gestionando un negocio ajeno. Un delegado actúa, por el contrario, por cuenta propia, con la intención de pagar, prestar, donar, etc., al delegante. Así se explica, en nuestra opinión, que los clásicos no se planteen siquiera la posibilidad de conceder una *a. mandati directa* contra el delegado incumplidor: para ellos, la consideración del

¹¹ Sin embargo, en Paul.31 *ad ed.*-D.46,2,12, esta *condictio* parece concederse en concurrencia con una *a. mandati "contraria"*: por ello, este texto es la prueba central para los defensores del mandato. Sobre el mismo, detalladamente, *infra* §106.

¹² WINDSCHEID, *Pandekten II* §412, p.808, se limita a observar que el contrato de mandato "pasa a un segundo plano" cuando se trata de que el mandatario realice una prestación patrimonial al mandante, porque en tal caso desaparece la obligación del mandante de reembolsar al mandatario el gasto realizado. Esta idea de que el mandato se encuentra en la delegación "en segundo plano", es habitual entre los Pandectistas. Así, THOL, *Handelsrecht* I⁶ §322, habla de una "modificación" de los principios del mandato, cuando con la relación de mandato concurre otra distinta (*causa solvendi, credendi, donandi*). También BRUGI, p.710, se hace eco de la opinión según la cual, aunque la delegación se basa en un mandato, no se aplican por lo general las normas de éste, porque el mandato no aparece como acto independiente, sino como parte de una relación más amplia. La insuficiencia de estas explicaciones fue ya señalada por BIGIAMI, art.cit., en *RDCom.*36(1938) 117. — STURM, p.287, propone la siguiente explicación: "Quand le délégué croit, par erreur, être obligé et accepte sous l'empire de cette erreur le mandat, cette erreur n'a pas pour conséquence de faire renaître l'actio mandati contraria". Pero no es el error del delegado, sino la falta objetiva de deuda la que debería hacer posible de nuevo la *a. mandati*, ya que, según el propio STURM, p.286 ("Lorsque le délégué est le débiteur du délégant, l'actio mandati contraria est exclue"), la única razón por la que esta acción quedaba excluida era la existencia de la deuda. Una explicación semejante a ésta de Sturm, ya en v. PLUCINSKI, art. cit., en *ACP* 60(1877) 302, 332. — D'ORS, art. cit., en *AHDE.*29(1959) 690, duda de la claridad de la *condictio* que aparece en los textos, en lugar de la *a. mandati contraria* por él defendida. Sobre esto, *vid. infra* §39 n.46.

delegado como mandatario no era una posibilidad a tener en cuenta¹³.

Llegados a este punto, podría parecer inútil seguir ocupándose de la teoría del mandato simple. La cuestión, sin embargo, no está zanjada, porque las fuentes ofrecen algunos indicios que permiten, al menos a primera vista, poner en duda nuestra opinión al respecto. Los principales, aducidos reiteradamente en defensa de la teoría del mandato son:

a) En las fuentes se emplea con alguna frecuencia *mandare*, o incluso *mandatum*, para designar la iniciativa del delegante. Si ésta no puede generar un contrato de mandato, ¿cómo es que los clásicos utilizan tales términos para referirse a ella?

b) En algunos textos, la *a. mandati* parece surgir de un *iussum*.

c) Existe también algún texto en el que se concede una *a. mandati* para un caso descrito con el verbo *delegare* o consuetivo -aparentemente al menos- de delegación.

Una refutación de la teoría del mandato simple exige la remoción de estos puntos de apoyo fundamentales. El examen de los mismos constituye el objetivo principal de nuestro trabajo (Capítulo 4). A continuación, nos ocuparemos de los restantes argumentos aducidos por los defensores del mandato simple.

§37 Antes de v. Salpius, la existencia de un contrato de mandato entre delegante y delegado se daba por supuesta, no constituía un problema sino una afirmación incontrovertida que, en consecuencia, no era preciso apoyar con argumentos. Los aducidos en favor de la teoría del mandato lo fueron en su mayoría ya como réplica a la teoría del *iussum* de v. Salpius y sus seguidores. Por ello, se hace necesario incluir un resumen de la argumentación de v. Salpius, antes de exponer la aducida en favor del mandato delegado-delegante.

¹³ Según GESTERDING, art. cit., en *ACP*.2(1821) 231, si el delegado se dejó girar como deudor, su liberación sobreviene en virtud de una especie de compensación entre su deuda y el crédito que como mandatario surge a su favor: "... vielmehr, dafür, daß er sich dem Gläubiger des Delegirenden verbindlich macht, soll die Verbindlichkeit, die ihm gegen den Letztern bisher oblag, durch eine Art von conventioneller Compensation verschwinden". Esto proporcionaría un argumento más contra la teoría del mandato, porque sabemos (*supra* §13 n°20-22) que la liberación del deudor delegado se produce *ipso iure*, y no en virtud de compensación; por lo demás, una compensación semejante, *ex dispari causa*, resulta inconcebible en Derecho clásico. Hay que admitir, sin embargo, que, dejando a un lado la infeliz formulación de Gesterding, la teoría del mandato en sí es -contra BIGIAMI, art. cit., en *RDCom*.36(1938) 115- compatible con la liberación *ipso iure* del deudor delegado: un contrato de mandato cuyo contenido sea pagar lo debido a un tercero, parece claro que habilita al deudor para realizar ese pago con plenos efectos liberatorios.

Su punto de partida es el modo de expresión de los juristas, que, para la relación delegante-delegado, utilizan técnicamente la expresión *iubere* (*solvere, promittere, etc.*); en cambio, *mandare* aparece sólo excepcionalmente en la delegación de pago, y nunca en la de promesa¹⁴.

Iubere y *iussum*¹⁵ se emplean en las fuentes para designar disposiciones unilaterales: *lex, populus, senatus, princeps, praetor, iudex iubet*. Con el mismo sentido aparece *iubere* en las disposiciones de última voluntad: instituciones de heredero, legados y, especialmente, manumisiones testamentarias. Estos usos de *iubere/iussum* explican que habitualmente se entienda por *iussum* una "Disposition in befehlender Form", y que *iubere* se traduzca de ordinario por "befehlen"¹⁶.

Pero, técnicamente, *iussum* se emplea en otro sentido: es la declaración de voluntad de un *dominus* o *parens*, con la cual él mismo se obliga con su patrimonio por la actuación de personas sometidas a su potestad. Así, cuando el sometido hace adición de una herencia que le ha sido deferida, y cuando concluye un negocio con un tercero. En este último caso, el *iubens* responde en virtud de una acción pretoria específica, que ya en el Edicto lleva el nombre de *actio quod iussum*¹⁷. El significado de *iussum* es aquí el mismo que en la delegación¹⁸.

Este *iussum* tiene en común con el mandato su finalidad práctica. Ambos parten de una orden para la realización de un negocio, en virtud de la cual tal negocio se realiza por cuenta del que da la orden, de modo que sea su patrimonio el afectado por las consecuencias del negocio, como si él mismo lo hubiera concluido. El negocio es concluido por el intermediario, pero su resultado final debe permanecer ajeno a él: beneficio o perjuicio, adquisición y pérdida deben volver a quien dispuso el negocio¹⁹.

Con el contrato de mandato, este resultado se consigue sólo indirectamente: el mandatario no puede adquirir inmediatamente para el mandante, ni obligarlo; los derechos y obligaciones resultantes del negocio surgen en el mandatario. Pero el mandato crea una relación obligatoria con el

¹⁴ V. SALPIUS, p.49.

¹⁵ Sustituimos aquí la forma "*iussus*", que v. Salpius emplea, por la correcta, "*iussum*": vid. *infra* §42 y nn.77-78.

¹⁶ V. SALPIUS, p.50.

¹⁷ V. SALPIUS, p.50. Este uso de *iubere/iussum* -explica v. Salpius- ha producido la falsa impresión de que la única diferencia entre *iussum* y *mandatum* reside en que el destinatario del mismo es un sometido a la potestad del *iubens*. Pero esto es falso precisamente en relación a la *a. quod iussum*, porque aquí el *iussum* se dirige ordinariamente no al esclavo o al *filius*, sino al tercero con quien se va a contratar. Esta afirmación de v. Salpius es exacta: vid. *infra* §44.

¹⁸ V. SALPIUS, p.51.

¹⁹ V. SALPIUS, p.51.

mandante, en cuya virtud el mandatario queda obligado (*a. mandati* "directa") a transmitir los beneficios al mandante, y éste a compensar a aquél por los perjuicios (*a. mandati* "contraria"). El mandato era, por tanto, un contrato obligatorio bilateral, que tenía como objetivo traspasar, de modo mediato, adquisición y perjuicio al patrimonio del mandante. El *iussum*, en cambio, es una orden por medio de la cual las obligaciones surgidas del negocio dispuesto vinculan directamente al *tubens*, sin la mediación de un contrato obligatorio entre él y el intermediario. El *iussum* no produce, así pues, entre quien lo da y quien lo recibe ninguna relación obligacional. No es un contrato obligatorio, ni siquiera un contrato, sino una declaración unilateral de voluntad. Los casos de *iussum* se caracterizan por la falta de *a. mandati*, porque en ellos la eficacia obligatoria del negocio concluido es inmediata para el *tubens*²⁰.

Esta exposición de la radical diferencia existente entre *iussum* y *mandatum* es el argumento fundamental de v. Salpius contra la teoría del mandato. v. Salpius se esfuerza por demostrar que el carácter unilateral, no contractual, del *iussum* no es una circunstancia accidental del *iussum* del *paterfamilias*, debida a la imposibilidad de un contrato con el sometido, sino una característica esencial predicable también del *iussum* del delegante: la eficacia directa del *iussum* excluye ya de suyo el recurso a las acciones del mandato para el traspaso de los efectos del negocio realizado. *Iussum* y *mandatum* son, según v. Salpius, conceptos no sólo diferentes, sino excluyentes.

§38 Contra la opinión de v. Salpius, la teoría del mandato puede optar entre dos posturas: a) mantener que la delegación no consiste en un *iussum*, sino en un *mandatum*; b) admitir que la iniciativa del delegante es un *iussum*, rechazando sin embargo la contraposición excluyente entre *iussum* y *mandatum*.

En la primera línea se sitúa únicamente Rutsaert. A su juicio, la base de la delegación no es un *iussum*, sino un acuerdo de voluntades que la palabra *iussum* no traduce sino imperfectamente²¹. Su argumento principal es: (a) un acto unilateral como el *iussum* no puede constituir una base suficiente para la delegación, que exige el acuerdo de los implicados en el negocio²². A esto añade además: (b) en el conjunto de textos que se refieren a la delegación, los que emplean el verbo *tubere* no son tan numerosos²³; (c) los defensores de la teoría del *iussum* identifican el del delegante con el del *paterfamilias*: pero este *iussum* no se concibe sino dirigido a personas en potestad, por lo que no se ve qué papel

²⁰ v. SALPIUS, p.51 s.

²¹ RUTSAERT, p.48 s.

²² RUTSAERT, p.43.

²³ RUTSAERT, p.42 y n.3.

puede jugar en materia de delegación²⁴; además, de acuerdo con tal concepción, debería concederse, también en la delegación, la *a. quod iussu*²⁵. Rutsaert aporta finalmente, como pruebas textuales: (d) Los numerosos ejemplos de delegación que figuran "au titre du mandat"²⁶, (e) los textos que aplican *mandare* al acto del delegante y, sobre todo (f), los que, refiriéndose -a su parecer, manifiestamente- a la delegación, mencionan una *a. mandati*²⁷.

De todos estos argumentos, (e) y (f) merecen, como ya hemos dicho (*supra* §36 i.f.), un examen detallado. No así los restantes; en relación al fundamental (a), sólo podemos decir que ya en el primer capítulo de nuestro trabajo (§7 ss.), hemos mostrado cómo opera el *iussum*, sobre la base de un doble convenio causal, delegado-delegante y delegante-delegatario. Tampoco parece que Rutsaert (c) haya comprendido en qué sentido equipara v. Salpius el *iussum* del delegante y el del *paterfamilias*: se trata simplemente de resaltar que ambos suponen la asunción directa por el *tubens* de determinados efectos del negocio realizado. Para su argumento (b), Rutsaert se basa en que, de 103 textos en los que, a su parecer, se trata de la delegación, "sólo" en 34 aparece *tubere*, mientras que la mayoría (49) emplean *delegare*. Prescindiendo ya de que estas cifras son incorrectas²⁸, no vemos cómo podrían apoyar la teoría de que la delegación se basa en un mandato, teniendo en cuenta, además, que Rutsaert sólo encuentra seis textos con *mandare*²⁹. En fin (c), nada prueba en favor de la teoría del mandato que tres textos (de entre los 103 manejados por Rutsaert) que describen supuestos de delegación aparezcan en sede *mandati vel contra*³⁰.

²⁴ RUTSAERT, p.47.

²⁵ RUTSAERT, p.43 y n.2.

²⁶ RUTSAERT, p.50 y n.1.

²⁷ Vid. *infra* §40 nn.58-60 y 62.

²⁸ En efecto, la lista que maneja Rutsaert es muy incompleta: en realidad, la delegación aparece descrita más veces (64) con *tubere-iussum* que con *delegare-delegatio* (58): vid. textos *supra* en §4 nn.75-79.

²⁹ Más otros cuatro en los que *mandare* aparece junto con *delegare* o *tubere*: RUTSAERT, p.42 n.3.

³⁰ RUTSAERT, p.50 n.1, comienza mencionando otros tres textos de delegación ubicados por Justiniano en sede de mandato, en las Instituciones y en el Digesto, lo que, evidentemente, no es argumento para el Derecho clásico. Nada prueba tampoco el que D.12,1,15, que comienza tratando del mutuo por delegación,arezca en Ulp.31 *ad ed. (mandati vel contra)*, porque lo que ocupa a Ulpiano es la admisibilidad de un convenio de *abire in creditum* entre un mandatario y su mandante. Tampoco parece muy útil para la teoría del mandato el que la posibilidad de añadir, en favor del delegatario, un mandato de garantía a la delegación, se exponga, como es natural, en sede de mandato: Paul.32 *ad ed.-D.17,1,22,2*. Lo mismo puede decirse de la invocación de Paul.32 *ad ed.-D.17,1,26,3*, donde se concede, como acción de regreso, la *a. mandati* al fiador que delegó a su deudor. En todos estos casos, como se ve, el

§39 Los restantes exponentes de la teoría del mandato no cuestionan el papel del *iussum* en la delegación, puesto de relieve por v. Salpius, sino la contraposición excluyente entre *iussum* y *mandatum*. Según v. Salpius, la naturaleza del *iussum* es tal, que excluye de suyo el recurso a las acciones del mandato. Para los defensores del mandato, por el contrario, el *iussum* unilateral del delegante genera un contrato de mandato en cuanto es aceptado por el delegado³¹; o, si no hay aceptación expresa, cuando es cumplido, pues cumplir equivale a aceptar³². La cristalización del *iussum* del delegante en un mandato resulta, a su parecer, inevitable, considerando el carácter informal de este contrato y el hecho de que el *iussum* se expresará de ordinario en forma de orden o indicación: "paga a Ticio"³³. Cabe aquí recordar³⁴ Paul.32 ad ed.-D.17,1,1,2:

Item sive "rogo" sive "volo" sive "mando" sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est.

Este mandato tendrá, en cuanto surgido de un *iussum*, la misma eficacia directa que éste: de modo que el pago o promesa realizado en favor de un tercero seguirá valiendo como hecho al delegante mismo³⁵.

mandato que justifica la sede del texto no es el que Rutsaert trata de probar, entre delegante y delegado, sino que aparece como algo añadido, o completamente ajeno, a la delegación.

³¹ BRUGI, p.710: "Può avvenire nondimeno che dallo *iussus* scaturisca un mandato vero e proprio, e qui trovi il suo fondamento un'actio mandati".

³² WITTE, p.351, explica que, para que surja un contrato de mandato, no es necesario que el mandante tenga la intención de obligar al mandatario: es suficiente con una "bloße Ermächtigung". Y como el mandato es un contrato libre de forma, tampoco es necesario el consentimiento expreso del delegado antes del cumplimiento del encargo: el mandato puede surgir mediante el consentimiento contenido en la ejecución misma. Cfr. también BIGIARI, art. cit., en *RDCom* 36(1938) 106 ss., y *supra* §36 n.10.

³³ WINDSCHEID, *Pandekten* II 2 §412 n.8 (p.153), observa "daß der das *mandatum* begleitende *iussus* auch durch das *mandatum* selbst ausgedrückt werden kann, und gerade von diesem Falle ist hier die Rede (zahle, statt an mich, an *Titius*, ...). WINDSCHEID, h. l., se refiere al carácter coactivo como parte del sentido natural de *iussus*, de modo que cuando no se dirige a un sometido a potestad, puede contener de nuevo un *mandatum*. Cfr. también ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.151: "un'autorizzazione (*iussus*) può non essere un mandato (come quando lo s'impartisca ad un servo perchè contratti con un terzo o faccia la *cretio* di un'eredità), ma può anche esserlo, come lo è nel caso nostro".

³⁴ SENTENIS, *Civilrecht* II² §105 n.30 (p.459).

³⁵ BRINZ, *Pandekten* II² §282 n.31 (p.377): "Darin daß also die *iussu* an einen Dritten erfolgte *numeratio*, *promissio* als an den Jubentica selbst geleistet erscheint, liegt die von Salpius dem *iussus* beigelegte Unmittelbarkeit der Wirkung. Genau dieselbe Wirkung hat aber auch das anstatt des *iussus* intercedierende *mandatum*".

A esta argumentación, los defensores del mandato añaden, además de la pruebas textuales (*infra* §40) algunas consideraciones "dogmáticas":

a) En el concepto que v. Salpius ofrece del contrato de mandato³⁶, las acciones son un elemento esencial: el sentido del mandato es hacer posible, mediante la *a. "directa"* y "*contraria*", el traspaso mediato al mandante de los efectos de la gestión realizada. Witte, en cambio, define el mandato como "la causa contractual de alguien para una actuación que interesa de algún modo a quien la encargó"³⁷, y se esfuerza por demostrar que las acciones del mandato no son esenciales, que el contrato puede existir aunque de él no pueda surgir ni la *a. directa* ni la *contraria*³⁸: si se considera -escribe Witte- que el mandato puede ser rescindido por ambas partes, no cabe sorprenderse de que la obligación de cumplir el encargo no sea en absoluto presupuesto esencial del contrato de mandato; una vez cumplido, tampoco surge necesariamente una *a. directa*, como demuestran los ejemplos del *mandatum qualificatum* o el del fiador. Tampoco la *a. mandati contraria* es esencial, pues depende de que la gestión haya ocasionado perjuicios al mandatario. Según Witte, en conclusión, la procedencia de una *a. mandati* no es de ningún modo necesaria para que exista contrato³⁹. Por eso, aunque la *a. directa* no sea posible en la delegación sino cuando el delegado se ha obligado expresamente antes de ejecutar, y aunque la *a. contraria* no quepa cuando la intención del delegado es pagar o donar al delegante, no obstante, el delegado es siempre un mandatario.

Este argumento, el principal de Witte contra v. Salpius, es aprobado por Brinz⁴⁰ y v. Plucinski⁴¹. Sin duda, se trataba de una opinión atendible desde el punto de vista del Derecho de Pandectas, pero resulta inadmisibles, en cambio, como explicación del Derecho clásico. Para los clásicos, que discuten los problemas jurídicos a partir del caso concreto -y no, como Witte, en abstracto-, no tenía sentido afirmar la existencia de un contrato de mandato si no era para conceder la *a. mandati*. Ellos no se preguntan si existe contrato, sino si procede la acción. Donde la *a. mandati* es inviable no hay tampoco, para los clásicos, mandato. Naturalmente, esto no significa que el contrato exista tan sólo cuando se producen situaciones de incumplimiento conducentes a un litigio; pero sí es

³⁶ Vid. *supra* §37.

³⁷ WITTE, p.350: "Mandat ist die Vertragsweise Veranlassung Jemandes zu einer den Mandirenden in irgend einer Weise interessirenden Handlung, sofern diese nicht in einer Leistung direct an den Veranlassenden besteht, so daß dadurch die Voraussetzungen eines anderweit individualisirten Vertrages gegeben sind".

³⁸ WITTE, p.351 s.

³⁹ WITTE, p.352: "So ergibt sich als Resultat, daß mit einem Mandat keineswegs immer die Zuständigkeit einer erfolgreichen Mandatsklage verbunden ist".

⁴⁰ BRINZ, *Pandekten* II² §282 n.31 (p.376).

⁴¹ v. PLUCINSKI, *art. cit.*, en *ACP*.60(1877) 331.

necesario que entre las partes surja alguna obligación sancionada por la *a. mandati*. Que en algunos casos de delegación -como admite Witte- no llegue a surgir ninguna obligación de este tipo, es razón suficiente para rechazar la teoría de que el mandato es esencial a la delegación⁴².

b) La preocupación central de Windscheid, que le lleva a aferrarse a la teoría del doble mandato, es que, ante el caso de alguien (B) que ha realizado una prestación por indicación de otro (A), el juez no puede rechazar la reclamación de B suponiendo que su intención era realizar una atribución patrimonial en favor de A⁴³. B debe disponer, por el contrario, de la *a. mandati* frente a A, que sólo quedará paralizada si A justifica su negativa a reembolsar, probando que se trataba de que B realizase en su favor una atribución patrimonial.

Windscheid propone, en resumen, extender al delegado la *a. mandati contraria* de que dispondría si hubiese actuado como simple mandatario. Esta propuesta puede ser oportuna desde el punto de vista de la Pandectística, pero no se corresponde con las fuentes. En el supuesto paradigmático de quien por error se deja delegar como deudor, Windscheid otorgaría la *a. mandati*, dispensando así al delegado de probar el *indebitum*, mientras que los clásicos conceden, como sabemos ya (*supra* §13 n°29-30; §18 n°48-56), la *condictio*.

c) Según d'Ors⁴⁴, el separar tan tajantemente el *iussum* del *mandatum* crea ciertas dificultades en aquellos casos en que pueda convenir una *a. mandati contraria* para resarcir al delegado perjudicado por el *iussum*. Así, sobre todo, cuando el delegado no es deudor del delegante⁴⁵.

Sabemos ya que si falla la causa por la que el delegado se dejó girar, éste dispone de la *condictio recuperatoria* contra el delegante⁴⁶; así, cuando por error se dejó delegar como deudor, cuando actuó con la intención de constituir una dote a favor del delegante y no sobrevino el matrimonio, o, en fin, cuando se dejó

⁴² Cfr. ya EINERT, *Wechselrecht* p.96 s.: "Lage in dem Wechsel ein Mandat vor ... so gäbe es eine wechsellmäßige *actio mandati directa* und eine wechsellmäßige *actio mandati contraria*"... "Bei dem allen scheint es rechtlich inconsequent, im Wechsel ein Mandat des Ausstellers an den Bezogenen zu statuieren, und doch diese Mandatsklagen als Wechselklagen nicht zulassen zu wollen".

⁴³ WINDSCHEID, *Pandekten* II^o §412 n.8a (p.809).

⁴⁴ D'ORS, art. cit., en *AHDE*.29(1959) 689.

⁴⁵ Esta era ya la opinión de SENTENIS, *Civilrecht* II^o §105 n.30 (p.459).

⁴⁶ D'ORS, art. cit., en *AHDE*.29(1959) 690, sospecha de esta *condictio*, porque se presenta de una manera indiferenciada como *condictio liberationis*, lo que resulta, a su juicio, difícil de encajar en el sistema de la *condictio* clásica. Ya hemos visto (*supra* §18 textos n°53-56) que la necesaria crítica de estos textos no afecta a la *condictio* en sí, sino sólo a la alternativa añadida a la misma, entre "*certae pecuniae*" y "*liberationis*". De hecho, años más tarde, el propio autor parece haber superado esta dificultad: cfr. D'ORS, art. cit., en *Estudios Merla e Braga da Cruz* p.356 s.

delegar como mutuante. La *a. mandati* sólo sería necesaria en el caso de que no hubiera precedido convenio causal alguno entre delegado y delegante, pero tal supuesto no parece encajar con los que aparecen en las fuentes como delegación, en los que el doble convenio causal es un elemento constante.

d) Un último argumento "teórico" a favor del mandato es el siguiente, propuesto también por d'Ors⁴⁷: los límites entre *iussum* y *mandatum* pueden resultar algo oscilantes. "Cuando Ticio manda a Cayo que preste a Sempronio decimos que esto es un mandato (*m. pecuniae credendae* o «cualificado»), y que el mandatario mutuante dispone de la *actio contraria* si no cobra de Sempronio. Pero si Cayo es deudor de Ticio y éste le manda que preste a Sempronio precisamente aquello que le debe, entonces tenemos un *iussum credendi*: el mandatario quedará liberado de su deuda y el mandante se hará directamente mutuante. Hará falta para ello que Sempronio conozca el *iussum*, pero ese mismo conocimiento no impediría la construcción del negocio como *mandatum* en el caso de que Cayo no fuera deudor de Ticio".

Con este ejemplo, d'Ors pretende hacer ver que la diferencia (supuestamente esencial) entre *iussum* y *mandatum* puede depender de circunstancias completamente externas, como el hecho de que su destinatario sea deudor o no. Sin embargo, las cosas no son enteramente como d'Ors las describe. El mero hecho de que Cayo no sea deudor de Ticio no obliga a construir el negocio como un *mandatum pecuniae credendae*, porque un *iussum credendi* es posible aunque el delegado no sea deudor: así, por ejemplo, cuando su intención es prestar a su vez al delegante. ¿Dónde reside entonces la diferencia entre *iussum credendi* y *mandatum pecuniae credendae*? En que la intención del *tubens* es prestar él mismo al tercero, mientras que el mandante pretende únicamente salir garante del préstamo que realiza el mandatario. El *iussum* consiste (vid. *infra* §50) en la asunción de lo actuado por el delegado, que valdrá, en cuanto ejecución del convenio causal de *credere tubens*-tercero, como hecho por el *tubens*: por eso, el *tubens* mismo es mutuante. En cambio, el mandato "cualificado" consiste únicamente en la garantía por el riesgo de la operación: la condición de mutuante corresponde al mandatario. Externamente, las manifestaciones de voluntad de *tubens* y mandante pueden ser idénticas, pero eso no significa, como se ve, que la diferencia entre *iussum* y *mandatum* no sea neta. A nuestro juicio, la comparación entre los supuestos de *iussum credendi* y *mandatum pecuniae credendae*, lejos de difuminar esa diferencia, la pone aún más de relieve⁴⁸.

⁴⁷ D'Ors, art. cit., en *AHDE*.29(1959) 689.

⁴⁸ Cfr., en este sentido, GIDE, p.473 s. De hecho, la diferencia existente entre *iussum credendi* y *mandatum pecuniae credendae* fue utilizada como argumento contra la teoría del mandato por COVIELLO, art. cit., en *AG*.57(1896) 362: en la relación delegante-delegado no puede existir un

§40 Una dificultad más grave representan los argumentos que los defensores del mandato encuentran en las fuentes. Estos argumentos son los siguientes:

a) En ocasiones, *iussum* y *mandatum* son expresamente comparados o, incluso, equiparados por los clásicos.

b) En las fuentes se emplea con alguna frecuencia *mandare*, o incluso *mandatum*, para designar la iniciativa del delegante. Si ésta no puede generar un contrato de mandato, ¿cómo es que los clásicos utilizan tales términos para referirse a ella? De hecho, supuestos aparentemente idénticos son descritos de modo indiferente en unos textos con *iubere* y en otros con *mandare*; en ocasiones, la alternancia se produce incluso dentro de un mismo texto. Esta "indiferencia terminológica" se extiende a ámbitos distintos de la delegación. ¿Cómo seguir manteniendo, entonces, que *iussum* y *mandatum* son conceptos no sólo distintos sino contrapuestos y excluyentes? Estas observaciones son empleadas como argumento en favor del mandato por Windscheid⁴⁹, Witte⁵⁰, v. Plucinski⁵¹, Brinz⁵², Brugi⁵³, Rutsaert⁵⁴, d'Ors⁵⁵ y Sturm⁵⁶.

mandato porque, de haberlo, sería imposible distinguir la delegación del mandato de crédito. Esto no es cierto: aunque la delegación consistiese en un mandato, seguiría diferenciándose del mandato de crédito en que, en éste último, la condición de mutuante corresponde al mandatario, mientras que en la delegación de *credere* correspondería al delegante-mandante. Dicho de otro modo: el mandato que asume el delegado no consiste en prestar él mismo al delegatario, sino en realizar o prometer la simple entrega de la cantidad que el delegante presta al delegatario. En este sentido, ya ASQUINI, art. cit., en *RDCom.* 20 1(1922) 242, y RUTSAERT, p. 96 s.

⁴⁹ WINDSCHEID, *Pandekten* II 2 §412 n.8 (p.154), observa que el *iussum*, incluso en casos en que no puede ser un mandato (como el que otorga el *paterfamilias* para que un sometido haga adición), es llamado *mandatum* en las fuentes.

⁵⁰ WITTE, p.354: "Wer die beiden Pandektentitel: *mandati vel contra* und *de solutionibus* liest, wird sich schwer des Eindrucks erwehren können, daß die Ausdrücke *iubere* und *mandare* in Verbindung mit *solvere* abwechselnd in dem gleichen Sinne gebraucht werden".

⁵¹ v. PLUCINSKI, art. cit., en *ACP.* 60(1877) 296 ss.: "Da nun sowohl das Mandat, wie der *iussus* eine unmittelbare Vertretung begründen können, da in einem jeden dem Dritten kundgemachten Mandat, besonders in der Ernennung Jemandes zum Prokurator zugleich ein *iussus* an den Dritten enthalten ist, mit dem Mandatar, dem Prokurator zu contrahiren, so werden auch in den Quellen beide Ausdrücke gleichmäßig da angewendet, wo es sich um eine unmittelbare Stellvertretung handelt".

⁵² BRINZ, *Pandekten* II² §282 n.31 (p.376 s.): "Gegen diese Distinktion ist schon von Salpius selbst bemerkt worden, daß *mandare* nicht bloß neben oder hinter, sondern auch anstatt u. abwechselnd mit *iubere* vorkomme".

⁵³ BRUGI, p.711: "Aveva quindi ragione il Witte allorchè scriveva, che colui che legge i due titoli delle Pandette, *mandati vel contra* e *de solutionibus*, difficilmente si può sottrarre alla

c) Contra la distinción *iussum-mandatum* militan también aquellos textos en los que la *a. mandati* parece surgir de un *iussum*. De éstos se mencionan⁵⁷ Ulp.48 *ad Sab.*-D.23,3,38 (*infra* §105) y Gai.3 *de verb. obl.*-D.46,2,34pr. (*infra* §111 n°7).

d) El argumento decisivo son aquellos textos que conceden una *a. mandati* "contraria" para el reembolso a quien, según los defensores de la teoría del mandato, es un delegado: Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,5⁵⁸; Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,4⁵⁹; Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,3⁶⁰. Especialmente importantes son el ya mencionado Ulp.48 *ad Sab.*-D.23,3,38⁶¹ y, sobre todo, Paul.31 *ad ed.*-D.46,2,12⁶², en que la *a. mandati* se concede para un supuesto expresamente referido con el verbo *delegare*.

De estos apoyos que las fuentes ofrecen a la teoría del mandato, sólo "c" es una prueba directa de la existencia de un mandato entre delegante y delegado; "a", "b" y "c" son pruebas indirectas, que se dirigen a socavar la distinción, trazada por v. Salpius, entre *iussum* y *mandatum*. Nos ocuparemos, entonces, en primer lugar de esta distinción, para examinar luego (Capítulo 4 I-IV) las supuestas interferencias ("a", "b" y "c") entre ambos conceptos y, finalmente (V), los textos ("d") en que se concede una *a. mandati* en supuestos de delegación.

impresione, che i verbi *iubere* e *mandare* in congiunzione con *solvere*, vengono usati scambievolmente nel medesimo significato".

⁵⁴ RUTSAERT, p.50: "Nous ne voudrions pas, pour fonder cette opinion, nous baser sur ce seul fait que les Romains, bien souvent, ont employé indifféremment les mots *mandare* et *delegare*".

⁵⁵ D'ORS, art. cit., en *AHDE*.29(1959) 689: "... el separar tan tajantemente el *iussum* del *mandatum*, no sólo va en contra del lenguaje de la jurisprudencia, que maneja ambos términos un poco indiferentemente ..."

⁵⁶ STURM, p.285: "... il est frappant de constater que pour désigner la délégation au sens technique, les juriconsultes classiques emploient indifféremment les verbes *delegare* et *mandare*. S'ils s'étaient absolument interdits de voir dans la délégation un mandat, ils n'auraient certainement pas admis une telle ambivalence terminologique".

⁵⁷ WINDSCHEID, *Pandekten II*^o §412 n.8a (p.809); WITTE, p.355.

⁵⁸ FRUGI, p.711 y n.2; RUTSAERT, p.68; STURM, p.285 y n.74. Vid. *infra* §103 (n°39), §123 (n°22).

⁵⁹ SENTENIS, *Civilrecht II*² §105 n.30 (p.459); BRUGI, p.711 y n.2; RUTSAERT, p.68; STURM, p.285 y n.74. Vid. *infra* §103 (n°40), §123 (n°23).

⁶⁰ RUTSAERT, p.69; STURM, p.285 y n.74. Vid. *infra* §104, §125.

⁶¹ WINDSCHEID, *Pandekten II*^o §412 n.8a (p.809); WITTE, p.355. Vid. *infra* §105.

⁶² SENTENIS, *Civilrecht II*² §105 n.30 (p.459); RUTSAERT, p.53 ss. Vid. *infra* §106.

II. EXCURSUS: EL IUSSUM

§41 La distinción entre *iussum* y *mandatum* es, como hemos visto en v. Salpius⁶³, la piedra angular de la teoría del *iussum*. Sus defensores se esfuerzan en subrayar las diferencias entre ambos⁶⁴, y rechazan que el *iussum* pueda constituir una oferta de mandato⁶⁵, es decir, que su aceptación por el destinatario lo convierta en un contrato⁶⁶.

Sin embargo, estos esfuerzos se ven en gran medida comprometidos por la falta de estudios de conjunto sobre el *iussum*⁶⁷. Por eso, antes de abordar el problema de la distinción *iussum-mandatum* (*infra* §58 ss.= III), nos ocuparemos, con algún detalle, del *iussum* en sí; para ello, son necesarias algunas precisiones previas.

Ante todo, conviene reparar en que, para los clásicos, el *iussum* no parece haber sido una institución unitaria en la misma medida en que lo era el mandato. Este, como contrato de buena fe, genera una acción propia, recogida en el Edicto del Pretor; a esta acción dedican los clásicos, en sus obras de conjunto, comentarios en los que la figura del mandato aparece estudiada de un modo exhaustivo. Aunque también el *iussum* tiene su acción propia, la pretoria *a. quod iussu*, el estudio de esta acción no agota el del *iussum*, porque, junto a éste del *paterfamilias*, generador de la *a. quod iussu*, la figura del *iussum* conoce otras muchas aplicaciones⁶⁸, dispersas a lo largo de las fuentes. Más que de un *iussum*, habría que hablar, entonces, en principio, de diversos *iussa*, que no fueron objeto de tratamiento unitario por los clásicos⁶⁹.

⁶³ *Supra* §37.

⁶⁴ Vid., especialmente: GIDE, pp.468 ss.; ROBY, *RPL*.II p.42 ss., p.122; BETTI, art. cit., en *BIDR*.41(1933) 172 s.; RABEL, *RPR*. p.113; SOLAZZI, *Estinzione* I² p.59 y n.1; HAEBERLIN, p.106 ss.; ENDEMANN, p.18; CRUZ, *Solutio* I p.339 n.607; BONIFACIO, art. cit., en *NNDI*. V p.326

⁶⁵ Cfr. HAEBERLIN, p.106; COSENTINO, p.302: "il contratto di mandato si presenta come concettualmente incompatibile con l'atto unilaterale di autorizzazione".

⁶⁶ Cfr. GIDE, p.471.

⁶⁷ La necesidad de tal estudio ha sido señalada por voces autorizadas: RABEL, art. cit., en *Scritti Ferrini Milano* IV p.219; KASER, *RPR*.I¹ p.230 n.36, consideraba ya deseable una nueva investigación sobre "Ermächtigung" y "Genehmigung", es decir, *iussum* y ratificación; la recomendación hubo de repetirse invariada en *RPR*.I² p.265 n.42; en el mismo sentido, TALAMANCA, art. cit., en *AG*.157(1959) 167; COSENTINO, p.301; VALIÑO, art. cit., en *AHDE*.37(1967) 407 n.133. El trabajo sobre el *iussum* que anunciaba BONIFACIO, *Novazione*² p.160 n.27, parece haber quedado finalmente reducido a la redacción de la voz correspondiente en *NNDI*.

⁶⁸ Vid. *infra* §43.

⁶⁹ STEINWENTER, v. *Iussum*, en *RE*. X 2 (München 1919) col.1307 s.; FLUME, *Studien zur Akzessorität der römischen Bürgerschaftstipulationen* (Weimar 1932) p.42 n.1: "Das *iussum* ist

Esta peculiaridad del *iussum* ha contribuido al desacuerdo que reina sobre sus perfiles y su significado mismo⁷⁰. Por nuestra parte, intentaremos no sólo desgranar esos distintos supuestos de *iussum*, sino también: a) reuniendo, por afinidad, grupos de estos supuestos, identificar las distintas acepciones de *iubere-iussum*; b) encontrar el hilo de unión, la idea común, el rasgo semántico que permanece constante bajo todas las aplicaciones de *iubere-iussum*. Dado que tanto *iubere* como *iussum* son términos frecuentes en el lenguaje común⁷¹, trataremos especialmente c) de diferenciar entre aquellas aplicaciones que supongan un uso de los mismos en su simple sentido ordinario, y aquellas otras en que los términos tengan carácter técnico, es decir, un significado específicamente jurídico.

El mero hecho de que junto a *iubere* sea frecuente en las fuentes el deverbatio abstracto *iussum*⁷², es un indicio de que estamos ante un concepto que los clásicos -a pesar de no haberlo hecho objeto de consideración unitaria- manejaban ya como técnico.

§42 El verbo *iubere* aparece testimoniado en las fuentes literarias desde el S. III a. C.⁷³ Como derivados suyos, encontramos tres sustantivos: *iussum*, *iussus* y *iussio*. *Iussum*, -i⁷⁴ aparece en las fuentes jurídicas sólo en singular,

kein einheitlicher, scharf gefaßter Begriff"; DEL PRETE, v. *Iussum*, en *NDI*. VII (Torino 1938) p.518: "*Iussum* è usato nelle fonti romane con significazioni diverse, non si può quindi trattare del valore e degli effetti dello *iussum* se prima non si chiarisce in quali diverse accezioni viene inteso questo vocabolo".

⁷⁰ La discusión sobre el *iussum* presenta dos focos principales: ¿Es una "orden" o una "autorización"? ¿Quién es su destinatario? No se trata de cuestiones independientes: la respuesta a una de ellas condiciona la de la otra. La multiplicidad de usos de *iubere* y *iussum* obliga a abordar estas cuestiones en relación a cada uno de ellos. También entonces se irán indicando las opiniones de cada autor, que con frecuencia se refieren sólo a alguna de estas aplicaciones, o varían de unas a otras. Con carácter general, la doctrina se ha situado en una de estas tres posiciones: a) el significado propio, preponderante de *iubere* es "autorizar"; b) *iubere* significa "ordenar"; c) *iubere* oscila entre uno y otro sentido: STEINWENTER, art. cit., en *RE*. X 2 col.1306: "... doch läßt sich die Bedeutung von *i.* und *iubere* nicht ganz scharf fassen, da beides sowohl für Willenserklärungen verwendet wird, welche den Empfänger schlechthin zum Gehorsam verpflichteten, wie auch für solche, die ihn nur zur Vornahme einer Handlung autorisieren". Sin embargo, el sentido predominante en el Derecho privado es, para Steinwenter, "autorizar".

⁷¹ Cfr. *ThLL*. VII 2 (Lipsiae 1979) col.575 ss., s.v. *iubeo*; col.584 s. (*iussum*); col. 584 ss. (*iussus*)

⁷² Cfr. *VIR*. III col.1435 ss., s.v. *iussum*.

⁷³ Liv.Andr. *carin.* fr.9: *remos iussit religare*.

⁷⁴ El primer testimonio es del S. I a. C.: Sis. *hist.*1:9: *Tudertibus senati consulto et populi iussu*.

y únicamente en nominativo y acusativo⁷⁵; para el dativo y ablativo del singular, se recurre en las fuentes jurídicas a las formas *iussui* (dudosa)⁷⁶ y *iussu*, correspondientes a **iussus*, -us, que no se emplea en ningún otro caso⁷⁷. No es correcto, por tanto, utilizar el inexistente nominativo **iussus* para designar al *iussum*⁷⁸. En cuanto a la forma *iussio*, -onis, se trata de un término del bajo latín que no parece haberse utilizado en la literatura clásica⁷⁹; su aparición en algún texto jurisprudencial parece claramente debida a interpolación⁸⁰.

No parece posible averiguar, a partir de la forma, el significado etimológico originario de *tubere* y *iussum*⁸¹. Como sentido general en el latín

⁷⁵ Cfr. *VIR.* III col.1435 s., s.v. *iussum* (las formas *iussui* y *iussu* no derivan, obviamente, de *iussum*, -i, sino de **iussus*, -us). En cambio, en las fuentes literarias hay ejemplos abundantes del plural, en todos los casos, y no faltan tampoco del genitivo, dativo y ablativo singular: cfr. *ThLL.* col.584 ss., s.v. *iussum*.

⁷⁶ Un sólo texto: Ulp.(Cels.) 52 *ad ed.*-D.39,1,1,10, donde el *iussui* de *F*^o, se convierte en *iussu* (ablativo?) en *F*^o. En las fuentes literarias -*ThLL.* VII 2 col.711 l.9- encontramos un único ejemplo de dativo, cuya forma es, sin embargo, *iussu*.

⁷⁷ Tampoco en las fuentes literarias: cfr. *ThLL.* VII 2 col.708 ss. *Iussus* existe sólo como participio de *tubere* (*iussus* -a -um), para designar al destinatario del *iussum*.

⁷⁸ El primero en advertirlo fue GIDE, p.388 n.2, cfr. también STEINWENTER, art. cit., en *RE.* X 2 col.1306.

⁷⁹ Cfr. *ThLL.* VII 2 col.706 ss., s.v. *iussio*; ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire*^A p.325, s.v. *iubeo*.

⁸⁰ Los textos son: Ulp.4 *opin.*-D.4,2,23,3; Ulp.3 *ad ed.*-D.5,1,2,2; Ulp.25 *ad ed.*-D.11,7,8pr.; Mod.10 *resp.*-D.40,4,44. La concurrencia de razones de fondo para la crítica hace que el origen interpolado del término sea prácticamente seguro: vid. *Index Itp. ad leg.*; HEUMANN-SECKEL, p.290, s.v. *tubere*, *ThLL.* VII 2 col.707 l.6 s., l.28 y l.51. Sobre el uso de *iussio* en las fuentes jurídicas, vid., especialmente, LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrecht* (Berlin 1907) p.130 n.2.

⁸¹ Cfr. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire*^A p.325 s., s.v. *iubeo*; WALDE-HOFMANN, *Wörterbuch* p.734 s. Más bibliografía, en STEINWENTER, art. cit., en *RE.* X 2 col.1308. FLUME, *Akzessorietät*, p.42 n.1, excluye que el sentido etimológico del término (a su juicio, "bewegen", "aufrütteln") pueda ayudar a precisar el concepto de *iussum*. — Los intentos de averiguar el sentido originario de *tubere* se han apoyado con frecuencia en el *iussum populi* (*infra* §54 a), y en la fórmula tradicional de la *rogatio*, "velitis, iubeatis quirites?" Así, según MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* III 1³ (Graz 1969) p.310, *populus legem iubet* significa originariamente *populus legem ius facit*. De modo semejante, BONFANTE, *Corso di Diritto Romano IV. Le obbligazioni* (Milano 1979) p.357 s., conjetura que *tubere* deriva de *ius habere*, es decir, retener o reconocer como Derecho: al "velitis, iubeatis quirites?" de la *rogatio*, corresponde el *ius esto* de la antigua ley, conservado en XII Tablas, pero, como el *iussum populi* convierte en orden la propuesta, *tubere* acaba asumiendo el significado de ordenar, que es posterior. Estas conjeturas han encontrado eco: GIRARD, *Manuel*^A p.307 n.2, apoya en Mommsen y en la fórmula de la *rogatio* la idea de que, originariamente, el *iussum* era una manifestación declarativa de voluntad reconocida por el ordenamiento como suficiente para atribuir al declarante las consecuencias jurídicas de un acto; STEINWENTER, art. cit., en *RE.* X 2 col.1308, considera seguro que el significado primitivo y general de *tubere* es "autorisieren", "ermächtigen", y que sólo en casos especiales puede atribuirse el sentido de "befehlen" ("ordenar"). Sin embargo, las hipótesis de

clásico, los Diccionarios dan, para *iussum*, "orden"⁸², y para *iubere*, "ordenar"⁸³; del mismo modo, *Thesaurus Linguae Latinae* indica que *iubere*⁸⁴ equivale a *imperare*, *mandare*, *praecipere*; *iussum*⁸⁵, a *imperium*, *praescriptum*⁸⁶. Además, *iubere-iussum* admiten un significado debilitado: "rogar", "invitar" o "solicitar" a alguien que haga algo⁸⁷. Tanto en el sentido de orden como en el de invitación, el *iussum* resulta ser una manifestación unilateral de voluntad dirigida a una acción ajena: en este último, menos frecuente, desaparece únicamente el carácter imperativo⁸⁸, es decir, se admite la posibilidad de que la voluntad ajena rechace actuar como de ella pretende el *iubens*.

Mommsen (*iubere = ius facere*) y Bonfante (*iubere = ius habere*), son meras conjeturas etimológicamente indemostrables, y pueden ser puestas en entredicho a la luz de inscripciones arcaicas, en las que el sentido de *iubere-iussum* no puede ser sino "ordenar", "disponer": así, en *CIL*.² 2 2659 (cfr. DE RUOGIERO, v. *iussu*, en *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane* IV [Roma 1944] p.283), aparece una donación a Hércules realizada *iussu plebis*. En este sentido, la evolución más plausible es quizá la contraria a la propuesta, de la idea más simple de "orden" a la más técnica: así KASER, *RPR*.¹ p.230, y ENDEMANN, p.16.

⁸² *OxLD*. n.986, s.v. *iussum*: "1 A command, order"; "2 What one is ordered to provide".

⁸³ LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford 1879 = 1955) p.1014, s.v. *iubeo*: "to order one to do something, to bid tell, command (syn.: *mando impero praecipio*)"; *OxLD*. p.977, s.v. *iubeo*: 1-6, en diversas construcciones.

⁸⁴ *ThLL*. VII 2, col.575, s.v. *iubeo*.

⁸⁵ *Ibid.* col.584.

⁸⁶ Naturalmente, la equivalencia no es perfecta con ninguno de estos términos: lo que se busca es que el sentido ordinario de *iubere* quede definido por el sector semántico común a todos ellos. *Imperare* tiende a acaparar el sentido más coercitivo de *iubere*; el matiz es resaltado en *Isid.diff.* 1,304: *iubere ibi dicebatur apud veteres, ubi voluntatis erat obsequium, imperare autem, ubi debito quisque imperio parebat*. La proximidad entre los dos términos es evidenciada por la aparición, junto al régimen ordinario de *iubere* (acusativo de persona), de un régimen con dativo de persona -*OxLD*. p.977, s.v. *iubeo* 3 c; *ThLL*. VII 2 col.577 l.39 ss.-, como el de *imperare* (para una explicación distinta de este fenómeno, vid. *infra* §51 n.210). Por su parte, *Mandare* presenta un carácter imperativo mucho más débil que *iubere*, ya que su significado general es mejor que "ordenar" - "encargar" o "confiar": cfr. *OxLD*. p.1071, s.v. *mando*. *Praecipere* significa básicamente "tomar antes", "anticiparse", y, de aquí, "dar instrucciones", "ordenar", pero también "aconsejar", "advertir", "enseñar": cfr. *OxLD*. p.1423 s., s.v. *praecipio*.

⁸⁷ Cf. *OxLD*. p.977, s.v. *iubeo* 7: este uso aparece típicamente en las fórmulas de saludo (*iubeo salvere*), y de despedida (*iubeo valere*) -vid. *ThLL*. VII 2 col.576 l.75 ss.-, pero también en otros casos: vid. *OxLD*. l.c.

⁸⁸ Del *iussum* como expresión técnica que alude a una manifestación de voluntad imperativa habla GROS, p.458. Cfr. también STEINWENTER, art. cit., en *RE*. X 2 col.1306, para quien el verbo *iubere* se utiliza "als *Terminus technicus* zur Bezeichnung eines einschichtigen, autoritativen Willensaktes".

La idea de que *iubere* se refiere siempre a una acción ajena es subrayada en el *Thesaurus*⁸⁹: sólo en época tardía, especialmente en el latín eclesiástico, aparece *iubere* referido a una *actio propria*⁹⁰. Sin embargo, el propio *Thesaurus* incluye ejemplos de algunos usos relevantes de *iubere*, en los que el *iussum* no se refiere a una acción -propia o ajena- sino a un resultado que el *iubens* "dispone":

a) *iubere Africam provinciam esse*⁹¹ / *civitatem immunem esse*⁹² / *urbes liberas (atque immunes) esse*⁹³ / *haec loca Troiam esse*⁹⁴.

b) *iubere aliquem regem esse*⁹⁵ / *duumvirum esse*⁹⁶ / *consulem*⁹⁷, *dictatorem*⁹⁸, *caesarem*⁹⁹, *imperatorem*¹⁰⁰ (esse). *iubere alicui pro consule imperium esse*¹⁰¹.

⁸⁹ ThLL. VII 2 col.575: "usu originario, imperatur aliena actio".

⁹⁰ ThLL. VII 2 col.584: "usu recentiore, instituitur actio propria, fere i. q. dignari, velle sim." Así, por ejemplo, en Avell. p.514,18: *iubete scripta suscipere*, *Vitae patr.* 3,5 p.742^A: *iubete facere nobiscum aliquantos dies*, *ibid.* p.751^B: *iube discernere*, *Epist.Austras.* 41 p.148,7: *nobis designare iubete*, *Rustic.Conc.* 5 I 4 p.41,19 *supplicamus ... pietati vestrae, ut hoc praecipere iubeatis*, *Taurent.ad Ruric.epist.* 3 p.446,12 *legite, si iubetis*, *Caes. Arel. serm.* 9 p.49,1 *si iubetis audire*. Este *iubere* equivale a "consentir en", "dignarse" o simplemente "querer". La transformación del sentido puede explicarse (cfr. ThLL. h.l.) por la adulación o humildad del postulante, que deja la decisión a la discreción del agente mismo.

⁹¹ Liv. 28,40,4: *nec senatus censuit in hunc annum provinciam esse (sc. Africam) nec populus iussit*.

⁹² Caes. Gall. 7,76,1: ... *quibus ille pro meritis civitatem eius immunem esse iusserat ...*

⁹³ Liv. 33,31,2: *cur enim alias Romanis tradi urbes nec nominari eas, alias nominari et sine traditione liberas iuberi esse, ...?* Val.Max. 4,8,5: "S.P.Q.R. et T. Quinctius Flaminius imperator omnes Graeciae urbes, quae sub ditione Philippi regis fuerunt, liberas atque immunes esse iubet".

⁹⁴ Verg. Aen. 5,757: *interea Aeneas urbem designat aratro / sortiturque domos, hoc illum et haec loca Troiam / esse iubet*.

⁹⁵ Cic. rep. 2,25: *Qui (sc. Numa Pompilius), ut huc venit, quamquam populus curiatis eum comitiis regem esse iusserat, ...* Liv. 1,22,1: *Inde Tullum Hostilium nepotem Hostili, cuius in infima arce clara pugna adversus Sabinos fuerat, regem populus iussit*.

⁹⁶ Liv. 23,30,14: *Senatus decrevit ut Ti. Sempronius consul designatus, cum primum magistratum inisset, ad populum ferret ut Q. Fabium duumvirum esse iuberent aedis dedicandae causa*.

⁹⁷ Cic. Phil. 2,80: ... *Dolabellam consulem esse iussurum ...*

⁹⁸ Liv. 27,5,18: *desititque patres litteras ad M. Claudium mittendas censuerunt ut desertae ab collega rei publicae subveniret diceretque quem populus iussisset dictatorem*.

⁹⁹ Aur. Vict. Caes. 41,15: *fratris filium cui ex patre Dalmatio nomen fuit, Caesarem iussit (sc. Constantinus), adstantibus valide militaribus*. Cfr. también 14,11: *Quo mire oblectatus, adoptatum legibus Caesarem iubet*.

¹⁰⁰ Aur. Vict. Caes. 39,17: *statim Maximianum, fidum amicitia, quamquam semiagrestem, militas tamen atque ingenio bonum, imperatorem iubet (sc. Diocletianus)*.

¹⁰¹ Liv. 23,30,19: *M. Marcelo pro consule imperium esse populus iussit*.

c) *Iubere iudicium irritum esse*¹⁰².

d) *Iubere legem*, como en *populus legem iubet*¹⁰³, equivale a *iubere id esse legem*.¹ Es decir, en sentido literal, no a "ordenar" una conducta, sino a "disponer" un resultado: que lo propuesto (*id*) sea ley.

e) Al emplear la fórmula *iubeo Sticum liberum esse* (vid. *infra* §55 d), el testador no "ordena" a Estico que haga algo, sino que simplemente "dispone" su libertad¹⁰⁵.

f) Lo mismo puede decirse de la fórmula *iubeo Titium heres esse* (*infra* §55 e): de hecho, cuando Ticio es un heredero necesario, no es precisa ninguna conducta suya para que la "disposición" del testador produzca sus efectos.

g) El *iubere* del *fideiussor* (*infra* §43 y §48) no consiste en "ordenar" o "rogar" a otro que haga algo, sino en "disponer" un resultado: que una obligación ajena *-id (quod Titius tibi debet)-* quede avalada por la propia *fides -fide (mea esse) iubeo-*.

h) En fin, tampoco *iubere salvere / valere*¹⁰⁶ se refieren a una acción, sino a un estado, porque, literalmente, *salvere* significa estar sano, tener buena salud¹⁰⁷, y *valere*, estar fuerte, tener fuerza¹⁰⁸.

Así pues, el *Thesaurus* debe ser corregido en este punto capital: *iubere* no se refiere necesariamente a una acción ajena. El sentido general del término no es, por tanto, como habitualmente se recoge en los Diccionarios¹⁰⁹, "ordenar" o "rogar" a otro que haga algo, sino más bien "disponer" un resultado; sólo secundariamente, en la medida en que el resultado "dispuesto" conlleve la

¹⁰² Cic. *Verr.* II 2,66: *quodque iudicium secundum Heraclium de compromisso factum erat ... id irritum iussit esse eumque iudicem falsum iudicasse indicavit.*

¹⁰³ Vid. *infra* §54 a.

¹⁰⁴ Plaut. *Amph.* 73: *Sirempse legem iussit esse Iuppiter, quasi magistratum sibi alterive ambiverit.*

¹⁰⁵ El mismo sentido, en relación a los prisioneros de guerra, en Flor. *epit.* 1,10,8: *Et rex quidem tot tantisque virtutum territus monstris valere liberosque esse iussit*, Liv. 24,14,7: *Qui caput hostis retulisset, eum se exemplo liberum iussurum esse*. Y, respecto de los esclavos voluntarios (*voloni*), Liv. 24,16,9: *Quod bonum faustum felixque rei publicae ipsique esset, omnes eos (sc. volones) liberos esse iubere.*

¹⁰⁶ Cfr. *ThLL.* VII 2 col. 576 l. 75 ss.

¹⁰⁷ LEWIS-SHORT, *Dictionary* p. 1623, s.v. *salveo*.

¹⁰⁸ LEWIS-SHORT, *Dictionary* p. 1953, s.v. *valeo*.

¹⁰⁹ Vid. *supra* n. 83.

actuación de un *alius*, se puede decir que el *iussum* es una "orden" o "invitación" a ese *alius*¹¹⁰.

§43 Un excelente punto de partida para conocer los diversos usos de *iubere-iussum* en las fuentes se encuentra en el "Handlexikon" de Heumann-Seckel¹¹¹, donde se señalan hasta seis:

a) Prescripciones normativas: *iubere* se puede decir de una ley¹¹², de un senadoconsulto¹¹³ y de una constitución imperial¹¹⁴ (Heumann-Seckel incluye también aquí, equivocadamente, el Edicto del pretor¹¹⁵).

b) Disposiciones -órdenes o autorizaciones- del magistrado¹¹⁶ y del juez¹¹⁷.

c) Disposiciones de última voluntad¹¹⁸.

¹¹⁰ Aunque esto último sea lo más frecuente, la existencia de supuestos relevantes en los que *iubere* no puede referirse a una conducta, a una acción, ha de ser tomada en cuenta, a nuestro juicio, a la hora de proponer el significado general del término.

¹¹¹ HEUMANN-SECKEL, p.290 s., s.v. *iubere*.

¹¹² Ulp.3 de *adult.*-D.48,5,28,6, *Haberi quaestionem lex (Julia de adulteriis) iubet de servis ancillisve eius, de quo vel de qua quaereretur, parentisve utriusque eorum, si ea mancipia ad usum ei a parentibus data sint. ...*

¹¹³ Paul. *sing de sen. cons.*-D.36,1,27(26), *Omnibus civitatibus, quae sub imperio populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam Apronianum senatus consultum iubet. ...*

¹¹⁴ Ulp.60 ad *ed.*-D.40,5,2, *Si quis intestatus decedens codicillis dedit libertates neque adita sit ab intestato hereditas, favor constitutionis divi Marci debet locum habere et hoc casu, quae (sc. constitutio) iubet libertatem competere servo et bona ei addici, si idonee creditoribus caverit de solido, quod cuique debetur, solvendo.*

¹¹⁵ HEUMANN-SECKEL, l.c., menciona como ejemplo Call.1 ad *ed. mon.*-D.2,6,2, pero en este texto no se dice *Edictum iubet*, sino *iubetur* (sobreentendido *Edicto*: "se ordena en el Edicto", donde *Edicto* parece mejor locativo que agente: como agente se sobreentiende a *Praetore*). Tampoco en Paul.1 ad *ed.*-D.2,6,1 -mencionado por BONIFACIO, v. *Iussum*, en *NNDI*. IX (Torino 1975) p.393 n.8- aparece *Edictum iubet*: *Edicto cavetur, ut fideiussor iudicio sistendi causa datus pro rei qualitate locuples detur exceptis necessariis personis: ibi enim qualemcumque accipi iubet: veluti pro parente patrono.* Aquí el sujeto sobreentendido de *iubet* parece también *Praetor*. En conclusión, como resulta también de *VIR*. III col.1334 s., la expresión *Edictum iubet*, a diferencia de *lex/senatusconsultum/constitutio iubet*, no aparece en las fuentes: quien *iubet* es siempre el magistrado, no el Edicto. Esto se explica por la naturaleza propia del Edicto, que no es realmente una norma, sino sólo el programa de actuación jurisdiccional del magistrado, de modo que no es el pueblo quien queda vinculado por él, sino (desde la *lex Cornelia de iurisdictione*, del 67 a.C.) el magistrado mismo.

¹¹⁶ Cels.25 *dig.*-D.42,1,14: *Quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et remittere licet: de sententiis contra.*

¹¹⁷ Paul.26 ad *ed.*-D.10,4,12,5: *Si iusta ex causa statim exhiberi res non possit, iussu iudicis cavere debet se illo die exhibiturum.*

d) Ordenes del padre o dueño al hijo o esclavo¹¹⁹.

e) *Iubere* se dice del padre o dueño que autoriza ("ermächtigt") a un tercero a concluir un negocio obligatorio con su hijo o esclavo¹²⁰. Para Heumann-Seckel, la diferencia entre este *iussum* y el catalogado sub "d" consiste en que aquí el destinatario no es el sometido a potestad, sino un tercero, por lo que no se trata ya de una orden.

f) La "Ermächtigung" (en función de giro o "Anweisung") del delegante al delegado para dar o prometer al delegatario¹²¹.

Hasta aquí Heumann-Seckel. Son precisas ahora algunas observaciones:

A los usos recogidos hay que añadir uno, de gran relevancia: la *fideiussio*, cuya fórmula es, como se sabe, *quod Titius mihi debet, id fide tua esse iubes? id fide iubeo*¹²². Como ya hemos advertido (*supra* §42), este uso del verbo *iubere* no encaja con el significado ordinario recogido en los Diccionarios y en el *Thesaurus*: en efecto, *iubere* no puede significar aquí "ordenar" ni "invitar", porque el *fideiussor* no dispone una acción ajena, sino que toma a su cargo una obligación ajena, la asume como garante; *iubere* significa, más bien, "disponer un resultado", en el sentido de "adoptar, dentro de mi ámbito de potestad, de mi esfera jurídica, una decisión que me vincula". *Id fide iubeo* podría así traducirse como "dispongo que ésto -que Ticio te debe- quede avalado por mi *fides*"¹²³.

Aunque en Heumann-Seckel los usos de *iussum* son estudiados conjuntamente con los de *iubere*, existen algunas diferencias entre ambos: la más llamativa, que, mientras el uso más frecuente del verbo *iubere* (acreditado en las

¹¹⁸ Iul.5 dig.-D.30,79: *Si quis testamento suo Titio et Seio decem dari iusserit, nullam haec verba recipiunt ambiguitatem, ut dena dixisse videatur, qui decem dixit.*

¹¹⁹ Alf.2 dig.-D.44,7,20: *Servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere aut furtum alicui facere servum iussisset. quare quamvis domini iussu servus piraticam fecisset, iudicium in eum post libertatem reddi oportet. ...*

¹²⁰ Paul.4 ad Plaut.-D.15,4,5,1: *Si unus ex servi dominis iussit contrahi cum eo, is solus tenebitur (sc. quod iussu). ...*

¹²¹ Ulp.14 ad Plaut.-D.46,3,64: *Cum iussu meo id, quod mihi debes, solvis creditori meo, et tu a me et ego a creditore meo liberor.*

¹²² Iav.10 epist.-D.46,1,42: *Si ita fideiussorem accepero: quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes? ...* Gai.3,116: *Sponsor ita interrogatur "idem dari spondes?" fidepromissor <ita> "idem fidepromittis?" fideiussor "ita idem fide tua esse iubes?".* Cfr. *VIR.* III col.1339 l.19 ss., s.v. *iubeo*.

¹²³ Cfr. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford 1951) p.499: "*Fideiubeo* means *iubeo debitum fide mea esse, id wish that the debt should rest on (or be supported by) my fides*", KASER, *RPR.I*² p.663, explica que el *fideiussor* responde "indem er in einer ihn bindenden Weise anordnet, die Verpflichtung des Hauptschuldners solle als «auf seine Treue genommen» gelten".

fuentes en casi 500 lugares) es el relativo a las disposiciones de última voluntad, el sustantivo *iussum* aparece tan sólo una vez con ese sentido¹²⁴. Además, hay que notar que, aunque el verbo *iubere* se usa en la fórmula "*id fide iubeo*", éste negocio no es denominado *iussum*, sino *fide-iussio*, del mismo modo que no se dice *fide-iubens* sino *fide-iussor*¹²⁵.

Por último: siendo el *iussum* una manifestación de la voluntad por la que se "dispone" un resultado o una acción ajena, y emanando esta voluntad, como supuestos prototípicos, del padre de familia, del magistrado y del pueblo, parece claro que debe ser considerado, jurídicamente, una declaración de potestad¹²⁶. Así lo muestran los vínculos establecidos en las fuentes entre *iussum* y *potestas* o *imperium*¹²⁷, y la frecuente contraposición entre *iussum* y

¹²⁴ Sobre el *iubere* de la *fideiussio* vid., con más detalle, *infra* §48.

¹²⁵ Ni *iussio* ni *iussor* pertenecen al lenguaje clásico. Sobre *iussio*, vid. *supra* §42 y n.79 s. *iussor* no aparece en el *VIR.* ni en el *Thesaurus*. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire*⁴ p.325, advierte que se trata de "un mot de glossaire". Sobre la diferencia entre *iussum* y *fideiussio*, que estas singularidades terminológicas reflejan, vid. *infra* §48.

¹²⁶ No sólo en el Derecho público, por tanto, es el *iussum* -HONIFACIO, art. cit., en *NNDI*. IX p.392- "expresión de un poder de supremacía del sujeto *iubens*", sino también en sus demás aplicaciones: al menos, de la supremacía que corresponde a cada uno sobre su propia esfera jurídica; así ocurre también en la delegación: el *iubens* "dispone" que dos atribuciones patrimoniales que le afectan se fundan en un sólo negocio atributivo entre delegado y delegatario.

¹²⁷ Plaut. *Men*.1030: *iubeo, hercle, siquid imperi est in te mihi*. Plaut. *Asin*.147: *tuo facit iussu, tuo imperio paret*. Ter. *Eun*.2,3,97: *iubemus? iubeo, cogo atque impero*. Rhet. *Her*.1,15 (25): *In hominem transfertur, ut si accusetur is, qui Publium Sulpicium se fateatur occidisse, et id iussu consulum defendat et eos dicat non modo imperasse, sed rationem quoque ostendisse, quare id facere liceret*. Caes. *civ*.3,22,1: *Interim Milo dimissis ... litteris <se> ea quae faceret iussu atque imperio facere Pompei*. Sen. *clem*.1,3,5: *illius iussu iacemus ... cum ille imperavit*. Sen. *Ag*.304: *si tu imperas, regina, non tantum domo / Argisue cedo: nil moror iussu tuo / aperire ferro pectus aerumnis grave*. Tac. *Germ*.7,1: *... non quasi in poenam nec ducis iussu, sed velut deo imperante, ... Tert. resurr*.5 p.32,12: *iussu et imperio et sola vocali potestate universa processerant*. Iul.1 *ad ed.-D*.3,2,1: *Praetoris verba dicunt: "... quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est ..."*; Gai.9 *ad ed.prov.-D*.14,5,1: *...sive enim iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit ... Marcian.1 publ.iud.-D*.50,16,2,14: *"Munus" proprie est, quod necessarie obimus lege more imperiove eius, qui iubendi habet potestatem. ... Ulp.5 ad ed.-D*.2,4,2: *... in ius vocari non oportet neque consulem, ... neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et iubere in carcerem duci. ... Ulp.29 ad ed.-D*.14,5,2pr.: *Ait praetor: "... sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate erit contaxerit, ..."*

*auctoritas*¹²⁸, especialmente entre el *iussum* del pueblo y la *auctoritas* del senado¹²⁹.

§44 Para nuestro estudio del *iussum*, tomaremos como punto de partida el del *paterfamilias* en relación con los actos de los sometidos a su potestad. Aquí, Heumann-Seckel distingue dos supuestos ("d" y "e"):

d) La orden del padre o dueño al hijo o esclavo.

e) La autorización ("Ermächtigung") del padre o dueño a un tercero para que negocie con el sometido a potestad. En virtud de este *iussum*, el tercero podrá hacer valer *in solidum*¹³⁰, contra el padre o dueño, las obligaciones surgidas del negocio "dispuesto" por éste.

En estos dos usos de *iubere-iussum*, pueden adivinarse ya dos acepciones del término: al *paterfamilias* le corresponde, como titular de la potestad familiar, dar "órdenes" a los sometidos; pero lo que permite al tercero reclamar *in*

¹²⁸ Tac. Germ. 11,2: ... *auctoritate suadendi magis quam iubendi potestate*. Ulp. 8 ad Sab. D. 29,2,25,4: *Iussum eius qui in potestate habet non est simile tutoris auctoritati* ...

¹²⁹ La contraposición es frequentísima en Livio: Liv. 1,32,13: *populus ... bellum ... iussit esse senatusque ... censuit*, Liv. 1,49,3: ... *neque populi iussu neque auctoribus patribus ...*; Liv. 3,63,11: *sine auctoritate senatus populi iussu triumphatum est*, Liv. 4,3,10: ... *Numam Pompiliium ... populi iussu, patribus auctoribus Romae regnasse?*; Liv. 4,20,1: ... *dictator senatus consulto iussuque populi triumphans in urbem rediit*, Liv. 4,30,15: *controversia ... fuit, utrum populi iussu indiceretur bellum, an satis esset senatus consultum*, Liv. 5,46,10: *accepto ... senatus consulto, ut ... iussu populi C. millius dictator ... diceretur*, Liv. 5,51,2: ... *haec non si miliens senatus consulto populique iussu revocaretur*, ...; Liv. 7,17,9: ... *sine auctoritate patrum populi iussu triumphavit*, Liv. 7,19,10: *ex auctoritate patrum ac populi iussu*, Liv. 10,37,10: ... *non ex auctoritate senatus sed iussu populi triumphasse diceret*, ...; Liv. 10,45,7: *ex auctoritate patrum iussu populi bellum ... indictum est*, Liv. 21,18,10: *neque auctoritate patrum nec populi iussu ictum erat (sc. foedus)*, Liv. 22,14,11: *dictatorem eum ex auctoritate patrum iussuque populi dictum*, Liv. 26,2,1: *non populi iussu, non ex auctoritate patrum*, Liv. 28,40,4: *nec senatus censuit ... provinciam esse Africam nec populus iussit*, Liv. 30,44,13: *quae ab se ... acta essent, ex patrum auctoritate populique iussu confirmarentur*, Liv. 33,44,2: *de senatus sententia populique iussu*, Liv. 37,19,2: *pax ... quam ... non ex auctoritate senatus, non iussu populi Romani pepigerimus*, Liv. 37,19,3: *quaero ... quid senatus censeat aut populus iubeat*, Liv. 38,45,5: *non ex senatus auctoritate, non populi iussu bellum illatum*, Liv. 38,45,6: *de omnibus his consultum senatum, populum iussisse*, Liv. 41,27,11: ... *Postumius nihil nisi senatus romani populive iussu se locaturum edixit* ... También, Cic. Verr. II 2,161: *senatus decrevit populusque iussit, ut...*; Cic. Planc. 42: *quemadmodum senatus censuit populusque iussit*.

¹³⁰ De ordinario, mediante la pretoria *a. quod iussu*; pero, en el caso del mutuo, y tal vez en todos aquellos en que la obligación deriva de una adquisición, directamente con la acción civil: vid. *infra* §46.

solidum del *paterfamilias* es la "autorización"¹³¹ recibida de éste. La razón de esta diferencia de significados es que, para Heumann-Seckel, en el caso (e) de la *a. quod iussu*, el destinatario del *iussum* no es ya, como en (d), el sometido, sino el tercero que contrata con éste. Por nuestra parte, compartimos esta opinión, que sigue siendo mayoritaria¹³². Para avalarla, bastaría con la siguiente consideración: el efecto de este *iussum* consiste en que el *paterfamilias* quedará directamente obligado frente al tercero; el *iussum* consiste, por tanto, en la asunción por el *paterfamilias* frente al tercero de las obligaciones que surjan del negocio realizado por el sometido¹³³. Lo razonable parece, entonces, concebirlo como una declaración dirigida al tercero. Así lo hicieron los clásicos; de ello no faltan pruebas en las fuentes¹³⁴:

a) Cuando Ulpiano explica que el *iussum* puede también ser general, presenta como posible fórmula la siguiente: "*Quod voles cum Stichio servo meo negotium gere periculo meo*"¹³⁵. Es obvio que esta fórmula no puede dirigirse sino al tercero¹³⁶.

¹³¹ Aunque, por el momento, aceptamos la terminología habitual, que es también la de Heumann-Seckel, la traducción de *iussum* como "autorización", "Ermächtigung", no se puede admitir sin reservas: vid. *infra* §45.

¹³² Sobre la cuestión del destinatario del *iussum* en la Pandectística, vid. la literatura citada en BRINZ, *Pandekten II*² p.222 n.28 (§259); el problema era ya discutido entre los intérpretes medievales: vid. SAUTEL, *Note sur l'action "quod iussu" et ses destinées post-classiques*, en *Mélanges H. Lévy-Bruhl* (Paris 1959) p.258 n.1. — Que el destinatario del *iussum* es el tercero co-contratante era ya el parecer de v. SALPIUS, p.51. Esta opinión se impuso especialmente por influencia de RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians. Die sogenannte actio quasi iustitoria*, en *Festschrift Zitelmann* (München-Leipzig 1913) p.23 s. Entre sus defensores: GIRARD, *Manuel*⁴ p.664 y n.1; STEINWENTER, art. cit., en *RE*. X 2 col.1307; SAUTEL, art. cit., en *Mélanges Lévy-Bruhl* p.258 s.; FLUME, *Akzesorietät* p.41 s.; BONFANTE, *Obbligazioni* p.356 s.; v. MAYR, *RRG*.II 2 1 (Berlin-Leipzig 1913) p.24; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II* (Leipzig 1901) p.1165; CLAUS, *Stellvertretung* p.65 s. La cuestión ha sido, sin embargo, discutida: cfr. la opinión de Buckland, *infra* en n.142. Vid., por último, HERNANZ, *El iussum en las relaciones potestativas* (Valladolid 1993) p.112, con abundante bibliografía.

¹³³ El *iussum* es concebido como "asunción de consecuencias", entre otros, por: GIRARD, *Manuel*⁴ p.664 n.1: "Le *iussum* est ... non pas un ordre, mais une adhésion, une déclaration par laquelle on assume les conséquences d'un acte"; STEINWENTER, art. cit., en *RE*. X 2 col.1307: "Durch das *i.* nimmt der Gewalthaber gewissermaßen alle Folgen aus dem Kontrakte seines Gewaltunterworfenen auf sich".

¹³⁴ Los textos que se han alegado en contra -vid., por último, HERNANZ, *Iussum* p.115-, no justifican una interpretación distinta de las fuentes. Desde luego, no vemos como pueden apoyar la idea de que el destinatario del *iussum* es el sometido, ni Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,2 (*infra* §63 n°2), donde se compara entre *iussum* y *mandatum*... efectos de revocabilidad, ni Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,3 (*infra* §63 n°3), en que se considera como un *iussum* el contrato de mandato con el tercero. En cuanto a Ulp.29 *ad ed.*-D.14,5,2pr., vid. *infra* n.138.

¹³⁵ Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,1: *Iussum autem accipiendum est: sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter:*

b) El *paterfamilias* no *iubet servum filiumve contrahere* (o *pecuniam mutuam accipere*), sino *cum servo filiove contrahi* (o *pecuniam mutuam credi*)¹³⁷. Del mismo modo, los textos no dicen *iussu patris dominive filius servusve contraxit*¹³⁸, sino *iussu patris dominive cum filio servove contractus est*¹³⁹. Parece claro, entonces¹⁴⁰, que el *iussum* del *paterfamilias* es concebido por los clásicos como referido a la actividad del tercero, no del sometido.

c) En las fuentes, la situación de quien contrata con un sometido *iussu patris* es comparada con la de quien contrata directamente con el *paterfamilias*:

Gai.4,70

In primis itaque, si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur.

Ulp.29 ad ed.

D.15,4,1pr.

Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet.

d) En la propia fórmula de la *a. quod iussu*, "*Quod iussu Ni Ni As As Gaio, cum is in potestate Ni Ni esset, togam vendidit ...*"¹⁴¹, el que actúa *iussu patris* (*iussu Ni Ni*) no es el sometido, sino el tercero (*As As*).

e) Considérese, en fin:

et ideo si sic contestatus sit: "Quod voles cum Stichio servo nec negotium gere periculo meo", videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.

¹³⁶ También la *subscriptio* de un quirógrafo, que vale como *iussum* (Ulp.29 ad ed.-D.15,4,1,4: *Seu et si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur quod iussu*), es una declaración dirigida al tercero, pues el quirógrafo debe entregarse a éste.

¹³⁷ Ulp.2 resp.-D.15,4,3: *Dominum, qui iussit semissibus usuris servo suo pecuniam mutuam credi, ... Paul.4 ad Plaut.-D.15,4,5pr.: Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus iusserit servo filiove numerari, ... Paul.4 ad Plaut.-D.15,4,5,1: Si unus ex servi dominis iussit contrahi cum eo, ... C.4,26,13pr.: Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur quod iussu, si certum numerari praeceperint servo actorive pecuniam. [a.422].*

¹³⁸ Con la excepción de Ulp.29 ad ed.-D.14,5,2, itp. según HEUMANN-SECKEL, p.291, s.v. *iubere*, cfr. también BONFANTE, *Obbligazioni* p.356.

¹³⁹ Ulp.29 ad ed.-D.15,4,1,8: *Si iussu fructuarii erit cum servo contractum, ... Ulp.29 ad ed.-D.15,4,1,9: Si curatore adulescentis vel furiosi vel prodigi iubente cum servo contractum sit, ... Paul.30 ad ed.-D.15,4,2pr.: Si tutoris iussu servo pupilli creditum sit, ... §1 Si iussu domini ancillae vel iussu patris filiae creditum sit, ... §2 Si iussu meo cum alieno servo contractum fuerit ... Ulp.10 ad ed.-D.15,4,4: Si iussu eius, qui administrationi rerum civitatis praepositus est, cum servo civitatis negotium contractum sit, ...; I.4,7,1: Si igitur iussu domini cum servo negotium gestum erit, ...*

¹⁴⁰ Cfr. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge 1908) p.167.

¹⁴¹ LENEL, *EP.*³ p.278.

Paul.30 ad ed.

D.14,6,12

Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatus consultum. sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus senatus consulto non erit, quoniam initium contratus spectandum est.

Aquí no sólo se comprueba que el *iussum* se entiende referido a la actividad del tercero (*iusserit pater filio credi*), sino también que su revocación no es posible si el tercero (*creditor*) la ignora. Aunque el texto se refiere a la revocación simplemente a los efectos del sc. Macedoniano, lo mismo ocurre, a nuestro parecer, en relación a la *a. quod iussu*; de ello se deduce que lo relevante en el *iussum* es la dimensión *ad extra*, y que la revocación puramente interna, es decir, conocida sólo por el sometido, no puede afectar al tercero que, ignorándola, contrata con éste.

Que el destinatario del *iussum* sea el tercero no supone que el sometido lo desconozca, lo que será infrecuente, sino sólo que su conocimiento es jurídicamente irrelevante, ya que el *iussum* en sí consiste en la declaración que recibe el tercero, no en la orden o indicación al sometido¹⁴². Por otra parte, el

¹⁴² Esta concepción del *iussum*, que hace esencial la comunicación al tercero co-contratante, es puesta en duda por BUCKLAND, *Slavery* p.167. Buckland reconoce que, "as this additional liability would hardly be undertaken except as an inducement to the other party to contract, it seems obvious to communicate it to him"; pero esto no significa, a su juicio, que la comunicación al tercero sea un requisito esencial para la *a. quod iussu*; para Buckland, no hay nada de improbable en lo contrario. El comienza observando que el requisito de la comunicación a tercero no se enuncia expresamente en las fuentes. Y, como argumentos contra su existencia, aduce: a) que la *a. quod iussu* también se concede contra quien ratificó, y en este caso es claro que no existe comunicación previa; b) los textos en que la mera *voluntas domini* se considera suficiente para la *a. quod iussu*; c) los textos que (frente a los recogidos *supra* en nn.137 y 139) refieren el *iussum* al esclavo y no al tercero; d) la analogía con el supuesto del sometido que recibió algo como *nauta*: en tal caso, según Ulp.14 ad ed.-D.4,9,3,3, el *paterfamilias* se obligaba *in solidum* por el *receptum*, con sólo que el sometido hubiera actuado *voluntate eius*, y, finalmente, e) si la comunicación al tercero fuera un requisito de la *a. quod iussu* no se entendería el caso del *deceptus* descrito en Ulp.29 ad ed.-D.14,5,4,5: *Is qui de peculio egit, cum posset quod iussu, in ea causa est, ne possit quod iussu postea agere, et ita Proculus existimat: sed si deceptus de peculio egit, putat Celsus succurrendum ei: quae sententia habet rationem*. Frente a estos argumentos de Buckland, se puede observar lo siguiente: la equiparación al *iussum* de la *ratihabitio* (a) no fue unánime entre los clásicos (cfr. C.4,28,7pr.: *veterum ambiguitas*), y, en todo caso, no afecta al requisito de la comunicación a tercero, sin la cual tampoco parece que haya ratificación eficaz. Los textos (b), atribuidos a Ulpiano, en que el *iussum* es equiparado a la simple *voluntas* no parecen clásicos. De los textos (c) en los que el *iussum* se refiere al esclavo, lav.7 ex Cass.-D.18,1,63pr. y Paul.32 ad ed.-D.17,1,5,4 no valen como prueba porque no tratan de la *a. quod iussu*; los otros dos que cita Buckland, Ulp.29 ad ed.-D.15,3,5,2 y Ulp.7 disp.-D.46,1,10,2, son ambos sospechosos (vid. *infra* n.147). En cuanto a (d) la analogía con el caso del *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* descrito en Ulp.29 ad ed.-D.4,9,3,3, parece más razonable pensar (véase el segundo supuesto que describe el texto)

iussum puede, como cualquier otra manifestación de voluntad, ser comunicado mediante un *nuntius*¹⁴³, y el *nuntius* natural es aquí el propio sometido. En tal caso, el *iussum* aparece externamente como dirigido al sometido, pero su destinatario sigue siendo el tercero; por eso, la orden interna no es suficiente cuando, por no referirse a un co-contratante concreto, no puede entenderse como dirigida a éste¹⁴⁴. Esta concepción del *iussum* se mantiene durante toda la época

que no es el sometido, sino el *paterfamilias* mismo, quien ejerce como *nauta*, *caupo* o *stabularius*: por eso, basta la simple *voluntas* para que se obligue, pero no ya por la *a. quod iussu*, sino seguramente por la propia acción del *receptum*. Es claro que, si en este caso, el *paterfamilias* se obliga por su propia actividad como *nauta*, *caupo* o *stabularius*, resulta impropio extraer del mismo conclusiones para la *a. quod iussu*. Finalmente (e), la "deceptio" a la que se refieren Celso-Ulpiano en D.14,5,4,5, puede muy bien ser posterior a la conclusión del negocio, y, por tanto, compatible con la existencia de un *iussum* previo comunicado al tercero: así, en el caso de que sea el sometido quien comunique el *iussum* al tercero, y luego, ya concluido el negocio, el *paterfamilias* niegue -falsamente- haberlo otorgado: el tercero, engañado por el *paterfamilias*, reclamará con la *a. de peculio*, pero si después encuentra pruebas de que aquél sí había otorgado el *iussum*, *putat Celsus succurrendum ei*. El texto no sirve, por tanto, como prueba de que la comunicación al tercero no es esencial al *iussum*.

¹⁴³ Así, expresamente, Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,1: *iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter ...*

¹⁴⁴ Alf.2 *dig.*-D.15,3,16: *Quidam fundum colendum servo suo locavit et boves ei dederat: cum hi boves non essent idonei, iusserat eos venire et his nummis qui recepti essent alios reparari: servus boves vendiderat, alios redemerat, nummos venditori non solverat, postea conturbaverat: qui boves vendiderat nummos a domino petebat actione de peculio aut quod in rem domini versum esset, cum boves pro quibus pecunia peteretur penes dominum essent. respondit non videri peculii quicquam esse, nisi si quid deducto eo, quod servus domino debuisset, reliquum fieret: illud sibi videri boves quidem in rem domini versos esse, sed pro ea re solvisse tantum, quanti priores boves venissent: si quo amplioris pecuniae posteriores boves essent, eius oportere dominum condemnari. El *iussum* del dueño es aquí la orden interna al esclavo: "vende los bueyes y, con el dinero obtenido, compra otros". En el texto, la orden de comprar bueyes nuevos no especifica el vendedor a quien han de comprarse: parece que ese extremo se deja a juicio del propio esclavo, que, de hecho, gestionaba la explotación agrícola con cierta independencia. Esto explica, a nuestro juicio, que la *a. quod iussu* no sea siquiera mencionada: el *iusserat reparari* del dueño, que no se refiere a un concreto vendedor, no basta para obligarle *quod iussu* frente al vendedor elegido por el esclavo. En este sentido, CLAUS, *Stellvertretung* p.76; vid. también WATSON, *The Law of Obligations in the later roman Republic* (Oxford 1965) p.187 s., que somete a crítica algunas otras posibles explicaciones. VALIÑO, art. cit., en *AHDE*.37(1967) 348, mantiene que el silencio de Alfeno se explica porque éste no conocía la *a. quod iussu*, que fue, a su juicio, una creación de Labeón; antes de Labeón, el *iussum* del *paterfamilias* lo obligaba frente al tercero únicamente, según Valiño, cuando el negocio era un *creditum*, pues en tal caso la *condictio* surgía directamente contra él. Labeón habría creado la *a. quod iussu* para obligar al *dominus iubens* también en los casos de *actiones bonae fidei*. Esta hipótesis nos parece poco probable (cfr. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano* (Milano 1990) p.85). Hay que tener en*

clásica¹⁴⁵: y, así, no bastan ni la simple orden interna al sometido¹⁴⁶, ni la simple *voluntas del paterfamilias*¹⁴⁷, si no se dirigen a un determinado co-contratante¹⁴⁸.

cuenta que la aparición de los contratos de buena fe es muy anterior a Labeón (KASER, *RPR*,² p.485, sitúa su origen en el S.III a. C.) y no es creíble que durante todo ese tiempo el *iussum* del *paterfamilias* fuese irrelevante en relación a los mismos; más antigua todavía es la *stipulatio*, que tampoco quedaría cubierta por el *iussum* paterno. Tampoco parece creíble -BONFANTE, *Obbligazioni* p.358- que acciones que revelan un afinamiento notable de los conceptos jurídicos, como la *de peculio vel de in rem verso*, o un desarrollo comercial avanzado, como la *exercitoria*, la *institoria* o la *tributoria*, sean más antiguas que la más elemental de todas, la *a. quod iussu*. Sobre la antigüedad de la *a. quod iussu*, vid., además, LEVY, *Sponsio* p.131 n.1. Los argumentos de Valifo son: que la *a. quod iussu* aparece en el Edicto detrás de todas las demás, y que el primer testimonio de la misma proviene precisamente de Labeón (Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,9). En cuanto al criterio del orden edictal, Valifo mismo reconoce que no es determinante, y, de hecho, él es el primero en saltárselo respecto de la *a. tributoria*, que se menciona en el Edicto antes de la *de peculio*, pero parece razonable considerar posterior. Tampoco el segundo argumento es decisivo, porque las referencias en el Digesto a juristas anteriores a Labeón son demasiado escasas como para extraer conclusiones *a silentio*. Valifo se apoya también en el silencio de nuestro texto, pero éste se explica mejor, a nuestro juicio, por el carácter puramente interno del *iussum* en cuestión.

¹⁴⁵ La comunicación al tercero parece permanecer como requisito del *iussum* incluso en época postclásica: vid. SAUTEL, art. cit., en *Mélanges Levy-Bruhl* p.265 ss.

¹⁴⁶ No se deduce lo contrario de Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,3, en el que Ulpiano no equipara al *iussum* la simple orden interna dirigida al sometido, sino el contrato de mandato con el tercero. El texto no debe leerse aisladamente, sino en conexión con el precedente §2: *Sed ego quaero, an revocare hoc iussum antequam credatur possit: et puto posse, quemadmodum si mandasset et postea ante contractum contraria voluntate mandatum revocasset et me certio. visset. (3) Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur iussisse*. El supuesto *si mandaverit pater dominusve* de §3 se inserta en el hilo del pensamiento ulpiano a raíz de la comparación entre *iussum* y contrato de mandato de §2 i.f. El contexto obliga a entender, por tanto, que Ulpiano sigue hablando del contrato, de modo que *mandaverit* no puede entenderse referido al sometido (por la razón evidente de que un contrato entre éste y el *paterfamilias* es inconcebible), sino al tercero. Lo que dice Ulpiano es que si el *paterfamilias* concluye con un tercero el mandato de que contrate con el sometido, eso es, en realidad, un *iussum*. Vid., más en detalle, *infra* §63 (nº3).

¹⁴⁷ En Ulp.29 *ad ed.*-D.15,3,5,2, la genérica *voluntas del paterfamilias*, de cualquier modo que se manifieste, parece valer como *iussum*, pero el texto no parece clásico: *Quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi: sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit: si vero nihil eorum est, de peculio erit actio*. Repetidamente se ha observado lo sospechoso de la construcción, *quod si ... si quidem ... sin vero ... si quidem ... si vero*; la sospecha se hace más sólida si se observa la ubicación del fragmento: D.15,3,5 forma parte de un pasaje bastante extenso (cfr. LENEL, *Palingenesia* II col.600-603, fr.856 Ulp.), consistente en una compleja discusión casuística sobre el concepto de *versio*, en relación a la *a. de in rem verso*; parece impropio de Ulpiano que este análisis casuístico sobre la *versio* cese de repente, para dar paso a un cuadro sinóptico escolar acerca de los supuestos básicos de la *a. quod iussu* y *de peculio vel de in rem verso*, y se reanude luego sin más la discusión acerca de la *versio*. Además, contra BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, en

Es posible incluso que, en época de Labeón, no valiese como *iussum* ni aun la orden interna referida a un tercero concreto¹⁴⁹: si esta posible rigidez originaria

*BIDR.*28(1915) 238, y SEGRE, *In materia di garanzie personali*, en *BIDR.*42(1934) 507, la idea de que la *ratihabito* del *dominus* genera contra él la *a. de in rem verso* es, con seguridad, falsa: esta doctrina no se entiende partiendo del régimen clásico de la *a. de in rem verso*, que se fundamenta en la *versio* objetiva, y entra además en contradicción con D.15,4,1,6 (sobre el cual, vid. *infra* n.148), perteneciente al mismo libro 29 *ad ed.* de Ulpiano. Dado que los textos contradictorios provienen de la misma masa sabiniana, parece más probable que D.15,3,5,2 sea obra de un glosador postclásico. Vid. SOLAZZI, "*Iussum*" e "*ratihabito*", en *SDHI.*16(1950) 271 ss. En conclusión, el texto no es un apoyo fiable, que permita afirmar -así, BUCKLAND (vid. *supra* n.142) y SAUTEL, art. cit., en *Mélanges Lévy-Bruhl* p.260 y n.5- que la simple *voluntas* era suficiente para la *a. quod iussu*; tampoco lo prueba el otro texto que aporta Sautel, Ulp.2 *resp.*-D.15,4,3, que no invoca la *voluntas* en relación a la *v. quod iussu*, sino a la eficacia de la *datio pignoris* realizada por un esclavo. --- Según otro texto atribuido a Ulpiano, que también resulta muy sospechoso, sería incluso suficiente que el *paterfamilias* conociera el negocio que el sometido se dispondría a realizar. El texto es Ulp.7 *disp.*-D.46,1,10,2: *Filius familias pro patre poterit fideiubere nec erit sine effectu haec fideiussio, primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id quod facere potest, dein quod et, dum in potestate manet, condemnari potest. [sed an pater ex hac causa quod iussu ieneatur, videamus: et puto ad omnes contractus quod iussu etiam referri. sed si ignorante patre pro eo fideiusserit, cessat ista actio: tamen quasi in rem patris versum sit, potest agi cum patre.] plane si emancipatus solverit, utilis ei actio debet competere: in potestate etiam manenti eadem actio competit, si de peculio castrensi pro patre solverit.* El texto se plantea la posibilidad de que un hijo de familia salga fiador por su padre. El supuesto parece un tanto artificial, porque difícilmente se admitiría a un hijo como fiador del padre, pero, prescindiendo de defectos formales, la primera parte del texto se entiende bien. No así la segunda: la pregunta acerca de la *a. quod iussu* resulta sorprendente, porque, siendo el padre el deudor principal, el acreedor dispone ya contra él de la acción de la deuda; si resulta que del padre nada puede conseguirse, cabe intentar reclamar del hijo como fiador (así, sobre todo, si tiene peculio castrense), pero no tiene sentido volver *quod iussu* contra el padre. Absurda resulta, en fin, la frase sobre la *versio*: porque, antes de que el hijo pague por el padre no hay *versio*, y, de haber pagado, el acreedor que cobró no necesita ya acción alguna.

¹⁴⁸ Incluso el *iussum* genérico se concibe únicamente cuando se refiere a un tercero concreto: cfr. Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,1: *Iussum autem accipiendum est ... sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: "Quod voles cum Stichio servo meo negotium gere periculo meo", videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.* --- La equiparación de la ratificación al *iussum*, o los efectos de la *a. quod iussu*, es admitida mayoritariamente como clásica, sobre la base de Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,6. El texto parece haber sufrido retoques (*vel filius* parece añadido; el ratificante *quis* se convierte en *eos* al final), pero no hay pruebas de que su contenido sea falso: cfr. SOLAZZI, art. cit., en *SDHI.*16(1950) 272 y n.3. Probablemente, Ulpiano desarrollaba la cuestión más a fondo, porque sabemos, por la alusión justiniana a la *veterum ambiguitas* en C.4,28,7pr., que la ratificación no era unánimemente reconocida como suficiente. Falsa parece, en todo caso (*supra* n.147), la doctrina de Ulp.29 *ad ed.*-D.15,3,5,2, según la cual de la *ratihabito* surge la *a. de in rem verso* contra el *dominus*. Bibliografía sobre esta cuestión, en HERNANZ, *Iussum* p.134 nn.157 y 158.

¹⁴⁹ Paul.11 *ad ed.*-D.4,3,20pr.: *Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuum a me accepit et tibi solvit: Labeo ait de dolo malo*

guarda o no relación con un inicial carácter solemne del *iussum*, que exigiría la presencia de ambas partes, es una cuestión sobre la que sólo caben conjeturas; en todo caso, de ese supuesto formalismo inicial no queda rastro alguno en las fuentes¹⁵⁰.

actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit. Resulta muy llamativo que la posibilidad de reclamar *in solidum* contra el *dominus* como *iubens* (a nuestro juicio, ya no con la *a. quod iussu*, que, por lo demás, Labeón conocía -cfr. Ulp. 29 *ad ed.*-D.15,4,1,9-, sino, tratándose de un mutuo, directamente con la *condictio*: vid. *infra* §46) ni se plantea en el texto, mencionándose únicamente, junto a la *a. de dolo*, la *de peculio vel de in rem verso*. Como explicación, cabe pensar -así, ALBANESE, *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, en *AUPA* 28(1961) 280 n.146- en el carácter puramente interno de la exhortación al esclavo, que no bastaría, para Labeón, como *iussum*, a pesar de que, aparentemente, se refiere a un mutuante concreto. La idea de que el *iussum* era una declaración dirigida al tercero habría sido, en sus orígenes, tan rígida como para exigirse la comunicación directa entre éste y el *paterfamilias*. — Según RABEL, art. cit., en *Festschrift Zitelmann* p. 23 s., la insuficiencia de la orden interna explica también el silencio sobre la *a. quod iussu* en C.4,25,6: *Idem* (sc. *Impp. Diocletianus et Maximianus*) *AA. et CC. Onesimae: Qui secutus domini voluntatem cum servo ipsius habuit contractum, ad instar actionis institutoriae recte de solido dominum convenit* [a. 294]. Es cierto que el texto no habla de *iussum* sino de *voluntas*, pero aquí no hay razón para pensar en una orden puramente interna: de hecho, es el tercero y no el esclavo quien, según el tenor del texto, *contrató voluntate domini*. Por eso, no se entiende que este rescripto olvide la *a. quod iussu* y conceda contra el *dominus* nada menos que la *a. quasi institutoria*. Parece más razonable pensar que, o bien el texto conservado en el *Codex* está corrompido -así, ALBERTARIO, *L'actio quasi institutoria*, en *Studi di Diritto romano* IV (Milano 1946) p.213, SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, en *BIDR.* 25(1912) 120 y DE FRANCISCI, rec. a Taubenschlag (*RPR. zur Zeit Diokletians*), en *BIDR.* 33(1923) 253-, o bien en época de Diocleciano la fuerza expansiva de la *a. ad exemplum institutoriae* había llegado al punto de invadir el terreno de la *a. quod iussu* -SAUTEL, art. cit., en *Mélanges Lévy-Bruhl* p.264-. Más bibliografía sobre este extraño rescripto en HERNANZ, *Iussum* p.113 n.90.

¹⁵⁰ El *iussum* que conocemos es informal: cfr. Ulp. 29 *ad ed.*-D.15,4,1,1; así, el mudo, que no puede participar en una estipulación, *si obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus*: Ulp. 48 *ad Sab.*-D.45,1,1pr. Fue PERNICE, *Labeo I* p.505 s., el primero en especular acerca del origen solemne del *iussum* del *paterfamilias*. Pero él mismo reconocía: "Von einer notwendigen Formel dieser Aufforderung ist nichts überliefert". La idea no resulta convincente a no ser que se suponga además que ese *iussum* era eficaz para el *ius civile* -así, BONFANTE, *Obbligazioni* p.358-, porque sería insólito que el formalismo hubiera surgido con la tutela pretoria. A la hipótesis de la primitiva eficacia civil del *iussum* podría oponerse que, en tal caso, no habría sido necesaria la introducción de una *a. quod iussu* pretoria: pero hay que tener en cuenta que ésta tutela también los casos de *iussum* informal, que habrían sido ineficaces para el *ius civile*. Por otro lado, es posible que la eficacia civil del primitivo *iussum* no abarcara cualquier posible obligación contraída por el sometido; en esta línea, VALIÑO, art. cit., en *AHDE* 37(1967) 408 s., supone que el primitivo *iussum* solemne se aplicaba únicamente a los actos crediticios, en los que la *condictio* surge (*infra* §46) directamente contra el jefe de la casa, viniendo la *a. quod iussu* a cubrir el ámbito de los contratos de buena fe. Se trata de una conjetura sugestiva (dejando al margen el problema de la fecha de creación de la *a. quod iussu*: vid. *supra* n.144 i.f.), pero no existen pruebas que la avalen. El giro contenido en Ulp. 29 *ad ed.*-D.15,4,1,1 "*quod*

§45 Naturalmente, concebir el *iussum* como una declaración dirigida al tercero supone ya descartar que se trate de una orden¹⁵¹; el tercero no se cuenta entre los *subiecti* del *paterfamilias*, de modo que éste no actuará frente a él imponiendo una conducta. De aquí se deduce habitualmente que este *iussum*, que no es una orden, debe ser considerado una "autorización", en la terminología germánica, una "Ermächtigung"¹⁵².

Ya de entrada, podría sorprender que unánimemente se traduzca *iubere-iussum* como "autorizar", "autorización", "ermächtigen" o "Ermächtigung", porque estas acepciones están muy alejadas de las que aparecen¹⁵³ en los Diccionarios no jurídicos o en el *Thesaurus*. "Autorizar", "ermächtigen", no son ciertamente sinónimos de "ordenar", "invitar" o "disponer". El abandono de estos límites podría justificarse si los términos propuestos expresaran con toda precisión la esencia del *iussum*, pero esto parece, cuanto menos, dudoso¹⁵⁴.

Identificar *iussum* con "autorización" perturba, particularmente, la distinción romana entre *iussum* y *auctoritas*, que no reside

voles cum Stichō serv. meo negotium gere periculo meo" podría servir para reconstruir una fórmula una vez probada su existencia, pero faltan precisamente evidencias de que alguna vez fue necesaria. Por ello, otros autores ignoran estas especulaciones; así LEVY, *Sponsio* p.129 y n.4; CLAUS, *Stellvertretung* p.66. Completamente infundada parece, en todo caso, la hipótesis de SAUTEL, art. cit., en *Mélanges Lévy-Bruhl* p.259 s., de que antes de que se introdujera en el Edicto la *a. quod iussu*, se recurría a una *fideiussio* formal entre el *paterfamilias* y el tercero: sobre la relación entre *iussum* y *fideiussio*, vid. *infra* §48.

¹⁵¹ Cfr. GIRARD, *Manuel*⁴ p.664 n.1; FLUME, *Akzessorietät* p.41 s.: "Denn das *iussum*, auf Grund dessen die *actio quod iussu* erfolgt, ist, wie heute wohl allgemein angenommen wird, kein Befehl".

¹⁵² Señaladamente: GIDE, p.458 ss.; HEUMANN-SECKEL, p.291, s.v. *iubere*; BUCKLAND, *Slavery* p.166.: "The *iussum* is not a command but an authorisation"; RABEL, art. cit., en *Festschrift Zitelmann* p.23 s., y *RPR* p.509; STEINWENTER, art. cit., en *RE*. X 2 col.1207; BETTI, *Istituzioni di Diritto romano I*² (Padova 1947) p.60; BERGER, *Dictionary* p.534, que define *iussum*: "an order or authorization given by a father (or master) ..."; BONFANTE, *Obbligazioni* p.355 ss.; ENDEMANN, p.15, p.19 y n.20; VALIÑO, art. cit., en *AHDE*.37(1967) 410 ss.; KASER, *RPR*.I² pp.264 y 608; CLAUS, *Stellvertretung* pp.47 n.12, 65 y 70 *passim*, habla de "autorisieren" y "Autorisation", y mantiene incluso que ése es el sentido etimológico de la palabra *iussum* (sobre la cuestión, vid. *supra* §42 n.81); TALAMANCA, *Istituzioni* p.87.

¹⁵³ Vid. *supra* §42 n.82 ss.

¹⁵⁴ Contra los intentos de reconducir el *iussum* a categorías dogmáticas modernas, advertía ya BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR*.28(1915) 228: "E ben vero che la moderna dottrina si è affaticata a determinare la natura del *iussus* in quanto è manifestazione del volere dell'avente potestà; ma è anche vero che non pare possibile ridurre il *iussus* ad alcuna nostra categoria di negozi obbligatori, appunto perché ha origini della particolarissima struttura e funzione della famiglia romana".

simplemente en que la *auctoritas* siga al acto y el *iussum* lo preceda¹⁵⁵. Esta diferencia temporal es consecuencia de otra esencial: la *auctoritas* sigue al acto porque consiste en su aprobación. El que aprueba un acto no emite una declaración de voluntad, sino de conocimiento: aprobar no es consentir, sino juzgar correcto lo hecho, y un acto no puede juzgarse antes de haber sido realizado. Este es el sentido romano de autorizar, tanto en el Derecho público -la *auctoritas* senatorial¹⁵⁶- como en el privado -la del tutor-¹⁵⁷. El *iussum* es, frente a la *auctoritas*, una declaración de potestad (*supra* §43 i.f.). Esto resulta también evidente en la *a. quod iussu*, donde se trata de asumir las obligaciones surgidas de un negocio del sometido, de modo que no se pone en juego simplemente el conocimiento, sino la voluntad de quien dispone de lo suyo. Desde luego, no es correcto decir que el padre "autoriza" a un tercero para que contrate con el sometido, porque, en el Derecho privado, la autorización viene a suplir la falta de capacidad de quien realiza un negocio¹⁵⁸; es precisamente la falta de capacidad lo que hace necesario que quien si puede discernir confirme con su autoridad el acto realizado¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Ulp.8 *ad Sab.*-D.29,2,25,4: *Iussum eius qui in potestate habet non est simile tutoris auctoritati, quae interponitur perfecto negotio, sed praecedere debet, ut Gaius Cassius libro secundo iuris civilis scribit ...* No puede decirse -con PERNICE, *Labo* I p.504 y n.3-, que Casio distinga ambos únicamente según criterios formales, ni mucho menos, -con GIDE, p.460 n.1- que *iussum* y *auctoritas* sean sinónimos, y exista entre ellos sólo una diferencia temporal. El que Casio explicase que el *iussum*, a diferencia de la *auctoritas*, debe preceder al acto, no supone que ésa fuera para él la única diferencia; lo mismo puede decirse de Ulpiano, a quien, en este contexto, sólo le interesa resaltar que el *iussum* no puede ser posterior a la adición por el sometido. Cfr. VALIÑO, art. cit., en *AHDE*.37(1967) 423 s.

¹⁵⁶ Para la contraposición en las fuentes entre *iussum populi* y *auctoritas senatus*, vid. *supra* §43 n.129. Incluso cuando, en virtud de las *leges Publiliae Philonis* -vid. CASSOLA-LABRUNA, "Interregnum" e "auctoritas", en *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*² (Milano 1989) p.194- el Senado concedía la *auctoritas* ya *ante initium suffragium*, *istz.* sigue consistiendo esencialmente en una "aprobación" posterior, aunque lo aprobado no es ya lo dispuesto por el pueblo, sino lo propuesto por el magistrado.

¹⁵⁷ Sobre el significado político del paralelismo entre la *auctoritas patrum* y la del tutor, vid. CASSOLA-LABRUNA, art. cit., en *Lineamenti*² p.188; enfatizando, en cambio, las diferencias entre ambas especies de *auctoritas*, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte I. Staatsrecht und Rechtsquellen* (Leipzig 1885) p.46 s.

¹⁵⁸ Así ocurre con el tutor, respecto de los actos del *infantia maior* (no respecto del *infans*, cuya falta absoluta de capacidad hace necesario un tutor con *potestas*: vid. Aulo Gelio, *NA*.5,19,10).

¹⁵⁹ La función del *iussum* paterno no es integrar la capacidad del tercero. El hecho mismo de que sea un tercero el destinatario del *iussum* excluye que éste sea una "autorización" en el sentido clásico, ya que si aquél fuese incapaz no sería ciertamente la *auctoritas* de un extraño la necesaria para subsanar el defecto.

Lo que ocurre es que, en el Derecho actual, se ha generalizado un concepto de autorización extraño a la *auctoritas* romana: por "autorizar" se entiende hoy "permitir", "habilitar", "facultar"¹⁶⁰; esta "autorización" ya no sigue al acto, sino que lo precede, lo que pone en evidencia que no consiste en un juicio, sino en una declaración de voluntad. Pero tampoco este sentido de "autorizar" conviene al *iussum*. El tercero no necesita el permiso del padre para negociar con el sometido; no necesita ser "facultado" para ello, pues él tiene ya la "facultad" de negociar con quien desee, de modo que su negocio con el sometido puede ser válido sin necesidad del *iussum* paterno. El que está "autorizado" o "facultado" puede obrar válidamente, pero el que negocia con un sometido *iussu patris* es como si -al menos para el Pretor- hubiera negociado con el *pater* mismo. *Iussum* y "autorización" son, por tanto, conceptos distintos¹⁶¹.

Quizá tampoco los términos "ermächtigen" y "Ermächtigung" sean los más adecuados para traducir la noción del *iussum* romano. En ellos subyace la idea de que alguien (A) confiere a otro (B) un poder ("Macht") de disposición sobre derechos de A y de injerencia en su esfera jurídica¹⁶². Es claro que esta idea de "apoderamiento" no puede entenderse como referida al tercero¹⁶³; de haber alguien que "representa" al *paterfamilias*, éste ha de ser el sometido: en este sentido, la "Ermächtigung" puede concebirse como un poder de representación "ad extra", es decir, conferido al sometido y comunicado al tercero. Pero esta idea de poder de representación es extraña a la mentalidad jurídica romana, inadecuada para la relación entre el *paterfamilias* y sus sometidos¹⁶⁴, e innecesaria para explicar la eficacia del *iussum*¹⁶⁵. En realidad,

¹⁶⁰ La acepción clásica se mantiene, en cambio, en el lenguaje común, en el verbo "desautorizar", que sigue significando "negar la aprobación": la "desautorización" es siempre posterior al acto desautorizado.

¹⁶¹ Salvo si, con BETTI, art. cit., en *RDCom.25* 1(1927) 608, se entiende por "autorizar", no "habilitar" o "facultar", sino "asumir al propio cargo las consecuencias onerosas del acto autorizado". Pero este concepto de autorización, contrapuesto por Betti a la simple "facoltizzazione", no es el del Derecho moderno, aunque Betti así lo pretende, sino una creación suya modelada sobre el ejemplo del *iussum* romano. Para una crítica de este concepto en relación a la *delegatio*, vid. *infra* §49.

¹⁶² Así, "Ermächtigung" se ha utilizado dogmáticamente para designar el poder de representación: cfr. F. LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB.* (München-Leipzig 1929) p.584, que define "Ermächtigung" como "die Beilegung der Befugnis in eigenen Namen über fremde Rechte zu verfügen".

¹⁶³ De ningún modo puede considerarse que el tercero que contrata con el sometido actúa como un "apoderado", en "representación" del *paterfamilias*, ni parece que esté "disponiendo" de un derecho de éste.

¹⁶⁴ Entre el sometido y el *paterfamilias* no hay una relación de representación: el sometido no puede re-presentar al titular de la potestad, porque no es, a los ojos del Derecho, una persona distinta de éste, de modo que resulta, además de chocante, incorrecto -contra BONFANTE,

por "ermächtigen" se entiende en la doctrina actual más bien "habilitar" o "facultar" que "conferir un poder de representación"¹⁶⁶, pero, en tal caso, su sentido coincide con el que ya hemos criticado de "autorizar".

Aunque el uso de "autorización" y "Ermächtigung" parece haberse impuesto de modo definitivo¹⁶⁷, tal vez no sea inútil subrayar que estos términos servirán como traducción del *iussum* clásico sólo si expresamente se los define en términos de "asumir como propio lo hecho por otro"¹⁶⁸.

§46 El *paterfamilias* queda vinculado por el *iussum*, de modo que no puede sustraerse a las obligaciones surgidas del negocio "dispuesto" por él. Como éstas surgen de un acto en el que él no ha participado, no le son exigibles civilmente; es el Pretor quien tutela la confianza del tercero en el *iussum* recibido, concediéndole la *a. quod iussu*.

Sin embargo, cuando la obligación que se trata de hacer valer contra el *paterfamilias* no surge propiamente de un acto realizado por el sometido, sino de una adquisición que ha de ser devuelta, la *a. quod iussu* ya no es necesaria, porque quien adquiere -y, por consiguiente, se obliga a devolver- es el *paterfamilias*, no el sometido, que carece de patrimonio propio. Así ocurre cuando un hijo o esclavo recibe un mutuo *iussu patris dominive*, o cuando se constituye, *iussu patris*, una dote en favor de un hijo de familia. En estos casos el padre que otorgó el *iussum* se obliga civilmente: del mutuo del sometido surge la

Obbligazioni p.355 ss., que resueltamente habla de "conferimento di potere" y "attribuzione della facoltà di rappresentare", considerarlos como "poderante" y "apoderado".

¹⁶⁵ Si el Pretor tutela al tercero que negoció *iussu patris dominive*, no es porque él o el sometido hayan actuado como apoderados del titular de la potestad, sino porque: a) todos los efectos positivos del negocio reierten en el patrimonio del *paterfamilias*, y b) así debe ocurrir también con los negativos cuando el negocio fue dispuesto por él.

¹⁶⁶ Este segundo sentido es el que permite a SCHLOSSMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung* I (Leipzig 1900) p.294 ss., concebir una "sekundäre Ermächtigung" en negocios como la prenda, el arrendamiento, el comodato, opuesta a la "selbständige Ermächtigung", o autorización independiente. Sin embargo, este sentido más amplio de "Ermächtigung" no es admitido por todos: vid., especialmente, la crítica de F. LEONHARD, *Allg. Schuldrecht* p.583 s.; *Bes. Schuldrecht* p.362 ss.

¹⁶⁷ Aun así, PERNICE, *Labo* I p.505, se refiere al *iussum* como "Aufforderung" y al tercero como "aufgefördert".

¹⁶⁸ Así, por todos, KASER, *RPR.*² p.265: "Bei dieser Handhabung ermächtigt der Vertretene den anderen zu dem Geschäft, indem er ihm (formlos) erklärt, daß er dessen Handeln für und gegen sich gelten lassen werde".

condictio contra el padre¹⁶⁹; de la dote, la *a. rei uxoriae*¹⁷⁰; en ninguno de los dos casos, la simple *a. quod iussu*.

¹⁶⁹ Así resulta necesariamente del juego de dos principios fundamentales del Derecho clásico: a) la *condictio* se fundamenta en una *datio*, es decir, en una atribución patrimonial que se retiene sin causa; b) todo lo que un *alieni iuris* adquiere lo adquiere (salvo cuando existen peculios especiales, no profecticios) para el *paterfamilias*. Cuando el hijo recibe una cantidad en mutuo, es el padre quien adquiere y retiene sin causa lo adquirido, de modo que la *condictio* ha de surgir directamente contra él. No faltan textos en apoyo de esta idea (Paul.4 *ad Plaut.*-D.15,4,5pr., Paul.4 *ad Plaut.*-D.12,1,29 y Paul.30 *ad ed.*-D.14,3,17,4-5), pero sobre ellos arroja la sombra de la sospecha el tenor de I.4,7,8: *Illud in summa admonendi sumus id, quod iussu patris dominive contractum fuerit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intellegitur. Et a condictio, concedida cualquiera que sea el negocio realizado por el sometido, y no sólo si precedió *iussu*, sino también en los casos de *versio* y en concurrencia con las acciones exercitoria e institoria, es, claramente, una innovación justiniana. ¿Ocurre lo mismo con la que se concede en los tres textos mencionados? — Comencemos por Paul.4 *ad Plaut.*-D.15,4,5pr.: *Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus iusserit servo filiove numerari, nulla quaestio est, quin ipsi condici possit: immo hoc casu de iussu actio non competit.* El giro de *iussu actio*, que no vuelve a aparecer en las fuentes, quizá deba ser corregido: [de] <quod> *iussu actio*. Salvada esta anomalía, no parece justificada la crítica de BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR.*28(1915) 239 n.1, contra toda la frase final [*immo-competit*]. Riccobono y Solazzi proponen una explicación distinta para la *condictio*. RICCOBONO, *Dal Diritto romano classico al diritto moderno (a proposito di D.10,3,14 [Paul.3 ad Plautium])*, en [*AUPA.*3-4(1917) 165 ss.=] *Scritti di Diritto Romano II* (Palermo 1964) p.399, elimina [*condici-fin*], reponiendo en su lugar, tras *quin ipsi*: <*pecunia numerata videtur; et ideo hoc casu dominus vel pater creditae pecuniae obligatus videtur*>, la cuestión se reduce así a un caso de adquisición de la posesión a través de un *alieni iuris*. En la misma línea, SOLAZZI, "*Condictio*" e azioni adiettizie, en [*RISG.*49(1911) 51 ss.=] *Scritti di Diritto romano I* (Napoli 1955) p.272: "Il pater familias non contrae il mutuo per mezzo del figlio, bensì, avendolo concluso esso medesimo -*pecuniam mutuam accepturus*- delega al figlio la riscossione del denaro". En definitiva, para Solazzi como para Riccobono, la *condictio* contra el *paterfamilias* no procede aquí de un mutuo del sometido, sino del *paterfamilias* mismo: el mutuo es convenido con el jefe -*pecuniam mutuam accepturus*-, y el sometido actúa como simple instrumento para la *numeratio pecuniae*. En vano replica VALIÑO, art. cit., en *AHDE.*37(1967) 425, que "hasta que haya *datio*, no hay obligación de restituir, pues el acuerdo de préstamo no tiene ningún valor". El acuerdo de préstamo no tiene eficacia obligatoria, pero sí un valor: el de funcionar como *causa adquirendi*. Así como el convenio de *credere* hace que el delegante mutuario se obligue frente al delegado mutuante, a pesar de que el dinero lo reciba un tercero, así también, en el caso propuesto, la *condictio* contra el *paterfamilias* se explica porque fue con él directamente -*pecuniam mutuam accepturus*- que se convino el préstamo. Hay que admitir, en conclusión, que D.15,4,5pr. no prueba que el mutuo contraído por un sometido obligue civilmente al *paterfamilias iubens*, pero del texto sí se puede extraer un fundamento más para nuestra hipótesis: cuando un mutuante acepta el *iussu credendi* del *paterfamilias*, puede entenderse que en esa aceptación está implícito un convenio de *credere* con el padre mismo: como se lee, con carácter general, en Ulp.29 *ad ed.*-15,4,1pr., *quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*. Todos los casos de *iussu credendi* del *paterfamilias* vendrían a equivaler, así, a mutuos realizados en favor del *paterfamilias* mismo. —*

— Tampoco sirve como prueba Paul.30 *ad ed.*-D.14,3,17,5, que está, a nuestro juicio, interpolado. El fragmento debe leerse conjuntamente con el §4 que lo precede: *Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam: "si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet". sed si ex eo contractu [peculium habeat aut] in rem meam versum sit nec velim quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet. nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram.* (5) [Ex hac causa etiam condici posse verum est]. MITTEIS, *Zur Lehre von der sog. conditio generalis*, en *JJB*.39(1898) 170, escribe, en defensa del texto, que quien juzgue libre de preconceptos, deberá referir *ex hac causa* no al contrato institorio abstracto, sino al caso concreto -a su juicio, un mutuo- enunciado en el texto precedente, sin dejarse engañar por la división en párrafos. Pero hay que observar que: a) en el texto precedente, Paulo reconocía, al demandante en la *a. institoria*, la posibilidad de hacer valer, mediante una *replicatio doli*, la responsabilidad *de in rem verso*; así, la *conditio* de §5 resulta ser -etiam- alternativamente concurrente con la *a. institoria*. Pero Paulo mismo había negado, en D.15,4,5pr., la posibilidad de semejante concurrencia: ... *immo hoc casu [de] <quod> iussu actio non competit.* b) Si el supuesto de D.14,3,17,4 hubiera sido de mutuo, Paulo no trataría del mismo en sede de *actio institoria*: obligado el *dominus* por la *conditio*, Paulo habría negado, como en D.15,4,5pr., la posibilidad de la acción adyecticia. Mitteis se equivoca, a nuestro juicio, cuando interpreta el *credere* del texto como referido a un mutuo. *Credere* se refiere al préstamo cuando se construye con acusativo de cosa (ordinariamente *pecuniam*), pero puede funcionar también como intransitivo, acompañado de dativo de persona, y entonces significa simplemente "fiarse de": vid. *OxLD*. p.456, s. v. *credo* 2 y 3-4. Así, la frase *denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes*, no se refiere al mutuo, sino que es una genérica advertencia de no negociar con el esclavo *praepositus* (de no "fiarse de él"): cfr. VALIÑO, art. cit., en *AHDE*.37(1967) 430. En conclusión, D.14,3,17,5, al conceder una *conditio* en concurrencia con la *a. institoria*, para cualquier negocio que realice el *institor*, remite a la *conditio generalis* concurrente que Justiniano introduce en I.4,7,8: ... *ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intellegitur.* En este sentido, cfr. SOLAZZI, art. cit., en [*RISG*.49(1911) 51 ss.=] *Scritti* I p.272 s., y los demás autores citados en *Index Itp. ad leg.* — El tercer y último texto en que aparece una *conditio* contra el *paterfamilias iubens* es Paul.4 *ad Plaut.*-D.12,1,29: *Si institorem servum dominus habuerit, [posse dici] Iulianus ait etiam condici ei posse, quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus sit.* Aunque, como se ve, el texto no está intacto, no hay razón para identificar la *conditio* que en él se concede con la *conditio generalis* justiniana: porque, si bien en su estado actual el texto no menciona expresamente que el negocio concluido con el *institor* sea un mutuo, ello puede adivinarse por: a) la relación con D.15,4,5pr., que pertenece al mismo libro 4 *ad Plaut.* de Paulo, y que, de hecho, según LENEL, *Palingenesia* I col.1152 s. fr.1103 Paul., hay que unir con éste; b) la ubicación del texto, por los compiladores, en sede de *rebus creditis*. En nuestra opinión, Juliano, comparando la *praepositio* del *institor* a un *iussum* general -*quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus est*-, concedía contra el *dominus*, al tercero que hubiera prestado al *institor*, la *conditio* misma. Este texto sí nos sirve como prueba, porque, aunque no se refiere a un mutuo contraído *iussu domini*, sino al contraído por un *servus institor*, el hecho de que Juliano fundamente la *conditio* en la analogía entre *praepositio* y *iussum* no sólo confirma nuestra hipótesis, sino que demuestra que el principio estaba tan solidamente implantado como para que se extrajeran consecuencias del mismo por analogía. — Aparte de este texto, no hay otras pruebas a favor de nuestra opinión, pero tampoco en contra. En Ulp.29 *ad ed.*-D.15,1,9,8, sólo se dice que el *paterfamilias* que otorgó el *iussum credendi* se obliga, pero sin especificar la acción. En Ulp.2 *resp.*-D.15,4,3, debe tratarse ya de la *a. quod iussu* (como sugiere el uso de *teneri*), porque la obligación contraída por el

esclavo no es la simple del mutuo, sino la estipulatoria del mutuo con interés. En Ulp.29 *ad ed.*-D.15,3,10,10, ni siquiera se trata de la responsabilidad del padre, como tampoco en Iul.12 *dig.*-D.14,6,14 y Paul.30 *ad ed.*-D.14,6,12, que únicamente se ocupan del *iussum* en relación al sc. Macedoniano. Contra nuestra opinión no cabe invocar el testimonio de Paul.30 *ad ed.*-D.15,4,2pr.-1 y Mod. *sing. de haur.*-D.16,1,25pr., porque el *credere* de estos textos es el intransitivo, que significa "confiar" y no "prestar". Tampoco es relevante para el caso Afr.8 *quest.*-D.15,3,17,1, en el que el *iussum* no procede del *dominus*, sino de un *servus* respecto de su *servus vicarius*. — En la época postclásica, este principio se olvida. Cfr. Th.2,31,1 [a. 422] (= C.4,26,13pr.): *Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur quod iussu, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam.*

¹⁷⁰ Cfr. BONFANTE, *Corso di Diritto romano I. Diritto di famiglia* (Milano 1963) p.483; D'ORS, *DPR* p.294 (§229). Los indicios de esta *a. rei uxoriae* contra el *paterfamilias* *tubens* se encuentran en dos textos. El primero es Ulp.33 *ad ed.*-D.24,3,22,2: *Transgrediamur nunc ad hunc articulum, ut quaeramus, adversus quos competit de dote actio. et adversus ipsum maritum competere palam est, sive ipsi dos data sit sive alii ex voluntate mariti vel subiecto iuris eius vel non subiecto. sed si filius familias sit maritus et dos socero data sit, adversus socerum agatur. plane si filio data sit, si quidem iussu soceri, adhuc absolute socer tenebitur: quod si filio data sit non iussu patris, Sabinus et Cassius responderunt nihilo minus cum patre agi oportere: videri enim ad eum pervenisse dotem, penes quem est peculium: sufficit autem ad id damnandum quod est in peculio vel si quid in rem patris versum est. sin autem socero dotem dederit, cum marito non poterit uxperiri, nisi patri heres extiterit.* Aunque Ulpiano sólo dice que la dote dada al hijo *iussu soceri* puede reclamarse por entero del suegro, y el uso de *tenebitur* puede hacer pensar más bien en la pretoria *a. quod iussu*, la continuación del texto hace más probable, a nuestro juicio, que se trate de la *a. rei uxoriae* civil: porque, aun para el caso de que el hijo haya recibido *non iussu soceri*, Sabino y Casio respondían *nihilo minus cum patre agi oportere*, y la acción no puede aquí ya ser la *a. quod iussu*, pues no hubo *iussum*, ni tampoco es — como se deduce de la frase siguiente, *sufficit autem* — la *de peculio vel de in rem verso*, no queda sino la acción civil misma, la *a. rei uxoriae*, de modo que ésta debía ser también, al menos para Sabino y Casio, la procedente en caso de *iussum*. — El segundo texto es Paul.7 *resp.*-Vat.102, para el que, como ha puesto en evidencia ALBERTARIO, *Glossemi nel fr. Vat.102* [(Pavia 1920) =] *Studi di Diritto romano V* (Milano 1937) p.559 ss., conviene prescindir de las versiones habituales, alteradas arbitrariamente por los editores modernos (así también FIRA.) y volver al texto del manuscrito vaticano: *L. Titius cum esset in patris potestate, absente eo duxit in matrimonium Septiciam filiam familias, cuius nomine dotem accepit a patre; postea supervenit patrem, quo praesente duravit in diem mortis filii matrimonium: postmodum decessit L. Titius. quaero, an ex eo, quod non contra dixit pater, etiam dotis datione consensisse videatur, et ideo actione rei uxoriae filii nomine tentatur. Paulus respondit patrem etiam postea nuptiis consentientem et matrimonium filii sui et dotem efficere, et ideo ex persona filii rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse, in qua actione peculii quantitas deducitur. tamen in proposito tutius fuit respondere ex persona filii eum conveniri posse, qui solus contraxerat, etsi alias placeat patrem, quo consentiente filius dotem accepit, rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse.* ALBERTARIO, l.c., señala dos glosemas: [iudicio vulgari] y [tamen-fin]; pero esta reconstrucción de Albertario no nos parece convincente: a) cuando los clásicos conceden una determinada acción en la medida del peculio, no se refieren a la acción de base, sino sin más a la *de peculio*. Paulo no habría escrito *rei uxoriae conveniri posse, in qua actione peculii quantitas deducitur*, sino simplemente *de peculio conveniri posse*. cfr. Paul.36 *ad ed.*-D.24,3,25pr.: *Si filio familias dos data sit iniussu patris, de peculio quidem agatur.* b) La supuesta glosa, *tamen in proposito tutius fuit respondere*

El *paterfamilias* también se obliga civilmente, cuando otorgó el *iussum* de adir, por las deudas de la herencia deferida a un sometido¹⁷¹. Este caso no es del todo asimilable a los que hemos mencionado del mutuo y la dote, porque aquí no se puede decir que las obligaciones que el padre asume surjan de la adquisición que realiza, aunque vayan inseparablemente unidas a ella¹⁷². Semejante a éste parece el caso del *paterfamilias* que otorga a un sometido el *iussum* de entrar en sociedad: las obligaciones derivadas del contrato de sociedad también están unidas inseparablemente a la adquisición de cuotas de copropiedad sobre el patrimonio de los restantes socios; como el titular de estas cuotas será necesariamente el *paterfamilias*, no cabe extrañarse de que también él se obligue civilmente frente a la *actio pro socio*¹⁷³.

§47 Como conclusión, importa resaltar que el *iussum* de la *a. quod iussu* no consiste en una orden interna al sometido, sino en la asunción anticipada por el *paterfamilias*, frente al tercero contratante, de las obligaciones que surjan del negocio realizado por el sometido¹⁷⁴.

ex persona filii eum conveniri posse, qui solus contraxerat, a pesar de presentarse -tamen, tutius- como diversa de la respuesta de Paulo, no varía en nada respecto de aquélla: también Paulo dice que el padre responde *ex persona filii*. Nuestra hipótesis acerca del texto original es la siguiente: Paulo refería, en primer lugar, una opinión, según la cual el padre debía responder no *ex persona filii* sino en nombre propio, y, por tanto, no únicamente en la medida del peculio, sino íntegramente, y no *quod iussu* sino frente a la misma acción civil: *rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse*. Esta opinión coincidiría con la de Sabino y Casio que conocemos por Ulp.33 *ad ed.*-D.24,3,22,2. Luego, el propio Paulo respondía que era preferible que sólo se pudiese reclamar del padre *ex persona filii, qui solus contraxerat*, y, por tanto, no mediante la acción civil, sino con la pretoria *de peculio* (congruentemente con Paul.36 *ad ed.*-D.24,3,25pr.), aunque en otros casos -alias- en los que el hijo recibe la dote *consentiente patre*, pueda reclamarse contra el padre *rei uxoriae iudicio vulgari*.

¹⁷¹ Sobre este supuesto, vid. *infra* §56.

¹⁷² Pero, aunque las deudas hereditarias existan en sí mismas ya antes de la adición del sometido, sí se puede decir que para el *paterfamilias*, estas deudas surgen de una adquisición. D'Ors, *DPR.*³ p.294 (§229), habla genéricamente de "obligaciones inherentes a una adquisición", tanto para el caso de la herencia como para el del mutuo y la dote.

¹⁷³ Cfr. Ulp.(Iul.) 31 *ad ed.*-D.17,2,58,2, y Lab.6 *post. a lav. spit.*-D.17,2,84, sobre el cual, vid. VALIÑO, art. cit., en *AHDE*.37(1967) 432 ss., con lit. — La explicación que hemos propuesto de los supuestos en que hay indicios de una *a. civilis* contra el padre nos parece preferible a la conjetura de que la responsabilidad *quod iussu*, inicialmente pretoria, fue luego recibida en el *ius civile*: esta hipótesis fue sugerida por MITTELS, art. cit., en *JJB*.39(1898) 167 ss. Cfr., además, v. MAYR, *RRG*.II 2 1 p.24; GIRARD, *Manuel*⁴ p.668 n.1; STEINWENTER, art. cit., en *RE*. X 2 col.1308.

¹⁷⁴ SOKOLOWSKI, *Das Garantienmandat nach römischem und gemeinem Recht* (Halle 1890) p.26 *passim*, concibe el *iussum* como un acto de "Garantienübernahme". Es cierto que, al

Esta noción va más allá de los significados de *iubere-iussum* en el lenguaje ordinario: la idea de "ordenar" es aquí inadecuada; la de "invitar", insuficiente. La asunción: "*ad extra*" por anticipado de determinadas consecuencias de un negocio ajeno¹⁷⁵ es algo más que una simple "invitación". Y es que estas dos notas, la admisión de un acto ajeno como propio y la dirección *ad extra*, esenciales al *iussum* de la *a. quod iussu*, no proceden de los significados ordinarios de *iubere-iussum*: se trata de notas técnicas. Por eso, este *iussum* debe ser considerado un concepto técnico. Esta misma acepción técnica de *iubere* la encontraremos en otras aplicaciones (*fideiussio*: *infra* §48; *delegatio*: *infra* §50), pero en su elaboración jurídica debió de jugar un papel preeminente la *a. quod iussu*; de hecho, es en sede de *a. quod iussu* que los clásicos se plantean las cuestiones generales acerca del *iussum* -los modos de emitirlo, la revocabilidad-, válidas también para otras aplicaciones¹⁷⁶.

A esta acepción técnica de *iubere-iussum* se contraponen la ordinaria, la simple "orden" (o "invitación") interna, como la que los sometidos a potestad pueden recibir del *paterfamilias*. De algunos supuestos problemáticos de esta "orden" del titular de la potestad doméstica nos ocuparemos *infra* en §56.

§48 El parentesco entre el *iussum ad extra* del *paterfamilias* y la *fideiussio* parece innegable¹⁷⁷. Tanto el *paterfamilias iubens* como el *fideiussor* se hacen responsables frente a una obligación surgida de un negocio

explicar la eficacia del *iussum* del *paterfamilias*, los clásicos utilizan a veces expresiones que hacen pensar en la idea de garantía: *Gui.4,70: ... magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur*, *Ulp.29 ad ed.-D.15,4,1,1: ... "Quod voles cum Stichio servo meo negotium gere periculo meo"*. Sin embargo, como observan BRINZ, *Pandekten II*² p.222 s. (§259) y BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR.28(1915)* 230, el *iussum* no es un negocio de garantía, porque el *iubens* actúa siempre *in re propria*, mientras que el garante asume una obligación respecto de un negocio que no pertenece a su esfera patrimonial. Esta contraposición entre *iussum* y garantía queda especialmente de relieve en *Ulp.29 ad ed.-D.15,4,1,5: Quid ergo si fideiusserit (sc. dominus) pro servo? ait Marcellus non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quas sententia verior est.*

¹⁷⁵ Entendemos aquí por "ajeno" simplemente aquel negocio en el que el *iubens* no participa. En otro sentido, los negocios del sometido no son nunca ajenos al *paterfamilias*, en quien revierten sus efectos positivos; tampoco el negocio concluido entre delegado y delegatario es ajeno al delegante *iubens*, pues constituye la ejecución de sendos convenios causales del delegante con ambos (*infra* §50): por eso, puede decirse, que el *iussum* técnico se otorga siempre *in re propria*.

¹⁷⁶ Cfr. *Ulp.29 ad ed.-D.15,4,1,1 y 2.*

¹⁷⁷ Cfr. LEVY, *Sponsio* p.130; FLUME, *Akzessorietät* p.39 ss.; PUGLIESE, *Intorno all'impossibilità della prestazione causata dal "paterfamilias" e dal fideiussore*, en *Studi in onore di U. E. Paoli* (Firenze 1955) p.570 n.2.

en el que no han participado¹⁷⁸. De hecho, es probablemente en el ejemplo del *iussum* del *paterfamilias* donde hay que buscar el origen de la *fideiussio*¹⁷⁹. Cuando, a fines de la república¹⁸⁰, se afronta la necesidad de una forma de garantía para las obligaciones no nacidas *verbis*, los tradicionales *spondeo*, *promitto*, son reemplazados por *iubeo*¹⁸¹: el uso de este verbo en la fórmula "*id quod Titius debet fide tua esse iubes?*" "*id fide iubeo*"¹⁸² permite pensar en ella como el otorgamiento solemne frente al acreedor de un *iussum* semejante al del *paterfamilias*.

Entre el *iussum* del *paterfamilias* y la *fideiussio* existen, sin embargo, notables diferencias, además de la obvia de que el *fideiussor* no actúa como "jefe" familiar del deudor¹⁸³. Ante todo, el *fideiussor* no *iubet* simplemente, sino

¹⁷⁸ KASER, *RPR*.² p.663: "Wie bei der *actio quod iussu* der Gewalthaber auf Grund der Ermächtigung haftet, so haftet aus der *fideiussio* der Bürge, indem er in einer ihn bindenden Weise anordnet, die Verpflichtung des Hauptschuldners solle als «auf seine Treue genommen» gelten". Cfr. también BETTI, *Istituzioni* II 1 p.151; VALIÑO, art. cit., en *AHDE*.37(1967) 415. No es extraño que, en ocasiones, los clásicos abordasen conjuntamente cuestiones relativas a la *fideiussio* y a la responsabilidad adyecticia del padre: vid. FLUME, *Akzessorietät* p.43 ss., y, sobre los mismos textos, PUGLIESE, art. cit., en *Studi Paoli* p.569 ss.

¹⁷⁹ Así, JÖRS-KUNKEL, *RR*.² p.214; KASER, *RPR*.² p.663. Sobre el papel del *iussum* en el origen de la *fideiussio*, vid. LEVY, *Sponsio* p.130 ss.; FLUME, *Akzessorietät* p.39 ss. Reticente, resaltando las diferencias entre ambos, SEGRE, art. cit., en *BIDR*.42(1934) 506 ss.

¹⁸⁰ Sobre la antigüedad de la *fideiussio*, vid. LEVY, *Sponsio* p.117 ss. que atribuye su introducción a Labeón; cfr. también FLUME, *Akzessorietät* p.41 n.2. Dudas al respecto, en JÖRS-KUNKEL, *RR*.² p.214 n.10, y, más radicalmente, KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element in römischen Schuldrecht*, en *Festschrift P. Koschaker* II (Weimar 1939) p.12 n.25; dudas también, en KASER, *RPR*.² p.663 n.31.

¹⁸¹ No es extraño que la jurisprudencia se fijase en el *iussum* del *paterfamilias*, pues, cuando se crea la *fideiussio* (*supra* n.180), éste servía ya para todo tipo de obligaciones: tanto las "inherentes a una adquisición" (*supra* §46: devolución del mutuo y de la dote, deudas de la herencia deferida al sometido y quizá también las derivadas del contrato de sociedad con éste), que serían civilmente exigibles del *paterfamilias*, como las restantes, para las que el pretor concedía la *a. quod iussu*, que hay que considerar (*supra* §44 n.144 i.f., y, especialmente, LEVY, *Sponsio* p.131 n.1) anterior a la *fideiussio*. Así JÖRS-KUNKEL, *RR*.² p.214-, "da diese Haftung des Gewalthabers für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten aller Art begründet werden konnte, kam man auf den Gedanken, das Prinzip des *iussum* über sein ursprüngliches, begrenztes Anwendungsbereich hinaus zu erstrecken und dem Zweck der Verbürgung dienstbar zu machen". Por otra parte, los verbos *spondeo*, *promitto*, debían ir necesariamente referidos a una promesa previa: de lo contrario, si se los refería al *id quod Titius debet*, se caía en la fórmula de la estipulación novatoria; este peligro no existía con el verbo *iubere*.

¹⁸² Cfr. *supra* §43 n.122.

¹⁸³ Nada impide que un *paterfamilias* salga fiador por una deuda de su hijo o esclavo (incluso es posible el caso opuesto: vid. *supra* §44 n.147), pero Marcelo y Ulpiano niegan que esa *fideiussio* obligue al *pater quod iussu*: no ya porque sea posterior al negocio (el mismo Ulpiano considera suficiente la *ratihabitio*: cfr. *Ulp.29 ad ed.*-D.15,4,1,6, y *supra* §44 n.148), sino porque el *pater fideiussor* actúa *quasi extraneus*, mientras que el *iussum* se refiere a un negocio

que *iubet id (debitum) fide sua esse*¹⁸⁴: en efecto, mientras que el *iussum* debe preceder al negocio del sometido, la garantía es de ordinario posterior a la obligación garantizada¹⁸⁵, de modo que el *fideiussor*, al contrario que el

"propio", en cuanto concerniente al patrimonio familiar. Por eso, aunque la *fideiussio* resulte inútil, no se convalida como *iussum*: Ulp.29 ad ed.-D.15,4,1,5: *Quid ergo si fideiusserit pro servo? ait Marcellus non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quae sententia verior est.* Por eso mismo, el *iussum* de la dueña no es considerado *intercessio* a los efectos del sc. Veleyano, en tanto si lo es la *fideiussio pro servo*: Mod.1 *sing. de heur.*-D.16,1,25pr.-1: *Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenebitur.* (1) *Quod si pro eo fideiusserit, exceptione senatus consulti Velieiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit.* (Sobre el significado de *credi* en pr., vid. *supra* §46 n.169)

¹⁸⁴ Sobre el sentido de esta fórmula, vid. SCHULZ, *CRL.* p.499. Sin embargo, contra Schulz, el hecho de que *iubere* se emplee junto a *velle* en la fórmula *velitis, iubeatis quirites?*, no prueba que en esa fórmula o en la de la *fideiussio*, *iubere* se use como sinónimo de *velle*: éste es el verbo genérico para "querer", pero "*iubere*" se refiere específicamente a la voluntad que "dispone": éste es también, a nuestro juicio, el sentido de *iubere* en *velitis, iubeatis quirites?*: vid. *infra* §54 a. Tampoco resulta convincente la teoría de Schulz acerca de la distinta relevancia del término *fides* en la *fidepromissio* y en la *fideiussio*: cfr. SEGRE, art. cit., en *BIDR.*42(1934) 503, 504 y nn.1 y 2, 505.

¹⁸⁵ De ordinario, pero no siempre, la *fideiussio* de una obligación futura es expresamente admitida en *Iav.10 epist.*-D.5,1,35: *... neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit*, *Pap.9 quaest.*-D.15,1,50pr. i.f.: *... fideiussorum datum eo tempore, quo nihil in peculio est, teneri putat Iulianus, quoniam fideiussor futurae quoque actionis accipi possit, si tamen sic acceptus est*, Ulp.47 ad *Sab.*-D.46,1,6,2: *Adhiberi autem fideiussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest ...* Basándose en estos textos, APPLETON, *Etude sur les sponsors, fidepromissores et fidejussores, épisode des luttes entre la Plèbe et le Patriciat au VII^e siècle de Rome*, en *Revue de législation* (1876) 565 ss., mantiene que el supuesto normal de *fideiussio* es precisamente el que precede a la obligación principal: "la fidejussion n'est pas autre chose, qu'un ordre donné au créancier d'accepter l'engagement du débiteur, ordre qui met dès à présent les risques de l'opération à la charge de celui qui l'a commandée". Ahora bien, si la *fideiussio* anterior fuese el supuesto normal, no se entenderían el *neminem puto dubitaturum* de Javoleno en D.5,1,35, ni mucho menos el *si tamen sic acceptus est* de Juliano-Ulpiano en D.15,1,50pr. i.f. La teoría de Appleton fue ya refutada por LEVY, *Sponsio* p.48 s. GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts* (Tübingen 1894) p.42 s., mantiene que, originariamente, la *fideiussio* precedía a la obligación principal; también BESELER, *Fides*, en *Atti del congresso internazionale di Diritto romano I (Pavia 1934)* p.164, supone que la *fideiussio* anterior a la obligación es más antigua que la subsiguiente: "*Id fide tua esse iubes? iubeo mit seinem seltsamen geradezu naturgesetzwidrigen esse iubeo statt fieri iubeo ist älterem illi fide tua me centum credere iubes? iubeo nachgebildet. Die vorgängige Fidejussion ist älter als die nachgängige*". El único argumento para todo esto es el paralelismo con el *iussum* del *paterfamilias* y la idea de que *iubere* se refiere necesariamente a una acción ajena: pero ya hemos mostrado (*supra* §42) que esta última idea es falsa, y, en cuanto al paralelismo con el *iussum* del *paterfamilias*, no debe llevarse demasiado lejos, como las propias diferencias terminológicas entre ambos recomiendan (*fide-iussio*, en lugar de *fide-iussum*, *fide-iussor*, en lugar de *fide-iubens*).

paterfamilias, no "dispone" que se realice un negocio, sino que "dispone" que esto -lo que Ticio debe, a consecuencia de un negocio ya realizado- quede avalado por su *fides*¹⁸⁶. El *iubere* del *fideiussor* se encuentra entre los casos (*supra* §42) en los que este verbo no se refiere a una "acción", sino a un "resultado", y, por tanto, no es una "orden" o "invitación" que haya de ser ejecutada por otro¹⁸⁷, sino una declaración de voluntad dispositiva, que se emite en relación a la propia esfera patrimonial. Por eso, este *iubere* es eficaz en sí mismo, al contrario que el del *paterfamilias*, cuyos efectos dependen de que sea ejecutado por el tercero. Por otra parte, la *fideiussio* es, a diferencia del *iussum*, un negocio bilateral¹⁸⁸ y solemne¹⁸⁹. A la vista de estas diferencias, no es de extrañar que este *iubere* no sea ya denominado *iussum*, sino (*fide*)*iussio*¹⁹⁰, del mismo modo que quien lo emite no es un *iubens*, sino un (*fide*)*iussor*¹⁹¹.

Sin embargo, el parentesco indudable entre el *iubere* de la *fideiussio* y el *iussum* del *paterfamilias* confirma la idea de que la virtualidad del *iussum*, en su sentido técnico, se produce siempre *ad extra*, en relación con el tercero que negocia con aquél cuya actuación asume el *iubens*. Precisamente por esa eficacia *ad extra*, los negocios en los que interviene el *iussum* técnico son trilaterales: éste es también el caso de la delegación, que pasamos a examinar de inmediato.

§49 En el *iussum* de la *delegatio* se ha querido reconocer el mismo concepto técnico del *iussum ad extra* del *paterfamilias*. Así, para v. Salpius, el significado del *iussum* que el *paterfamilias* dirige al tercero es exactamente el

¹⁸⁶ Sobre el significado de *fides* en esta fórmula y las razones de su inclusión, vid. LEVY, *Sponsio* p.131 y FLUME, *Akzessorietät* p.52 ss.; cfr. también JÖRS-KUNKEL, *RR.*² p.214, y KUNKEL, art. cit., en *Festschrift Koschaker* II p.12 s.

¹⁸⁷ El error de LEONHARD, v. *Fideiussio*, en *RE.* VI 2 (Stuttgart 1909) col.2276, al traducir el *iubere* del *fideiussor* como "Aufforderung" ("invitación"), se manifiesta luego palpablemente en las interpretaciones que propone para la fórmula *idem fide mea esse iubeo*: si la "Aufforderung" se concibe como dirigida al deudor, "*debitorem iubeo idem dare facere quod oportet*"; si al acreedor, "*creditorum iubeo debitori idem credere, quod eum dare facere oportet*". Ambas interpretaciones son completamente imposibles: Leonhard prescinde de la referencia a la *fides*, convierte un verbo de resultado -esse- en uno de acción -dare facere, credere- y añade un acusativo de persona -debitorem, creditorum- inexistente en la fórmula, todo ello de modo arbitrario.

¹⁸⁸ Por eso, el *iubere* del *fideiussor* no es revocable unilateralmente, a diferencia de lo que ocurre con el *iussum* del *paterfamilias*.

¹⁸⁹ Sobre el posible carácter solemne del *iussum* en época de Labeón, vid. *supra* §44 y n.150.

¹⁹⁰ Sobre la antigüedad del término, vid. DAUBE, *Roman Law: linguistic, social and philosophical aspects* (Edinburgh 1969) p.27.

¹⁹¹ Por sí solos, ni *iussio* ni *iussor* son términos clásicos: vid. *supra* §42 y n.79 s.; §43 n.125.

mismo que el del *iussum* que el delegante dirige al delegado¹⁹². En su definición del *iussum* técnico, v. Salpius pretende abarcar ambos supuestos: el *iussum* es, a su juicio, "una orden o indicación ("Anweisung"), por medio de la cual las obligaciones que surjan del negocio indicado afectan de modo inmediato al *iubens*"¹⁹³. Para v. Salpius, del mismo modo que, con el *iussum*, el *paterfamilias* asume frente al tercero las obligaciones surgidas del negocio realizado con el sometido, así también el *iussum* del delegante consiste en la asunción frente al delegado de las obligaciones surgidas del negocio realizado con el delegatario. Pero esto es inadmisibile, porque, como v. Salpius sabía bien¹⁹⁴, el *iussum* no conlleva necesariamente que el delegante quede obligado con el delegado: esto ocurre cuando el delegado se dejó girar como mutuante, o como constituyente de dote, si es que no sobreviene el matrimonio, o como deudor, si resulta no haber deuda, pero no en los restantes casos de dote, pago o donación. Lo esencial a la delegación es que el delegante experimente una atribución patrimonial *-solutio, donatio, creditum, dos-* procedente del delegado¹⁹⁵: que el delegado disponga o no de una acción contra el delegante no depende del *iussum* en sí, sino del tipo de convenio causal que haya precedido con el delegado.

También Betti intenta presentar un concepto de *iussum* que sea aplicable tanto al del delegante como al del *paterfamilias*: el *iussum* consiste, a su juicio, en la asunción de las consecuencias jurídicas onerosas que deriven del negocio¹⁹⁶. De este modo, sustituyendo la idea de "obligaciones" por la más general y abstracta de "consecuencias jurídicas onerosas", Betti consigue encajar el caso prototípico del delegado deudor: frente a él, el delegante no se obliga, pero si asume consecuencias onerosas: a consecuencia de la ejecución del *iussum* por el delegado, el delegante perderá su crédito contra él. Sin embargo, el supuesto, nada raro, del delegado donante no encaja en modo alguno con la definición de Betti: pues el *iussum* del delegante no parece comportar la asunción de consecuencia jurídica onerosa alguna frente a tal delegado.

¹⁹² V. SALPIUS, p.51: "Die Bedeutung des *iussus* ist vielmehr hier ganz dieselbe, wie bei der Delegation"

¹⁹³ V. SALPIUS, p.51: "Der *iussus* ist also eine Anweisung, vermöge deren die Verpflichtungen aus dem in Folge der Anweisung vorgenommenen Geschäft den *iubens* unmittelbar treffen, ohne Dazwischenkunft eines obligatorischen Contracts zwischen ihm und dem Angewiesenen".

¹⁹⁴ Cfr. los distintos supuestos recogidos por él en p.44 ss.

¹⁹⁵ Vid. *supra* §7 a.

¹⁹⁶ BETTI, *Istituzioni* I² p.227: "è questo (sc. el *iussum*) una dichiarazione unilaterale recettizia, indirizzata alla controparte o, comunque, destinata ad esserle resa nota, con la quale si autorizza un atto altrui di disposizione o di obbligazione, assunto in anticipo su di sé le conseguenze onerose che siano per derivarne". Cfr. ya BETTI, art. cit. en *RDCom.*25 1(1927) 608: "Con l'autorizzazione -como già col *iussum* delle fonti romane- l'indicante assume su di sé le conseguenze giuridiche onerose che derivano per lui dall'attuazione della indicazione".

Por otro lado, tanto v. Salpius como Betti se apoyan en la idea de que el destinatario del *iussum* del delegante es el delegado, nunca el delegatario¹⁹⁷, porque es claro que, frente a éste, el delegante no se obliga ni asume consecuencia jurídica onerosa alguna. Esta idea, sin embargo, es contradicha por las fuentes: si bien es cierto que la exposición de los supuestos de delegación suele partir del *iussum* al delegado, existen textos en los que se alude a un *iussum accipiendi o stipulandi*, dirigido al delegatario¹⁹⁸. El negocio que aparece en estos últimos es la misma delegación que otras veces se describe partiendo del *iussum* al delegado, y no hay rastro de diferencias de régimen entre los casos descritos de un modo y otro. Las fuentes, en conclusión, al referir el *iussum* indistintamente a delegado y delegatario, desautorizan, a nuestro juicio, los conceptos de *iussum* propuestos por v. Salpius y por Betti.

§50 Nuestra crítica a las concepciones de v. Salpius y Betti no significa que, en nuestra opinión, el propósito de encontrar una idea común subyacente al *iussum* del *paterfamilias* y del delegante deba ser abandonado. Tan sólo es preciso evitar el error de desvirtuar, en el proceso, la naturaleza del *iussum* del

¹⁹⁷ v. SALPIUS, p.72 s. BETTI, art. cit., en *RDCom*.25 1(1927) 608 y nn.1 y 2. — v. Salpius admite un *iussum stipulandi*, dirigido al delegatario, únicamente cuando se trata de novar un crédito del delegante, porque, con ello, el delegante *iubens* pierde ese crédito: pero lo mismo ocurre aunque la *stipulatio* no sea novatoria, o aunque se trate, no de estipular, sino de cobrar de un deudor del delegante. Por lo demás, al admitir este caso de *iussum stipulandi*, v. Salpius abandona inadvertidamente su propio concepto de *iussum*, pasando a entenderlo como "habilitar" o "facultar", porque el delegante no asume "verpflichtenden Wirkungen" frente al delegatario (i.e., no queda obligado frente a él), sino que simplemente lo faculta para novar su crédito. — Cuando, años después de sus primeros escritos sobre la delegación, Betti redujo el concepto a la de prometer novatoria, mantuvo además la idea de que sólo existe *iussum delegantis* cuando éste asume frente al delegatario el *periculum* de la posible insolvencia del deudor delegado: y, en tal caso, en el *iussum* del delegante se encuentra implícito un mandato de garantía; de lo contrario, si el delegante no asume el *periculum*, no es él, sino el delegatario que asume el riesgo, el *iubens*: BETTI, *Istituzioni* II 1 p.491. Pero esta construcción de Betti parece arbitraria: la idea de un *iussum* del delegatario carece por completo de apoyo en las fuentes, las cuales, aun en el caso -normal- de que el delegante no asuma el riesgo, lo siguen considerando *iubens*.

¹⁹⁸ Afr.8 *quest.*-D.17,1,34pr.: ... *item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est.* ... Gai.2,38: ... *quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi ... opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris.* Gai.3 *de verb. obl.*-D.46,2,34pr.: ... *nam si alium iubeant stipulari, interest, utrum donandi animo alium iubeant stipulari an ut ipso filio servove negotium gerat* ... Pomp.19 *ad Sab.*-D.47,2,44pr.: *Si iussu debitoris ab alio falsus procurator creditoris accepit, ...* Ulp.(Iul.) 18 *ad Sab.*-D.7,1,25,3: ... *denique scribit (sc. Iulianus) eum, qui ex re fructuarii stipuletur nominatim proprietario vel iussu eius, ipsi acquirere.* ... Ulp.32 *ad Sab.*-D.24,1,3,12: ... *nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, ...*

delegante, aplicándole rigidamente las características del *iussum* del *paterfamilias*, e ignorando las diferencias existentes entre ambos. Respetando éstas, puede aún reconocerse la afinidad entre ambos supuestos de *iussum*, en lo siguiente:

Una primera coincidencia es que tanto el delegante como el *paterfamilias* "disponen" que se concluya un negocio en el que no van a participar. La intervención del *paterfamilias* se explica porque el negocio se realizará con un sometido suyo; la del delegante, porque la *traditio* o *stipulatio*¹⁹⁹ que concluirán delegado y delegatario es la ejecución de sendos convenios causales de ambos con él mismo:

Disponiendo el negocio, el *paterfamilias*, en quien necesariamente revertían los efectos positivos del mismo, asumía también los onerosos. También el delegante asume algo con su *iussum*, aunque no, como erróneamente pretendían v. Salpius y Betti, las obligaciones o las consecuencias onerosas del negocio:

a) Frente al delegatario, el delegante *iubens* asume lo hecho por el delegado: pero no en sí mismo, en sus efectos, que quedan en el delegado -si entrega, pierde algo suyo; si promete, se obliga él mismo-; lo que el delegante asume con su *iussum* frente al delegatario es lo hecho por el delegado en cuanto realización del convenio causal de valuta delegante-delegatario. Respecto del convenio causal, lo hecho por el delegado vale, frente al delegatario, como hecho por el delegante mismo. Así se explica que, como hemos comprobado (*supra* §12, §16), lo recibido o estipulado del delegado se considere en las fuentes como una *datio* procedente del delegante.

b) Pero sabemos también (*supra* §13, §18) que lo entregado o prometido por el delegado se considera, en las fuentes, como una atribución patrimonial en favor del delegante. De ello se deduce que el delegante asume además, frente al delegado, lo hecho por el delegatario, en cuanto realización del convenio causal de cobertura que ambos, delegante y delegado, habían concluido²⁰⁰. Y es que, también para el delegado, lo hecho por el delegatario vale, respecto del convenio, como hecho por el delegante mismo.

En suma, ocurre como si el delegante, que no participa en el negocio ejecutivo del *iussum*, hubiera participado, adquiriendo -por medio del delegatario- del delegado y dando -por medio del delegado- al delegatario.

¹⁹⁹ La explicación que proponemos es aplicable también a los supuestos de delegación que no se realizan mediante *traditio* o *stipulatio* (*supra* §24 s.): si mencionamos únicamente estos dos como ejemplos emblemáticos es para evitar recargar la exposición.

²⁰⁰ De nuevo, no en sí mismo, en sus efectos, que es claro que permanecen en el delegatario: lo que recibe, lo adquiere él; lo estipulado, a él se le debe.

Bajo el *iussum* del delegante y del *paterfamilias* puede, en conclusión, reconocerse un mismo concepto, consistente en la "asunción anticipada como propio, frente a un tercero, de lo hecho por otro": en el caso del *paterfamilias*, lo asumido son las consecuencias onerosas del negocio realizado por el sometido; en el del delegante, el negocio concluido por delegado y delegatario (*traditio*, *stipulatio*, ...), como realización de los convenios causales con uno y otro. Pero, mientras la "asunción" del *paterfamilias* se produce sólo frente al tercero (pues únicamente frente a él queda obligado), la del delegante se produce tanto frente al delegado como frente al delegatario: a pesar de no participar en el negocio "dispuesto", el delegante *iubens es accipiens* frente al primero y *dans* frente al segundo. Así se explica, a nuestro juicio, que, en los textos²⁰¹, delegado y delegatario aparezcan indistintamente como destinatarios del *iussum*: porque, en realidad, el *iussum* (i.e., la "asunción de lo hecho por otro") se dirige a ambos: al delegado, frente a quien el delegante asume lo hecho por el delegatario; al delegatario, frente a quien asume lo hecho por el delegado. Esto no significa que sea necesario un doble *iussum*, porque éste consiste propiamente, no en la voluntad de asumir, sino en el acto de declarar esta voluntad, y parece suficiente una declaración -un solo *iussum*- dirigida al delegado o al delegatario, siempre que llegue a conocimiento del otro.

§51 Este carácter "doble" del *iussum* del delegante conlleva el debilitamiento de la naturaleza *ad extra* propia del *iussum* técnico. En efecto, tanto el delegado como el delegatario actúan como "terceros" frente a los que el delegante asume lo hecho por el otro; en la práctica, esto significa que, a diferencia de lo que ocurre en la *a. quod iussu*, en la delegación no existe propiamente "un" tercero. Por eso, mientras que, en el caso del *paterfamilias*, la distinción entre la orden interna al sometido y el *iussum ad extra*, dirigido al tercero, era clara, en la delegación, en cambio, ya no lo es tanto.

Para explicar este punto, recurriremos al supuesto descrito en Ulp.31 *ad ed.*-D.12,1,15:

Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis²⁰².

²⁰¹ Vid. *supra* §49 n.198.

²⁰² La frase inicial *singularia quaedam etc.* no debe hacer pensar que la admisión de la *datio* directa delegante-delegatario sea una singularidad que sólo se admite en el mutuo, sino, al contrario: esta *datio*, que se admite sin problemas en los supuestos de pago, donación o dote, representa, sin embargo, una "singularidad" respecto de la configuración ordinaria del mutuo: vid. *supra* §17 n.228. En definitiva, el supuesto descrito en el texto era "singular" como mutuo,

En el texto, el *iussum* del delegante *ego* se describe como dirigido al delegado, que es su deudor: *debitorem meum iussero dare pecuniam*. Jurídicamente, el *iussum* que recibe el delegado significa que *ego* asume frente a él lo hecho por *tu* (delegatario), en el sentido de que, pagando a *tu*, el delegado se libera como si hubiera pagado a *ego* mismo. Pero, además, *ego* asume frente al delegatario *tu*, respecto del convenio causal de *credere* entre ambos, lo hecho por el deudor delegado: lo que *tu* recibe del delegado es como si lo hubiera recibido en mutuo de *ego* mismo. Por eso, *tu* se obliga directamente frente a *ego*: *obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis*. Este *iussum* al delegatario no aparece expresamente en el texto, pero se contiene implícitamente en el *iussum* que recibe el delegado; así pues, respecto del delegado, el *iussum* del delegante es a la vez:

- a) Un *iussum* técnico (*ad extra*), en cuya virtud el delegante asume frente al delegado, en cuanto realización del convenio causal de *solvere* entre ambos, lo hecho por el delegatario.
- b) Una "orden" interna, que, conocida por el delegatario, valdrá como *iussum* técnico frente a él.

Sólo el primer significado se corresponde con el concepto técnico de *iussum*; pero, en el *iussum* del delegante, este significado coexiste con el segundo: por eso, es fácil considerar este *iussum* como una simple orden o encargo. Esta tendencia, de la que desde luego existen ejemplos en la romanística²⁰³, se detecta también en las propias fuentes: la delata el uso ocasional del verbo *mandare*²⁰⁴, que sirve para el segundo sentido ("orden" o, mejor, "encargo") pero no para el primero. Basándose en este uso aparentemente indistinto de *mandare* y *iubere*, Steinwenter ha sugerido que quizá en el *iussum* del delegante no exista un significado específico, técnico²⁰⁵. Sin embargo, como veremos (*infra* §78 ss.), con una sola excepción, los textos en que aparece *mandare* no se refieren estrictamente a casos de delegación, sino a supuestos más amplios, en los que cabe tanto la delegación como la simple orden de pago a un

no como delegación, por lo que puede emplearse como un ejemplo perfectamente normal de ésta.

²⁰³ Vid. *infra* §52 n.212.

²⁰⁴ Vid. *infra* §78 ss.

²⁰⁵ STEINWENTER, art. cit., en *RE*. X 2 col.1308: "In der Lehre von der Delegation ... werden die Wendungen *solvere* und *promittere iubere* in weitem Ausmaße gebraucht: aber gerade hier dürfte eine besondere, technische Bedeutung nicht vorliegen, denn die Juristen scheinen *mandare* als völlig gleichwertig mit *iubere* zu gebrauchen. ... Es sind demnach alle Konstruktionen der Delegation und der Anweisung, welche sich nur auf die Bedeutung *iubere* «ermächtigen» stützen, mit großer Vorsicht aufzunehmen".

procurador²⁰⁶. Por eso, creemos que la advertencia de Steinwenter debe ser matizada: no es tanto que el *iussum* del delegante no responda a un concepto técnico, sino más bien que el significado técnico coexiste, por la propia naturaleza de la delegación, con el ordinario o atécnico. Ciertamente, esta coexistencia debió de producir, ocasionalmente, un desvaimiento de las notas técnicas del *iussum*: así, además de los textos en que aparece *mandare*, en algún otro la iniciativa del delegante es aludida como simple *voluntas*²⁰⁷ -es decir, como voluntad de considerarse *dans* respecto del delegatario y *accipiens* respecto del delegado²⁰⁸- o reducida a un "permiso"²⁰⁹.

²⁰⁶ La excepción es Pap.8 resp.-D.31,77,6 (*infra* §88). Por otro lado, esos mismos supuestos para los que se usa *mandare* son descritos en otros textos con el verbo *iubere*. Por eso, a nuestro juicio, si bien la tesis de Steinwenter es demasiado radical, no es, en cambio, aventurado suponer un deslizamiento, para el *iussum* del delegante, de la idea técnica de "asunción" *ad extra* a la de simple "orden" interna.

²⁰⁷ Sólo en dos textos, de Marcelo y Hermogeniano, el supuesto descrito es inequívocamente una delegación. Marcell.8 dig.-D.21,2,61 (*supra* §13 n°34): *Si quod a te emi et Titio vendidi, voluntate mea Titio tradideris, de evictione te mihi teneri, ...* Hermog.6 iur.epit.-D.39,5,33,3 (*supra* §15 n°36): *Si, cum Primus tibi donare vellet et tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit, perficitur donatio ...* — El supuesto descrito en los textos restantes comprende hipótesis que no son delegación: pagos, cobros, promesas o estipulaciones realizados mediante un *procurator* o un sometido a potestad; estos casos no son delegaciones, porque entre *procurator* y *dominus negotii*, entre sometido y *paterfamilias* no se trata de realizar una atribución patrimonial, sino una gestión por cuenta del *dominus* o *pater*, y (*supra* §26 j) sin doble atribución patrimonial no hay delegación (sobre esta cuestión, vid., más en detalle, *infra* §127 s.). A supuestos que no son delegación se refieren expresamente Ulp.28 *ad ed.*-D.13,7,11,5 y Ulp.33 *ad ed.*-D.24,3,22,12. Ulp.28 *ad ed.*-D.13,7,11,5: *Solutam pecuniam autem accipiendum non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, vel ei cui heres existit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis proposito ...* Ninguno de los supuestos enumerados -pago al heredero del acreedor, a su procurador, a su *servus propositus*- es delegación. Ulp.33 *ad ed.*-D.24,3,22,12: *... adversus ipsum maritum competere (sc. rei uxoriae actio) palam est, sive ipsi dos data sit sive alii ex voluntate mariti vel subiecto iuris eius vel non subiecto. ...* El pago al *iuris mariti subiecto* no es delegación y, dentro de los *non subiecti*, caben tanto el delegatario como el procurador. Los textos restantes se expresan de un modo genérico, en el que cabe tanto la delegación como esos otros supuestos. Iul.54 dig.-D.46,3,34pr.: *... tibi partem hominis condicet, quasi indebitum tua voluntate Titio solveret. ...* Ticio puede ser tanto un delegatario que recibe para sí, como un procurador que recibe para ego. Afr.9 *quaest.*-D.40,7,15,1: *... sed et si talem legem dixisset (sc. heres statuliberum decem dare iussum mancipans), ut extraneo alicui statuliber pecuniam daret, respondit et hoc casu conventionem valere, quia heredi videtur solvere, qui voluntate eius alii solvit.* El *alio* puede ser un delegatario, pero también un procurador. Así también en Ulp.16 *ad ed.*-D.36,1,38(37)pr.: *... sed et si voluntate tua alii restituerit (sc. hereditatem heres), in te transibunt actiones. ...* Ulp.(Iul.) 26 *ad ed.*-D.12,1,9,8: *... Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam, nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederit, tibi adquiritur obligatio. ...* Ego puede actuar como delegado, pero también como procurador. Ulp.46 *ad Sab.*-D.46,2,8,5: *... non tamen si quis*

Estos fenómenos contrastan con la situación del *iussum* del *paterfamilias*: en este campo, el *iussum* técnico, *ad extra*, nunca se confundió con la orden interna al sometido²¹⁰ (para la que se utiliza tanto *mandare* como *iubere*), ni con la simple *voluntas*²¹¹ o *permissum*. La conciencia de que el verdadero *iussum* tiene como destinatario al tercero, así como la fijeza conceptual aportada por la existencia de una acción propia, llamada precisamente *quod iussu*, impidieron tal confusión. Ambos apoyos faltaban, en cambio, al *iussum* del delegante. Esta consideración debe ser tenida muy presente al abordar el estudio de los textos.

stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur ... En esta formulación tan general cabe también la novación mediante procurador, o incluso mediante un sometido. Paul.28 *ad ed.*-D.12,1,2,4: *In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filius familias et servus dantes peculiares nummos obligant: id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.* También aquí, tu puede ser tanto un delegado como un procurador.

²⁰⁸ Otras veces, sin embargo, aflora la distinción entre *iussum* y *voluntas*. Así, en Pomp.33 *ad Sab.*-D.39,5,9,2: *Quod filius familias patris iussu aut voluntate donavit, perinde est, ac si pater ipse donaverit aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones.* Sobre este texto vid. MIQUEL, *Traditio rei alienae voluntate domini*, en *Mandatum und Verwandtes* (Berlin-Heidelberg 1993) p.270 ss., que, rechazando la crítica contra la alternativa *iussu aut voluntate*, ha mostrado cómo es precisamente esa alternativa la que vertebra todo el texto, en el que se contienen dos reglas simétricas: (1) *quod filiusfamilias patris iussu donavit, perinde est ac si pater ipse donaverit*, (2) *quod filiusfamilias patris voluntate donavit perinde est ac si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones*. La distinción entre *iussum* y simple *voluntas* es neta: cuando el hijo dona *iussu patris*, es como si donase el padre mismo; en cambio, si dona *patris voluntate* es como si tú donases en tu propio nombre *-nomine tuo-* algo mío, con mi conformidad. En definitiva, el *iussum*, a diferencia de la simple *voluntas*, supone la asunción del negocio dispuesto.

²⁰⁹ Jul.5 *ex Min.*-D.24,1,39: *Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur ...* Gai.2 *de verb. obl.*-D.46,3,106: *Aliud est iure stipulationis Titio solvi posse, aliud postea permissu meo id contingere. nam cui iure stipulationis recte solvitur, ei etiam prohibente me recte solvi potest: cui vero alias permissu solvi, non recte solvitur, si, priusquam solveretur, denuntiaverim promissori, ne ei solveretur.*

²¹⁰ Vid. *supra* §44 i.f. En particular, no existe confusión en Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,3, en el que *mandare* no alude a la orden interna al sometido, sino al contrato de mandato con el tercero, que, según Ulpiano vale como *iussum* a los efectos de la *a. quod iussu*: *supra* §44 n.146 e *infra* §63 (nº3). — Por eso, no es atendible la afirmación de HILTBRUNNER, *Prisce, iubes ...*, en SZ.96(1979) 40, de que *iubere* es, en su sentido técnico (= "ermächtigen", del que cita como casos prototípicos el del *paterfamilias* y el de la *fideiussio*) sinónimo de *mandare*, a su juicio (ibid n.26), es el influjo de *mandare* (no, como se cree, de *imperare*) la explicación de que, en el lenguaje jurídico, *iubere* se utilice frecuentemente con dativo. — Sobre la "indiferencia terminológica" entre *mandare* y *iubere* y la supuesta "aproximación" entre *iussum* y *mandatum*, por lo que se refiere al *iussum* del *paterfamilias*, vid., detalladamente, *infra* §62 ss.

²¹¹ Para una crítica de los textos de Ulpiano en los que la *a. quod iussu* parece apoyarse en la simple *voluntas* del *paterfamilias*, vid. *supra* §44 n.147.

§52 Aunque algún autor considera el *iussum* del delegante como una "orden"²¹², lo normal es que tal traducción se rechace, generalmente argumentando que, según las fuentes²¹³, el delegado, incluso en el caso de que sea deudor del delegante, no está obligado a cumplir el *iussum* de éste²¹⁴. Y, por lo mismo, se adoptan aquí de nuevo los conceptos de "autorización" y "Ermächtigung"²¹⁵ por la mayoría de la doctrina²¹⁶.

A nuestro juicio, son pertinentes de nuevo, *mutatis mutandis*, las observaciones críticas que hemos realizado respecto del uso de "autorización" y "Ermächtigung" para el *iussum* del *paterfamilias* (*supra* §45). Ante todo, estos conceptos se apartan exageradamente de las acepciones reconocidas en las obras lexicográficas de carácter general para *iubere* y *iussum*, sin que, procedentes de la moderna dogmática jurídica, parezcan los más adecuados para expresar la esencia del *iussum* romano.

a) Traducir "*iussum*" como "autorización" perturba la distinción clásica entre *iussum* y *auctoritas* (*vid. supra* §45). En efecto, el *iussum* del delegante no

²¹² BRUGI, *Istituzioni* p.190; ROBY, *RPL*.II pp.42, 44; HUBRECHT, art. cit., en *RGD* 55(1931) 311; CUGIA, *Delegazione* p.29; BERGER, *Dictionary* p.429, s.v. *delegatio*.

²¹³ Cfr. C.8,41(42),1: *Delegatio debiti nisi consentiente et stipulanti promittente debitore iure perfici non potest ...* [a. 223]; C.8,41(42),6: *Nec creditoris creditori quisquam invitus delegari potest* [a. 294].

²¹⁴ Cfr. GIDE, p.459 s.; BIGIAMI, p.139 s.; ENDEMANN, p.16. Este argumento no es concluyente, porque (*vid. infra* §56 n.297 sub "b") al concepto de "orden" es necesario el carácter "imperativo", pero no la "obligatoriedad de cumplimiento". Así, para CUGIA, *Delegazione* p.29, que concibe el *iussum* del delegante como una orden, no es un problema reconocer que "di regola l'ordine non è obbligatorio per il delegato"; DE RUOGIERO, art. cit., en *AG*.63(1899) 230, distingue entre el "commando assoluto" que en su opinión era el *iussum* originariamente, debido al rigor de las relaciones padre-hijo y acreedor-deudor, y la "semplice ordine" -no obligatoria, por tanto- en que se convirtió en el Derecho clásico. Sin embargo, el hecho de que el *iussum* del delegante aparezca también ocasionalmente como dirigido al delegatario (*supra* §49 n.198) constituye, a nuestro juicio, un argumento contra la idea de "orden".

²¹⁵ BETTI, art. cit., en *RDCom*.25 1(1927) 608 y *Teoria generale delle obbligazioni* IV (Milano 1955) p.90, es, como sabemos (*supra* §49 n.196), el principal defensor de la equiparación entre *iussum* y "autorización" en sentido técnico. No presentamos una lista completa de los autores que, sin abordar la cuestión, hablan de "autorizar", "autorización", "ermächtigen" o "Ermächtigung" porque sería inacabable. Sirvan como ejemplo: GIDE, p.459 s.; DANZ, art. cit., en *JJB*.19(1881) 87; BRUGI, p.707 s.; HEUMANN-SECKEL, p.291 (s.v. *iubere*); RABEL, *RPR* p.488; ANDREOLI, *Delegazione* p.14; MOSSA, *Check* p.102; NICCOLO, *Neg. delegatorio* p.67; BIGIAMI, p.104 n.4, p.140; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.151; HAEBERLIN, p.108; ENDEMANN, p.16; KASER, art. cit., en *SZ*.77(1960) 464; BURDESE, *Manuale* pp.356 y 690; COSENTINO, 299 ss.; KASER, *RPR*.I² p.650.

²¹⁶ Aunque no faltan otras traducciones, a veces adoptadas por los mismos defensores de la idea de "autorización" o "Ermächtigung": así, señaladamente, "invitación", en LEONHARD, art. cit., en *RE*. IV 2 col.2429 ("Aufforderung"); GIFFARD, *Précis* II² p.283; ENDEMANN, p.16 ("Anregung"); MARRONE, *Istituzioni* III p.739.

es una declaración de conocimiento, sino de voluntad (de asumir las consecuencias de lo realizado por otro): no es, por tanto, una manifestación de autoridad, sino de potestad, respecto de la propia esfera patrimonial. La función clásica de la *auctoritas*, compensatoria de la falta de capacidad, es completamente extraña al mecanismo de la delegación.

b) La idea de *iubere* como "autorizar" o "ermächtigen", en el sentido de "permitir", "habilitar", "facultar", no es completamente ajena a las fuentes, en las que aparecen, en dos ocasiones, los términos *permittere-permissu*²¹⁷. Pero este fenómeno -por lo demás, marginal- responde, en nuestra opinión (*supra* §51), al ocasional desviamiento del carácter técnico del *iussum* del delegante, por lo que tales términos no parecen los más adecuados como expresión del mismo²¹⁸.

c) El término "Ermächtigung" resulta, en su sentido estricto ("apoderamiento"), extraño a la mentalidad jurídica romana, e inadecuado para el *iussum* del delegante: ni el delegado ni el delegatario actúan como "representantes" del delegante, sino en propio nombre, aunque el delegante asuma lo hecho por ellos en cuanto realización del doble convenio causal subyacente²¹⁹. Para una comparación general entre la idea clásica de *iussum* y la actual de "poder de representación", vid. *infra* §53.

A nuestro juicio, la mejor traducción para el *iubere* del delegante es, como siempre, "disponer": el delegante "dispone" que el delegado entregue o prometa al delegatario (o que este reciba o estipule). Jurídicamente, ese "disponer" supone, aquí como en el caso del *paterfamilias*, "asumir *ad extra*, como propio, anticipadamente, lo hecho por otro"²²⁰.

²¹⁷ Vid. *supra* §3 n.27.

²¹⁸ Ciertamente, el *iussum* otorga al delegatario la "facultad" -que de otro modo no tendría- de cobrar o estipular del delegado, y a éste, en el caso típico de que sea deudor, la de pagar o prometer al delegatario con plena eficacia liberatoria. Pero la eficacia del *iussum* va más allá, y ese aspecto de "habilitación" no es sino una consecuencia de su verdadera naturaleza, que consiste en asumir, como realización de los convenios causales de dar y recibir con delegatario y delegado respectivamente, un negocio (*traditio, stipulatio, ...*) concluido entre delegado y delegatario.

²¹⁹ Por eso, quienes entienden "Ermächtigung" en este sentido más estricto -señaladamente, F. LEONHARD, *Allg. Schuldrecht* p.594, y WOLFF, art. cit., en *JJB.84*(1934) 110- rechazan que el concepto sea aplicable a la delegación, incluso en el Derecho actual: cfr. WOLFF, l.c.: "Ebensowenig wie die Leistung eines Schuldners an seinen Gläubiger auf seiner Seite eine Verfügung über die Forderung des Gläubigers ist, kann es die Leistung an einem vom Gläubiger Benannten sein"; vid. también RIGIARI, art. cit., en *RDCom.36*(1938) 139. — Sin embargo, la idea de "apoderamiento" es acogida por BONFANTE, *Obbligazioni* p.355 ss. (*supra* §45 n.164); BETTI, *Teoría general de las Obligaciones II* (Madrid 1970) p.285.

²²⁰ Tal vez sea inútil luchar contra la traducción tradicional de *iubere* como "autorizar" o "ermächtigen": lo importante es, en todo caso, que estos términos se entiendan en el sentido de "asunción anticipada *ad extra* de lo hecho por otro": así, por todos, KASER, *RPR.I*² p.650: "Die

§53 Recapitulando: en la delegación y en el *iussum ad extra* del *paterfamilias* puede reconocerse un sustrato común, un concepto de *iussum* que va más allá de su significado en el lenguaje ordinario: el *iussum* es, técnicamente, una declaración de potestad en relación a la propia esfera patrimonial, en virtud de la cual, disponiendo que se concluya un negocio entre B y C, el *iubens* (A), asume anticipadamente como propio frente a C (el tercero destinatario del *iussum*) lo hecho por B, en cuanto a ciertas consecuencias del negocio, determinadas por la situación preexistente, justificativa del *iussum*.

Considerando las cosas en abstracto, con este *iussum* técnico se obtiene un resultado semejante al que se conseguiría con un "poder de representación": lo hecho por B vale, a determinados efectos, frente al tercero C, como hecho por el *iubens* mismo. Sin embargo:

a) El concepto pandectístico de poder de representación, acogido en el Derecho actual, tiene alcance general: cualquier persona puede ser apoderada por otro para que actúe, dentro del poder conferido, con efectos inmediatos sobre el patrimonio del poderdante. El *iussum* técnico de las fuentes, en cambio, no tiene alcance general: sólo funciona como "asunción anticipada de lo hecho por otro" si el *iubens* es un delegante o el "jefe" familiar de quien concluye el negocio²²¹: es precisamente la relación de potestad o el doble convenio causal lo que justifica el *iussum*, lo que explica su eficacia y lo que determina el modo en que el negocio realizado afectará al *iubens*²²². Es claro, por tanto, que este *iussum*, que sólo funciona sobre la base de una relación de potestad familiar o de un doble

Delegation ist ein Anwendungsfall der Ermächtigung (*iussum*, untechnisch *mandatum*), also der einseitigen formfreien Erklärung, daß mal. die Handlung eines anderen gegen sich gelten lassen werde".

²²¹ Hay otros casos en que el *iussum* -no ya en su sentido técnico, sino en el ordinario, de simple "orden"- hace también que los efectos de lo hecho se produzcan directamente en el *iubens*: cuando se trata (a) de realizar un negocio extintivo de un derecho (personal o real) del *iubens*, o cuando (b) el Derecho hace directamente responsable a éste de los actos materiales realizados *iussu eius*, pero en esos casos (puesto que -a- no es posible la representación "indirecta", y -b- la gestión no consiste en un negocio jurídico, sino en un mero acto material) no se puede hablar ya de representación "directa".

²²² Así, en el supuesto de negocios con un *alieni iuris*, la piedra angular de toda la construcción es el principio de que los derechos surgidos de tales negocios revierten *ipso iure* en el patrimonio del padre. Esto explica: a) que la eficacia del *iussum* se refiera a las consecuencias onerosas del negocio; b) que el tercero pueda reclamar civilmente del padre cuando las obligaciones que éste asume derivan directamente de la adquisición que para él supone el negocio del sometido; c) que, cuando la reclamación civil no es posible, el pretor conceda contra el padre, que se beneficia de los efectos positivos del negocio, una *actio quod iussu*. En la delegación, los efectos del *iussum* se basan, como hemos explicado ya, en el doble convenio causal subyacente.

convenio causal con delegado y delegatario, no equivale al moderno "poder de representación", eficaz por sí sólo²²³.

b) Aunque en esos dos supuestos, del *paterfamilias* y del delegante, el resultado es semejante al que se obtendría, en abstracto, con un "poder de representación", hemos explicado ya que la idea de "representación" no es aplicable a ninguno de ellos en su configuración clásica²²⁴.

Análogo al *iussum* técnico es el *iubere* del *fideiussor*, que asume igualmente las consecuencias (obligatorias) de un negocio ajeno, pero, de ordinario, se trata de un negocio ya concluido, que, por tanto, el "*iussor*" no dispone²²⁵. Los restantes usos de *iubere* y *iussum* no responden a este concepto técnico de "asunción *ad extra* de lo hecho por otro", sino a la acepción común de *iubere* como "ordenar" o "disponer" una conducta ajena o un resultado²²⁶: numéricamente, esta acepción común es la dominante en los textos jurídicos, de modo abrumador²²⁷.

Nos ocuparemos ahora, brevemente, de tales usos, siguiendo el orden de Heumann-Seckel, a saber: (a) prescripciones legalmente establecidas y (b) disposiciones del magistrado y del juez, en §54; (c) disposiciones de última voluntad, en §55; (d) órdenes internas del padre o dueño al hijo o esclavo, en §56.

§54 *Iubere* significa simplemente "disponer" cuando se refiere al contenido de la ley, el Edicto o las constituciones imperiales -*lex, edictum, constitutio*

²²³ Del *iussum* se dice a veces que es un "subrogado de la representación", es decir, un instrumento para conseguir resultados semejantes a los de la representación directa. Como "subrogados" se citan también -vid. HERNANZ, *Iussum* p.17, con abundante bibliografía- el *nuntius*, la figura del *procurator* (por cuanto adquiere la posesión directamente para el *dominus*), las acciones *exercitoria* e *institoria* y, sobre todo, la "*quasi institoria*". Contro la consideración de estos supuestos como casos de representación directa, vid. CLAUS, *Stellvertreter* 119.

²²⁴ Cfr. *supra* §45 y n.162 ss., para el *iussum* del *paterfamilias*, *supra* §52 c., para el del delegante.

²²⁵ Por eso, este *iubere* no puede ya confundirse con un "apoderamiento".

²²⁶ Esto no significa que tales usos sean abusivos o impropios. Simplemente, suponen la utilización de un término en su simple sentido ordinario. De hecho, también el *iubere* técnico significa "disponer"; es la especial naturaleza de esa "disposición" en los casos mencionados la que nos permiten reconocer un concepto técnico, una elaboración jurídica. Pero esta elaboración se ha realizado sobre la noción común, que sigue presente en el lenguaje jurídico.

²²⁷ Las menciones en las fuentes de *iubere* y *iussum* en sentido técnico no llegan al 15% del total. En todas las demás (más del 85%) *iubere* y *iussum* se emplean en su sentido ordinario, es decir, en relación a las cuatro aplicaciones (a-d) restantes.

*iubet*²²⁸, es decir, a lo "dispuesto" en ellos²²⁹. Además, se utiliza también para describir la actividad de quien establece una disposición: *populus, imperator, praetor iubet*. Sobre el significado de estos giros son precisas algunas observaciones.

a) *Populus iubet, iussu populi*. *Iubere* es el verbo propio para lo que el pueblo "dispone", señaladamente, la ley comicial: la fórmula tradicional usada por el magistrado para interrogar al pueblo acerca de su propuesta incluía también el verbo *iubere*: *velitis, iubeatis, uti ... Haec ita ut dixi, ita vos, Quirites, rogo*²³⁰. Este uso se ha querido utilizar como prueba de que, incluso en Derecho público, el *iussum* no es una "orden" sino una "autorización"²³¹: el pueblo, se dice, se limita a "prestar su consentimiento a la propuesta del magistrado"²³², a "adherirse a ella"²³³, a "asumir las consecuencias del acto del magistrado confiriéndole su autorización"²³⁴. Se busca así reconducir este *iussum* al significado técnico del término en el Derecho privado.

Estas concepciones parten de un hecho cierto: el papel del pueblo en las decisiones comiciales se limitaba a aprobar o rechazar la propuesta del magistrado, sin posibilidad de modificarla; al magistrado correspondía, así pues, toda la iniciativa. Sin embargo, nos sigue pareciendo preferible traducir este *iubere* como "disponer": esta hipótesis presenta la ventaja de la simplicidad -pues

²²⁸ *Iubere* aparece incluso alguna vez referido a lo dispuesto en un senadoconsulto: Gai. 1,84; Marcian. 14 *inst.*-D.48,8,3,2; Ulp. 16,4; Paul. *sing. de sen. cons.*-D.36,1,27(26); Paul. 43 *ad ed.*-D.38,7,3; Mod. 12 *pand.*-D.48,8,13; Macer. 1 *publ. iud.*-D.47,13,2. Aunque no es un uso feliz, tampoco puede considerarse aberrante, pues se produce en un momento en que los senadoconsultos tienen ya eficacia directa como fuente del *ius civile*. Para los giros *senatus iubet, iussu senatus*, vid. *infra sub "d"* (y n.256 ss.).

²²⁹ Los sustantivos *iussum* o *iussu* no aparecen en este sentido. Vid. los ejemplos en *VIR.* III col.1334, l.47 ss, s.v. *iubeo*.

²³⁰ Gell. *NA* 5,19,9.

²³¹ GIDE, p.459 n.2.

²³² Según BONFANTE, *Obbligazioni* p.358, *velitis, iubeatis quirites?* significa: "Volete, o quiriti, acconsentire che sia diritto ciò che io propongo?"; *iubere* deriva, en su opinión, de *ius habere*, retener o reconocer como derecho; pero, como el *iussum populi* produce el efecto de convertir una propuesta en orden, la palabra *iussum* acabó asumiendo ella misma el significado - más tardío- de orden.

²³³ GIRARD, *Manuel*⁴ p.664 n.1: "Le *iussum* est, en dépit des conclusions menteuses tirées de l'acception récente du mot *iubere* et de ses dérivés, non pas un ordre, mais une adhésion, une déclaration par laquelle on assume les conséquences d'un acte. C'est le sens du mot *iubere* dans l'interrogation adressée par le magistrat au peuple: *Velitis iubeatis quirites*, où précisément le droit du peuple de refuser cette adhésion a conduit au sens moderne d'ordonner". DEL PRETE, art. cit., en *NDI.* VII p.518: "Lo *iussum populi*, com'è facile dedurre, consisteva dunque nell'adesione dei Quiriti alla formula proposta".

²³⁴ VALIÑO, art. cit., en *AHDE*.37(1967) 412.

evita atribuir al *iubere* del pueblo un sentido radicalmente diferente al del magistrado o el *princeps*- y responde, a nuestro juicio, a una consideración más completa de la realidad política romana: el pueblo, ciertamente, carece de iniciativa, pero ello no debe hacer olvidar que: a) en el marco de la "constitución" republicana, el *imperium* del magistrado deriva del popular, que suele denominarse *maiestas*; b) la propuesta del magistrado no es más que un proyecto, que el pueblo puede también rechazar: es el *iussum populi* el que "hace la ley"²³⁵; otorgado éste, el propio magistrado queda vinculado. La ley comicial es una manifestación de la potestad del pueblo sobre sí mismo: la *libertas* romana, consistente en no estar sometido a la potestad de un *dominus*²³⁶, significa que el *populus romanus* es, por así decirlo, *sui iuris*, es decir, único titular de la potestad sobre sí mismo, y, por tanto, en principio, sólo por propia determinación puede quedar vinculado. El uso de *iubere* constituye, a nuestro juicio, un homenaje del lenguaje oficial a la *maiestas populi romani*: en la teoría, al menos, a la que el lenguaje oficial responde, la supremacía corresponde al pueblo, de modo que el magistrado "propone" y el pueblo "dispone". En este sentido, puede observarse que traducciones como las propuestas podrían servir para el giro *populus rogationem iubet*²³⁷, pero no para el frecuente *populus legem iubet*²³⁸, donde *iubere* no puede significar "autorizar" o "asumir", porque

²³⁵ *Rhet. Her.* 2,13,19: *Lege ius est id, quod populi iussu sanctum est.* Liv.7,17,12: ... *quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset.* Gell. NA.10,20,2: *Ateius Capito, publici privatique iuris peritissimus, quid "lex" esset hisce verbis definivit. "Lex", inquit, "est generale iussum populi aut plebis, rogante magistratu".* — Diferente debía de ser, naturalmente, la situación en tiempos de la monarquía. KARLOWA, *RRG.* I p.50, conjetura que también entonces el pueblo se reunía en comicios, y contraponen el *imperare* del *rex* al *iubere* de los comicios, que no podía, frente al *rex*, tener sentido imperativo, sino de mero consentimiento o aprobación. Sin embargo, no parece probable que los comicios tuvieran en la edad monárquica el poder de otorgar o negar su *iussum* a la propuesta regia; Liv.1,49, como otros testimonios de su época, no son seguros, por la tendencia clásica a extrapolar a la época arcaica las instituciones y el lenguaje contemporáneos; cfr., en este sentido, CAPOGROSSI, *I compiti del "rex" e i suoi principali collaboratori*, en *Lineamenti*² p.24 s. No cabe, por tanto, invocar este improbable *iussum populi* de la monarquía para defender que el significado originario de *iubere* es "autorizar". Sobre la hipótesis del carácter originariamente autoritario de la ley, como acto unilateral del magistrado, vid., en fin, WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I (München 1988) p.280 s.

²³⁶ Cfr. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (München-Leipzig 1934) p.95.

²³⁷ Sall. *Iug.* 40,3: *Sed plebs incredibile memoratu est quam intenta fuerit quantaque vi rogationem iusserit.* Liv.6,39,2: *Nam de fenore atque agro rogationes iubebant, de plebeio consule antiquabant.* Liv.6,42,1: *Oratio Appi ad id modo valuit ut tempus rogationum iubendarum proferretur.* Liv.42,21,8: *Rogationem Marciam de Liguribus magno consensu plebes scivit iussitque.*

²³⁸ Cic. *Verr.* II 3,82: *Ille, de quo legem populus romanus iusserat ut ipsius voluntas ei posset esse pro lege, ...;* Cic. *Balb.* 17,38: *Illis enim repentibus L. Cornelium responderem legem*

no se refiere a la propuesta del magistrado sino a la ley misma: el *iussum populi* aparece ahí en primer plano, como generador de la ley²³⁹. Una prueba más de la relación entre la *maiestas* y el *iussum populi* -y, por tanto, del sentido imperativo de éste- se encuentra en el hecho de que las decisiones de los *concilia plebis*, que no encarnan la *maiestas populi romani*, no son *iussa*, sino *plebis scita*²⁴⁰: frente a *iubere*, *sciscere* -literalmente, "llegar a conocer"- es un verbo no imperativo, derivado de *scire*²⁴¹.

Por lo demás, el intento de asimilar el *iussum populi* al *iussum* técnico del Derecho privado nos parece forzado: éste último conlleva siempre una dimensión "ad extra", triangular -A asume frente a un tercero (C) un acto de B- inexistente en el *iussum populi*. Resulta también particularmente perturbador hablar aquí de "autorización", pues el *populus* como tal carece de *auctoritas*. El *iussum populi* es una manifestación de voluntad²⁴², no de conocimiento: de potestad (*maiestas*), no de autoridad: es al senado a quien le corresponde "autorizar", es decir, aprobar, juzgar correcto lo hecho; el pueblo, en suma, "dispone" que lo propuesto por el magistrado sea ley.

b) *Princeps, Imperator iubet; iussu principis, imperatoris*. Cuando Gai.1,5 define las constituciones imperiales, abandona por un simple *constituit* el giro *iubet atque constituit* empleado en las definiciones inmediatamente precedentes de *lex* y *plebiscitum*. Aquí ha querido encontrarse una prueba de que el *iussum* es siempre una "autorización"²⁴³: Gayo no utiliza *iubere* porque el emperador no "autoriza" lo propuesto por otro sino que "dispone" él mismo. A nuestro juicio, no cabe atribuir semejante relevancia a

populus romanus iussisse de civitate tribuenda, Gai.1,3: *Lex est, quod populus iubet atque constituit*.

²³⁹ Que el sentido de "*iussu populi*" es "por disposición del pueblo" y no simplemente "con su autorización", resulta más claro cuando se emplea como inscripción en una estatua o una tumba, del mismo modo que "*iussu deideae*" o "*iussu principis*": vid. DE RUGGIERO, en *Diz. Epigrafico* IV p.282 s.

²⁴⁰ Cfr. MOMMSEN, *Staatsrecht* III 1³ p.150 y n.2.; BONIFACIO, art. cit., en *NNDI*. IX p.392. Según KARLOWA, *RRG*.I p.406, lo mismo es aplicable a los *comitia tributa*. — La *exaequatio* entre los plebiscitos y la ley hace que, con el tiempo, se acabe usando *iubere* también respecto de los primeros: Gell. *NA*.10,10,2: *lex est generale iussum populi aut plebis*, Gai.1,3: *plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit*. Excepcionalmente, *iussu plebis* aparece en algún texto más antiguo: cfr. *CIL*.I² 2, 2659, sobre el cual, DE RUGGIERO, en *Diz. Epigrafico* IV p.283. En todo caso, el nombre mismo de *plebis scitum* prueba la distinción terminológica originaria.

²⁴¹ Cfr. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire*⁴ p.603, s. v. *scio*, y, en *OxLD*. p.1707, el significado de *scite*, *scitor*, *scitus*, derivados todos de *sciscere*.

²⁴² Así, en la fórmula *velitis, iubeatis ... quirites?*, el *iubere* de los *quirites* se presenta como equivalente a *velle*.

²⁴³ VALIÑO, art. cit., en *AHDE*.37(1967)411 s.

la definición gayana²⁴⁴: primero, porque, evidentemente, el verbo más adecuado, tratándose de *constitutiones* es *constituere*; pero, sobre todo, porque son abundantísimos en las fuentes los ejemplos de *iubere* y *iussum* referidos al *imperator* que establece una constitución imperial²⁴⁵: si Papiniano²⁴⁶ o Paulo²⁴⁷ utilizan *iubere* en este sentido, si en las propias constituciones se emplea *iubere* en primera persona -*iussi*²⁴⁸-, ¿qué valor probatorio puede tener el texto de Gayo?

c) El *iussum* es la declaración de potestad por excelencia del magistrado, especialmente del Pretor; *praetor iubet, iussus a praetore, iussu praetoris*, son expresiones frequentísimas²⁴⁹; en el Edicto del Pretor se encuentra a menudo la primera persona *iubeo, iubebo, iubeam*²⁵⁰. El *iussum* pretorio puede referirse a un resultado o a una acción que alguien ha de realizar: normalmente, para imponerla ("orden"), pero, en ocasiones, para habilitar a quien ha de realizarla: en este segundo caso, puede decirse que el *iussum* es una "autorización"²⁵¹. Estos dos sentidos coexisten en el *iussum iudicandi* del procedimiento formulario: éste es básicamente una "orden" de juzgar²⁵², pero contiene además implícitamente una "habilitación" para hacerlo²⁵³, sin la cual la *sententia* del simple particular que es el *iudex privatus* no tendría más valor que la opinión de cualquiera; es en virtud del *iussum iudicandi* que el juez privado queda investido del poder (*potestas iudicandi*) de emitir una sentencia condenatoria o absolutoria con valor de *iudicatum* frente a las partes²⁵⁴.

²⁴⁴ Cfr. la explicación de SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, en *Studi in onore di S. Riccobono I* (Palermo 1936) 76; vid. también KRELLER, *Zur Frage der Zuverlässigkeit unserer Gaius Überlieferung*, en *SZ. 55* (1935) 177; BONIFACIO, art. cit., en *NNDI. IX* p. 393.

²⁴⁵ Para ejemplos del tipo *divus Hadrianus iubet*, en que aparece el nombre del concreto emperador, vid. *VIR. III* col. 1334 l. 30 ss., s. v. *iubeo*.

²⁴⁶ Pap. 11 *quaest.*-D. 36, 1, 52 (50); Pap. 20 *quaest.*-D. 22, 1, 3 pr.; Pap. 29 *quaest.*-D. 22, 1, 6, 1; Pap. 36 *quaest.*-D. 48, 5, 39 (38), 4; Pap. 9 *resp.*-D. 31, 78, 1.

²⁴⁷ Paul. 2 *decr.*-D. 36, 1, 76 (74), 1; Paul. 3 *decr.*-D. 16, 2, 24; Paul. 7 *ad leg. Iul. et Pap.*-D. 49, 14, 13, 7; Paul. *sing. de adult.*-D. 48, 16, 16; Paul. 16 *ad Sab.*-D. 39, 3, 23 pr.

²⁴⁸ Ulp. 7 *de off. proc.*-D. 48, 6, 6; Ulp. 8 *de off. proc.*-D. 1, 6, 2.

²⁴⁹ En cambio, no se dice nunca *Edictum iubet*: para una explicación, vid. *supra* § 43 n. 115.

²⁵⁰ Vid. *VIR. III* col. 1335 l. 11 ss., s. v. *iubeo*.

²⁵¹ Vid. STEINWENTER, art. cit., en *RE. X 2* col. 1307.

²⁵² Así se explica que su eficacia cese si el juez mismo se convierte en magistrado de *imperium* igual al que dio el *iussum* (Paul. 13 *ad Sab.*-D. 5, 1, 58): porque un magistrado no puede dar órdenes a su colega.

²⁵³ Cfr. v. MAYR, *RRG. II 1* (Berlin-Leipzig 1912) p. 100, que concibe el *iussum iudicandi* como una "Ermächtigung".

²⁵⁴ Vid., por todos, KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966) p. 223, con bibliografía sobre el *iussum iudicandi* en n. 51 ss. Una opinión distinta mantuvo Wlassak, cuya concepción del procedimiento formulario como esencialmente arbitral, *inter privatos*, le condujo

Precisamente por haber recibido un *iussum iudicandi*, también el juez privado puede dictar órdenes, que las fuentes designan con *iubere, iussum*; el mismo poder, aunque recibido directamente de las partes, ostenta el *arbiter*²⁵⁵.

d) Existe finalmente algún texto en que *iubere-iussum* se usan en relación al senado, en expresiones como *senatus iussit, iussu senatus*. El ejemplo más antiguo y notorio es la definición de senadoconsulto de Gai 1,4: *senatus consultum est quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum*²⁵⁶. Hay que notar que incluso un autor como Livio, para quien la distinción entre el papel de los comicios y el del senado era una realidad viva²⁵⁷, utiliza a menudo *iubere-iussum* para las decisiones del senado²⁵⁸. Cuando Gayo escribe, hace ya tiempo que el senadoconsulto ocupa el

a minimizar, también en este punto, el papel del magistrado; el fundamento de la validez de la sentencia se encuentra, en su opinión, en el contrato entre particulares que es para él la *litis contestatio*, no en el *iussum iudicandi* pretorio, que él concibe como una simple orden ("Judikationsbefehl"): cfr. Wlassak, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse* (Wien 1921) p.26 *passim*. Del mismo modo, PUGLIESE, art. cit., en *AG*.133(1946) 179 n.1, considera que el *iussum iudicandi* pretorio es una simple orden, necesaria únicamente para imponer al juez el deber de juzgar: la facultad de hacerlo no provendría del *iussum* del magistrado, sino del acuerdo de las partes. Esta opinión no puede hoy mantenerse, reconocido ya el carácter excesivamente radical de la concepción de Wlassak: cfr. BONIFACIO, *L'estinzione del giudizio per mors litis*, en *AG*.142(1952) [consultado en separata] p.3 ss., con literatura crítica, en p.3 n.1. Que, contra Wlassak y Pugliese, la *potestas iudicandi* proviene del *iussum* pretorio lo prueba la imposibilidad de un *iudicatum* válido cuando el *iussum iudicandi* se ha extinguido: lo que puede sobrevenir por revocación (*iudicare vetare*) o porque el magistrado que lo otorgó cesa en el cargo. En el primer caso, *iudicium solvitur*, según Paul.13 *ad Sab.*-D.5,1,58: *Iudicium solvitur vetante eo, qui iudicare iusserat, vel etiam eo, qui maius imperium in eadem iurisdictionem habet ...* sobre el cual, Wlassak, *Judikationsbefehl* p.187 ss., y BONIFACIO, art. cit., en *AG*.142(1952) p.21 (de la separata). La llamada *mors litis*, que se produce en los *iudicia quae imperio continentur* cuando el magistrado cesa en su cargo, se explica porque, así como todo *iussum* se extingue con la muerte del *iubens*, así también el del magistrado, cuando deja de serlo; en los juicios que la *lex Julia* admite como legítimos, la facultad de juzgar, aunque otorgada por el Pretor, se apoya en la propia ley, que permite que la sentencia se dicte dentro de un plazo de 18 meses, aunque haya concluido la magistratura del *Praetor iubens*.

²⁵⁵ Vid. *VIR*. III col.1334 l.39 ss., s.v. *iubeo*.

²⁵⁶ Cfr. además: Paul.16 *ad Sab.*-D.39,3,23pr.; Paul.22 *quaest.*-D.48,10,14,2; Paul.43 *ad ed.*-D.38,7,3; Paul. *sing. de iud. publ.*-D.48,13,11(9),5. — Sospechas contra el texto de Gayo y todos los demás, principalmente en SOLAZZI, art. cit., en *Studi Riccobono* I p.76 ss; SOLAZZI, "Senatus consulto iubetur" en *Gai.1,84*, en *SDHI*.20(1954) 316 ss.; SOLAZZI, "Senatus iubet?", en *SDHI*.22(1956) 329 ss. Cfr. también SCHÖNBAUER, *Die actio aquae pluviae arcendae*, en *SZ*.54(1934) 256 n.3. En favor de su claridad, cfr. HAEBERLIN, p.107 n.36.

²⁵⁷ Así, Livio suele contraponer, como hemos comprobado (*supra* §43 n.129), *iussum populi y auctoritas senatus*, y reservar para las decisiones del senado el verbo *censere* (que era la expresión técnica: vid. *FIRA*. I p.240 ss., *VIR*. I col.711 ss.), frente al *iubere* de los comicios.

²⁵⁸ *Patres iusserunt* o sim.: Liv.7,12,12; 32,26,4; 36,1,5; 38,55,2; 40,19,11; 41,16,6; 42,21,8. *Senatus iussit* o sim.: Liv.3,25,9; 4,17,9; 4,23,6; 6,16,6; 7,3,4; 7,19,9; 8,15,3; 8,15,5; 9,26,9;

lugar de la ley comicial, de modo que la contraposición republicana entre *iussum populi* y *auctoritas senatus* ha perdido uno de sus términos; por otro lado, Gayo mismo afirma que el senadoconsulto (la *oratio principis*, de hecho) tiene ya en su tiempo (*quamvis fuerit quaesitum*²⁵⁹) fuerza de ley, es decir, vale directamente como fuente del *ius civile*. La singularidad de la posición del senado podía entonces fácilmente olvidarse, y con ella, el miramiento de evitar el uso de *iubere* para sus decisiones²⁶⁰.

§55 Las disposiciones de última voluntad constituyen la aplicación más frecuente en las fuentes del verbo *iubere*, aunque no del sustantivo *iussum*, que sólo aparece una vez en este sentido²⁶¹. Es claro que, en este caso, *iubere* se usa en su sentido ordinario, no en el técnico de "asumir *ad extra* los efectos de una gestión ajena": el testador simplemente "dispone", para después de su muerte, de su propia esfera patrimonial. *Iubere* es, por tanto, también aquí, "disponer" dentro del propio ámbito de potestad. Lo dispuesto puede ser una conducta ajena, pero también directamente un resultado. De una conducta ajena se trata:

a) Cuando el testador establece un legado damnatorio en favor de Ticio, es decir, "dispone" (*iubet*) que el heredero dé a Ticio²⁶².

22,10,6; 22,10,4; 27,33,8; 32,8,12; 34,6,16; 39,5,9; 39,54,10; 40,16,6; 40,35,8; 40,53,6; 41,15,4; 41,19,2; 42,24,6; 44,16,7. *Iussu patrum*: Liv 8,37,1; 30,40,4; 37,52,2. *Iussu senatus* o sim.: Liv 27,4,4; 36,21,8; 40,34,10; 43,8,4; 43,8,8. Este modo de expresión es revelador del papel dirigente del senado en la "constitución" republicana, a pesar de su carácter teórico de mera asamblea consultiva.

²⁵⁹ Sobre la discusión a que Gayo alude con esta frase, como sobre la *exaequatio* misma del senadoconsulto a la ley no tenemos otra información que este pasaje de las Instituciones. Sobre el tema, vid. la bibliografía recogida por SOLAZZI, art. cit., en *Studi Riccobono* I p.77 n.8, y, por último, MAZZA, *I "senatusconsulta" nell'età del principato*, en *Lineamenti*² p.395 ss.

²⁶⁰ Sin embargo, de los juristas de su tiempo, sólo Gayo dice *senatus iubet*: la expresión no volverá a aparecer hasta Paulo (*supra* n.256).

²⁶¹ En Pomp.8 *ad Q. Muc.*-D.33,1,7: *iussum conservari debet*.

²⁶² La fórmula tradicional del legado damnatorio era "*damnas esto*" pero quizá ya en la última etapa clásica eran válidas otras, como "*heres meus dato*", "*factio*" o "*heredem meum dare iubeo*", como informa Ulp.24,4. Aunque este testimonio fuera falso, y el legado dispuesto con *iubeo* no valiera como tal, el verbo se utiliza con frecuencia en los textos, en tercera persona -*iussit Titio decem dare*-, para referir la voluntad del testador que lega, sin que ello suponga que éste se haya apartado de la fórmula *damnas esto* al disponer el legado; cfr. lav.2 *ex post. Lab.*-D.32,100pr.: "*Heres meus damnas esto Lucio Titio Stichum servum meum reddere*" vel ita "*illum servum meum illi reddito*". *Cassellius ait deberi neque id Labeo improbat, quia qui reddere iubetur, simul et dare iubetur*. Otros textos en que aparece *iubere* en este sentido son: Iul.5 *dig.*-D.30,79; Iul.33 *dig.*-D.30,84,2; Afr.8 *quaest.*-D.30,110; Gai.18 *ad ed. prov.*-D.30,66; Pap.17 *quaest.*-D.7,5,8; Ulp.24 *ad Sab.*-D.33,1,3,6; Paul.9 *ad Plaut.*-D.7,1,46,1. En Ulp.20 *ad Sab.*-D.30,32pr., el propio testador utiliza *iubere* para aludir a lo legado: "*quae a filio*

b) Cuando el testador establece un fideicomiso²⁶³.

c) Cuando el testador somete una disposición *mortis causa* a la condición de que el favorecido haga algo, se dice también que "dispone" (*iubet*) tal actividad²⁶⁴.

Quien ha de cumplir el legado, el fideicomiso o la condición aparece frecuentemente designado como *iussus*: *iussus decem Titio dare*²⁶⁵; *condicione parere iussus*²⁶⁶. Pero también se dice *iussus accipere* del favorecido por un legado²⁶⁷ o de aquél a quien se ha de entregar en cumplimiento de la condición²⁶⁸. También en las disposiciones testamentarias, por tanto, el sentido de *iubere* es, mejor que "ordenar", "disponer": pues *iubere* se usa tanto en relación al gravado como en relación al favorecido, a quien, evidentemente, no se le "ordena" recibir²⁶⁹.

meo legavi quaeque eum dare iussi, ... iubeo puede incluso añadirse a la fórmula del legado vindicatorio, como en Ulp.(Pap.) 20 *ad Sab.*-D.33,7,12,43: ... *"filiis maribus domum meam instructam do lego darique iubeo"*:

²⁶³ En las enumeraciones de las palabras usuales para establecer un fideicomiso (cfr. Gai.2,249; Ulp.24,1; Ulp.25,2; PS.4,1,6) no aparece *iubeo*, pero ello no debe hacer pensar que era inadmisibles: además del argumento de la libertad formal que admite el fideicomiso, conservamos testimonios explícitos del uso de *iubere* para disponerlo: Scaev.3 *resp.*-D.31,88,10 y D.32,93,1; Scaev.16 *dig.*-D.34,3,28,13. En todo caso, es frecuente que *iubere* aparezca en los textos para aludir a un fideicomiso (*testator dare iusserat* o sim.): Iul.39 *dig.*-D.36,1,24(23); Gai.1 *fideic.*-D.34,5,7(8),2; Scaev.22 *dig.*-D.33,1,21,5; Scaev.18 *quaest.*-D.28,5,84(83),1; Maecian.15 *fideic.*-D.40,5,32,2; Paul.2 *decret.*-D.32,27,1.

²⁶⁴ Entre otros muchos: Lab.2 *post. a lav. pit.*-D.28,7,20,1; lav.13 *epist.*-D.35,1,55; Iul.39 *dig.*-D.36,1,24(23); Iul.43 *dig.*-D.35,1,23; Ulp.14 *ad ed.*-D.5,2,8,10; Paul.1 *ad Sab.*-D.28,7,3; Paul.41 *ad ed.*-D.37,5,15,4; Paul.9 *ad Plaut.*-D.35,1,44,7; Paul.12 *ad Plaut.*-D.29,2,74,1; Ter.Clem.4 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.35,1,62,1. Vid. *infra* n.275, en relación al *statuliber*.

²⁶⁵ *Iussus dare* se dice de un heredero gravado con un legado en Paul.28 *ad ed.*-D.13,4,5 y Paul.5 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.34,4,6pr. La expresión aparece incluso en el texto de la *Lex Falcidia*, al menos en la versión de Paul. *sing. ad leg. Falc.*-D.35,2,1pr.: "... qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare" (pero vid. *Index Itp. ad leg.*). También el fiduciario aparece frecuentemente descrito como *iussus*: lav.11 *epist.*-D.36,1,48(46); Maecian.8 *fideic.*-D.35,2,30,1; Maecian.15 *fideic.*-D.40,5,32,1; Scaev.3 *resp.*-D.31,88,13; Scaev.16 *dig.*-D.32,34,2; Ulp.(Pap.) 15 *ad ed.*-D.5,3,13,5; Ulp.2 *fideic.*-D.32,11,25; Ulp.4 *fideic.*-D.36,1,6,6; Ulp.5 *fideic.*-D.40,5,24,28; Paul.12 *quaest.*-D.34,8,5; Mod.1 *resp.*-D.3,5,25(26).

²⁶⁶ Ulp.50 *ad ed.*-D.29,5,3,31; Ulp.20 *ad Sab.*-D.36,2,5,5. Un ejemplo en el que se especifica la condición es Pap.28 *quaest.*-D.46,3,95,7.

²⁶⁷ Pap.7 *resp.*-D.35,1,77pr.

²⁶⁸ Paul.1 *de iur. fisc.*-D.34,9,5,18.

²⁶⁹ Por eso, no es correcto atribuir -STEINWENTER, art. cit., en *RE. X* 2 col.1307- al *iubere* de las disposiciones de última voluntad el mismo sentido de "ordenar" del *iussus* del *paterfamilias* a los sometidos.

Otras veces, *iubere* no se refiere a una conducta ajena, sino a un resultado que el testador directamente dispone:

d) Esto es especialmente claro en la manumisión testamentaria: de quien manumite *testamento* se dice normalmente que *Stichum liberum esse iubet*; los textos se refieren al manumitido como *liber esse iussus*. Los ejemplos son numerosísimos²⁷⁰. La manumisión misma, ordinariamente expresada "*Stichus liber esto*", puede también tomar la forma "*Stichum liberum esse iubeo*"²⁷¹. Ahora bien, como en el caso de la *fideiussio*²⁷², *iubere* no significa aquí disponer una acción ajena; no se dirige a imponer una conducta al esclavo, sino directamente a disponer un resultado: su liberación. Este *iussus* es, por tanto, una declaración de voluntad dispositiva que no se dirige al esclavo, sino, por así decirlo, "sobre" el esclavo: el esclavo no es su destinatario, sino su objeto.

e) El *iubere* de la fórmula *Titium heredem esse iubeo*, que, según Gai.2,117²⁷³, se admitió, junto al tradicional *Titius heres esto*, para la *heredis institutio* no parece tampoco propiamente referirse a una acción ajena, sino a un resultado ("que sea heredero Ticio")²⁷⁴.

Un caso especialmente interesante, también desde el punto de vista del empleo de *iubere*, es el del *statuliber*. En relación al *statuliber* encontramos el mayor número de ejemplos de *iubere* para el testador que impone una condición y de *iussus* para quien ha de cumplirla²⁷⁵. Como, en este caso, a la condición se

²⁷⁰ Sirvan como muestra, sin mencionar por el momento supuestos de *statuliber*: Alf.4 dig.-D.40,1,6; Ner.1 membr.-D.28,5,55(54); lav.2 ex post.Lab.-D.35,1,40,3; Cels.19 dig.-D.33,8,25; Iul.12 dig.-D.15,1,14pr.; Pomp.7 ex Plant.-D.40,4,41pr.; Afr.5 quaest.-D.30,108,9; Gai.18 ad ed.prov.-D.30,68,1; Scaev. 15 dig.-D.33,2,32; Tryph.8 disp.-D.15,1,57,1; Ulp.2 disp.-D.15,1,32pr.; Paul.4 ad Vitell.-D.31,14pr.

²⁷¹ Cfr. Gai.2,267; Ulp.2,7 y Scaev.3 resp.-D.31,88,3.

²⁷² Vid. *supra* §43, §48; otros ejemplos de *iubere* no referidos a una acción ajena, sino a un resultado, en §42.

²⁷³ Ulp.1 ad Sab.-D.28,5,1,7 parece confirmarlo.

²⁷⁴ Además, pueden encontrarse en los textos, como exposición de un caso, frases del tipo *testator Titium heredem esse iubet* (Scaev. sing. quaest. publ. tract.-D.28,6,48,1; Tryph.13 disp.-D.27,10,16,2; Pap.1 resp.-D.28,6,41,8). El heredero aparece designado como *heres esse iussus* en: Lab.2 post.a lav.epit.-D.28,7,20,1; Pomp.3 ad Sab.-D.35,1,6,1; Scaev. sing. quaest. publ. tract.-D.28,6,48,1. En Paul.1 ad Vitell.-D.28,2,19, el desheredado es *exheres esse iussus*. Estas expresiones son muy frecuentes cuando el heredero es un esclavo, simultáneamente manumitido; así, *liberum et heredem esse iubet* aparece en: lav.1 ex post.Lab.-D.29,2,60; Ner.1 membr.-D.28,5,55(54); Iul.2 ad Urs. Fer.-D.28,5,8pr. y 1; Iul.64 dig.-D.28,5,43(42); Maecian.7 fideic.-D.40,5,42; Marcell.21 dig.-D.9,2,36,1; Flor.10 inst.-D.28,5,50pr.; Ulp.18 ad ed.-D.9,2,15,1; *liber et heres esse iussus*: Iul.2 ad Urs.Fer.-D.10,2,52,1; Iul.29 dig.-D.28,2,13,1; Gai.2,186; Ulp.(Iul.) 18 ad ed.-D.9,2,23,1; Ulp.41 ad ed.-D.37,10,3,11; Ulp.1,4.

²⁷⁵ Iul.39 dig.-D.30,96,4; Afr.6 quaest.-D.21,2,46,3; Afr.9 quaest.-D.40,4,22; Scaev.5 dig.-D.12,6,67pr.; Scaev.2 quaest.-D.21,2,69,2; 3; 4; Pomp.8 ad Sab.-D.40,7,5pr.; Ulp.26 ad ed.-D.12,4,3,8; Ulp.60 ad ed.-D.40,5,4,6; Ulp.61 ad ed.-D.29,2,20,4; Paul.2 quaest.-D.19,1,42;

une la manumisión, el *statuliber* puede tanto ser descrito como aquél cuya libertad se ha dispuesto, si cumple una condición²⁷⁶, o como quien por disposición del testador ha de cumplir una condición para ser libre²⁷⁷: es decir, *iubere, iussus* puede referirse tanto a la manumisión como a la condición impuesta. Frecuentemente se refiere a ambas: *decem dare et liber esse iussus*²⁷⁸. Esto demuestra que, en latín, el uso de *iubere* referido a una acción ajena y el que se refiere simplemente a la adopción de una decisión dispositiva no se sentían como dos acepciones distintas del término, sino como una sola, correspondiente a nuestro "disponer".

§56 Como ya hemos advertido (*supra* §44 ss.), el *iussum* técnico del *paterfamilias* debe distinguirse (como asunción frente a un tercero, que negocia con el sometido, de las consecuencias onerosas del negocio dispuesto) de la simple orden interna que el *paterfamilias* puede impartir en el ejercicio de su potestad doméstica: el destinatario de este *iussum* es el sometido mismo, no un tercero, y no consiste en una asunción de responsabilidad, sino en una simple orden, aunque de ella puedan derivar responsabilidades para el *paterfamilias*. Un ejemplo de *iussum* interno que sirve como ilustración de estas diferencias es el que se dirige a la comisión de un delito por el sometido²⁷⁹: en este caso,

Paul.16 *ad Plaut.*-D.40,7,20,4. *Decem dare iussus, rationes reddere iussus* son expresiones repetidas una y otra vez en las fuentes. De hecho, el uso más frecuente de la expresión *iussus* (o en acusativo, *iussum*) *dare*, que ni una vez se refiere al delegado, es en relación al *statuliber*. Cf. *VIR.* III col.1343 l.45 ss., s.v. *iubeo*, col.1344 l.1 ss. y 43 ss.; col.1345 l.1 ss. Una rápida lectura de D.40,7 (*de statuliberis*) resulta muy ilustrativa: no hay un sólo texto en que no aparezca *iubere*.

²⁷⁶ Lab.3 *pith.*-D.40,7,42; Cels.22 *dig.*-D.40,7,23,1; Iul.43 *dig.*-D.40,7,13,1; 2; Pomp.8 *ad Sab.*-D.40,7,8pr.; Pomp.7 *ex Plaut.*-D.40,7,21pr.; Mod.5 *diff.*-D.35,1,51pr.; Gai.28 *ad ed. prov.*-D.21,2,54,1; Ulp.27 *ad Sab.*-D.40,7,3,13.

²⁷⁷ Pomp.9 *ad Q. Muc.*-D.35,1,57; Paul.16 *ad Plaut.*-D.40,7,20,3.

²⁷⁸ Los textos en que tal expresión aparece son: Iul.43 *dig.*-D.40,7,13,4; Maecian.(Iul.) 3 *fideic.*-D.35,1,86pr.; Marcell.16 *dig.*-D.46,3,68pr.; Ulp.26 *ad ed.*-D.12,4,3,7; Ulp.27 *ad Sab.*-D.40,7,3,4; 5; 7; 8; Ulp.27 *ad Sab.*-D.40,7,6,4;5;7; Ulp.2,6; Paul.16 *ad Plaut.*-D.40,7,20pr.; Paul.16 *ad Plaut.*-D.40,9,18,1; Mod.5 *diff.*-D.35,1,51,1.

²⁷⁹ Las fuentes muestran ejemplos de los más importantes delitos privados. El *iussum iniuriandi* aparece en Iav.14 *ex Cass.*-D.9,2,37pr. y Ulp.57 *ad ed.*-D.47,10,17,7. El de causar daños, en Marcell.8 *dig.*-D.47,6,5 y Paul.22 *ad ed.*-D.9,4,19,2. A éste se suma el del hurto en Alf.2 *dig.*-D.44,7,20, Pomp.18 *ad Sab.*-D.21,1,46 y Ulp.1 *ad ed. oed. cur.*-D.21,1,21,1. A la *actio rerum amotarum* se refiere Paul.37 *ad ed.*-D.25,2,21,1. Del *iussum* de delinquir en general se ocupan Ulp.18 *ad ed.*-D.9,4,2,1 y Paul.22 *ad ed.*-D.9,4,17pr. Sobre las consecuencias de este tipo de *iussum* para quien lo da y quien lo ejecuta, vid. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht* I (Tübingen 1871) p.352; MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) p.77 s.; FERRINI, *Diritto penale romano* (Roma 1976) pp.89 ss., 113; confuso, DEL PRETE, art. cit., en *NDI.* VII p.518 s.

evidentemente, el *paterfamilias* no se dirige a la víctima sino al sometido mismo; impartiendo, no pretende hacerse responsable -aunque luego el *iussum* permita imputarle tal responsabilidad-, sino sólo inducir al sometido a delinquir; este *iussum* no consiste, por tanto, en una asunción *ad extra* de responsabilidad, sino en una orden interna. Lo mismo puede decirse del dirigido a la expulsión de un poseedor, o a la realización clandestina o violenta de una obra²⁸⁰.

Un ejemplo semejante de *iussum patris* que no siempre ha sido bien entendido es el que se dirige al matrimonio de un *filius familias*. Este *iussum* ha querido identificarse con la autorización (*consensus, voluntas, auctoritas*²⁸¹) del padre, sin la cual no hay matrimonio: de donde habitualmente se concluye que, para el matrimonio de un *filius familias*, es necesario el *iussum* del *pater*²⁸²; este *iussum* se entiende en sentido técnico, como asunción de las consecuencias del matrimonio del hijo²⁸³. Sin embargo, los únicos textos clásicos que aluden a un *iussum* matrimonial son los dos contenidos en D.3,2 (*de his qui notantur infamia*), que tratan de la infamia que conlleva el matrimonio con una viuda antes de concluido el periodo de luto (*tempus lugendi*)²⁸⁴. En ellos, el *iussum* es

²⁸⁰ El *iussum delicti* aparece, a los efectos del interdicto *unde vi*, en Ulp.69 *ad ed.*-D.43,16,1,12; 13; 15; del *unde vi armata*, en Ulp.69 *ad ed.*-D.43,16,3,11. El *iussum* de realizar una obra clandestina o violentamente, en relación al *quod vi aut clam*, en Ulp.70 *ad ed.*-D.43,24,5,8; 11; 12; 14; Paul.67 *ad ed.*-D.43,24,6; Ulp.(Lab.)71 *ad ed.*-D.43,24,15,2. Al interdicto *ne quid in loco publico vel itinere fiat* se refiere Ulp.68 *ad ed.*-D.43,8,2,43. También puede mediar un *iussum* semejante entre arrendador y colono: así, para el interdicto *quod vi aut clam*, Ulp.(Iul.)71 *ad ed.*-D.43,24,13,7; Ulp.71 *ad ed.*-D.43,24,15,1; Paul.49 *ad ed.*-D.39,3,5.

²⁸¹ *Consentire-consensus*: Paul.35 *ad ed.*-D.23,2,2; Mod.2 *reg.*-D.23,2,25; C.5,4,12. *Velle-voluntas*: Iul.16 *dig.*-D.23,2,18; Pap.6 *resp.*-D.23,2,35; PS.2,19,2. *Auctor-auctoritas*: Paul.1 *ad Sab.*-D.23,2,3. *Voluntas* y *auctoritas* aparecen en Ulp.26 *ad Sab.*-D.23,2,9pr. En Paul.35 *ad ed.*-D.23,2,16,1, llegan a mencionarse los tres términos: *Nepote uxorem ducente et filius consentire debet: neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficet*. Este uso indiferente de *auctoritas* y *voluntas* es quizá el resultado de una evolución: la idea originaria habría sido la de aprobación -*auctoritas*- (vid., en tal sentido, VOLTERRA, *Quelques observations sur le mariage des filii familias*, en *RIDA*.1[1948] 216 ss.), pero luego, al cobrar protagonismo -por aproximación al contrato- la idea del consentimiento de los esposos, tendió a considerarse que, cuando uno de ellos era *alieni iuris*, era preciso además el consentimiento del *pater*.

²⁸² Cfr. HERNANZ, *Iussum* p.19 ss. (especialmente, p.20 n.6), con abundante literatura.

²⁸³ GIRARD, *Manuel*⁴ p.664 n.1: "le *iussum patris* donné pour le mariage de l'enfant n'est pas un ordre, mais une déclaration qu'il assume les conséquences de ce mariage, les enfants qui en naissent"; en el mismo sentido, DEL PRETE, art. cit., en *NDI*. VII p.518, concibe el *iussum* matrimonial como una declaración por la que el *pater* "assume quasi le conseguenze del matrimonio, riconoscendo come legittimi e quindi facenti parte della famiglia i filii ex iustis nuptiis". Cfr. también BONFANTE, *Famiglia* p.199 s.

²⁸⁴ [Iul.1] <Ulp.6> *ad ed.*-D.3,2,1: *Prætoris verba dicunt: "Infamia notatur ... qui eum, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet,*

invocado como eximente en favor del *filius familias*: si actuó *iussu patris* no será tachado de infamia²⁸⁵. La razón se comprende fácilmente: no es justo tachar a quien obedece una orden paterna. Parece claro, entonces, que este *iussum* no es una simple autorización (que nunca sería suficiente para eximir al hijo), sino una orden. No debe, por tanto, confundirse con la autorización paterna necesaria para el matrimonio; si fuesen la misma cosa -si el *iussum* paterno resultara imprescindible-, el hijo que contrae matrimonio con una viuda sin respetar el *tempus luctus* nunca podría ser tachado de infamia: con *iussum*, el hijo sería disculpado; sin él, no habría matrimonio, ni, por tanto, violación del luto²⁸⁶. Los textos de D.3,2, en conclusión, no permiten deducir que exista un genérico *iussum* matrimonial, del que dependa el matrimonio²⁸⁷; el *iussum* aludido en los mismos no es una autorización, una adhesión, un *iussum* técnico²⁸⁸, sino una simple orden interna²⁸⁹, en todo semejante a la de cometer un acto ilícito.

Es sabido que los sometidos a potestad necesitan, para hacer adición de la herencia que les ha sido deferida, el *iussum* del *paterfamilias*²⁹⁰. La razón es la

eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit ..." [para el cambio de *inscriptio*, vid. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del Edicto Pretorio II. El edicto de competencia jurisdiccional* (Santiago de Compostela 1993) p.19 s.]; Ulp.6 *ad ed.*-D.3,2,11,4: *Notatur etiam "qui eam duxit", ... excusatur qui iussu eius, in cuius potestate erat, duxerit, et ipse, qui passus est ducere, notatur, utrumque recte: nam et qui obtemperavit, venia dignus est et qui passus est ducere, notari ignominia.* Paul.5 *ad ed.*-D.3,2,12: *Qui iussu patris duxit, quamvis liberatus potestate patria eam retinuit, non notatur.*

²⁸⁵ En tal caso, como en general siempre que el padre haya permitido -*passus est*- semejante matrimonio del hijo, es el padre mismo quien resulta infame.

²⁸⁶ Todavía otro argumento: según los textos en cuestión (*supra* n.284), no sólo es infame el padre que ordena el matrimonio, sino en general el que lo sufre -*passus est*-, es decir, el que consiente. Si el *iussum* de D.3,2 fuese equivalente a la simple autorización o consentimiento paternos, Paulo no habría necesitado cambiar de expresión, del padre que *iubet* al que *passus est*.

²⁸⁷ En el mismo sentido MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht II* (Tübingen 1876) p.556; SOLAZZI, *La forma della tutoris auctoritas e della patris auctoritas*, en *IVRA* 2(1951) 138 s. Sólo Justiniano se refiere al *iussum patris*, como sinónimo de *consensus*, como requisito del matrimonio del hijo, en I.1,10pr.: *... dum tamen filii familias et consensus habeat parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut iussum parentis praecedere debeat.*

²⁸⁸ La idea de BONFANTE, *Obbligazioni* p.357, de que el *iussum* del padre, en estos supuestos de infamia, es una declaración de obligarse, resulta inadmisibile: una cosa es que, a consecuencia del *iussum*, el padre resulte responsable, y, por tanto, sujeto a tacha, y otra muy distinta e insostenible, que lo que el padre pretende con el *iussum* sea asumir las consecuencias infamantes del matrimonio.

²⁸⁹ Así, STEINWENTER, art. cit., en *RE*. X 2 col.1307; MANDRY, *Familiengüterrecht II* p.555 s.

²⁹⁰ Vid., por todos, KASER, *RPR*.² p.716. Cfr. Gai.2,87: *... ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest; et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iubentibus nobis adierit, hereditatem nobis adquiret proinde atque si nos ipsi*

misma que late bajo la *a. quod iussu*: los sometidos a potestad no pueden obligar al *paterfamilias* sin su consentimiento. Las consecuencias de este principio van más lejos en el caso de la adición. Cuando alguien concluía un negocio cualquiera con un sometido *iniussu patris*, se producía una disociación de los efectos del negocio: los negativos no podían afectar al padre, de modo que era, en su caso, el propio sometido quien quedaba obligado²⁹¹; los efectos positivos, en cambio, revertían en principio, dada la incapacidad jurídica del sometido, en el patrimonio del *paterfamilias*. Esta disociación no es posible tratándose de la adición de una herencia, porque la condición de *successor* del heredero hace inseparables adquisiciones y responsabilidad. Por eso, si el *paterfamilias* otorgó el *iussum*, él se hace heredero²⁹²; si no, la adición es nula²⁹³.

El *iussum* de adir, en la medida en que supone para el dueño la asunción de responsabilidad frente a los acreedores de la herencia, parece que debería considerarse, como el de la *a. quod iussu*, un *iussum* técnico dirigido a éstos²⁹⁴.

heredes instituti essemus. — El verbo *iubere* aparece referido al *iussum* de adir en: *Iav.2 ex post. Lab.*-D.29,2,64; *Iul.26 dig.*-D.38,2,13; *Iul.39 dig.*-D.36,1,26(25),3; *Gai.2,87 = Gai.2 inst.*-D.41,1,10,1; *Ulp.6 ad Sab.*-D.29,2,6,4; 6; *Ulp.8 ad Sab.*-D.29,2,25,10; 11; 14; *Ulp.1 reg.*-D.29,2,67; *Ulp.5 ad Sab.*-28,5,9,16; *Ulp.(Iul.) 50 ad ed.*-D.29,4,1,2; *Paul.2 ad Sab.*-D.29,2,26; *Paul.12 ad Plaut.*-D.29,2,74,3; *Mod. sing. de heur.*-D.29,2,50; vid., además, *VIR.* III col.1336 l.41 ss., s.v. *iubeo* (28 menciones). Todavía más abundantes son los ejemplos con el sustantivo *iussum*: *iussum exigitur*, *Iav.1 ex post.Lab.*-D.29,2,62,1; *necessarium est iussum*, *Pomp.3 ad Sab.*-D.29,2,36; *iussum non est simile tutoris auctoritate*, *Ulp.8 ad Sab.*-D.29,2,25,4; *ex iussu adisse*, *Ulp.8 ad Sab.*-D.29,2,25,11; *adire iussu meo, tuo, eius*, etc.: vid. *VIR.* III col.1436 l.23 ss., s.v. *iussum* (64 menciones).

²⁹¹ *Civiliter*, si se trataba de un *filiius familias* varón; *naturaliter*, en los demás casos.

²⁹² *Gai.2,87*: ... *si iuventibus nobis adierit, hereditatem nobis acquirit proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus* ...

²⁹³ *Ulp.8 ad Sab.*-D.29,2,25,11: ... *aliter atque si mandavit quasi ab intestato et ex testamento adiit: nam non puto quicquam egisse. ... §14: Sed si posteaquam iussit, poenitentiam egit prius quam adiret, nihil agit aduendo*. Lo que en estos textos se dice *-non puto quicquam egisse, nihil agit aduendo-* para el caso de que el *iussum* sea revocado, o se dé en la creencia errónea de que la herencia era intestada, ha de decirse también, evidentemente, cuando no hubo *iussum* en absoluto.

²⁹⁴ *GIRARD, Mamef*⁴ p.664 n.1; *BONFANTE, Obbligazioni* p.356; *DEL PRETE*, art. cit., en *NDI* VII p.518. — *VALIÑO, La capacidad de las personas in potestate en Derecho Romano*, en *RDN.57-58(1967)* 125, ha mantenido que los terceros a quienes se dirige el *iussum* de adir son las personas que tratan, de algún modo, de apoderarse de la herencia. Contra esta hipótesis se pueden hacer las siguientes observaciones: a) ¿qué ocurre cuando nadie trata de apoderarse de la herencia?; b) la razón de la comunicación a terceros es que el *iussum* consiste en una asunción de responsabilidad frente a ellos: ¿qué responsabilidad asume el *pater* frente a quienes pretenden apoderarse de la herencia?

Sin embargo, en las fuentes aparece claramente como una orden interna dirigida al sometido²⁹⁵. Este fenómeno puede explicarse por las siguientes razones:

a) La adición es un simple acto unilateral, no un negocio en el que intervengan terceros.

b) El efecto de este *iussum* no es ya simplemente la asunción de responsabilidad por el *tubens*, sino que de él depende, como hemos dicho, la validez misma de la adición. El aspecto de asunción de responsabilidad pasa así a un segundo plano: no estamos tanto ante la declaración que hace al padre responsable frente a los acreedores sino ante la que posibilita la adición del sometido.

c) El mismo interés de los acreedores en la previa comunicación del *iussum* es menor. Cuando se trataba de negocios del sometido, la falta de *iussum* podía perjudicar gravemente al tercero, que quedaba obligado frente al padre por un negocio válido, pero sin posibilidad de dirigirse a su vez contra él; en cambio, la falta del *iussum* de adir no perjudica a los acreedores salvo en que deben seguir esperando un heredero.

El *iussum* de adir es, en conclusión, una simple orden o invitación interna, dirigida al sometido²⁹⁶, del mismo modo que el *iussum* matrimonial²⁹⁷ o el de cometer un delito.

²⁹⁵ Las expresiones habituales en las fuentes son *iussu patris (domini) adire* (cfr. *VIR.* III col.1436 l.23 ss., s.v. *iussum*), o *filium (servum) adire iubeo* (cfr. *VIR.* III col.1336 l.41 ss., s.v. *iubeo*). De ellas parece ya deducirse que el destinatario del *iussum* es el propio sometido, a quien Paul.12 *ad Plaut.*-D.29,2,74,3 llama *iussus hereditatem adire*. Más claros todavía son los textos en que el *iussum* consiste en una carta dirigida al sometido: la suficiencia de ésta era ya defendida por Casio, 2 *iur. civ.*, según informa Ulp.8 *ad Sab.*-D.29,2,25,4, y parece mantenerse sin discusión: Afr.4 *quaest.*-D.29,2,51,1; Ulp.8 *ad Sab.*-D.29,2,25,8; Mod. *sing. de heur.*-D.29,2,50.

²⁹⁶ Esta es, por lo demás, la opinión mayoritaria: ROBY, *RPL.* II p.122; FADDA, *Concetti Fondamentali del Diritto Ereditario Romano II* (Napoli 1902) pp.88, 136; SOLAZZI, *Diritto Ereditario Romano* (Napoli 1933) p.85; H. KRUGER, *Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft und der bonorum possessio durch das Hauskind, den pupillus und den furiosus*, en *SZ.*64(1944) 396; SAUTEL, art. cit., en *Mélanges Lévy-Bruhl* p.258 y n.5.

²⁹⁷ Es frecuente en la doctrina la afirmación de que ni el *iussum* matrimonial ni el de adir son "órdenes", sino "autorizaciones", porque el *paterfamilias* no puede obligar a su hijo a contraer matrimonio contra su voluntad, ni al hijo o esclavo a adir, tratándose de actos que requieren la voluntad libre de quien los realiza. Así, para el *iussum* matrimonial (basándose en Ter. Clem.3 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.23,2,21: *Non cogitur filius familias uxorem ducere*): GIDE, p.459 s.; ACCARIAS, *Précis*⁴ p.194 n.2, 199 n.1; BONIFACIO, art. cit., en *NNDI.* IX p.393; VALIÑO, art. cit., en *AHDE.*37(1967) 413; HERNANZ, *Iussum* p.26 s. Para el *iussum* de adir (sobre la base de C.6,24,3,2 [r. 223]: *... potuit enim, quauvis iubente domino, nolle adire*): GIDE, p.459 s.; STEINWENTER, art. cit., en *RE.* X 2 col.1308; HERNANZ, *Iussum* p.38 s. El mismo razonamiento podría aplicarse al *iussum* de cometer un delito, porque, según recuerdan las fuentes, incluso el esclavo no está obligado en todo a obedecer al dueño, de modo que el *iussum* no lo libera de su

responsabilidad en estos delitos, si llega a ser manumitido. Cfr. Alf.2 dig.-D.44,7,20, y, especialmente, Ulp.57 ad ed.-D.47,10,17,7: *Si iussu domini servus iniuriam fecerit, utique dominus conveniri poterit etiam suo nomine. sed si proponatur servus manumissus, placet Labroni dandam in eum actionem, quia et noxa caput sequitur nec in omnia servus domino parere debet ...* A nuestro juicio, la conclusión a la que llega esta doctrina (el *iussus* no es, en estos casos, una orden, sino una autorización), no es correcta, por lo siguiente:

a) El punto de partida, "el padre no puede obligar a sus sometidos", es, según como quiera entenderse, jurídicamente irrelevante o falso. Es jurídicamente irrelevante si se refiere a la capacidad del *paterfamilias* de imponer su voluntad, que es más un asunto sociológico que jurídico: la capacidad coactiva del padre depende exclusivamente de él, es una cuestión de disciplina doméstica; el deber de cumplir sus órdenes no es jurídicamente exigible, sino que se funda en la potestad familiar, sustraída al ámbito del Derecho, precisamente por la falta de personalidad de los sometidos. La afirmación de que el *paterfamilias* no puede obligar a los sometidos a contraer matrimonio o a hacer adición de la herencia que les ha sido deferida puede entenderse mejor en un segundo sentido: si la voluntad del sometido está completamente determinada por la orden paterna, el acto será inválido. Esta doctrina, sin embargo, es contradicha por las fuentes. Cfr., para el matrimonio, Cels.15 dig.-D.23,2,22: *Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur.* Hay matrimonio, porque se considera que el hijo prefirió contraerlo a oponerse a su padre. (Contra un texto tan claro no cabe invocar el enigmático Ter.3 ad leg. Jul. et Pap.-D.23,2,21: *Non cogitur filius familias uxorem ducere*: si este texto contradijese al de Celso, que aparece en el Digesto justo después, los compiladores habrían eliminado la contradicción; Terencio no dice que el hijo no puede ser forzado a casarse, sino que, de hecho, no es forzado [¿por las leyes Julia y Papia, que el jurista está comentando?]). Una prueba más de que el matrimonio existe aunque el hijo lo contraiga por imposición paterna es el régimen descrito en [Jul.1] <Ulp.6> ad ed.-D.3,2,1 y D.3,2,11,4 y Paul.5 ad ed.-D.3,2,12 (*supra* n.284): si el hijo no actuase por imposición paterna, el Pretor no lo eximiría de la infamia de violar el *tempus lugendi*, pero, si en tal caso no hubiera matrimonio, no habría violación del luto, ni, por tanto, infamia para el padre (cfr. D.3,2,11,4) ni necesidad de exención pretoria para el hijo. Pap.30 *quaest.*-D.29,2,85 y Paul.11 ad ed.-D.4,2,21,5 establecen que quien hace adición coaccionado se convierte, a pesar de todo, en heredero (aunque recibe del pretor la *facultas abstinendi*): *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui.* (Por lo demás, estos textos no se refieren al caso del padre que impone adir, sino al supuesto de quien hace adición *metu coactus* por un tercero, como lo demuestra la referencia al *beneficium abstinendi*, que no tendría sentido en el caso del sometido coaccionado por el *paterfamilias*, la concepción de la *patria potestas* de los clásicos no habría consentido calificar de *metu coactus* a quien obedece una imposición del *pater*: lo mismo puede decirse de Ulp.[Cels.] 6 ad Sab.-D.29,2,6,7, en el que se niega que el *metu coactus* se convierta en heredero). b) Es incorrecto impugnar la traducción "orden" basándose en la ausencia de obligación de cumplimiento. Al concepto de "orden" no es esencial la obligatoriedad: una orden es una manifestación de voluntad expresada en términos imperativos; si una declaración es o no calificable como "orden" depende de la posición de quien la emite respecto del destinatario y de la intención imperativa de aquél, tal como se manifiesta en la forma de la declaración misma; en ningún caso, del hecho de que el destinatario se sienta más o menos vinculado, o de que lo esté o no a los ojos del Derecho. El dueño puede ordenar a su esclavo que hurte, que injurie o que mate; según las fuentes, como sabemos, el esclavo no es disculpado, porque no se considera que deba obedecer semejantes órdenes

Un supuesto de *iussum* intrafamiliar que merece atención especial es el que se dirige a un sometido a potestad para que realice un acto dispositivo sobre un bien o derecho del *paterfamilias*²⁹⁸; por ejemplo, para que enajene una cosa²⁹⁹ o manumita un esclavo³⁰⁰. Es sabido que tales actos no pueden ser eficaces sin la voluntad conforme del titular del derecho afectado³⁰¹, la cual aparece en las fuentes bajo formas diversas: como simple *consensus*, *voluntas* o *permissum*, como *mandatum*³⁰² y, por lo que ahora nos interesa, como *iussum*. También aquí puede traducirse *iubere* como "disponer" (el *paterfamilias* "dispone" la enajenación o la manumisión), pero, jurídicamente, este *iussum* es una verdadera "Ermächtigung", porque su eficacia proviene de que el sometido recibe un "poder", una "facultad" de la que carecía: la de extinguir un derecho del

(Ulp.[Lab.] 57 *ad ed.*-D.47,10,17,7: ... *nec in omnia servus domino parere debet* ...), no por ello tales órdenes se convierten en "autorizaciones": el esclavo no está obligado a cumplirlas, pero siguen siendo órdenes, porque la intención del dueño no era "autorizar" (en tal caso no se plantearía ya la cuestión de la posible exención del esclavo por "obediencia debida"), sino imponer su voluntad. Una orden no vinculante no es, por tanto, lo mismo que una autorización. c) Incluso en los casos en que la iniciativa de hacer adición, o de contraer matrimonio, parta del sometido, el *paterfamilias*, como titular de la potestad familiar, no "autoriza", sino que dispone, *iubet*: allí donde nosotros queremos ver un simple consentimiento, el uso de *iubere* o *iussum* en las fuentes pone en evidencia la primacía, en la concepción romana, de la potestad paterna.

²⁹⁸ Sobre los actos de disposición realizados por los sometidos a potestad, vid. KASER, *Über Verfügungsakte Gewaltunterworfenen mit Studien zur Natur der "manumissio vindicta"*, en *SDHI*.16(1950) 59 ss.

²⁹⁹ *Iussum* de vender: Alf.2 *dig.*-D.15,3,16: *Quidam fundum colendum servo suo locavit et boves ei dederat: cum hi boves non essent idonei, iusserat eos venire ... lav.7 ex Cass.*-D.18,1,63pr.: *Cum servo dominus rem vendere certae personae iusserit, si alii vendidisset, quam cui iussum erat, venditio non valet: idem iuris in libera persona est: cum perfici venditio non potuit in eius persona, cui dominus venire eam noluit.* Marcell.*sing.resp.*-D.37,15,3: *Titius puerum emit, quem post multos annos venire iussit ... Iussum* de entregar: Pomp.(Alf.) 9 *ad Sab.*-D.18,1,18,1: *Si servus domini iussu in demonstrandis finibus agri venditi vel errore vel dolo plus demonstraverit, id tamen demonstratum accipi oportet, quod dominus senserit: et idem Alfenus scripsit de vacua possessione per servum tradita.*

³⁰⁰ Marcian.13 *inst.*-D.40,2,10: *Surdi vel muti patris filius iussu eius manumittere potest ... Mod.1 pand.*-D.37,14,13: *Filius familias servum pecularem manumittere non potest. iussu tamen patris manumittere potest: qui manumissus libertus fit patris.* Lic. Ruf.1 *reg.*-D.23,2,51,1: *Si autem filius familias matrimonii causa iussu patris ancillam manumisserit, Iulianus putat perinde eam haberi etque si a patre eius manumissa esset ...*

³⁰¹ Sobre los actos de disposición realizados en general por cualquier tipo de intermediario (sometido o libre), y el consentimiento necesario para los mismos, vid. MITTEIS, *RPR*.I p.207 ss.; SIBER, *RR*.II p.412 s.; BURDESE, *Autorizzazione* (especialmente, p.32 s., sobre el *iussum* de enajenar del *paterfamilias*); KASER, *RPR*.I² p.267; CLAUS, *Stellvertretung* p.154 ss., 332 s., 349 ss.

³⁰² Vid. *injra* §66 c.

paterfamilias. Por una vez, por tanto, cabe hablar propiamente de "autorización" en el sentido de "habilitación".

§57 Recapitulando:

a) *iubere* significa, en general, "disponer". Lo "dispuesto" por el *iubens* suele ser una conducta ajena: así, del *paterfamilias* que se dirige a un tercero para que concluya determinado negocio con el *subiectus*, y del delegante que se dirige a delegado y delegatario para que concluyan una *traditio* o *stipulatio*, se puede decir que "disponen" tales negocios; la adición de la herencia deferida al *subiectus* ha de ser "dispuesta" por el *paterfamilias*; "dispone" igualmente el *paterfamilias* cuando ordena al sometido la comisión de un acto ilícito, la invasión de un fundo, o contraer matrimonio violando el *tempus iugendi*; "dispone" también, en ejercicio de su *ius imperandi*, el magistrado; *iubere* se usa, en fin, tanto para las "disposiciones" normativas como para las de última voluntad. A veces, lo dispuesto no es tanto una conducta cuanto directamente un resultado: así, el *fideiussor* "dispone" que lo debido quede garantizado por su *fides*; quien manumite *testamento*, que el esclavo sea libre; el *populus*, reunido en comicios, que la propuesta del magistrado sea ley.

b) El *iussum* es una declaración de potestad dirigida a disponer una conducta o un resultado, en relación a la propia esfera patrimonial o de potestad. Así, el *iussum* intrafamiliar del *paterfamilias* es una manifestación de su potestad sobre los *subiecti*; el del pueblo, de su potestad sobre sí mismo, de la que deriva también la potestad del magistrado. El *iubere ad extra* del *paterfamilias*, del *fideiussor*, del delegante, son manifestaciones de la potestad que compete a cada cual sobre su propia esfera patrimonial; naturalmente, no puede hablarse de potestad cuando es un sometido quien *iubet*, pero también en este caso el *iussum* sigue siendo una declaración de voluntad: por tanto, en ningún caso puede considerarse el *iussum* como una manifestación de autoridad. Entre *iussum* y *auctoritas* no existe una simple diferencia temporal, sino esencial: la que media entre una disposición y un juicio, entre voluntad y conocimiento.

c) En su acepción común, el *iussum* involucra a dos personas: quien dispone que se haga algo (A: *iubens*) y quien por disposición de aquél está llamado a actuar (B: *iussus*). Cuando lo dispuesto por el *iubens* no es una conducta, sino un resultado, falta propiamente la figura (B) del *iussus*: así, en el caso de la *manumissio testamento* o del *iussum populi*. A este esquema responden los usos de *iubere-iussum* que Heumann-Seckel cataloga como "a", "b", "c" y "d". Junto a este sentido ordinario (el más frecuente también en las fuentes jurídicas) existe un *iussum* técnico, que involucra a tres personas: A (*iubens*) invita a un tercero (C) a concluir determinado negocio con B, con el

resultado de que el negocio dispuesto por A es asumido anticipadamente por él como propio frente a C, en cuanto a ciertas consecuencias del mismo, determinadas por la relación preexistente entre ellos. Este sentido técnico, que encontramos en el *iussum* de la *a. quod iussu* (*supra* §44 ss.), es también el del *iussum* de la delegación (§50). La idea técnica del *iussum* como asunción *ad extra* de las consecuencias de un negocio ajeno está también presente en el *iubere* de la *fideiussio* (§48).

d) El *iussum ad extra* del *paterfamilias* produce normalmente el efecto de generar contra él una *a. quod iussu*, pero esto no ocurre cuando la obligación que se trata de hacer valer contra el *paterfamilias* surge de una adquisición que ha de ser devuelta (como en el caso del mutuo o la dote recibida por el hijo *iussu patris*): entonces, procede contra el padre no ya la *a. quod iussu*, sino directamente la acción civil (*condictio, a. rei uxoriae*) correspondiente (*supra* §46).

e) El papel de tercero (C), destinatario del *iussum*, es cumplido en la delegación tanto por el delegado como por el delegatario: en efecto (§50), el delegante asume frente al delegatario lo hecho por el delegado, pero también frente a éste lo hecho por el delegatario. Esto explica que en las fuentes el *iussum* aparezca como dirigido ya al delegado (lo más habitual) ya al delegatario (§49 n.7). El *iussum* dirigido al delegado (y lo mismo, *mutatis mutandis*, el dirigido al delegatario) puede entenderse en sentido técnico (como una asunción *ad extra*, frente al delegado, de lo que haga el delegatario) o en sentido ordinario, como simple "orden" o "invitación" interna al delegado (de modo que lo hecho por él vale frente al delegatario como dispuesto por el delegante). Inevitablemente, esta coexistencia de los sentidos técnico y ordinario en el *iussum* del delegante, produciría un desvaimiento (§51) de la naturaleza técnica de la iniciativa del delegante, lo que explica que a veces se la designe como simple *mandare, voluntas* o *permissum*.

f) El *iussum* intrafamiliar (§56; Heumann-Seckel *sub* "d") interesa jurídicamente tan sólo en la medida en que permite imputar al titular de la potestad la responsabilidad de lo hecho por el sometido: por eso, los supuestos de los que las fuentes suelen ocuparse se refieren a la comisión de actos ilícitos o infamantes *iussu patris dominive*. Pero estos no son ejemplos de *iussum* técnico, porque no consisten en sí en una asunción de responsabilidad frente a terceros. Especial es el caso del *iussum* de adir, que, aunque podría concebirse técnicamente -con él, el *paterfamilias* asume *ad extra* (frente a los acreedores de la herencia) las consecuencias onerosas de la adición-, aparece en las fuentes como dirigido al sometido, y, por tanto, debe incluirse también entre los supuestos de *iussum* intrafamiliar.

g) El *iussum* técnico no es (§45, §52) una simple "autorización" o "Ermächtigung", en el sentido de un permiso o habilitación para actuar.

Tampoco es un "apoderamiento" ("Ermächtigung" en sentido estricto): si bien produce efectos semejantes a los de la representación directa, ello es debido a las relaciones subyacentes sobre las que opera, no a que consista en sí mismo en un "poder de representación". Sin embargo, *tubere* sí equivale a "ermächtigen" cuando se trata de disponer de un derecho, real o personal, del *tubens* (§56 i.f.).

III. IUSSUM Y MANDATUM

§58 Tal como hemos definido el *iussum* técnico, existen entre él y el contrato de mandato diferencias irreductibles. El *mandatum* es un contrato en virtud del cual una persona (B) se obliga a realizar una gestión por cuenta de otra (A), que tendrá la obligación de resarcirle de los gastos que haya supuesto cumplir el encargo y el derecho a exigir para sí los resultados positivos del mismo. En cambio, el *iussum* es la declaración de potestad con la que una persona (A) dispone que un tercero (C) concluya determinado negocio con B, de tal modo que el acto de B es asumido anticipadamente por A como propio frente a C, en cuanto a ciertas consecuencias del mismo.

Ciertamente, entre mandato y *iussum* pueden encontrarse también algunos paralelismos³⁰³: el mandante puede revocar el mandato³⁰⁴, del mismo modo que el *tubens* su *iussum*³⁰⁵; el mandato, como el *iussum*, se extingue con la muerte de quien lo da o de quien lo recibe³⁰⁶. Claro que todo esto obedece a razones distintas en uno y otro caso. El *iussum* es revocable e intransmisible porque consiste en una declaración unilateral de voluntad: si la voluntad del *tubens* cambia o se extingue con su muerte, el *iussum* deja de ser eficaz. En cambio, la revocabilidad e intransmisibilidad del contrato de mandato se explican porque éste se basa en la confianza del mandante en el mandatario. Una analogía más: tanto el mandatario como el *iussus* que ejecutan las instrucciones recibidas

³⁰³ GIDE, p.465, 471.

³⁰⁴ Propiamente, el mandato no es un acto que se pueda revocar, sino un contrato que se disuelve por disenso. Sin embargo, tal disolución, cuando es obra del mandante, parte de la revocación por éste del encargo que dió origen al mandato. *Revocare mandatum* se dice en Gai.3,159 y Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,2. Cuando el disenso proviene del mandatario, las fuentes hablan de *renunciare*: Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,22,11, PS.2,15,1.

³⁰⁵ Vid. Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,2 (*infra* §63 n°2).

³⁰⁶ Para el *mandatum*, Gai.3,160, Gai.9 *ad ed. prov.*-D.17,1,27,3, Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26pr.; para el *iussum*, Iul.13 *dig.*-D.46,3,32. El paralelismo hace indiferente para el gloriador hablar de *iussum* o *mandatum*, en Paul.2 *manual.*-D.46,3,108: ... *ei autem, cui iussi debitorum meum post mortem meam solvere, non recte solvitur [quia mandatum morte dissolvitur]*; vid. *infra* §90.

ignorando el cambio de circunstancias -revocación o muerte- son tutelados como si el mismo no se hubiera producido³⁰⁷.

Estos paralelismos hacen de *iussum* y *mandatum* instituciones comparables a determinados efectos, pero dejan intactas todas las diferencias entre ellos. No se trata sólo de que el mandato sea un contrato y, como tal, obligue al mandatario, mientras que el *iussus*, destinatario de una simple manifestación de voluntad ajena, no queda obligado³⁰⁸. Más importante aún es que, mientras el negocio realizado por el *iussus* es asumido a ciertos efectos por el *iubens*, los efectos, tanto positivos como negativos, de la gestión del mandatario se producen íntegramente en el mandatario, y sólo *a posteriori* son transferidos al mandante: la función de la acción del contrato es precisamente (además de asegurar su ejecución) hacer posible esa transferencia de efectos. Dicho de otro modo, el *iussum* técnico tiene eficacia *ad extra*, mientras que el contrato de mandato genera como tal únicamente una relación bilateral entre mandante y mandatario³⁰⁹. Además, siendo un contrato, el mandato es por sí solo jurídicamente eficaz, a diferencia del *iussum* técnico, que sólo despliega sus efectos cuando es ejecutado³¹⁰. En relación a estas notas distintivas son precisas, sin embargo, algunas matizaciones:

a) La obligación de cumplir el encargo, ¿existe verdaderamente en todos los supuestos de mandato?

El contrato de mandato suele perfeccionarse con la aceptación del encargo por el mandatario, que se compromete así a cumplirlo; pero puede ocurrir que el encargo no sea expresamente aceptado, sino directamente cumplido: entonces, el contrato surge con el cumplimiento (que implica aceptación), y, por tanto, nace

³⁰⁷ Esta analogía entre *iussum* y *mandatum* se muestra, en relación a la revocación, en Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,2: *et me certiorasset* (vid. *infra* §63 n°2 y n.21, en defensa de la clasicidad de la frase). Los textos citados *supra* en n.306 muestran la necesidad de que la muerte sea conocida por el *iussus* o el mandatario para que *iussum* o *mandatum* pierdan su eficacia en relación a ellos.

³⁰⁸ Así ya sch. "*sed et si mandaverit*" a Bas.18,8,1 (HEIMB. II p.256 = SCHELT. B III p.1166 n°6): *Ne putes, eandem esse vim iussus et mandati. Nam cum iussit dominus, potest is, qui facere iussus est, iussum implere. Verum ubi mandans iniunxit, recusare factum vel mandatum non potest, quod semel suscepit, propter generalem mandatorum natura.* Vid., entre otros, ROBY, *RPL*.II p.122; WATSON, *Mandate* p.151; HAEBERLIN, p.108. Algunos autores consideran que la obligatoriedad es esencial al mandato, como su ausencia lo es al *iussum*, de modo que ya sólo esta diferencia hace de ellos conceptos irreconciliables: GIDE, p.471; MOSSA, *Check* p.75; NICOLO, *Neg. delegatorio* p.11) s. Veremos (*infra* sub "a") que esto no es completamente cierto.

³⁰⁹ v. SALPIUS, p. 51 s. (vid. *supra* §37); ROBY, *RPL*.II p.122; KASER, *RPR*.I² p.578: "Die Wirkung des Auftrags erschöpft darin, zwischen den beiden Teilen Verpflichtungen zu erzeugen. Eine Außenwirkung, also die Begründung einer Vertretungsmacht gegenüber Dritten, kommt ihm nicht zu".

³¹⁰ BETTI, art. cit., en *BIDR.*41(1933) 172 s.

ya ejecutado, sin que el mandatario llegue propiamente a obligarse a cumplirlo. Sin embargo, la situación de este mandatario no es idéntica a la de un *iussus*: que no exista obligación de cumplir y que ésta se haya extinguido no son una misma cosa; así, la obligación del mandatario puede manifestarse de nuevo si el cumplimiento fue incorrecto o lesivo para el mandante.

Algunos tipos de mandato tienen como exclusiva función la de proporcionar una acción de regreso contra el mandante: es el caso del mandato de salir fiador y de los mandatos de garantía, como el *pecuniae credendae*³¹¹, que consisten en la asunción por el mandante del *periculum* generado por un negocio; estos son, de hecho, ejemplos típicos de mandatos perfeccionados habitualmente con el cumplimiento. Aquí no se trata ya de que la obligación de ejecutar se haya extinguido al nacer el contrato, sino que, ordinariamente, el mandatario no asume obligación alguna frente al mandante, ni siquiera la de traspasar lo conseguido³¹².

Hay que reconocer, entonces, que la nota de "obligatoriedad", invocada en ocasiones³¹³ como una diferencia esencial entre *mandatum* y *iussus*, carece de valor absoluto, porque no todos los mandatos obligan al mandatario. Pero esta nota distintiva deriva de otra que sí es esencial: el mandato es un contrato, el *iussus* una simple declaración unilateral.

b) Hemos dicho también que, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de *iussus* técnico, el mandato no tiene eficacia *ad extra*: los efectos de la gestión del mandatario se producen íntegramente en éste, y han de ser luego traspasados al mandante. También aquí hay que hacer

³¹¹ Este no es el único ejemplo de mandato de garantía: a) también se obligan como mandantes los acreedores de la herencia que acceden a dar un mandato de adir al heredero voluntario que se niega a asumir el riesgo de una herencia insolvente; b) quien asume el *periculum* de un depósito se obliga igualmente como mandante (Ulp.30 *ad ed.*-D.16,3,1,14); c) aunque normalmente en la delegación de prometer el riesgo de insolvencia del deudor delegado corresponde al delegatario, el delegante puede cargarlo sobre sí, con lo que se convierte en mandante (Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,22,2, Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,7; I.3,26,2: vid. *infra* §109). Todos estos supuestos son mandatos *tua gratia*, es decir, en interés exclusivo del mandatario, como el propio *pecuniae credendae*, que fue el primero admitido (por Sabino: Gai.3,156) y sirvió seguramente de modelo para la admisión de los demás.

³¹² Así, por ejemplo, cuando el delegante asume mediante mandato el riesgo de la *delegatio promittendi*, no puede usar la *a. mandati* contra el delegatario para exigirle lo que haya cobrado del delegado, porque su papel de mandante sólo comporta asunción del riesgo (*infra* §109): el delegatario no sería tal si no recibiera para sí, como destinatario final (*infra* §127 s.). Tampoco el mandante en un "*qualificatum*" puede exigir al mandatario el reembolso de lo conseguido, sino que su función es sólo de garante: así, si el préstamo es con interés, es el mutuante, es decir, el mandatario, quien se beneficia del mismo: no, obviamente, el mandante, cuya posición es la de un simple "fiador". Este tipo de mandato, en que al mandante le corresponde solamente el riesgo, no es aceptado todavía por Celso (7 *dig.*-D.17,1,48,1 y 2), que sólo admite el *mandatum pecuniae credendae* cuando el mandante obtiene también los beneficios.

³¹³ Vid. *supra* n.308.

una salvedad, en relación a los mandatos que consisten en realizar un acto dispositivo sobre derechos reales o personales del mandante, como enajenar una cosa de éste o cobrar un crédito suyo. En estos casos, el efecto de la gestión del mandatario ha de producirse necesariamente de modo directo en el mandante, porque un derecho sólo puede extinguirse para su titular: el mecanismo habitual de la representación indirecta no es posible aquí. Este contrato de mandato parece tener, como el *iussum*, eficacia *ad extra*, frente al tercero que negocia con el mandatario: del mismo modo que el *iussum* del *paterfamilias* hace posible que el tercero se dirija contra él, así también parece ser el mandato del titular del derecho lo que hace posible que el tercero adquiera o se libere de su deuda³¹⁴: los perfiles de mandato y *iussum* parecen confundirse en este caso. Un análisis más cuidadoso revelará que no es así.

Para transmitir una cosa ajena, como para cobrar un crédito de otro, no es necesario haber concluido con el mismo un contrato de mandato; contar con su conformidad es suficiente³¹⁵. Por eso, incluso en los casos en que existe mandato, cabe distinguir éste, cuyos efectos, como contrato, se agotan en la relación mandante-mandatario, de la conformidad del titular del derecho, implícita en el mandato, pero distinta de éste, pues puede existir sin él. Así pues, si el deudor que paga a un intermediario puede liberarse, o el que recibe de él una cosa la adquiere, ello no es efecto del contrato de mandato -pues puede producirse sin él-, sino del hecho de que el intermediario actúa conforme a la voluntad del titular del derecho.

La "conformidad" del titular implícita en el mandato es unilateral, y puede considerarse un "apoderamiento", ya que atribuye al intermediario un "poder", una "facultad" de la que carecía. De hecho, como sabemos (*supra* §56 i.f.), entre los términos usados en las fuentes para designar tal "apoderamiento" se encuentran *iubere-iussum*. En conclusión, no debe pensarse que en estos casos el mandato produce los mismos efectos del *iussum*, confundándose con él, sino, más bien, que en el encargo del mandante se encuentra implícito un *iussum* (en el sentido de "apoderamiento").

§59 Como hemos visto, la distancia entre el contrato de mandato y el *iussum* técnico es grande, incluso en los supuestos en que parecen aproximarse

³¹⁴ Así, si quien se presenta como mandatario resulta no serlo en realidad, o no respeta los términos del encargo, el tercero que recibe de él no adquiere: *lav.7 ex Cass.-D.18,1,63pr.*; *Ulp.76 ad ed.-D.21,3,1,2-3*; *Paul.32 ad ed.-D.17,1,5,3-4* (cfr. BURDESE, *Autorizzazione* p.79 ss.); el tercero que le paga no se libera: *Ulp.30 ad Sab.-D.46,3,12,4*; sobre el hurto que comete quien falsamente se presenta como *procurator*: *Pomp.19 ad Sab.-D.47,2,44pr.*; *Pap.12 quaest.-D.47,2,81,5-7*; *Ulp.32 ad Sab.-D.24,1,3,12 i.f.*; *Ulp.41 ad Sab.-D.47,2,43,i*; *Paul.3 ad Sab.-D.12,4,14 i.f.*; cfr. BREMER, *Leistung* p.42 ss.

³¹⁵ Vid., por todos, KASEK, *IPR* 12 p.267.

más. En cambio, el mandato se encuentra en una relación más fluida con la acepción ordinaria de *iubere-iussum*, la del *iubens* que simplemente dispone que un *iussus* haga algo. El mandato, como el *iussum*, admite libertad de forma; el encargo del mandante al mandatario puede fácilmente tomar la forma de una orden; así pues, una orden cualquiera, una invitación, puede ser tanto un simple *iussum* como la base para un mandato. ¿Cómo decidir, entonces, entre una u otra calificación? En los supuestos de *iussum* técnico que hemos analizado (prescripciones normativas, órdenes del magistrado, disposiciones de última voluntad, órdenes del *paterfamilias* al hijo o esclavo), no hay lugar para la duda, ya que el contrato de mandato es imposible; pero, por ejemplo, si quien se creía esclavo resulta no serlo, lo que inicialmente parecía un *iussum* dirigido a él se recalificará como contrato de mandato con el aparente dueño (Celso, en Pomp. II *ad Sab.*-D.13,6,13,2, vid. *infra* §93). La situación relativa de las partes es, así pues, lo decisivo para que una orden se conciba como simple *iussum* o como base de un contrato de mandato.

§60 Reconduciendo los resultados obtenidos hasta ahora a la cuestión debatida -la posibilidad de que el *iussum* del delegante genere un contrato de mandato-, cabe observar, a modo de conclusión, lo siguiente:

En el *iussum* de la delegación puede reconocerse el significado técnico del término. Las diferencias entre este *iussum* técnico y el contrato de mandato son irreductibles: el *iussum* consiste, técnicamente, en la declaración unilateral por la que A asume anticipadamente como propia una gestión futura de B, que, a determinados efectos, valdrá frente al tercero (C) que negoció con el intermediario B como realizada por el *iubens* (A) mismo; la gestión del mandatario B, en cambio, no afecta directamente al mandante A, sino que sus efectos deben serle transferidos *a posteriori* (las acciones del contrato sirven precisamente para que las partes puedan forzar esta transferencia: el mandante, la de los efectos positivos; el mandatario, la de los onerosos).

Iussum técnico y contrato de mandato representan, así, dos caminos contrapuestos para llegar a un mismo fin: los efectos de lo hecho por B, o bien son asumidos por A anticipadamente frente a C, o bien se producen en B y son traspasados luego a A; para lo primero, basta una declaración unilateral de A dirigida a C; en el segundo caso, es conveniente, en cambio, para garantizar la transferencia de efectos positivos y negativos, que exista un contrato entre A y B. La idea técnica del *iussum* y la del mandato aparecen, por tanto, como mutuamente excluyentes, incompatibles.

Esto, sin embargo, no bastaría como objeción contra la "teoría del mandato", porque lo que ésta postula no es la compatibilidad de un *iussum* A→C con un contrato de mandato entre A y B, sino que el destinatario del *iussum* (C),

puede ser, al mismo tiempo, un mandatario del *tubens* (A). Ahora bien, si A asume frente a C la actuación de un intermediario (B), es claro que C no puede ser también un intermediario que actúa por cuenta de A, sino que ha de ser un tercero que actúa por cuenta propia. Esto resulta evidente en el caso del *iussum* técnico del *paterfamilias*: sería absurdo que el tercero que negocia con el sometido actuase como mandatario del *paterfamilias*, porque ello supondría que el padre concluye, mediante mandatario, un negocio consigo mismo (a través de su hijo o esclavo). Lo mismo vale para el *iussum* del delegante, aunque el análisis se hace aquí algo más complejo porque, como hemos explicado (*supra* §50), este *iussum* se dirige tanto a delegado como a delegatario. En cuanto destinatario del *iussum* (es decir, respecto a la relación de cobertura), el delegado actúa como tercero (C) frente al que el delegante asume lo hecho por un intermediario (el delegatario: aquí B). Así, en el caso típico de que la cobertura sea el convenio de pagar una deuda, el delegado actúa en propio nombre, pagando su deuda con el delegante, y el delegatario en nombre del delegante, recibiendo para él. Sería inconcebible que también el delegado actuase, respecto de este convenio causal, en relación al cual es destinatario del *iussum* del delegante, como intermediario de éste. Lo mismo puede decirse, *mutatis mutandis*, del delegatario respecto del convenio causal de valuta (aquí, el delegatario es el tercero -C- frente a quien el delegante asume lo hecho, como intermediario, por el delegado -B-).

En definitiva, la naturaleza del *iussum* técnico como asunción frente a un tercero (C) de lo hecho por un intermediario (B), permite ya excluir que el tercero destinatario del *iussum* pueda ser, en cuanto tal (i.e., en cuanto "C"), un mandatario, es decir, alguien que actúa por cuenta del *tubens*. Y la posibilidad de que sea mandatario no en cuanto "C" sino en cuanto "B", es decir, respecto del otro convenio causal, queda ya descartada por la mencionada incompatibilidad entre un *iussum* A→C y un mandato A-B.

CAPITULO IV LOS TEXTOS

§61 Un examen de conjunto de las fuentes disponibles sobre el *iussum* conduce, a nuestro juicio, a la conclusión alcanzada en el capítulo precedente: *iussum* técnico y contrato de mandato son mutuamente excluyentes, incompatibles. Para mantenerla es preciso todavía, sin embargo, una consideración algo más detenida de aquellos textos que parecen revelar la existencia de "interferencias" entre las nociones de *iussum* y *mandatum*. Tales textos, aducidos por los defensores de la teoría del mandato, pueden reunirse (*supra* §40) en tres grupos:

a) Aquellos en los que *iussum* y *mandatum* son expresamente comparados o, incluso, equiparados (*infra* §62 ss. = I).

b) Los que evidencian, en el lenguaje de los clásicos, la "indiferencia terminológica" entre *mandare*, o incluso *mandatum*, y *iubere*: en todos los ámbitos en general (*infra* §64 ss. = II) y, en particular, en el lenguaje de la delegación (*infra* §78 ss. = III).

c) Aquellos en los que la *a. mandati* parece surgir de un *iussum* (*infra* §92 ss. = IV).

I. COMPARACIONES Y EQUIPARACIONES: LA SUPUESTA APROXIMACION DE *IUSSUM* Y *MANDATUM*

§62 Como hemos explicado ya (*supra* §39), para los defensores de la teoría del mandato no existe contraposición excluyente entre *iussum* y *mandatum*, sino que, por el contrario, ambos conceptos se aproximaban ya en el Derecho clásico. Esta es también la opinión de Pernice. Según Pernice, el *iussum* era, a comienzos de la época clásica, una institución completamente distinta del mandato: no un contrato, sino una declaración unilateral de voluntad, en cuya virtud el *iubens* declara asumir la responsabilidad por un negocio en el que no participa¹; a diferencia del mandato, el *iussum* era en su origen, según Pernice, un acto solemne². Sin embargo, en los textos de la última etapa clásica, Pernice

¹ PERNICE, *Labeo* I p.504 ss.; cfr. p.514: "Nach den oben vermuteten Formel des *Iussus periculo meo crede* übernimmt der *Dominus* eben nur die Gefahr für ihm juristisch fremde Rechtsgeschäfte".

² PERNICE, *ibid.* p.505 s.: "Man hielt noch zu Labeos Zeit streng am Formalkarakter des *Iussus* fest".

advierde, junto con la pérdida del carácter formal del *iussum*³, una progresiva identificación con el *mandatum*, tanto para el *iussum* de adir⁴, como para el de la delegación⁵ e, incluso, el de la *a. quod iussu*⁶: a pesar del nombre de la acción, también este *iussum* -escribe Pernice- fue tomando poco a poco la forma de un mandato al co-contratante (como muestran, a su juicio, Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,3 y Paul.4 *ad Plaut.*-D.15,4,5,1) y, finalmente, incluso la de un encargo al sometido. También Sautel⁷ cree que la confusión entre el *iussum* técnico y el mandato al tercero era inevitable, basándose ambos en una *voluntas* informalmente expresada: así, él menciona de nuevo Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,3, como prueba de que el *iussum* puede otorgarse bajo la forma de un mandato. Muestras de la "contaminación" entre la teoría del mandato y la del *iussum* son, a su juicio, Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,2 y el ya mencionado por Pernice, Paul.4 *ad Plaut.*-D.15,4,5,1⁸. En fin, Valiño⁹, siguiendo a Pernice, conjetura un *iussum* originariamente formal, separado del mandato por una línea clara, pero progresivamente asimilado a éste conforme se iba relajando su carácter formal. Valiño llega a hablar, para la época de Ulpiano, de "identificación" entre *iussum* y *mandatum*. Como pruebas de este proceso, él menciona de nuevo (por orden de intensidad): Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,2, Paul.4 *ad Plaut.*-D.15,4,5,1, y Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,3.

§63 ¿Son verdaderamente estos tres textos (Paul.4 *ad Plaut.*-D.15,4,5,1 y Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,2 y 3), como Pernice, Sautel y Valiño mantienen, muestras de una "aproximación" o "identificación" entre el *iussum* técnico y el contrato de mandato?

1) Paul.4 *ad Plaut.*
D.15,4,5,1

Si unus ex servi dominis iussit contrahi cum eo, is solus tenebitur: sed si duo iusserunt, cum quovis in solidum agi potest, quia similes sunt duobus mandantibus.

³ Así, en relación a la delegación, escribe PERNICE, *ibid.* p.509 s.: "Da gleichzeitig auch die novatorische Delegation sich herausbildete, so wurde der eigentliche Rechtscharakter des *Iussus* immer mehr verdunkelt. Der Weg zu dieser Entwicklung war dadurch gewiesen, dass auch hier dem *Iussus* die Form frühzeitig verloren gieng".

⁴ PERNICE, *ibid.* p.504 s. y n.5.

⁵ PERNICE, *ibid.* p.509 s. y nn.30 y 34.

⁶ PERNICE, *ibid.* p.506 y nn.12 y 13.

⁷ SAUTEL, *art. cit.*, en *Mélanges Lévy-Bruhl* p.260 n.9.

⁸ SAUTEL, *ibid.* p.261 n.3. Además, Sautel menciona Paul.2 *manual.*-D.46,3,108, sobre el cual *vid. infra* §90.

⁹ VALIÑO, *art. cit.*, en *AHDE*.37(1967) 418 ss.

Si el *iussum* de contratar con un esclavo es otorgado sólo por uno de los condóminos del mismo, sólo éste queda obligado (*quod iussu*¹⁰). Si, en cambio ambos condóminos otorgaron el *iussum*, se puede reclamar por entero a cualquiera de ellos, porque son semejantes a dos mandantes. La cláusula final, *quia similes sunt duobus mandantibus*, viene a justificar, mediante la analogía con el supuesto de pluralidad de mandantes, la responsabilidad solidaria de los *domini co-tubentes*¹¹: ambos se obligan por el todo frente al tercero, como se obligarían frente a un mandatario dos mandantes que se hubiesen encargado lo mismo¹².

Que este texto sea, como quiere Valiño¹³, una evidencia de la aproximación o asimilación tardo-clásica entre los conceptos de *iussum* y *mandatum*, no nos parece sostenible. Primero, porque aquí no hay asimilación,

¹⁰ Cfr. LENEL, *Palingenesia* I col.1153, fr.1104 Paul. (*De peculio: Quod iussu*).

¹¹ Según BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR.*28(1915) 239 y n.1 [cfr. también BESELER, art. cit., en *SZ.*53(1933) 25], esta cláusula resulta en el texto inútil e incongruente, por lo que debe ser considerada una interpolación justiniana. No podemos compartir esta opinión: a) la cláusula no es en absoluto inútil, porque cabe preguntarse, cuando la obligación es divisible, por qué no se concede la *a. quod iussu* contra cada dueño según su cuota; que la disyuntiva solidaridad-divisibilidad cuando se trataba de deudas de un esclavo común era problemática para los clásicos lo muestra *Ulp.29 ad ed.-D.14,1,4,2*. Hasta tal punto es así que la cuestión generó discusiones en la pandectística, aunque desde el punto de vista del contrato de sociedad: vid. WINDSCHEID, *Pandekten* II⁷ p.483 n.7. b) En cuanto a la acusación de incongruencia, esta cláusula no lo es más que cualquier explicación analógica. Tanto el *iussum* como el *mandatum* pueden considerarse modos de asumir una responsabilidad: el mandante se hace responsable, frente al mandatario, de los perjuicios ocasionados por el cumplimiento del encargo, como el *tubens* se hace responsable frente al tercero de lo hecho por el esclavo. Este paralelismo es suficiente para hacer posible la analogía a la que recurre Paulo. El hecho de que la asunción de responsabilidad sea interna (es decir, frente al mandatario) en el mandato, y externa (frente al tercero) en el *iussum*, no impide la analogía.

¹² Cfr. *Ulp.47 ad Sab.-D.17,1,21 i.f.: Quum mandatu alieno pro te fideiusserim, non possum adversus te habere actionem mandati, quemadmodum qui alienum mandatum intuitus spopondit; sed si non utique unius, sed utriusque mandatu intuitus id fecerim, habebō mandati actionem etiam adversus te, quemadmodum si duo mihi mandassent, ut tibi crederem, utrumque haberem obligatum.* Paul.4 resp.-D.17,1,59,3: *Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato: post condemnationem autem in duorum personam collatam necessario ex causa iudicati singulis pro parte dimidia conveniri posse et debere.*

¹³ VALIÑO, art. cit., en *AHDE.*37(1967) 419. HERNANZ, *Iussum* p.121 y n.116, cita este texto como ejemplo del uso de *mandare* junto a *tubere*, lo que, en su opinión, obedece a una "aproximación o asimilación, si menos de índole superficial, entre ambas nociones, producto con casi toda seguridad del empleo en sentido atécnico del término *mandatum*". Nada de esto encontramos en el texto: ni equiparación (sino simple analogía) entre *iussum* y mandato, ni empleo atécnico de *mandatum*: Paulo emplea *mandantibus* (no *mandatum*) en sentido técnico, comparando un negocio en el que interviene el *iussum* con otro realizado en cumplimiento de un verdadero contrato de mandato.

sino comparación o analogía *-similes sunt-*, y la analogía, la comparación entre dos instituciones, sólo tiene sentido si éstas se perciben como distintas; segundo, porque lo que aquí se compara no es el *iussum* con el *mandatum*, sino únicamente la situación de los *domini co-iudentes*, en cuanto a la solidaridad de la obligación que asumen, con la de dos co-mandantes. Esta comparación no supone tampoco, a nuestro juicio, una "contaminación" entre la teoría del mandato y la del *iussum* (Sautel¹⁴), a no ser que quiera considerarse toda analogía como una "contaminación". En fin, el texto tampoco prueba, contra Pernice¹⁵, que el *iussum* adoptase, cada vez más, la forma de un mandato al tercero.

2) Ulp. 2^o ad ed.

D. 15, 4, 1, 2

Sed ego quero, an revocare hoc iussum antequam credatur possit: et puto posse, quemadmodum si mandasset et postea antequam contractum contraria voluntate mandatum revocasset et me certiorasset.

Ulpiano establece aquí un nuevo paralelismo entre *iussum* y *mandatum*. La cuestión que se plantea es si el *iussum* del titular de la potestad¹⁶ se puede revocar antes de que el sometido realice el negocio: la respuesta de Ulpiano es, naturalmente, afirmativa, y se justifica por la analogía con el mandato: ocurriría igual si alguien hubiese mandado y luego, antes de realizarse el encargo, hubiese revocado el mandato por una voluntad contraria y me lo hubiese hecho saber.

Como en el texto anterior, no vemos aquí, contra Sautel¹⁷ y Valiño¹⁸, indicios de una "asimilación" del *iussum* al *mandatum* o de una "contaminación" entre las teorías de uno y otro, sino una simple analogía entre ambos respecto de

¹⁴ SAUTEL, art. cit., en *Mélanges Henri Lévy-Bruhl* p. 261 n. 3.

¹⁵ PERNICE, *Labeo* I p. 506 n. 12.

¹⁶ No es seguro que el *credatur* al que este *iussum* se refiere aluda a un préstamo (*iussum credendi*): puede que Ulpiano use aquí el verbo *credere* en su sentido amplio, "confiar" (vid. *supra* § 46 n. 169). Esto proporcionaría una explicación (compatible con nuestra hipótesis de que en los casos de *iussum credendi* procede contra el *pater* o *dominus* la *condictio*, no ya la *a. quod iussu*) de la presencia del texto en sede de *a. quod iussu*. En todo caso, a lo largo de D. 15, 4, 1, Ulpiano se ocupa, más que de la *a. quod iussu*, del *iussum* mismo: esto bastaría ya para justificar la inclusión de un supuesto de *iussum credendi*. Sobre la cuestión, vid., de todos modos, PRINGSHEIM, *Über die Basiliken-Scholien*, en *SZ* 80(1963) 306 y n. 70.

¹⁷ SAUTEL, art. cit., en *Mélanges Lévy-Bruhl* p. 260 n. 9.

¹⁸ VALIÑO, art. cit., en *AHDE* 37(1967) 418. Para él (p. 417), este texto es, además, una muestra de la utilización indiferente de *iussum* y *voluntas*. No creemos que haya aquí tal uso indiferente, porque las palabras *contraria voluntate* no se refieren al *iussum* sino a la revocación del mandato. — HERNANZ, *Iussu*, p. 121 y n. 116, cita también este texto como ejemplo del uso de *mandare* junto a *iubere*, producto del uso técnico de *mandare*, sin tener en cuenta que Paulo habla de *mandatum* (no de *mandare*), y que utiliza el término en su sentido técnico, para referirse al contrato.

la revocabilidad. Ulpiano se limita a apoyarse en un supuesto de mandato para solucionar, analógicamente, la cuestión principal de la revocabilidad del *iussum*. El hecho mismo de que compare, a estos efectos, mandato y *iussum* demuestra que para él se trataba de dos instituciones perfectamente diferenciadas.

Es cierto que, desde el punto de vista de la moderna dogmática, la razón por la que el *iussum* se puede revocar es diferente de la que explica la revocabilidad del mandato¹⁹: el *iussum* es revocable como toda manifestación unilateral de voluntad²⁰, mientras que el contrato de mandato lo es por ser su base la confianza. Pero una explicación semejante, es claro, no puede esperarse de un texto clásico: lo que preocupa al jurista clásico es llegar a una solución para el caso, no encontrar la explicación dogmática de tal solución: y, para llegar a una solución, resulta útil la analogía, aunque a nosotros, habituados a una teorización más rígida, no siempre nos parezca muy exacta²¹.

3) Ulp.29 *ad ed.*

D.15,4,1,3

Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur iussisse.

La interpretación de este lacónico texto se hace problemática a causa del oscuro *mandaverit*: sabemos que el sujeto de este *mandaverit* es *pater dominusve*, pero no sabemos si se trata (a) de una orden interna al sometido, (b) de una simple indicación al tercero para que negocie con el sometido, o (c) de un

¹⁹ Sobre la revocabilidad del mandato, vid. *supra* §58 n.304.

²⁰ HAEBERLIN, p.108 y n.48, deduce la revocabilidad del *iussum* de su carácter unilateral y del hecho (en realidad, derivado de éste) de que sólo genera una "posibilidad jurídica".

²¹ Por eso, no creemos justificada ni la crítica contra [*quemadmodum-fin*], propuesta por BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR.*28(1915) 239 y n.1 (donde el texto aparece, equivocadamente, como D.15,4,3), ni la más prudente censura de PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, en *Labeo* 8(1962) 383, y PRINGSHEIM, art. cit., en *SZ.*80(1963) 306 n.70. La crítica se apoya también en el uso de *certiorare*: BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR.*28(1915) 239; GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten* (Berlin 1887) p.236 (que se limita a eliminar la cláusula *et postea-fin*: cfr. también LENEL, *Palingenesia* II col.605 n.4, ad fr.864 Ulp.). Pero la sospecha contra este verbo no parece tampoco fundada: cfr. KALB, *Roms Juristen, nach ihrer Sprache dargestellt* (Leipzig 1890) p.91 s. PRINGSHEIM, art. cit., en *SZ.*80(1963) 306 n.70, censura [*et me certiorasset*], porque el *certiorare* no sobreviene sino con la notificación, de modo que el "revocare" presupone ya el "certiorare". Pero esto supone confundir revocación y disolución; lo que se revoca no es propiamente (*supra* §58 n.304) el contrato, sino el encargo del mandante, de modo que es posible diferenciar la revocación en sí ("*revocatio*"), que se refiere al encargo, de la disolución ("*solutio*"), que se refiere al contrato. La distinción no es puramente teórica: la revocación comunicada por carta existe desde que el mandante exterioriza su nueva voluntad, pero no disuelve el contrato hasta que el mandatario es *certiorem factus*. En realidad, tanto aquí como en el mandato, lo imprescindible debe ser, más que la comunicación, el conocimiento: así, si el titular de la potestad probase ante la *a. quod iussu* del tercero que éste ya conocía la revocación cuando negoció con el sometido, debería quedar libre de responsabilidad.

encargo que el padre o dueño dirige, como mandante, al tercero, que lo recibe como mandatario.

La hipótesis "b" debe ser, a nuestro juicio, descartada. La invitación al tercero en que consistiría el *mandaverit* no puede ser otra cosa que un *iussum*; pero entonces el texto devendría absurdo²², salvo si, con Pernice²³, se admite que el *iussum* era un acto formal: el texto de Ulpiano consistiría en una equiparación del informal *mandare* al verdadero *iussum* (de modo que la forma dejaría de ser un requisito para el posterior ejercicio de la *a. quod iussu*). Esta interpretación sólo sería viable si en época de Ulpiano el *iussum* fuese todavía un acto solemne: noticias de semejante exigencia de forma no se encuentran, sin embargo, ni en Ulpiano ni en ningún otro jurista, aun los más antiguos. El carácter solemne del *iussum* es una conjetura de Pernice, que puede parecer verosímil para los orígenes, pero no cabe mantener, sin apoyo en las fuentes, que se conservó hasta la época de Ulpiano. Por lo demás, *mandare* no parece el verbo más apropiado para referirse a lo que, dirigiéndose al tercero, no puede ser sino una invitación.

Según la hipótesis "a" (v. Plucinski²⁴, Burdese²⁵, Hernanz²⁶), el texto consistiría en una equiparación de la simple orden interna dirigida al sometido con un verdadero *iussum*, a los efectos de la *a. quod iussu*²⁷. Para Ulpiano, la *a. quod iussu* no supondría ya necesariamente el *iussum ad extra* del *paterfamilias*, sino que podía ejercitarse con éxito probando simplemente la orden interna al sometido²⁸. Tampoco esta hipótesis es, a nuestro juicio, correcta. El texto no debe leerse aisladamente, sino en conexión con el precedente §2:

Sed ego quero, an revocare hoc iussum antequam creditur possit: et puto posse, quemadmodum si mandasset et postea ante contractum contraria voluntate mandatam revocasset et me certiorasset. (3) Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur iussisse.

El supuesto del que parte nuestro texto -*si mandaverit pater dominusve*- inserta en el hilo del pensamiento ulpiano a raíz de la comparación entre *iussum* y contrato de mandato de §2 i.f. Resulta así claramente del contexto que

²² En este sentido, BURDESE, *Autorizzazione* p.30 n.9, que, sin embargo, se equivoca, a nuestro juicio, al dirigir esta crítica contra la interpretación de Rabel (*infra* n.29).

²³ PERNICE, *Labeo* I p. 506 n.12.

²⁴ v. PLUCINSKI, art. cit., en *ACP*.60(1977) 295.

²⁵ BURDESE, *Autorizzazione* p.30 y n.9.

²⁶ HERNANZ, *Iussum* p.115 y n.98.

²⁷ LENEL, *Palingenesia* II col.605, fr.864 Ulp.

²⁸ Aun suponiendo que esta interpretación fuera correcta, no cabría, contra HERNANZ, *Iussum* p.115, aducir el texto como prueba de que el destinatario del *iussum* era, en derecho clásico, el sometido; que Ulpiano hubiese equiparado al *iussum* la orden al sometido demostraría precisamente lo contrario: que ambos no son la misma cosa, que el auténtico *iussum* es para Ulpiano algo distinto de la simple orden interna.

también en §3 Ulpiano sigue hablando del contrato; obviamente, un contrato entre el *paterfamilias* y el sometido es inconcebible, de modo que *mandaverit* no puede entenderse referido al sometido, sino al tercero. Lo que dice Ulpiano es que, si el *paterfamilias* hubiese concluido con un tercero el mandato de que contrate con el sometido, *videtur iussisse*: lo hecho vale, en realidad, como *iussum*, de modo que no proceden las acciones del mandato, sino la *a. quod iussu*.

Esta es también la interpretación de Rabel²⁹, quien, puesto que §2 se refiere a un *credere -antequam credatur-*, habla de un *mandatum pecuniae credendae*. Sin embargo, el *credere* de §2 puede muy bien entenderse en sentido atécnico ("confiar"), referido, por tanto, a cualquier negocio con el sometido, no necesariamente el préstamo³⁰.

¿Puede deducirse del texto que, en época de Ulpiano, se llegó a una "identificación" (Valiño³¹) o "confusión" (Sautel³²) entre *iussum* y *mandatum*? ¿Que, con el tiempo (Pernice³³), el *iussum* de la *a. quod iussu* fue tomando poco a poco la forma de un mandato al tercero? Claramente, no. Ulpiano no confunde ni identifica *iussum* y *mandatum*; sólo escribe que también si el *paterfamilias* se hubiese dirigido al tercero como un mandante, *videtur iussisse*. Lo que no significa tampoco, antes al contrario, que en época de Ulpiano este supuesto fuese la norma.

II. LA "INDIFERENCIA TERMINOLOGICA" EN GENERAL

§64 El argumento más repetido en favor de la "teoría del mandato" es probablemente, como sabemos (*supra* §40 b), el de la "indiferencia terminológica": *iubere* y *mandare* (a veces incluso *iussum* y *mandatum*), se dice, se usan en las fuentes, tanto en supuestos de delegación como en otros ámbitos, con cierta indiferencia. ¿Cómo mantener entonces una contraposición tan neta entre el *iussum* y el contrato de mandato que permita excluir a éste de la delegación?

Como se ve, el argumento que, en favor de la "teoría del mandato", se extrae de este uso indiferente de *mandare* y *iubere*, descansa sobre la presunción de la perfecta correspondencia entre el empleo de *mandare* y la existencia de un

²⁹ RABEL, art. cit., en *Festschrift Zitelmann* p.24. Cfr. también VALIÑO, art. cit., en *AHDE*.37(1967) 419, con nuevos argumentos.

³⁰ Vid. *supra* n.16 y §46 n.169.

³¹ VALIÑO, art. cit., en *AHDE*.37(1967) 418 s. Cfr. también HERNANZ, *Iussum* p.121 y n.116.

³² SAUTEL, art. cit., en *Mélanges Lévy-Bruhl* p.260 n.9.

³³ PERNICE, *Labeo* I p.506.

contrato de mandato: los clásicos, se dice, utilizan indiferentemente *tubere* y *mandare*; luego, para ellos, no existe contraposición excluyente entre el *iussum* y el contrato de mandato. Los defensores de la "teoría del mandato" dan este paso del término (*mandare* o, eventualmente, *mandatum*) al concepto (contrato de mandato) de un modo demasiado despreocupado, sin tener en cuenta que, como es sabido, la terminología jurídica de los clásicos es flexible, y está lejos de la rigidez de la moderna dogmática³⁴, de modo que los términos empleados por ellos rara vez tienen un significado completamente fijo y unívoco. En particular, que el verbo *mandare*, o aun el sustantivo *mandatum*, aludan siempre al contrato de mandato es algo que la simple consulta de Heumann-Seckel³⁵ permite ya poner en duda.

Por todo ello, antes de examinar los textos que pueden hacer pensar en una "indiferencia terminológica", resulta imprescindible establecer el significado en las fuentes de los términos *mandare* (§65) y *mandatum* (§66).

§65 En el lenguaje común³⁶, *mandare* significa básicamente "confiar" algo a otro, en el sentido de: entregar³⁷; poner algo o a alguien al cuidado de una persona o un dios³⁸; asignar un cargo a alguien³⁹; y, especialmente, encargar una gestión⁴⁰. De este último sentido derivan otros⁴¹, entre los que nos interesa tan sólo el de impartir órdenes o instrucciones⁴².

³⁴ Vid., por todos, KASER, *RPR*.¹² p.182, y, más extensamente, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, en *Studi in onore di B. Biondi I* (Milano 1965) 95 ss.

³⁵ HEUMANN-SECKEL, p.330, s.v. *mandare* 1 y 2.

³⁶ Vid. *OxLD*. p.1071, s.v. *mando*; *ThLL*. VIII (Lipsiae 1966) col.261 ss., s.v. *mando*.

³⁷ *Lucr.* 4,848: *fessum corpus mandare quieti*; *Cic. Catil.* 4,10: *non dubitabit P. Lentulum aeternis tenebris vinculisque mandare*; *Vell.* 2,42,3: *mandatis ... custodiae quos ceperat*; *Luc.* 10,482: *nec flammis mandatur opus*. Especialmente frecuente: a) las semillas a la tierra (*Cic. Arat.* 275 (41): *ut mandent mortales semina terris*); b) el cuerpo a la sepultura (*Cic. post.* 28: *tumulis mandare peremptos*); c) uno mismo a la fuga (*Caes. Gal.* 1,12,3: *reliqui sese fugae mandarunt*); d) algo al papel, a la escritura (*Caes. Gal.* 6,14,3: *neque fas esse existimant ea litteris mandare*); e) algo a la memoria, memorizar (*Cic. de Orat.* 2,79: *inventa disponere, deinde ornare verbis, post memoriae mandare*).

³⁸ *Ter. An.* 296: *bona nostra haec tibi permitto et tuae mando fide*; *Tac. Ann.* 13,7: *minorem Armeniam Aristobulo mandat*.

³⁹ *Cic. Ver.* 4,81: *populum romanum hominibus novis incuistris libenter honores mandare*.

⁴⁰ *Cic. S.Rosc.* 111: *si qui rem mandatam ... gessisset ... neglegentius*; *Nep. Att.* 15,2: *ut non mandatam, sed suam rem videretur agere*; *Liv.* 23,31,8: *confecto quod mandatum est negotio*; *Juv.* 14,225: *haec ego numquam mandavi*.

⁴¹ Así, de encargar que se transmita un mensaje, deriva el significado de informar, como en *Tac. Ann.* 14,38: *simul in urbem mandabat, nullum proeliorum finem expectarent*.

⁴² *Verg. A.* 4,222: *Mercurium adloquitur ac talia mandat*; *Cic. Ver.* 4,84: *tamquam hoc senatus mandasset populusque Romanus iussisset*; *Caes. Fam.* 8,9,5: *in hoc negotio nulla tua nisi*

En las fuentes jurídicas, *mandare* aparece en ocasiones en el sentido de atribuir a alguien un cargo u oficio⁴³, o traspasar o ceder a otro el ejercicio de un cargo (*mandare alicui munus, magistratum, iurisdictionem, cognitionem*)⁴⁴, o de una acción (*mandare actionem*)⁴⁵; otras veces, significa simplemente "ordenar", "disponer"⁴⁶; pero el significado jurídico básico de *mandare* es "confiar" a alguien una gestión, "encargar"⁴⁷.

El uso de *mandare* en un texto jurídico no supone necesariamente que exista un contrato de mandato. Esto queda ya en evidencia en los abundantes textos que, partiendo de un supuesto del tipo "si tibi mando, ut ...", acaban concluyendo que no hay *mandatum*⁴⁸. De hecho, *mandare* se utiliza con mucha frecuencia en ámbitos en los que el contrato es imposible: así, cuando un *paterfamilias* manda a su hijo o esclavo⁴⁹,

loquendi cura est, hoc est imperandi et mandandi, Plaut. *Amph.* 83: *qui sibi mandasset delegati ut plauderent*.

⁴³ La tutela: Pap. 4 *resp.*-D. 26, 2, 28pr.; Pap. 5 *resp.*-D. 26, 7, 39, 6. Una legación: Paul. 1 *resp.*-D. 50, 7, 9(8), 1. El servicio de recaudación de tributos: Pap. 1 *resp.*-D. 50, 1, 17, 7. La magistratura: Ulp. 5 *de off. proc.*-D. 50, 4, 6pr.

⁴⁴ Vid. HEUMANN-SECKEL, p. 331, s.v. *mandare* 3: "ein Amt oder die Ausübung von Klagrechten jemandem übertragen, ihn damit beauftragen, dazu bevollmächtigen". HEUMANN-SECKEL mezcla de modo inconveniente este uso con el anterior, es decir, los casos en que se asigna a alguien un cargo, con los de cesión, en que el titular de una función la delega en otra persona. *Mandare iurisdictionem/cognitionem, iurisdictionem/cognitio mandata, ius dicere mandatu alicuius*: Iul. 5 *dig.*-D. 1, 21, 3; Pap. 1 *quaest.*-D. 1, 16, 5, D. 1, 21, 1pr. y 1; Ulp. 1 *de off. proc.*-D. 1, 16, 4, 6, D. 1, 16, 6pr. y 1; Ulp. 3 *de omn. trib.*-D. 1, 21, 2pr., 1, y D. 2, 1, 16; Ulp. 1 *opin.*-D. 2, 1, 17; Paul. 18 *ad Plaut.*-D. 1, 21, 5pr. y 1; Macer 1 *de off. praes.*-D. 1, 21, 4.

⁴⁵ *Mandare actionem*: vid. ejemplos en HEUMANN-SECKEL, p. 331, s.v. *mandare* 3; *VIR.* III col. 1754 l. 26 ss., s.v. *mando*.

⁴⁶ Cfr. HEUMANN-SECKEL, p. 331, s.v. *mandare* 4: "anbefehlen, verordnen"; vid., por ejemplo, Ulp. 25 *ad ed.*-D. 47, 12, 3, 4: *Non perpetuae sepulturae tradita corpora posse transferri edicto divi Severi continentur, quo mandatur, ne corpora detinerentur aut vexarentur aut prohiberentur per territoria oppidorum transferri*.

⁴⁷ Cfr. HEUMANN-SECKEL, p. 330, s.v. *mandare* 1: "überhaupt: von jemandem die Vollziehung einer Handlung begehren, sie ihm anvertrauen".

⁴⁸ Vid., por ejemplo: Cels. 7 *dig.*-D. 17, 1, 48, 1 y 2; Iul. 3 *ad Urs. Fer.*-D. 17, 1, 32; Gai. 2 *cott.*-D. 17, 1, 2pr. y 6; Gai. 3, 156-158; Paul. 32 *ad ed.*-D. 17, 1, 22, 3.

⁴⁹ Afr. 7 *quaest.*-D. 41, 4, 11: *servus ... cui mandasset*; Afr. 8 *quaest.*-D. 21, 1, 51pr.: *mandatu domini*; Ulp. 55 *ad ed.*-D. 40, 12, 16, 3: *pater mandante*; Ulp. 57 *ad ed.*-D. 47, 10, 11, 5: *filio meo mandavero*; Paul. 1 *decr.*-D. 14, 5, 8: *hoc dominum mandasse*; Ulp. 8 *ad Sab.*-D. 29, 2, 25, 5-6-7-9-11-12-13, y Paul. 3 *sent.*-D. 29, 2, 93pr., sobre el padre que "manda" adir a su hijo o esclavo. Para un análisis de estos textos, vid. *infra* § 68 ss.

o un testador encarga que se haga tal o cual cosa después de su muerte⁵⁰, o alguien encarga a otro un acto ilícito⁵¹.

Se dice a veces que, en estos casos, *mandare* aparece en sentido atécnico⁵²; para quien así se expresa, el término se refiere, técnicamente, sólo al contrato. Esto no es, a nuestro juicio, correcto: incluso cuando el contrato existe, *mandare* designa propiamente tan sólo la declaración de voluntad del mandante. El significado de *mandare* no es "concluir un contrato de mandato": el contrato precisa, además de otros requisitos, esencialmente del acuerdo de voluntades, que el verbo *mandare* no expresa, pues se refiere sólo a la voluntad de quien "encarga". El sentido de *mandare*, en definitiva, es uno sólo y el mismo, exista o no contrato: "encargar a alguien que haga algo": es un error, por tanto, hablar de un sentido técnico y otro atécnico. Más impropio todavía es calificar ese supuesto uso atécnico como "abusivo" o "impropio"⁵³: no sólo porque el significado de *mandare* es el mismo que en el otro caso, sino porque tal uso es el normal en el lenguaje común⁵⁴, y viene avalado para el jurídico por numerosos textos de juristas poco sospechosos de impropiedad léxica⁵⁵. Jurídicamente *mandare* designa, en conclusión, la declaración unilateral de voluntad de quien encarga a otro una gestión.

⁵⁰ Cui.2,103; Scaev.4 resp.-D.36,1,64(62),1; Pap.4 resp.-D.26,2,26pr. y 1; Pap.6 resp.-D.26,7,40 y D.31,75pr.; Pap.7 resp.-D.34,1,8; Pap.8 resp.-D.31,77,3; Pap.9 resp.-D.36,2,26,2; Ulp.35 ad ed.-D.26,7,5,8; PS.4,1,6; Mod.12 resp.-D.22,3,15. Vid. *infra* §72.

⁵¹ Scaev.14 dig.-D.34,4,31,2; Ulp.3 ad ed.-D.2,1,7,5; Ulp.57 ad ed.-D.47,10,11,3; Marcian. sing. de delat.-D.49,14,18,8. Más dudosa es la posibilidad de un contrato de mandato cuyo contenido merezca la sanción de una *a. in factum*: Paul.48 ad ed.-D.39,2,18,14. Cuando se trata del interdicto *unde vi*, la cláusula "*quod nec vi nec clam nec precario a te possideret*" impide considerar sin más ilícita toda expulsión, de modo que el contrato de mandato no es inconcebible en los supuestos que describen Ulp.69 ad ed.-D.43,16,1,12 o Ulp.69 ad ed.-D.50,17,152,1. Papiniano habla de *mandatum illicitum* en 26 *quaest.*-D.43,16,18pr., porque en el supuesto que describe no hay lugar para la aplicación de la mencionada cláusula. En todo caso, son siempre ilícitos los actos a los que se refieren los interdictos *unde vi armata* (Ulp.69 ad ed.-D.43,16,3,10) y *quod vi aut clam* (Ulp.70 ad ed.-D.43,24,5,12, Paul.67 ad ed.-D.43,24,6). Vid. *infra* §73.

⁵² Cfr., por ejemplo, GIDE, p.465, p.471; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.200; COSENTINO, p. 323. KRELLER, art. cit., en SZ.50(1930) 586, habla del uso ocasional "des ganz farblosen Wortes *mandare*".

⁵³ ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.200: "altro è che l'uso abusivo delle parole abbia potuto presentarsi nell'esposizione di un caso pratico..."; Arangio-Ruiz se refiere indistintamente al uso no contractual de *mandatum* y *mandare*.

⁵⁴ Cfr. *OxLD.* p.1071, s.v. *mando* 6 y 8.

⁵⁵ Vid. *supra* nn.48-51.

§66 *Mandatum* es, en principio, "lo confiado" o "encargado"; luego, por abstracción, el "encargo" en sí mismo. En las fuentes jurídicas, *mandatum* es el nombre técnico del contrato. Ordinariamente, por tanto, el término se refiere al contrato⁵⁶; ordinariamente, pero no siempre:

a) Hay que observar, en primer lugar, que el ablativo *mandatu* (correspondiente al inexistente **mandatus*, -us)⁵⁷ tiene un campo de aplicación tan amplio como el verbo *mandare*: *mandatu meo* no significa otra cosa que *mandante me*⁵⁸, y se refiere, por tanto, únicamente a la voluntad de *ego*, que no necesariamente conduce a un contrato: así, no faltan textos con *mandatu* en los que el contrato es imposible⁵⁹.

b) Sólo en tres textos⁶⁰ encontramos formas del plural referidas al contrato. *Mandata*, *mandatorum*, *mandatis*, aluden ordinariamente a las instrucciones del príncipe a los funcionarios imperiales, tanto sobre cuestiones de disciplina como de competencia, o relativas, en general, al ejercicio de su actividad, que configuran, por así decirlo, su "estatuto"⁶¹. En ocasiones, también

⁵⁶ Cfr. *VIR.* III col.1750 l.19 ss. (*mandati actio*); l.42 s. (*mandati contractus*); l.45 ss. (*mandati iudicio*); col.1751 l.10 ss. (*mandati agere, convenire, damnari, experiri, obligari, teneri*).

⁵⁷ Nótese la semejanza con *iussu*, de **iussus*, -us; vid. *supra* §42 y n.77.

⁵⁸ Cfr. Afr.8 *quaest.*-D.21,1,51pr.: *Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex empto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini expectandam esse ait, ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit et certum incertumve mandante eo emerit, quia tunc et illud ex bona fide est servum, cum quo negotium sit gestum, deceptum non esse, et rursus delictum eiusdem, quod in contrahendo admisit, domino nocere debet. sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor* (Para una crítica de este texto, vid. *infra* §58, n°6).

⁵⁹ *Mandatu patris vel domini*, Afr.8 *quaest.*-D.21,1,51pr.: ... *sed si servus mandatu domini qui id sciret emerit* ...; Ulp.6 *fideic.*-D.44,6,2: ... *sic tamen, si non mandatu domini (sc. servus) emit: nam si mandatum, ...*; Paul.11 *ad ed.*-D.4,4,23: *cum mandatu (sic F²; KRÜGER: mandato) patris filius familias res administraret, ... Mandatu testatoris, Mod.12 resp.*-D.22,3,15: ... *fratribus eiusdem quasi ex mandatu defuncti fideicommissa solvit, ... Referido a un acto ilícito, Ulp.57 ad ed.*-D.47,10,11,3: *si mandatu meo facta sit alicui iniuria, ...*

⁶⁰ Gai.3,135 (= D.44,7,2pr.): *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*. Ulp.30 *ad Sab.*-D.19,5,13pr.: ... *mandata gratuita esse debent* ... Paul.74 *ad ed.*-D.17,1,46: ... *igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat*. ...

⁶¹ Vid. *VIR.* III col.1752 l.9 ss.; HEUMANN-SECKEL, p.331, s.v. *mandare* 4; KRELLER, v. *Mandatum*, en *RE.* XIV 1 (Stuttgart 1928) col.1023 s. (vid. *sub* "d", sobre el frecuente carácter trataticio, y, por tanto "estatutario" de estos *mandata*). *Mandata* se usa también referido al "estatuto" militar dispuesto por el *princeps* (cfr. Ulp.45 *ad ed.*-D.29,1,1pr.; Paul.7 *resp.*-D.23,2,65pr. y 1), o a las órdenes militares del general (Mod.4 *de poen.*-D.49,16,3,15), e, incluso, en relación a instrucciones del Senado (Call.2 *de cognit.*-D.50,10,7,1)

el singular (*mandatum*) aparece en un contexto de Derecho público, referido a la transferencia de una función o asunto⁶².

c) *Mandatum* se refiere con frecuencia, más que al contrato, a la "autorización" o "habilitación" *ad extra* ("Ermächtigung") que se contiene en el mismo cuando se trata de realizar un acto de disposición sobre derechos del *dominus negotii*⁶³. Así, cuando Mod.6 *diff.*-D.3,3,63 escribe que el *procurator omnium bonorum* no puede enajenar cosas del *dominus* "sine speciali domini mandatu", ello no quiere decir, obviamente, que sea necesario el contrato, sino la simple autorización; del mismo modo, en los casos en que se dice que el procurador será oído si está provisto de mandato⁶⁴, o que deberá dar la *cautio "de rato"*, si *mandatum ei non sit*⁶⁵, lo relevante no es que el procurador haya concluido o no un contrato de mandato con el *dominus*, sino que éste lo haya autorizado o no para litigar; en el mismo sentido aparece *mandatum* en los textos que se refieren a las *personae quibus sine mandatu agere licet, in quibus mandatum non exigimus*⁶⁶. De ordinario, el mandato procesal es, así pues, invocado no como contrato (aunque normalmente lo sea⁶⁷), sino como

⁶² Ulp.1 *de off. proc.*-D.1,16,6pr.: *Solet enim custodiarum cognitionem mandare legatis ... sed hoc genus mandati extraordinarium est. ...* Un interesante paralelismo entre este *mandatum* y el contrato aparece en Paul.2 *ad ed.*-D.2,1,6: *... si is, qui mandavit iurisdictionem, decesserit, antequam res ab eo, cui mandata est iurisdictione, geri coeperit, solvi mandatum Labeo ait, sicut in reliquis causis.* Sobre este texto, vid. KRELLER, art. cit. en RE. XIV 1 col.1022 s., con lit.

⁶³ Vid. *supra* §56 i.f.; §58 b.

⁶⁴ Gai.4 *ad ed. prov.*-D.4,4,25,1. *Si talis interveniat iuvenis, cui praestanda sit restitutio, ipso postulante praestari debet, aut procuratori eius, cui id ipsum nominatim mandatum sit. ...* Ulp.26 *ad ed.*-D.12,2,34,1: *Defensor municipium vel cuiusvis corporis iusiurandum deferre potest, si super hoc mandatum habeat.*

⁶⁵ Ulp.4 *ad ed.*-D.2,13,6,5; Ulp.52 *ad ed.*-D.36,4,3,2.

⁶⁶ Ulp.77 *ad ed.*-D.46,7,3,3: *Sed et si forte ex liberis vel parentibus aliquis interveniat, vel vir uxoris nomine, a quibus mandatum non exigitur, ...* Ulp.10 *ad ed.*-D.3,5,7(8)pr.: *Si autem is fuit, qui negotia administravit, a quo mandatum non exigebatur, ...* Ulp.9 *ad ed.*-D.3,3,40,4: *In his autem personis, in quibus mandatum non exigimus, dicendum est, si forte evidens sit contra voluntatem eos experiri eorum, pro quibus interveniunt, debere eos repelli. ...*

⁶⁷ Cfr., por ejemplo, Paul.4 *quaest.*-D.17,1,58pr.: *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. ...* En cambio, no hay lugar para las *actiones mandati* ni, por tanto, para el contrato, cuando se trata de *procuratio in rem suam*: vid. *supra* §3 n.41.

autorización⁶⁸. Lo mismo ocurre con el mandato de cobrar, cuando se menciona como requisito para la liberación del deudor⁶⁹.

d) Para expresar que se ha contratado un mandato, las fuentes no emplean normalmente el giro *mandatum contrahere*⁷⁰, sino *mandatum suscipere*⁷¹, donde el sustantivo *mandatum* no designa tanto el contrato, cuanto el encargo del mandante, que el mandatario acepta.

e) Alguna vez, *mandatum* aparece en casos en los que no es posible el contrato: así, cuando lo encargado es un acto ilícito⁷², o entre *paterfamilias* y *filiusfamilias*⁷³: en estos casos, es claro que *mandatum* se refiere al encargo, no al contrato, que no existe.

En conclusión, si bien el sentido del sustantivo *mandatum* es más estricto que el del verbo *mandare*, no cabe tampoco presumir, respecto del primero, que se refiera siempre al contrato.

§67 Como resultado de este breve análisis de los significados de *mandare* y *mandatum*, debe observarse, en relación al argumento de la "indiferencia terminológica", lo siguiente: del hecho de que los clásicos utilicen indiferentemente los términos *mandare* (o *mandatum*) y *iubere*, no es legítimo extraer conclusiones acerca de la proximidad o distancia entre los conceptos técnicos de *iussum* y *mandatum*. La libertad terminológica de los clásicos (comparada con la rigidez de la moderna dogmática) hace, también aquí, necesario diferenciar entre el término y el concepto. Los términos *mandare* y

⁶⁸ Iul.4 ad Urs. Fer.-D.3,3,47; Gai.4,84; Pap.12 resp.-D.46,8,3pr.; Pomp.2 ex Plaut.-D.3,3,62; Ulp.9 ad ed.-D.3,3,27pr.; Ulp.29 ad ed.-D.49,5,1pr.; Ulp.75 ad ed.-D.44,2,11,7; Paul.4 resp.-D.3,3,60.

⁶⁹ Iul.54 dig.-D.46,3,34,4: *Si nullo mandato intercedente debitor falso existimaverit voluntate mea pecuniam se numerare, non liberabitur. ...*; Paul.5 quaest.-D.19,5,5,4: *... si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, ... mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest. ...* También es éste el mandato de acceptilare en Paul.4 ad Sab.-D.46,4,3: *Per procuratorem nec liberari nec liberare quisquam acceptilatione sine mandato potest.*

⁷⁰ Sólo en Iav.3 epist.-D.38,5,12.

⁷¹ Vid. VIR. III col.1750 l.3 ss.

⁷² Pap.26 quaest.-D.43,16,18pr. i.f.: *... dixi non esse iuvandum, qui mandatum illicitum susceperit.* Paul.32 ad ed.-D.17,1,22,6: *Qui aedem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum mandatum suscipiat, nihil mandati iudicio consequi potest propter turpitudinem mandati.*

⁷³ Paul.4 resp.-D.14,6,16: *Si filius familias absente patre, quasi ex mandato eius pecuniam acceperit, cavisset, et ad patrem litteras emisit, ut eam pecuniam in provinciam solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis.* En cuanto a Paul.11 ad ed.-D.4,4,23, vid. supra n.59.

mandatum no se refieren exclusivamente al contrato: *mandare* alude propiamente tan sólo a la declaración unilateral de voluntad de quien encarga a otro una gestión; *mandatum* se usa en supuestos en que no existe contrato, o refiriéndose, más que al contrato en sí, al simple encargo del mandante o a la "Ermächtigung" que en el mismo se contiene en ciertos casos.

Concluir de aquí, sin más, rechazando el argumento de la "indiferencia terminológica" resultaría, sin embargo, precipitado: una opinión segura acerca del mismo sólo puede surgir del examen de los textos en que se produce un uso indistinto de *iubere* y *mandare* (o *mandatum*). Lamentablemente, quienes invocan este argumento no se refieren a textos concretos. Los relativos a la delegación, es cierto, son de sobra conocidos, ya que los propios defensores de la "teoría del *iussum*" (especialmente v. Salpius y Endemann) se han ocupado de ellos: nosotros los examinaremos en §78 ss. Pero antes, trataremos de colmar la laguna en relación a los "otros ámbitos" donde también se detecta una indiferencia terminológica, a saber: en las relaciones entre el titular de la potestad y los sometidos (§68-71); en las disposiciones de última voluntad (§72); en los actos ilícitos (§73); en relación a la ratificación (§75-77).

§68 Nos ocuparemos, en primer lugar, de un grupo de textos en los que el *paterfamilias* encarga a su hijo o esclavo comprar una cosa. En lugar de *iussu patris vel domini, patre dominove iubente*, encontramos en ellos los giros *mandatu patris vel domini, patre dominove mandante*. ¿Por qué *mandare* y no *iubere, mandatu* en lugar de *iussu*? ¿Supone esto confusión o acercamiento entre los dos conceptos? Tras un breve análisis de los textos, trataremos (§69) de dar respuesta a estas preguntas.

Nuestro primer texto será:

4) Ulp.55 *ad ed.*

D.40,12,16,3

Quare si filius familias emit, si quidem ipse scit, pater ignoravit, non adquisiit patri actionem: hoc si peculiari nomine egerit⁷⁴. ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat: et puto adhuc nocere quemadmodum procuratoris nocet.

Ulpiano está comentando la *a. in factum* que concede el Pretor contra el libre que, dolosamente, se deja vender como esclavo⁷⁵. Esta acción, al *duplum*, se

⁷⁴ Para la sustitución de [*egerit*] por <*emerit*>, vid. SOLAZZI, *Errore e rappresentanza*, en [RISG.50(1911) 229 ss. =] *Scritti di Diritto romano I* (Napoli 1955) p.282 n.10, y SCHULZ, *Scientia, Dolus und Error bei der Stellvertretung nach klassischem römischem Recht*, en SZ.33(1912) 55 y n.1.

⁷⁵ Ulp.55 *ad ed.*-D.40,12,14pr. y l. LENEL, *EP.*³ p.387 (§182): *Si quis, cum se liberum esse sciret, dolo malo passus erit se pro servo venum dari.*

concede al comprador *deceptus*, no, por supuesto, a quien, en el momento de la compra, sabía que se le vendía un hombre libre⁷⁶. Ulpiano se plantea el supuesto de que la compra sea concluida por un *filius familias* que conoce la verdadera condición del "esclavo": ¿perjudica este conocimiento al padre, que la ignora? La respuesta inicial de Ulpiano es que si le perjudica: *non adquisiit patri actionem*. Esto -prosigue Ulpiano-, si el hijo actuó *peculiari nomine*⁷⁷; ¿y si actuó *patre mandante*? Ulpiano estima que, aun en este caso, le perjudica, como le perjudicaría la *scientia* de un *procurator* que hubiera comprado por encargo suyo.

De las dos hipótesis que, *a priori*, abarca la expresión *patre mandante* -el encargo genérico ("compra un esclavo") y el específico ("compra el esclavo X")-, la más relevante para el caso discutido por Ulpiano parece la segunda⁷⁸: entendiendo así *patre mandante*, se comprende que Ulpiano considere separadamente este supuesto, aunque la solución final sea la misma, "*nocet*"⁷⁹.

⁷⁶ Ulp. 55 *ad ed.*-D.40,12,16,2: *Tunc habet emptor hanc actionem, cum liberum esse nesciret: nam si scit liberum et sic emit, ipse se circumvenit*. La ignorancia se exige en el momento de la compra: Ulp. 55 *ad ed.*-D.40,12,22,3.

⁷⁷ SOLAZZI, art. cit., en [RISG.50(1911) 229 ss.=] *Scritti I* p.282 n.10, sospecha de la referencia al peculio: "la distinzione non mi pare che corra fra acquisto peculiare e non peculiare, ma tra l'acquisto senza mandato o col mandato del padre"; vid., en el mismo sentido, NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i "potestate subiecti"* (Milano 1960) p.154 s. A nuestro juicio, no hay razón para la sospecha; cierto es que Ulpiano parece haber cruzado dos distinciones (*peculiari nomine-patris nomine, patre mandante-sine mandato patris*), pero la gestión *peculiari nomine* es el ejemplo más típico de ausencia de mandato, y la *mandatu patris*, el más relevante de actuación *patris nomine*: cfr. SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 56. Hay que admitir, de todos modos, que el resultado no cubre todas las hipótesis posibles: por ejemplo, la actuación del hijo como *proepositus*.

⁷⁸ SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 57 s. (cfr. también p.43 i.f., p.46), y BENÖHR, *Arglist und Kenntnis des Hilfspersonen beim Abschluß schuldrechtlicher Geschäfte*, en SZ.87(1970) 156, consideran arbitrario, sin embargo, reducir a esta segunda hipótesis la interpretación de *patre mandante*.

⁷⁹ En efecto, para la hipótesis de mandato específico, parece haber existido una discrepancia entre Ulpiano y Paulo, al menos por lo que se refiere al supuesto de compra de un libre mediante *procurator*: en efecto, mientras que para Ulpiano -*quemadmodum procuratoris nocet*-, la *scientia* del procurador *nocet* aun cuando hubiese actuado por encargo del *dominus negotii*, para Paulo, en el caso de encargo específico, *non nocet*. El texto de Paulo es 51 *ad ed.*-D.40,12,17: [*In servo et in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut,*] *si certum hominem mandavero emi sciens liberum esse, licet is qui mandatum est ignoret, [idem sit: et] non competet ei actio. contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda*. Vid. *Index Itp. ad leg.*, y, especialmente, ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, en [SUPA.6(1921) 101 =] *Studi di Diritto Romano III* (Milano 1936) p.512 (que, sin embargo, no se dirige contra el encabezamiento, sino contra el resto: [*tale est-fin*]); acritico, BENÖHR, art. cit., en SZ.87(1970) 159, 161 n.183. La cláusula *qui mandato nostro emit* hace torpe repetir *si certum hominem mandavero, mandato nostro* no concuerda con el posterior *mandavero (ego)*, lo que es más

Cuando el hijo actúa *peculiari nomine*, la decisión de comprar el esclavo X (que luego resulta ser libre) es suya; la voluntad del padre no ha intervenido en la conclusión del negocio, por lo que resulta lógico prescindir también de su conocimiento, y atender al del hijo. Que el conocimiento del hijo sea igualmente relevante cuando se limitó a cumplir un encargo específico del padre podría ser, en cambio, más discutible, si se considerase que, en tal caso, la voluntad del hijo no intervino en la conclusión del negocio: la solución lógica sería, entonces, prescindir de su conocimiento y atender sólo al del padre. Ulpiano, a pesar de todo, responde que también *filius scientia nocet*⁸⁰: quizá su punto de vista era que, en este caso, el padre no había sido engañado tanto por el vendedor cuanto por su propio hijo, que, sabiendo que compraba un libre, calló dolosamente y no le advirtió de ello.

Un problema semejante se plantea en:

5) Ulp.6 *fideic.*

D.44,6,2

Si servus cum emeret scit, ignoravit autem dominus, vel contra, videndum est, cuius potius spectanda sit scientia. et magis est, ut scientia inspicienda sit eius qui comparavit, non eius, cui acquiretur, [et ideo poena litigiosi competit,] sic tamen, si non mandatu domini emit: nam si mandatu, etiamsi scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet: et ita Iulianus in re litigiosa scribit.

sospecho: el *servus* que aparece en esta frase inicial no vuelve a ser mencionado: *licet is qui mandatum est ignoret ... si ... procurator scit*, como el subjuntivo *idem sit* depende gramaticalmente de *ut*, debe también caer al ser éste eliminado. Así pues, Paulo se refería únicamente al caso del *procurator*: si hubiese considerado el del *servus*, no habría podido escribir *et non competit ei actio*. Es difícil saber si la discrepancia se extendía también los casos de *filius* y *servus*, o se limitaba sólo al *procurator*, en cualquier caso, parece claro que, respecto de éste, Paulo y Ulpiano mantenían opiniones distintas: cfr. MITTEIS, *Stellvertretung* p.285 s.; SOLAZZI, art. cit., en [RISG.50(1911) 229 ss.=] *Scritti* I p.282 ss.; BENÖHR, art. cit., en SZ.87(1970) 156 s. y n.157; vid., además, los autores citados por SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 58 n.1, y BENÖHR, l.c. p.156 n.152. Un indicio de ello son también las palabras de Ulpiano: *hic quaeritur, an filii scientia noceat: et puto ...* Sobre los diversos intentos de armonización, vid. SCHULZ, l.c. p.57 y n.2, y BENÖHR, l.c. p.156 n.154. Otros autores optan por criticar uno de los textos, bien el de Ulpiano -SCHULZ, l.c. p.55; SIBER, *RR.* p.413 y n.10 (414); BESELER, *Et ideo-Declarare-Hic*, en SZ.51(1931) 78- bien el de Paulo -vid. SCHULZ, l.c. p.58 n.3-; esta hipótesis de que la antinomia se debe a una intervención compilatoria nos parece insostenible, habida cuenta de que la obligación de los compiladores era precisamente eliminar toda posible contradicción, y que los textos se encuentran en la compilación uno a continuación del otro: cfr., también, BENÖHR, l.c. p.157 n.157 i.f.

⁸⁰ El propio Ulpiano optará por la solución contraria en nuestro siguiente texto (nº5: Ulp.6 *fideic.*-D.44,6,2). Esto se explica, a nuestro juicio, por la diferencia entre ambos supuestos, y no es argumento, por tanto, contra la clasicidad de D.40,12,16,3, como pretende SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 56 ss.

La inclusión de este texto en el Digesto en el título de *litigiosis*, y la referencia a la *poena litigiosi* hacen pensar en la multa de cincuenta sestercios establecida por un edicto de Augusto contra los adquirentes de una *res litigiosa a non possidente*⁸¹. Pero el texto proviene de Ulpiano 6 de *fideicommissis*, en el que se trata de la *jurisdictio fideicommissaria*, con la que la *poena litigiosi* no parece tener nada que ver. Lenel sospecha una manipulación compilatoria: agudamente, él observa⁸² que ya de las últimas palabras del texto *-et ita Iulianus in re litigiosa scribit-*, se deduce que la precedente exposición ulpiana debía de tratar de una cuestión distinta⁸³; la frase [*et ideo poena litigiosi competit*] habría sido introducida por los compiladores para justificar la ubicación del texto⁸⁴. Lenel conjetura que Ulpiano se refería a una venta realizada en fraude de una *missio (fideicommissorum servandorum causa)*⁸⁵. De todos modos, no hay razón para dudar que Juliano aplicaba esta misma doctrina a la adquisición por un esclavo de una *res litigiosa*. Tal doctrina es la siguiente: en el caso de que la compra (de un bien embargado -Ulpiano-, ¿a los efectos del correspondiente interdicto contra el adquirente?⁸⁶; de una *res litigiosa* -Juliano-, ¿a los efectos de la multa augustea?⁸⁷) sea realizada por un esclavo, hay que atender, en principio,

⁸¹ Cfr. *fr. de iure fisci* 8 (FIRA II p.628). El edicto de Augusto parece haberse referido sólo a los fundos itálicos, y sólo prohibía las adquisiciones *a non possidente*: así, un fundo puede adquirirse de quien ha sido demandado en una reivindicatoria, pero no del demandante. La medida parece pensada para evitar el abandono por los demandantes de procesos ya entablados sobre propiedad fundiaria, y el consiguiente inicio de un nuevo proceso por el adquirente: vid. DE MARINI, *I limiti alla disponibilità della "res litigiosa" nel diritto romano* (Milano 1967) p.173 ss.

⁸² LENEL, *Palingenesia* II col.925 n.4, *ad fr.* 1902 Ulp.

⁸³ De la misma opinión, SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 42. Contra: SOLAZZI, art. cit., en [RISG.50(1911) 229 ss. =] *Scritti* I p.286; NICOSIA, *Acquisto* p.151; BENÖHR, art. cit., en SZ.87(1970) 182 n.303. A favor de la hipótesis de Lenel habla siempre la procedencia del texto.

⁸⁴ Vid. *Index Itp. ad leg.*, y, especialmente: SOLAZZI, art. cit., en [RISG.50(1911) 238 ss. =] *Scritti* I p.285 ss.; SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 42 s.; MESSINA VITRANO, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi II. La compra dall'attore dell'obbietto litigioso fatta scientemente* (Messina 1924) p.8 y n.2.; SERRAO, *Il Procurator* (Milano 1947) p.144. *Poena competit* sólo se encuentra de nuevo en Mod.4 de *poen.*-D.49,16,3,9 *itp.*, y aparece, en cambio, en relación a la sanción establecida por Justiniano para la venta de la *res litigiosa*, en la Novela 112.

⁸⁵ Cfr. también SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 44. Sobre la *missio fideicommissorum servandorum causa*, vid. KASER, *RPR* I² p.760 y n.32, con lit.

⁸⁶ Cfr. Ulp.66 *ad ed.*-D.42,8,6,12, donde se plantea un supuesto semejante en relación a quien adquiere de un insolvente en fraude de acreedores.

⁸⁷ Hay que suponer, entonces, que la multa sólo procedía contra el adquirente *sciens*. SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 43, niega que el *dominus ignorans* pueda ser multado por el dolo de su esclavo; a nuestro juicio, sin embargo, esto no puede excluirse *a priori*: vid. DE MARINI, *Res litigiosa* p.258. De todos modos, cabe la posibilidad de que Juliano no se refiriese a esta multa, sino a la *exceptio* concedida al poseedor de un fundo contra la reivindicatoria del adquirente *a*

al conocimiento del esclavo que compró, no del dueño. Pero si el esclavo actuó *mandatu domini*, su conocimiento no perjudica al dueño.

La solución de Ulpiano coincide con la del texto anterior para el caso de que el esclavo haya actuado por propia iniciativa, pero no coincide, en cambio, si actuó *mandatu domini*: en esta ocasión, según Ulpiano, *scientia servi non nocet*. Que en este texto se trate de un *servus* y en el anterior de un *filius*, no basta, a nuestro juicio, para explicar esta divergencia de soluciones. La razón debe de ser otra: en el texto anterior, la cuestión era si se concedía o no una acción -para colmo, al *duplum*- contra el tercero; por eso, Ulpiano se apartaba de la lógica más rigurosa, para tener en cuenta la *scientia servi*; aquí, tal actitud no sería razonable, porque no es una reclamación del *paterfamilias*, sino contra el *paterfamilias*, lo que está en juego⁸⁸.

La misma cuestión de la *scientia domini vel servi*, pero ahora respecto de la *a. redhibitoria*, la encontramos también en un texto de Africano:

6) Afr.8 *quaest.*

D.21,1,51pr.

Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex empto dominus experietur, [omnimodo] scientiam servi, non domini expectandam esse ait, ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit [et certum incertumve mandante eo emerit, quia tunc et illud ex bona fide est servum, cum quo negotium sit gestum, deceptum non esse, et rursus delictum eiusdem, quod in contrahendo admisit, domino nocere debet]. sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem vitiosum esse sciret, non tenetur venditor.

El ejercicio de la *a. redhibitoria*⁸⁹ contra el vendedor de un esclavo con vicios o enfermedades no es posible si el comprador los conocía en el momento

non possidente (Gai.4,117): vid. DE MARINI, *Res litigiosa* p.236 ss. Esta *exceptio*, que sólo se concedía contra el adquirente *sciens*, era una medida más eficaz que la multa contra las ventas que provocaban el abandono por los demandantes de procesos ya entablados: quien adquiera de un demandante no podrá reivindicar con éxito contra el poseedor demandado, protegido por la *exceptio*.

⁸⁸ No creemos, por tanto, que la divergencia de soluciones entre los dos textos ulpianos justifique la crítica de ninguno de ellos: ni del anterior (vid. *supra* n.80), ni (vid. MESSINA VITRANO, *Negoti invalidi* II p.8 n.2 [p.9]) de éste, contra ALBERTARIO, art. cit., en [SUPA.6(1921) 101 s. =] *Studi* III p.512 s., y NICOSIA, *Acquisto* p.151 ss.

⁸⁹ Aunque la *redhibitoria* puede concurrir alternativamente de la *a. empti*, como en §1 se menciona ya sólo aquella, [vel ex empto] ha sido considerado sospechoso: SOLAZZI, art. cit., en [RISG.50(1911) 229 ss. =] *Scritti* I p.282 n.8; MONIER, *La garantie contre les vices cachés* (Paris 1930) p.189; NICOSIA, *Exceptio utilis*, en SZ.75(1958) 285 n.86. Sobre la relación del Edicto del Edil con el pretorio, vid., en general, PRINOSHEIM, *Das Alter der aedilitischen actio quanti minoris*, en SZ.69(1952) 234 ss.; IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli* (Padova 1955) p.241 ss.; KASER, *Die Jurisdiktion der Kurulischen Adilen*, en *Mélanges Meylan* I (Lausanne 1963) p.173 ss.

de la compra⁹⁰. Si quien concluye la compra del esclavo *vittiosum* (al que llamaremos, para evitar confusiones, Estico) es otro esclavo⁹¹, surge de nuevo la cuestión de la *scientia* relevante: ¿la del *servus*? ¿la del *dominus*? ¿ambas? El texto comienza afirmando que hay que atender siempre *-omnimodo-* a la *scientia servi*, no a la *scientia domini*; la frase final, sin embargo, contradice esta tajante afirmación: si fue el *dominus* quien, sabiéndolo *vittiosus*, mandó comprar a Estico, el vendedor no queda obligado. La doctrina contenida en esta frase final la impone el sentido común, y no cabe dudar de su claridad; para resolver la contradicción la crítica ha de dirigirse, por tanto, sobre el comienzo del texto, bien (a) sobre [*non domini*], bien (b) sobre [*omnimodo*] y [*et certum-emerit*]. Según la hipótesis "a", la *scientia servi* sería siempre relevante, de modo que aun cuando el dueño hubiera mandado comprar precisamente a Estico (*certum ... mandante eo emerit*), el conocimiento que el esclavo comprador tuviera de los vicios de éste perjudicaría al dueño. Según la hipótesis "b", Africano habría comenzado estableciendo, como principio general, que hay que atender al conocimiento del esclavo, no del dueño; pero este principio no es, eliminados [*omnimodo*]⁹² y [*et certum incertumve mandante eo emerit*]⁹³, absoluto: si el esclavo recibió el mandato específico de comprar a Estico, es la *scientia domini* la que hay que considerar; la del esclavo comprador *non nocet*. Dos argumentos podrían, a nuestro juicio, inclinar la balanza a favor de la hipótesis "b": la opinión de Juliano (*supra* n°5) para el caso de la *res litigiosa*, y el *non dubitandum* de §1, referido a la relevancia de la *scientia procuratoris*, que sugiere que la respuesta de pr. para el caso del *servus* era la opuesta. La

⁹⁰ Ulp.1 *ad ed. aed. cur.*-D.21,1,14,10; Pomp.23 *ad Sab.*-D.21,1,48,4. Vid. IMPALLOMNI, *Editio* p.23 s.

⁹¹ Cuando el intermediario es un *procurator*, el planteamiento es distinto, porque la *redhibitoria* no corresponde al dueño sino al *procurator*: por eso su conocimiento es siempre fatal, incluso cuando actúa por mandato específico del dueño, sin perjuicio de su responsabilidad frente a éste (Afr.8 *quaest.*-D.21,1,51,1).

⁹² Contra [*omnimodo*], vid. *Index Itp. ad leg.*, y, sobre todo: SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 44 ss.; LENEL, *Africans Quaestiones. Versuch einer kritischen Palingenesie*, en SZ.51(1931) 42; BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen Rechtsquellen*, en SZ.66(1948) 356; NICOSIA, art. cit., en SZ.75(1958) 285 n.88.

⁹³ Cfr., además de los citados en la nota anterior, SOLAZZI, art. cit., en [RISG.50(1911) 229 ss. =] *Scritti* I p.278 n.2. No suscribimos, en cambio, la crítica de SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 45, contra [*ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit*]: que el esclavo haya actuado para el peculio o para el dueño es, en sí mismo, irrelevante; lo único relevante es que el dueño haya mandado comprar específicamente ese concreto esclavo. Nótese, sin embargo, el contraste con la distinción *peculiari nomine - patre mandante* de Ulp.55 *ad ed.*-D.40,12,16,3 (n°4).

cuestión, sin embargo, no es segura. Más claro parece, en todo caso, el carácter interpolado de [*quia tunc - nocere debet*]⁹⁴.

§69 Tras este breve análisis de los textos, estamos en condiciones de plantear de nuevo nuestra cuestión inicial: ¿por qué *mandatu domini, patre mandante*, en lugar de *iussu domini, patre iubente*? ¿Supone esto que para Africano, Ulpiano y Paulo daba igual mandato que *iussum*, que para ellos no había grandes diferencias entre ambos?

Es evidente, en primer lugar, que no cabe hablar aquí de confusión entre el *iussum* y el contrato de mandato, porque éste último es inconcebible entre el *paterfamilias* y sus sometidos. Tampoco se trata propiamente de un *iussum* técnico, porque no se menciona para hacer al *paterfamilias* responsable *quod iussu* frente a la *a. venditi* del tercero vendedor que negoció con el sometido, sino únicamente para decidir si es su conocimiento de determinadas circunstancias del objeto o el del sometido el relevante: en principio, el conocimiento relevante es el del sometido que compra, no el del *paterfamilias*⁹⁵; pero el de éste será relevante⁹⁶ si fue su voluntad la que determinó la elección del objeto, es decir, si el sometido concluyó la compra de ese determinado objeto *mandatu eius*; y, en tal caso, ya no es seguro que el conocimiento del sometido *noceat*⁹⁷. Resulta claro, entonces, que las expresiones *patre mandante, mandatu domini* se refieren aquí, no al *iussum ad extra* del *paterfamilias*, sino a su simple *voluntas*, a la orden interna al sometido de comprar un bien específico.

En conclusión, estos textos no suponen confusión ni acercamiento entre las figuras del *mandatum* y el *iussum*, porque los giros *patre mandante, mandatu*

⁹⁴ Vid., extensamente, sobre "tunc", "illud", "negotium gestum", "ex bona fide", SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 49 s. Especialmente sospechoso es el uso de *delictum* en el sentido de dolo o malicia: vid., además de SCHULZ, l.c., especialmente, ALBERTARIO, *Due osservazioni sul fr. de formula Fabiana*, en [AUPE.32(1920) 215 ss. =] *Studi di Diritto romano V* (Milano 1937) 36; *Delictum e crimen nel diritto romano classico e nella legislazione giustiniana* (Milano 1923) p.39; *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art.1097 del codice civile*, en RDCom.21 1(1923) 500 n.3. Cfr. también LENEL, art. cit., en SZ.51(1931) 42; BESELER, art. cit., en SZ.66(1948) 356.

⁹⁵ n°5: *magis est, ut scientia inspicienda sit eius qui comparavit, non eius, cui adquiretur*, n°6: *scientiam servi, non domini, expectandam esse*.

⁹⁶ n°6: *sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem vitiosum esse sciret, non tenetur venditor*.

⁹⁷ n°4: *ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat: et puto adhuc nocere quemadmodum procuratoris nocet, n°5: sic tamen, si non mandatu domini emit: nam si mandatu, etiamsi scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet: et ita Iulianus in re litigiosa scribit*.

domini que en ellos aparecen no se refieren ni al contrato de mandato ni al *iussum* en sentido técnico.

§70 Lo mismo puede decirse de nuestro siguiente texto:

7) Afr.7 *quest.*

D.41,4,11

Quod vulgo traditum est eum, qui existimat se quid emisset nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat: nam si forte servus [vel procurator], cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.

Escribe Africano: lo que se dice corrientemente de que no puede usucapir "como comprador" quien piensa que ha comprado algo pero no lo ha comprado⁹⁸, dice (Juliano⁹⁹) que es cierto en el sentido de que¹⁰⁰ el comprador no tenga justificación de su error; pues si¹⁰¹ acaso el esclavo¹⁰² al que (el interesado¹⁰³) había mandado que comprase una cosa, le hubiera convencido de que la había

⁹⁸ [*Nec emerit*] ha sido criticado, como superfluo, por BESELER, art. cit., en SZ.45(1925) 228, pero, en todo caso, facilita, sin alterarlo, la comprensión del sentido del texto; tampoco la diferencia de tiempos *existimat-emerit* nos parece decisiva. Cfr., por su claridad, KALINKA, *Digestenkritik und Philologie*, en SZ.47(1927) 344.

⁹⁹ Cfr. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio* (Graz-Köln 1962) p.33 ss., y HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht* (Wien-München 1964) p.57. Este no es el único texto en que Juliano somete a crítica "*vulgo dicta*". vid., en relación con la regla *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, Iul.44 dig.-D.41,3,33 y D.41,5,2,1; cfr. también Afr.4 *quest.*-D.28,2,14,1.

¹⁰⁰ Contra [*hactenus*] vid., además de *Index Itp. ad leg.*, LENEL, art. cit., en SZ.51(1931) 30; PFLÖGER, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht* (München-Leipzig 1937) p.48. La palabra, sin embargo, es clásica (cfr. Cic. *de divinat.* 1,13 i.f.); vid. SECKEL-LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, en SZ.47(1927) 220 n.4.; KALINKA, art. cit., en SZ.47(1927) 344; MAYER-MALY, *Putativtitel* p.40 y n.50.

¹⁰¹ Como resulta patente en la traducción, no se echa de menos un *quod si*, adversativo, en lugar de *nam si*, como quiere DONATUTI, *Iustus error e iusta causa erroris nelle fonti romane*, en [AG.86(1921)223 ss. =] *Studi di Diritto romano I* (Milano 1976) p.98.

¹⁰² La referencia al *procurator* debe de ser espuria; cfr. ALIBRANDI, *Opere giuridiche e storiche I* (Roma 1896) p.313; BESELER, art. cit., en SZ.45(1925) 228; SIBER, *RR.* p.88 n.20; HAUSMANINGER, *Bona fides* p.57. De haberse celebrado realmente la compra, el título *pro emptore* correspondería claramente al dueño cuando hubiera comprado su esclavo, pero no si compró su procurador, porque entonces el *dominus negotii* recibiría de éste *pro soluto*. Por eso, no creemos que Juliano hubiera equiparado sin más, para el supuesto de que la compra no se haya realizado, a procurador y esclavo: vid., sin embargo, MAYER-MALY, *Putativtitel* p.42 s.

¹⁰³ La falta de sujeto en esta frase fue ya señalada por LENEL, art. cit., en SZ.51(1931) 30 n.3.

comprado y se la hubiera entregado, es más probable que se produzca la usucapión¹⁰⁴.

De este controvertido texto, que se encuentra en el centro de la polémica sobre el llamado "título putativo" para la usucapión¹⁰⁵, nos interesa sólo la frase *cui emendam rem mandasset*¹⁰⁶. Es claro, de nuevo, que no puede hablarse aquí

¹⁰⁴ La reconstrucción de BRSELER, art. cit., en SZ.45(1925) 228, no es atendible: cfr. LENEL, art. cit., en SZ.51(1931) 30 n.3. Tampoco lo son sus críticas al uso de *emptor* (por no existir compra) y de *existimat se quid emisset* (porque quien compra no es el *dominus*, sino el esclavo o procurador): cfr. KALINKA, art. cit., en SZ.47(1927) 344.

¹⁰⁵ Vid. MAYER-MALY, *Putativtitel*. En el texto, se recoge una opinión que permite la *usucapio pro emptore* de alguien que, dado que no ha habido compra, carece completamente de justa causa, sustituida por una generalísima *iusta causa erroris*. El requisito de la justa causa es, en definitiva, dispensado en atención a la buena fe, aunque se exige que ésta sea "justificable". Resulta tentador atribuir semejante opinión a Justiniano o a los posclásicos [cfr. *Index Itp. ad leg.*; LENEL, art. cit., en SZ.51(1931) 30 n.3; vid. también PFLOGER, *Erwerbe* p.48, para quien sólo Marcelo admitió el "título putativo", y sólo para el caso de "*qui a furioso ignorans eum furere amittit*"], de no ser porque consta que uno y otros eran acérrimos adversarios del llamado "título putativo". La admisión del mismo, relativamente temprana para algunos supuestos, desencadenó un proceso de desintegración de la estructura de la *usucapio*, de modo que en Pomponio y Gayo la buena fe parece ser ya prácticamente el único requisito. La reacción contra este proceso comienza en la última etapa clásica (cfr. Pap.23 *quest.*-D.41,8,3; Ulp.31 *ad Sab.*-D.41,3,27; Ulp.6 *disput.*-D.41,8,1 y D.41,9,1; Paul.2 *manul.*-D.41,3,48; Paul.54 *ad ed.*-D.41,4,2, D.41,6,1 y D.41,8,2), y se hace más intensa en la postclásica (cfr. C.3,32,24, C.7,27,3, C.7,29,4, C.7,33,4 y 5, todas de Diocleciano). En cuanto a Justiniano, en las Instituciones se aparta llamativamente de las de Gayo, con una cuidadosa referencia a la exigencia de justa causa para la usucapión, que Gayo había evitado y, sobre todo, con la inclusión de un párrafo tajante al respecto: I.2,6,11: *Error autem falsae causae usucapionem non parit. Veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat: vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat*. El único resto que Justiniano toleró del título putativo son los textos del Digesto que lo admiten, lo cual debe obedecer a la actitud "clasicista" de los compiladores. El mérito de haber reconstruido la evolución del problema corresponde a BONFANTE, *La "iusta causa" dell'usucapione e il suo rapporto colla "bona fides"*, en *Scritti Giuridici Varii II* (Torino 1926) p.522 ss. En particular sobre la actitud de posclásicos y justinianeos, vid. MAYER-MALY, *Putativtitel II y III*. La conjetura de que éstos hayan modificado nuestro texto no es, en conclusión, sostenible. Hay que admitir, por tanto, que su contenido es genuino; frente a VOGLI, *Acquisito* 206 s., no consideramos obstáculo para ello el tenor de Iul.3 *ad Urs. Fer.*-D.41,7,6: *Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse*. La cuestión del "título putativo" no fue tratada unitariamente por los clásicos, sino que se respondía según el caso. Que Juliano manifieste aquí una opinión contraria no debe sorprender, porque *derelictio* y compra son supuestos que merecen un tratamiento distinto: vid. MAYER-MALY, *Putativtitel* p.37 s.

¹⁰⁶ Esta frase ha sido criticada (cfr. *Index Itp. ad leg.*). Algun autor -HAUSMANINGER, *Bona fides* p.57- la suprime junto con [vel *procurator*] (*supra* n.102), entendiendo que, en el texto, la frase se refiere sólo al procurador. Sin embargo, su eliminación perjudica la inteligibilidad del pasaje: al desaparecer, con ella, la referencia a la *res*, *emisse* queda sin objeto próximo. Por eso, creemos más probable que sea (a pesar de la falta de sujeto: *supra* n.103) auténtica.

de confusión o acercamiento entre el *iussum* técnico y el contrato de mandato: con *mandare*, Africano se refiere a la simple orden interna al esclavo, no al contrato (imposible entre *dominus* y *servus*), ni tampoco al *iussum* técnico, *ad extra*, con el que el *dominus* se hace responsable frente al vendedor, que aquí obviamente no interesa, pues ni siquiera ha habido venta.

8) Ulp.57 *ad ed.*

D.47,10,11,4-5

Proculus recte ait, si in hoc te conduxerim, ut iniuriam facias, cum utroque nostrum agi posse, quia mea opera facta sit iniuria: (5) Idemque ait et si filio meo mandavero, ut tibi iniuriam faciat.

Próculo dice (§5): si yo mando a un hijo mío que te injurie ocurre lo mismo que si arriendo servicios¹⁰⁷ para injuriar, a saber (§4), que la acción de injurias puede ejercitarse contra ambos, pues la injuria se infirió con mi intervención¹⁰⁸.

Aunque para designar la orden delictiva del *paterfamilias*, que aquí aparece como *mandare*, se usa, en otros textos, *iubere*¹⁰⁹, no cabe hablar de acercamiento entre *iussum* y contrato de mandato: el contrato es imposible (por la relación paterno-filial y por lo ilícito del encargo), y tampoco hay *iussum* técnico, pues es claro que el padre no se dirige al tercero para asumir frente a él la responsabilidad del delito, sino al hijo para que lo cometa.

9) Paul.1 *decr.*

D.14,5,8

¹⁰⁷ El arrendamiento es de servicios (*locatio conductio operarum*), no de obra, porque *ego*, que obviamente es quien paga la merced, aparece en el texto como *conductor* (*conduxerim*): su co-contratante, es, por tanto, un mercenario, que "coloca" su "trabajo". En todo caso, el contrato es nulo por la ilicitud de lo contratado.

¹⁰⁸ La respuesta de Próculo al supuesto de arrendamiento de servicios es natural: si comete el delito no sólo el que ejecuta la conducta injurianta sino también el que provoca que otro lo haga (Ulp.56 *ad ed.*-D.47,10,5,9; Ulp.57 *ad ed.*-D.47,10,11pr (=1.4,4,11); Ulp.57 *ad ed.*-D.47,10,15,8), parece claro que la víctima puede dirigir la acción de injurias contra ambos, cumulativamente. Aplicada al caso del hijo, esta doctrina significa que el *paterfamilias* responde como ofensor, frente a la *a. iniuriarum*, y como *pater* del ofensor, frente a la acción noxal. Esta acción noxal no es la *a. noxalis* general (civil), sino una acción creada por el Pretor especialmente para el delito de injurias; en ella, la *noxae deditio* se sustituye por la entrega del sometido para ser azotado conforme al arbitrio del juez: *arbitratu iudicis verberandum exhibere* (cfr. Gai.4,76; Ulp.57 *ad ed.*-D.47,10,17,4-6; Ulp.47 *ad Sab.*-D.2,9,5; por todos, KASER, *RPR*.¹² p.163 n.6, p.632 y n.22). Es dudoso, sin embargo, que se pudiera aplicar al *filius*, como al *servus*, la pena de azotes: vid. RODRIGUEZ-ENNES, *Sobre los orígenes de la prohibición legislativa de la "verberatio civis"*, en *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero II* (Madrid 1992) p.483 ss.

¹⁰⁹ Alf.2 *dig.*-D.44,7,20, Ulp.18 *ad ed.*-D.9,4,2,1 y Paul.22 *ad ed.*-D.9,4,17pr.: *infra* §73 n.138.

Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. cum autem et alia quaedam gessisset et horrea conduxisset et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non <...>¹¹⁰ pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec [videtur] <videri>¹¹¹ hoc dominum mandasse. sed quia videbatur in omnibus cum suo nomine substituisse, sententiam conservabit imperator.

El caso del que parte el texto es el siguiente: Ticiano Primo había prepuesto a un esclavo para entregar dinero en mutuo¹¹² y recibir prendas en garantía; este esclavo solía también asumir y pagar las deudas de los compradores frente a los comerciantes de grano. Aunque la frase *delegatus fuerat dare pretium hordei* parece referirse a una delegación de dar, sabemos que el *praepositus* asumía las deudas de los compradores (delegantes), por lo que hay que pensar que actuaba como *delegatus ad promittendum*: de lo contrario, el vendedor delegatario del caso no podría pretender reclamar contra el *dominus* del esclavo delegado. *Delegatus fuerat dare* significa aquí, por tanto, que el esclavo quedaba obligado, como delegado, a pagar el precio del grano¹¹³. Parece razonable suponer que no se dejaba delegar con ánimo liberal, sino sobre la base de un convenio de *credere*, de modo que los compradores delegantes quedaban obligados por la *condictio*: el supuesto es, a nuestro juicio, el mismo que el segundo de Pap.3 *resp.*-D.14,3,19,3¹¹⁴. La operación se producía seguramente contra la garantía del grano, que el esclavo retendría en prenda¹¹⁵ y con estipulación añadida de intereses, en los que consistía su ganancia¹¹⁶. La idea de

¹¹⁰ La frase *non pro aliis suscipit debitum* es absurda tal como aparece en el texto. La conjetura más convincente para explicarla es la de KUNKEL, *Die Funktion des Konsiliums in der magistratischen Straffjustiz und im Kaisergericht* II, en SZ.85(1968) 305 y n.114, que supone la caída de una línea antes de *non*: <enim proprium negotium gerere eum, qui> ...

¹¹¹ *Videtur* es incorrecto, porque la frase está coordinada *-nec-* a *non solere*, y ambas dependen de *dicebamus*, otras razones: KUNKEL, art. cit., en SZ.85(1968) 305 y n.115.

¹¹² Aunque Paulo no dice *mutuis pecuniis foenerandis*, no cabe duda, puesto que hay *praepositio* y, por tanto, actividad "mercantil", de que se trataba de préstamo con interés.

¹¹³ Vid. *supra* §23 n.298.

¹¹⁴ Vid. *supra* §18, texto n°48.

¹¹⁵ Así se explica que el esclavo también arrendase graneros: los necesitaba para guardar el grano que retenía en prenda.

¹¹⁶ VALIÑO, *Las relaciones básicas de las acciones adjecticias*, en AHDE.38(1968) 425, y CLAUS, *Stellvertretung* p.280 s., suponen que el esclavo se dedicaba a la venta del grano que recibía de los proveedores en virtud de un complejo negocio, constituido por depósito (en los graneros que el esclavo había tomado en arrendamiento), mandato de venta, y garantía sobre el precio. Semejante idea carece completamente de apoyo en el texto: Paulo no dice en ningún

Mitteis, de que quizá era mediante un *receptum argentarii* que el esclavo asumía las deudas de los compradores¹¹⁷, es una hipótesis posible¹¹⁸, pero indemostrable: el texto se explica igualmente pensando en una delegación de prometer.

El esclavo huye¹¹⁹. Aquel a quien había sido delegado para pagar el precio del grano -es decir, el vendedor- demanda al dueño. Éste niega que se le pueda reclamar por causa del *institor*, porque no lo había prepuesto para tal negocio. Partiendo de la idea de que el esclavo había sido delegado como mutuante, parecería natural dar la razón al vendedor: el esclavo no excedió el ámbito de la *praepositio* al dejarse delegar, porque esto no es sino otra forma de conceder

momento que el esclavo se dedique a vender el grano. Que el esclavo arriende graneros se explica perfectamente teniendo en cuenta que realiza siempre su actividad contra garantía pignoraticia, y la prenda natural de los compradores de grano es el grano mismo (*supra* n.115). Tampoco es necesario conjeturar un esclavo vendedor para explicar la jurisdicción del *praefectus annonae*, pues el esclavo ha asumido las deudas de los compradores de grano frente a los proveedores. En fin, la interpretación de Claus y Valiño deja sin explicar la mención de la *delegatio*.

¹¹⁷ MITTEIS, art. cit., en SZ.19(1898) 248; vid. también, PARTSCH, *Der ediktale Garantievertrag durch receptum*, en SZ.29(1908) 413 n.7: donde se lee [*suscipere*], Paulo había escrito <*recipere*>. Según esta hipótesis, la actividad que el esclavo realizaba al margen de la *praepositio* consistía en la asunción por *receptum* de las deudas de los compradores de grano, que pagaría eventualmente como delegado de éstos. Que un esclavo actuase como banquero no era ninguna rareza; de hecho, la actividad para la que fue prepuesto nuestro esclavo, al frente de un establecimiento de empeños, puede considerarse bancaria, pues consiste en conceder crédito. Según esta hipótesis, los compradores se liberarían sólo cuando el esclavo pagase, no con el *receptum*, pues éste (como acto informal, no estipulatorio), no produce efecto novatorio y no libera al deudor original; el hecho de que Justiniano lo sustituya generalmente por el *constitutum debiti alieni* pone de manifiesto su carácter de garantía; que el deudor original sigue obligado es subrayado en Gai.5 *ad ed. prov.*-D.13,5,28 y Ulp.(Pap.) 14 *ad ed.*-D.17,1,28, que, según LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, en SZ.2(1881) 64 s., se referían originalmente al *receptum*. No habiendo estipulación, no es incorrecto decir que el esclavo había sido delegado para dar, al contrario, resulta muy correcto, porque la delegación no puede, en realidad, consistir en el *receptum*: con éste, el vendedor de grano no recibe prestación alguna del comprador, sino una simple garantía; por eso, el esclavo no actúa propiamente como delegado al asumir la deuda, sino al pagarla. La delegación descrita en el texto sería, así pues, de pago -HAEBERLIN, p.104 n.16-, si bien combinada con una previa asunción de la deuda por el delegado, como garante. En consecuencia, antes de haber pagado la deuda, el esclavo delegado no dispondría de la *condictio* contra el comprador delegante.

¹¹⁸ Sabemos que los compiladores eliminaron sistemáticamente las referencias al *receptum argentarii*: cfr. BEKKER, "*Recipere*" und "*permutare*" bei Cicero, en SZ.3(1882) 1 s.; KASER, RPR.² p.585 n.20.

¹¹⁹ MITTEIS, art. cit., en SZ.19(1898) 200 n.1, conjetura tras esta fuga la defraudación del esclavo, lo cual es probable. VALIÑO, art. cit., en AHDE.38(1968) 425, y CLAUS, *Stellvertretung* p.280, en cambio, muestran una seguridad injustificada, al concretar tal defraudación (para ellos indudable), en la apropiación con la huida del precio obtenido por la venta del grano: sobre esta hipótesis del esclavo como vendedor del grano, vid. *supra* n.116.

crédito a los compradores de grano: en lugar de prestarles dinero para pagar a los proveedores, asume directamente sus deudas. Sin embargo, no es lo mismo nombrar a alguien para prestar dinero que para conceder de cualquier modo crédito: mientras se limita a prestar dinero, el esclavo encuentra un límite natural en la liquidez disponible; no hay límite, en cambio, para las deudas que puede llegar a asumir. Por eso, este tipo de negocio no parece incluido en la *praepositio mutuis pecuniis dandis*. Así, se entiende que, cuando el *praefectus annonae*¹²⁰ sentencia contra el dueño, debe recurrir a otra fundamentación que la estricta *praepositio*: se basa en que el esclavo había realizado muchos otros negocios, como arrendar graneros y pagar deudas¹²¹, negocios que, siendo públicos, el dueño no pudo ignorar y, por tanto, consintió¹²². Se entienden también así las reticencias de Paulo para aceptar esta sentencia, porque, tal como él dice, *nec videtur hoc dominum mandasse*¹²³.

Este *mandare* no designa ya una orden puramente interna del dueño al esclavo, sino, por el contrario, una orden *ad extra*, por lo que puede parecer más anómalo que se utilice este verbo en lugar de *iubere*. Sin embargo, se trata de una orden que da contenido a la *praepositio* del esclavo y, por eso, no sería adecuada la referencia al *iussum*, que haría pensar en la *a. quod iussu*. El verbo *mandare* no usurpa, en consecuencia, tampoco en este texto, el lugar de *iubere*.

§71 En un largo pasaje de Ulpiano 8 *ad Sabinum*, en el que se hace referencia a la adición de herencia por un sometido, se utilizan indistintamente para designar la orden del dueño los términos *iussum-iussu-iubere* y *mandare*. Reproducimos sólo los números donde éstos aparecen.

10) Ulp. 8 *ad Sab.*
D. 29, 2, 25

¹²⁰ Sobre la jurisdicción *extra ordinem* del *praefectus annonae*, vid. PAVIS D'ESCURAC, *La préfecture de l'annone service administratif impérial d'Auguste à Constantin* (Roma 1976) 270 ss., y la recensión de CERAMI, en *IVRA* 28(1977) 223 s.

¹²¹ Graneros, los que utilizaba para guardar el grano que recibía en prenda de los compradores (*supra* n. 115); deudas, las de éstos, que había asumido frente a los vendedores como *delegatus*.

¹²² El *praefectus* equipara así el ejercicio público de una actividad a la *praepositio*, entendiendo que también para el primero existe consentimiento (aunque tácito) del dueño que no lo impide. Este parecer fue aprobado por el Emperador. Cfr., ampliamente, CLAUS, *Stellvertretung* p. 281; confuso, HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, en *Index* 9(1980) 208.

¹²³ Sin embargo, para el caso semejante de Pap. 3 *resp.*-D. 14, 3, 19, 3 (*supra* §18, n°48), Papiniano no muestra tales reticencias. Para una comparación de ambos textos, vid. JUST, *Ansätze zur Anscheinvollmacht im römischen Recht*. D. 14, 3, 19, 3; 14, 5, 8: *Ein Beispiel spätclassischer Rechtspraxis*, en *Festschrift für K. H. Neumayer* (Baden-Baden 1985) p. 355 ss.

(pr.) Si quis mihi bona fide serviat servus alienus, iussu meo hereditatem adeundo nihil promovebit nec adquiret mihi, nec fructuarius quidem servus. (2) Si fisci servus sit, iussu procuratoris Caesaris adibit hereditatem, ut est saepe rescriptum. (4) Iussum eius qui in potestate habet non est simile tutoris auctoritati, quae interponitur perfecto negotio, sed praecedere debet, ut Gaius Cassius libro secundo iuris civilis scribit: et putat vel per internuntium fieri posse vel per epistulam. (5) Sed utrum generaliter "quaecumque tibi hereditas fuerit delata" an specialiter? et magis placet, ut Gaius Cassius scribit, specialiter debere mandare. (6) An nominatim de vivi hereditate mandari possit, quaeritur: sed ego non puto recipiendum, ut de vivi hereditate mandetur. plane si rumor fuit Lucium Titium decessisse, poterit ei mandare, ut, si scripsit eam, adeat: aut si clusae adhuc tabulae sunt et sit incertum, an filius scriptus sit heres. (7) Sed quid si mandavit, ut hereditatem colligat, an videtur mandasse, ut adeat? quid si ut petat bonorum possessionem? aut ut rem hereditariam distrahat? aut quid si petitam bonorum possessionem ratam habuit, mox filius adeat hereditatem? vel quid si pro herede gerere mandavit, filius [adiit] <cernat> hereditatem? an iussu videatur adisse, dubitari potest. [immo verius est ex his omnibus aditionem esse introducendam]¹²⁴. (8) Pater filio ita scripsit: scio, fili, quod pro tua prudentia invigilabis hereditati delatae tibi Lucii Titii. puto iussu patris adisse. (9) Quid si mandavit: "si expedit adire, adito"? "si putas expedire adire, adito"? erit iussu aditum. (10) Si coram Titio iussit adire, si arbitrio Lucii Titii, recte puto iussisse. (11) Sed si mandavit quasi ex aere instituto et invenitur ex parte, non puto ex iussu adisse. quod si ex parte iussit, potest ex aere adire. aliter atque si mandavit quasi ab intestato et ex testamento adiit: nam non puto quicquam egisse. at si ex testamento mandavit, poterit et ab intestato, quoniam non fecit deteriorem condicionem patris. idemque et si quasi instituto praecipit et invenitur substitutus, vel contra. (12) Sed si mandavit, ut patris adiret, sit autem et impuberi substitutus, non sufficit iussum. (13) Plane si sic mandavit "si qua ex testamento Lucii Titii deferatur hereditas" potest defendi iussu adisse. (14) Sed si postquam iussit, paenitentiam egit prius quam adiret, nihil agit adeundo.

Alguna parte de este pasaje ha sido criticada como interpolación, pero las críticas no se dirigen directamente contra el uso de *mandare* y, aunque todas fueran pertinentes, la palabra subsistiría en casi todos los números¹²⁵.

¹²⁴ Vid. *infra* n. 125.

¹²⁵ Nos limitamos a los §§ en que aparece *mandare*: §5: ALBERTARIO, art. cit., en [SUPA.6(1921) 87 ss. =] *Studi* III p.517 n.1 (518), lo ha considerado completamente falso, basándose en que, para los clásicos, el mandato era siempre especial, de modo que no había lugar para la disyuntiva *specialiter-generaliter*: la necesidad de especificar cuándo un mandato es especial es propia de los compiladores, que conciben la procura como un mandato general. Albertario olvida: a) que no se trata aquí del contrato de mandato sino de una orden al hijo o esclavo, y b) que la disyuntiva se plantea entre dos "mandatos" especiales, aunque con diverso grado de concreción, de modo que no vale el argumento de la procura. El principio *specialiter debere mandare* es auténtico porque, de lo contrario, los problemas que se plantean en los §§ 11, 12 y 13 de nuestro pasaje y también en Paul.3 *sent.*-D.29,2,93pr. no tendrían sentido. No

Fuera de este pasaje, Ulpiano utiliza exclusivamente *iussum-iubere*. Y, aparte de él, sólo Paulo utiliza *mandare*, y una sola vez, en el siguiente texto:

11) Paul.3 sent.

D.29,2,93

(pr.) Pater quotiens filio mandat adire, certus esse debet, an pro parte an ex asse, et an ex institutione an ex substitutione, et an testamento an ab intestato filius suus heres existat. (1) Mutus pater vel dominus filio vel servo heredibus institutis magis est, ut, si intellectu non careat, nutu iubere possit adire hereditatem, ut ei iure eius commodum quæri possit: quod facile explicari possit scientia litterarum. (2) Mutus servus iussu domini pro herede gerendo obligat dominum hereditati.

A nuestro juicio, el uso indistinto de *mandare* y *iubere* que se manifiesta en estos textos para la orden de adir, no puede considerarse indicio de una aproximación entre la noción técnica de *iussum* y el contrato de mandato. Con un contrato de mandato no tiene esta orden, obviamente, nada que ver; tampoco es propiamente, como ya hemos comprobado (*supra* §56), un *iussum* técnico, pues si bien conlleva la asunción de la responsabilidad por las deudas hereditarias, no aparece en las fuentes como dirigida *ad extra*, a los acreedores de la herencia, sino como una simple "orden" o "invitación" interna, dirigida al sometido. Por eso el verbo *mandare*, en el sentido de simple orden o encargo (el único aquí posible), puede concurrir con *iubere-iussum*. Es claro que esta concurrencia no significa identificación del *iussum* con el *mandatum*, ni acercamiento entre ellos.

parece que estos problemas puedan ser invención de los compiladores, cuando Ulpiano y Paulo dan soluciones contrarias. Contra Albertario, SOLAZZI, *Diritto Ereditario Romano* (Napoli 1933) p.84 n.7. Aceptan, sin más, el texto como auténtico: FADDA, *Diritto Ereditario* II pp.88, 102; BIONDI, *Diritto Ereditario Romano. Parte Generale* (Milano 1954) p.291; VOCI, *Diritto Ereditario Romano* I² (Milano 1967) p.639 n.71. — §6: falso según VASSALLI, *Miscelanea critica di Diritto Romano* I, en *AUFE.*11(1913) 32; de acuerdo, KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, en *SZ.*60(1940) 126 n.1. — §7: *adiit* está interpolado, por *cernat*. No tiene sentido contraponer la adición al *pro herede gerere*, cuando éste es precisamente el modo normal de adir. Si, como muchos afirman, el sometido sólo podía adir mediante *cretio*, entonces la frase completa carecería de sentido: vid. P. KRÜGER, *Beiträge zur Codex Theodosianus*, en *SZ.*37(1916) 91 y n.1; contra, SOLAZZI, *DER.* p.45 ss. Algunos extienden la crítica, sin razón, a los dos *adest* y a *adisse*. El final parece añadido. Sospecha sobre el texto completo H. KRÜGER, art. cit., en *SZ.*64(1944) 401. Vid., para todo ello, *Index It. ad leg.* — §11: contradice a Paul.3 sent.-D.29,2,93pr. DONATUTI, *Mandato incerto*, en *BIDR.*33(1923) 196, elimina [*quod si-aliter*], [*nam*], [*at si-patris*]; de la misma opinión, SOLAZZI, *DER.* p.84 n.7, p.110 n.3, p.111 y n.1. BESELER, art. cit., en *SZ.*66(1948) 389, censura tan sólo [*vel contra*]. Consideran auténtico el texto, como manifestación de la distinta opinión de Ulpiano: FADDA, *Diritto Ereditario* II 136 s.; VOCI, *DER.* I² p.639 y n.73. — §13: SOLAZZI, *DER.* p.111 s., lo considera falso, por contradecir de nuevo el mencionado texto de Paulo. Contra la acepción de *defendere* que aparece en el texto, vid. GUARNERI CITATI, *Indice delle parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani* (Milano 1927) p.97, s.h.v. — Ninguna crítica pesa, en fin, sobre los §§ 9 y 12.

Quizá hayan sido Ulpiano y Paulo los primeros en adoptar esta doble terminología. Resulta, en todo caso, revelador el modo en que lo hacen: en primer lugar, no utilizan el sustantivo *mandatum*; por otro lado, la fluctuación no se produce, dentro de un mismo fragmento, entre *mandare* y *iubere*¹²⁶, sino entre el verbo *mandare* (para designar la acción) y el sustantivo *iussum-iussu* (para designar el resultado); así, Ulpiano comienza, en los §§ 7, 9, 11, 12 y 13, explicando el supuesto, y emplea para ello el verbo *mandare*; a continuación, se plantea si *iussu videatur adisse*¹²⁷, si *erit iussu aditum*¹²⁸ o si *sufficit iussum*¹²⁹. Para designar el concepto, Paulo y Ulpiano se aferran, por tanto, al sustantivo *iussum*, aun en los textos en que *mandare* describe la acción.

§72 Un uso indistinto de *mandare* y *iubere* se produce también en relación a algunas disposiciones de última voluntad. Así, *mandare* es lo habitual cuando el testador encarga a alguien la tutela de un impúber¹³⁰, pero en un texto encontramos para este caso también *iubere*¹³¹. *Mandare* aparece con especial frecuencia en relación a los fideicomisos¹³²: de hecho, es una de las

¹²⁶ Excepto en §11, donde, sin embargo, la frase en la que aparece *iubere* es sospechosa de interpolación: vid. *supra* n.125.

¹²⁷ §7: *an iussu videatur adisse dubitari potest*, §11: *non puto ex iussu adisse*, §13: *potest defendi iussu adisse*.

¹²⁸ §9.

¹²⁹ §12.

¹³⁰ Pap.4 resp.-D.26,2,26cx.-1: *Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur, nec, si provinciae praeses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor eius sententiam, quam leges nostrae non admittunt, recte sequetur. (1) Honoris causa tutor datus non videtur, quem pater a ceteris tutoribus, quibus negotia gerenda mandavit, ratiares accipere voluit. Pap.6 resp.-D.26,7,40: Impuberi filio centurio curatorem dedit, decreto praetoris non secuto si nihil curator datus administret, periculo contumaciae vel negligentiae non adstringetur: nam privilegium militum ad alienam iniuriam porrigi non oportet nec in aliis circa supremam voluntatem imperitiae venia datur quam in bonis militum, filii vero tutela iure patriae potestatis, non militiae praemio mandatur. También cuando se encarga que la tutela sea gestionada de un modo determinado, como en Ulp.35 ad ed.-D.26,7,5,8: *Papinianus libro quinto responsorum ita scribit: pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit et eo nomine tutores liberavit. ...**

¹³¹ Pap.7 resp.-D.35,1,77,3: *Pater exheredatae filiae tutores dedit et, quae, si mater eius, impubere filia constituta, vita decessisset, ad rem gerendam accedere iussit, cum uxori mandatum esset, ut moriens filiae communi decies restitueret. ...*

¹³² Scaev.4 resp.-D.36,1,64(62),1: *Alumno certam pecuniam legavit et eam recipi a Sempronio mandavit et certas usuras alumno praestari, donec ad vicesimum annum pervenerit. ... Pap.8 resp.-D.31,77,3: Surdo et muto, qui legatum accipit, ut cum morietur restituat, recte mandatur: nam et ignorantes adstringuntur fideicommissio, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur. Pap.9 resp.-D.36,2,26,2: *Pater annua tot ex fructu bonorum, quem uxori legavit, accessura filii patrimonio praeter exhibitionem, quam**

palabras expresamente admitidas para disponerlos¹³³. Esto es perfectamente natural, porque, de todas las disposiciones de última voluntad, es en el fideicomiso donde se encuentra más claramente la idea de un "encargo". Pero, como ya hemos mostrado, de quien dispone un fideicomiso también se dice que *iubet*¹³⁴. En fin, existe todo un amplio abanico de "encargos" que el testador puede incluir en su testamento, para los que cabe utilizar, más o menos indistintamente, *mandare* y *iubere*¹³⁵.

Como en los casos anteriores de concurrencia entre *mandare* y *iubere*, también en el ámbito de las disposiciones de última voluntad es claro que no se trata de un contrato de mandato, ni tampoco de un *iussum* técnico, sino de una simple "disposición" o "encargo" unilaterales: que para ésta se utilice unas veces *iubere* y otras *mandare* no permite, por tanto, extraer conclusión alguna respecto de la proximidad entre el contrato de mandato y el *iussum* técnico.

§73 Lo mismo puede decirse del uso indistinto de *iubere* y *mandare* en relación a los actos ilícitos: pues, en tal caso, ni es posible el contrato de mandato, cuyo objeto ha de ser siempre lícito¹³⁶, ni tampoco hay (*supra* §56) *iussum* técnico.

No cabe, por tanto, deducir un acercamiento entre el contrato de mandato y el *iussum* técnico del hecho de que *mandare* y *iubere* concurren respecto de órdenes como la de matar a un *cives*¹³⁷, o de cometer cualquier delito¹³⁸.

aeque matri mandavit, ad annum aetatis eius vicensimum quintum ab uxore praestari voluit. non plura, sed unum esse fideicommissum certis pensionibus divisum apparuit ... Mod.12 resp.-D.22,3,15: *Quidam quasi ex Seia susceptus a Gaio Seio, cum Gaius fratres haberet, hereditatem Gaii invasit et fratribus eiusdem quasi ex mandatu defuncti fideicommissa solvit, cautionem accepit. ...*

¹³³ PS.4,1,6: *Fideicommittere his verbis possumus: rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, iniungo. ...*

¹³⁴ Vid. *supra* §55 nn.263 y 265.

¹³⁵ Suele existir, de todos modos, un matiz de diferencia: así, el encargo a uno de entre los coherederos de la *legatorum divisio*, aparece como *mandare* en Pap.7 resp.-D.34,1,8; en cambio, cuando se dispone que uno de los coherederos se haga cargo de todas las deudas de la herencia o de todos los legados, se emplea *iubere*: vid. Gai.2 de *legat.*-D.30,69,2 y Mod.10 resp.-D.31,34,6, respectivamente.

¹³⁶ Gai.3,157: *Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, veluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias. Ulp.31 ad ed.-D.17,1,6,3: Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur. Paul.32 ad ed.-D.17,1,22,6: Qui aedem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum mandatum suscipiat, nihil mandati iudicio consequi potest, propter turpitudinem mandati. Vid. ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.106 ss.*

¹³⁷ Scaev.14 dig.-D.34,4,31,2: *Seia testamento suo legavit auri pondo quinque: Titius accusavit eam, quod patrem suum mandasset interficiendum. ...* PS.5,26,1: *Lege Julia de vi*

Tampoco cabe extraer tal conclusión de la concurrencia de *mandare* y *iubere* para la orden de hacer algo clandestina o violentamente en un fundo ajeno, en relación al interdicto *quod vi aut clam*¹³⁹, o de expulsar *armis* al poseedor de un fundo, en relación al *unde vi armata*¹⁴⁰: en ambos casos se trata de actos ilícitos, respecto de los que no hay *iussum* técnico ni contrato de mandato.

Esta concurrencia de *iubere* y *mandare* se constata también en relación al interdicto *unde vi*¹⁴¹. Es cierto que, al menos en teoría, no cabe descartar la

publica damnatur, qui aliqua potestate praeditus civem romanum antea ad populum, nunc ad imperatorem appellans necarit necarive iusserit, torserit, verberaverit, condemnaverit, inve publica vincula duci iusserit. Por lo demás, no cabe, como se ve, hablar aquí de uso indistinto: *iubere* se emplea para la orden de alguien provisto de potestad pública; *mandare*, para el "encargo" *inter privatos*.

¹³⁸ *Mandare-mandatum*: Ulp.57 *ad ed.*-D.47,10,11,3: *Si mandatu meo facta sit alicui iniuria, plerique aiunt tam me qui mandavi quam eum qui suscepit iniuriarum teneri.* Ulp.57 *ad ed.*-D.47,10,11,5: *Idemque ait et si filio meo mandavero, ut tibi iniuriam faciat.* — *Iubere-iussum*: Alf.2 *dig.*-D.44,7,20: *Servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere aut furtum alicui facere servum iussisset.* ... Ulp.18 *ad ed.*-D.9,4,2,1: ... *in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit. et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus?* ... Paul.22 *ad ed.*-D.9,4,17pr.: *Si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante servus deliquit, ... illud iniquum est eum, qui iussit servum facere, consequi aliquid a socio, cum ex suo delicto damnum patiatur.* Paul.22 *ad ed.*-D.9,4,19,2: ... *si servi tui iussu vel sciente et patiente eo damnum vicarius dederit, ...*

¹³⁹ Por lo demás, resulta inexacto hablar, en este caso, de uso indistinto: en los textos en que aparece tanto *iubere* como *mandare*, se aprecia siempre un matiz de diferencia entre ambos términos. Así, en Ulp.70 *ad ed.*-D.43,24,5,12, *iubere* y *mandare* se refieren a personas distintas: *Similiter quod iussu cuius factum erit, ob id non cum eo, sed cuius nomine iusserit, haec actio est. nam si procurator tutor curator duumvir municipii, quod eius nomine ageret, cuius negotium procuraret, fieri iusserit, ob id agendum erit cum eo, cuius nomine factum quid erit, non cum eo, qui ita iusserit. et si tibi mandavero, ut opus fieri iuberet et in ea re mihi parueris, mecum, inquit, non tecum erit actio. iussit se referre al intermediario (tu) que "dispone", por "encargo" de otro (ego), la ejecución de la obra. Paul.67 *ad ed.*-D.43,24,6: *Si ego tibi mandavero opus novum facere, tu alii, non potest videri meo iussu factum ...* Es claro que *meo iussu factum* tiene un significado distinto del simple *mandavero*, puesto que, a pesar de que se parte de ésto último, se niega lo primero: *non potest videri meo iussu factum*.*

¹⁴⁰ Ulp.69 *ad ed.*-D.43,16,3,10-11: *Cum procurator armatus venit, et ipse dominus armis deiecissee videtur, sive mandavit sive, ut Iulianus ait, ratum habuit. (11) Hoc et in familia dicendum est: nam cum familia sine me armata venit, ego non videor venisse, sed familia, nisi iussi vel ratum habui.* Tampoco parece que pueda hablarse aquí propiamente de uso indistinto: el uso de *mandare* en §10 y de *iubere* en §11 se explica porque, en §10, se trata del encargo a un procurator, en §11, de la orden a los sometidos (*familia*).

¹⁴¹ Ulp.69 *ad ed.*-D.43,16,1,12: *Deiecissee autem is videtur, qui mandavit vel iussit, ut aliquis deiceretur: parvi enim referre visum est, suis manibus quis deiciat an vero per alium: quare et si familia mea ex voluntate mea deiecerit, ego videor deiecissee.*

posibilidad de un contrato de mandato válido dirigido a la *delectio* por *vis cottidiana*, porque, en virtud de la cláusula *quod nec vi nec clam nec precario a te possideret*, ésta queda "impune" cuando la posesión del *delectus* era "viciosa"¹⁴²; parece lógico pensar que, en tales casos, la *delectio* no era considerada un acto ilícito. Aun así, no puede verse, a nuestro juicio, en el uso indistinto de *mandare* y *iubere* en relación a esta *delectio*, un síntoma de aproximación entre el contrato de mandato y el *iussum* técnico: porque, aunque aquél fuera posible, seguiría estando claro que el *iussum deiciendi* no es un *iussum* técnico. Por lo demás, el carácter penal del interdicto *unde vi* es indiscutible¹⁴³, y es claro que, cuando se refieren a la *delectio*, los clásicos piensan, preferentemente, en la *delectio* ilícita -que es la que permite ejercitar con éxito la *a. ex interdicto*-, respecto de la cual no cabe el contrato de mandato.

§74 Recapitulando: *mandare* y *iubere* concurren (aparte de los supuestos en que se ha querido ver una delegación, que consideraremos *infra* en §78 ss.), en relación a:

- a) Las órdenes o encargos del *paterfamilias* a los sometidos a potestad, particularmente, el *iussum* de *adir*.
- b) La orden o encargo de realizar un acto ilícito.
- c) Determinadas disposiciones *mortis causa*, consistentes en un encargo del testador: especialmente, el nombramiento de tutor, y el fideicomiso.

En ninguno de estos casos se refiere *mandare* al contrato de mandato, que es imposible (a) entre el titular de la potestad y sus sometidos, (b) en relación a un acto ilícito, y (c) en relación a una gestión que ha de emprenderse tras la muerte de quien "manda". Cuando aparece *iubere*, tampoco se trata, en ninguno de estos casos, de un *iussum* técnico (*ad extra*), sino de una simple "orden" interna. Por tanto, de la concurrencia de *iubere* y *mandare* para estos tres supuestos no cabe deducir un acercamiento entre los conceptos de *iussum* técnico y contrato de mandato, que no juegan, en tales supuestos, absolutamente ningún papel.

El uso indistinto de *iubere* y *mandare* obedece, simplemente, a que el verbo *mandare* ("encargar") es prácticamente sinónimo de *iubere-iussum* en su sentido ordinario, "ordenar". Naturalmente, no hay sinónimos perfectos, de significados absolutamente idénticos, y éstos no constituyen una excepción: el *iussum* es (tanto en su sentido técnico, como en el ordinario, que ahora nos interesa) una declaración de potestad, mientras que *mandare* significa

¹⁴² Vid., en detalle, NICOSIA, *Studi sulla "delectio"* I (Milano 1965) p.13 ss.

¹⁴³ Vid. KASER, *RPR.I*² p.399; más en detalle, KASER, *Restituere als Prozeßgegenstand* (München 1932) p.24 s.

propiamente confiar un encargo a alguien; pero, como sabemos¹⁴⁴, también de quien ordena o dispone se puede decir que *mandat*.

§75 La tesis de que los clásicos mantenían una neta distinción entre *iussum* y *mandatum* podría todavía ponerse en duda a la vista de la relación de ambas instituciones con la *ratihabitio*¹⁴⁵. En efecto, en las fuentes, la *ratihabitio* es equiparada tanto al mandato como al *iussum*. Así ocurre, en primer lugar, respecto a la *deiectio*. A los efectos del interdicto *unde vi armata*, Ulpiano observa que la ratificación de la *deiectio* ejecutada por la familia equivale al *iussum* previo: en ambos casos el *paterfamilias* responde como si hubiera expulsado él personalmente:

12) Ulp.69 *ad ed.*

D.43,16,3,11

Hoc et in familia dicendum est: nam cum familia sine me armata venit, ego non videor venisse, sed familia, nisi iussi vel ratum habui.¹⁴⁶

Poco antes¹⁴⁷, en su exposición del interdicto *unde vi*, el mismo Ulpiano explica la eficacia de la ratificación remitiéndose a Sabino y Casio, que la comparan al mandato: el *dominus* que ratifica la expulsión ejecutada por un *alius* se encuentra frente al interdicto *unde vi* en la misma situación que si el *altus* hubiera actuado por mandato suyo:

13) Ulp.69 *ad ed.*

¹⁴⁴ Cfr., por ejemplo, *supra* §65 n.46.

¹⁴⁵ Así, SOKOLOWSKI, *Garantienmandat* p.65.

¹⁴⁶ COSENTINI, *Ratihabitio mandato comparatur*, en *AUCA*.1(1947) 253, critica el texto como contrario al principio de responsabilidad del dueño por la *deiectio* de la familia. Pero Ulpiano no dice que el dueño no responda frente al interdicto, sino sólo que tal responsabilidad no es subsumible bajo la palabra "*deiecisti*" del Edicto: lo será, en cambio, bajo "*familia tua deiecit*". Esta interpretación se confirma si se lee todo el discurso de Ulpiano al que pertenece el texto: Ulp.69 *ad ed.*-D.43,16,1,11: *Ait praetor "deiecisti aut familia deiecit". merito familias mentio habita: nam cum "deiecisti" verbum refertur ad personam eius qui deiecit nec pertineat ad eum, cuius familia deiecit (nec enim ego videor deiecisse, si familia mea deiecerit), consoquens fuit addere "aut familia tua deiecit". §12: Deiecisse autem etiam is videtur, qui mandavit vel iussit, ut aliquis deiceretur: parvi enim referre visum est, suis manibus quis deiciat, an vero per alium: quare et si familia mea ex voluntate mea deiecerit, ego videor deiecisse. §15: Quod igitur additur "aut familia tua deiecit", merito scriptum est in eum casum, in quem familia mea vi deiecit. ceterum si iussit ipse deiecit, ...* La intención de Ulpiano no es, como se ve, reducir sólo al supuesto de *dominus iubens* la responsabilidad de éste por la *deiectio* de la familia, sino aclarar que el *iubens* responde no por la cláusula "*aut familia tua deiecit*" sino como habiendo expulsado él mismo.

¹⁴⁷ Como es natural, el comentario ulpiano al interdicto *unde vi* debía preceder inmediatamente al *unde vi armata*: cfr. LENEL, *Palingenesia* II col.814 ss. (*de vi cottidiana*) y col.818 ss. (*de vi armata*).

D.43,16,1,14

Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecissem interdictoque isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur [in maleficio] ratihabitionem mandato comparari.¹⁴⁸

El fenómeno se repite respecto a la *solutio*. Marciano y Pomponio equiparan el pago a un tercero ratificado por el acreedor al realizado *iussu creditoris*¹⁴⁹:

14) Marcian. *sing. ad hyp. form.*

D.46,3,49

Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. sed et si iussu eius alii solvatur, vel creditori eius, vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet. ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit. ...

15) Pomp. 21 *ad Sab.*

D.46,3,19

... si eum (sc. fugitivum meum) liberum existimans solveris ei, liberari te a me, sed si alii solvisses iussu eius vel is ratum habuisset, non liberari.

Pero en Ulpiano leemos que la ratificación permite que el deudor se libere como si hubiera pagado a un *verus procurator*, porque aquella es comparable al mandato:

16) Ulp. 30 *ad Sab.*

D.46,3,12,4

Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habent dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur.

Existen otros textos en los que el *dominus negotii* que ratifica es comparado con el que había mandado¹⁵⁰, pero no representan un verdadero problema, porque el verbo *mandare* designa, como sabemos (*supra* §65), la simple manifestación unilateral de voluntad de quien encarga una gestión, con independencia de que genere o no un contrato de mandato. En cambio, la

¹⁴⁸ Para la crítica, vid. *infra* n. 156.

¹⁴⁹ Vid. también Paul. 10 *ad Sab.* -D.3,6,2 y Ulp. 16 *ad ed.* -D.36,1,38(37)pr.

¹⁵⁰ Cels. 1 *dig.* -D.12,6,47; Ulp. 69 *ad ed.* -D.43,16,3,10; Ulp. 39 *ad ed.* -D.37,1,3,7; Ulp. 4 *reg.* -D.41,2,42,1; Paul. 2 *fideic.* -D.36,1,68(66),1; Paul. 1 *manual.* -D.29,2,48. — En Scaev. 22 *dig.* -D.32,41,11 no aparece el verbo *mandare*, sino el giro *mandatu mulieris*. Pero tampoco este texto representa un problema, porque ya sabemos (*supra* §66 a) que *non mandatu mulieris* significa exactamente lo mismo que *non mandante muliere*: con esta frase, Escévola no quiere decir que el padre natural constituyó la dote sin haber contratado con su hija un mandato en tal sentido, sino, simplemente, que lo hizo por propia iniciativa, sin que la hija (acreedora de un fideicomiso contra el padre) lo hubiera dispuesto así.

correspondencia entre el sustantivo *mandatum* y el contrato parece, en principio (*supra* §66), más estrecha.

El problema surge, por tanto, por el uso del sustantivo *mandatum* en la máxima *r(ati)habiti(o) m(ando) c(omparatur)*. Esta máxima se encuentra únicamente en los ya citados nº13 y nº16, y, como extracto del primero, en:

17) Ulp.69 *ad ed.*

D.50,17,152,2

[In maleficio] *ratihabitio mandato comparatur*.¹⁵¹

Las tres invocaciones de la máxima han sido objeto de crítica¹⁵², pero, a nuestro juicio, sin fundamento suficiente¹⁵³. Esto es así, desde luego, respecto del texto nº16¹⁵⁴. En cuanto al nº13, hay que admitir que resulta extraña la repetición

¹⁵¹ Para la crítica, vid. *infra* n.156.

¹⁵² Además de los autores cuyos argumentos examinaremos en nn.153-159, vid. también SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht* (Köln-Graz 1968) p.70, que no añade ninguno nuevo.

¹⁵³ ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.203 s., encuentra motivos de forma para la crítica: a) la palabra *ratihabitio* ha sido considerada en sí misma sospechosa; b) es extraño el uso de *comparare* en el sentido no de parangonar, sino de identificar o subsumir; c) la máxima es semejante a otras "formulette mnemoniche" cuyo carácter espurio es del dominio universal. Frente a Arangio-Ruiz, conviene advertir -cfr. CALONGE, *Ratihabitio mandato comparatur*, en: *Temis* 21(1967 = Homenaje al Prof. Sánchez del Río y Peguero) 255- que: a) la sospecha sobre la palabra *ratihabitio* no aparece suscrita sino por Beseler, que propone la crítica con su habitual despreocupación por apoyarla en argumentos justificativos. b) *Comparare* no significa en la máxima tanto identificar o subsumir cuanto acercarse o aproximarse (=conferre). c) Las "formulette" en que Arangio-Ruiz pretende apoyar el carácter espurio de ésta no pueden considerarse todas, ni mucho menos, interpoladas; el hecho de que la mayoría de las que cita aparezcan en Ulpiano parece la evidencia de una predilección por las mismas nada sorprendente en este jurista, y constituye por tanto más bien un argumento a favor de la clasicidad de la nuestra.

¹⁵⁴ BORTOLUCCI, *Ratihabitio mandato comparatur* (Modena 1916) p.8 ss., censura aquí la máxima por: a) Innecesaria: es obvio que la ratificación libera al deudor; no parece preciso, para justificarlo, equipararla al mandato. b) Excesiva, porque la existencia de un especial mandato de cobro no es un requisito imprescindible para que el pago libere. c) Por el tono de *regula generalis* con que se enuncia. También DONATUTI, *Studi sul procurator II. Verus et falsus procurator*, en [AUPE.33(1921) 687 =] *Studi di Diritto romano I* (Milano 1976) p.147, elimina la máxima, porque, en su opinión, de ella se deduciría que la ratificación sólo es innecesaria cuando el procurador actúa provisto de un mandato específico de cobro referido a la deuda concreta de que se trate. Es decir, subyace la idea de que, aparte del acreedor, sólo el procurador provisto de mandato específico puede cobrar válidamente: regla de ningún modo admisible como clásica (En efecto, para la eficacia liberatoria del pago basta, en derecho clásico, con la conformidad del acreedor, sin que sea necesario un mandato específico: así, el deudor se libera también cuando paga a un procurador general, al *adiectus solutionis causa*, al delegatario, ...). Para SANFILIPPO, *Corso di Diritto romano: Il mandato I* (Catania 1947) p.31 ss., la regla es

de la máxima, en tan breve lapso¹⁵⁵; además, la designación, en la segunda aparición de la misma, de la *delectio* como *malefictum* no parece clásica¹⁵⁶; sorprende que Ulpiano diga *sunt qui putent* para referir una opinión que luego resulta ser también *-hoc verum est-* la suya; y no menos que *rectius* no introduzca una alternativa a la solución precedente, sino tan sólo su reiteración enfática¹⁵⁷. Nuestra impresión es que el texto fue rehecho por los compiladores, para eliminar alguna opinión (*sunt qui putent*) que Ulpiano citaba y (*rectius*) desechara en favor de la equiparación de la ratificación al mandato. En cualquier caso, no hay motivos para extirpar completamente del texto la máxima en sí¹⁵⁸,

incongruente, porque se refiere a la relación interna acreedor-procurador, cuando la cuestión a resolver afecta sólo a la relación externa deudor-acreedor. A nuestro parecer, ninguno de estos argumentos es concluyente. Contra Bortolucci puede observarse, en primer lugar (a), que los clásicos no siempre rehúsan explicar lo que parece evidente: así, por ejemplo, el mismísimo Celso condesciende a explicar por qué el *dominus negotii* no puede repetir lo debido que pagó su procurador general (cfr. Paul. 3 *ad Sab.*-D.12,6,6pr.), como tampoco lo que se pagó, siendo debido, a un procurador general del acreedor (Cels.[20] <27> *dig.*-D.46,3,87). El tono sentencioso del que Bortolucci sospecha (c) no es diferente al de sus "leitmata" de Sabino recogidos en comentarios a sus *libri tres iuris civilis*: vid. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar* (Halle 1906) = *Labeo* 10(1964) 50 ss., 234 ss.; ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino* (Padova 1983) (Sin embargo, ni Schulz ni Astolfi incluyen nuestra máxima entre los restos de la obra de Sabino). La referencia coincidente a Sabino en el otro texto (nº13) que recoge la máxima, apoya la hipótesis de que ésta es obra suya, si no en su formulación literal, si al menos en el sentido: cfr. CALONGE, art. cit., en *Temis* 21(1967) 259. El razonamiento de Donatuti, que coincide con el "b" de Bortolucci, es inadmisibile: la máxima equipara la eficacia de la ratificación a la del mandato, pero no excluye que otros cobradores distintos del mandatario pueden también actuar con plenos efectos liberatorios para el deudor. La objeción de Sanfilippo, en fin, resulta chocante (cfr. ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.203), porque es sabido que la liberación de quien paga a un intermediario depende precisamente de la relación entre intermediario y acreedor.

¹⁵⁵ ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.206: "esteticamente intollerabile".

¹⁵⁶ En efecto, la expulsión mediante *vis simple* no siempre es un acto ilícito, por efecto de la llamada "cláusula de posesión viciosa" del interdicto *unde vi* (que es al que Ulpiano se refiere). En general, el uso de *malefictum* para supuestos distintos de los cuatro delitos privados del *ius civile* es indicio de corrupción: ALBERTARIO, *Malefictum*, en *Studi Peruzzi* (Palermo 1925) p.221 ss. = *Studi di Diritto Romano* III p.197 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.205 s.

¹⁵⁷ ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.206: "stranissimo è poi l'uso di *rectius*".

¹⁵⁸ La eliminan, en sus dos apariciones, BORTOLUCCI, *Ratihabbitio* p.6 ss. y ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.207. — Desde luego, no son suficientes los argumentos de BORTOLUCCI, *Ratihabbitio* p.6 ss.: a) Si Sabino y Casio comparaban ratificación y mandato ¿por qué Ulpiano no recurre directamente a ellos sino a *sunt qui putent*? b) La regla es primero enunciada en general y luego se restringe (*rectius*) al *malefictum*. c) La responsabilidad del *ratum habens* deriva de su aprobación; no es necesario, para justificarla, comparar ésta con el mandato, porque también si hubiera mandato la responsabilidad derivaría de la adhesión que supone, más que del contrato como tal. d) La posibilidad de semejante mandato es muy dudosa, teniendo por objeto un acto ilícito. En cuanto a las razones "a" y "b", ya hemos propuesto una explicación para *sunt qui*

aunque seguramente Ulpiano no la mencionaba, en el original, más que una vez, y la otra es un torpe añadido¹⁵⁹.

§76 Naturalmente, el hecho de que la ratificación se considere equiparable, por una parte, al *iussum* y, por otra, al contrato de mandato, no significa de por sí que la frontera entre *iussum* y *mandatum* quede destruida o desdibujada. Es preciso considerar respecto de qué situaciones y a qué efectos se compara la ratificación con uno y otro. Resulta fundamental, en este sentido, averiguar el significado de la máxima *r.m.c.*

Según una vieja interpretación, la ratificación convierte *ex post* la *negotiorum gestio* en *mandatum*, en beneficio del gestor, que dispondrá contra el *dominus ratum habens* no ya de la *a. negotiorum gestorum* sino de la *a. mandati "contraria"*¹⁶⁰. Con razón, aun quienes mantienen esta interpretación, descartan sin embargo que la *a. negotiorum gestorum "directa"* se convierta también en *a. mandati* contra el gestor, lo cual sería intolerable, porque, dado el carácter infamante de esta acción, el *dominus* tendría en su mano la posibilidad

patent y *rectius* que permite respetar la claridad de la máxima en sí (Otra explicación, en COSENTINI, art. cit., en *AUCA*.1[1947] 249 s., 259: él supone que Sabino y Casio formularon la regla *r.m.c.* para un ámbito distinto de la *deiectio* y sólo más tarde otros *prudentes -sunt qui patent-* la aplicaron al mismo). Contra "d", sabemos ya que la expulsión por *vis simple* no es necesariamente un acto ilícito. Más adelante, nuestra interpretación de la máxima (*infra* §77) servirá también como respuesta a "c".

¹⁵⁹ Eliminan la coletilla [*rectius-fin*], respetando la primera invocación de la máxima: ALBERTARIO, *Ancora "verus" e "falsus procurator"*, en *SDHI*.2(1936) 169 s. (aunque transformando la máxima *r.m.c.* en *ratihabito proepositioni comparatur*: vid. *infra* §76) y CALONGE, art. cit., en *Tennis* 21(1967) 258.

¹⁶⁰ Es frecuente citar aquí únicamente a GIRARD, *Manuel*⁴ p.630, como si él hubiese sido el corifeo de tal doctrina, sin tener en cuenta que se limita a adherirse a la opinión dominante en la Pandectística: de hecho, él se remite expresamente a Vangerow. Para una referencia bibliográfica exhaustiva de esta doctrina, vid. BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel Diritto privato romano I* (Roma 1891 = Roma 1975) p.45 n.9. Lo grave de esta cita "tralaticia" es que se atribuye erróneamente a Girard la defensa de la *a. mandati "directa"* contra el gestor, que él descarta expresamente. — Algún autor cita también a PEROZZI, *Istituzioni* II² p.317; pero él sólo atribuye a la ratificación la fuerza de un mandato en cuanto "rende valida anche una gestione fatta proibente domino e non utiliter". Respecto de la posibilidad de una *a. mandati "contraria"* se limita a reconocer que las fuentes son contradictorias. Sobre la opinión de Perozzi, vid. también COSENTINI, art. cit., en *AUCA*.1(1947) 240 n.3. — En fin, ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.88 ss., atribuye a Donatuti la defensa de la transformación de la gestión en contrato de mandato (en apoyo de su tesis de que el mandato es posible aun sin manifestación de voluntad del mandante). Pero Arangio-Ruiz no menciona el lugar donde Donatuti mantiene tal opinión, y lo cierto es que éste la rechaza expresamente en *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano I, L'actio mandati dell'adpromissor*, en [*AUPE*.38(1927) 1 ss. =] *Studi I* p.267: "In fatti il principio che la ratifica fa sorgere un'azione di mandato si deve ai compilatori".

de agravar la responsabilidad del gestor por un mero acto unilateral, sin contar con su consentimiento.

Si ésta fuese la interpretación correcta, el problema planteado podría resolverse fácilmente: la equiparación de ratificación y mandato se referiría tan sólo a los efectos "internos", es decir, al régimen de las relaciones entre *dominus negotii* y gestor, mientras que la equiparación entre *iussum* y ratificación se refiere a los efectos "externos", que son los propios del *iussum*: la asunción frente a terceros de las consecuencias del acto realizado por el gestor. Ninguna interferencia, por tanto, entre los conceptos de *iussum* y *mandatum*.

Sin embargo, esta interpretación ha sido prácticamente abandonada¹⁶¹, y con razón. La transformación *ex post* de la gestión en mandato no sólo encuentra importantes obstáculos teóricos¹⁶², sino que carece de apoyo textual¹⁶³; desde

¹⁶¹ Contra la misma, vid. especialmente: BERTOLINI, *Ratifica* I p.39 ss.; SANFILIPPO, *Mandato* I p.29; COSENTINI, art. cit., en *AUCA.1*(1947) 240 s.; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.197 ss. Es precisamente la inadmisibilidad de esta interpretación lo que lleva a BORTOLUCCI, *Ratihabitio* p.1 ss., que la considera la única posible, a rechazar la claridad de la máxima. — Para una defensa, no categórica, de esta interpretación, vid. CALONGE, art. cit., en *Temis* 21(1967) 260 ss. Para su crítica, vid. *infra* texto, y n. 162 y 163.

¹⁶² La ratificación es un acto unilateral del *dominus*, mientras que el mandato es un contrato, cuyas acciones surgen de un acuerdo de voluntades entre las partes. No vale decir que el consentimiento del gestor está implícito en el desempeño de la gestión, porque: a) eso supone mantener el absurdo de que la aceptación de un encargo puede preceder al encargo mismo o, mejor dicho, existir sin encargo alguno (ya que la ratificación no es tal); b) gestionar un negocio ajeno no es sinónimo de obligarse a gestionar un negocio ajeno. Además, c) resulta anómalo conceder acciones distintas a las dos partes de una misma relación: al gestor, la de mandato; al *dominus*, la de gestión. Vid. COSENTINI, art. cit., en *AUCA.1*(1947) 241 n.4, y SANFILIPPO, *Mandato* I p.29. La posibilidad de que los obstáculos "a" y "b" hubiesen sido superados por vía de ficción es examinada -y descartada- por ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.198 s., ante la falta de cualquier rastro de una acción útil de mandato en caso de ratificación. Conforme, KASER, *RPR.1* p.482 n.7.

¹⁶³ Los textos en los que se indica la acción competente tras la ratificación mencionan la *a. negotiorum gestorum*, no la *a. mandati*: Pap.12 *quaest.*-D.47,2,81(80),5; Ulp.10 *ad ed.*-D.3,5,5,11 y 12; C.2,18(19),9 (a.217); C.3,32,3 (a.222); y todavía C.2,18(19),19 (a.294). Aún más: Scaev.1 *quaest.*-D.3,5,8(9) no se limita a conceder la *a. negotiorum gestorum*, tanto contra como a favor del gestor (cfr. BERTOLINI, *Ratifica* I p.41; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.199), sino que niega expresamente que la ratificación genere un contrato de mandato. Resulta particularmente infundado atribuir a Pomponio, en el citado texto de Escévola, una defensa de la *a. mandati* [asi, ZIMMERMANN, *Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio* (Strassburg 1876) p.270 ss.]. Pomponio parece aceptar que el *dominus* que ratifica una mala gestión no dispone ya (salvo actuación dolosa del gestor) de la *a. negotiorum gestorum*, pero no porque en tal caso pueda reclamar con la *a. mandati*, sino porque, habiéndose mostrado conforme a lo hecho por el gestor, no podrá reclamar en absoluto. El único apoyo para los defensores de la *a. mandati* es el discutidísimo Ulp.10 *disp.*-D.50,17,60, según el cual, si A ratifica la gestión de B, que ha intervenido por él, queda obligado frente a la *a. mandati* de B. Para un elenco y crítica de las teorías propuestas para conciliar este texto con los anteriores, vid.

luego, no es ése el sentido de la máxima *r.m.c.* en los textos que la enuncian. Si la máxima se invoca es para justificar que ciertos efectos de la *gestio* realizada recaigan directamente sobre el *dominus negotii*, nunca para conceder al gestor la *a. mandati* contra éste. Y es en relación a idénticos supuestos, y con los mismos efectos, que se compara la ratificación con el *iussum*, como hemos visto.

El problema que plantea la máxima *r.m.c.* quedaría también resuelto aceptando la reconstrucción de Albertario¹⁶⁴. Para él, la máxima rezaba originalmente, en los dos textos en que se encuentra, *ratihabitio praepositioni comparatur*. Así pues, la ratificación no se habría comparado con *iussum* y *mandatum*, sino con el *iussum*, por un lado, y con la *praepositio procuratoris*, por otro. Esto es fácilmente explicable, porque la *praepositio* viene a ser una especie de *iussum* general: el *dominus negotii* asume anticipadamente frente al "público" en general determinadas consecuencias de los actos que el procurador realice dentro del ámbito de la *praepositio*¹⁶⁵.

El fundamento de esta crítica de Albertario se encuentra en su tesis de que, en Derecho clásico, el procurador general no es nunca un mandatario, sino que sus relaciones con el *dominus* se rigen por la *a. negotiorum gestorum*. Esta separación entre *procuratio* y *mandatum* que defendía Albertario es hoy considerada, con razón, excesiva¹⁶⁶. Por otro lado, la reconstrucción que

BERTOLINI, *Ratifica* I p.43 ss. La moderna romanística tendió a abandonar los intentos de conciliación, (a) conjeturando una diferencia de opinión entre los clásicos (así PERNICE, *Labeo* I p.516 ss.; FERRINI, *Sesto Pedio*, en [RISG.1(1886) 44 =] *Opere* II p.49), o (b) declarando sin más interpolado el texto de Ulpiano (SEILER, *Negotiorum gestio* p.71). Nos parece más segura la opinión que restringe la doctrina ulpianea al supuesto de que la gestión de B consista en salir fiador por A, al que el *intervenire* de Ulpiano parece aludir. BERTOLINI, *Ratifica* I p.53 ss., con lit. Que la ratificación permita al fiador "espontáneo" utilizar la *a. mandati* es muy razonable, puesto que ésta se concede también al que actúa *sciente et non impediendo domino*. Bertolini entiende que la ratificación ha de sobrevenir antes de que el fiador pague; así, la *a. mandati* resulta menos anómala, ya que el consentimiento del *dominus* es, como regularmente, anterior al acto que origina la reclamación. Sin embargo, no creemos que el contenido de Scaev.1 *resp.*-D.17,1,60,1 se pueda alegar (BERTOLINI, *Ratifica* I p.55) en defensa de esta hipótesis, a la que, por lo demás, nos adherimos.

¹⁶⁴ ALBERTARIO, art. cit., en [SUPA.6(1921) 87 ss.=] *Studi* III p.507 ss.; art. cit., en *SDHI*.2(1936) 169 s.

¹⁶⁵ En virtud del *iussum*, como sabemos, el *iubens* asume anticipadamente frente a alguien concreto que va a concluir un negocio con el *iussus*, las consecuencias de dicho negocio. La diferencia entre *iussum* y *praepositio* consiste, por tanto, en el carácter genérico de ésta frente al específico de aquél, por lo que se refiere al destinatario (no, en cambio, por lo que se refiere al negocio, porque el *iussum* puede otorgarse también genéricamente para cualquier negocio: vid. Ulp.29 *ad ed.*-D.15,4,1,1).

¹⁶⁶ Vid., por todos, KASER, *RPR*.I² p.587.

Albertario propone resulta improbable, ya que el sustantivo *praepositio* es bastante raro en las fuentes, especialmente en casos distintos del nominativo¹⁶⁷.

En cualquier caso, no es necesaria una crítica tan aventurada para resolver el problema planteado. Basta, a nuestro parecer, con reconsiderar el significado del sustantivo *mandatum* en las fuentes en general, y en la máxima *r.m.c.* en particular.

§77 Ya hemos mostrado (*supra* §66) cómo, si bien el sustantivo *mandatum* se refiere ordinariamente a supuestos en los que hay contrato, con frecuencia no alude tanto al contrato como al encargo del mandante: *mandatum* es, en efecto, en primer lugar, "lo encargado", y, por abstracción, "el encargo". Así, en el frecuentísimo giro *mandatum suscipere*, *mandatum* no designa el contrato, sino más bien el encargo que el mandatario acepta¹⁶⁸. Del mismo modo, cuando se habla de un *mandatum illicitum*¹⁶⁹, o cuando se dice que un *filius familias* actúa (*ex*) *mandato patris*¹⁷⁰, es claro que *mandatum* no se refiere al contrato, que no existe en tales supuestos, sino al simple encargo.

A nuestro juicio, también en la máxima *r.m.c.*, el sustantivo *mandatum* se refiere al simple encargo. Consideremos los dos supuestos en los que se encuentra: la *deiectio* ejecutada por un *alius*, y la *solutio* en manos distintas de las del acreedor. Lo decisivo para que, habiendo expulsado *alius*, el interdicto *unde vi* pueda solicitarse contra *ego*, no es que entre *ego* y *alius* exista un contrato de mandato, sino que la *deiectio* se haya ejecutado por encargo de *alius*; de hecho, en el supuesto al que se refiere el "restituas" pretorio, de que la expulsión no esté "justificada" por el origen *vi, clam* o *precario* de la posesión del *deiectus*, el contrato es imposible. Del mismo modo, lo decisivo para que el pago a un tercero distinto del acreedor libere al deudor, no es que exista un contrato de mandato entre cobrador y acreedor, sino que aquél esté habilitado para cobrar, es decir, haya recibido encargo de éste.

Esta es, en lo esencial, la tesis de Cosentini¹⁷¹, que hoy puede considerarse comúnmente aceptada¹⁷²: *mandatum* no designa en la máxima el contrato de

¹⁶⁷ Cfr. *VIR*. Fuera de los ejemplos en nominativo (cuatro), *praepositio* se usa sólo una vez en genitivo (*praepositionis condicio*) en Ulp.28 *ad ed.*-D.14,3,11,5, y una en ablativo (itp. según RABEL, art. cit., en *Festschrift Zitelmann* p.9 n.3.), en Ulp.28 *ad ed.*-D.14,3,11,2.

¹⁶⁸ Vid. *supra* §66 d y n.71.

¹⁶⁹ Vid. *supra* §66 e y n.72.

¹⁷⁰ Vid. *supra* §66 e y n.73.

¹⁷¹ COSENTINI, art. cit., en *AUCA*.1(1947) 242.

¹⁷² Vid. SEILER, *Negotiorum gestio* p.70 n.45; KASER, *RPR*.1² p.579 y n.25: "Dieses «ermächtigen» heißt technisch *subere*, untechnisch aber auch *mandare*, so etwa in der Regel, die

mandato, sino el simple encargo; se trata de hacer responsable de un acto a quien lo aprobó *a posteriori*, del mismo modo que respondería si hubiese dispuesto que se realizara¹⁷³.

Lo que la máxima significa es, por tanto, que en el caso de la *delectio* y el cobro, la ratificación de lo hecho por un tercero produce para el *dominus* los mismos efectos (legitimación pasiva frente al interdicto *unde vi*, y pérdida de la acción contra el deudor, respectivamente) que el encargo previo. Así se explica que la ratificación se equipare tanto al *iussum* como al *mandatum*: porque en éste no se ve tanto el contrato como el encargo, que es, al igual que el *iussum* y la ratificación misma, una declaración unilateral de voluntad.

Llegados a este punto, estamos ya en condiciones de afirmar con certeza que la doble comparación *iussum-ratihabitio*, *mandatum-ratihabitio* no supone acercamiento o confusión entre el *iussum* técnico y el contrato de mandato: ante todo, porque la máxima no se refiere al contrato, sino al simple encargo. En el caso de la *delectio*, además, no existe tampoco *iussum* técnico. Por lo que se refiere al supuesto de la *solutio* a un tercero, la doble comparación se refiere sólo al efecto liberatorio del pago: y, en este aspecto, es claro que el *iussum solvendi* del delegante y el mandato de cobro pueden compararse, sin que la comparación presuponga aproximar en modo alguno los conceptos de *iussum* y *mandatum*.

die nachträgliche Genehmigung (*ratihabitio*) der Ermächtigung gleichstellt", por último, NORR, *Paulus (32 ad ed.) D.17,1,3,5: ein Traktat zum Mandatsexzeß*, en *Mélanges F. Wubbe* (Fribourg 1993) p.371 n.57 (372). — Contra Cosentini, *vid.*, sin embargo: ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.200 ss.; CALONGE, *art. cit.*, en *Temis* 21(1967) 255 n.14, 257.

¹⁷³ Sin embargo, no podemos coincidir con COSENTINI, *art. cit.*, en *AUCA* 1(1947) 247, por lo que respecta a la interpretación de Ulp.30 *ad Sab.-D.46,3,12,4* (n°16). A su juicio, la ratificación por el acreedor del pago a un no-habilitado para cobrar basta para la liberación, porque en la ratificación puede verse una delegación de pago, como la que existiría si hubiese habido habilitación previa. Hablar aquí de *delegatio* nos parece francamente improcedente, porque para que ésta exista debe haber un delegatario que adquiere del delegante, no un simple procurador, como el del texto de Ulpiano, que recibe para *su dominus negotii*. Puede discutirse (*infra* §116 ss., §127 s.) si el encargo específico por parte del acreedor de que se pague a su procurador es o no delegación. Pero Cosentini va mucho más allá: el concepto de delegación que maneja es tan exorbitante que considera delegatario a cualquiera habilitado para recibir algo: "delegatario poteva essere o il procurator verus (cioè chi è effettivamente tale) senza bisogno di esplicita delegazione, ma per il fatto stesso di essere procuratore ...". Todo lo que se puede decir a esto es que la idea de un delegatario (y, por tanto, de una delegación) "senza esplicita delegazione" es una contradicción en los términos: la delegación, tal como aparece en las fuentes, parte siempre de una iniciativa del delegante (que *tubet* o *delegat*): *vid. supra* §3 ss., *passim*.

III. LA "INDIFERENCIA TERMINOLOGICA" EN LA DELEGACION

§78 El argumento de la indiferencia terminológica se dirige, en general, contra el carácter excluyente de la contraposición entre los conceptos de *iussum* técnico y contrato de mandato, pero se propone concretamente en apoyo de la teoría del mandato, según la cual el *iussum* del delegante no es, una vez aceptado por el delegado, otra cosa que un contrato de mandato. Por eso, si bien era necesario examinar el apoyo que este argumento podía encontrar en supuestos distintos de la delegación, en los que *iubere* y *mandare* parecen usarse indistintamente (o, al menos, concurrir), lo fundamental es comprobar si, también en supuestos de delegación, *iubere* y *mandare* se emplean indistintamente, y si ese uso indistinto constituye una prueba de que el *iussum* técnico puede ser, al mismo tiempo, un contrato de mandato. En palabras de Sturm: "... il est frappant de constater que pour désigner la délégation au sens technique, les juriconsultes classiques emploient indifféremment les verbes *delegare* et *mandare*. S'ils s'étaient absolument interdits de voir dans la délégation un mandat, ils n'auraient certainement pas admis une telle ambivalence terminologique"¹⁷⁴.

¿Cuál es la respuesta de quienes rechazan la teoría del mandato frente a este argumento?

Según v. Salpius¹⁷⁵, *mandare* se emplea únicamente cuando existe un contrato de mandato en la relación de cobertura (Ulp.29 *ad ed.*-D.15,1,3,6; Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,5; Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,4; Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,3) o valuta (Pap.3 *resp.*-D.12,6,57,1; Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2; Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,3; Ulp.41 *ad Sab.*-D.46,3,18 i.f.; Scaev.29 *dig.*-D.46,3,89,1; Paul.2 *man.*-D.46,3,108; Iav.3 *epist.*-D.38,5,12). Del mismo modo que la donación, crédito, dote o pago, que ordinariamente constituyen las relaciones de cobertura y valuta, no ocupan el lugar del *iussum*, así tampoco el contrato de mandato: *iussum* y *mandatum* no se confunden sino que permanecen en planos distintos; la delegación en si misma, por tanto, no consiste, aun en esos casos, en un mandato, sino en un *iussum*. La única excepción que v. Salpius encuentra al principio de que el uso de *mandare* responde siempre a la existencia de un contrato en las relaciones subyacentes es Pap.8 *resp.*-D.31,77,6, que constituye a su modo de ver una "entschiedene Ungenauigkeit".

El *mandare* de los textos que cita v. Salpius se dirige, en la mayor parte de los casos, al delegado; por eso, su explicación puede convencer cuando es éste quien actúa como mandatario (es decir, cuando existe un mandato en la relación

¹⁷⁴ STURM, p.285.

¹⁷⁵ v. SALPIUS, p.56 ss.

de cobertura), pero resulta poco satisfactoria si quien actúa como mandatario es el delegatario (es decir, si el mandato se encuentra en la relación de valuta): pues no se ve cómo el hecho de que entre delegante y delegatario exista un contrato de mandato puede justificar que en relación al delegado se emplee *mandare* en lugar de *iubere*.

Lo cierto, sin embargo, es que entre el uso de *mandare* y la existencia del contrato no hay, como ya hemos observado (*supra* §65), ni mucho menos una conexión tan necesaria como la que parece guiar a v. Salpius. Por eso, ya Gide¹⁷⁶ y Wendt¹⁷⁷, aun admitiendo, como v. Salpius, la posibilidad de un mandato en las relaciones subyacentes, prefieren desvincular el uso de *mandare* de la existencia de contrato: simplemente, aparece en estos textos como sinónimo de *iubere*. Esta explicación es la que finalmente se impone, y es adoptada por Kreller¹⁷⁸, Bigiavi¹⁷⁹, Sanfilippo¹⁸⁰ y Kaser¹⁸¹. Una exposición detallada de este punto de vista no aparece hasta Endemann¹⁸². El comienza constatando el uso de *mandare* para designar la iniciativa del delegante frente al delegado, y cita como ejemplos, para la relación delegante-delegado, Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26,1, Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,3, Pap.8 *resp.*-D.31,77,6, Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2, Pap.3 *resp.*-D.12,6,57,1. En estos textos, afirma Endemann, no existe indicio alguno que permita pensar en el contrato de mandato; de hecho, Ulpiano utiliza *mandare* para describir el mismo caso que Africano expone con *iubere*: cfr. Ulp.30 *ad*

¹⁷⁶ GIDE, pp.289 y 466.

¹⁷⁷ WENDT, p.78 s.

¹⁷⁸ KRELLER, art. cit., en SZ.50(1930) 586.

¹⁷⁹ BIGIAVI, art. cit., en RDCom.36(1938) 137 n.2 (138): "Insomma, nei casi in cui si parla di un mandato del creditore al suo debitore, la parola *mandatum* è in realtà sinonima dell'altra, *iussum*". Donde Bigiavi dice *mandatum* y *iussum* hay que entender, más bien, *mandare* y *iubere*, porque en los textos que cita (Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,3 y Pap.8 *resp.*-D.31,77,6) aparece el verbo, no el sustantivo.

¹⁸⁰ SANFILIPPO, art. cit., en Studi Solazzi p.563 s.: "... nelle fonti, ... il *iussum* del delegante è quasi sempre chiamato *mandatum*, senza che con ciò i classici volessero fare alcuna confusione o riferimento di sorta al contratto di mandato". La afirmación de Sanfilippo es, tal como él la formula, referida al sustantivo *mandatum*, falsa; y, aunque la hubiese referido al verbo *mandare* lo seguiría siendo, porque (vid. *supra* §4 sub c, nn.75-79), el verbo más frecuente para referir el *iussum* del delegante es *iubere* (64 textos), seguido de *delegare* (58), mientras que *mandare* aparece sólo en diez textos (nº18-27) y *mandatum* en dos (nº28-29); y, de estos doce textos, como veremos, sólo uno (nº27, Pap.8 *resp.*-D.31,77,6) se refiere propiamente a un caso de delegación: los casos descritos en los restantes, o bien no constituyen en absoluto una *delegatio*, o bien abarcan, junto con ésta, otros supuestos.

¹⁸¹ KASER, art. cit., en SZ.77(1960) 464: "Das Ermächtigen wird technisch mit *iubere*, untechnisch mit *mandare* bezeichnet, wobei aber dieses einseitige, nicht obligierende *mandare* mit dem Konsensalkontrakt gleichen Namens nicht verwechselt werden darf". Cfr., también RPR.¹² pp.265 y 650.

¹⁸² ENDEMANN, p.16.

Sab.-46,3,12,2 y Afr.7 *quaest.*-46,3,38,1; en Pap.8 *resp.*-D.31,77,6, ni la relación de cobertura ni la de valuta son un mandato, y, sin embargo, Papiniano emplea *mandare*. Hay que concluir, por tanto, que *mandare* puede tener el mismo significado que *tubere* y *delegare*. En otros textos, sin embargo, existe *a. mandati* y, en consecuencia, contrato: Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,5; Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,4; Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,3. Pero en ellos, el mandato no ocupa el lugar del *iussum*, sino el de la relación de cobertura delegante-delegado¹⁸³.

En nuestra opinión, el argumento de la indiferencia terminológica puede ponerse ya en tela de juicio por basarse en la injustificada presunción de una perfecta correspondencia entre el uso del término *mandare* y la existencia de un contrato de mandato¹⁸⁴. El verbo *mandare* no alude al contrato, sino a la manifestación de voluntad de quien encarga una gestión, y se usa de hecho frecuentemente, según hemos comprobado¹⁸⁵, para supuestos en los que el contrato es imposible: órdenes intrafamiliares, disposiciones de última voluntad, encargos de gestiones ilícitas. Por eso, que del uso indistinto de *tubere* y *mandare* puedan extraerse, sin más, conclusiones respecto de la proximidad entre los conceptos de *iussum* técnico y contrato de mandato resulta, ya *a priori*, inadmisibile. Remitimos, en este punto, a las consideraciones más detalladas de §64-67. Sin embargo, como allí advertíamos, resultaría quizá aventurado rechazar el argumento de la indiferencia terminológica sin antes examinar, siquiera someramente, los textos en que se apoya. Por el momento, nos interesan únicamente los textos en que la iniciativa del delegante se designa con el verbo *mandare*, no aquéllos en los que, además, se menciona una *a. mandati*, porque estos últimos no plantean ya un simple problema terminológico. Así pues, dejaremos para más adelante (*infra* §103, §123 s.) Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,5, Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,4 y (*infra* §104, §125) Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,3, mencionados tanto por Endemann como por v. Salpius para la relación de cobertura.

§79 Consideremos, en primer lugar, de entre los textos restantes:

18) Iul.54 *dig.*

D.46,3,34,3

Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is,

¹⁸³ ENDEMANN, p.18: "Es muß scharf herausgestellt werden, daß ein Auftrag im Deckungsverhältnis nichts mit der Ermächtigung zu tun hat".

¹⁸⁴ En este sentido, por último, KUPISCH, art. cit., en *Festschrift Lukes* p.749.

¹⁸⁵ Vid. *supra* §65, §68 ss.

qui omnibus negotiis suis aliquem pr[o]ponit¹⁸⁶, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.

Si destituyo a Ticio como procurador de todos mis negocios, prohibiéndole administrarlos, pero la prohibición no llega a conocimiento de mis deudores, éstos se liberan pagándole, porque -dice Juliano- quien pone a alguien¹⁸⁷ al frente de todos sus negocios se entiende también que manda a los deudores que paguen a ese procurador¹⁸⁸.

En principio, si un deudor paga a quien cree, equivocadamente, habilitado para cobrar, debería encontrarse en la misma situación que el que paga por error a quien no es su acreedor: no se libera, sino que adquiere la *condictio* para repetir lo pagado como indebido¹⁸⁹. Sin embargo, en el texto no ocurre así: Juliano permite que los deudores, que ignoran el veto del acreedor, se liberen con el pago a quien ya no es procurador: y es que el pago de buena fe a quien ha perdido la habilitación para cobrar no puede recibir el mismo tratamiento que la *solutio indebiti* a quien simplemente carece de habilitación. Así, en nuestro caso, el error del deudor surge de la apariencia jurídica creada por el acreedor, al nombrar un procurador; este nombramiento -designado aquí como *praepositio*- es un acto de esencial carácter público; por eso, al igual que un nombramiento desconocido por todos resultaría ineficaz, tampoco la destitución meramente privada puede afectar a los deudores que pagan de buena fe, cuya confianza ha de ser protegida¹⁹⁰. Esta doctrina es ininterrumpidamente defendida por la

¹⁸⁶ Cfr. además de *Index Itp. ad leg.*: BUND, *Methode Julians* p.156; CLAUS, *Stellvertretung* p.283 y n.227.

¹⁸⁷ FRESE, *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, en *Studi in onore di P. Bonfante IV* (Milano 1930) p.455 n.261, sustituye [aliquem] por <procuratorem>. Es evidente (cfr. CLAUS, *Stellvertretung* p.283 n.228) que el *praepositus* Ticio es un *procurator* (*omnium bonorum*): el propio Juliano i.f. lo llama *procurator*, pero la corrección no parece necesaria: SOLAZZI, *Estinzione I*² p.56 n.2; ANGELINI, *Il "procurator"* (Milano 1971) p.196.

¹⁸⁸ FRESE, art. cit., en *Studi Bonfante IV* p.455 n.261 invierte el sentido del texto <non> *intellegitur [etiam] debitoribus mandare ut procuratori solvant*- porque, en su opinión, el pago a un procurador no libera si no es con la ratificación del dueño. Que la tesis de Frese es errónea fue ya demostrado por SOLAZZI, *Estinzione I*² p.55 ss. Los textos en que se apoya Frese se refieren al pago a un procurador espontáneo (*offerens se negotiis alienis; qui se ultro alienis negotiis offert*), no a un *praepositus*; respecto de éste, las fuentes no permiten dudar que está habilitado para el cobro: Paul.71 *ad ed.*-D.3,3,58: *Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere ...*; Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12pr.: *Vero procuratori recte solvitur*, Paul.3 *ad Sab.*-D.12,6,6,2: *Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihibitionem considerari*. La estructura de D.46,3,12, así como la continuación de D.12,6,6,2, serían incomprensibles si el pago al nombrado procurador no liberase. Contra Frese, cfr. también BUND, *Methode Julians* p.157 y n.3.

¹⁸⁹ Cfr. Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,4; Ulp.(Iul.) 80 *ad ed.*-D.46,3,58pr.

¹⁹⁰ Por ello, al acreedor que sentó la base de esa pública confianza le conviene destruirla también públicamente, pero lo relevante no es que lo haya hecho o no, sino que el deudor que

jurisprudencia clásica¹⁹¹. La peculiaridad del texto de Juliano es que su propósito no es únicamente aplicarla a un caso, sino justificarla. La explicación de Juliano se fundamenta precisamente en el carácter público del nombramiento de procurador, al que aludimos: *is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant*¹⁹².

paga conozca o no la nueva situación: si la conoce, aunque no sea por el acreedor, la liberación queda igualmente excluida.

¹⁹¹ Se protege la buena fe del deudor: a) cuando el acreedor le había ordenado pagar a Ticio y luego prohíbe a éste cobrar: Afr.7 *quest.*-D.46,3,38,1; Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2; Ulp.41 *ad Sab.*-D.16,3,18; b) en el mismo caso, si muere el acreedor que dispuso el pago: Iul.13 *dig.*-D.46,3,32 i.f.; Pap.8 *resp.*-D.31,77,6; Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,3; Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26,1; c) cuando paga a un procurador destituido: Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,3; d) cuando paga a un *servus propositus* o *dispensator* destituido: Paul.9 *ad ed.*-D.46,3,51; enajenado: Alf.2 *dig.a Paul.epit.*-D.46,3,35; Ulp.41 *ad Sab.*-D.16,3,11; o manumitido: Alf.2 *dig.a Paul.epit.*-D.46,3,35; Afr.8 *quest.*-D.12,1,41; Gui.3,160; Ulp.41 *ad Sab.*-D.16,3,11 y D.46,3,18; Paul.8 *ad Plant.*-D.46,3,62; e) si la deuda era con el peculio del hijo de familia (Ulp.26 *ad ed.*-D.12,6,26,8) o del esclavo (Iul.13 *dig.*-D.46,3,32; Ulp.7 *disp.*-D.44,7,14; Ulp.41 *ad Sab.*-D.46,3,18; C.8,42,3, del 238), y éste se le ha retirado al hijo o esclavo; f) cuando se paga al esclavo antes de la adición de la herencia, ignorando la muerte del dueño: Iul.12 *dig.*-D.46,3,32 al comienzo. — BESELER, art. cit., en SZ.53(1933) 19 s., creía que este pago de buena fe en manos objetivamente falsas no podía liberar *ipso iure*, sino sólo *ope exceptionis*: todos los textos que contradicen este dogma están, en su opinión, interpolados. Pero lo cierto es que todos los textos contradicen el supuesto dogma de Beseler (pues la liberación *ope exceptionis* de Afr.7 *quest.*-D.46,3,38,1 es debida al hurto: vid. *infra* §83 n.248), de modo que el "dogma" mismo carece del mínimo apoyo. La opinión de Beseler le obligaba a criticar también nuestro texto: "Auch eod. 34³ Jul. 54 dig. ist verfälcht." Contra Beseler, especialmente, HAYMANN, art. cit., en BIDR.51-52(1948) 411 ss., que defiende también como dogma lo contrario (el deudor se libera siempre *ipso iure*), por lo que critica, a nuestro juicio erróneamente, el mencionado Afr.7 *quest.*-D.46,3,38,1, donde el hurto del *accipiens* impide la liberación *ipso iure*. De hecho, HAYMANN, *ibid.* p.403 y n.23, egrime nuestro texto como prueba de la falsedad del de Africano, porque también en el nuestro Juliano, en su opinión, consideraba a Ticio un *fur*: él deduce esto de Paul.7 *ad Plant.*-D.47,2,67(66),3: *Julianus respondit eum, qui pecuniis exigendis propositus est, si manumissus exigit, furti teneri*. Pero la opinión de Juliano en este último texto parece muy recortada: él no podía considerar *fur* al manumitido que cobra de buena fe ignorando la manumisión, o, aun conociéndola, si actúa sin intención de quedarse con el dinero. Cfr. KASER, art. cit., en *Festschrift Felgentraeger* p.287 s. = *Ausgewählte Schriften* II p.353 s.

¹⁹² Resulta forzado ver aquí (con BUND, *Methode Julians* p.157) una ficción de mandato. No es la ficción sino, en todo caso, la analogía el modo de operar del jurisconsulto. Simplemente, Juliano propone un modo de entender la *propositio* (consistente en una comparación con la orden de pago) que permite la liberación del deudor. — Puesto que Celso, en Paul.3 *ad Sab.*-D.12,6,6,2 (vid. *ib.* *ead. pr.* y Cels.20 *dig.*-D.46,3,87), parte de que el *dominus* parece mandar al procurador que cobre, hay quien propugna una "Doppelmandatstheorie": vid. SEIDL, RPR.² p.42 (§112); DOLL, *Über Ansatz direkter Stellvertretung im frührepublikanischen römischen Recht*, en SZ.67(1950) 170 ss.; CLAUS, *Stellvertretung* p.284. A nuestro modo de ver, no es que exista un "doble mandato", ni aun entendido en el sentido de simple orden; simplemente, la liberación del deudor se puede explicar tanto diciendo que el *dominus* parece haber mandado al procurador

El supuesto descrito en el texto ha sido calificado como *delegatio* no sólo por v. Salpius¹⁹³ (que justifica el uso de *mandare* por la existencia de un mandato en la relación de valuta entre el acreedor y Ticio¹⁹⁴) y Endemann¹⁹⁵, sino también por Pernice¹⁹⁶, que cita el texto como prueba de que el primitivo *iussum* formal del delegante se va convirtiendo en una informal invitación de pago. En nuestra opinión, sin embargo, es evidente que el mero hecho de haber nombrado un procurador no convierte al *dominus* en delegante respecto de todos sus deudores. Lo normal es que los deudores paguen por propia iniciativa (o por la del procurador) y que el acreedor permanezca al margen: para eso, precisamente, lo ha nombrado. El acreedor, por tanto, no estará al tanto de los concretos pagos que se van a realizar, y, en tales circunstancias, es imposible considerarlo delegante. Quizá la idea de v. Salpius, Pernice y Endemann no es tanto que cada concreto pago a un procurador consume una *delegatio*, cuanto que el nombramiento de procurador es comparable a una general delegación de pago a los deudores. Pero tampoco esta idea es, a nuestro juicio, correcta: la delegación se asienta, como sabemos¹⁹⁷, sobre un doble convenio causal que genera una doble atribución patrimonial delegado-delegante y delegante-delegatario; pues bien, aquí no existe ninguna de esas atribuciones patrimoniales:

a) El procurador (supuesto delegatario) no adquiere del acreedor (supuesto delegante), sino para él: su *causa adquirendi* no es un convenio con el *dominus*, sino un convenio (de *solvere*, en este caso) con el deudor en el que él ocupa el lugar del *dominus*.

b) Tampoco hay *datio* del deudor (supuesto delegado) al acreedor: 1) Quien adquiere del deudor no es el acreedor, sino el procurador mismo, porque es el convenio de *solvere* entre éste y el deudor el que actúa como *causa*

que cobre, como al deudor, que pague. El primer punto de vista es adoptado por Celso, porque resulta el más natural cuando el procurador se mantiene en su cargo; pero no sirve para justificar la liberación del deudor de buena fe cuando el procurador ha sido destituido: por eso, Juliano recurre al segundo camino. Superponer ambos para crear una "construcción" o "teoría" abstracta resulta, a nuestro juicio, artificioso e inútil, y, por ello, una mala explicación del pensamiento de Celso y Juliano.

¹⁹³ v. SALPIUS, p.57.

¹⁹⁴ La idea de que entre Ticio y el principal existe un contrato de mandato es defendida también por ANGELINI, *Procurator* p.95, y QUADRATO, *D.3.3.1pr. e la definizione di "procurator"*, en *Labeo* 20(1974) 212 y n.17. Esto depende de la concepción que se mantenga acerca de la relación entre mandato y procura; pero la condición de mandatario de Ticio no se puede deducir sin más (como pretenden Angelini y Quadrato) del uso del verbo *mandare* en la frase *intellegitur etiam debitoribus mandare ut procuratori solvant*, sobre el significado de *mandare*, vid. *supra* §65.

¹⁹⁵ ENDEMANN, p.16.

¹⁹⁶ PERNICE, *Labeo* I p.510 y n.32.

¹⁹⁷ Vid. *supra* §7 ss., §11 ss.

adquirendi; el acreedor permanece al margen e ignorante de los pagos realizados a su *procurator*, de modo que no existe convenio posible con los deudores. 2) Para justificar la liberación no es preciso conjeturar una *datio* deudor→acreedor: el deudor se libera, no porque haya pagado al acreedor, sino porque pagó a alguien habilitado por éste para cobrar. 3) La inexistencia de *datio* deudor→acreedor se pone de manifiesto cuando lo pagado resulta ser indebido: si mediase delegación, el deudor (delegado) podría repetir directamente del acreedor (delegante)¹⁹⁸; el deudor que paga lo indebido a un procurador, en cambio, no dispone de la *condictio indebiti* contra el acreedor, sino contra el procurador mismo¹⁹⁹; señal incontestable de que no se considera que haya habido *datio* deudor→acreedor, sino deudor→procurador.

El nombramiento de procurador no es comparable, por tanto, a una delegación general; la idea misma de una delegación general es inconcebible, porque la delegación se basa en un doble convenio causal, y un convenio causal sólo existe cuando hay conformidad de voluntades, entre dos personas concretas, de dar y adquirir por una causa determinada.

¿Qué conclusión cabe extraer, entonces, respecto del uso de *mandare* en este texto? Es claro que no se refiere al contrato, pues sería absurdo mantener que el nombramiento de procurador equivale a un contrato de mandato con cada deudor²⁰⁰. Lo que Juliano quiere decir podría expresarse también diciendo que el nombramiento de un procurador equivale a un *iussum* de pago general a los deudores²⁰¹, presentes y futuros, que no puede considerarse extinguido por la

¹⁹⁸ Vid. *supra* §13 textos n°29 y 30; *supra* §18, n°48-56.

¹⁹⁹ El procurador ha sido nombrado (entre otras cosas) para cobrar los créditos del *dominus negotii*: con este encargo, el *dominus* asume anticipadamente frente a los deudores lo hecho por el procurador, de modo que quien le pague se liberará como si le hubiese pagado al *dominus* en persona. No puede considerarse, sin embargo, que éste haya encargado al procurador cobrar lo indebido; si lo hace, excede los límites de la gestión asumida por el *dominus*. Por eso, quien paga un *indebitum* a un procurador no puede dirigirse contra el *dominus*, salvo si éste ratifica el cobro, como explica Paul.3 *ad Sab.*-D.12,6,6,2: *Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitionem considerari: quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum*. Es la misma idea de Labeón en Paul.3 *ad Sab.*-D.12,6,6,1: *Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit et dominus ratum non habeat, posse repeti*. El *posse repeti* de Labeón no significa que el que pagó por error se quede sin poder reclamar si el *dominus* ratifica (lo que sería aberrante), sino sólo que, en tal caso, no podrá reclamar del procurador y sí del *dominus* mismo. Cfr., también, Paul.3 *ad Sab.*-D.12,4,14. Sobre estos textos, vid. *infra* §117.

²⁰⁰ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.59 y n.2.

²⁰¹ DONATUTI, art. cit., en [SP.1(1950) 33 ss.=] *Studi* II p.786; CLAUS, *Stellvertretung* p.284 n.231, pp.285 y 287; KASER, art. cit., en SZ.91(1974) 201 n.209.

simple cancelación de la relación interna entre *dominus* y *procurator*²⁰². Juliano, sin embargo, no utiliza *tubere*, sino *mandare*, evitando así el vocabulario propio de la delegación, con la que el simple nombramiento de *procurator* no es comparable (sobre este uso de *mandare*, vid. *infra* §91 i.f.). En todo caso, es seguro que de aquí no cabe extraer conclusión alguna respecto de la relación del *iussum delegantis* con el contrato de mandato: a) el contrato no tiene aquí nada que ver; b) *mandare* no ocupa el lugar del *iussum delegantis*, pues el supuesto descrito no es en modo alguno una *delegatio*.

§80 También en la primera parte de nuestro siguiente texto (*creditor-convenietur*), se ha querido ver un caso de delegación, en el que *mandare* ocuparía el lugar de *tubere*:

19) Pap.3 resp.

D.12,6,57,1

Creditor, ut procuratori suo debitum redderetur, mandavit: maiore pecunia soluta procurator indebiti causa convenietur: quod si nominatim, ut maior pecunia solveretur, delegavit, indebiti cum eo qui delegavit erit actio, quae non videtur preempta, si frustra cum procuratore lis fuerit instituta.

Un acreedor "manda" a su deudor que reintegre lo debido²⁰³ al procurador; si el deudor paga de más, reclamará del procurador por causa de lo indebido.

²⁰² Cfr. DONATUTI, *Studi sul procurator I. Dell'obbligo a dare la cautio ratam rem dominum habiturum*, en [AG.89(1923) 190 ss.=] *Studi di Diritto Romano I* (Milano 1976) p.110; STURM, art. cit., en SZ.79(1962) 126; CLAUS, *Stellvertretung* p.285. Por eso, no compartimos la sospecha de SOLAZZI, *Estinzione I* p.56 n.2, cuando pone en duda la claridad de esta justificación "che poco stringe".

²⁰³ La deuda procede, seguramente, de un mutuo: una *pecunia* que el acreedor entregó al deudor y éste debe devolver (*reddere*). Este término puede parecer sospechoso: se acepta, en general, que *reddere* significa realizar una simple *traditio* que haga que el propietario recupere la tenencia de la cosa y, por tanto, no es una actividad de *dare* sino de *facere*: vid., por todos, CRUZ, *Solutio I* p.284 y n.487. Típicamente, *reddere* se refiere al *commodatum* y al *depositum*, en cuyas fórmulas se incluye. Aquí, en cambio, *reddere* significa *dare*, como demuestra el uso posterior de *solvere* referido a la misma entrega: no hay *solutio* sin *datio*. Este uso de *reddere* como *dare* no es infrecuente en las fuentes, suele producirse cuando la deuda surge de una previa adquisición del deudor; así, para el mutuo: Scaev.6 resp.-D.22,2,5pr.; Mod.3 resp.-D.22,1,41,2; Ulp.76 ad ed.-D.39,5,19,3; siempre que hay que devolver una cantidad, aunque no sea como mutuario, *reddere* equivale a *dare*: Ven.Sat.6 interdict.-D.42,8,8; Marc. sing. ad form. hyp.-D.20,5,7pr.; Pap.2 quest.-D.19,5,7; Scaev.16 dig.-D.34,3,28,3; Ulp.1 ad ed. aed. cur.-D.21,1,25,9; Ulp.36 ad ed.-D.27,4,3,4; se habla incluso de *reddere* para referirse al pago por el heredero de los legados y deudas de la herencia, como si la entrega a un tercero de lo que el heredero ha adquirido del causante fuese una devolución: Pap.9 resp.-D.36,2,26,1; lav.2 ex post. Lab.-D.32,100pr., donde lo legado que el heredero debe "devolver" no es ya dinero, sino un esclavo y, aún así, referido a cosa no-fungible, ese *reddere* es un *dare*, no un simple *tradere*. *Reddere* puede ser también el cumplimiento de una estipulación: Ulp.26 ad ed.-D.45,1,48; y en

Esto significa, aunque Papiniano no lo diga expresamente, que el deudor no podrá dirigirse contra el acreedor²⁰⁴: la orden recibida del acreedor no le permite otra cosa, porque consistía en pagar lo debido, no lo indebido.

De delegación hablan aquí, además de v. Salpius²⁰⁵, (que justifica el uso de *mandare* por la existencia de un contrato de mandato en la relación de valuta delegante-delegatario) y Endemann²⁰⁶, también Pernice²⁰⁷, que incluye el texto entre los testimonios de cómo el primitivo *iussum* delegatorio se va transformando en una informal invitación a pagar, y Solazzi²⁰⁸, que lo cita como ejemplo del uso promiscuo de *tubere* y *mandare* para la delegación.

A nuestro juicio, sin embargo, en este texto no hay delegación: la delegación comporta (*supra* §7 ss.) una doble atribución patrimonial, y aquí falta la de valuta delegante-delegatario: el *procurator* no adquiere para sí del acreedor, como haría un delegatario, sino que adquiere del deudor para el acreedor, a quien "representa". Respecto de lo pagado de más, falta incluso la atribución de cobertura: el deudor no puede dirigir la *condictio* contra el acreedor (como haría un deudor delegado respecto al delegante²⁰⁹), sino que ha de reclamar del *procurator*.

No existiendo delegación, no cabe decir que *mandare* ocupe el lugar del *iussum* del delegante. Por otro lado, *mandare* no alude a un contrato de mandato (del que no hay ninguna evidencia entre acreedor y deudor), sino a la simple indicación de pagar al *procurator*. En consecuencia, no parece que quepa extraer del texto conclusiones acerca de la relación entre el *iussum* del delegante y el contrato de mandato.

§81 La misma explicación se puede dar para nuestro siguiente texto:

20) Scaev.29 dig.

D.46,3,89,1

Lucius Titius ex duobus chirographis, quibus quadringenta ei a Seio debebantur, altero centum, altero trecentum, scripsit Seio, ut unius chirographi centum per Maevium et Septicium sibi mitterentur: quero, an Seius, si Maevio et Septicio

Paul.40 ad ed.-D.38,1,20,1, reddere operas es dare operas. En fin, Ceiso define *reddere* como *retro dare* en Cels.20 dig.-D.31,21 (=D.50,16,94).

²⁰⁴ Quien paga un *indebitum* a un procurador (y es también *indebitum* lo que se paga de más), ha de dirigirse contra el procurador mismo, no contra el *dominus*, porque éste no nombró al procurador para que cobrase lo indebido: vid. *supra* §79 n.199.

²⁰⁵ v. SALPIUS, p.57.

²⁰⁶ ENDEMANN, p.16.

²⁰⁷ PERNICE, *Labeo* I p.510 y n.32.

²⁰⁸ SOLAZZI, *Estinzione* I² p.59 n.1; vid. también, CRUZ, *Solutio* I p.339 n.607.

²⁰⁹ Vid. *supra* §79 n.198.

ex trecentum quoque solvisse se dicat, liberatus sit. Respondit, si nec mandavit, ut ex trecentum solveretur, nec solutum ratum habuit, non esse liberatum.

Lucio Ticio, que tiene en su poder un quirógrafo de Seyo por cien y otro por trescientos, escribe a Seyo que le envíe los cien del primero por Mevio y Septicio; si Seyo dice que pagó también los otros trescientos, ¿se libera? No -dice Escévola- si Lucio Ticio no mandó ni ratificó el pago de los trescientos.

Como lo que pretende Lucio Ticio es que el deudor le envíe el dinero por medio de Mevio y Septicio, parece claro que éstos no actúan como delegatarios, recibiendo para sí, sino como simples intermediarios. Hay que descartar que se trate de procuradores generales nombrados ya de antemano, porque, en ese caso, Seyo se habría liberado también por los trescientos, sin necesidad de que el acreedor hubiera mandado o ratificado el pago: es la carta misma la que los habilita frente al deudor Seyo para el cobro, pero sólo por los cien del primer quirógrafo; por eso, si Seyo les paga también los otros trescientos no se libera, *si nec mandavit (sc. Lucius Titius), ut ex trecentum solveretur, nec solutum ratum habuit*.

Ciertamente, este *mandare* designa una habilitación *ad extra* para el cobro que encaja en la idea de *iussum*: con ella, Lucio Ticio asume anticipadamente frente al Seyo la gestión de Mevio y Septicio (sobre este uso de *mandare*, *infra* §91 i.f.). Sin embargo, no es posible hablar aquí²¹⁰ de delegación: Mevio y Septicio no son delegatarios, sino procuradores de Lucio Ticio. Cabe repetir, entonces, lo dicho para el texto anterior: *mandare* no se refiere al contrato ni al *iussum* del delegante, de modo que resulta completamente injustificado extraer, de su empleo en este texto, conclusiones acerca de la proximidad entre ambos.

§82 La idea de que los clásicos empleaban indiferentemente *iubere* y *mandare* para aludir a la iniciativa del delegante encuentra su mejor apoyo en los tres textos de Ulpiano y Paulo de los que nos ocuparemos a continuación, porque un supuesto aparentemente idéntico al descrito en ellos con el verbo *mandare* aparece con *iubere* en Africano y Juliano. Los textos son: Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2: ... *si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere...*; Ulp.41 *ad Sab.*-D.46,3,18: ... *si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere ...* (cfr. Afr.7 *quaest.*-D.46,3,38,1: *Si debitorem meum iussurim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere ...*), y Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26,1: *Si quis debitori suo mandaverit, ut Titio solveret, et debitor mortuo eo, cum id ignoraret, solverit ...* (cfr. Iul.13 *dig.*-D.46,3,32: ... *qui iussus est a creditore pecuniam Titio solvere, quamvis creditor mortuus fuerit ...*).

²¹⁰ Como hace v. SALPIUS, p.57.

Veamos, en primer lugar:

21) Ulp.30 *ad Sab.*

D.46,3,12,2

Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero non liberabor.²¹¹

Aquí Ulpiano aplica el ya conocido principio²¹² de protección al deudor que paga de buena fe a quien ya no está habilitado para el cobro. El cobrador es, en este caso, un Ticio que, por lo sintético del texto, tanto puede haber sido habilitado para adquirir para sí (como delegatario) como para el acreedor (como procurador); y, dentro de la hipótesis "procurador", el texto es aplicable tanto al general como al singular, es decir al habilitado simplemente para ese cobro. Cualquiera que sea el título por el que actuaba Ticio, su habilitación caducó con el veto del acreedor, de modo que el deudor que le paga sólo se libera si ignora esta circunstancia²¹³.

El texto es citado como ejemplo del uso de *mandare* por *iubere* en la delegación por v. Salpius²¹⁴, Solazzi²¹⁵, Endemann²¹⁶ y Haerberlin²¹⁷; de delegante y delegatario habla también Voci²¹⁸. Como en el anterior (nº20), es claro que en *mandare* no se contiene una referencia al contrato de mandato, sino a la

²¹¹ KRÖGER (Mo.) *ad leg.*, corrige el comienzo: *sed [et] si quis*, contra, BESELER, *Einzelne Stellen*, en SZ.45(1925) 452, que, en cambio, censura [*sed si sciero, non liberabor*]; a HAYMANN, art. cit., en BIDR.51-52(1948) 407, el texto le parece intachable estilísticamente.

²¹² Vid. *supra* §79 n.191.

²¹³ Si Ticio actúa *intervertendi causa*, es decir, con intención de retener el dinero para sí, comete hurto: vid. *infra* §83 y n.224. El hurto no haría variar la respuesta de Ulpiano; al contrario que Africano, él admite también en ese caso la liberación *ipso iure*: vid. *infra* §83 y n.248. Descartamos así la opinión de BETTI, art. cit., en BIDR.41(1933) 207, y VOCI, *Acquisto* p.155 s., de que el texto original concedía la liberación sólo para el caso de que Ticio no actuase como *fur*, y fue mutilado por los compiladores, deseosos de dispensar una mayor protección al deudor, tampoco es cierto que Ticio sea necesariamente un ladrón, como quiere HAYMANN, art. cit., en BIDR.51-52(1948) 408: es verdad que si el deudor ignora es porque Ticio calla, pero de ahí no se puede deducir sin más que pretenda lucrarse con el dinero: cfr. VOCI, *Acquisto* p.151. Nuestra opinión, en definitiva, es que Ulpiano deja al margen en este texto la cuestión del hurto, que para él no incidía en la liberación del deudor. De hecho, el texto no procede de *de furtis*, ni siquiera de *solutionibus et liberationibus*, sino de *emptione et venditione* (cfr. LENEL, *Palingenesia* II col.1128, ad fr.2736 Ulp.), por lo que hay que pensar (también a la vista del resto del pasaje) que Ulpiano pretendía tan sólo trazar un breve cuadro de la eficacia del pago a alguien distinto del acreedor, en el que habría sido inapropiado introducir la cuestión del hurto.

²¹⁴ v. SALPIUS, p.57.

²¹⁵ SOLAZZI, *Estinzione* I² p.59 n.1; vid. también CRUZ, *Solutio* I p.339 n.607.

²¹⁶ ENDEMANN, pp.16 y 63.

²¹⁷ HAEBERLIN, p.106 n.27.

²¹⁸ VOCI, *Acquisto* p.151 n.1.

habilitación de Ticio como cobrador frente al deudor: habilitación que, por cuanto comporta la asunción *ad extra* (frente al deudor *ego*) de lo hecho por Ticio, encaja en el concepto de *insum* técnico. Sin embargo, según hemos explicado, el supuesto aquí descrito abarca tanto la delegación como la simple orden de pagar a un *procurator*, por eso, no creemos que quepa esgrimir el texto como ejemplo del uso indiferente de *tubere* y *mandare* para la delegación: el empleo de *mandare* está justificado por la amplitud del supuesto, que no comprende sólo la delegación, sino también la procura.

§83 Muy conocido -y discutido- es nuestro siguiente texto:

22) Ulp.41 *ad Sab.*

D.46,3,18

Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidem ex contractu domini, sufficet, quod ignoraverit manumissum: quod si ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit. Utrouque autem casu manumissus si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit: nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur, et Titius furti actione tenebitur.

Encontramos de nuevo el mismo supuesto del texto anterior, pero, esta vez, no en posición principal, sino como apoyo analógico. El supuesto principal es el pago a un antiguo esclavo *pecuniis exigendis praepositus* que ha sido manumitido²¹⁹: si la deuda procedía de un negocio con el dueño, basta para la liberación que el deudor ignore la manumisión²²⁰; si se trataba de una deuda del peculio, el deudor se libera incluso conociendo la manumisión, con tal que ignore la retirada del peculio²²¹.

²¹⁹ El recurso al caso "*debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret*" para justificar la solución a un supuesto de pago al *ex-praepositus* es un eco de la explicación de Iul.54 dig.-D.46,3,34,3 (*supra* §79), según el cual, el deudor que paga de buena fe a un Ticio *ex-praepositus* se libera porque quien pone a alguien al frente de todos sus negocios, se entiende que manda a los deudores que le paguen: *intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant*.

²²⁰ Gai.3,160: ... *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 debet*. Ulp.41 *ad Sab.*-D.16,3,11: *Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: ... etiam si manumisso vel alienato, ex iustis causis liberatio contingit, scilicet si quis ignorans manumissum vel alienatum solvit ...*

²²¹ C.8,42,3 (238): *Si, quum servus liberam peculii administrationem haberet, mutuum ab eo accepisti pecuniam, eique ante ademptum peculium vel priusquam ademptum cognosceres eam exsolvisi, ea solutione liberatus es*. Iul.13 dig.-D.46,3,32 da la misma respuesta para el caso de muerte del acreedor: ... *idem iuris erit (sc. debitor liberabitur) et si manumisso servo debitor pecuniam solverit, cum ignoraret ei peculium concessum non esse*. También el que paga una

Tal como se conserva, el texto parece girar de nuevo en torno al principio de protección al deudor de buena fe²²². Pero este enfoque no resulta adecuado a la sede de *furtis* de la que procede²²³, que hace pensar que la cuestión central era para Ulpiano el hurto cometido por quien recibe un pago *intervertendi causa*, aprovechándose del error del deudor, que lo cree todavía *praepositus*²²⁴; sólo secundariamente, en la medida en que el hurto afecta a la liberación, se habría tratado ésta. En la redacción actual, en cambio, el hurto no es mencionado hasta el final de la primera parte: parece razonable pensar, entonces, que el texto fue recompuesto por los compiladores para adaptarlo a su nueva sede, de *solutionibus et liberationibus*²²⁵. Desde el punto de vista del contenido, sin embargo, el texto nos parece, también en esta primera parte, clásico²²⁶.

deuda del peculio a un *filius* a quien se le ha retirado éste, debe ignorarlo: Ulp.26 *ad ed.*-D.12,6,26,8. La necesidad de que el deudor ignore la retirada del peculio es un concreción de la genérica *aliqua causa* de Alf.2 *dig. a Paul. epit.*-D.46,3,35, *ex qua intellegi possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi.*

²²² Vid. *supra* §79 y n.191.

²²³ LENEL, *Palingnesia* II col.1165, *ad fr.*2869 Ulp.

²²⁴ La idea del hurto como apoderamiento ilícito y clandestino parece avenirse mal con la conducta de quien recibe un pago, por fraudulentamente que actúe. Sin embargo, la fuerza expansiva del concepto de hurto fue tal (vid. SCHULZ, *CRL.* p.575 ss.), que los clásicos incluyeron en él los siguientes supuestos: a) alguien paga una deuda a quien cree su acreedor y el que recibe sabe que se equivoca (Scaev.4 *quaest.*-D.13,1,18 y Ulp.41 *ad Sab.*-D.47,2,43pr.); b) alguien recibe un pago sabiendo que quien paga lo toma erróneamente por procurador del acreedor (además de nuestro texto, Ulp.41 *ad Sab.*-D.47,2,43,1 y Pap.12 *quaest.*-D.47,2,81[80],5-7); c) alguien quiere prestar a un Ticio y se presenta un Ticio distinto a recibir el dinero, sabiendo que el prestamista se lo entrega porque lo toma por el otro (Ulp.37 *ad ed.*-D.47,2,52,21 y Paul.7 *ad Plaut.*-D.47,2,67[66],4).

²²⁵ Vid. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, en *AUPA*.25(1956) 239 n.353. Este desplazamiento respecto de la cuestión principal del hurto explica algunas anomalías del texto: el torpe *si quidem ex contractu domini* tras el *si quis* inicial, el *sufficiet* sin complemento (es suficiente ¿para qué?), y, sobre todo, el intempestivo *id fecerit*, cuando el *factum* que se había descrito hasta ahora era únicamente el del deudor que paga.

²²⁶ De esta parte se critica sólo el final [*utroque fecit*]: DONATUTI, *D.46,3,18 (nota critica)*, en *[AG.90(1923) 246 s.=] Studi di Diritto Romano I* (Milano 1976) p.207 s. Pero eliminar todo vestigio del hurto en un texto perteneciente al comentario de *furtis* no es una hipótesis muy convincente. Los indicios formales de interpolación de encuentra Donatuti son en realidad las ya mencionadas (*supra* n.225) consecuencias del paso a primer término de la liberación en detrimento del hurto; en cuanto a los argumentos de fondo, es injustificada la pretensión de HAYMANN, art. cit., en *BIDR.*51-52(1948) 410, de que toda referencia a la intención del *fur -si intervertendi causa id fecerit-* es siempre justinianea: vid. ALBANESE, art. cit., en *AUPA*.25(1956) 89. A favor de la claridad de la frase, vid., además de ALBANESE, *ibid.* p.239: KASER, art. cit., en *Festschrift Felgentraeger* p.286 y n.56 = *Ausgewählte Schriften* II p.352 y n.57; KRÖGER, *Erwerbzurechnung* p.49. Hasta *liberatus erit* el texto no ha sido criticado: cfr. SOLAZZI, *Estinzione* I² p.27 n.1.

En todo caso, la descripción del supuesto final, *si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret*, que es lo que ahora nos interesa, debe de ser auténtica²²⁷, como lo acredita la comparación con el texto n°21 de Ulpiano y el n°23 de Paulo. Parece claro, como en el texto anterior, que *mandare* no se refiere al contrato de mandato, sino a la habilitación *ad extra*, frente al deudor, de Ticio, para el cobro: habilitación *ad extra* que, como señala Claus²²⁸, puede considerarse un *iussum* técnico. Sin embargo, contra la opinión mayoritaria de la doctrina (v. Salpius²²⁹, Betti²³⁰, Voci²³¹, Haebelin²³², Endemann²³³, Kaser²³⁴ y Kupisch²³⁵), no creemos que el supuesto descrito por Ulpiano sea una *delegatio*²³⁶, de modo que el texto no puede presentarse como muestra del uso indistinto de *iubere* y *mandare* para el *iussum* del delegante. En efecto, la frase *simulanti se procuratorem* hace más razonable pensar que Ticio había sido habilitado para el cobro en nombre del acreedor, como "procurator"²³⁷, no en nombre propio, es decir, para sí; la comparación con el primer supuesto planteado también avala esta idea. Pero entonces, si Ticio es un

²²⁷ Contra DONATUTI, art. cit., en [AG.90(1923) 246 s. =] *Studi* I p.207 s., que elimina toda la segunda parte del texto porque la respuesta clásica era, en su opinión, la contraria a la liberación de Afr.7 *quest.*-D.46,3,38,1. Como indicios formales de interpolación menciona que *nam et si* no da razón del *furtum domino facit* precedente, y que *nam* como simple partícula de unión es a menudo Tribonianismo. A nuestro modo de ver: a) *nam et si* explica la solución al primer caso, b) por lo que se refiere a la diversa solución de Africano, vid. *infra* n.248.

²²⁸ CLAUS, *Stellvertretung* p.304

²²⁹ v. SALPIUS, p.57.

²³⁰ BETTI, art. cit., en *BIDR.*41(1933) 209.

²³¹ VOCI, *Acquisto* pp.128 y 156.

²³² HAEBERLIN, p.108 n.48.

²³³ ENDEMANN, p.63.

²³⁴ KASER, art. cit., en *Festschrift Felgentraeger* p.286 = *Ausgewählte Schriften* II p.352; art. cit., en *Festgabe v. Labtow* p.313; art. cit., en *Labbeo* 26(1980) 41; art. cit., en *Römische Rechtsquellen* p.275.

²³⁵ KUPISCH, art. cit., en *SZ.*93(1976) 93.

²³⁶ Al menos, no exclusivamente: vid. *infra* texto.

²³⁷ El hecho de que se designe a este cobrador como Ticio, y no sin más como *procurator*, permite descartar que se trate de un procurador general. Por eso entrecorrimos la palabra *procurator*, aunque en época de Ulpiano era ya habitual denominar así también al *unius rei*: Ulp.9 *ad ed.*-D.3,3,1pr., Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,7, Ulp.77 *ad ed.*-D.46,7,3,2, Ulp.1 *ad ed. aed. cur.*-D.21,1,25,3; Paul.18 *ad ed.*-D.12,2,17,3, Paul.32 *ad ed.*-D.17,2,65,7, Paul.51 *ad ed.*-D.40,12,17, PS.1,3,2. Que este uso se produzca solo en textos de Paulo y Ulpiano (aparte del seguramente itp. Afr.8 *quest.*-D.47,2,62[61],5) confirma que no se trata de una interpolación, sino de un caso de evolución histórica.

procurador²³⁸, no estamos ya ante un supuesto de delegación, porque, como sabemos, la simple orden de pagar a un procurador lo debido no es delegación.

Hay quien critica *simulanti se procuratorem*²³⁹: de glosema hablan Patsch²⁴⁰ y Solazzi²⁴¹; un glosema tendente, según éste último, a reducir el ámbito del hurto de quien recibe a los casos de simulación activa; también Haymann²⁴² aprecia esa intención en la frase, aunque prefiere atribuirle a los compiladores²⁴³. Esta interpretación de la frase, sin embargo, nos parece arbitraria, porque no sólo simula ser procurador el Ticio que se autocalifica de procurador sin serlo (simulación activa), sino también el que se limita a identificarse como Ticio, a sabiendas de que el deudor lo cree todavía habilitado (en cuyo caso, la simulación no consiste en lo que Ticio dice, sino en lo que calla): por eso, no encontramos justificada la crítica²⁴⁴. En todo caso, aunque la frase fuese espuria, el supuesto descrito por Ulpiano seguiría abarcando, junto a la delegación, también la simple orden de pago a un *procurator*²⁴⁵, al igual que ocurría en el texto n°21, lo que sería suficiente para justificar el uso de *mandare*.

A la interpretación del supuesto como procura (o, al menos, como comprensivo de la procura), puede todavía objetarse lo siguiente: habida cuenta del hurto que comete el *accipiens*, la liberación del deudor sólo es posible en caso

²³⁸ Esta es también la interpretación de PEROZZI, art. cit., en [AUPE.1 2(1880) 1 ss. =] *Scritti* I p.67; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.136 n.2; THOMAS, art. cit., en *Studi Grosso* II p.416 n.35. Incluso algunos de los autores que mantienen que estamos ante un supuesto de delegación, admiten que Ticio actúa como *procurator*: v. SALPIUS, p.57; BETTI, art. cit., en *BIDR.*41(1933) 209; VOICI, *Acquisto* pp.128 y 156; HAEBERLIN, p.108 n.48.

²³⁹ Además de los citados en texto, vid.: BESELER, *Romanistische Studien*, en *Studi in onore di S. Riccobono* I (Palermo 1936) p.309; v. LUBTOW, *Darlehensbegriff* p.47; JAKOBS, art. cit., en *SZ.*91(1974) 242 n.75.

²⁴⁰ PARTSCH, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Recht*, en *SZ.*42(1921) 256 n.1.

²⁴¹ SOLAZZI, art. cit., en [AN.59(1939) 291 ss. =] *Scritti* IV p.155 n.233 y p.156.

²⁴² HAYMANN, art. cit., en *BIDR.*51-52(1948) 410.

²⁴³ De todos modos, él no descarta que se trate de una simple glosa, tomada de Ulp.32 *ad* *Sob.-D.*24,1,3,12: ... *nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, ...* Cfr. HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachübergabe im römischen Recht*, en *BIDR.*59(1956) 8 y n.35.

²⁴⁴ Por otro lado, no hay por qué pensar que la frase se incluye como un requisito del hurto: puede ser simplemente una descripción de la conducta de Ticio. Vid., en defensa de la classicidad de *simulanti se procuratorem*, WOLFF, art. cit., en *Mélanges Meylan* I p.425 n.61, y ANGELINI, *Procurator* p.223 n.184 (aunque éste con argumentos, a nuestro parecer, equivocados). Cfr. también: KASER, art. cit., en *Festschrift Folgentraeger* p.286 n.57 = *Ausgewählte Schriften* II p.352 n.57, y art. cit., en *Römische Rechtsquellen* p.275 y n.67; SACCHI, *Delegazione* p.28 n.79; CLAUS, *Stellvertretung* p.304; KRÜGER, *Erwerbszurechnung* p.50.

²⁴⁵ CLAUS, *Stellvertretung* p.286, entiende que Ticio puede ser tanto un *procurator omnium bonorum* como un mandatario o un delegatario.

de delegación, pues obedece -se dice- al empleo por Ulpiano de la llamada "teoría celsina del doble traspaso de propiedad"²⁴⁶ (es decir, a la idea de que, cuando el dinero fue hurtado por Ticio, se había hecho ya, en un instante lógico precedente, del acreedor), "teoría" aplicable sólo a supuestos de delegación, ya que se apoya en un análisis o división de la doble atribución patrimonial inherente a ésta²⁴⁷. Pero el hecho de que también se libere el deudor de la primera parte, que paga a quien cree un esclavo *proaepositus*, es suficiente refutación de este argumento.

Es cierto que el hurto supone un grave obstáculo para la liberación del deudor, como lo demuestra la negativa de Afr.7 *quaest.*-D.46,3,38,1 a permitir que ésta se produzca *ipso iure*²⁴⁸. La *solutio* es una *datio* cuya *causa adquirendi*

²⁴⁶ Esta fue especialmente la tesis de KASER, defendida en los cuatro artículos citados *supra* en n.234. Vid. también, HAYMANN, art. cit., en *BIDR.* 51-52(1948) 409 y 412 ss.; ALBANESE, art. cit., en *AUPA.* 25(1956) 239 n.353; ENDEMANN, p.39.

²⁴⁷ Sobre la "teoría" celsina, vid. *supra* §14.

²⁴⁸ Afr.7 *quaest.*-D.46,3,38,1: *Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium veterim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. Alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: ... furti tamen actionem in proposito mihi [post divortium] competituram, quando mea intersit interceptos nummos non esse. Contra [post divortium] vid., por todos, KASER, art. cit., en *Labeo* 26(1980) 46, con lit. — Hay quien considera que la solución de Africano es la clásica, de modo que: a) o bien interpretan el *liberabitur* de Ulpiano como liberación *ope exceptionis*: FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, en *[AG.* 47(1891) 423 ss. =] *Opere* V (Milano 1930) p.153; o b) reconstruyen <*ope doli exceptionis*> *liberabitur*, como BETTI, art. cit., en *BIDR.* 41(1933) 211; o c) reconstruyen [et] *debitor* <non> *liberabitur*, como SOLAZZI, art. cit., en *[AN.* 59(1939) 291 ss. =] *Scritti* IV p.155, y VOCI, *Acquisto* p.128. A DONATUTI, art. cit., en *[AG.* 90(1923) 246 s. =] *Studi* I p.207, y BESELER, art. cit., en *Studi Riccobono* I p.309, les parece interpolada la liberación *ope exceptionis* de Africano. Para HAYMANN, art. cit., en *BIDR.* 51-52(1948) 413 ss., la solución clásica es la liberación *ipso iure* del deudor en todo caso, por lo que el texto de Africano debe estar interpolado. En nuestra opinión: a) la solución de Africano no puede ser (contra Donatuti, Beseler y Haymann) compilatoria, y mucho menos postclásica, porque se basa en un mecanismo (la concesión de la liberación pretoria a cambio de la cesión de la *condictio*) inseparable del procedimiento formulario; por tanto, a nuestro juicio, el texto de Africano debe de ser, en sustancia, auténtico: KASER, art. cit., en *Festschrift Felgenhaefer* p.290 = *Ausgewählte Schriften* II p.356; b) contra Solazzi y Voci, si incluso Juliano-Africano admitían la liberación *ope exceptionis*, ¿cómo podría Ulpiano haber escrito sin más *debitor non liberabitur*? Cfr. Ulp.32 *ad Sab.*-D.24,1,3,12; c) si Ulpiano se hubiese referido a la liberación pretoria, así lo habría hecho constar, y, en tal caso, los compiladores no lo habrían eliminado, como no lo hicieron con Africano, de la misma masa y tan próximo: si ambos textos hubieran contenido la misma solución, ellos no habrían roto esa armonía; por eso, no nos parece admisible la opinión de Vangerow, Ferrini y Betti. En conclusión, creemos que las respuestas de Ulpiano y Africano eran distintas: éste admitía sólo la liberación pretoria, aquél la civil.*

es la concorde voluntad de *tradens* y *accipiens* de pagar y cobrar una deuda. El *animus furandi* de Ticio excluye la voluntad de cobrar para el acreedor, y, por consiguiente, le deja sin causa justa para adquirir del deudor²⁴⁹: sólo *ex eventu*, con la consumición de las monedas (o, antes de ésta, con la *conmixtio*), adquiere Ticio el dinero, pero no como cobrado del deudor sino como hurtado; en el momento (teórico al menos) anterior a la *conmixtio* o *confusio*, puede decirse *manent nummi debitoris*²⁵⁰. Adquiridas las monedas por Ticio, el deudor dispondrá contra aquél de la *a. furti* y de la *condictio "furtiva"*: y sería inconcebible que quedase liberado un deudor que dispone de la *condictio* para repetir lo pagado. Entonces, para explicar la liberación del deudor, la doctrina invoca la "teoría" celsina: si bien Ticio no puede adquirir la cantidad como pagada, la adquiere el acreedor, porque en la delegación ocurre como si el deudor entregara al acreedor y luego éste a Ticio; así, el dinero se hizo del acreedor en un instante lógico anterior al hurto, de modo que es él, y no el deudor, la víctima del mismo.

Sin embargo, esta "teoría" no puede ser la explicación de la liberación del deudor de nuestro texto. Desde luego, no explica la liberación del deudor de la primera parte, que paga a un antiguo *servus praepositus*, porque está claro que en ese caso no existe asomo de delegación, ni posibilidad alguna de construir una doble dación²⁵¹. Tampoco, en nuestra opinión, el supuesto de Ticio es (o, al menos, no exclusivamente) una delegación. Pero, aunque lo fuese, no sería comparable, según advierte Betti²⁵², con los que Celso y el propio Ulpiano exponen en Ulp.32 *ad Sab.*-D.24,1,3,12 como muestras de la "teoría"²⁵³: en ellos, la voluntad del delegante en relación a la *traditio* dispuesta se mantiene firme, mientras que aquí el acreedor ha prohibido a Ticio recibir; la *traditio* tiene lugar,

²⁴⁹ Cfr. BETTI, *Istitutioni* I² p.133 n.4. La imposibilidad de que Ticio adquiera resulta evidente a la vista de Iul.44 *dig.*-D.41,1,37,6: ... *nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur*. El procurador que se cree por error destinatario de lo recibido nada adquiere: la razón es la falta de convenio causal, es decir, de concordancia entre las voluntades de *tradens* y *accipiens*. Mucho menos podrá adquirir el Ticio de nuestro texto, cuya falta de causa es provocada por su actuación como *fur*.

²⁵⁰ Así Afr.7 *quest.*-D.46,3,38,1: ... *alioquin, quoniam furtum eorum sit facturum, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori ...* y Ulp.41 *ad Sab.*-D.47,2,43,1: *nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult...*

²⁵¹ Cfr. KRÜGER, *Erwerbszurechnung* p.52.

²⁵² BETTI, *art. cit.*, en *BIDR.*41(1933) 209, siguiendo a LEBEL, *art. cit.*, en *JJB.*36(1896) 109 ss.

²⁵³ Es decir: a) el marido que pretende donar a su mujer delegando a un deudor y b) el que, haciéndose pasar por procurador de mi acreedor consigue que yo ordene a mi deudor que le pague.

por tanto, contra la voluntad del delegante, que ya no está dispuesto a considerarse *accipiens* en virtud del cobro de Ticio.

Está claro, entonces, que Ulpiano va mucho más allá de lo que permitiría la "teoría" de Celso²⁵⁴. Por eso, la razón de que el deudor se libere no debe buscarse en una supuesta adquisición intermedia del acreedor²⁵⁵, sino, como sugiere la propia sede del texto, en una nueva concepción del hurto. De esta concepción sólo podemos conjeturar las líneas maestras, ya que los compiladores redujeron al mínimo lo que debió de ser una amplia discusión. Se trataría, básicamente, de pasar por encima del hecho de que las monedas pertenecían al deudor, para tener en cuenta ante todo su valor: de modo que, para Ulpiano, lo hurtado no serían las concretas monedas *-nummi-* del deudor, sino el valor de esas monedas, es decir, la *pecunia*, valor que se encuentra en el patrimonio del deudor sólo como *pecunia aliena* y que, por tanto, pertenece propiamente al acreedor²⁵⁶.

En conclusión, en este supuesto final de Ulpiano no existe, a nuestro juicio, *delegatio*, sino una simple orden de pago a un procurador; en cuanto al hecho de que sea el verbo *mandare* el empleado para aludir a ella, pueden repetirse las consideraciones que hacemos respecto de los textos n.º 19 y 20: *mandare* no se refiere al contrato ni al *iussum* del delegante, de modo que resulta injustificado extraer, de su empleo en este caso, conclusiones acerca de la proximidad entre ambos.

§84 Menos problemático resulta nuestro siguiente texto:

²⁵⁴ THOMAS, art. cit., en *Studi Grosso* II p.416 n.35, ha intentado explicar nuestro texto sin recurrir a la "teoría" celsina: para él la diferencia entre Juliano-Africano y Ulpiano obedece a que éste último consideraba la entrega a un procurador como *traditio* al principal, mientras que en la época de Juliano lo normal era pensar que el procurador debía llevar las monedas al principal, realizándose entonces la *traditio*. Esta evolución en la construcción de la procura habría hecho posible en Ulpiano la adquisición del principal y, con ella, la liberación del deudor. Thomas olvida que Ticio es un *fur*, un *falsus procurator*, que pretende apropiarse del dinero, lo que hace imposible que el principal adquiera a su través. También JAKOBS, art. cit., en SZ.91(1974) 242 y n.75, ha intentado desligar nuestro texto de la "teoría" celsina; para una crítica de su opinión, vid. KASER, art. cit., en *Labeo* 26(1980) 44.

²⁵⁵ Fallido el intento de KUPISCH, art. cit., en SZ.93(1976) 94 (a quien sigue KRÖGER, *Erwerbzurechnung* p.52 ss.), de justificar la liberación del deudor sin recurrir a una adquisición de tránsito por el acreedor: para su crítica, vid. KASER, art. cit., en *Labeo* 26(1980) 44 s.

²⁵⁶ Partiendo de aquí, el deudor se libera porque: a) entregó lo debido de buena fe a quien había estado habilitado para cobrar, y b) esa entrega resulta definitiva, ya que, al no ser él sino el acreedor la víctima del hurto, no le corresponde ni la *a. furti* ni la *condictio "furtiva"* contra Ticio. Esta liberación es excepcional, porque Ticio carece de *causa adquirendi*, de modo que no existe propiamente *solutio*.

23) Paul.32 *ad ed.*

D.17,1,26,1

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

Este texto es citado por Endemann²⁵⁷ como ejemplo del uso de *mandare* para designar la iniciativa del delegante. Sin embargo, no cabe tampoco aquí hablar de "indiferencia terminológica", por la misma razón que para Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2 (*supra* §82 n°21): el supuesto descrito abarca tanto la hipótesis de Ticio delegatario como la de Ticio procurador, de modo que está justificado que Paulo se aparte de la estricta terminología de la delegación.

El texto todavía proporciona otro argumento a los defensores de la "teoría del mandato", que sólo Rutsaert²⁵⁸ aprovecha: su ubicación, en los comentarios *ad edictum* de Paulo, en sede *mandati vel contra*²⁵⁹, formando parte de un pasaje que comienza exponiendo la regla *mandatum solvitur morte*. ¿Debemos deducir de esta ubicación que entre acreedor y deudor existe para Paulo, incluso cuando Ticio actúa como delegatario, un mandato²⁶⁰?

Parece claro que nada obsta a la validez de un contrato de mandato cuyo objetivo sea obligar al mandatario a pagar a una determinada persona lo que ya de antemano debía al mandante; sin embargo, la ubicación del texto no es, a nuestro juicio, prueba suficiente de que Paulo considere mandatario al deudor²⁶¹. Resulta ya un lugar común hablar del descuido de los clásicos respecto al sistema, y de la libertad con que incluían, en el estudio de una institución, referencias a otras más o menos afines²⁶². Que este es el caso en el texto de Paulo resulta, como veremos, de su comparación con el muy semejante Gai.3,160, que también trata del principio *mandatum solvitur morte*. Gayo comienza, como

²⁵⁷ ENDEMANN, p.16.

²⁵⁸ RUTSAERT, p.50 n.1.

²⁵⁹ Cfr. LENEL, *Palingnesia* I col.1030, ad fr.488 Paul.

²⁶⁰ Esta es la opinión de BESELER, *Romanistische Studien*, en SZ 50(1930) 54. Para Beseler, es precisamente la condición de mandatario del deudor lo que hace posible su liberación. Beseler excluye (vid. *supra* §79 n.191) con carácter general, como dogma indiscutible, la liberación *ipso iure* del deudor que paga de buena fe en manos objetivamente falsas. Según Beseler, el deudor de nuestro texto, de haber recibido un simple *iussum*, no se podría haber liberado sino *ope exceptionis*, porque el *iussum*, cuyos efectos son determinados estrechamente por el *ius civile*, no puede sobrevivir a quien lo dió, en cambio, la buena fe del mandatario que cumple *post mortem* le permite utilizar la *a. mandati*, gracias a su redacción *ex fide bona*. En opinión de Beseler es esta *a. mandati* el instrumento del que aquí se valdría el deudor para liberarse: *liberari eum oportet* no significa que el deudor se libere, sino que adquiere *ex mandato* una reclamación de libertad frente a los herederos del mandante, que éstos deberán hacer efectiva, para evitar ser condenados, mediante *acceptilatio* o *solutio per aes et libram*.

²⁶¹ Tampoco prueba nada, según ya sabemos, el uso de *mandare*: vid. *supra* §65.

²⁶² Vid., por todos, KASER, *RPR* I² D.187 s.

Paulo, enunciando el principio²⁶³; como Paulo, también él aclara a continuación que la muerte del mandante no debe afectar al mandatario que ejecutó el encargo ignorándola, a quien se concederá, *utilitatis causa*, la *a. mandati*²⁶⁴. Al final, Gayo añade:

... 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.

Aquí no se trata ya de la *a. mandati*, sino de la liberación del deudor que paga al *dispensator* manumitido. Aunque este no es un supuesto de mandato, Gayo lo incluye por evidente razón de analogía: al igual que el decaimiento de la habilitación del cobrador no afecta al deudor que la ignora, tampoco la muerte del mandante al mandatario que la desconoce. Pues bien, éste último supuesto de Gayo es en todo comparable al de Paulo que nos ocupa. Como Gayo, Paulo ilustra la conveniencia de conceder una acción al mandatario ignorante invocando la conocida doctrina de la liberación del deudor de buena fe. No hay que pensar, por tanto, que el deudor del texto de Paulo es un mandatario: en su explicación de las limitaciones al principio *mandatum morte solvitur*, Paulo, como Gayo, recurre analógicamente a un supuesto que no es de mandato. Una analogía semejante existe, a nuestro parecer, en Ulp.76 *dig.*-D.39,5,19,3²⁶⁵, lo que confirma nuestra opinión.

§85 Según v. Salpius²⁶⁶, nuestro siguiente texto contiene también un supuesto de delegación, descrito con el verbo *mandare* debido a la existencia de un contrato de mandato en la relación de cobertura ente delegante y delegado:

24) Ulp.29 *ad ed.*

D.15,1,3,6

²⁶³ Gai.3,160: *Item, si adhuc integro mandato mors alterutrius [alicuius] interveniat, id est vel eius cui mandavit vel eius cui mandatum susceperit, solvitur mandatum. ... Paul.32 ad ed.-D.17,1,26pr.: Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. ...*

²⁶⁴ Gai.3,160: *... 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 [non] adfert. Paul.32 ad ed.-D.17,1,26pr.: ... Si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare.*

²⁶⁵ En este texto (*infra* §104, §125), la disposición de los supuestos es la inversa: parte de un caso de delegación, ejecutada por un deudor delegado que ignora la muerte del delegante, y, para justificar la liberación de este deudor, invoca la *a. mandati* concedida al mandatario que ejecuta ignorando la muerte del mandante.

²⁶⁶ v. SALPIUS, p.56.

Julianus quoque libro duodecimo digestorum scribit, si servus mandaverit, ut creditori meo solveretur, referre ait, quam causam mandandi habuerit: si pro creditore suo solvi mandavit, esse obligatum dominum de peculio: quod si intercessoris officio functus sit, non obligari dominum de peculio.

Escribe Juliano en el libro doce de sus *digesta*: si un esclavo hubiese mandado que se pague a mi acreedor, habrá que ver la causa que tuvo para mandar; si mandó que se pagase en favor de un acreedor suyo (es decir, si yo soy acreedor del esclavo o, lo que es lo mismo, del peculio²⁶⁷), el dueño queda obligado por la acción de peculio; pero si el esclavo hizo las veces de *intercessor* (es decir, si actuó en exclusivo interés del tercero deudor *-ego-*, no en interés del peculio o del dueño), el dueño no se obliga por la acción de peculio.

Que entre el esclavo y el *solvens* exista un contrato de mandato no es seguro, en ausencia de mención expresa de la *a. mandati*, pero parece probable²⁶⁸: la *a. de peculio* que se trata de ejercitar contra el *dominus* sería, entonces, la correspondiente a la *a. mandati contraria* contra el mandante. Sin embargo, la interpretación de v. Salpius no es satisfactoria, por excesivamente simplificadora. Puesto que Juliano se ocupa únicamente de la posibilidad de que el intermediario se dirija contra el *dominus*, la relación entre el esclavo y *ego* queda en la sombra, salvo en lo relevante para aquella cuestión. Así, el texto parece abarcar tanto la hipótesis de que esclavo actúe por propia iniciativa, como por voluntad de *ego*: pues bien, en este último caso, no es el esclavo quien delega, sino *ego* quien (como acreedor o como donatario) delega al esclavo: *mandare* no se referiría ya, por tanto, a la iniciativa del delegante²⁶⁹. En el caso contrario, de que el esclavo mandase pagar en favor de *ego* por iniciativa

²⁶⁷ Esta es, a nuestro juicio, la única interpretación posible que admite *pro creditore suo* a la vista del previo *creditori meo*, sin embargo, este modo de expresarse, para aludir a la existencia de una deuda entre el *servus* (i.e. el peculio) y *ego*, resulta bastante extraña; por eso, BURDESE, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, en *Studi in onore di A. Biscardi I* (Milano 1982) p.148, opta por corregir *ut creditori [meo (?)] solveretur*. Hace incomprensible el texto, en fin, la interpretación de BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei "servi"* (Napoli 1976) p.111, para quien *creditori meo* se refiere a un acreedor del *dominus* y *pro creditore suo* a uno del propio *servus*.

²⁶⁸ Vid., en este sentido, la continuación (§7) del texto de Ulpiano. En todo caso, se trata de un simple *mandatum solvendi*, no de un *mandatum pecuniae credendae*, como sorprendentemente escribe BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae*² (Torino 1974) p.17 y *La capacità processuale dello schiavo*, en *Labeo* 21(1975) 163 n.77.

²⁶⁹ En tal supuesto, el mandato (suponiendo que exista) no ocupa el lugar de la atribución patrimonial de cobertura, sino que permanece fuera de la delegación. En efecto, junto a la atribución patrimonial de valuta *ego*→*creditor meus* (a título de *solutio*), existe también una de cobertura *servus*→*ego*: a título de *solutio*, si el esclavo actuó como deudor de *ego*, de *donatio*, si como *intercessor donandi animo*, de *credendum*, si intercedió como mutuante. Como se ve, el papel de delegado no corresponde al mandatario, sino al esclavo mismo: de él procede la atribución patrimonial de cobertura que adquiere el delegante *ego*.

propia²⁷⁰, el contrato de mandato entre *ego* y el intermediario ocuparía -como dice v. Salpius- el lugar de la atribución patrimonial de cobertura: pero veremos más adelante (*infra* §127 s.) que el híbrido resultante, combinación de una atribución patrimonial directa²⁷¹ (semejante a la de *valuta*) y un contrato de mandato, no puede ser considerado ya una auténtica *delegatio*. En definitiva, en ninguna de las dos hipótesis posibles se refiere *mandare* a la iniciativa de un delegante.

§86 También el *mandavi* de nuestro siguiente texto podría interpretarse como la iniciativa de un delegante:

25) Ulp.76 *ad ed.*

D.44,4,4,19

Mandavi Titio, ut a te stipularetur, deinde Titius Seio, et stipulatus a te Seius est et iudicium edidit: ait Labeo excipiendum esse tam de meo quam et Seii dolo.

Mandé a Ticio que estipulase de ti²⁷²; Ticio mandó a Seyo; Seyo estipuló, y entabló la acción contra ti. La cuestión parece ser: ¿puedes oponer, frente a la reclamación de Seyo, una *exceptio* basada en la conducta dolosa de cualquiera de éstos, *ego*, Ticio y Seyo? Labeón dice que *tu* puede oponer a Seyo la *exceptio doli* tanto por el dolo de *ego* como por el de Seyo mismo.

Podría pensarse en Ticio y Seyo como sucesivos delegatarios²⁷³, que estipulan para sí, en virtud de un convenio causal previo entre *ego* y Ticio, en primer lugar, y entre Ticio y Seyo, en segundo lugar. Tal interpretación no

²⁷⁰ En esta hipótesis, si el esclavo actuó como deudor de *ego*, necesitará -al haberlo hecho por propia iniciativa- que éste ratifique para liberarse *ipso iure*, si *ego* se niega, el esclavo contará, en el mejor de los casos, con una *exceptio doli* (cfr. Gai.30 *ad ed. prov.*-D.44,4,6).

²⁷¹ La existencia de esta atribución patrimonial en el caso propuesto parece clara cuando el esclavo, que por propia iniciativa manda pagar, actúa como deudor de *ego*: porque, entonces, si lo pagado fuese indebido (i.e., si *ego* resultase no ser deudor de quien recibió el pago), la *condictio* no correspondería al intermediario, sino directamente al esclavo mandante (es decir, a su dueño): vid. *infra* §124. Más injusta puede parecer esta solución en el caso de que el esclavo hubiera actuado *intercessoris officio*: entonces, podría considerarse más oportuno conceder al intermediario -que no puede dirigirse contra el *dominus*- la posibilidad de repetir lo pagado; pero esto no sería fácilmente viable, porque lo cierto es que él no pagó en propio nombre, sino como simple mandatario.

²⁷² En el texto no consta que *ego* sea acreedor de *tu* (ni, por tanto, que la estipulación sea *novatoria*), como quiere BENÓHR, art. cit., en SZ.87(1970) 133. Cabe pensar en cualquier *causa promittendi* (donación, dote, mutuo, etc.), no necesariamente el pago de una deuda preexistente.

²⁷³ MOHLENBRUCH, *Cession*³ p.124 s.; GIDE, p.262 n.2. Según COSENTINO, p.321, con esta interpretación (que él, sin embargo, rechaza) podrían superarse las dificultades que plantea la *exceptio doli* a la que se refiere el texto; en esto, Cosentino se equivoca, a nuestro juicio: es precisamente, como veremos, el régimen de la *exceptio doli* lo que excluye que pueda tratarse de una *delegatio*.

convence²⁷⁴, porque, si estuviésemos ante un supuesto de delegación, Labeón no afirmaría tan resueltamente que *tu* puede oponer excepción por el dolo de *ego*: y es que, como sabemos (*supra* §21 nn.279 y 281), por regla general el delegado no puede oponer excepciones basadas en su relación con el delegante, a la que el delegatario es ajeno. La respuesta de Labeón se explica mejor si se piensa en Ticio y Seyo como sucesivos mandatarios²⁷⁵. Entonces, es lógico que a Seyo le perjudique tanto su propio dolo como el de *ego*: el suyo, porque es él quien estipuló de Ticio; el de *ego*, porque lo hizo como mandatario de *ego*, es decir, porque la estipulación trae su causa en *ego*²⁷⁶; el dolo de Ticio es, en cambio, conforme a estos parámetros, irrelevante²⁷⁷.

Hay que concluir, por tanto, que el texto no se refiere a un supuesto de delegación, sino a un simple *mandatum stipulandi*.

§87 Demasiado lacónico para una interpretación segura resulta:

²⁷⁴ Así: v. SALPIUS, p.430 y n.7; PERNICE, *Labeo* I p.502; SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 76 y n.1; COSENTINO, p.321 ss.; BENÖHR, art. cit., en SZ.87(1970) 133.

²⁷⁵ El supuesto no es extraño: si Ticio no puede cumplir el mandato de estipular del futuro deudor (por ejemplo, por haber anulado el proyectado viaje al lugar donde se encuentra el promitente, con ocasión del cual se le encargó estipular), puede preferir, en lugar de renunciar al mandato, encargar a otro (que sí va a realizar ese viaje) que lo cumpla; Ticio seguirá respondiendo frente a mí, y Seyo frente a Ticio. El texto parece, así pues, un ejemplo de ejecución de crédito de mandato mediante sustituto. DONATUTI, art. cit., en BIDR.33(1923) 178 ss., sostuvo, frente a la opinión tradicional, que la sustitución sólo era posible si el mandante la autorizaba expresamente. Contra Donatuti: LONGO, *Sul mandato incerto*, en *Scritti in onore di C. Ferrini* II (Milano 1947) p.137 ss.; SANFILIPPO, *Esecuzione del mandato mediante sostituto*, en AUCA.1(1947) 167 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.161 ss.

²⁷⁶ SCHULZ, art. cit., en SZ.33(1912) 76 n., considera que Labeón, como Africano en 8 *quaest.*-D.21,1,51,1, habría permitido alegar únicamente el dolo del mandatario estipulante (Seyo), y que fueron los compiladores quienes quisieron hacer oponible también el del mandante (*ego*) (vid. en el mismo sentido, BETTI, *Istituzioni* I² p.229 y n.61 i.f.); además de la contradicción con el mencionado texto de Africano (a), Schulz aduce: b) ¿por qué no es también relevante el dolo del segundo mandante? c) tras *tam*, procede *quam*, no *quam et* [cfr. también WLASSAK, *Die klassische Prozessformel* (Wien 1924) p.97]. De estas objeciones, "c" nos parece muy débil; sobre "b", vid. *infra* n.277, en cuanto a "a", aunque admitiésemos como auténtico el *non* de la frase final de Africano, *ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam*, el argumento que de la misma extrae Schulz seguiría siendo, a nuestro juicio, inadmisibles; no sólo se trata de distintos juristas, Africano y Papiniano, sino, lo que es más importante, considerando el modo de operar de los clásicos, de casos distintos: una cosa es la *scientia* del *dominus negotii* para quien un *procurator* compra un esclavo con vicios, y otra es el dolo de quien, en lugar de estipular él mismo, encarga a un mandatario que lo haga.

²⁷⁷ Contra BENÖHR, art. cit., en SZ.87(1970) 134. El dolo de Ticio es irrelevante porque, ni llegó a estipular, i.e., a hacerse acreedor de *tu*, ni la promesa que *tu* hace a Seyo trae su causa en él, sino en *ego*. En realidad, dado que Ticio no llegó a entrar en relación con *tu* respecto al crédito, una actividad dolosa por su parte frente a *tu* es difícilmente concebible.

26) Paul.62 *ad ed.*

D.46,3,56

Qui mandata solvi, ipse videtur solvere.

Este texto es tradicionalmente invocado para mostrar la eficacia de la delegación en la relación de valuta delegante-delegatario, del mismo modo que se invoca Paul.17 *ad Plaut.*-D.50,17,180 para la relación de cobertura delegado-delegante. La interpretación prácticamente unánime del mismo es, así pues, la siguiente: el pago que A dispone como delegante en favor de su acreedor C, libera a A como si él mismo lo hubiera realizado²⁷⁸. El texto sería, por tanto, un ejemplo del uso de *mandare* en lugar de *tubere* para referir la iniciativa del delegante²⁷⁹. Sin embargo, la seguridad que muestra la doctrina en que Paulo trataba específicamente de la *delegatio solvendi* nos parece injustificada: ya a primera vista, parece claro que en el mismo cabe, junto con el pago mediante delegado, el realizado a través de un procurador o mandatario²⁸⁰, lo que basta para justificar el empleo de *mandare* y descartar la acusación de "indiferencia terminológica".

Por otro lado, no acaba de parecernos plausible que Paulo se refiriese aquí tan solo a la eficacia liberatoria del pago dispuesto por el deudor. Así entendido, el texto resulta trivial, porque la misma eficacia liberatoria la tiene el pago realizado por un tercero cualquiera, *ignorante vel invito debitore*²⁸¹. Además, esta interpretación no aclara la conexión del texto con las materias de Paul.62 *ad ed.*: según Lenel, "*de Serviana actione*", "*de pactionibus cum herede factis*" y "*de curatore bonis dando: quae fraudationis causa gesta erunt*". El propio Lenel se limita a sugerir la posibilidad de que el texto se ubicase bajo "*de*

²⁷⁸ GOLDSCHMIDT, art. cit., en SZ.10(1889) 389; BETTI, art. cit., en BIDR.41(1933) 169; BETTI, *Sul carattere causale della traditio classica (a proposito di studi recenti)*, en *Studi in onore di S. Riccobono IV* (Palermo 1936) p.128; BETTI, *Istituzioni I*² p.227 y n.48; SANFILIPPO, art. cit., en *Studi Solazzi* p.563; AMELOTTI, *La "donatio mortis causa" in Diritto romano* (Milano 1953) p.193; BIONDI, art. cit., en [*Studi Paoli* p.97 ss. =] *Scritti III* p.293 y p.297; AMELOTTI, *recensión de Studi Paoli*, en *IVRA* 8(1957) 451; HAEBERLIN, pp.109 y 117; ENDEMANN, p.28; v. LUBTOW, *Darlehensbegriff* p.30; KASER, *RPR.I*² p.650 n.34; SACCONI, *Delegazione* p.129, p.136 n.16; WAGNER, *recensión a Sacconi (Delegazione)*, en SZ.91(1974) 463 y n.69; JAKOBS, art. cit., en SZ.91(1974) 214; KASER, art. cit., en *Labeo* 26(1980) 29; KUPISCH, *Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht: zur Leistungskondition im Drei-Personen-Verhältnis* (Berlin 1978) p.30 n.68; HARDER, *recensión a Kupisch (Gesetzespositivismus)*, en SZ.97(1980) 508; KUPISCH, art. cit., en *Studi Sanfilippo II* p.298 n.44, p.299 n.50.

²⁷⁹ Así, HAEBERLIN, p.106 y n.27, p.108 n.46.

²⁸⁰ En este sentido, es más correcta la interpretación más general de SOLAZZI, *Estinzione I*² p.41 y n.2: "può anche pagare il mandatario o delegato del debitore". Cfr. también SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht*, en SZ.59(1939) 458 n.1; APATHY, "*Procurator*" und "*solutio*", en SZ.96(1979) 84.

²⁸¹ Por todos, KASER, *RPR.I*² p.636 y n.13, con lit.

pactionibus ...: "similiter qui mandat procuratori, ut paciscatur, ipse videtur pacisci"²⁸². Aunque la brevedad del texto impide una solución segura, nos parece más probable que proceda de "*quae fraudationis causa ...*": Paulo equiparaba, a los efectos del interdicto fraudatorio, al deudor que paga a uno de los acreedores violando la *par condicio creditorum*²⁸³, con el que manda a un intermediario cualquiera -delegado, mandatario, procurador- que pague.

§88 El único texto en que *mandare* aparece referido a un supuesto exclusivamente de delegación es:

27) Pap.8 resp.

D.31,77,6

Maevio debitori suo reus stipulandi mandavit, ut Titio, cui mortis causa donabat, pecuniam debitam solveret. cum sciens dominum vita decessisse Maevius pecuniam dedisset, non esse liberationem secutam constitit nec, si Maevius solvendo non esset, in Titium actionem solidi vel iure Falcidiaee dandam esse, quia mortis causa cepisse non videretur diversum probandum foret, si Maevius ignorans dominum vita decessisse pecuniam errore lapsus dedisset: tunc enim portio iure Falcidiaee revocaretur.

Un estipulante manda a su deudor Mevio que pague a Ticio, a quien pretende donar por causa de muerte. Si Mevio, sabiendo que el estipulante ha muerto, paga a Ticio, es claro que no se libera²⁸⁴: los herederos del estipulante disponen contra él, por tanto, de la acción surgida de la estipulación; pero, ¿y si el deudor es insolvente? ¿pueden, en tal caso, dirigirse contra Ticio?²⁸⁵ Papiniano

²⁸² LENEL, *Palingenesia* I col.1080 n 5, ad fr.744 Paul.

²⁸³ Es cierto que, por regla general, se considera que no hay fraude en el pago a un acreedor pues éste se limita a recibir lo suyo: *apud Labeonem scriptum est eum, qui suum suscipiat, nullam videri fraudem facere* (Ulp.66 *ad ed.*-D.42,8,6,6). Sin embargo, al constituirse el concurso de acreedores a partir de la *missio in bona*, comienza a regir el principio de la *par condicio creditorum*: Ulp.66 *ad ed.*-D.42,8,6,7; Ulp.73 *ad ed.*-D.42,8,10,16; vid. X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico* (Roma-Madrid 1974) p.116 ss. El texto de Paulo se refería, por tanto, a la situación de concurso creada tras la *missio in bona*.

²⁸⁴ La razón: él es ahora deudor de los herederos del estipulante, sin la conformidad de los cuales no puede liberarse pagando a un tercero; la voluntad del difunto estipulante, de que pagara a Ticio, no cuenta ya, pues ha muerto con él.

²⁸⁵ En opinión de KÜBLER, *Bemerkungen über die Bedeutung der Insolvenz für die Gestaltung von Rechtsverhältnissen*, en *Studi in memoria di Aldo Albertoni* I (Padova 1934) p.504, la frase [*si Maevius solvendo non esset*] es interpolada. A nuestro juicio, sin embargo, resulta perfectamente razonable: a los herederos del acreedor sólo les interesa dirigirse contra el donatario en el caso de que el deudor, que sigue siéndolo, sea insolvente: cfr. AMELOTTI, *Donatio m.c.* p.195 n.53; SCHWARZ, *Die Rechtswirkungen der lex Falcidia*, en SZ.63(1943) 333. Por otro lado, parece razonable pensar que el dato de la insolvencia del deudor estaba en el caso al que Papiniano respondió, y fue, de hecho, lo que motivó la consulta: en efecto, no cabe pensar que Papiniano se plantee la insolvencia como mera hipótesis, como para completar la respuesta

rechaza tal pretensión, tanto por el todo²⁸⁶ como por la parte de la Falcidia. La posibilidad de invocar la lesión de la *quarta* para revocar una donación *mortis causa* existía desde que una constitución de Severo, mencionada en un rescripto de su nieto Alejandro (C.6,50,5²⁸⁷), extendió la Falcidia también a éstas. Sin embargo, Papiniano la rechaza en este caso, *quia mortis causa cepisse* (sc. *Titium*) *non videretur*: prueba evidente de que Ticio no ha adquirido nada *mortis causa* es que los herederos del acreedor conservan la acción de la estipulación contra Mevio y, por tanto, nada han perdido que Ticio hubiera podido adquirir. La situación sería diferente, como el propio Papiniano aclara, si Mevio hubiese pagado a Ticio ignorando la muerte del acreedor: entonces, la buena fe de Mevio justificaría su liberación²⁸⁸, y los herederos, que perderían de este modo la acción de la estipulación contra él, podrían dirigirse contra Ticio, por la parte en que lo recibido por éste lesionase su derecho a la *quarta Falcidia*²⁸⁹.

contemplando todas las posibilidades, siempre que el *responsum* de un jurista concede acción contra alguien, cabe la posibilidad de que sea insolvente, y no por ello se entra en la cuestión. Si Papiniano lo hace en este caso es, sin duda, porque la insolvencia de Mevio figuraba entre los datos de hecho de la cuestión que motivó el *responsum*.

²⁸⁶ Se ha considerado que la referencia en el texto a la acción por el todo, *solidi actio*, está interpolada; en este sentido, SCHWARZ, art. cit., en SZ. 63(1943) 334, arguye que la explicación *quia mortis causa cepisse non videretur* sólo sirve para negar la acción por la parte de la Falcidia, no por el total. Este argumento, sin embargo, no resulta concluyente. En todo caso, nos parece fuera de cuestión preguntarse (cfr. KUBLER, art. cit., en *Studi Albertoni* I p.505) qué acción se oculta bajo la expresión *solidi actio*: Papiniano no se refiere, a nuestro juicio, a ninguna acción en concreto, sino que se limita a negar que exista acción alguna contra Ticio por el total de la deuda. Contra la expresión *solidi actio*, vid. KUBLER, art. cit., en *Studi Albertoni* I p.505; SCHWARZ, art. cit., en SZ. 63(1943) 334 y n.70; AMELOTTI, *Donatio m.c.* p.195 n.53. A nuestro parecer, la expresión se explica por contraposición a la reclamación "parcial" *iure Falcidiae*, y es claro que no designa un tipo de acción, sino el contenido de la acción: ésta no es la única vez que Papiniano recurre al genitivo, para indicar, no el tipo de acción, sino su contenido (así, *actio indebiti* en 3 *resp.*-D.12,6,57,1, y 7 *resp.*-D.34,1,8: vid. *infra* §128 y n.119). — Si el pago hecho a Ticio generase, como *solutio indebiti*, una *condictio* a favor del insolvente Mevio, Papiniano forzaría su cesión a los herederos, a cambio de la liberación; pero Mevio, como todo el que paga a sabiendas a quien no está ya facultado para recibir el pago, carece de *condictio* para repetirlo; cfr., en este sentido, Ulp.26 *ad ed.*-D.12,6,26,8: *Qui filio familias solverit, cum esse eius peculiaris debitor, si quidem ignoraverit ademptum ei peculium, liberatur: si scit et solvit, conductionem non habet, quia sciens indebitum solvit.*

²⁸⁷ C.6,50,5: *Idem* (sc. *Imp. Alexander*) *A. Samosatae*: *Si mortis causa immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis Falcidia ratione secundum constitutionem divi Severi avi mei uti potes* [a. 223]. Cfr., además, Pap.13 *resp.*-D.39,6,42,1. Sobre esta cuestión, vid. SCHWARZ, *War die "lex Falcidia" eine "lex perfecta"?*, en *SDHI*.17(1951) 237 ss.

²⁸⁸ Vid. *supra* §79 y n.191, sobre el principio de la liberación del deudor de buena fe.

²⁸⁹ Puede sorprender que, en este supuesto de que Mevio pague ignorando la muerte del acreedor, Papiniano no distinga según que el donatario Ticio, por su parte, la conozca o la

El negocio que Papiniano describe es, sin lugar a dudas, una delegación: la intención del estipulante que delega a su deudor Mevio es fusionar, en una sola *traditio*, la atribución patrimonial con causa de *solvere* que él estaba en situación de recibir de Mevio, y la *donatio mortis causa* con que pretendía, a su vez, favorecer a Ticio. Sobre el uso de *mandare* en relación a un *iussum* técnico, nos remitimos a las consideraciones de (*infra*) §91 i.f. La circunstancia de que, en este caso, *mandare* ocupe precisamente el lugar del *iussum delegantis* no es irrelevante; sin embargo, no es necesario subrayar hasta que punto resultaría injustificado hablar, sobre la base de este único texto, de un "uso indiferente" de *tubere* y *mandare* para el *iussum* del delegante.

§89 En los dos textos siguientes, no es ya el verbo *mandare*, sino el sustantivo *mandatum* el que supuestamente ocupa el lugar del *iussum delegantis*. Veamos, en primer lugar:

28) Iul.54 dig.
D.46,3,34,4

Si nullo mandato intercedente debitor falso existimaverit voluntate mea pecuniam se numerare, non liberabitur. et ideo procuratori, qui se ultro alienis negotiis offert, solvendo nemo liberabitur.

Este texto se encuentra a continuación de nuestro n°18, en el que Juliano explicaba por qué los deudores que pagan a un procurador cuya destitución ignoran se liberan igualmente: porque quien nombra un procurador se entiende que manda a los deudores que le paguen. Ahora, Juliano prosigue: si *nullo mandato intercedente*, un deudor creyera erróneamente pagar conforme a mi voluntad, no se libera, y, por eso, nadie se liberará pagando a un procurador que espontáneamente se ofrece para gestionar negocios ajenos.

El texto es incluido por Solazzi²⁹⁰ entre los ejemplos de "uso promiscuo" de *tubere* y *mandare* (*mandatum*) en las fuentes, si bien, a su juicio, hay que ver en [*nullo mandato intercedente*] un glosema o interpolación. Esta crítica nos

ignore. Y es que, si Ticio sabe que el acreedor ha muerto no puede ya recibir como donatario: en efecto, el convenio causal de la *traditio* es un simple acuerdo de voluntades, que no puede sobrevivir a una de las partes, porque los herederos suceden en las relaciones jurídicas del difunto, pero no en su voluntad; por eso, el convenio de *donare* pierde su eficacia como *causa adquirendi* en cuanto Ticio conoce la muerte del deudor a quien le quería donar. En tal caso, Ticio no recibiría una donación *mortis causa*, sino que lucraría -sin causa- una cantidad, que los herederos, por tanto, podrían repetir con la *condictio* como *data "ex eventu"*. Puesto que este extremo no se recoge en el texto, hay que pensar que, entre los datos de hecho de que Papiniano partía, figuraba también la ignorancia del donatario.

²⁹⁰ SOLAZZI, *Estinzione* I² p.59 n.1 i.f.

parece infundada²⁹¹; tampoco hay razón para referir las palabras de Juliano a la *delegatio*: aunque el carácter más general de la primera frase (*si nullo liberabitur*) respecto de la segunda (*et ideo liberabitur*)²⁹², la haría también teóricamente aplicable al caso del deudor que cree haber sido delegado, es claro, a la vista del precedente §3 y de la mencionada segunda frase, que Juliano está pensando ante todo en los pagos a un *procurator*.

Lo relevante para que el pago a un tercero libere no es que éste haya concluido o no un contrato de mandato con el acreedor *ego*, sino que actúe o no por encargo de éste (i.e., *voluntate mea*). Por eso, en nuestra opinión, *mandatum* no se refiere aquí al contrato, sino al simple encargo, en cuanto éste habilita al tercero para cobrar del deudor²⁹³, es decir, en cuanto supone la asunción anticipada frente al deudor del cobro realizado por el tercero²⁹⁴; el significado de *nullo mandato intercedente* sería, por tanto, "no habiendo precedido un encargo que habilite al tercero²⁹⁵ para cobrar por cuenta del acreedor".

En definitiva, tampoco de este fragmento -que no se refiere a la delegación, sino principalmente a la procura, y en el que *mandatum* no alude al contrato sino al encargo unilateral del acreedor-, es legítimo extraer conclusiones respecto de la relación entre el *iussum delegantis* y el contrato de mandato. El hecho de que Juliano emplee *mandatum* para aludir a la habilitación para el cobro que la moderna dogmática gusta de designar con los términos "iussum" o "Ermächtigung", se explica fácilmente porque, como veremos (*infra* §91 i.f.), la actitud de los clásicos no es, tampoco en la elección de los términos, dogmática, sino descriptiva.

²⁹¹ Vid. ANGELINI, *Procurator* p.157 n.254. Cfr., por lo demás, SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, en [RIL.56(1923) 142 ss. =] *Scritti di Diritto romano II* (Napoli 1957) p.560.

²⁹² Con la segunda frase, Juliano extrae (*et ideo*) de la doctrina formulada en la primera de modo general, la solución para un supuesto concreto. Por eso, no creemos que de esta segunda frase se pueda decir que es "una vana ripetizione di quel che già si era detto", como quiere ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.67, para justificar su eliminación, siguiendo el ejemplo de BESELER, art. cit., en SZ.45(1925) 485; cfr. también NICOSIA, *Deiectio I* p.119. Contra Arangio-Ruiz, vid. ANGELINI, *Procurator* p.158, y (aunque apoyándose en la errónea idea de que el segundo caso es una generalización del primero) QUADRATO, art. cit., en *Labeo* 20(1974) 212 s.

²⁹³ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.66: "... si nega al inizio ... che abbia efficacia liberatoria il pagamento fatto a persona non autorizzata mediante mandato ..."; ANGELINI, *Procurator* p.157: "Qualora invece, continua Giuliano nel paragrafo 4, non ci sia stata autorizzazione, ..."

²⁹⁴ Cfr. HAYMANN, art. cit., en BIDR.51-52(1948) 404 s., que entiende el "mandato" del texto en el sentido de "Ermächtigung"; del mismo modo, KASER, art. cit., en *Festschrift Felgentraeger* p.283 n.29 = *Ausgewählte Schriften II* p.349 n.29.

²⁹⁵ Este modo de entender la frase nos parece más natural que el propuesto por DONATUTI, art. cit., en [AUPE.33(1921) 681 =] *Studi I* p.141, para quien (quizá sobre la base de un rígido paralelismo con el *mandare* del precedente §3) el mandato al que se alude se refiere a acreedor y deudor, no al *procurator*. Contra Donatuti, vid. también ANGELINI, *Procurator* p.157 n.254.

§90 En nuestro último texto, el sustantivo *mandatum* parece referirse a una relación descrita poco antes con el verbo *tubere*; pero, como veremos, esto es probablemente el resultado de un glosema postclásico:

29) Paul.2 *manual.*

D.46,3,108

Ei, qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, 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].

Aunque nos interesa principalmente la segunda parte del texto (*ei autem* fin), nos ocuparemos brevemente de la primera. El supuesto en ella descrito podría entenderse de tres maneras: a) yo mando a alguien (*is*) que estipule después de mi muerte; b) yo mando a *is* que estipule y, cuando éste se decide a cumplir el encargo, yo ya he muerto; c) yo mando a *is* que concluya ya una estipulación "para después de mi muerte", es decir, del tipo "*centum mihi post mortem suam* (sc., de *ego*) dari spondes?" Esta última es, a nuestro juicio, la interpretación correcta²⁹⁶: las palabras *post mortem meam* no se refieren al

²⁹⁶ De hecho, la mayor parte de los autores que se han ocupado del texto la dan por supuesta, sin molestarse en justificarla: SOLAZZI, *Estinzione* I² p.74; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.149 ss.; SANFILIPPO, art. cit., en *Studi Solazzi* p.562 ss.; VOGLI, *DER.I²* p.269 s.; ARCHI, *Una "nota" di Trifonino a Scevola (mortis causa capio; mandato; adstipulatio; fideicommissum)*, en *Festschrift für E. Rabel II* (Tübingen 1954) p.24 s.; VAN OVEN, *Clauius 3.158: Mandatum post mortem mandantis*, en *Symbolae R. Taubenschlag I [= Eos 48 1(1956)]* p.539; WATSON, *Mandate* pp.137 y 151; COSENTINO, p.327. Sólo BROISE, *Appunti sull'ultimo donandi*, en *BIDR.67(1964)* 240, y RABIE, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz IV* p.269 s., se detienen en justificar esta interpretación (éste último, con argumentos poco convincentes y creyendo, además, ser el primero en adoptarla). — Según la interpretación "a", el cumplimiento del mandato de *ego* habría de emprenderse después de su muerte: *m[andatum] p[ost] m[ortem] mandatoris*. Cfr., en este sentido, NASSALLI ROCCA, *Il mandato. Studi di diritto romano* (Campobasso 1902 = Roma 1972) p.67 ss.; DI MARZO, art. cit., en *Scritti Ferrini I* p.235. A nuestro juicio, sin embargo, esta interpretación debe ser rechazada, porque el *m.p.m. mandatoris* era nulo para los clásicos. Esta puede considerarse hoy la opinión dominante sobre este tipo de mandato -cfr. KASER, *RPR.I²* p.578 y n.22-, pero el tema fue controvertido: vid. NASSALLI ROCCA, *Mandato* p.64 ss.; BONFANTE, *Mandato post mortem*, en [*Giurisprudenza italiana 55(1903)*] = *Scritti giuridici varii III* (Torino 1926) p.264 ss.; DI MARZO, art. cit., en *Scritti Ferrini Milano I* p.233 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.154 ss.; VAN OVEN, art. cit., en *Symbolae Taubenschlag I* p.534; WATSON, *Mandate* p.146; VOGLI, *DER.I²* p.250 ss.; HARDER, *Zum transmortalen und postmortalen Auftrag nach römischem und geltendem Recht*, en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. v. Lübtow* (Berlin 1970) p.523 ss. El principal defensor de la validez del *m.p.m. mandatoris* ha sido SANFILIPPO: art. cit., en *Studi Solazzi* p.554 ss., y recensión a Arangio-Ruiz (*Mandato*), en *IVRA* 1(1950) 493 ss.; vid. también RABIE, *L'Acte post mortem en droit romain: validité et fonction* (Milano 1955) p.210 ss. En favor de su validez se invocan Gai.10 *ad ed. prov.*-D.17,1,13, Gai.9 *ad ed. prov.*-D.17,1,27,1, Gai.3,117 i.f. y Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,17. Pero el texto básico para

momento de la estipulación, sino a la formulación de la pregunta estipulatoria²⁹⁷. La inclusión de esta cláusula *post mortem* hace pensar en la *adstipulatio*²⁹⁸, que, según sabemos por Gayo²⁹⁹, se usaba en su tiempo únicamente para salvar la

resolver la cuestión es, a nuestro juicio, Gai.3,158. *Item si quis <quid> post mortem meam faciendum <mihi> mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse.* Con las restitución de <mihi> que proponen las ediciones habituales (cfr. FIRA II p.134, s.h.l.), Gayo se referiría únicamente a la nulidad del *m.p.m. "mandatarii"*, sobre la que la doctrina concuerda unánimemente (por todos, KASER, RPR.I² p.578 y n.22): la idea de obligarse a realizar algo tras la propia muerte es ya en sí inconcebible, y la posibilidad de que se pretendiese, con un mandato así, vincular a los herederos del mandatario, quedaba descartada por el principio *obligatio ab heredis persona incipere non potest* (cfr. Gai.3,100 y 3,158; vid. SOLAZZI, *Sull'obbligazione a termine iniziale*, en IVRA I[1950] 49 ss.; ARCHI, art. cit., en *Festschrift Rabel II* p.25 n.57; la regla es eliminada por Justiniano: cfr. C.8,37,11 [a.528] y C.4,11,1 [a.531]) Pero la interpretación correcta del texto de Gayo es, a nuestro parecer, la de VAN OVEN, art. cit., en *Symbolae Taubenschlag i* [= *Eos* 48(1956)] p.529 ss., y *Ancora su Gai.3.158*, en *IURA* 10(1959) 113 s.: eliminado el <mihi> que los editores han añadido arbitrariamente, el texto de Gayo resulta no referirse al *m.p.m. "mandatarii"*, sino al *m.p.m. mandatoris*, cuya nulidad proclama: *item si quis "POST MORTEM MEAM" faciendum mandet, inutile mandatum est.* En todo caso, la nulidad del *m.p.m. mandatoris* resulta claramente del juego concurrente de los principios *obligatio ab heredis persona incipere non potest*, que impide considerar que la obligación nace a favor del heredero del mandante, y *mandatum morte solvitur* (vid. KASER, RPR.I² p.578, con textos y lit.), que impide que la nacida a favor del mandante se transmita, *re integra* (i. e., antes de que el mandatario haya emprendido la gestión), a su heredero. — También la interpretación "o" nos parece inviable, porque el mandato se extingue con la muerte de *ego*, de modo que Paulo no podría decir que se estipuló *mandatu meo* (a no ser que el estipulante ignore la muerte, pero para esto no hay base alguna en el texto): cfr. BROISE, art. cit., en *BIDR* 67(1964) 240.

²⁹⁷ Se trataría de una estipulación sometida a la *condicio certa* de la muerte del mandante. Cfr. G. BUSTELO, "Dies incertus" (Tesis doctoral inédita, Santiago de Compostela 1987) p.485 s., *pro manuscripto*: "La muerte, al ser un hecho que inexorablemente se va a producir, no puede ser considerada *stricto sensu* una condición ... No obstante, se la califica a veces en las fuentes de condición; nunca de *dies (certus)* ... Pese a lo anterior, hay ciertos casos en los que su inclusión en un determinado acto jurídico da lugar a que tal acto se convierta en condicional (*sub condicione*) ... Si la referida cláusula se inserta en una estipulación, entonces ... no convierte la estipulación en condicional: se trataría simplemente de una *condicio certa*, a la que se aplica el mismo régimen que al *dies certus*. En las disposiciones *mortis causa*, en cambio, la cláusula insertada tiene diferentes efectos según la muerte sea del beneficiario de la disposición, del gravado, o de un tercero".

²⁹⁸ En este sentido, proponen la lectura <ad>stipulatus: BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR* 28(1915) 235; VASSALLI, *Di talune clausole con riferimento al dies mortis nel legato e nella stipulazione* (Firenze 1910) p.28; SEGRE, *Corso di diritto romano* (Torino 1920) p.39; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.149; COSENTINO, p.327.

²⁹⁹ Gai.3,117: *Sponsors quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit: adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur. <.> stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi [meo] tnetur.*

imposibilidad de estipular para después de nuestra propia muerte: presentando, tras esta estipulación inútil³⁰⁰, un *adstipulator* que concluya una segunda, ya eficaz, porque no se refiere a su muerte sino a la nuestra. Sin embargo, la hipótesis de la *adstipulatio* no es segura, porque en el texto no hay rastro de una estipulación principal de *ego*³⁰¹. Por otro lado, como Solazzi³⁰² ha observado, en el mecanismo descrito por Gayo (*stipulatio inutilis + adstipulatio*), la primera *stipulatio* es innecesaria: el mismo resultado puede alcanzarse presentando sin más un mandatario que estipule *post mortem meam*. Este más sencillo podría ser el negocio al que se refiere Paulo en la primera parte del texto, que sería, por tanto, una prueba de que la última aplicación de la vieja *adstipulatio* no resistió el tiempo que va de Gayo a Paulo³⁰³.

Según Paulo, a éste que, por mandato mio, estipuló para después de mi muerte, se le paga correctamente, porque ésa es la ley de la estipulación³⁰⁴. Partiendo de la hipótesis de que la intención de *ego* no es favorecer al estipulante sino sólo subsanar la imposibilidad de estipular *post mortem* él mismo, parece claro que el *mandatu meo* de esta primera parte se refiere a un verdadero contrato de mandato, que permitirá a los herederos de *ego* reclamar del estipulante³⁰⁵.

³⁰⁰ Es decir, no genera acción en nuestro favor (porque hemos pospuesto su eficacia a nuestra muerte), pero tampoco a favor de nuestros herederos, en virtud del principio *obligatio ab heredis persona incipere non potest*.

³⁰¹ Cfr., en este sentido, ARCHI, art. cit., en *Festschrift Rabel II* p.25 n.58; WATSON, *Mandate* p.151; VOCI, *DER.I²* p.269 n.205.

³⁰² SOLAZZI, *Estinzione I²* p.73.

³⁰³ Cfr. también Paul.4 *resp.*-D.17,1,59pr. y Ulp.19 *ad Sab.*-D.33,4,11. Vid., en este sentido, FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni I. Le garanzie personali* (Padova 1963) p.6; BROISE, art. cit., en *BIDR.*67(1964) p.240.

³⁰⁴ La frase *quia talis est lex obligationis* ha sido objeto de crítica: VASSALLI, *Dies mortis* p.29; DI MARZO, art. cit., en *Scritti Ferrini Milano I* p.235 y n.2; BESELER, art. cit., en *SZ.*45(1925) 485; SOLAZZI, *Estinzione I²* p.74 y n.2; SANFILIPPO, art. cit., en *Studi Solazzi* p.562 ss. En nuestra opinión, la frase es perfectamente comprensible: si se puede pagar al estipulante tras la muerte del mandante es porque la obligación se constituyó con el primero, y permanece inmune a las vicisitudes del contrato de mandato que la hizo posible; la obligación sigue la *lex obligationis* y no la *lex mandati*. Vid., en favor de la classicidad de esta frase: RABIE, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz IV* p.273 s.; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.149; BROISE, art. cit., en *BIDR.*67(1964) 240; COSENTINO, p.327; VOCI, *DER.I²* p.269. — Para la crítica de [*ideoque etiam invito me recte ei solvitur*], vid., principalmente, SOLAZZI, *Estinzione I²* cit., p.74 n.2: sólo después de la muerte *recte solvitur*, y el muerto no es *volens ni invitus*. Vid. también VASSALLI, *Dies mortis* p.27 ss.; SANFILIPPO, art. cit., en *Studi Solazzi* p.562; WATSON, *Mandate* p.137 n.1; HARDER, art. cit., en *Festgabe v. Labtow* p.526. Contr: ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.150 y n.3; VOCI, *DER.I²* p.269; BROISE, art. cit., en *BIDR.*67(1964) 240.

³⁰⁵ Tanto si este ha cobrado ya, como si todavía no lo ha hecho, en cuyo caso exigirán la cesión de la acción.

Paulo prosigue: si yo dispuse (*iussi*) que mi deudor pagase a alguien después de mi muerte, no le paga correctamente, porque el mandato (*mandatum*) se disuelve con la muerte. El supuesto descrito aquí por Paulo parece abarcar tanto la hipótesis del cobrador delegatario, que recibe para sí, como la del procurator o mandatario, que recibe para el acreedor (i.e., sus herederos)³⁰⁶. Puesto que lo relevante para que el deudor se libere no es que entre cobrador y acreedor exista o no un contrato de mandato, sino que el primero actúe con la conformidad del segundo, parece claro que, una vez más, *mandatum* no alude tanto al contrato³⁰⁷ cuanto a esa "conformidad", que, en cuanto supone asunción frente al deudor de la gestión del cobrador, podemos llamar *iussum*. Sin embargo, Paulo habría evitado emplear en un mismo texto el término *mandatum* en dos acepciones distintas³⁰⁸; además, el aforismo *mandatum morte solvitur* es invocado por los clásicos siempre en relación al contrato³⁰⁹. Por eso, de acuerdo con buena parte de la doctrina³¹⁰, no creemos que su inclusión en el texto sea

³⁰⁶ El uso de *iubere* es típico de la delegación, pero, como sabemos bien (*supra* §43 ss.) no exclusivo de ella; por eso, nos parece arbitrario reducir el supuesto a una *delegatio ad solvendum* (SANFILIPPO, art. cit., en *Studi Solazzi* p.563, y art. cit., en *IVRA* I [1950] 494) o, aún más, a una *delegatio donationis causa* (RABIE, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz* IV p.286 ss.)

³⁰⁷ Equivocadamente, a nuestro juicio, quieren ver aquí un contrato de mandato (*p.m. mandatoris*): NASSALLI ROCCA, *Mandato* p.68; DI MARZO, art. cit., en *Scritti Ferrini* I p.235; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.149 s.; ENDEMANN, p.18. Contra, SOLAZZI, *Estinzione* I² p.59 n.1; WATSON, *Mandate* pp.137 y 151. DI MARZO, l.c., aduce, en favor del mandato, el paralelismo con la primera parte del texto: si en este segundo caso no hubiera verdadero mandato, Paulo habría unido arbitrariamente dos supuestos sin relación alguna entre ellos. Contra este razonamiento, ciertamente poco concluyente, vid. SANFILIPPO, art. cit., en *Studi Solazzi* p.564.; WATSON, *Mandate* p.141. — Para hacer compatible el empleo de *mandatum* con el previo *iussi*, COSENTINO, p.328, conjetura que cada una de estas expresiones se refiere a una relación distinta: el *iubere* se dirige del acreedor *ego* al deudor; el *mandatum*, en cambio, existe entre el acreedor y el cobrador. Cfr., en este sentido, ya v. SALPIUS, p.57. Sin embargo, nada en el texto de Paulo permite suponer que se refería únicamente al caso del cobrador mandatario, y no también al del delegatario. Por otro lado, el mandato de cobro que conjetura Coentino ha de ser necesariamente *post mortem mandatoris* y, por tanto, nulo (*supra* n.296), de modo que la razón de que el deudor no se libere no sería ya que el contrato se extinga con la muerte, sino que nunca hubo contrato (cfr. VOCI, *DER* I² p.270).

³⁰⁸ Cfr. WATSON, *Mandate* cit., p.151.

³⁰⁹ Paul.32 ad ed.-D.17,1,26 pr: *inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. Si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur.*; Paul.4 quaest.-D.17,1,58pr.: *Si praecedente mandato Titium defenderas quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur.*; Gai.9 ad ed.prov.-D.17,1,27,3: *Morte quoque eius qui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum et ob id heres eius, licet executus fuerit mandatum, non habet mandati actionem.*

³¹⁰ BONFANTE, art. cit., en [*Giurisprudenza italiana* 5x(1903) =] *Scritti* III p.264 s.; SOLAZZI, *Estinzione* I² p.59 n.1 y p.74 n.2; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.152; WATSON, *Mandate* p.151;

obra de Paulo: debe tratarse, mejor que de una interpolación justinianea, de un glosema posiclásico³¹¹.

§91 Hemos comprobado, texto a texto, que no es cierto que las fuentes se refieran al *inssum* del delegante indiferentemente con *mandare* y *iubere*; en efecto, de los supuestos descritos en los textos analizados, sólo Pap.8 *resp.*-D.31,77,6 (nº27) consiste propiamente en una delegación:

a) El nombramiento de procurador, del que trata Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,3 (nº18), no es delegación, como tampoco el encargo que habilita a alguien para cobrar como procurador, designado como *mandatum* en Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,4 (nº28).

b) Tampoco es delegación la orden de pago a un procurador: Pap.3 *resp.*-D.12,6,57,1 (nº19); Scaev.29 *dig.*-D.46,3,89,1 (nº20); Ulp.41 *ad Sab.*-D.46,3,18 (nº22).

c) En Ulp.76 *ad ed.*-D.44,4,4,19 (nº25) no se trata de una delegación, sino de un simple *mandatum stipulandi*.

d) El supuesto descrito en Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2 (nº21), Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26,1 (nº23) y Paul.2 *manual.*-D.46,3,108 (nº29, donde, por lo demás, *mandatum* forma parte de un glosema) comprende tanto la hipótesis de delegación como la de pago a un procurador: no es de extrañar, por ello, que para describir ese supuesto se empleen indistintamente (*supra* §82) *mandare* y *iubere*; del mismo modo, Paul.62 *ad ed.*-D.46,3,56 (nº26) comprende tanto el pago mediante delegado como mediante procurador o mandatario.

VOCI, *DER.I*² p.270; HARDER, art. cit., en *Festgabe v. Labtow* p.526. Contra: DI MARZO, art. cit., en *Scritti Ferrini* I p.235; SANFILIPPO, art. cit., en *Studi Solazzi* p.563 s.

³¹¹ Así, SOLAZZI, *Estinzione I*² p.74 n.2. Según BONFANTE, art. cit., en [*Giurisprudenza italiana* 55(1903) =] *Scritti III* p.265, y ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.152, la inclusión de [*mandatum morte dissolvitur*] fue obra de los compiladores, en sustitución del original (Bonfante) *quia obligatio ab heredis persona incipere non potest*, o (Arangio-Ruiz) *quia, cum quid post mortem mandatoris faciendum mandatur, inutile mandatum est*, debido a que, para ellos, el *m.p.m. mandatoris* era ya, en sí mismo, admisible, tras la abolición por Justiniano (*supra* n.296) del principio *ab heredis persona*. Cfr. también VOCI, *DER.I*² p.270. Pero, suprimida la regla *ab heredis persona*, el *m.p.m. mandatoris* sería, como todos los demás negocios obligatorios *post mortem*, válido: se consideraría que la obligación del mandatario surge, a la muerte del mandante, frente a su heredero; ¿cómo podrían decir entonces los compiladores, para este caso, *mandatum morte dissolvitur*, si para ellos es entonces precisamente cuando surge la *a. mandat?* Aún más: si el *m.p.m. mandatoris* es válido ¿por qué se contentan con alterar la motivación y no la respuesta, haciendo decir a Paulo que también en 200 2030 se *recte?* (cfr. WATSON, *Mandata* p.151). La atribución de la frase a los compiladores es, en conclusión, indefendible.

e) En Ulp.29 *ad ed.*-D.15,1,3,6 (nº24), *mandare* no se refiere a la iniciativa de un delegante.

Respecto de alguno de los textos examinados hay que admitir, sin embargo, que en el verbo *mandare* se contiene la habilitación de un tercero como cobrador frente al deudor, que, en cuanto supone la asunción anticipada frente a éste de la gestión del cobrador designado, puede considerarse un *iussum* técnico. Así, en Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,3 (nº18): ... *is, qui omnibus negotiis suis aliquem pr[o]<ae>ponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant*; Scacv.29 *dig.*-D.46,3,89,1 (nº20): ... *si nec mandavit, ut ex trecentum solveretur, nec solutum ratum habuit, non esse liberatum*; Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2 (nº21): ... *sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, ...*; Ulp.41 *ad Sab.*-D.46,3,18 (nº22): ... *nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, ...* Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26,1 (nº23): *Si quis debitori suo mandaverit, ut Titio solverit ...* Pap.8 *resp.*-D.31,77,6 (nº27): *Maevio debitori suo reus stipulandi mandavit, ut Titio, cui mortis causa donabat, pecuniam debitam solveret. ...* En todos ellos, el "*mandare*" es invocado como el presupuesto que permite la liberación del deudor que paga al tercero: en definitiva, *mandare* equivale a un *iussum* dirigido al deudor. Lo mismo ocurre con el sustantivo *mandatum* en Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,4 (nº28): *Si nullo mandato intercedente debitor falso existimaverit voluntate mea pecuniam se numerare, ...* ¿Por qué usar entonces *mandare* (o *mandatum*) y no *iubere*? Porque la terminología de los clásicos "es todavía flexible y está muy alejada de la rigidez de nuestro sistema moderno, con sus expresiones técnicas"³¹². Así, puesto que la asunción (*iussum*) por el acreedor de la gestión de un tercero como cobrador se contiene ya en el encargo de pagarle, basta, para los clásicos, con referirse (*mandare, mandatum*) al encargo mismo: este lenguaje no es dogmático sino descriptivo. En todo caso, ninguno de estos textos ofrece el menor apoyo para relacionar este uso de *mandare* (o *mandatum*) con el contrato de mandato, por lo que parece claro que de los mismos no cabe extraer conclusiones respecto de la relación del *iussum* técnico con el contrato.

³¹² KASER, *RPR.I*² p.182.

IV. A. MANDATI SURGIDA DE UN IUSSUM

§92 La teoría del mandato podría encontrar un argumento mucho más convincente que el (como hemos comprobado, fallido) de la "indiferencia terminológica" en una serie de textos (nº30-32) en que se concede (o se contempla al menos la posibilidad de hacerlo) una *a. mandati* "directa" a un *tubens* para exigir el cumplimiento de lo dispuesto. Esta *a. mandati* no podría concederse contra el destinatario del *iussum* si no lo hubiera aceptado, porque ningún *sui iuris* queda obligado a cumplir la voluntad ajena sin el consentimiento de la suya propia. Sería absurdo, por tanto, deducir de estos textos que la *a. mandati* surge sin más del *iussum*, que es siempre un acto unilateral; pero si cabría intentar esgrimirlos como prueba de que todo *iussum*, en cuanto es aceptado, se convierte en un contrato de mandato: de donde, como cumplimiento implica aceptación, todo *iussum* cumplido sería un mandato. Esta idea podría también intentar apoyarse en un texto (nº33) en que se concede una *a. mandati* "contraria" contra alguien que aparece al comienzo como *tubens*.

Si el *iussum* del que parece surgir la *a. mandati* fuese (o pudiese ser) el de un delegante, nos encontraríamos ya ante una prueba directa en favor de la teoría del mandato: estas pruebas directas serán examinadas en §98 ss. (Sección V). Por el momento, consideraremos únicamente aquellos textos en los que es claro que el supuesto descrito no constituye delegación. Nuestro objetivo será averiguar si, realmente, la *a. mandati* en ellos mencionada procede de un *iussum*; es decir, si realmente constituyen pruebas de que, en Derecho clásico, un *iussum* (aceptado o cumplido por un *sui iuris*) generaba las acciones del mandato.

§93 El primer texto en que de un *iussum* parece surgir una *a. mandati* es:

30) Pomp. 11 *ad Sab.*

D.13,6,13,2

Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus an habeam commodati actionem. nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum. nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur.

Si a un libre que me servía de buena fe yo le hubiese entregado, como a un esclavo³¹³, una cosa en comodato, ¿tengo la *a. commodati*? Pues³¹⁴ Celso decía

³¹³ BESELER, *Miscellanea*, en SZ.44(1924) 382 s., y DULCKEIT, *Erblasserwille und Erwerbzwille bei Antretung der Erbschaft. Beiträge zum Willensproblem im klassischen*

que si yo le hubiese ordenado hacer algo, podría reclamar contra él con la *a. mandati* o por palabras prescritas; lo mismo -escribe Pomponio- hay que decir en el comodato: y no es obstáculo que no contratemos con el *liber*³¹⁵ *b(ona) f(ide) s(erviens)* con la intención de que resulte obligado, pues a menudo³¹⁶ sucede que nace una obligación tácita fuera de lo que se trataba, como, por ejemplo, cuando por error se paga lo indebido³¹⁷.

Lo que nos interesa de este texto es la opinión de Celso, que Pomponio acepta, de que el hombre libre que nos sirve de buena fe responde por mandato o *praescriptis verbis* por las órdenes que recibió como esclavo. Esta solución es contraria al parecer de Labeón, que conocemos por Paul.2 *ad Nerat.*-D.3,5,18(19),2: Labeón negaba al aparente dueño la *a. mandati*, porque el *b.f.s.* no había cumplido sus órdenes *libera voluntate*, sino *quasi ex necessitate servili*³¹⁸. Una armonización de los dos textos no parece posible³¹⁹; por otra

römischen Erbrecht (Weimar 1934) pp.187 y 191, eliminan, a nuestro juicio, innecesariamente, [quasi servo].

³¹⁴ No encontramos razones para la crítica de [nam]: BESELER, art. cit., en SZ.44(1924) 382 s.; cfr. DULCKEIT, *Erblasserwille* p.187 s.

³¹⁵ BESELER, art. cit., en SZ.44(1924) 382 s.: *qui [liber] bona fide nobis serviret*.

³¹⁶ *Plerumque* significa también "casi siempre", "por lo común", pero, evidentemente, no es ese el sentido en este texto: cfr. PERNICE, *Labeo* III 1 p.247 n.1.

³¹⁷ Esta frase, *plerumque*-fin, genera controversias entre quienes sostienen que, para Juliano, como para los clásicos en general, el fundamento de la *condictio indebiti* es un *negotium contractum*: en opinión de PERNICE, *Labeo* III 1 p.247 n.1, la frase muestra que Pomponio no compartía la opinión de Juliano; para TRAMPEDACH, art. cit., en SZ.17(1896) 118, todo lo contrario. En nuestra opinión -vid. D'ORS, *Observaciones sobre el "edictum de rebus creditis"*, en SDHI.19(1953) 140 ss.-, ni Juliano ni Pomponio fundamentaban la *condictio* en un *negotium contractum*, por lo que la discusión resulta superflua. De todos modos, la classicidad de [nec obstat-fin] no es segura -cfr. PEROZZI, *Le obbligazione romane* (Bologna 1903) p.101 n.1; DULCKEIT, *Erblasserwille* p.190 s.-, a la vista (junto a otros motivos de menor peso) de: a) el cambio de sujeto, del singular (*commoda vero, iussissem*) de la primera parte, al plural (*nobis, contraheramus*) de la segunda; sin embargo, ya al comienzo aparece un *videamus*, que podría justificar este cambio; b) el uso de *contrahere* y de *obligatus* para referirse al comodato, que ni es un contrato ni genera en sentido estricto una *obligatio*, sino sólo responsabilidad pretoria; c) el giro *inacta obligatio*, sobre el cual, vid. WÄCKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht* II, en SZ.91(1974) 284 n.328; v. LÖBTOW, *Condictio* p.142. Limitan su crítica a [plerumque-fin]: RICCOBONO, art. cit., en [AUPA.3-4(1917) 648 s. =] *Scritti* II p.449; BESELER, art. cit., en SZ.44(1924) 382 s.; v. LÖBTOW, *recensión a Niederländer (Bereicherungsschaftung)*, en IVRA 5(1954) 276.

³¹⁸ Paul.2 *ad Nerat.*-D.3,5,18(19),2: *Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem Labeo ait, quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili: erit igitur negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem et is fuit, quem obligare possem*. Sobre el texto, vid. REGOL, *Liber homo bona fide serviens* (Milano 1958) p.427 ss., con lit., y

parte, ésta no es la única ocasión en que Celso contradice, incluso expresamente, a Labeón³²⁰, por lo que nos parece arbitrario el intento de atribuir a otros juristas la doctrina que en el texto aparece como celsina³²¹, o de cambiar en negativa la

TALAMANCA, *La fattispecie dell'actio negotiorum gestorum*, en *Labeo* 17(1971) 227. Resulta algo chocante que Labeón se pronuncie tan resueltamente a favor de la acción de gestión, cuando Paulo mismo (que aquí lo cita sin reservas), parece dudar en 4 *quest* -D.3,5,35; la *a. negotiorum gestorum* es criticada por: RICCOBONO, art. cit., en [AUPA.3-4(1917) 165 ss. =] *Scritti* II p.448; DONATUTI, *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano II. La volontà del mandante*, en [AUPE.39(1927) 1 ss. =] *Studi di Diritto Romano* I (Milano 1976) p.387; contra, TALAMANCA, art. cit., en *Labeo* 17(1971) 228.

³¹⁹ Siguiendo el ejemplo de la Glosa (gl. *vel mandati*: vid. REGGI, *B.f.s.* p.436), que veía, en el supuesto de Labeón, un *b.f.s.* ignorante de su verdadera condición y, en el de Celso, uno consciente de ella, REGGI, *B.f.s.* p.437 ss., y CERAMI, "Vulgaria actionum nomina" ed "agere praescriptis verbis", en *IVRA* 33(1982) 130, resuelven la contradicción entre los dos textos, suponiendo que originalmente ambos distinguían entre el *b.f.s. ignorans* y el *sciens*. CERAMI, l.c., aprecia un rastro de la verdadera opinión de Celso en la disyuntiva *vel mandati vel praescriptis verbis*: él supone que Celso concedía la *a. mandati* tan sólo contra el *b.f.s.* que conocía su situación en el momento de recibir el encargo y, para el caso contrario, mencionaba el *praescriptis verbis agere*, los compiladores habrían simplificado el régimen, concediendo alternativamente [-vel] ... [vel] ... cualquiera de las dos. Estas hipótesis armonizadoras carecen, a nuestro juicio, de fundamento suficiente (en este sentido, SEILER, *Negotiorum gestio* p.96 n.10), porque lo cierto es que ni en el texto de Paulo-Labeón ni en el de Pomponio-Celso se distingue entre el *b.f.s. sciens e ignorans*.

³²⁰ *Cels.6 dig.-D.15,1,6: Definitio peculii quam Tubero exposuit, ut Labeo ait, ad vicariorum peculia non pertinet, quod falsum est: nam eo ipso, quod dominus servo peculium constituit, etiam vicario constituisse existimandus est. Val.1: Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore auctore quem scit non esse, non videtur bona fide emisse; itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidam putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore. Proculus et Celsus pro emptore, quod est verius ... Ulp.10 ad ed.-D.3,5,9(10),1*, citado por CERAMI, art. cit., en *IVRA* 33(1982) 131,, no vale como ejemplo, porque en él Celso no critica a Labeón, sino a Próculo, por haber interpretado mal la opinión de aquél.

³²¹ BESELER, art. cit., en *SZ.44(1924) 382 s.*, pretende que no era Celso quien defendía la *a. mandati*, sino Trebacio (sin duda sobre la base de la oposición Trebacio-Labeón para el caso de la adición de la herencia deferida al *b.f.s.*: *Cels.16 dig.-D.28,5,60(59)pr.*; *Pomp.3 ad Sab.-D.41,1,19*). DULCKEIT, *Erblasserwille* p.188 ss. y n.3., prefiere la hipótesis del error de transcripción: *Celsus filius = Ofilius*. Estas conjeturas no nos afectan, pues mantienen la claridad de la *a. mandati*. Por lo demás, se trata de hipótesis sin suficiente fundamento: vid., en este sentido, TALAMANCA, art. cit., en *Labeo* 17(1971) 225. Tanto Beseler como Dulckeit parten de las siguientes, inexpresadas, consideraciones: a) no es creíble que el proculeyano Celso contradiga a Labeón; b) el caso de la adición de la herencia deferida al *b.f.s.* (*Cels.16 dig.-D.28,5,60(59)pr.*; *Pomp.3 ad Sab.-D.41,1,19*) y el del mandato presentan una analogía tal, que la respuesta a uno determina la del otro: así, si Celso hubiera contradicho a Labeón en relación al mandato, debería haberlo hecho también respecto de la adición; igualmente, el hecho de que los *veteres* Ofilio y Trebacio sean partidarios de que el *b.f.s.* se obligue como heredero, supone que también de considerarlo mandatario. Se trata, como se ve, de premisas muy discutibles. — Para quienes eliminan de nuestro texto el nombre de Celso, la doctrina de

respuesta afirmativa de Celso respecto de la *a. mandati*³²². Falta, en suma, una base suficiente para negar que esta era la opinión de Celso, y que la misma fue adoptada por Pomponio para el caso del comodato³²³.

La *a. mandati* debía servir al "dueño" únicamente para reclamar del *b.f.s.* lo que éste hubiera obtenido como consecuencia del cumplimiento de sus órdenes; no, en cambio, para forzarlo a realizar aquellos encargos que no hubiera cumplido mientras servía como esclavo. Esta interpretación es apoyada, además de por el sentido común, por el modo de expresarse de Labeón en Paul.2 *ad Nerat.*-D.3,5,18(19),2: Labeón rechaza la *actio mandati* contra el *b.f.s.*, *quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam*; en cambio, concede la acción de gestión, *quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem*. De donde se deduce que el problema que se plantea no es el del *b.f.s.* que no cumple los encargos que recibió cuando se creía esclavo, sino el de quien, habiéndolos

Labeón es posterior y supone un progreso respecto a la admisión de la *a. mandati*, mientras que, si se mantiene a Celso, la doctrina más antigua resulta ser la de Labeón, que rechazaba la *a. mandati*. Por eso resulta un tanto contradictorio SEILER, *Negotiorum gestio*, p.95 ss., que, si por un lado conserva a Celso y parece admitir que Pomponio estaba de acuerdo con él, afirma, por otro, que la doctrina de Labeón supuso un progreso. Seiler parece considerar que la opinión de Celso y Pomponio no es nueva, sino que coincide con la de los predecesores de Labeón. La opinión de Seiler es improbable: el hecho de que Celso, prudentemente, mencione el *praescriptis verbis experiri* como alternativa a la *a. mandati* hace pensar que él es el primer defensor de ésta. Contra Seiler, TALAMANCA, art. cit., en *Labeo* 17(1971) 225 s.

³²² RICCOBONO, art. cit. en [AUPA.3-4(1917) 648 s. =] *Scritti* II p.449, supone que Pomponio citaba una opinión de Celso en la que éste rechazaba la *a. mandati*: [vel] *mandati cum eo* [vel *praescriptis verbis*] *experiri me <non> posse: idem ergo et in commodato erit dicendum*, [nec obstat, quod] *<quoniam (?)>* rell. La conjetura no convence, porque una opinión negativa de Celso respecto de la *a. mandati* no habría llevado a Pomponio a plantearse la posibilidad de conceder al dueño la *a. commodati* contra el *b.f.s.*: todo el comienzo del texto *... videamus, an habeat commodati actionem: nam et Celsus filius aiebat...* hace esperar que la opinión citada sea favorable.

³²³ Guiado por su teoría de que el uso del imperfecto (*aiebat*) revela disconformidad con la opinión recogida, BESELER, art. cit., en *SZ*.44(1924) 382 s., niega que Pomponio hubiese aceptado la *a. mandati* (ni, por consiguiente, la *commodati*); según Beseler, la referencia a la *a. commodati* ha de ponerse en boca de Trebacio (para el cambio de Celso por Trebacio, vid. *supra* n.321): *idem ergo et in comodato <esse> [erit] dicendum*. Esta hipótesis nos parece (además de arbitraria) poco plausible: si la autoridad en que se apoyaba Pomponio se hubiese pronunciado ya sobre el comodato, él se habría remitido sin más a tal opinión, sin molestarse en incluir la referencia al mandato. En cuanto a la opinión del propio Pomponio, nuestro texto es la única fuente, pues si bien el mismo caso (gestión por un *b.f.s.* de los asuntos del aparente dueño) aparece en Pomp.31 *ad Q. Muc.*-D.41,1,54,3, la solución es esta vez un indeterminado *danda erit in eos actio*. Beseler prosigue su reconstrucción: [nec obstat], *<:ui sententiae obstaré ille (Celsus filius?) recte scripsit>*. La reconstrucción de Beseler es asumida por DONATUTI, art. cit., en [AUPE.39(1927) 1 ss. =] *Studi* I p.387 s.

cumplido, no transmite al "dueño" lo obtenido³²⁴. Este es también, sin duda, el problema al que responde Celso en nuestro texto.

Por lo demás, la opinión de Celso favorable a la *actio mandati* no es categórica sino que, prudentemente, propone la reclamación *praescriptis verbis* como alternativa. Este genérico *agere praescriptis verbis* no debe confundirse con la *a. praescriptis verbis* de los contratos innominados, con los que el caso planteado no guarda relación alguna; por ello, la sospecha contra aquella acción, no debe, a nuestro juicio, hacer dudar de la claridad de la alternativa contenida en el texto³²⁵, que se explica bien a la vista del parecer de Labeón contrario a la *a. mandati* y de las dificultades que, por consiguiente, podría encontrarse quien intentara su ejercicio.

En cualquier caso, aun con esa cautela, lo cierto es que Celso concede la *a. mandati* sobre la base de un *iussum*. ¿Es este texto la prueba de que todo *iussum* aceptado (en este caso la aceptación se manifiesta en el cumplimiento) por un *sui iuris* deviene contrato de mandato? A nuestro juicio, no, por lo siguiente: a) Aquí no se trata de un *iussum* técnico, dirigido al hipotético tercero co-contratante (que ni siquiera es mencionado), sino de una simple orden interna, dirigida al *b.f.s.*: *si iussissem eum (sc. servum) aliquid facere*³²⁶. b) En el texto se contiene una decisión excepcional, para el supuesto excepcional del *b.f.s.*:

³²⁴ Según SEILER, *Negotiorum gestio* p.96, Labeón no dice que la actuación ordenada haya sido ya concluida, de modo que la admisión de la *a. mandati* podría suponer que el *b.f.s.* permaneciera ocupado en los asuntos del señor largo tiempo después de su liberación; por eso, a su juicio, Labeón negaba la *a. mandati*. El texto mismo de Paulo-Labeón contradice semejante interpretación: así también, TALAMANCA, art. cit., en *Labeo* 17(1971) 225.

³²⁵ Critican [vel] *mandati* - [vel] *praescriptis verbis*: RICCOBONO, art. cit., en [AUPA.3-4(1917) 648 s. =] *Scritti* II p.449; BESELER, art. cit., en *SZ*.44(1924) 382 s; DULCKEIT, *Erblasserwille* p.187. Por el contrario, en defensa del origen clásico de este genérico *praescriptis verbis agere*, vid.: PERNICE, *Parerga*, en *SZ*.9(1888) 257 y n.4; POKROWSKY, *Die Actiones in factum des classischen Rechts*, en *SZ*.16(1895) 88 y n.1.; KRETSCHMAR, *Die l.16 de conditione causa data causa non secuta 12,4 im lichte des Schulenstreits; zugleich eine methodische Untersuchung zur Wiederherstellung der Urfassung*, en *SZ*.61(1941) 147 s.; BISCARDI, *Contro la oralità della formula processuale classica*, en *Studi in onore di B. Biondi* I (Milano 1965) p.657 s.; de nuevo, BISCARDI, *Lezioni sul Processo romano antico e classico* (Torino 1968) p.230.; BURDESE, art. cit., en *IVRA* 36(1985) 31 s., 41. TALAMANCA, art. cit., en *Labeo* 17(1971) 226, considera interpolada la mención del *praescriptis verbis experiri*, pero supone que se introdujo en lugar de una originaria *actio in factum* que Celso concedía como alternativa prudente a la *a. mandati*. Sobre la opinión de CERAMI, art. cit., en *IVRA* 33(1982) 130, vid. *supra* n.319.

³²⁶ Es evidente el motivo por el que Celso no se refiere aquí al *iussum* técnico, sino a la simple orden interna: mientras la cuestión se reduce a un dueño y su esclavo, la única dimensión jurídicamente relevante del *iussum* es la asunción de responsabilidad *ad extra* que comporta; en cambio, cuando se trata de un esclavo sólo aparente, cobra relevancia la dimensión interna del *iussum*, porque el problema es ahora la falta de transmisión automática de los efectos positivos del negocio al dueño.

cuando se descubre que éste no es un esclavo surge la necesidad de conceder al dueño una acción para exigirle la rendición de cuentas; Celso necesita un asidero para esa acción y lo encuentra en el *iussum*; pero Labeón negaba la *a. mandati* y el propio Celso la concede en prudente alternativa con el *agere praescriptis verbis*. Por ello, no parece posible extraer del texto conclusiones generales respecto de la naturaleza de todo *iussum*. c) Propiamente, la *a. mandati* no surge, tampoco en este caso, de un *iussum*: Celso utiliza *iubere* en lugar de *mandare* tan sólo porque el dueño cree dirigirse a su esclavo. Pero lo que de verdad ocurre es que un hombre libre recibe un encargo. Es de esta segunda interpretación de lo sucedido de donde surge la *a. mandati*. De hecho, cuando, en 2 *ad Nerat.*-D.3,5,18(19),2, Paulo describe el mismo supuesto, emplea ya *mandare* y no *iubere*³²⁷.

En conclusión, no se trata aquí de un *iussum* técnico al que se atribuyen las consecuencias de un contrato de mandato, sino de una aparente orden interna que, una vez cumplida, y privada de la base de potestad que le daba sentido como orden, se recalifica como mandato, con el fin de hacer posible la reclamación del "dueño".

§94 Nuestro siguiente texto contiene un caso (descrito con el verbo *iubere*) en el que se plantea la disyuntiva *mandatum (a. mandati) ↔ creditum (condictio)*, resuelta por Juliano a favor del *creditum*. El texto es aducido por Sokolowski como prueba de la proximidad de *iussum* y *mandatum*³²⁸:

31) Ulp.31 *ad ed.*

D.17,1,6,6

Apud Iulianum libro [tertio] <quarto>³²⁹ decimo digestorum quaeritur: si dominus iusserit procuratorem suum certam pecuniam sumere et facerere periculo suo ita, ut certas usuras domino penderet dumtaxat, si pluris facerere potuisset, ipse lucraretur, in <... >³³⁰ creditam pecuniam videtur, inquit,

³²⁷ Paul.2 *ad Nerat.*-D.3,5,18(19),2: *Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, ...*

³²⁸ SOKOLOWSKI, *Garantienmandat* p.64. Contra, BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR.*28(1915) 234.

³²⁹ El libro trece de los *Digesta* de Juliano trataba de las acciones del depósito y de la fiducia, con las que este texto no parece guardar ninguna relación. El mandato era objeto del libro catorce, por lo que es razonable suponer que, en la edición de los comentarios *ad edictum* de Ulpiano de que disponían los compiladores, XIII había sido por error transformado en XIII: LENEL, *EP.*³ p.295 n.8; *Palíngenesia* I col.355 n.4, *ad fr.*223; KRÖGER *ad leg.*

³³⁰ *In creditam pecuniam* es evidentemente incorrecto. BURDESS, *Mandatum mea aliena tua gratia*, en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* I (Napoli 1953) p.225, recurre a cambiar *creditam* por *credita*, otra opción es eliminar [in], pero la introducción de *in* difícilmente se puede explicar como un error de copia. El texto presenta otra anomalía, que se puede relacionar con ésta: la introducción, *quaeritur*, y las dos cláusulas *-si* a continuación *-quaeritur: si dominus*

acceptasse. [plane si omnium negotiorum erat ei administratio mandata, mandati quoque cura teneri, quemadmodum solet mandati teneri debitor, qui creditoris sui negotia gessit].

La descripción del supuesto de partida resulta un tanto oscura; dos extremos, en particular, pueden suscitar dudas: a) de quién ha de tomar el dinero el *procurator*, b) sobre quién grava el *periculum* de la operación (i.e., a quién se refiere *suus* en la expresión *periculo suo*). A nuestro juicio, la mejor interpretación es la siguiente: el *procurator* es autorizado por el *dominus* a tomar una cierta cantidad de la administración de los negocios para prestarla a su propio riesgo (i.e., del *procurator*), de modo que queda obligado a pagar al *dominus* un cierto interés, y, si consigue prestar el dinero por un interés más alto, se lucra con la diferencia. Al *procurator* le corresponde, por tanto, el riesgo de la operación³³¹ (pues, en todo caso, debe restituir el capital y el interés), pero ese riesgo lo compensa la expectativa de ganancia: suyo es también el posible lucro generado por un tipo de interés más alto de aquél que se le exige³³².

La intención de Juliano era, a nuestro juicio, determinar si el negocio realizado entre *dominus* y *procurator* era un contrato de mandato o un préstamo³³³. Debido a la diferente naturaleza de la *condictio* (de derecho estricto, con *sponsio et restipulatio tertiae partis*) y la *a. mandati* (de buena fe, infamante), la cuestión tiene relevancia práctica, especialmente por lo que se refiere a los intereses acordados, que podrán ser siempre exigidos por el *dominus* si el negocio se califica como mandato, pero, si como préstamo, sólo en el caso de que hayan sido objeto de *stipulatio*. El elemento decisivo para que Juliano opte *-creditam pecuniam videtur, inquit, accepisse-* por calificar el negocio como préstamo es, a nuestro juicio, la asunción del riesgo por el *procurator*³³⁴.

iusserit ... si pluris faenerare ... hacen esperar una pregunta concreta de Juliano, que precisamente debería venir después de *lucraretur*. En su lugar, nos sorprende intempestivamente la respuesta, sin que la pregunta haya llegado a formularse. Por eso, creemos que la explicación más probable de *in creditam pecuniam* consiste en que el copista se saltó una o dos líneas, entre *in* y *creditam*; el salto fue tal vez provocado por una referencia al crédito después de *in* (*omissio ex homocenteluto*: vid. ejemplos en MIQUEL, *Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten*, en SZ.80[1963] 255).

³³¹ En este sentido, vid., por último, WATSON, *Mandate and the boundaries of Roman contract*, en BIDR.94-95(1991-92) 41 ss.

³³² Vid. SACHERS, art. cit., en SZ.59(1939) 493.

³³³ La consideración de *dominus* y *procurator* como *socii* ni se plantea: vid. MITTEIS, art. cit., en SZ.19(1898) 208 n.3.; BEHREND, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, en SZ.88(1971) 220 n.20.

³³⁴ Así también MACCORMACK, *Periculum*, en SZ.96(1979) 150 y n.91, 160 y n.150. Por el contrario, LITWICKI, *Interesse des Auftragsgebers des Dritten und des Beauftragten*, en BIDR.78(1975) 217 s., mantiene que la razón por la que Juliano niega la *a. mandati* es (habida cuenta de la diferencia entre *iussum* y *mandatum*) porque parte de un *iussum*. Esta explicación no nos parece acertada: aquí no existe un verdadero *iussum* técnico, sino una simple invitación,

Si éste no hubiera asumido el riesgo, habría quedado obligado frente al *dominus* sólo por lo que hubiera conseguido, pero eso lo debería íntegramente; su obligación sería, por tanto, *incerta*, moderable de acuerdo con la *bona fides*. Pero, tal como las partes han configurado el negocio, el *procurator*, sea cual sea el beneficio o perjuicio sufrido, debe restituir una cantidad fija; como ésta es la única obligación que surge del negocio (el *dominus* no queda obligado a nada), parece haber más bien *creditum* (obligación unilateral, *certa pecunia*) que *mandatum*³³⁵. El *procurator* que asume el riesgo no actúa, en conclusión, como mandatario sino como mutuario: en consecuencia, no se le podrán exigir los intereses no estipulados³³⁶.

Tres son las razones por las que, en nuestra opinión, el texto no puede presentarse como evidencia de que el *iussum* técnico generaba una *a. mandati*:

a) El *iusserit* del que parte el texto no es un *iussum* técnico (i.e. la asunción *ad extra* de las consecuencias de una gestión ajena): 1) el *dominus* no asume frente al mutuario lo hecho por el *procurator*, es decir, no asume frente al mutuario la condición de mutuante: él no pretende prestar a un tercero a través de su *procurator*, sino que el *procurator* mismo preste; de hecho, tal como el supuesto es descrito en el texto, el *iussum* no parece referirse a un mutuario concreto, frente a quien pudiera suponer asunción de consecuencias³³⁷; 2) el *dominus* tampoco asume responsabilidad alguna frente al *procurator*: éste, habiendo cargado con el riesgo, no puede reclamar nada del *dominus*, a quien pertenecía el dinero prestado.

b) Juliano negaba al *dominus* la *a. mandati*. Como hemos explicado, la relevancia práctica de las diferencias entre *condictio* y *a. mandati* permite suponer que, para Juliano, la *quaestio iuris* consistía en optar por una de las

a la que Juliano podría haberse referido con *mandaverit* en lugar de *iusserit*, sin que su respuesta hubiera cambiado por ello.

³³⁵ La causa de esta obligación no se encuentra, por tanto, en el encargo recibido, sino en la *datio pecuniae*, que se entendería probablemente producida en el momento en que el *procurator* prestase el dinero: es entonces cuando, al disponer de él, se puede entender que se lo apropia. Para Juliano, la simple aceptación por el *procurator* de la invitación del *dominus* no debía de ser suficiente, si el *procurator* no la llega a poner en práctica prestando, para convertir en prestado el dinero debido por mandato: cfr. *Ulp. 8 quaest.-D. 17, 1, 34 pr.*

³³⁶ Vid. un caso semejante, en *Ulp. 31 ad ed.-D. 17, 1, 10, 8*: *Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus. Et Labeo scribit restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret, quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati.* Cfr. BURDESE, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz* I p. 224 s.

³³⁷ Como el *procurator* asume el riesgo de la operación, es razonable que se le permita elegir libremente al mutuario (o mutuarios).

dos³³⁸; calificar el supuesto como crédito no podía significar, por tanto, otra cosa que la opción por la *condictio*, y el rechazo de la *a. mandati*³³⁹. Por eso, no creemos que Juliano sea el autor de [*plane si-fin*]³⁴⁰, donde se reconoce que, no obstante lo anterior, el *dominus* puede, si se trataba de un *procurator* general, emplear contra él la *a. mandati*: puesto que el *procurator suus* del inicio del texto difícilmente puede ser otra cosa que un procurador general, este apéndice no supone una simple excepción a la decisión juliana, sino su virtual destrucción³⁴¹.

c) En todo caso, aunque la *a. mandati* se quiera mantener como clásica, ella no surgiría del simple *iussum*, ni siquiera del *iussum* cumplido, sino de la relación de *procuratio* en la que la invitación del *dominus* se enmarca: la *quaestio iuris* consiste precisamente en determinar si la invitación del *dominus* es parte de esa *procuratio* (y, por tanto, tutelada por la *a. mandati*) o, como Juliano opina, constituye una relación jurídica nueva y distinta.

§95 El apoyo que la redacción de nuestro siguiente texto puede ofrecer a la teoría del mandato queda ya debilitado a la vista de su procedencia:

32) PS.2,15,3

³³⁸ La cuestión *credita-mandatum* se plantea en los textos siempre como disyuntiva excluyente *condictio-a. mandati*, frecuentemente en relación al problema del interés no estipulado: Afr.8 *quest.*-D.17,1,34pr.; Ulp.(Iul.) 29 *ad ed.*-D.15,1,3,7; Ulp.(Pap.) 31 *ad ed.*-D.17,1,10,4; Paul.5 *ad Plaut.*-D.12,5,9,1; vid. también C.6,2,1 [a. 200] (*condictio furtiva-a. mandati*). Esto no significa que, en la práctica, no puedan darse casos en los que el acreedor intente ambas acciones, lo que los clásicos tienen en cuenta a efectos de la consumición procesal (Ulp.74 *ad ed.*-D.44,2,5) y la *exceptio iurisjurandi* (Paul.18 *ad ed.*-D.12,2,28,4).

³³⁹ Cfr. Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,10,4: *Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus suis mutuum pecuniam acciperet, mandati eum non acturum Papinianus libro tertio responsorum scribit, quia de mutua pecunia eum habet obligatum: et ideo usuras eum petere non posse quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductae non sunt.*

³⁴⁰ Por otro lado, el infinitivo *teneri* impide atribuir la frase a Ulpiano, como quiere WATSON, *Mandate* p.48. La frase es criticada por ALBERTARIO, art. cit., en [SUPA.6(1921) 25 n.7 =] *Studi* III p.519 n.2; BOSSOWSKI, *Ancora sulla negotiorum gestio*, en *BIDR.*37(1929) 224 n.1; FRÖSE, *Mandat in seiner Beziehung zur Procuratur*, en *Studi in onore di S. Riccobono* IV (Palermo 1936) p.438; SOLAZZI, *Note di Diritto romano*, en [AN.58(1937) 43 =] *Scritti di Diritto romano* III (Napoli 1960) p.620 s.; SERRAO, *Procurator* p.127 s.; contra: LITEWSKI, art. cit., en *BIDR.*78(1975) 218.

³⁴¹ Particularmente, [*quemadmodum-fin*] es inadmisibles, porque: a) contra un deudor que gestionó los negocios de su acreedor, no puede éste tener la *a. mandati* si no le encargó la gestión; b) aun admitiendo que el encargo se pueda sobreentender, la *a. mandati* podría concederse para exigir la rendición de cuentas, pero nunca para reclamar la deuda original entre ellos, cuya causa es ajena al mandato.

Certo pretio rem iussus distrahere si minoris vendiderit, mandati iudicio pretii summa poterit integrari [: venditionem enim dissolvi non placuit].

Si el autorizado³⁴² a vender una cosa por un precio determinado la vendiere por menos, podrá completarse el precio mediante la *a. mandati* (i.e., el autorizante -de ordinario, el dueño- dispondrá de la *a. mandati* para exigir del autorizado que complete el precio de su bolsillo³⁴³): pues no se admitió que se disolviera la venta.

Un problema semejante al planteado aquí lo encontramos en Ulp.(Cels.) 76 *ad ed.*-D.21,3,1,3³⁴⁴ y Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,5,3³⁴⁵: si aquél a quien he encargado vender una cosa mía por un precio determinado, la vendiese por menos, no se considera³⁴⁶ enajenada, de modo que, frente a mi reivindicatoria, no puede oponerse la *exceptio rei (voluntate domini) venditae et traditae*³⁴⁷.

La contraposición entre esta solución (*non obstat mihi exceptio*), que en el Digesto aparece como paulina, y la de PS. (*venditionem enim dissolvi non placuit*), es, a nuestro juicio, irreductible³⁴⁸. En particular, no cabe argumentar,

³⁴² Cuando se trata de enajenar o, en general, de disponer de un derecho ajeno, el *iussus* puede considerarse propiamente una "Ermächtigung" o "autorización": vid. *supra* §56 i.f.

³⁴³ Aunque el texto no especifica a quien corresponde la *a. mandati* y contra quien, esta es claramente la única interpretación posible, así resulta también de la *Interpretatio* de la *Lex Romana Visigothorum*: *Si quis cuilibet mandat, ut rem suam decem solidis vendat, et ille eas octo vendiderit, pretium, quod ei mandatum est, quicquid minus ab emptore percepit, mandatori complere compellitur. Venditio tamen rescindi non potest.*

³⁴⁴ Ulp.76 *ad ed.*-D.21,3,1,3: *Celsus ait: si quis rem meam vendidit minoris quam ei mandavi, non videtur alienata et, si petam eam, non obstat mihi haec exceptio: quod verum est.*

³⁴⁵ Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,5,3: *Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes tuque eum nonaginta venderis et petam fundum, non obstat mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest mandato meo, praestes et indemnam me per omnia conserves.*

³⁴⁶ Una vez entregada, como es evidente, pues antes la cuestión de si ha habido o no *alienatio* ni se plantea: por eso mismo, ni Celso-Ulpiano ni Paulo sienten la necesidad de referirse explícitamente a la entrega, tratando como tratan de la *exceptio rei venditae et traditae*. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.184.

³⁴⁷ Que esta es la excepción a la que se refieren se deduce ya de la ubicación del texto de Ulpiano (*LENEL, Palingenesia* II col.860, fr.1672 Ulp.) bajo *de exceptionibus rei venditae et traditae*, cfr. también *LENEL, Palingenesia* I col.161, ad fr.217 Cels. ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.184, conjetura para la *exceptio* la redacción *nisi mandatu Ai. Ai. venditus et traditus sit (sc. fundus)*; PRINGSHEIM, *Noch einmal* *Gai.3.161. und Inst. Just.3.26.8.*, en *SZ.72(1955)* 72, y BURDESE, *Autorizzazioni* p.80, suponen el añadido (*ex*) *voluntate domini*, sobre la posible redacción y naturaleza de esta *exceptio*, vid., más en detalle, NÖRR, art. cit., en *Mélanges Wubbe* p.370 s.

³⁴⁸ De otra opinión, NÖRR, art. cit., en *Mélanges Wubbe* p.380 s.: la negativa de PS. a conceder al mandante la posibilidad de recuperar la cosa es explicada por NÖRR como derivada del hecho de que aceptó recibir la cantidad menor conseguida por el mandante (aceptación que

sobre la base del uso de *tubere* en PS. y de *mandare* en D.17,1,5,3, una diferencia de supuestos de partida, como si la firmeza de la venta se justificara en PS. por la existencia (frente al simple *mandare* interno de D.17,1,5,3) de un *iussum* técnico, comunicado al tercero comprador, en el que no constaba el precio mínimo. Nada en PS. permite pensar que el autorizante ha determinado la persona a quien debe venderse el fundo. Puesto que al *dominus* no le interesa vender el fundo a cualquier precio, lo lógico, si él mismo hubiera elegido ya de antemano al comprador, sería que ambos hubiesen acordado un precio satisfactorio; por eso, el establecimiento de un precio mínimo, así como el hecho de que finalmente el intermediario no consiga alcanzarlo, hacen más razonable pensar que no existe un comprador predeterminado, a quien el *iussum* pueda dirigirse. El destinatario del *iussum* no es otro que el intermediario mismo, al que precisamente el texto se refiere como "*iussus*" (*certo pretio rem distrahere*). El *iussum* del que parte el texto es, por tanto, un simple encargo interno, igual al descrito en D.17,1,5,3 con el verbo *mandare*: *Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes...*

El principio de que, sin el consentimiento del dueño, no es posible transmitir la propiedad de una cosa ajena³⁴⁹, obliga, en nuestra opinión, a

se deduciría del empleo de *integrari*) y optó, además, por ejercitar la *a. mandati*. Esta solución no encaja bien con la redacción de PS. (tal vez mejor con la de la *Interpretatio: supra* n.343), donde el rechazo a la "disolución" de la venta se presenta como independiente del ejercicio de la *a. mandati*: el texto no niega la posibilidad de disolver a quien optó por la *a. mandati*, sino que se limita a conceder la posibilidad de ejercitar la *a. mandati* y a negar -sin más- la de disolver; el empleo de *enim* también parece un obstáculo para la interpretación de Nörr.

³⁴⁹ Vid. BURDESE, *Autorizzazione, passim*, y la recensión de KRELLER, en *IVRA* 2(1951) 275 ss. Cfr. *Gai.2 cott.-D.41,1,9,4: Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem an voluntate eius aliquis*. Muy similar, *I.2,1,42; C.4,26,10. Paul.29 ad ed.-D.13,7,20: Aliena res pignori dare voluntate domini potest: sed et si ignorante eo data sit et ratum habuerit, pignus valebit*. Vid., además, *Iul.44 dig.-D.41,4,7,6; Ulp.16 ad ed.-D.6,2,14 (Pap.) y D.1,19,1,1; Paul.(Pomp.) 5 ad Sab.-D.18,1,15,2; Ep. Cod. Greg. Wis. 3,6,5 [a. 287] (FIRA. II p.660) ¿Qué ocurre si el dueño establece condiciones determinadas para la venta (como el precio, en nuestro caso) y éstas no se respetan? La *traditio* no puede ser eficaz porque, al violarse las condiciones establecidas por el dueño, se actúa al margen de su voluntad: el dueño conserva la reivindicatoria, frente a la que nada puede la *exceptio rei venditae et traditae* del comprador (que, de todos modos, podrá usucapir *pro emptore* si recibió de buena fe). De esta doctrina no faltan pruebas en las fuentes; *Ulp.76 ad ed.-D.21,3,1,2: Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocet haec exceptio, nisi probetur me mandasse, ne traderetur, antequam pretium solvatur* (La frase *antequam pretium solvatur* se refiere a *ne traderetur*, no a *me mandasse*, de lo contrario, el texto entraría en contradicción con *Ulp.[Pap.] 16 ad ed.-D.6,2,14*: vid. BURDESE, *Autorizzazione* p.80 s.); *C.4,35,12. Cum mandati negotii contractum certam accepisse legem adseveres, eam integram secundum bonam fidem custodiri convenit. unde si contra mandati tenorem procurator tuus ad te pertinentem fundum vendidit nec venditionem postea ratam habuisti, dominium tibi auferre non potuit* [a. 293]. Vid., además, *Paul.32 ad ed.-D.17,1,3,4*, y, con carácter más general, *C.2,12,10* [a. 227].*

mantener como paulina la doctrina de D.17,1,5,3³⁵⁰, y a censurar, como postclásica, la frase [*venditionem-fin*] de PS³⁵¹. Una cuestión distinta es si Paulo concedía o no al autorizante, alternativamente con la posibilidad de reclamar la cosa, la *a. mandati* para completar el precio mencionada en PS. En D.17,1,5,3, Paulo se refiere, como excepción a la inoponibilidad frente al dueño de la

³⁵⁰ Contra la misma, únicamente, BETTI, art. cit., en *BIDR.*41(1933) 230 s.: a su juicio, el Derecho clásico no admitiría que las instrucciones internas impartidas al mandatario pudieran oponerse a la contraparte. Así pues, reconstruye: Ulp.76 *ad ed.*-D.21,3,1,3: *Celsus ait: si quis rem meam vendidit minoris quam ei mandavi, [non] videtur alienata et, si petam eam, [non] obstabit mihi haec exceptio: quod verum est.* Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,5,3: *Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes tuque eum nonaginta vendideris et petam fundum, [non] obstabit mihi exceptio.* A nuestro juicio, no cabe escandalizarse de que, en ciertos casos, las instrucciones recibidas por el mandatario tengan relevancia *ad extra*: esto se explica por la misma naturaleza de estos supuestos de mandato, cuya ejecución supone la pérdida de un derecho para el mandante, lo que no puede ocurrir si no es de acuerdo con su voluntad; análoga a la falta absoluta de mandato es la violación de los términos del mismo, porque también entonces se pretende extinguir un derecho al margen de la voluntad de su titular. Pensemos en un ejemplo distinto: es sabido que la liberación del deudor que paga a un tercero depende de que éste actúe o no por encargo del acreedor (sólo se paga bien a quien no tiene encargo en los casos de protección al deudor de buena fe detallados *supra* §79 n.191; pero, fuera de este caso especial, vid. *Iul.*54 *dig.*-D.46,3,34,4; Ulp.[*Iul.*] 80 *ad ed.*-D.46,3,58pr.; *Gai.*3 *de verb. obl.*-D.3,5,38[39]); también ese encargo es una circunstancia ajena al deudor, de la que éste puede no tener certeza, de modo que, según la doctrina de Betti, todos los textos citados estarían interpolados. Lo mismo ocurre cuando un deudor es demandado por un *procurator*. Precisamente es la relevancia *ad extra* del mandato en estos casos lo que explica el uso habitual de la *cautio* "de rato" para protegerse de la posible falta del mismo. La opinión de Betti es también vulnerable a objeciones exegéticas: BURDESE, *Autorizzazione* p.82 s.; contra Betti, vid. también ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.184 n.3.

³⁵¹ Vid. MITTEIS, *RPR.*I p.213 n.32; KUBLER, *über das Ius liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mutter, ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten*, en *SZ.*30(1909) 159 n.1; ARANGIO-RUIZ, *Noterelle Gaiane*, en *Festschrift für L. Wenger* II (München 1945) p.69; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.187 s. La intención de esta frase final es excluir la reivindicatoria del mandante y proteger así al comprador. La decisión que resulta es paradigmática de la actitud del postclásico; se ofrece una solución considerada justa, precindiendo de cualquier miramiento propiamente jurídico: vid., en este sentido, PRINGSHEIM, *Eine absichtliche Textkürzung in Gai. Ver.3.161*, en *Studi di Storia e Diritto in onore di E. Besta* I (Milano 1939) p.351 s., y art. cit., en *SZ.*72(1955) 72; BURDESE, *Autorizzazione* p.83 s.; LEVY, *Vulgarrecht* p.295 ("unüberlegt"). Por eso, es un error vincular esta interpolación de PS. a la tesis proculeyana sobre el exceso de mandato, como hacen: VOLTERRA, *Sull'uso delle Sententiae di Paolo presso i compilatori del breviarium e presso i compilatori giustinianeii*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano* I (Pavia 1934) p.132; ARANGIO-RUIZ, art. cit., en *Festschrift Wenger* II p.69 s.; KRELLER, art. cit., en *IVRA* 2(1951) 280 (que, erróneamente, atribuye a Burdese tal idea). Como afirma PRINGSHEIM, *l.c.*, la decisión de las Sentencias no es sabiniana ni proculeyana, sino vulgar, en el mismo sentido: BURDESE, *Autorizzazione* p.83 s.; ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.187 s. Según PRINGSHEIM, art. cit., en *SZ.*72(1955) 73, la alteración no es obra del compilador de las Sentencias, sino de un autor más tardío.

exceptio rei venditae et traditae, a la hipótesis de que el mandatario haya cubierto la diferencia de precio, manteniendo así indemne al mandante³⁵². Es claro que de aquí no cabe deducir (antes al contrario), que éste disponga de una *a. mandati* para forzar al mandatario. Sin embargo, el texto no debe leerse aisladamente, sino como parte de un discurso que comienza así (D.17,1,5pr.-1):

Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: (1) nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit, tenetur.

Esta afirmación inicial debe valer para todos los supuestos que Paulo describe a continuación, tanto (*itaque si ...*) para el §2, relativo a quien compra por más de lo mandado³⁵³, como (*item si ...*) para el §3: si en él Paulo no

³⁵² Esta parte [*nisi*-fin] del texto de Paulo ha sido objeto de insistente crítica: RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del Diritto romano*, en *BIDR.*7(1894) 233; PRINGSHEIM, art. cit., en *Studi Besta I* p.349 ss.; PRINGSHEIM, art. cit., en *SZ.*72(1955) 70 y n.81; ARANGIO-RUIZ, art. cit., en *Festschrift Wenger* p.68 n.3 (69); ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.185; BURDESE, *Autorizzazione* p.82 s. A nuestro parecer, la crítica carece de fundamento: si el mandatario, por propia voluntad, cubre la diferencia de precio, la aceptación por el mandante de ese ofrecimiento equivale a la ratificación de la venta, de modo que el mandante no debe ya poder reclamar la cosa del comprador. Así entendida, la cláusula *nisi* es perfectamente razonable. No tiene razón: ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.185, cuando habla de expropiación del mandatario, porque él ofrece voluntariamente la diferencia, ni de imposición al mandante de una donación no deseada, porque éste es libre de aceptar o no el ofrecimiento del mandatario. En defensa de esta parte del texto, vid. PAMPALONI, *L'accesso di mandato e le scuole classiche di giurisprudenza (contributo alla determinazione dei rapporti tra il mandato e la gestione d'affari)*, en *BIDR.*20(1908) 216.

³⁵³ Acerca de este supuesto se produjo una conocida polémica doctrinal entre sabinianos y proculeyanos: para los sabinianos, el mandatario no podía exigir nada del mandante, porque, en realidad, no había cumplido el encargo (cfr. Gai.3,161; Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,3,2); los proculeyanos, en cambio, concedían al mandatario la *a. mandati* hasta el precio marcado por el mandante (cfr. Gai.2 *cott.*-D.17,1,4; I.3,26,8). Frecuentemente se afirma que la controversia afectaba también al problema de la venta por precio menor abordado en Ulp.(Cels.) 76 *ad ed.*-D.21,3,1,3, Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,5,3 y PS.2,15,3: así, ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p.184 ss., se ocupa de estos tres textos a propósito de la controversia, y habla -p.185, 187-, también respecto a este supuesto, de una solución "sabiniana" en Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,5,3 (lo mismo, RICCOBONO, art. cit., en *BIDR.*7(1894) 232), y una interpolación "proculeyanegante" ([*nisi*-fin]: *supra* n.352) al final del mismo (así también, BURDESE, *Autorizzazione* p.82 s.). Pero, si la lección de este texto fuera sabiniana, habría que mantener que también Celso lo es (!) en Ulp.86 *ad ed.*-D.21,3,1,3. En realidad, nuestro caso no pertenece a aquella polémica doctrinal: los términos de la discusión no son extrapolables a este caso, donde no se trata ya de la oportunidad de conceder una *a. mandati* al mandatario "incumplidor", sino contra él (vid. el comienzo de Gai.3,161); además, nuestro caso parece haber interesado a los clásicos más en relación a la reivindicatoria que al mandato. Vid. PRINGSHEIM, art. cit., en *Studi Besta I* p.348 ss., y art. cit., en *SZ.*72(1955) 70 y n.83, 71 y nn.85 y 86; el propio RICCOBONO, *Interdictum-Actio. Ulp.LXIX ad Ed.fr.1 & 4-9 D.43,17 - Gai.IV,155*, en *Festschrift P. Koschaker II* (Weimar 1939) p.383, acaba por reconocer la independencia de ambas cuestiones; en este sentido, por último, NORR, art. cit., en *Mélanges Wubbe* p.376 s. Menos acertado, PAMPALONI, art. cit., en *BIDR.*20(1908) 216.

menciona ya la *a. mandati* es porque la misma se sobreentiende por aplicación de esta doctrina inicialmente expuesta³⁵⁴. D.17,1,5 parece avalar, por tanto, la clasicidad de la *a. mandati* mencionada en PS.³⁵⁵, aunque la solución sorprenda por lo rigurosa³⁵⁶.

Sin embargo, aunque pueda mantenerse la clasicidad de la *a. mandati*, no creemos que quepa esgrimir el texto de PS. como prueba de que ésta puede surgir de un *iussum* técnico:

a) Puede discutirse la proporción de material auténticamente paulino en las *sententiae*³⁵⁷, pero no que la redacción de las mismas es postclásica³⁵⁸; por eso, que en este texto se utilice "*iussus*" no permite mantener con un mínimo de seguridad que Paulo lo hubiera utilizado también.

b) El participio "*iussus*" designa en el texto al intermediario como "habilitado". No hay aquí, como ya hemos mostrado, un verdadero *iussum* técnico, sino un encargo interno al intermediario: este mismo encargo aparece descrito en D.17,1,5,3 con el verbo *mandare*. El empleo de *iubere* resalta el hecho de que el encargo supone una habilitación o "apoderamiento" ("Ermächtigung") para vender; pero la *a. mandati* no surge de esa habilitación o apoderamiento (*iussum*), sino de la aceptación del encargo en que la misma se contiene³⁵⁹.

En el texto, en conclusión, no se hace surgir de un *iussum* una *a. mandati*, sino que simplemente se denomina "*iussus*" a un mandatario, subrayando así el "apoderamiento" implícito en el mandato de enajenar.

³⁵⁴ Cfr. NORR, art. cit., en *Mélanges Wubbe* p. 370 s.

³⁵⁵ Contra la clasicidad de esta *a. mandati*, vid. ARANGIO-RUIZ, *Mandato* p. 187 s. ("del tutto sberrante", "stupefacente soluzione"), y LEVY, *Vulgarrecht* p. 294, que la aproxima a la cláusula *nisi* de Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,5,3 i.f.: en éste último texto, la interpolación sería prejustinianea (oriental), similar a la alteración (occidental) de PS.; de acuerdo, en su recensión, FEENSTRA, en *SZ.74*(1957) 516 ss. Cfr. de nuevo LEVY, *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, en *SZ.76*(1959) 19.

³⁵⁶ En efecto, no es lo mismo limitar al precio preestablecido la cantidad que el mandatario que compró por más puede exigir del mandante (§2) que obligar, al mandatario que no ha conseguido encontrar un comprador que llegara al precio fijado para la venta, a completarlo de su propio bolsillo: en el primer caso, se trata de evitar un perjuicio al mandante, en el segundo, de asegurarle -a costa del mandatario- el beneficio previsto.

³⁵⁷ Cfr. NORR, art. cit., en *Mélanges Wubbe* p. 380 y n. 77.

³⁵⁸ Vid., por último, WIEACKER, *RR⁷¹* p. 133, con lit.

³⁵⁹ Como hemos explicado (*supra* §58 b), la habilitación o apoderamiento ("Ermächtigung") que se contiene en el encargo de disponer de un derecho ajeno se distingue del contrato de mandato en sí, como lo prueba el hecho de que puede existir aunque no haya contrato. El mandato es un contrato cuyos efectos se producen exclusivamente entre las partes; la habilitación o apoderamiento que puede contenerse en el mismo surge de una declaración de voluntad unilateral y produce efectos frente a terceros.

§96 En nuestro último texto no se trata ya de la *actio mandati* "directa" del *iubens*, sino de la "contraria" contra éste. Sokolowski incluye también este texto entre los que, a su juicio, prueban la proximidad entre *iussum* y *mandatum*³⁶⁰:

33) Ulp.30 *ad ed.*

D.16,3,1,14

Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possit tecum depositi experiri. et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuisssem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio [est:] nec mandati [teneris] <te teneri>, quia rem meam gessi. sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum. quid enim si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres neque honorum possessor [neque successor] eius exstaret? tenebitur ergo, ut se praestet, quod depositi actione praestari solet.

Igualmente Pomponio³⁶¹ pregunta: si yo quisiera depositarte algo y tú hubieras dispuesto *-iusseris-* que lo depositara en un liberto tuyo, ¿podré demandarte por este depósito? Y dice Pomponio: si (supuesto "a") yo hubiera depositado en tu nombre, es decir, como si tú hubieras de guardarlo³⁶², tendré contra ti la *a. depositi*; si, en cambio ("b"), me hubieras persuadido para que deposite, mejor que en ti, en el liberto, tendré la *a. depositi* contra él y ninguna contra ti; y no estarás obligado *-prosigue Pomponio-* frente a mí por mandato, porque gestioné un asunto mio³⁶³. Pero si ("c") me mandaste que a tu riesgo

³⁶⁰ SOKOLOWSKI, *Garantienmandat* p.64. Contra, BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR.*28(1915) 234.

³⁶¹ *Idem Pomponius* porque, a lo largo de los precedentes §10, §11, §12 y §13, Ulpiano viene apoyándose en la doctrina de Pomponio.

³⁶² Contra [*hoc-custodituro*], vid. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito* (I), en *BIDR.*27(1914) 151; DONATUTI, art. cit., en [*AUPE.*39(1927) 1 ss.=] *Studi* I p.364; BURDESE, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz* I p.236. A nuestro juicio, la crítica carece de fundamento suficiente (así, aunque el depositario no responde por custodia, no es incorrecto el uso de *custodire* para designar su actividad: Ulp.30 *ad ed.*-D.16,3,1,12-13; HAYMANN, *Zur Klassizität des periculum emptoris*, en *SZ.*48(1928) 318 s.), y, en todo caso, se trataría de un añadido inocho: cfr. LITEWSKI, art. cit., en *BIDR.*78(1975) 220 n.77.

³⁶³ Contra [*nec mandati teneris, quia rem meam gessi*]: BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR.*27(1914) 151 s.; DONATUTI, art. cit., en [*AUPE.*39(1927) 1 ss.=] *Studi* I p.364 y n.71; BURDESE, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz* I p.236. Los motivos alegados se reducen a dos: a) *nec mandati teneris* es superfluo después de *tecum nullam esse actionem*; b) la pregunta de Pomponio se refiere sólo a la *a. depositi*, de modo que la digresión sobre el mandato es inoportuna; c) la frase no puede ser *-contra* LITEWSKI, art. cit., en *BIDR.*78(1975) 220 s.- obra de

depositaria en el liberto, no hay motivo -advierde Ulpiano³⁶⁴- para negarme la *a. mandati*³⁶⁵. Claro que, si ("d") saliste fiador por el liberto, dice Labeón que el fiador está obligado no sólo si el depositario cometió dolo sino, aunque no lo hiciera, si conserva la cosa en su poder³⁶⁶; porque, ¿qué ocurriría si el depositario enloqueciera, o fuese un pupilo³⁶⁷, o no dejase heredero ni *bonorum possessor*³⁶⁸?

Ulpiano, porque éste a continuación la corrige con cierto aire escandalizado (... *sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video*); pero, si se tratase de la opinión de Pomponio, Ulpiano la habría referido en estilo indirecto, con el verbo en infinitivo, como los anteriores, porque todos dependen de *Pomponius ait*. Para subsanar esta última irregularidad (c) no es necesario recurrir a la censura: basta cambiar, como sugiere KRÖGER *ad leg.*, [*teneris*] por <*te tener*>, en cuanto a los argumentos "a" y "b", olvidan que toda la serie que precede a este texto (§§ 11-13), consiste en la exposición por Ulpiano de diversos casos en los que Pomponio deslinda los ámbitos de aplicación de las acciones del depósito y el mandato: por eso, creemos más probable que el objetivo de Pomponio y Ulpiano era, también aquí, añadir un caso más a esa delimitación. — BURDESE, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz I* p.236, critica también [*cum illo depositi actio est*], por innecesario, y por el mismo motivo "c" al que aludíamos; pero la referencia a la *a. depositi* contra el liberto no puede considerarse de ningún modo innecesaria, y para salvar la otra objeción basta con eliminar, con KRÖGER *ad leg.*, [*est*].

³⁶⁴ El paso a la primera persona (*non video*) deja claro que se trata ya de la opinión de Ulpiano: cfr. BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR.*27(1914) 151; LITEWSKI, art. cit., en *BIDR.*78(1975) 220.

³⁶⁵ Contra [*sed si-non video*]: PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano II*¹ (Firenze 1908) p.246 n.1.; BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR.*27(1914) 151; DONATUTI, art. cit., en [*AUPE.*39(1927) 1 ss.] *Studi I* p.364 (pero cfr. p.384). BURDESE, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz I* p.236 y n.45, limita su crítica a [*cur-non video*], reponiendo <*mandati teneris*>. Dejando a un lado el prejuicio contra *cur* (cfr. GUARNERI-CITATI, *Indice* p.25, s.h.v.), no encontramos fundamento para la crítica; vid., en este sentido, LITEWSKI, art. cit., en *BIDR.*78(1975) 220.

³⁶⁶ Suele criticarse [*omnimodo*] [*non tantum*] [*sed et-apud eum*], porque en el derecho clásico el depositario responde solamente por dolo: SCADUTO, *Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente*, en *AUPA.*8(1921) 38; RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, en *SZ.*43(1922) 311 n.1.; DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione I* (Roma 1940) p.123 s.; LITEWSKI, *Depositary's liability in roman law*, en *AG.*190(1976) 28 ss. Una convincente defensa de esta parte del texto, en CENDERELLI, *Garanzie personali delle obbligazioni per debiti e crediti dell'eredità giacente (contributi esegetici)*, en *SDHI.*30(1964) 132 ss.

³⁶⁷ Contra [*quid enim-fin*]: BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azione divisorie romane* (Perugia 1913) p.13 s.; FLUME, *Akzessorietät* p.100. El loco, como el *pupillo infans*, no son *doli capaces*, por lo que parece que el texto extiende más allá del dolo la responsabilidad del depositario, o bien hace al fiador responder de más de lo que responde el deudor principal: SCADUTO, art. cit., en *AUPA.*8(1921) 38; RICCOBONO, *La Fusione del Ius Civile e del Ius Praetorium*, en *Festgabe für Zitelmann. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 16(1922-23) 513. Para FREZZA, *Garanzie I* p.46 s., aunque [*non tantum-fin*] debe de ser un glosema, los principios que recoge son clásicos, en particular, al hacer al fiador sea responsable en casos en que no lo es el deudor principal. Una interpretación distinta, en CENDERELLI, art. cit., en *SDHI.*30(1964) 133 s.

quedará obligado (sc. el fiador) a responder de lo que suele responderse en virtud de la *a. depositi*.

El punto de partida de todo el texto es el siguiente: yo entrego, *iubente te*, una cosa en depósito a tu liberto. Este supuesto inicial admite diversas interpretaciones, que Ulpiano expone como cuatro hipótesis distintas: puede consistir ("a") en un *iussum* técnico, en cuya virtud *tu* asume frente a *ego* lo hecho por el liberto, de modo que, con la entrega a éste de la cosa (*nomine tuo*³⁶⁹), el contrato de depósito se perfecciona directamente con *tu*, contra quien *ego* adquiere la *a. depositi*³⁷⁰; puede consistir ("b") en el simple consejo de un depositario mejor (el liberto), consejo con el que *tu* no pretende asumir responsabilidad alguna frente al depositante; puede consistir ("c") en un mandato de garantía, con el que *tu* asume frente a *ego* el *periculum* de la operación; puede, en fin, tratarse ("d") del *iubere* de un *fideiussor*, que lo obliga frente al depositante no sólo en caso de incumplimiento doloso por parte del liberto depositario, sino siempre que éste conserve la cosa y no la restituya.

Comprendida de este modo la estructura del texto, es claro que la cuestión acerca de la *a. mandati* en "b", y la concesión de la misma en "c", no parten de la interpretación del *iubere* de *tu* como un *iussum* técnico (así, sólo "a"), sino de su

³⁶⁸ Cuando el deudor principal muere sin heredero (o *honorum possessor*), como cuando pierde la ciudadanía, otros textos además de éste (Gai.1 *ad ed. prov.*-D.2,8,5pr.; Pap.28 *quaest.*-D.46,3,95,1; Mod.6 *resp.*-D.26,7,32pr.; C.8,40,1) establecen que subsiste la responsabilidad del fiador. La claridad de esta solución (que parece contradicha en Pap.28 *quaest.*-D.36,3,5) puede ponerse en duda: SOLAZZI, *Mora del convenuto con le azioni adiettizie e mora del fideiussore*, en [RISG.61(1919) 3 ss. =] *Scritti di Diritto Romano II* (Napoli 1957) p.264 n.20; DESSERTAUX, *Quelques mots sur le fidéjusseur*, en *RHD*.8(1921) 294 ss., la admite en el caso de muerte pero no de deportación; FLUME, *Akzessorietät* p.99 ss., la admite para la *sponsio*, pero no para la *fideiussio*, radicalmente contra su claridad, RICCOBONO, art. cit., en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 16(1922-23) 513 s. Sin embargo, la opinión favorable ha acabado por imponerse: BUCKLAND, *Les limites de l'obligation du "fideiussor"*, en *RHD*.7(1928) 460 ss. (cfr., en defensa de la claridad de nuestro texto, de nuevo BUCKLAND, *Les limites de l'obligation du "fideiussor"*, en *RHD*.12[1933] 124); DE MARTINO, *Garanzie I* p.123 ss.; BERETTA, *Sulle formule di stipulazione fideiussoria e novativa*, en *Scritti in onore di C. Ferrini I* (Milano 1947) p.84 n.; CENDERELLI, art. cit., en *SDHI*.30(1964) 114 ss. En todo caso, parece claro que [*neque successor*] es una inserción bizantina: BUCKLAND, art. cit., en *RHD*.12(1933) 124; FREZZA, *Garanzie I* p.46 s.; CENDERELLI, art. cit., en *SDHI*.30(1964) 134 s.

³⁶⁹ Podría parecer más correcto recibir el *tuo nomine* no al depositante que entrega sino al liberto que recibe, porque es éste quien actúa en nombre del patrono. Pero *recipere tuo nomine* no significaría recibir "en lugar de A", sino "como de A", no "en tu nombre" sino "a tu nombre" (cfr. D.16,3,1,11). La relativa oscuridad de este modo de expresarse es paliada por la aclaración *hoc est, quasi te custodituro* (sobre la cual, vid. *supra* n.362).

³⁷⁰ El *iussum* no produce este efecto por sí sólo, sino sobre la base del convenio contractual en que se funda el depósito, acordado directamente entre depositante y patrono: ocurre como en el *iussum* delegatorio, cuyos efectos se explican por el doble convenio causal subyacente.

reinterpretación como consejo ("b") y mandato de garantía ("c"): de hecho, el supuesto inicial, *si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere*, se ha transformado en "b" en *si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam*³⁷¹, y en "c", en *sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam*³⁷². Tampoco en este texto, en conclusión, la *a. mandati* surge de un *iussum*.

§97 A lo largo de este análisis hemos demostrado que ninguno de los textos examinados puede utilizarse en apoyo de la teoría según la cual "todo *iussum* aceptado por un *sui iuris* es un contrato de mandato":

a) En Pomp.(Cels.) 11 *ad Sab.*-D.13,6,13,2 (nº30), la *a. mandati* no surge de un *iussum*, porque el "dominus" del *bona fide serviens* sólo en apariencia *tubet*: en realidad *mandat*, y es de esta interpretación de los hechos de donde surge la acción.

b) A nuestro juicio, la *a. mandati* de Ulp.(Iul.) 31 *ad ed.*-D.17,1,6,6 (nº31) no es clásica, pero aun admitiendo que lo fuera, no surgiría del *iussum* sino de la relación de *procuratio* en que éste se inserta.

c) Suponiendo que el empleo del participio "iussus" en PS.2,15,3 (nº32) responda a la hipotética redacción paulina original, Paulo no habría hecho surgir de un *iussum* técnico una *a. mandati*, sino que simplemente habría llamado "iussus" a quien recibió un mandato de enajenar, subrayando así el "apoderamiento" implícito en este tipo de mandato. La *a. mandati* surge de la aceptación del encargo, no del *iussum* implícito en éste.

d) Tampoco la *a. mandati* "contraria" de Ulp.30 *ad ed.*-D.16,3,1,14 (nº33) surge de un *iussum*, sino de la reinterpretación del *tubere* inicial como un mandato de garantía.

Como veremos en su momento, tampoco sirven como prueba de que el *iussum* genere una *a. mandati*: Ulp.48 *ad Sab.*-D.23,3,38 (*infra* §105), Ulp.31

³⁷¹ En esta variante, *tu* ha rechazado el depósito y persuade a *ego* de que el liberto sería un buen depositario: aquí *ego* no entrega ya al liberto *tu nomine* y, por eso, no tiene la *a. depositi* contra *tu*, sino contra el liberto. La indicación del patrono no es ya un *iussum*: ni en sentido atécnico (porque no es una orden, sino una sugerencia) ni, mucho menos, en sentido técnico, porque el patrono no está dispuesto a hacerse responsable como depositario. Sólo cabe entonces plantearse la cuestión de si tal sugerencia puede valer como mandato, y Pomponio lo niega, porque el depositante se limitó a gestionar su propio negocio, es decir, porque se trata de un mandato *tua tantum gratia* que vale sólo como consejo.

³⁷² Este mandato de garantía es semejante al *pecuniae credendae*. Lo que hace posible el contrato es la asunción del riesgo por parte de *tu* -cfr. MACCORMACK, art. cit., en SZ.96(1979) 150-: el mandato no existiría sin esa asunción del *periculum*, porque, entonces, ninguna de las partes resultaría obligada; de lo que se deduce que en el mandato de garantía se obliga sólo el mandante (*supra* §58 a): DONATUTI, art. cit., en [AUPE.39(1927) 1 ss.=] *Studi I* p.384 ss.

ad ed.-D.17,1,12,8 (*infra* §111 n°6) y *Gai.3 de verb. obl.*-D.46,2,34pr. (*infra* §111 n°7).

V. A. MANDATI EN SUPUESTOS DE DELEGACION

§98 Llegamos así al punto central en nuestra discusión de la teoría del mandato simple: los textos en que se menciona una *a. mandati* para un caso aparentemente constitutivo de delegación o incluso (así sólo n°43: *infra* §106) descrito con el verbo *delegare*. Como ya hemos advertido, no existe ningún testimonio que permita pensar en una *a. mandati* "directa" del delegante contra el delegado para exigir el cumplimiento del *iussum*; la *a. mandati* mencionada en todos estos textos parece ser la "contraria" para el reembolso. Nuestro objetivo es averiguar si verdaderamente estos textos prueban que la delegación se basaba para los clásicos en un contrato de mandato del que surgía eventualmente, para el reembolso del delegado, una *a. mandati* contra el delegante. Para ello, es preciso confirmar dos extremos: a) que el supuesto descrito en el texto es una verdadera delegación; b) que la *a. mandati* surge de la delegación (es decir, de la aceptación o cumplimiento por el delegado de la declaración de voluntad del delegante que ordinariamente denominamos *iussum*), y no de un negocio añadido o yuxtapuesto a la delegación, o con el que ésta se compara.

Antes de ocuparnos de los textos expresamente mencionados en defensa de la teoría del mandato (citados *supra* §40 *sub* "d", y de los cuales, los fundamentales son *Ulp.48 ad Sab.*-D.23,3,38 [n°42] y *Paul.31 ad ed.*-D.46,2,12 [n°43]), incluiremos algunos otros en que la cuestión podría plantearse igualmente.

§99 La explicación de nuestros primeros dos textos es muy sencilla, porque en ellos el contrato, del que surge la *a. mandati*, no guarda relación alguna con la delegación. Es el caso de:

34) *Iul.90 dig.*
D.46,1,18

Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur: et ideo si fideiussor debitorem suum delegaverit, quamvis eum, qui solvendo non erat, confestim mandati agere potest.

El texto comienza enunciando un principio general: quien delega a su deudor (sc. para que prometa a un tercero³⁷³) se entiende que da tanto dinero

³⁷³ Que Juliano se refiere a la delegación de prometer y no a la de dar resulta ya evidente por la referencia de la segunda parte del texto a la insolvencia del delegado; además, en una delegación de dar, el importe de la atribución patrimonial delegante→delegatario sería, sin más,

cuanto a él se le debe³⁷⁴. Este principio ("*solvit qui delegat*"³⁷⁵) es luego aplicado a un caso concreto: el del fiador que, en lugar de pagar él mismo al acreedor, delega a su deudor. Según lo dicho, en cuanto el delegatario estipula, se entiende que ha adquirido del delegante tanto cuanto importaba el crédito de éste contra el delegado. Por eso, el delegante-fiador de nuestro caso podrá utilizar *confestim la a. mandati* "contraria" contra el deudor principal, sin tener que esperar a que el delegado pague³⁷⁶; esto es así incluso aunque el deudor delegado sea insolvente,

lo que el delegatario hubiera recibido en efectivo del delegado, no necesariamente lo que éste debía al delegante: *quanta ei debetur*. Estas palabras del texto hacen más probable que se trate, además, de una delegación novatoria activa, en la que el delegado promete precisamente lo que debe al delegante: porque, en una delegación de prometer no-titulada o con novación pasiva no es necesariamente cierto que el delegatario adquiera lo que el delegado debía al delegante. En este sentido, cfr. CUGIA, *Delegazione* p.38; ENDEMANN, p.29; v. LUBTOW, *Darlehensbegriff* p.38; más prudente, SACCONI, *Delegazione* p.68. En cambio, BESELER, art. cit., en SZ.45(1925) 485, considera raro que el delegado prometa lo que él mismo debe, y no lo que debe el delegante, por lo que (aparte de correcciones menores [*iussum*] [*quamvis eum*] [*confestim*]) sustituye el inicial [*qui-ideo*] por un conclusivo <*qui enim debitorem delegat, tantam pecuniam dare intellegitur, quantum debitor promittit*>. La corrección de Beseler no resulta, a nuestro juicio, admisible: es cierto que para un acreedor delegatario no resulta tan seguro admitir el crédito del delegante como novar el suyo propio con alguien que ocupe el lugar del deudor; pero, en el ejemplo que Juliano pone en la segunda parte del texto (y que Beseler traslada al comienzo), el delegante no es propiamente deudor, sino fiador, por lo que, de haber novación, la activa sería la única comparable al pago: en efecto, si el delegado prometiese lo mismo que debe el fiador delegante (novación pasiva), el acreedor no parecería haber cobrado, sino tan sólo haber recibido un nuevo fiador en lugar del anterior. Por eso, en este caso, la novación activa no sólo no es "wohl selten", como quiere Beseler, sino -de haber novación- la más adecuada para que el fiador delegante pueda reclamar en regreso. Contra Beseler, vid. también HAEBERLIN, p.112 n.62.

³⁷⁴ Naturalmente, no se puede considerar que el simple *iussum* del delegante haga adquirir nada al delegatario; sólo la ejecución de ese *iussum*, la promesa del delegado, permite *intellegere pecuniam datam*: cfr. v. LUBTOW, *Darlehensbegriff* p.38; KASER, *RPR*. I¹ p.544; HONSELL, *Das periculum nominis im Dotalrecht*, en SZ.83(1966) 368 n.13. La absurda idea de que el delegatario queda pagado con el simple *iussum* del delegante no es defendida por nadie; sin embargo, Biondi interpreta así, para condenarla, la regla *solvit qui delegat*: vid. *supra* §5 n.92. En este texto, por tanto, el verbo *delegare* abarca no sólo la iniciativa del delegante (*iussum*), sino también su ejecución (promesa): vid. *supra* §5; cfr. v. LUBTOW, *Darlehensbegriff* p.38. "Unter *delegatio* ist fñblicherweise das *iussum* und die aufgrund dieses *iussum* erfolgende Leistung des Delegaten ... zu verstehen".

³⁷⁵ Sobre este principio vid. *supra* §5 i.f. (textos y significado de *delegare*); §12 sub "a" (para la delegación de pago); §16 n.212 (delegación de prometer).

³⁷⁶ Contra, BIONDI, art. cit., en *Studi Paoli* p.102 = *Scritti* III p.296: "Orbene se il fideiussore può senz'altro (*confestim*) agire per il regresso, vuol dire che il debitore delegato ha pagato; quindi, la insolvenza del debitore delegato ricade non sul creditore ma sul delegante". Pero el texto dice que el fiador delegante puede utilizar la acción de regreso aunque el delegado sea insolvente: ¿qué mayor evidencia de que la promesa es suficiente? Contra Biondi, vid. también SACCONI, *Delegazione* p.68 n.40.

porque el delegatario, aviniéndose a estipular de él, lo ha admitido como bueno³⁷⁷.

Resulta evidente que en este texto no existe identificación entre *delegatio* y *mandatum*: la *a. mandati* del delegante (suponiendo que sea clásica y no interpolada en lugar de una primitiva *a. depensi*³⁷⁸) le corresponde no como tal delegante, sino como fiador, contra alguien (el deudor principal) que no es parte en la delegación. Lo mismo ocurre en el complejo:

35) Afr.4 *quaest.*

D.16,1,19,5

Cum haberes Titium debitorem et pro eo mulier intercedere vellet nec tu mulieris nomen propter senatus consultum sequereris, petit a me mulier mutuam pecuniam solutura tibi et stipulanti mihi promisit ignoranti, in quam rem mutuaretur, atque ita numerare me tibi iussit: deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi: quaesitum est, si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio senatus consulti ei prosit. respondit videndum, ne non sine ratione dicatur eius loco, qui pro muliere fideiusserit, haberi me debere, ut, quemadmodum illi, quamvis ignoraverit mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur mihi que in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit. et haec paulo expeditius dicenda, si prius, quam ego tibi pecuniam solverim, compererim eam intercessisse. ...

Africano parte de un supuesto de delegación: una mujer, que pretende interceder en favor de Ticio, viéndose rechazada por el acreedor de éste (*tu*) -que se niega, a causa del sc. Veleyano, a aceptarla como deudora en lugar de Ticio-, pide a *ego* (que ignora sus intenciones) la cantidad en mutuo, prometiendo devolverla, y delegándolo para que se la entregue al acreedor *tu*. La *a. mandati* mencionada más adelante no se refiere a este supuesto de delegación, sino al caso de quien sale fiador por una mujer intercesora: a este fiador se le concede frente

³⁷⁷ Cfr. Paul.32 *ad Sab.*-D.17,1,26,2: *Abesse intellegitur pecunia fideiussori etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.*

³⁷⁸ La interpolación no es segura, como no lo es la hipótesis de LENEL, *Palingenesia* I col.484, *ad fr.*841 Iul., en que se apoya la crítica, de que el *liber* XC de los *digesta* de Juliano trataba de la *lex Publilia de sponsu*. De este *liber* sólo conservamos otros dos textos (D.1,3,11, apartado por Lenel con un asterisco de la materia atribuida al libro, y D.16,2,2, relativo a la *compensatio*), cuya posible relación con la *lex Publilia* no es en absoluto evidente. El propio Lenel, en fin, advierte con un interrogante de lo inseguro de su hipótesis para este *liber* XC. Aceptándola como probable, DONATUTI, art. cit., en [AUPE.38(1927) 1 ss. =] *Studi* I p.301 n.150, reconstruye: [*fideiussor*] <*sponsor*>, [*mandati*] <*depensi*>. Más prudente, PERNICE, art. cit., en SZ.19(1898) 117 n.6 (118).

al acreedor la *exceptio sciti*.³⁷⁹, evitando así que la mujer se encuentre ante una eventual *a. mandati* ejercitada por el fiador como regreso³⁸⁰.

El texto plantea otros muchos problemas³⁸¹, pero, por lo que a nosotros nos afecta, basta con constatar esto: que la *a. mandati* no guarda relación alguna con el supuesto principal, de delegación, sino que se menciona para uno distinto, de fianza, con el que aquél se compara: *videndum, ne non sine ratione dicatur etus loco, qui pro muliere fideiusserit, haberi me debere, ...*

§100 Un caso "a primera vista" de delegación parece contenerse, según Cosentino³⁸², en:

36) Iul.36 dig.

D.34,3,11

³⁷⁹ Al principio, sólo el fiador que garantizaba la deuda intercesoria de la mujer por mandato de ésta gozaba de la excepción: Casio, en Iul.4 ad Urs. Fer.-D.16,1,16,1. Luego, el propio Juliano (h.l.) reconoció la *exceptio sciti* también al fiador que, habiendo garantizado una deuda de la mujer, no dispone de la *a. mandati* contra ésta (es decir, cuando no hubo mandato, o, habiéndolo, el fiador no dispone de esta acción por haber actuado *sciens*). En Casio, la *ratio* de la extensión de la *exceptio sciti* al fiador debía de ser la protección de la mujer frente a la *a. mandati* (por eso, seguramente, él concedía la *exceptio* sólo al fiador *ignorans*, ya que la *a. mandati* del *sciens* sería frenada por el propio sc.). En cambio, Juliano la concede también al fiador sin mandato de la mujer y al *sciens*, porque él se refiere ya al *fideiussor*, quien (a diferencia del *adpromissor* al que seguramente se había referido Casio) no puede quedar obligado si la mujer no lo está. A partir de Juliano se considera, así pues, que el sc. afecta tanto a la obligación de la mujer como a sus fiadores (Iul.4 ad Urs. Fer.-D.16,1,16,1: *quia totam obligationem senatus improbat*), de modo que la *exceptio sciti* se incluye entre las que competen a los fiadores (Paul.3 ad Plaut.-D.44,1,7). Finalmente, Papiniano concederá la excepción a quien sale fiador no ya por la mujer sino directamente por el tercero, por mandato de ella: Pap.9 *quaest.*, en Ulp.29 ad ed.-D.16,1,6 y D.16,1,7.

³⁸⁰ La concesión de la *exceptio sciti* al fiador sólo es necesaria para proteger a la mujer en el caso de que el fiador hubiese ignorado las intenciones de la mujer, porque frente a la *a. mandati* del fiador *sciens* la mujer puede oponer la *exceptio sciti*. (cfr. Pap.9 *quaest.*-D.16,1,7). Por eso, resulta chocante la frase *quavis ignoraverit mulierem intercedere*, que parece suponer que la concesión de la *exceptio* al fiador está más justificada cuando es *sciens*. — Que el fiador ignore las intenciones de la mujer es inconcebible cuando interviene, por mandato de ella, a favor del tercero, pero no en los casos en que la deuda afianzada es la intercesoria contraída por la propia mujer, pues el fiador puede perfectamente desconocer la naturaleza de esta deuda.

³⁸¹ Vid. principalmente: GROSSO, *Nota esegetica sul fr.19 paragrafo 5 D. ad sc. Velleianum 16,1*, en *SJ*.101(1929) 77 ss.; LENEL, art. cit., en *SZ*.51(1931) 11 n.3; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen V* (Leipzig 1931) p.28; VOGT, *Velleianum* p.26 ss.; MEDICUS, *Velleianum* p.105 ss., 129 ss.; HAEBERLIN, p.150 s.; TALAMANCA, *La storia del SC. Velleiano*, en *Labeo* 4(1958) 105; NICOSIA, art. cit., en *SZ*.75(1958) 261 ss.; SACCONI, *Delegazione* p.107 ss., 122 ss.

³⁸² COSENTINO, p.319.

Si debitor fideiussorem suum ab herede suo liberari iusserit, an fideiussor liberari debeat? respondi debere. item quaesitum est, an, quia mandati actione heredes tenerentur, inutile legatum esset, quemadmodum inutile legatum est quod debitor creditori suo legat. respondi, quotiens debitor creditori suo legaret, ita inutile esse legatum, si nihil interesset creditoris ex testamento potius agere quam ex pristina obligatione. nam et si Titius mandaverit Maevio, ut pecuniam promitteret, deinde liberari eum iusserit a stipulatore, manifestum est, quantum intersit promissoris liberari potius quam praestare ex stipulatu, deinde mandati agere.

El texto resulta un modelo de elegancia argumentativa. Pueden reconocerse tres supuestos distintos: El caso principal (a) es el de un testador que dispone la liberación de quien había salido fiador en su favor³⁸³. Se hacen dos preguntas: 1ª) ¿Debe ser liberado el fiador? Juliano responde: el fiador debe ser liberado³⁸⁴ (Naturalmente, los herederos no pueden liberarlo por sí solos, pero deberán proporcionar al acreedor otro fiador, para que libere al beneficiado por el legado). 2ª) Los herederos están ya (potencialmente) obligados al fiador por la *a. mandati* ¿No hace esto inútil el legado en favor del fiador, del mismo modo que es inútil el simple legado de lo ya debido que un deudor hace a su acreedor³⁸⁵? Juliano responde a esto en dos pasos: primero se ocupa del caso del *legatum debiti* (b) propuesto como análogo. Luego presenta él mismo otro supuesto (c) del que se puede extraer más claramente la solución a la pregunta (2ª) planteada.

En cuanto al *legatum debiti* (b), no resulta inútil cuando al acreedor le interesa reclamar *ex testamento* mejor que en virtud de la primitiva obligación³⁸⁶. Es decir, el simple legado (damnatorio) de lo ya debido es inútil, porque el acreedor no recibe nada, pero no lo es el que le atribuye alguna ventaja respecto

³⁸³ No se trata propiamente de un *legatum liberationis*, porque el legatario no es deudor del testador sino de un tercero.

³⁸⁴ RECHNITZ, *Studien zu Salvius Iulianus* (Weimar 1925) p.62, afirma que toda una línea argumentativa, ahora eliminada, precedía en el texto original a *respondi debere*.

³⁸⁵ BESELER, *Romanistische Studien*, en SZ.47(1927) 68, somete el texto (intacto unos años antes, en *Beiträge* IV p.152) a una crítica radical, porque, en su opinión, el *legatum debiti*, contra lo que aquí se lee, es siempre útil, pues proporciona al acreedor la ventaja de la litiscrescencia de la *a. ex testamento*. Este punto de vista de Beseler no parece admisible (¿qué razón habría impulsado a los compiladores a intervenir masivamente para declarar inútil tal legado?), y, desde luego, no ha sido acogido por la doctrina. De hecho, incluso del análisis de RECHNITZ, *Iulianus* p.62, resulta que la respuesta de Juliano sobre el *legatum debiti* es auténtica, con sólo restaurar (*esse*→*esset*) el estilo directo original. Sobre el *legatum debiti*, vid. FERRINI, *Teoria generale dei Legati e dei Fedecommissi* (Milano 1889) p.65 ss.; FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto Ereditario Romano I* (Napoli 1900) p.89 ss.; SCHULZ, *Die Lehre vom concursus causarum im klassischen und justinianischen Recht*, en SZ.38(1917) 152. Literatura posterior, en KASER, *RPR*.I² p.751 n.84.

³⁸⁶ Paul. *sing. ad leg. Falc.*-D.35,2,1,10.

del crédito preexistente, como, por ejemplo, la renuncia a una excepción o la supresión de una condición o término³⁸⁷. Esta idea es aplicable a la cuestión planteada (2ª): el legado de liberarse será inútil para el fiador sólo cuando no le reporte alguna ventaja respecto de la situación previa. ¿Existe tal ventaja? La respuesta la proporcionará un nuevo supuesto (c): Ticio manda a Mevio que prometa una cantidad; luego, dispone que sea liberado por el estipulante. Es manifiesto cuánto más interesa al deudor liberarse que reclamar con la acción de mandato después de haber pagado. Juliano concluye elegantemente aquí; puede el lector mismo extraer ya con facilidad la respuesta a la pregunta planteada (2ª): también al *fideiussor* le interesa mejor liberarse que reclamar lo pagado, de modo que su caso no es comparable al (b) de *legatum debiti* inútil.

Es este último supuesto (c) el que nos interesa. Ticio manda a Mevio que prometa una cantidad a un estipulante. ¿Hay aquí delegación? Si la respuesta fuese afirmativa, el texto podría ser presentado en favor de la teoría del mandato, porque el supuesto delegado, Mevio, dispone de la *a. mandati* frente a Ticio, supuesto delegante. Si bien el hecho de que este supuesto sea presentado por Juliano en analogía con el de la *fideiussio* no parece, contra Cosentino³⁸⁸, decisivo para descartar que pueda tratarse de una *delegatio*, lo cierto es, sin embargo, que el texto no ofrece apoyo alguno para calificarlo como tal: Mevio es caracterizado como un simple mandatario que promete a un tercero por cuenta de Ticio y adquiere, con ello, la *a. mandati* "contraria" frente a éste; de la relación entre el mandante Ticio y el tercero estipulante, que no es relevante para los propósitos de Juliano, nada sabemos. Falta, en fin, cualquier alusión, aun implícita, a la *delegatio*.

Más fácilmente puede suponerse una delegación en el *iussum* de Ticio de que Mevio sea liberado por el estipulante (a no ser que el *iusserit* de Ticio quiera concebirse, a semejanza del que abre el texto, como una disposición *mortis causa*³⁸⁹). Ticio sería delegante, el estipulante, delegado, y Mevio, delegatario³⁹⁰. Sin embargo, podría dudarse que exista aquí la necesaria atribución patrimonial delegante→delegatario, porque, si bien Mevio se libera de su deuda con el estipulante, lo cierto es que habría dispuesto en todo caso de la *a. mandati* contra Ticio para resarcirse. En cualquier caso, la *a. mandati* no surge de este *iussum* de Ticio, sino que es anterior al mismo, de modo que no podría ser aducida como prueba en favor de la teoría del mandato.

³⁸⁷ Ulp. 19 *ad Sab.*-D.30,28 y Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.*-D.30,29.

³⁸⁸ COSENTINO, p.319 s.

³⁸⁹ Así, COSENTINO, p.319.

³⁹⁰ Sobre la posibilidad de que el negocio dispuesto por el delegante consista en la liberación del delegatario, vid. supra §25 ("*delegatio accepto ferendi*")

§101 En nuestro siguiente texto nos encontramos de nuevo una situación semejante: el supuesto descrito podría haberse configurado como un caso de delegación, pero el jurista (Gayo, en este caso), parece construirlo como un simple mandato:

37) Gai.[9] <10>³⁹¹ *ad ed. prov.*

D.17,1,27pr.

Si quis alicui scripserit, ut debitorem suum liberet, seque eam pecuniam, quam is debuerit, soluturum, mandati actione tenetur.

A escribe a un acreedor (B) para que libere a su deudor (C)³⁹², declarando que él mismo (A) pagará lo que C debía. Según Gayo, A queda obligado por la acción de mandato.

Este supuesto podría fácilmente haber sido configurado como delegación: la carta de A a B sería un *iussum* de aceptar³⁹³; cumplido el mismo, el deudor C quedaría liberado, obteniendo así un incremento patrimonial equivalente a la deuda extinguida; esta atribución patrimonial se consideraría una donación, crédito, pago, etc., procedente de A; el acreedor B, por su parte, se avendría a liberar a su deudor sobre la base de un convenio con el *tubens* A (probablemente de crédito, ya que éste se compromete a reembolsarle lo debido por C). Sin embargo, en el texto de Gayo no hay nada de esto. Nada sabemos de la relación entre A y C³⁹⁴; entre A y B no existe un convenio de *credere*: Gayo entiende que B actúa simplemente como mandatario. No existe, en consecuencia, apoyo alguno para calificar el supuesto como delegación, por lo que el reconocimiento de una *a. mandati* "contraria" B→A no puede ser empleado como argumento en favor de la teoría del mandato.

§102 Otro texto en el que según Cosentino parece existir delegación es:

³⁹¹ D.17,1,27 trata prolijamente del mandato, con una probable alusión a la fiducia en §1. La inscripción debe ser, en consecuencia, errónea, porque el mandato (y también la fiducia) ocupan el libro X de los comentarios gayanos al Edicto provincial: LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren I. Zur actio fiduciae*, en SZ.3(1882) 108 n.7; *Palingenesia* I col.214 n.2, *ad fr.232 Gai.*; EP.³ p.295 n.7. Vid también FIECK, *Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann*, en SZ.10(1889) 120.

³⁹² El *seque eam pecuniam ... soluturum* que viene a continuación aclara el un tanto ambiguo *debitorem suum*: se trata de un deudor del *alicuius* a quien se escribe, no de quien encarga la liberación. El posesivo *suus* debe entenderse siempre referido al sujeto de la oración a que pertenece, que no es en nuestro caso la principal (*quis*), sino la subordinada (sobrentendido, el *alicuius* destinatario de la carta).

³⁹³ Vid. *supra* §25.

³⁹⁴ De esta relación depende que el mandato sea *aliena tantum gratia* (como parece más probable a BURDESE, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz* I p.222) o que exista también un interés del mandante (como si C es su acreedor).

38) Pomp. l. sen. cons.

D. 16, 1, 32, 3

Si mulier, ne ipsa intercederet, alii mandaret ut id faceret, an in huius persona locus huic senatus consulto sit, qui rogatu mulieris id taceret? totus enim sermo senatus consulti ad petitionem non dandam adversus ipsam mulierem spectat. et puto rem ita esse distinguendam, ut, si quidem creditor, cui me obligavi mandante muliere, hoc in fraudem senatus consulti egisset, ne ipsa interveniret contra senatus consultum, daret autem alium, excludendum eum³⁹⁵ exceptione fraudis senatus consult[i] <o> factae: si vero is ignorasset, ego autem scissem, tunc mandati me agentem cum muliere excludendum esse, me autem creditori teneri.³⁹⁶

Si una mujer, para no interceder ella misma, manda que otro lo haga, ¿se aplica el sc. Veleyano a favor de éste? En efecto, el tenor del sc. se refiere sólo a que no se ha de dar acción contra la mujer misma. Según Pomponio, hay que distinguir dos casos³⁹⁷:

a) Si el acreedor actuó en fraude del senadoconsulto³⁹⁸, el intermediario (ego) que se obligó *mandante muliere* dispone³⁹⁹ contra aquél de la excepción del fraude hecho al sc.⁴⁰⁰

³⁹⁵ Contra el uso de *actionem excludere* (aquí sólo *excludere*) para designar, no la *denegatio actionis*, sino la oponibilidad de una *exceptio*, vid. LEVY, *Paulus und der Sentenzenverfasser*, en SZ. 50(1930) 285, que se refiere también a este texto.

³⁹⁶ [consulti] es evidentemente un error de copia (por atracción de los dos genitivos precedentes, *fraudis senatus*) en lugar de <consulto>: BESELER, *Beiträge* III p. 100; KR. (HAL.) *ad leg.* Cfr. Ulp. 29 *ad ed.*-D. 16, 1, 8, 6: *Si si eum delegaverit qui debitor eius non fuit, fraus senatus consulto facta videbitur, et ideo exceptio datur.* BESELER, *ibid.*, incluye - "nicht sicher" - otras críticas más discutibles: <mandaverit> [mandaret]; [qui rogatu - spectat]; <fecisset> [egisset - alium].

³⁹⁷ Contra la classicidad de esta distinción: PARTSCH, *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften* (Berlin 1931) p. 127; H. KRÜGER-KASER, *Fraus*, en SZ. 63(1943) 145 n. 15. El argumento fundamental para la crítica es la exigencia de *fraus* en el acreedor para la concesión al intermediario de la *exceptio scii.*, y la concesión de ésta como una (aparentemente especial) *exceptio fraudis senatus consulto facta*. Pero esta crítica obligaría a censurar todo el texto, salvo la exposición de los hechos: así, H. KRÜGER-KASER, *ibid.*, [qui rogatu - fin]. VOGT, *Velleianum* p. 37, considera clásico el contenido, aunque el cambio de la tercera a la primera persona para referirse al mandatario delata, a su juicio, la intervención de al menos una mano posterior, también MEDICUS, *Velleianum* p. 132, admite como posiblemente clásico el contenido del texto, así como la particular *exceptio* mencionada, si bien advierte que el texto es "in sich unvollständig und wahrscheinlich verfälscht". En nuestra opinión, no hay indicios que justifiquen esta unanimidad en la crítica: el cambio de persona no parece, en este caso, prueba concluyente, como tampoco (*infra* n. 398) la configuración del fraude y de la excepción.

³⁹⁸ Tal como está redactado el texto, este fraude parece consistir no sólo en la consciencia de que tras *ego* se encuentra la mujer, sino (contra MEDICUS, *Velleianum* p. 132 s.) en la voluntad de eludir, gracias a la interposición de ese intermediario, la aplicación del sc.: *si quidem creditor ... hoc in fraudem senatus consulti egisset, ne ipsa interveniret contra senatus consultum, daret autem alium.* Esto no concuerda con el régimen

b) Si, por el contrario, el acreedor ignoraba que tras el intermediario *ego* había una mujer intercediendo, y *ego* en cambio, conocía las intenciones de la mujer⁴⁰¹, no puede oponerle la excepción, que, en cambio, le impedirá a él utilizar la *a. mandati* contra la mujer.

normal del *sc.*, que sólo deja de ser aplicado frente al acreedor *ignorans*, es decir, que requiere la simple *scientia*, no una específica "*voluntas fraudandi*": cfr. VOGT, *Velleianum* p.34. Pero ello no justifica, en nuestra opinión, las críticas de Partsch y Krüger-Kaser (*supra* n.397), porque: a) el *frus* es contrapuesto a la simple *ignorantia creditoris* (*si vero is ignorasset ...*), lo que hace pensar que la intención fraudulenta se presumía sin más en el acreedor *sciens*; b) la *exceptio* de que trata el texto no es la del *sc.*, sino una especial, que muy bien pudo basarse en el fraude. En efecto, en época de Pomponio no era posible conceder la *exceptio sciti* al intermediario (salvo cuando asumía, como fiador, la misma deuda de la mujer: *supra* §99 n.379), porque, como el texto mismo indica, el *sc.* se refería sólo a la mujer. La desprotección en que quedaba el intermediario permitía abusos (MEDICUS, *Velleianum* p.133): sería fácil para el acreedor sortear la prohibición del *sc.* simplemente induciendo a la mujer a presentar un intermediario; ello redundaría, además, en perjuicio de la mujer, cuando el intermediario ignorase sus propósitos. Para evitar esta maniobra, el pretor pudo conceder una *exceptio* especial, referida precisamente al fraude cometido por el acreedor. — Sobre el fraude a la ley; vid. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore* (Torino 1911 = Roma 1971), y *Ancora sulla genesi della teoria della "fraus legi"*, en *BIDR.*25(1913) 221 ss.; H.KRÜGER-KASER, art. cit., en *SZ.*63(1943) 140 ss.; FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana* (Milano 1983), recensionado por BEHRENDIS, *Frode alla legge, lotta politica e scienza giuridica*, en *Labeo* 31(1985) 62 ss.; vid. también, NICOSIA, art. cit., en *SZ.*75(1958) 258 n.21. La moderna doctrina del fraude a la ley no puede aplicarse al Derecho romano, como parece hacer GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano* (Milano 1966) p.154 s., cuando explica la concesión de la *exceptio* de nuestro texto sobre la base de un "accordo fraudatorio"; una actitud similar, en FASCIONE, *Fraus* p.173: "creditore e mandatario ... agiscono in frode al senatoconsulto perche in tal modo cercano di evitare che la donna eccepisca ..."

³⁹⁹ No sólo si ignora la intención de la mujer, sino también (pues Pomponio no lo excluye) si la conoce. De hecho, una interpretación literal del comienzo del texto (la mujer, para no interceder ella misma, encarga a otro que lo haga) hace pensar en un explícito mandato de *intercedere*, incompatible con la ignorancia del mandatario; sin embargo, ello no es tan seguro como pretende GANDOLFI, *Interpretazione* p.155.

⁴⁰⁰ Vid. *supra* n.398. Parece claro que esta excepción no es la ordinaria del *sc.* Sin embargo, resulta aventurada la hipótesis -H.KRÜGER, rec. a Neff (*Fraus*), en *ZGr.*24(1897) 150; VOGT, *Velleianum* pp.34 y 39, NICOSIA, art. cit., en *SZ.*75(1958) 284 n.84- de que se trata de una *exceptio in factum* (es decir, no edictal). Tampoco Juliano (cfr. *Afr.*4 *quaest.*-D.16,1,19,5, *supra* §99 n°35), concedía sin más al intermediario (en su caso, delegado) la *exceptio sciti*, sino sólo como útil. Más adelante, a partir de Papiniano, parece admitirse ya la aplicación directa del *sc.* a estos casos: *Pap.*9 *quaest.*, en *Ulp.*29 *ad ed.*-D.16,1,6; *Ulp.*29 *ad ed.*-D.16,1,8,4; *Paul.*2 *sent.*-D.16,1,30,1; vid. también C.4,29,15.

⁴⁰¹ No debe echarse en falta en el texto la hipótesis de que ambos, acreedor e intermediario, actúen *ignorantes*, porque tal hipótesis es inconcebible: el intermediario puede ignorar que la mujer pretende interceder, tanto en el caso de que haya de salir fiador (si, por ejemplo, la deuda que ha de garantizar es la intercesoria de la mujer misma), como de que actúe como *expromissor*

El texto se refiere a la mujer como mandante: *mulier ... alii mandaret; mandante muliere*. La existencia de contrato entre la mujer y el intermediario queda demostrada por la referencia final a la *a. mandati*. Sin embargo, Cosentino⁴⁰² ha querido ver aquí una delegación: la mujer que intercede por un deudor sería delegante, el acreedor, delegatario, y el intermediario *ego*, delegado. Vistas así las cosas, el texto avalaría la teoría del mandato simple. Como Cosentino rechaza esta teoría, se ve obligado a dar una explicación para la *a. mandati* del texto: puesto que la relación de valuta en esta delegación está constituida por un "rapporto di fideiussione" ("sia pur invalido perchè *in fraudem scilicet*.") entre la mujer y el acreedor, la relación de cobertura no puede ser otra que la normal en la *fideiussio*: el contrato de mandato; el mandato no ocupa, así pues, el lugar del *iussum*, ni se identifica con él, sino que se encuentra en el nivel de las relaciones causales subyacentes a la delegación.

A esta explicación de Cosentino se pueden hacer dos observaciones:

a) Si, como quiere Cosentino, el intermediario se obliga como fiador, entonces es ya evidente que no hay delegación: no sólo falta la *datio* B(fiador)→A(mujer) (cuyo lugar ocupa el contrato de mandato), sino también la A(mujer)→C(acreedor), porque, cuando al crédito que contra A tenía C se suma como garante un nuevo deudor (B), puede decirse que C obtiene una ventaja, pero no propiamente una atribución patrimonial (*datio*). La "*delegatio fideiubendi*" que conjetura Cosentino es un imposible jurídico.

b) No se comprende como Cosentino puede afirmar con tal convicción que el negocio encargado por la mujer es una *fideiussio*⁴⁰³. Pomponio habla genéricamente de *intercedere, intervenire*, y, ni el planteamiento ni la respuesta permiten, tal como están redactados, excluir otros supuestos de intercesión distintos de la fianza, señaladamente la *expromissio*⁴⁰⁴. Es en éste último supuesto donde puede producirse una *datio* A(mujer)→C(acreedor): el acreedor

(porque la promesa puede ser no-titulada), también el acreedor puede ignorar que tras el intermediario, que sale fiador por el tercero o promete "lo mismo que éste debía", se encuentra una mujer intercesora. Pero las circunstancias que permiten la ignorancia del acreedor y las que hacen posible la del deudor se excluyen mutuamente, de modo que, tanto si se trata de garantizar como de prometer, un acreedor *ignorans* parece sólo posible frente a un intermediario *sciens* y viceversa.

⁴⁰² COSENTINO, p.316 ss.

⁴⁰³ La misma arbitraria afirmación, en GANDOLFI, *Interpretazione* p.154, "Il caso prospettato da Pomponio, como resulta dalle parole «me obligavi», riguardava evidentemente un contratto verbale di garanzia"; del mismo modo, FASCIONE, *Fidius* p.172.

⁴⁰⁴ Así, VOGT, *Velleianum* p.30 ss., en su exposición de los textos que tratan de la *intercessio* mediante persona interpuesta, distingue entre: los relativos a la fianza (p.32 s.); los de asunción de deuda (es decir, *expromissio*: p.31); y los que exponen el problema en términos generales, entre los que incluye el nuestro (p.31).

adquiere el crédito contra el promitente como pago realizado por la mujer en favor de su deudor. Esto, naturalmente, sólo es posible cuando el acreedor actuó en fraude del sc.: el acreedor no puede adquirir como pagado por la mujer si ignora que ella está detrás de todo el asunto⁴⁰⁵. Ahora bien, como explicaremos más detalladamente (*infra* §127 s.) las fuentes no permiten calificar esta combinación de mandato y *datio A→C* como *delegatio*: pues la *delegatio* consiste, como ya sabemos (*supra* §7 ss.), en la fusión, en un único acto, de una doble atribución patrimonial.

En todo caso, resulta inadmisibile la idea de Cosentino de que *daret autem alium* es una alusión a la delegación⁴⁰⁶. Cosentino se apoya en el parecido de esta frase (que, sin embargo, él mismo reconoce sospechosa⁴⁰⁷) con la conocida pseudo-definición de *delegatio* de Ulp.27 ad ed.-D.46,2,11pr. Pero Pomponio no pudo, evidentemente, aludir en el S.II a la "definición" (que ni siquiera es tal, sino una explicación de las diferencias entre *delegatio* y *constitutum debiti alieni*, desgajada de su contexto y elevada a definición sólo por los compiladores: *supra* §8) de un jurista del S.III.

§103 Entre los textos más frecuentemente citados por los defensores del mandato en apoyo de su teoría se encuentran:

39) Ulp.31 *ad ed.*

D.17,1,12,5

Si filio familias mandavi, ut pro me solveret, patrem, sive ipse solverit sive filius ex peculio, mandati acturum Neratius ait, quod habet rationem: nihil enim mea interest, quis solvat.

40) Paul.5 *ad Plaut.*

D.17,1,45,4

⁴⁰⁵ A partir del supuesto descrito en el texto puede, sin embargo, construirse una verdadera delegación. La *intercessio* que la mujer pretende puede ser, como ya hemos dicho, una *expromissio*, si ésta se hace *iussu debitoris* tenemos ya una delegación. El deudor a favor de quien interviene la mujer sería delegante y su acreedor delegatario. El papel de delegado no corresponde, contra lo que se podría pensar a primera vista, al intermediario (*ego*) que promete, sino a la mujer misma, pues es de ella de quien procede la atribución patrimonial (préstamo, donación ...) que recibirá el deudor delegante. (No del intermediario, que puede incluso ignorar que está intercediendo, pues su promesa puede ser no-titulada: es decir, no tiene por qué aludir al crédito preexistente) El mandato no se mezcla, así pues, con la delegación, pues ésta se produce entre deudor, mujer y tercero: el intermediario (*ego*), y el mandato que lo liga a la mujer, permanecen fuera de ella.

⁴⁰⁶ COSENTINO, p.316.

⁴⁰⁷ La frase es censurada por BESELER, *Beiträge* III p.100.

Sed si mandavero tibi, ut creditori meo solvas, tuque expromiseris et ex ea causa damnatus sis, <...> [humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere]⁴⁰⁸.

En opinión de Sintenis⁴⁰⁹, Brugi⁴¹⁰, Rutsaert⁴¹¹ y Sturm⁴¹², el supuesto descrito en estos textos -un deudor encarga a alguien que pague su deuda- es una *delegatio*: el deudor que manda que se pague por él es delegante, el acreedor, delegatario, y el intermediario, delegado. Como la mención de la *a. mandati* ("contraria") del intermediario contra el deudor hace indiscutible la existencia de un verdadero contrato de mandato entre ambos, estos textos serían evidencia de la esencial condición de mandatario de todo delegado. También Pernice⁴¹³ interpreta el supuesto como una *delegatio*, aunque él atribuye la presencia de la *a. mandati* al -por él conjeturado- progresivo acercamiento al mandato del *iussum* delegatorio. Los propios defensores de la teoría del *iussum*, empezando por v. Salpius⁴¹⁴, admiten que aquí hay *delegatio*: así Kreller⁴¹⁵, Haeblerlin⁴¹⁶, Endemann⁴¹⁷ y Kaser⁴¹⁸. Claro que para ellos esto no prueba que el *iussum* del delegante sea un contrato de mandato, ni siquiera que ambas instituciones se hubiesen poco a poco aproximado, porque, en su opinión, el mandato no ocupa aquí el lugar del *iussum*, sino de la relación de cobertura delegante-delegado. A

⁴⁰⁸ Para la crítica de este texto, vid. *infra* §123 (n.º23).

⁴⁰⁹ SINTENIS, *Civilrecht* II² §105 n.30 (p.459).

⁴¹⁰ BRUGI, p.711 y n.2.

⁴¹¹ RUTSAERT, p.68.

⁴¹² STURM, p.285 y n.74.

⁴¹³ PERNICE, *Labes* I p.510: "ja in einer Reihe von Stellen wird geradezu vom Mandate gesprochen, obwohl sie entschieden Fälle der Delegation im Auge haben"; y cita (n.34) nuestros dos textos.

⁴¹⁴ v. SALPIUS, p.56, cita estos textos, además de Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,3 (*infra* §104, §125) y Ulp.29 *ad ed.*-D.15,1,3,6 (*supra* §85), para ejemplificar cómo la relación de cobertura entre delegante y delegado puede estar constituida por un contrato de mandato, que no se confunde con el *iussum* del delegante.

⁴¹⁵ KRELLER, art.cit., en SZ.50(1930) 586: Naturalmente -dice Kreller- no puede negarse que un mandato puede servir de base para la relación de cobertura de la delegación, del mismo modo que de la fianza, y que los romanos concedían entonces al delegado la *a. mandati* como compensación del gasto realizado. Y cita como ejemplos (n.1) nuestros dos textos, junto con, una vez más, Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,3.

⁴¹⁶ HAEBERLIN, p.107: "Dieses (sc. Mandat) ist dann aber als kausale Obligation identisch mit dem Deckungs- oder mit dem Valutaverhältnis, es ersetzt als solches keineswegs das *iussum*." Como ejemplos cita, para la relación de cobertura, los habituales: nuestros dos textos y Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,3.

⁴¹⁷ ENDEMANN, p.16.

⁴¹⁸ KASER, art. cit., en *Satura Feenstra* p.148 n.41 = *Römische Rechtsquellen* p.310 n.41.

lo que sabemos, sólo Betti niega la existencia de delegación, aunque debido a su rechazo de la "*delegatio dandi*"⁴¹⁹.

Un análisis detenido de ambos textos lo abordaremos más adelante. Veremos entonces (§123 s.) que en el supuesto en ellos descrito se produce una dación directa A→C semejante a la de cobertura en la delegación, pero que (§127 s.), propiamente, este negocio, combinación de *datio* directa y mandato, no debe considerarse delegación. Por ello, estos textos no pueden utilizarse en apoyo de la teoría del mandato simple.

§104 Conjuntamente con los anteriores, suele citarse también, en apoyo de la teoría del mandato:

41) Ulp.76 *ad ed.*

D.39,5,19,3

Si quis dederit pecuniam mutuam Titio reddendam Seio, cui donatum volebat, deinde Titius mortuo donatore Seio dedisse proponatur, erit consequens dicere pecuniam Seii fieri, sive mortuum scivit sive ignoravit is qui dabat, quia pecunia fuit dantis: sed si quidem ignoravit mortuum, erit liberatus [si sic mutuam pecuniam accepit solvendam Seio]. si autem mandavero tibi, ut pecuniam Titio des, cui donare volebam, et tu ignorans me mortuum hoc feceris, habebis adversus heredes meos mandati actionem: si sciens, non habebis.⁴²⁰

El primero de los supuestos que expone Ulpiano es sin duda una delegación: al pedirle al mutuario que restituya a Seyo, a quien quiere donar, el mutuante está delegando. Aunque ni la *delegatio* ni el *iussum* se mencionan expresamente, aparecen con nitidez los dos convenios causales, las dos atribuciones patrimoniales: entre delegante (*quis*) y delegatario (*Seius*), la donación; entre delegado (*Titius*) y delegante (*quis*), la devolución del mutuo recibido por el primero, es decir, la *solutio*⁴²¹. El problema que se plantea Ulpiano es qué ocurre cuando el delegado cumple el *iussum* del delegante después de la muerte de éste: pues, como declaración unilateral de voluntad, el *iussum* no puede sobrevivir al delegante. Este problema se desdobra en el texto en dos cuestiones: a) ¿Adquiere Seyo el dinero? b) ¿Se libera Ticio de la deuda que le vincula, ahora, con los herederos del mutuante? Ulpiano responde

⁴¹⁹ BETTI, *Istituzioni* II 1 p.106 n.19; sobre esta postura de Betti, vid. supra §23. De todos modos, él mismo cita el texto como ejemplo de delegación en *Teoría general de las Obligaciones* V (Madrid 1970) p.291 n.

⁴²⁰ La frase que criticamos, como chocante reiteración, fue ya objeto de la sospecha de KRÜGER n.8 *ad leg.*: "si sic ... Seio legerunt etiam Graeci; videntur tamen ex glossa orta esse ei *expulisse talia*: si scivit, non liberatur". La reconstrucción es innecesaria y tal vez aventurada.

⁴²¹ La liberación del deudor es una prueba concluyente de que no es él, sino el mutuante, quien dona (ya que el deudor no podría donar a Seyo y pagar al mutuante todo a la vez y con un único desembolso) y, en consecuencia, de que estamos ante una delegación.

afirmativamente a la primera pregunta: el dinero se hace de Seyo, porque pertenece a quien lo da, a Ticio, siendo irrelevante que éste conozca la muerte del mutante⁴²². La respuesta a la segunda, en cambio, varía según Ticio conozca o ignore la muerte: si la ignora, se libera, si la conoce, no⁴²³. Se trata de una aplicación más del conocido principio de protección al deudor de buena fe⁴²⁴.

Para aclarar el asunto de la liberación, Ulpiano presenta otro caso: si yo te mando que des una cantidad a Ticio, a quien yo quiero donar, y tú lo haces ignorando mi muerte, tendrás la acción de mandato contra mis herederos; si das sabiendo que he muerto, no la tendrás.

Generalmente, se considera que este segundo supuesto es, como el primero, un caso de delegación, en el que el contrato de mandato ocupa el lugar de la atribución patrimonial de valuta: así ya v. Salpius⁴²⁵, y, tras él, Kreller⁴²⁶, Haebelin⁴²⁷ y Endemann⁴²⁸. De delegación hablan también, desde luego, los defensores de la teoría del mandato (Rutsaert⁴²⁹ y Sturm⁴³⁰) y de la teoría "mixta" (Hubrecht⁴³¹ y Bigiavi⁴³²), todos los cuales citan este texto como evidencia. Como veremos más adelante (*infra* §125), no puede siquiera afirmarse con seguridad que en este segundo supuesto exista, combinada con el contrato de mandato *ego-tu*, una atribución patrimonial directa *ego*→Ticio, y, aun admitiendo (como parece más probable) que exista, esta combinación de mandato y atribución patrimonial no constituye, como veremos (*infra* §127 s.), delegación.

⁴²² Esta parte del texto, de la que no nos ocuparemos más en detalle, plantea dudas difíciles de resolver: a) ¿Cómo puede Ulpiano cuestionar la adquisición por Seyo de la cosa fungible por excelencia, el dinero, y condicionarla a que éste "sea de Ticio"? Se trata del arduo problema de la "propiedad" sobre el dinero y la supuesta *vindicatio nummorum*, sobre el cual, vid. por todos KASER, art. cit., en *TR*.29(1961) 169, con lit. b) Aun prescindiendo de esto, Ulpiano parece olvidar un segundo requisito para que Seyo adquiriera: que ignore a su vez la muerte del donante, porque si la conoce falla la *causa adquirendi*; nadie puede pretender adquirir como donado de quien sabe que ha muerto.

⁴²³ En realidad, en el texto no se afirma expresamente este último extremo, pero resulta claramente de la comparación con el segundo supuesto, relativo al mandato.

⁴²⁴ Sobre este principio vid. *supra* §79 n.191.

⁴²⁵ v. SALPIUS, p. 56.

⁴²⁶ KRELLER, art. cit., en *SZ*.50(1930) 586 y n.1.

⁴²⁷ HAEBERLIN, p.107 y n.41.

⁴²⁸ ENDEMANN, p.16, no explícitamente (pero cfr. p.27). También KASER, art. cit., en *Festschrift Felgentraeger* p.293 = *Ausgewählte Schriften* II p. 359, menciona el texto, pero él no especifica si la delegación existe también en la segunda parte o sólo en la primera.

⁴²⁹ RUTSAERT, p.69.

⁴³⁰ STURM, p.285 y n.74.

⁴³¹ HUBRECHT, art. cit., en *RGD*.55(1931) 12 n.3 (de la separata).

⁴³² BIGIAVI, art. cit., en *RDCom*.36(1938) 125.

§105 Un texto fundamental es:

42) Ulp. 48 *ad Sab.*

D. 23, 3, 36 y 38

Debitor mulieris iussu eius pecuniam viro expromisit, deinde vir acceptam eam iussu mulieris fecit. res mulieri perit. hoc quomodo accipimus? utrum dotis nomine an et si alia ex causa? et videtur de eo debitore dictum, qui dotis nomine promisit. illud adhuc subest, utrum ante nuptias an post nuptias <secutae>⁴³³ id factum sit: multum enim interesse videtur. nam si secutis nuptiis id factum est, dote iam constituta maritus accepto ferendo perdit, si autem antequam nuptiae acquerentur, nihil videtur dote constitutum esse.

Sane videndum est, an marito mulier, quae iussit accepto ferri, obligetur. et putem obligari mandati actione et hoc ipsum in dotem converti, quod mulier mandati iudicio obligata est. et quod dicitur rem mulieri perire, consequens est: nam si coeperit velle [de dote] <rei uxoriae> agere, ipsa secum debeat compensare iussum suum.

Este pasaje de los comentarios *ad Sabinum* de Ulpiano trata de las consecuencias del *iussum* de la mujer de aceptar el crédito dotal: más concretamente, el crédito que el marido había adquirido como dote "adventicia" frente a un tercero, deudor de la mujer, que, delegado por ésta, prometió al marido. El pasaje fue dividido por los compiladores en dos fragmentos, para insertar entre ellos un texto de Paulo en el que se explica que la extinción del crédito de la mujer contra el deudor delegado para la dote queda condicionada al matrimonio⁴³⁴.

El interés del pasaje ulpiano es extraordinario: en fr. 38 se concede contra la mujer una *a. mandati* que parece provenir del *iussum* de aquélla; aún más: si se admite que el negocio de *acceptilatio iussu mulieris*, que involucra a mujer, marido y deudor, constituye una *delegatio*, la *a. mandati* sería la evidencia de que estamos ante un caso de delegación nacida de un contrato de mandato entre delegante y delegado. Así, Windscheid⁴³⁵ y Witte⁴³⁶ citan este texto como prueba de la equiparación de *iussum* y *mandatum*, también respecto de la *delegatio*

⁴³³ Vid. *infra* n. 463.

⁴³⁴ Paul. 12 *ad Sab.* - D. 23, 3, 37: *Non enim alias perit mulieri actio, quam si nuptiae secutae fuerint: nam si secutae non sunt, manet debitor mulieri obligatus.* La lección de este texto es confirmada por lav. (Lab.) 6 *ex post. Lab.* - D. 23, 3, 80 y D. 23, 3, 83. Se trata del mismo principio por el que la eficacia de la *stipulatio dotis causa* se condiciona a la existencia del matrimonio (*infra* n. 444); lo mismo ocurre con la *acceptilatio dotis constituendae causa*: vid. G. BUSTELO, *Sobre la "acceptilatio dotis constituendae causa"*, en *Estudios en homenaje al Prof. F. Hernández-Tejero II* (Madrid 1992) p. 239 ss.

⁴³⁵ WINDSCHEID, *Pandekten II* § 412 n. 8a (p. 809).

⁴³⁶ WITTE, p. 355.

clásica. Para Bigiavi⁴³⁷ no hay duda de que, en el mismo, el término *iussum* se refiere al contrato de mandato, confirmando así su teoría de que la delegación al descubierto se basa en el *mandatum*, no en el *iussum*. Kaser⁴³⁸ menciona, con dudas, el texto para ejemplificar cómo un delegado puede disponer de la *a. mandati* "contraria" en función de regreso contra el delegante, cuando actuó por encargo ("Auftrag") de éste: en su opinión, el mandato no ocupa en este caso el lugar del *iussum*, sino el de la relación de cobertura entre delegante y delegado. Incluso Endemann⁴³⁹ admite que el texto muestra que la *a. mandati* puede surgir de un *iubere*.

El supuesto es el siguiente: una mujer ordena a su deudor que prometa⁴⁴⁰ a su marido o novio⁴⁴¹; así, éste adquiere contra el deudor un crédito que vale como dote⁴⁴²; pasado un tiempo, por disposición de la mujer, libera al deudor mediante *acceptilatio*. La pérdida es para la mujer: *res mulieri perit*⁴⁴³.

Parece claro que el primer *iussum* de la mujer, el que permite al marido estipular la dote del deudor, puede considerarse una *delegatio*. Conviene, sin embargo, distinguir según el momento en que se concluya la estipulación. Si el deudor promete *secutis nuptiis*, se perfecciona sin más la doble atribución patrimonial característica de la delegación: el deudor (delegado) se libera como si hubiera pagado a su acreedora (delegante), y ésta, a su vez, constituye así su propia dote en favor de su marido (delegatario). En cambio, la estipulación

⁴³⁷ BIGIAVI, art. cit., en *RDCom.* 36(1938) 137 y n.2 (138).

⁴³⁸ KASER, art. cit., en *SZ.* 77(1960) 467 n.14.

⁴³⁹ ENDEMANN, p.18.

⁴⁴⁰ El término *expromittere* se encuentra con frecuencia en las fuentes (cfr. HEUMANN-SECKEL, p.196 s., s.h.v.) para supuestos distintos de la "delegación novatoria pasiva" que en la tradición romanística se denomina *expromissio*, por lo que su uso en este texto no permite afirmar que el deudor esté asumiendo una hipotética obligación dotal que la propia mujer había contraído previamente. En cualquier caso, esto es indiferente para la explicación del texto.

⁴⁴¹ En el texto se dice simplemente *vir*, por lo que cabe la posibilidad de que la estipulación se realice tanto antes como durante el matrimonio: como enseguida explicaremos, su eficacia es muy distinta en uno y otro caso.

⁴⁴² Que la estipulación sea *dotis causa* no se dice expresamente en esta primera frase, pero es aclarado a continuación por Ulpiano: *utrum dotis nomine an et si alia ex causa? et videtur de eo debitore dictum, qui dotis nomine promisit*. Algunos autores han sostenido que Ulpiano hablaba de *dotis dictio* y no de *promissio*, pero entonces no tendría sentido la pregunta por la causa de la promesa, y la consiguiente aclaración. Sobre esta cuestión, vid KASER, *Die Wirkungen der "dotis dictio"*, en *SDHI.* 17(1951) 182 n.58, con lit.; KÖNIG, *Die vor der Ehe bestellte dos nach klassischem römischem Recht*, en *SDHI.* 29(1963) 204 (lit. en nn.217 y 218).

⁴⁴³ Las preguntas y aclaraciones *hoc quomodo accipimus? utrum dotis nomine an et si alia ex causa? et videtur de eo debitore dictum ...* hacen evidente que Ulpiano recoge el supuesto y la regla *res mulieri perit* de una fuente anterior: quizá Sabino, como afirman v. SALPIUS, p.65, y DRECHSLER, *Die actio quod iussu* (Würzburg 1877) p.49.

concluida *ante nuptias* no produce ninguno de esos efectos de modo inmediato, porque, como el propio Ulpiano reconoce en otro lugar de sus comentarios *ad Sabinum*, la promesa de dote se considera suspensivamente condicionada al matrimonio⁴⁴⁴. Por ello, ni el novio adquiere (todavía) un crédito contra el deudor delegado, ni éste, como explica Paulo en fr.37⁴⁴⁵, se libera de su acreedora delegante, sino hasta que eventualmente llegue el matrimonio.

En cuanto al segundo *iussum* de la mujer, que es el que principalmente nos interesa, ante todo plantea la cuestión de si cabe admitir para el Derecho clásico, junto a la delegación de dar y de prometer, la de aceptar, como (basándose precisamente en este texto) mantienen v. Salpius⁴⁴⁶ y Cugia⁴⁴⁷. En teoría, como hemos explicado ya (*supra* §25), nada lo impide: la *acceptilatio*, en la medida en que libera al deudor sin haber pagado, conlleva una atribución patrimonial en su favor⁴⁴⁸, y puede, por tanto, cumplir en la delegación el mismo papel que la *traditio* o *stipulatio*; a través de la misma, sería posible perfeccionar una doble atribución patrimonial delegado→delegante y delegante→delegatario. En el concreto caso que nos ocupa, sin embargo, conviene de nuevo distinguir momentos:

a) La *acceptilatio* concluida *ante nuptias*, en la medida en que se refiere a un crédito condicional, queda ella misma condicionada al matrimonio. Si éste no sobreviniese, el deudor seguiría obligado a la mujer como si nada se hubiese hecho. Pero, con el matrimonio, se perfeccionan las dos delegaciones: la de prometer, en favor del marido, y la de aceptar, en favor del deudor. Sin embargo, el resultado práctico es el mismo que si la mujer hubiese aceptado directamente su crédito contra el deudor, de modo que, de las cuatro atribuciones

⁴⁴⁴ Ulp.35 *ad Sob.*-D.23,3,21: *Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se condicionem hanc "si nuptiae fuerint secutae", et ita demum ex ea agi posse (quamvis non sit expressa condicio), si nuptiae <fuerint secutae>, constat: quare si nuntius remittatur, defecisse condicio stipulationis videtur.* La idea se remonta al menos a Laboón (*supra* n.434), y parece haber sido comúnmente aceptada; así, Pap.10 *quaest.*-D.23,3,68: *Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre nuptiae non fuerint, si postea consenserit, cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam condicionem accipiat. nam et si minor annis duodecim ut maior deducta sit, tunc primum petetur, cum maior annis apud eundem esse coeperit ...;* Paul.3 *ad ed.*-D.2,14,4,2: *Huius rei argumento etiam stipulatio dotis causa facta est: nam ante nuptias male petitur, quasi si hoc expressum fuisset, et nuptiis non secutis ipso iure evanescit stipulatio. idem Iuliano placet.*

⁴⁴⁵ Vid. *supra* n.434.

⁴⁴⁶ v. SALPIUS, p.42.

⁴⁴⁷ CUGIA, *Delegazione* p.28 s.

⁴⁴⁸ Así, se la admite en las fuentes como modo de donar o constituir una dote en favor del deudor: vid. *supra* §25 n.318.

patrimoniales a que estas delegaciones equivaldrían, sólo una (la de la mujer en favor del deudor) llega a ser efectiva⁴⁴⁹.

b) La *acceptilatio secutis nuptiis* debería, en cambio, perfeccionar de inmediato una doble atribución patrimonial: la iniciativa de la mujer (delegante), al pedir a su marido (delegado) que aceptile el crédito dotal, equivaldría al intento de disponer de la dote en favor del deudor (delegatario); ejecutando el *iussum*, el marido (delegado) realizaría una atribución patrimonial en favor de la mujer por el importe de la dote; en definitiva, permitir a la mujer disponer, de este modo indirecto, de la dote, equivaldría a restituírsela. Esta restitución vendría a ser como una *solutio* anticipada, porque la acción de la mujer para recuperar la dote no surge hasta la disolución del matrimonio⁴⁵⁰. A consecuencia de la delegación, la mujer habría recuperado la dote y quedaría, en consecuencia, indotada, de modo que, si eventualmente se disolviera el matrimonio, no dispondría ya de la *a. rei uxoriae* contra el marido: no podría pretender recuperar una dote que ya le ha sido devuelta. Se entendería así fácilmente la frase *res mulieri perit* que Ulpiano pretende aclarar.

¿Es esta explicación, basada en la delegación, la que Ulpiano propone para el caso de *acceptilatio secutis nuptiis*? Si bien la frase *dote iam constituta maritus accepto ferendo perdit* podría admitir esta interpretación, lo que Ulpiano escribe luego en fr.38 la hace inviable. En fr.38, Ulpiano se esfuerza en encontrar algo (la *a. mandati*) que ocupe en el patrimonio del marido el lugar de la dote perdida, de modo que la mujer pueda seguir dotada; esto significa, inevitablemente, que, disuelto el matrimonio, ella dispondrá de la *a. rei uxoriae* - lo que no ocurriría si se considerase que, en virtud de la delegación, la dote le

⁴⁴⁹ La primera delegación, de prometer, equivalía a una *datio solutionis causa* deudor (delegado)→novia (delegante), y *dotis causa* novia (delegante)→novio (delegatario); la segunda delegación, de aceptar, comportaba una atribución patrimonial novio (delegado)→novia (delegante), equivalente a la devolución de lo constituido como dote futura, y una segunda atribución patrimonial novia (delegante)→deudor (delegatario), por una causa que desconocemos. Pero, la atribución *dotis causa* novia→novio de la primera delegación y la inversa novio→novia de la segunda se anulan mutuamente; y la *solutio* a que equivalía la asunción por el deudor, en virtud de la primera delegación, de una nueva deuda frente al novio, queda anulada porque ésta nueva deuda no llega a nacer de modo efectivo, o, más precisamente, se extingue, en virtud de la aceptilación, en el mismo momento en que nace.

⁴⁵⁰ Los textos utilizan repetidamente el verbo *solvere* para referirse al marido que devuelve a su mujer la dote durante el matrimonio. Así, Scaev.8 *dig.*-D.23,3,85; Paul.7 *ad Sab.*-D.24,3,20; Ulp.25 *ad ed.*-D.11,7,27,1. Desde luego, de querer buscar alguna de las causas típicas de la *traditio* (lo cual, al no tratarse de una delegación de *tradere*, no es, en realidad, necesario), la de *solvere* parece la única viable: la de *donare* sería inoperante por la prohibición de donaciones entre cónyuges; y la de *credere* estaría probablemente impedida por la consideración creciente de la dote como *res uxoriae*: ¿cómo podría la mujer recibir en préstamo algo que, en cierto modo, es suyo?

había sido ya restituida-, aunque en la práctica no podrá emplearla, porque *ipsa secum debebit compensare iussum suum*. ¿Por qué todas estas complicaciones, si la construcción del supuesto como delegación permitía explicar tan sencillamente la máxima *res mulieri perit*?

La respuesta es, a nuestro juicio, la siguiente: existía un obstáculo para configurar la *acceptilatio iussu mulieris* como delegación, en el caso de que se realizase *secutis nuptiis*. La restitución de la dote (a la que equivale, como decimos, el negocio realizado si se construye como delegación) no es posible, según el Derecho clásico, *constante matrimonio*⁴⁵¹. Este principio no aparece explícitamente en las fuentes, pero se deduce de aquellos textos que mencionan casos en que la restitución *constante matrimonio* es excepcionalmente permitida (Paul.2 *sent.*-D.23,3,73,1⁴⁵², Paul.7 *ad Sab.*-D.24,3,20⁴⁵³, Ulp.3 *disp.*-D.24,3,21⁴⁵⁴) o que se preguntan si en un supuesto concreto la restitución es posible (Scaev.8 *dig.*-D.23,3,85⁴⁵⁵). Aunque en esta materia existen puntos

⁴⁵¹ Vid. v. TIGERSTRÖM, *Das römische Dotalrecht* II (Berlin 1832 = Aalen 1983) p.62 ss.; BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* I (Erlangen 1863) p.164 ss.; II (Erlangen 1867) p.153 ss.; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht* (Gießen 1870) p. 489 ss.; D'ANCONA, *Il concetto della dote nel Diritto romano* (Firenze 1889 = Roma 1972) p.128 ss.; BONFANTE, *Famiglia* p.456 ss.; WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, en SZ.53(1933) 322 ss.

⁴⁵² Paul.2 *sent.*-D.23,3,73,1: *Manente matrimonio non perditur uxori ob has causas dos reddi potest: ut sese suasque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat.*

⁴⁵³ Paul.7 *ad Sab.*-D.24,3,20: *Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere et ideo recte ei solvitur: idque et in filia familias observatur.* Sobre el origen clásico de las excepciones recogidas en este y el anterior texto de Paulo, vid. *infra* n.456.

⁴⁵⁴ Ulp.3 *disp.*-D.24,3,21: *Sed et si idem maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem, reputatur ei id quod expensum est, sive pars dotis sit, pro ea parte, sive tota dos sit, actio [dotis] <rei uxoriae> evanescit. ...* Sobre este texto vid. WOLFF, art. cit., en SZ.53(1933) 323 s., con lit.

⁴⁵⁵ Scaev.8 *dig.*-D.23,3,85: *Fundum filiae nomine pater in dotem dederat: huius heredi filiae ex aese creditoribus arguentibus patris utilius videtur potius fundum qui dotalis est distrahere, quod minus fructuosus sit, et alios hereditarios uberiore raditu retinere. quaero, an ea pars dotis, quae in hoc fundo est, mulieri manente matrimonio recte solvatur. respondit, si pretium creditori solvatur, recte solutum.* BESELER, art. cit., en SZ.47(1927) 59, reconstruye, alegando "ocurrencia" en el *responsum* conservado: *respondit, <non recte solv> [-].* Aceptan como clásica la respuesta de Escévola: BONFANTE, *Famiglia* p.458 y n.6; WOLFF, art. cit., en SZ.53(1933)323. En cualquier caso, la crítica de Beseler no afectaría a la claridad del principio, sino que la reforzaría, eliminando excepciones.

oscuros⁴⁵⁶, la claridad del principio parece indudable⁴⁵⁷. A nuestro juicio, su explicación se encuentra⁴⁵⁸ en la concepción de la dote como un patrimonio

⁴⁵⁶ Algunos aspectos de los textos podrían hacer pensar en manipulaciones justinianeas: así el elenco de excepciones al principio que se establece en los dos primeros textos citados, o el aspecto añadido de lo que parece una alusión al principio en Ulp.25 *ad ed.*-D.11,7,27,1: *Maritus funeraria non convenietur, si mulieri in matrimonio dotem solverit, ut Marcellus scribit: quae sententia vera est: [in his tamen casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissum est].* Sería fácil, a la vista de estos indicios, explicar el principio mismo como una innovación de Justiniano, entre las muchas que introdujo en materia de régimen económico del matrimonio, guiado en esta ocasión por el afán de reforzar la protección de la dote. Pero la referencia a las *leges* en el citado texto de Ulpiano coincide con la de CTh.3,13,3,1 (= C.5,18,1): *Si constante matrimonio a marito uxori dos refusa est, quod legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere, eadem uxore defuncta marito ab eius heredibus cum fructibus ex die refusa dotis restituatur, ita ut proprietates eiusdem a liberis ex eadem susceptis, alienari a marito non possit* [a. 422]. Esto obliga a descartar la hipótesis de una innovación justiniana; además, en la legislación de Justiniano no hay rastro de semejante novedad. Tampoco CTh. presenta este principio como nuevo. El artículo al elenco de excepciones contenido en los dos textos de Paulo, no parece razonable atribuirlo a Justiniano porque las listas no coinciden plenamente, y alguno de los supuestos aparece correctamente en uno de los textos (7 *ad Sab.*) - *ut liberis ex alio viro egentibus ... consuleret*- y corrompido en el otro (2 *sent.*) - *ut egentem virum ... sustineat*-. Por todo ello parece más probable que se trate de un resumen postclásico de varios supuestos que Paulo consideraba más detenidamente: ésta es también la opinión de WOLFF, art. cit., en SZ.53(1933) 325 ss., con lit. Creemos, en conclusión, que tanto el principio como cierta casuística de excepciones existían en el Derecho clásico, aunque su origen aparece oscurecido por las alusiones de CTh.13,3,3 y D.11,7,27 a unas supuestas "leyes".

⁴⁵⁷ Así BONFANTE, *Famiglia* p.456 ss.; WOLFF, art. cit., en SZ.53(1933) 322; LAURIA, *Matrimonio-dote in Diritto romano* (Napoli 1952) 198; GARCIA-GARRIDO, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano* (Roma-Madrid 1958) p.76 y n.75 (quien, sin apoyo alguno en las fuentes, afirma que el principio fue abolido por Justiniano, malinterpretando quizá a LAURIA, l.c.).

⁴⁵⁸ Contra WOLFF, art. cit., en SZ.53(1933) 322, no debe buscarse el fundamento de este principio en la prohibición de donaciones entre conyuges. Todos los textos de los que se deduce el principio admiten excepciones (que el mismo WOLFF, ibid. p.322 no considera sustancialmente clásicas) en las que cabe la restitución anticipada, lo que no sería posible si la misma constituyera una donación prohibida. Cuando la disolución del matrimonio permite *retentiones* a favor del marido, o cuando sobreviene por muerte de la mujer permitiendo al marido retener la dote "adventicia", es cierto que, si se adelantó a restituir, la mujer (o sus herederos) obtienen un beneficio patrimonial; sin embargo, la dote es en su integridad *res uxoria*, por lo que no existe propiamente donación. Por otra parte, la entrega anticipada de la dote supone, en general, que la mujer se lucra con los frutos e intereses que ésta genera, que de otro modo habrían correspondido al marido; pero tampoco aquí existe donación, porque la mujer no adquiere los frutos del marido, sino directamente, como propietaria de la antigua cosa dotal. No debe confundirse este caso (contra BONFANTE, *Famiglia* p.456 n.2) con el de Paul.5 *quaest.*-D.23,4,28, en el que el pacto de que los frutos del fundo dotal se utilicen para pagar al acreedor de la mujer es declarado inválido cuando se celebra después del matrimonio, por contravenir la prohibición de donaciones conyugales: en este texto, los frutos que la mujer adquiere pertenecen al marido, propietario del fundo dotal; vid. BECHMANN, *Dotalrecht* II p.162; WOLFF, art. cit., en

confiado al marido, que debe permanecer en su poder mientras el matrimonio subsista⁴⁵⁹, como ayuda para afrontar los *onera matrimonii*⁴⁶⁰ y ser preservado por él, de modo que, disuelto el matrimonio, la mujer disponga de un medio para proveer a sus necesidades: las fuentes hablan aquí de un interés público en la conservación de la dote⁴⁶¹. Así pues, el marido es responsable (*in bonum et aequum*) de la dote recibida, de modo que si, por haberla restituido a la mujer *constante matrimonio*, ésta se ha perdido, deberá igualmente responder frente a la *a. rei uxoriae*⁴⁶².

Este principio explica el modo en que Ulpiano desarrolla la distinción entre la *acceptilatio* anterior al matrimonio y la posterior al mismo⁴⁶³, que es presentada como de la máxima importancia: *multum interesse videtur*⁴⁶⁴. Antes del matrimonio, la devolución de lo recibido como dote futura es posible, y, en consecuencia, el *iussum acceptum ferendi* genera una *delegatio* (aunque condicionada al matrimonio). Por eso, si el marido *acceptila antequam nuptiae*

SZ.53(1933) 322 n.1. Sólo en CTh.3,13,3,1 (*supra* n.456), se califica la restitución anticipada de la dote como donación entre cónyuges.

⁴⁵⁹ Paul.60 *ad ed.*-D.23,3,1: *Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.*

⁴⁶⁰ Paul.6 *ad Plant.*-D.23,3,56,1: *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* (vid., en defensa de la clasicidad de este texto, JORS-KUNKEL, *RR.*² p.284 n.2). Así, son inválidos los pactos que, al obligar al marido a devolver, con la dote, los frutos de ésta, lo dejan en la práctica en la misma situación que quien toma por mujer a una indotada Ulp.31 *ad Sab.*-D.23,4,4: *Si convenerit, ut fructus in dotem converteretur, an valeat conventio? et Marcellus ait libro octavo digesterum conventionem non valere: prope enim indotatam mulierem hoc pacto fieri. ...*

⁴⁶¹ Pomp.15 *ad Sab.*-D.24,3,1: *Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari ...* Paul.14 *ad Sab.*-D.23,3,2: *Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*. Sobre estos textos, vid. SOLAZZI, "Favor dotis", en *SDHI*.21(1955) 303 ss., que los considera, en lo esencial, clásicos.

⁴⁶² Que éste -la subsistencia de la *a. rei uxoriae* contra el marido- es el significado del principio, se deduce de Ulp.3 *disp.*-D.24,3,21 (*supra* n.454). Vid. CZYHLARZ, *Dotalrecht* p.489 s.; D'ANCONA, *Dote* p.129: "Ed invero anche se la moglie aveva dissipato colpevolmente le cose dotali, il marito doveva subire le conseguenze del fatto proprio (i.e., la restituzione anticipada), e rimproverare se stesso di avere posto nelle mani di lei il patrimonio familiare, che gli era stato affidato come deposito sacrosanto ..." Dado que el marido "pagó" a sabiendas lo que no debía, no dispondrá, por su parte, de la *condictio* para recuperarlo.

⁴⁶³ *Antequam nuptiae sequerentur* significa antes del matrimonio; *secutis nuptiis* (que aparece también en el texto), después de las nupcias, en el sentido de *constante matrimonio*. Este es el modo clásico de referirse a ambos momentos. Menos correcto resulta, en cambio, el giro *utrum ante nuptias vel post nuptias*, porque, para los clásicos, *post nuptias* significa "disuelto el matrimonio": vid. D'ORS, "Post nuptias", en *Erastian in honorem G. S. Maridakis I* (Athenis 1963) p.225 ss. No puede descartarse que esto sea un indicio de manipulaciones en la frase *illud ... videtur*, pero, puesto que no hay razones de fondo para la crítica, hemos preferido restituir <secutis>.

⁴⁶⁴ Contra KÖNIG, art. cit., en *SDHI*.29(1963) 205, la distinción dista mucho de ser superflua.

sequerentur es como si no se hubiera constituido dote *-nihil videtur doti constitutum esse-*: porque no hay dote mientras no haya matrimonio⁴⁶⁵ y, cuando éste sobrevenga, perfeccionando las dos delegaciones sucesivas, será como si la futura dote hubiera sido devuelta antes del matrimonio. Si la *acceptilatio secutis nuptiis* sirviese también como delegación, la dote se consideraría restituida a la mujer, que, en consecuencia, quedaría indotada y perdería la *a. rei uxoriae*. Pero, según fr.36, no es la mujer quien pierde la dote, sino el marido *-dote iam constituta maritus accepto ferendo perdit-*; y de fr.38 se deduce que ella sigue dotada y, por tanto, conserva *-al menos en teoría-* la *a. rei uxoriae*. Todo ello evidencia que, a los ojos del Derecho, la mujer nada ha recibido, por lo que no puede decirse que haya habido delegación.

La situación, así las cosas, era para Ulpiano la siguiente: como consecuencia de la aceptación, el marido ha experimentado un perjuicio patrimonial; ha perdido la dote (es decir, el crédito dotal) pero, puesto que no se considera válidamente restituida, deberá eventualmente responder frente a la *a. rei uxoriae*. Ulpiano, naturalmente, no podía admitir este resultado: ante todo, porque entraría en contradicción con el principio general del comienzo del texto, *res mulieri perit*, que precisamente trata de explicar; además, porque, si el marido hubiera dispuesto de la dote por propia iniciativa, sería natural que la pérdida fuese también de su cargo⁴⁶⁶, pero en este caso, el detrimento patrimonial experimentado por él es consecuencia de una actuación *iussu uxoris*. Sin embargo, la imposibilidad de configurar el supuesto como una *delegatio* impedía a Ulpiano atribuir este detrimento directamente a la mujer, como si ella misma hubiera dispuesto de la dote.

¿Como solucionar este problema? Lo más sencillo es entender que el marido, al cumplir la orden, ha actuado como mandatario y concederle, como tal, la *a. mandati* contraria frente a la mujer. Así lo hace Ulpiano en fr.38⁴⁶⁷. Es, por

⁴⁶⁵ Ulp.73 *ad ed.*-D.23,3,3: ... *neque enim dos sine matrimonio esse potest, ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.*

⁴⁶⁶ Iul.5 *ex Min.*-D.23,3,49: *Vir ab eo, qui uxori eius dotem facere volebat, certam pecuniam eo nomine stipulatus est, deinde acceptam eam fecit: quaerebatur, essetne ea pecunia in dotem. respondit, si acceptam non fecisset et promissor solvendo esse desisset, quaereremus, an culpa mariti ea pecunia exacta non esset: cum vero acceptam fecit, omnimodo periculum ad eum pertinebit: perinde enim est, ac si acceperit pecuniam et eandem promissori donaverit.* Si el marido aceptila por propia iniciativa, es a su cargo *-periculum ad eum pertinebit-*, de modo que la mujer conserva su expectativa de restitución. Que en el caso de haberlo hecho *iussu uxoris* esto no podía ser así sin más se deduce claramente de Iav.6 *ex post.Lab.*-D.24,3,66,6: *Si vir socero iniussu uxoris monente matrimonio dotem acceptam fecisset, etiamsi id propter egestatem soceri factum esset, viri tamen periculum futurum ait Labeo, et hoc verum est.*

⁴⁶⁷ Parece claro que este segundo fragmento trata únicamente del supuesto de *acceptilatio constante matrimonio*: a) ya no se habla de vir, sino de maritus; b) *hoc ipsum in dotem converti* sólo puede ocurrir tras el matrimonio, pues antes no cabe hablar propiamente de dote, y la

tanto, la imposibilidad de una *delegatio* la que le obliga a cambiar la calificación de los hechos, convirtiendo el *iussum* (que valía como *delegatio* en el supuesto de *acceptilatio ante nuptias*) en una oferta de mandato. De ese modo, el marido podrá recuperar de la mujer el perjuicio sufrido. Pero Ulpiano va más allá. Del mismo modo que, en general, la *a. mandati* ocupa en el patrimonio del mandatario el lugar de lo que perdió por ejecutar el mandato, Ulpiano entiende que, en este caso, la *a. contraria* del marido ocupa en su patrimonio el lugar del crédito dotal perdido. En consecuencia, aunque el marido perdió dicho crédito dotal, no perdió en realidad la dote⁴⁶⁸: el crédito contra la mujer sustituirá como dote al preexistente. La situación es similar a aquélla en que la mujer ha prometido la dote pero no ha cumplido todavía su promesa: esta mujer, que debe aún la dote a su marido, no puede pretender, si el matrimonio se disuelve, que se le restituya, puesto que nada entregó. A esto se refiere la frase final, *ipsa secum debet compensare iussum suum*⁴⁶⁹.

En conclusión, el texto no puede utilizarse como prueba de que la delegación incorpora un contrato de mandato⁴⁷⁰, siendo precisamente la imposibilidad de una delegación la que obliga a Ulpiano a recalificar el supuesto

acceptilación anterior al matrimonio hace que *nihil videtur doti constitutum esse*. Así, DRECHSLER, *A. q. iussum* p.50.

⁴⁶⁸ Sin embargo, la frase de fr.36 *dote iam constituta maritus accepto ferendo perdit* no es sospechosa, como afirma KONIG, art. cit., en *SDHI*.29(1963) 205. En efecto, aunque en fr.38 Ulpiano finalmente aclara que el marido retiene como dote lo debido por la mujer en virtud de la acción de mandato, la frase es oportuna en el lugar en que se encuentra: se trata de plantear la dificultad con que la regla *res mulieri perit* se encuentra en el caso de que la acceptilación sea posterior al matrimonio, dificultad que precisamente se resuelve en fr.38. Tampoco puede decirse que la frase sea falsa o que entre en contradicción con fr.38: el término "dote" sirve para designar la aportación realizada, pero también el objeto concreto de dicha aportación: para hacer compatible la frase con lo que sigue, basta con entender que Ulpiano no se refiere a la dote (en cuanto aportación), sino a la dote *iam constituta*, es decir, al crédito dotal; es esto lo que el marido pierde, pero la dote como tal subsiste, en la *a. mandati* que adquiere contra la mujer.

⁴⁶⁹ No, por tanto, a una auténtica *compensatio* de la *a. mandati* del marido frente la *a. rei uxoriae* de la mujer, que sería inconcebible en Derecho clásico, *ex dispari causa*. Así también v. SALPIUS, p.66: "Man darf hier nicht an eine eigentliche Compensation denken, denn der Mann hat nun gar keine Klage mehr, sondern nur die Einrede, dass ihm durch den *iussus* der Frau das Object der dos entzogen ist". De modo semejante, BETTI, *Sulla concezione classica della "confusio"*, en *SDHI*.28(1962) 16, entiende *secum compensare* en el mismo sentido que *secum pensare*, no se trata de una *compensatio* entre el crédito de la mujer y el del marido sino de la imputación que la mujer debe hacer a cuenta de su propio crédito dotal de lo que ella debe por el mismo concepto, de dote.

⁴⁷⁰ En este sentido, es relevante el argumento de DRECHSLER, *A. q. iussum* p.50: "MöBte man in jeder Anweisung einen Auftragsvertrag erblicken, so wäre diese Frage (sc. *an marito mulier, quae iussit accepto ferri, obligetur?*) ebenso überflüssig, wie die Antwort: *et putem obligari mandati actione* selbstverständlich wäre".

como mandato⁴⁷¹. Tampoco puede decirse que, en este caso la *a. mandati* surja de un *iussum*, porque esa misma imposibilidad obliga a Ulpiano reconsiderar el *iussum* técnico del comienzo como un simple encargo, una oferta de mandato⁴⁷², y es de aquí de donde surge el contrato; es natural que en fr.38, donde ya no es posible la delegación, se mantenga, a pesar de ello, el *iubere* inicial (*mulier, quae iussit accepto ferri; compensare iussum suum*): lo contrario supondría introducir la falsa impresión de que los hechos han cambiado, cuando se trata exactamente del mismo supuesto, *ante nuptias y secutis nuptiis*.

⁴⁷¹ También v. SALPIUS, p.66, se esfuerza por demostrar que la *a. mandati* no corresponde al marido como delegado. En su opinión, la doble naturaleza de la dote, que pertenece al marido pero disuelto el matrimonio debe ser restituida a la mujer, obliga a distinguir dos momentos: a) durante el matrimonio, se concede al marido que ha renunciado al capital dotal *iussu mulieris* la *a. mandati contraria*, pero sólo en sustitución de su dote y mientras dure el matrimonio; b) disuelto éste, el marido no dispone ya de acción alguna; su situación es entonces la de un deudor que ha sido delegado a un tercero: con el cumplimiento del *iussum* se ha liberado de la obligación de restituir la dote. A nuestro juicio, esta explicación de v. Salpius no es aceptable, porque: a) la situación de la mujer *soluto matrimonio* no parece ser, para Ulpiano, la de quien ha recuperado ya la dote, sino la de quien no la ha entregado todavía, lo que evidencia que tampoco entonces hay *delegatio*; b) v. Salpius no tiene en cuenta la distinción ulpianea entre aceptación anterior y posterior al matrimonio; c) él no acaba tampoco de justificar que al marido se le considere en un primer momento simple mandatario, cuando podría habersele concedido, como a un delegado (*supra* §13 n°29-30, §18 n°48-56), la *condictio* (del mismo modo que se concede a quien paga una obligación condicional: Cels.6 *dig.*-D.12,6,48, Ulp.47 *ad Sab.*-D.12,6,18; sin embargo, hay que admitir que la consideración de la dote como *res uxoria*, dificultaría la de su restitución anticipada como *indebitum*; además, la *condictio* no se concede a quien paga sabiendo no estar obligado: por todos, KASER, *RPR.I*² p.596 n.36, con lit.)

⁴⁷² No es admisible la justificación de BORTOLUCCI, art. cit., en *BIDR.*28(1915) 236 s., según el cual el mandato es posible porque *iubere, iussum* designan simplemente la voluntad de la mujer, y no un verdadero *iussum* técnico, que es una declaración de potestad, de la que la mujer carece. Es cierto que la idea de potestad se refiere propiamente al *paterfamilias*, pero no es inconcebible en una mujer: p.ej., respecto de sus esclavos. Así, la mujer se obliga *quod iussu* por el negocio de un esclavo en Mod. *de heur.*-D.16,1,25pr.; en D.24,3,58, procedente de la misma obra, se recomienda que las herencias deferidas a un esclavo dotal sean adidas o repudiadas *iussu mulieris*. Aunque se trata de testimonios tardíos, no cabe duda de que, desde que tenemos noticia, el *iussum* de la mujer como delegante era plenamente eficaz: Proc.5 *epist.*-D.23,3,32, Proc.5 *epist.*-D.46,3,82, Iul.16 *dig.*-D.12,4,7pr., Afr.4 *quaest.*-D.16,1,19,5, Ven.3 *de stip.*-D.46,2,31,1 i.f., Marcell.7 *dig.*-D.23,3,59pr., Marcell.7 *dig.*-D.24,3,57pr., Tryph.8 *disp.*-D.23,3,45,1, Paul.17 *ad Plaut.*-D.12,4,9pr. y l. En este mismo texto existe una primera delegación realizada *iussu mulieris*, cuyo resultado es la válida constitución de la dote a favor del marido.

§106 Fundamental es también el muy discutido:

43) Paul.31 *ad ed.*

D.46,2,12

Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur conditione vel incerti, si non pecunia soluta caset, vel certi, si soluta esset, et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati iudicio.

El supuesto de partida es una delegación (de prometer⁴⁷³), expresamente designada como tal por Paulo: un acreedor delega a su deudor en favor de su propio acreedor⁴⁷⁴. Sin embargo, el deudor delegado no es (desde el punto de vista del Derecho pretorio) tal deudor, pues dispone de una *exceptio doli*. Si lo sabe, y no obstante se deja delegar, es semejante a quien dona⁴⁷⁵, pues se entiende

⁴⁷³ Aunque no se dice al comienzo, resulta así claramente de la continuación: ... *sed si per ignorantiam promiserit creditori, ...*; cfr. STURM, p.263.

⁴⁷⁴ Que el delegatario era, a su vez, acreedor del delegante lo prueba no tanto el uso de *creditor* en *si per ignorantiam promiserit creditori* (que podría obedecer al simple hecho de que el delegatario se convierte, al estipular, en acreedor del delegado), cuanto la justificación invocada para la inoponibilidad de la *exceptio doli* al delegatario: *quia ille suum recepit*. Cuando en las fuentes se dice de alguien que recibe lo suyo, ello significa siempre que recibe en pago, como acreedor, en ningún caso como donatario, mutuario o en dote: Cels.28 *dig.*-D.39,5,21pr.; Ulp.26 *ad ed.*-D.12,6,26,12 i.f.; Ulp.66 *ad ed.*-D.42,8,6,6; Ulp.76 *ad ed.*-D.44,5,1,10; Paul.21 *ad ed.*-D.12,6,44; Paul.14 *ad Plaut.*-D.50,17,129pr. Expresiones similares son *suum petere* (Paul.71 *ad ed.*-D.44,4,5,5) y *suum negotium gerere* (Paul.17 *ad Plaut.*-D.12,4,9,1 y Hermog.6 *jur. epit.*-D.39,5,33,3), aunque esta última, por supuesto, no se refiere necesariamente al acreedor (así, en D.12,4,9,1 se trata de una dote).

⁴⁷⁵ Contra la crítica de BESELER, art. cit., en SZ.53(1933) 42, a este uso de *similis*, vid. SCHWARZ, *Condictio* p.90 s.: que el *sciens indebitum solvere* no es una donación, sino sólo "parecido" (por así decirlo, una donación por una sola cara), eso lo saben los juristas que proponen la comparación tan bien como Beseler, pero se trata de una construcción jurídicamente útil, porque permite deducir que no cabe emplear la *condictio* para repetir lo entregado. Según ARCHI, *Variationi in tema di "indebiti solutio"*, en *Studi Arangio-Ruiz* III (Napoli 1953) p.353, y *Donazione* p.124, el texto fue recompuesto por los compiladores para adaptarlo al absurdo esquema bizantino, según el cual el simple estado de conocimiento del delegado, aun ignorado por todos, puede generar una delegación. Pero lo cierto es que el texto no considera donante al delegado, sino que se limita a compararlo a un donante: *similis videbitur ei qui donat*. Son pertinentes aquí de nuevo las observaciones de Schwarz contra Beseler. Por otro lado, que la exclusión de la *condictio* dependa de un mero estado interior del delegado, aun ignorado por todos, es una afirmación gratuita de Archi, para la que no encontramos apoyo en el texto: puesto que el delegado ha de probar en la *condictio* tan sólo el *indebitum*, hay que pensar que el contraposition *scientia-ignorantia* cristalizaba en la posibilidad de que el delegante saliera absuelto probando el conocimiento del delegado: prueba que, naturalmente, sólo será posible si hubo alguna manifestación externa del mismo. La clasicidad de la analogía con la donación fue percibida claramente por PERNICE, *Labo* III 1 p.246 y n.4: "Man hat längst erkannt, daß in der

que renuncia a la excepción. Pero si promete al delegatario por ignorancia⁴⁷⁶, no podrá oponer excepción alguna⁴⁷⁷ al acreedor delegatario⁴⁷⁸, que se limita, al estipular, a recibir lo suyo (es decir, lo que el delegante le debía); pero el delegado *ignorans* podrá repetir del delegante con la *condictio*, bien "*incerti*" si todavía no ha pagado al delegatario, bien "*certi*" si ha pagado ya. El texto concluye con la mención de la *a. mandati*, que ha constituido argumento principal para los defensores de la teoría del mandato.

Una primera lectura del texto permite ya dudar que sobre su solo testimonio pueda sostenerse teoría alguna: demasiadas irregularidades inducen a sospecha⁴⁷⁹. Ya el comienzo es desconcertante: puesto que se trata de comparar al delegado *sciens* con un donante, lo natural sería presentar como sujeto al delegado, no al delegante; esta absurda construcción fuerza un cambio de sujeto, que, para colmo, no se explicita, de modo que una traducción literal obligaría a referir *videbitur* al delegante. Las irregularidades continúan con la segunda frase, cuyo encabezamiento (*sed si*) parece sugerir la idea (absurda) de que el deudor *sciens* del comienzo si puede oponer la *exceptio doli* frente al delegatario⁴⁸⁰.

wissentlichen Leistung keine Schenkung zu liegen brauche, daß der eigentliche *animus donandi* fehle oder fehlen könne. Aber es ist ganz römisch gedacht, hier die Schenkung einzusetzen". Vid. también v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht I* (Weimar 1903) p.69; KUPISZEWSKI, *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: "dos" e "donatio"*, en *IVRA* 29(1978) 130 y n.59.

⁴⁷⁶ Según SOLAZZI, art. cit., en [AAN.59(1939) 291 ss. =] *Scritti IV* p.122, la contraposición *sciens-ignorans* es postclásica: a) por ociosa: en cualquier caso el delegado no podrá oponer su excepción al delegatario; b) porque el error no es necesario para la repetibilidad del pago; c) por defectos de forma: *similis, videbitur-videtur*, el cambio de sujeto *delegaverit-videbitur*; d) la secuencia *qui doli mali exceptione tueri se posse ... si per ignorantiam promiserit ... nulla quidem exceptione ...* es inconcebible en un clásico. De la misma opinión: DONATUTI, art. cit., en [SP.1(1950) 33 ss. =] *Studi II* p.755 s. (mucho más radical en la crítica); ARCHI, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz III* p.352 s. Contra Solazzi, vid. VOCI, *In tema de errore*, en *SDHI*.8(1942) 88: "b" es una petición de principio; "a" es inexacto, porque la distinción no es ociosa, sino decisiva, en la relación delegado-delegante, de la que también se ocupa el texto, los argumentos formales son irrelevantes, salvo el cambio de sujeto, sanable con *similis <is>*; vid. también SCHWARZ, *Condictio* p.92.

⁴⁷⁷ Como Paulo parte de la *exceptio doli*, SOLAZZI, art. cit., en [AAN.59(1939) 291 ss. =] *Scritti IV* p.122, ha criticado por incongruente este *nulla quidem exceptione*: contra, con razón, SCHWARZ, *Condictio*, p.91: *nulla* es aquí simplemente un *non* reforzado.

⁴⁷⁸ A nuestro juicio, de la inoponibilidad de la *exceptio* frente al delegatario no cabe deducir (contra HÄBERLIN, p.133; ENDEMAN, p.41; COSENTINO, p.309 y n.34; KASER, art. cit., en *Satura Fenestra* p.153 y n.67) que la promesa fue abstracta o con novación en la relación de valuta: sobre esta cuestión, vid. *supra* §21 i.f.

⁴⁷⁹ Vid. *Index Itp. ad leg.*

⁴⁸⁰ Cfr. JAKOBS, art. cit., en *SZ*.110(1993) 372 s.

Respecto del origen compilatorio de la distinción [*vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset*], nada que añadir a lo dicho en su momento (*supra* §18 nº54): en Derecho clásico, la simple promesa del delegado bastaba para que pudiera, en su caso, ejercitar la *condictio "certi"* contra el delegante. Finalmente, encontramos la enigmática referencia a la *a. mandati*: del texto no resulta con claridad ni a quién se concede (*¿ipse* es el delegante, como parece gramaticalmente, o el delegado?), ni contra quién.

Las conjeturas acerca de esta *a. mandati* han sido numerosísimas. Fallidos han resultado siempre los intentos de explicarla como correspondiente al delegante. Además de las desafortunadas hipótesis de Schmidt⁴⁸¹ y Lotmar⁴⁸², cabe recordar aquí la propuesta por De Ruggiero⁴⁸³, que encontró cierto eco en la doctrina (Andreoli⁴⁸⁴, Nicolò⁴⁸⁵, Cosentino⁴⁸⁶), y ha sido recientemente recuperada por Kupisch⁴⁸⁷: *cum ipse praestiterit pecuniam* se refiere al delegante que avanza al delegado los fondos que necesitará para hacer frente a la obligación contraída; esta entrega conlleva el mandato de pagar al delegatario, de modo que, si el delegado no paga, el delegante dispondrá contra él de la *a. mandati* "directa". A esta explicación cabe objetar, ante todo, que el delegado del texto se dejó girar como deudor, por lo que resulta absurdo que el delegante hiciera provisión de fondos⁴⁸⁸; hay que suponer, entonces, o bien que en esta parte final se trata ya de un supuesto distinto al del delegado "deudor" del

⁴⁸¹ Según SCHMIDT, *De delegationis natura* (Berlin 1864) p.61, si el delegante, viéndose obligado frente a la *condictio* del delegado, decide pagar él mismo al delegatario -*cum ipse praestiterit pecuniam*-, dispondrá de la *a. mandati directa* contra el delegatario, porque el pago recibido por éste conlleva el mandato de liberar al delegado. Schmidt no se da cuenta de que, cuando el delegante paga por el delegado, éste queda ya liberado *ipso iure*, lo que hace inviable el mandato que conjetura. Contra Schmidt, vid. también STURM, p.280.

⁴⁸² Para LOTMAR, *Causa* p.126 s., el delegante, obligado por la *condictio* frente al delegado, dispone recíprocamente contra éste de la *a. mandati* "contraria", porque, al pagar por él al delegatario -*cum ipse praestiterit pecuniam*- actuó como mandatario suyo. Tampoco esta explicación es viable, porque, al liberar al delegado, el delegante se libera él mismo de su obligación para con él: así, el pago no supone para el delegante un perjuicio patrimonial que pueda pretender recuperar con la *a. mandati*. Contra Lotmar, cfr. WENDT, p.92 ss.; STURM, p.280 s. Vid., además, RUTSAERT, p.58: "Neut-il pas été inconcevable, en effet, d'accorder une *condictio* au délégué qui a payé *per ignorantiam* ... pour lui reprendre, sitôt après, le bénéfice de cette action par l'action du mandat accordée au déléguant?"

⁴⁸³ DE RUGGIERO, art. cit., en *RISG* 28(1899) 38 ss.

⁴⁸⁴ ANDREOLI, art. cit., en *RISG* 7(1932) 391 n.2.

⁴⁸⁵ NICOLÒ, *Neg. delegatorio* p.18.

⁴⁸⁶ COSENTINO, p.312 ss.

⁴⁸⁷ KUPISCH, art. cit., en *Festschrift Lukes* p.752 ss.

⁴⁸⁸ En este sentido, cfr. ERBE, *Fiduzia* p.97 n.5; STURM, p.281. Esta objeción milita principalmente contra COSENTINO, p.315, que parece suponer que la provisión de fondos es simultánea (o incluso previa: *ibid.* p.313 n.51) a la delegación.

comienzo, o bien que la provisión de fondos tiene lugar cuando el delegante se entera de la verdadera situación, es decir, de la inexistencia (pretoria) de la deuda. La primera alternativa carece de apoyo en el texto; la segunda resulta insatisfactoria⁴⁸⁹, porque el delegante que, enterado de la situación, entrega al delegado el dinero necesario para liberarse, no hace sino cumplir su propia deuda (sancionada por la *condictio*): el delegado, por su parte, está ya obligado frente al delegatario en virtud de la promesa, y recibir lo que el delegante le debe no puede de ningún modo tener el efecto de hacerlo responsable también frente a él del cumplimiento de esa promesa⁴⁹⁰.

Consideración aparte merece la hipótesis de Sturm⁴⁹¹, que intenta explicar el texto en clave de "teoría del mandato". A juicio de Sturm, lo que Paulo decía originalmente era que, aun cuando haya pagado por el delegado⁴⁹², el delegante no dispondrá de la *a. mandati* "directa" para demandarlo por la inexecución del mandato inherente a toda delegación -*et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, <non> aget mandati iudicio*-, por dos razones, derivadas ambas (*is qui delegavit tenetur condictioe ... et ideo*) del hecho de que él mismo está obligado frente a la *condictio* del delegado: a) el delegante no habría podido utilizar, según las reglas de la buena fe, la *a. mandati* para exigir al delegado que pagase, ya que éste podría invocar como defensa la existencia a su favor de la *condictio incerti*; b) pagando, el delegante no sufre ningún perjuicio que pueda justificar el ejercicio de la *a. mandati*, porque el pago lo libera de su obligación frente al delegado.

A estas alturas, los argumentos en los que Sturm apoya su punto de partida (toda delegación se basa en un mandato) han sido refutados ya⁴⁹³. Pero, aunque quisiéramos aceptarlos, su hipótesis seguiría resultando insatisfactoria, porque, en virtud de ese hipotético mandato contenido en la delegación, el delegante podría exigir el cumplimiento del *iussum*, pero, obviamente, nada más:

⁴⁸⁹ Además de improbable, porque supone conjeturar una conducta extremadamente cortés en el mismo delegante cuyo dolo dio origen a la *exceptio* del delegado, causa de todo el problema. — En cualquiera de sus variantes, esta hipótesis hace que *et ideo* resulte incomprensible: no se ve relación causa-efecto alguna entre que el delegante esté obligado por la *condictio* y que él mismo pueda usar la *a. mandati* si había avanzado los fondos.

⁴⁹⁰ Contra esta explicación, vid., por último, JAKOBS, art. cit., en SZ.110(1993) 403 s.

⁴⁹¹ STURM, p.284 ss.

⁴⁹² Sobre los posibles motivos del interés del delegante en adelantarse él mismo a pagar al delegatario, vid. STURM, p.284.

⁴⁹³ Los argumentos que STURM, p.285 ss. alega se reducen a dos: la indiferencia terminológica (sobre la cual supra §78 ss.) y el tenor de tres textos, que según Sturm, deberían obligar incluso a la opinión dominante a admitir que hay mandato cuando el delegado no está vinculado al delegante por alguna otra obligación: Paul.5 ad Plaut.-D.17,1,45,4, Ulp.31 ad ed.-D.17,1,12,5, y Ulp.76 ad ed.-D.39,5,19,3, ninguno de los cuales, como sabemos ya (supra §103 s.; vid. también infra §123 ss.) contiene un supuesto de delegación.

el delegado del texto ha recibido un *iussum promittendi* y, prometiendo, lo ha cumplido, de modo que no tiene sentido preguntarse si el delegante puede o no demandarlo por incumplimiento⁴⁹⁴.

Descartados los intentos de comprender la *a. mandati* como concedida al delegante, revisemos ahora los que la atribuyen al delegado. Esto plantea, en primer lugar, un problema de lectura, porque el sujeto de *aget mandati iudicio* parece que ha de ser el mismo *ipse* que *praestiterit pecuniam*, que, tal como está redactado el texto, no tiene otro antecedente posible que el sujeto de *tenetur condictione*, es decir, el delegante (*is qui delegavit*)⁴⁹⁵. Para salvar esta dificultad se ha invocado⁴⁹⁶ la libertad con que el latín, también jurídico, admitía el cambio tácito de sujeto: esto es cierto sobre todo respecto del lenguaje arcaico⁴⁹⁷, pero el fenómeno se produce también, aunque más raramente, en el clásico⁴⁹⁸. Admitiendo, por tanto, la posibilidad de que *ipse* sea el delegado, las hipótesis propuestas son dos:

Una primera corriente interpretativa se sitúa en la tradición de *Basilicos*⁴⁹⁹: el delegado dispone, como acción de regreso contra el delegante, en concurrencia alternativa con la *condictio*, de la *a. mandati contraria*, a condición *-cum ipse praestiterit pecuniam-* de que haya desembolsado la cantidad prometida al delegatario. Para Cuyacio⁵⁰⁰, esto se explica porque *delegatio species est mandati*: el texto de Paulo no procedería del libro XXXI *ad edictum*, sino del XXXII, *de actione mandati*. La misma interpretación es defendida por Sintenis⁵⁰¹ y Rutsaert⁵⁰², que esgrimen el texto como prueba de que toda delegación consiste en un contrato de mandato. Aunque, por el contrario, para Gide la delegación no consiste en un contrato de mandato, sino en un doble

⁴⁹⁴ Contra la teoría de Sturm, vid., por último, las críticas de KUPISCH, art. cit., en *Festschrift Lukes* p.752; JAKOBS, art. cit., en *SZ.110(1993)* 402; FLUME, art. cit., en *SZ.110(1993)* 425.

⁴⁹⁵ Cfr. BERNSTEIN, *Delegationis natura* p.65 s.; PERNICE, *Labo* III 1 p.203 n.5 (204), habla de un "unerträglicher Subjektwechsel"; COSENTINO, p.310 s.; STURM, p.279.

⁴⁹⁶ KUPISCH, art. cit., en *Festschrift Lukes* p.743.

⁴⁹⁷ Paradigmáticamente, en Doce Tablas: vid. KUPISCH, l.c.

⁴⁹⁸ Vid. KÜHNER-STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der Lateinischen Sprache* I³ (Leverkusen 1955) p.6 s.; HOFMANN-SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik* II (München 1965) pp.412 y 733, con lit.

⁴⁹⁹ Bas.26,4,12: *Si vice alterius reus datus sit, qui se exceptionem habere sciebat, similis videtur ei, qui donat, et exceptionem amittit. sed si ignorabat, adversus stipulatorem quidem exceptionem non habet: adversus eum autem, qui dedit, condictionem indebiti habet, ante solutionem quidem incerti, post solutionem autem et certi, et mandati actionem.* (trad. Heimbach)

⁵⁰⁰ CUIACIUS, *Opera* V (Neapolis 1758) p.448.

⁵⁰¹ SINTENIS, *Civilrecht* II² §105 n.30 (p.459).

⁵⁰² RUTSAERT, p.53 ss.

iussum, él admite que, entre delegante y delegado existe ordinariamente, junto al *iussum*, un contrato de mandato, de modo que el delegado dispone, a su elección, de *condictio* y *a. mandati* "contraria": el texto de Paulo es, a su juicio, un ejemplo de ello⁵⁰³. Según WENDT⁵⁰⁴, la razón por la que se concede al delegado, como alternativa a la *condictio*, la *a. mandati* "contraria", no es que el mandato sea esencial a la delegación, ni siquiera habitual: lo que ocurre es que, en este caso, si el delegado cumplió el *iussum* del delegante fue únicamente por error: de donde resulta que, en realidad, el delegado actuó no ya en interés propio sino ajeno, actuación que ha de ser considerada, según las reglas de la buena fe, la de un mandatario, con el consiguiente derecho de reembolso.

Esta interpretación del texto resulta, a nuestro juicio, inviable, por dos razones: a) El mandato supuestamente generado por el *iussum promittendi* es cumplido por el delegado en cuanto promete; teniendo en cuenta que la deuda que asume con la promesa constituye ya un detrimento patrimonial, no se entiende por qué la *a. mandati* para resarcirse del mismo se concede al delegado únicamente después del pago efectivo⁵⁰⁵. b) La compatibilidad entre *condictio* y *a. mandati* se explica en el Derecho bizantino por la concepción de la *condictio* como *actio generalis* para el enriquecimiento injusto, siendo así la del mandato *actio specialis ex contractu*. Pero esta llamada "*condictio generalis*" es extraña al Derecho clásico⁵⁰⁶, lo que hace difícil admitir la superposición alternativa de ambas acciones⁵⁰⁷. Para los clásicos, el punto de partida era la radical diferencia entre la *a. mandati* (infamante; de buena fe, lo que permite exigir intereses) y la *condictio* (de derecho estricto, con *stipulatio* y *restipulatio tertiae partis* y la posibilidad de exigir *iusturandum necessarium*), y, por ello, la cuestión consistía siempre en determinar cuál de las dos acciones era aplicable al caso⁵⁰⁸. Y, de

⁵⁰³ GIDE, p.475 y n.4.

⁵⁰⁴ WENDT, p.98 s.

⁵⁰⁵ Vid. v. SALPIUS, p.65, que invoca Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,5, como prueba de que la *a. mandati* puede servir también para liberarse de una obligación; BERNSTEIN, *Delegationis natura* p.66 s.; WENDT, p.90; STURM, p.279. Un intento de superar esta objeción, en RUTSAERT, p.54 ss.

⁵⁰⁶ Vid., por todos, KASER, *RPR* II² p.424 y n.21, con lit.

⁵⁰⁷ Cfr. WENDT, p.90; COSENTINO, p.310; KUPISCH, art. cit., en *Festschrift Lukes* p.751 *sub* 2. Esta objeción no puede, naturalmente, hacerse a los autores que (arbitrariamente) suprimen la *condictio*, así, NABER, art. cit., en *Mn.*20(1892) 193 s.: *sed is qui delegavit tenetur [condictione-aget] mandati iudicio*; BOSSOWSKI, art. cit., en *AUPA* 13(1927) 369: *sed is qui delegavit tenetur [condictione-si] <pecunia> soluta [esset-aget] mandati <contrario> iudicio*.

⁵⁰⁸ Vid. *supra* §94 n.338. Especialmente revelador resulta Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,10,4, donde el hecho de que proceda la *condictio* es esgrimido por Papiniano como razón suficiente para rechazar la *a. mandati*: *Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet, mandati eum non acturum Papinianus libro tertio responsorum scribit, quia de mutua pecunia eum habet obligatum: et ideo usurus eum petere non posse quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductae non sunt*.

hecho, en supuestos como el descrito en el texto, de quien se deja delegar por error, las fuentes conceden siempre la *condictio*⁵⁰⁹, como es natural teniendo en cuenta que *quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset*⁵¹⁰; ni una sola vez se menciona la *a. mandati*⁵¹¹.

Entre quienes atribuyen la *a. mandati* al delegado encontramos todavía una segunda corriente interpretativa, que se remonta a la Glosa⁵¹², donde la acción se explica como referida a un supuesto distinto del inicial: no se trata ya de un delegado, sino de un simple mandatario. En esta línea, v. Salpius⁵¹³ entiende que el delegado al que se concede la *a. mandati* ya no es el del comienzo del texto (que actuaba para liberarse de su deuda con el delegante) sino uno que se ha dejado delegar sin cobertura, asumiendo que pagará de sus propios medios (*cum ipse praestiterit pecuniam*): se trataría, por tanto, de un supuesto de *delegatio* con mandato en la relación de cobertura, en el que es natural conceder al delegado la *a. mandati* "contraria" como regreso⁵¹⁴. Esta explicación encontró numerosos adeptos a finales de siglo⁵¹⁵, pero resulta improbable a la vista de la redacción del texto⁵¹⁶: como el propio v. Salpius admite⁵¹⁷, si Paulo hubiera

⁵⁰⁹ Iul.54 dig.-D.46,3,34pr. (*supra* §13 n°29); Pomp.6 ex Plaut.-D.46,3,66 (*supra* §13); Tryph.11 disp.-D.23,3,78,5 (*supra* §18 n°49); Ulp.29 ad ed.-D.16,1,8,2 (*supra* §18 n°55); Ulp.38 ad ed.-D.46,2,13 (*supra* §18 n°50); Ulp.76 ad ed.-D.44,5,1,10 (*supra* §18 n°51); Paul.2 ad Plaut.-D.46,3,59 (*supra* §13 n°30); Paul.17 ad Plaut.-D.12,4,9,1 (*supra* §18 n°56); C.4,5,2 (*supra* §18 n°52). La acción no aparece expresamente mencionada en Ulp.76 ad ed.-D.44,4,20-21 y Paul.69 ad ed.-D.46,2,19.

⁵¹⁰ Paul.17 ad Plaut.-D.50,17,180. Para la equiparación de la delegación a un pago delegado→delegante, vid. *supra* §13 (delegación de dar) y §18 (delegación de prometer), con textos y lit.

⁵¹¹ WENDT, p.99, alega Ulp.29 ad ed.-D.16,1,8,4 y 6, pero en ellos no hay la menor alusión a la *a. mandati*, ni la postulan, ya que se entienden perfectamente desde la hipótesis de la *condictio indebiti*.

⁵¹² *Accursii Glossa in Digestum Novum*, en *Corpus Glossatorum IX* p.175 s., gl. "iudicio": "*cum simpliciter mandaverit, i. non delegaverit*".

⁵¹³ v. SALPIUS, p.65.

⁵¹⁴ Con ella concurriría alternativamente, según v. SALPIUS, p.65, la *condictio* (ya no *indebiti*, sino *ob causam promissi*). Esta afirmación resulta, partiendo de las propias ideas de v. Salpius, inadmisibles: que el mandato ocupa el lugar de la relación de cobertura significa que no existe convenio causal ni *datio* delegado-delegante, por lo que tampoco podría haber *condictio*.

⁵¹⁵ Vid. las tesis de doctorado francesas citadas por RUTSAERT, p.59 n.2. Aunque para v. PLUCINSKI, art. cit., en *ACP.60(1877)* 333 n.5, todo delegado es un mandatario, él interpreta el texto como v. Salpius, porque, a su juicio, a quien se deja delegar creyéndose erróneamente deudor no le corresponde la *a. mandati contraria*, sino la *condictio* (como explicación alternativa, v. PLUCINSKI, l.c., propone la pintoresca de que Paulo habría confundido - "verwechselt"- la *a. mandati* con la *condictio*); vid. también BIGIARI, art. cit., en *RDCom.36(1938)* 122 n.2.

⁵¹⁶ WENDT, p.90.

querido referirse a un nuevo supuesto, lo habría introducido correctamente, y no se habría limitado a aludir a él de pasada con una frase tan poco explicativa como *cum ipse praestiterit pecuniam*⁵¹⁸. Por ello, esta explicación sólo es viable suponiendo una gran laguna antes de *et ideo*, donde Paulo habría introducido el nuevo supuesto. Semejante reconstrucción parece arbitraria⁵¹⁹.

En nuestra opinión, la interpretación más plausible sigue siendo la de Lenel⁵²⁰, que parte de la ubicación del texto: en XXXI *ad edictum*, Paulo trataba del depósito y de la fiducia, eliminada sistemáticamente, como se sabe, por los compiladores: de ésta se ocupaba Paulo también en nuestro texto⁵²¹, que formaría parte de un comentario a la cláusula "*eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse*" de la *formula fiduciae*. Lenel supone que donde nuestro texto dice *aget [mandati] iudicium*, Paulo había escrito *ager <fiduciae> iudicium*. Se trataba de explicar cómo, también a los efectos de la *a. fiduciae*, la delegación se equipara al pago⁵²², de modo que el delegante (deudor fiduciante) puede accionar para la recuperación de la cosa fiduciada, tan pronto como su acreedor delegatario, estipulando, acepta un nuevo deudor (delegado); y esto, incluso si el delegado disponía contra el delegante de una *exceptio doli*, circunstancia que no afectaba al delegatario, a quien la excepción es inoponible *quia ille suum recepit*⁵²³:

⁵¹⁷ V. SALPIUS, p.65 n.3.

⁵¹⁸ Que no especifica quien recibió el dinero, ni tampoco claramente (*ipse*) quien lo entregó.

⁵¹⁹ WENDT, p.90; STURM, p.279. La hipótesis no se sostiene: ¿Introduciría Paulo un supuesto semejante para decir simplemente que si el promitente actúa en virtud de un mandato dispone contra el mandante de la *a. mandati* "contraria"? ¿Qué habría podido inducir a los compiladores o a los editores posclásicos a eliminar la presentación del supuesto, y a respetar, en cambio, la solución al mismo, así descontextualizada? Cfr. RUTSAERT, p.60; JAKOBS, art. cit., en SZ.110(1993) 377.

⁵²⁰ LENEL, art. cit., en SZ.3(1882) 116; *Palingenesia* I col.1028 n.1, *ad fr.*483 Paul.; EP.³ p.291.

⁵²¹ Parece claro que no cabe pensar en el depósito "irregular": ¿qué razón podría haber movido a los compiladores a eliminar la *a. depositi*?

⁵²² LENEL, art. cit., en SZ.3(1882) 116: "*Solvit qui rem delegat: die delegatio gilt als satisfactio, auch wenn der Delegat dem Deleganten nichts schuldig war und dem Fiduciargläubiger nur per ignorantiam promittirte*". La delegación de prometer se equipara a la solución, pero, en sí misma, es una modalidad de *satisfactio*, vid. *supra* §16 n.212.

⁵²³ Esta frase no significa, contra PERNICE, *Labeo* III 1 p.203 n.5 (204), que el delegatario haya recibido ya del delegado la cantidad estipulada, sino que se refiere a la simple estipulación, como lo prueba ya el que se invoque para justificar la inoponibilidad de la *exceptio doli* frente al delegatario, cuestión que no podría plantearse si hubiera cobrado ya. *Suum recepit* se dice de un simple estipulante ya en: Cels.28 *dig.*-D.39,5,21pr.: *Ut mihi donarex, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim suum recepit*; Ulp.76 *ad ed.*-D.44,5,1,10: *Quod si patronus libertum suum delegaverit creditori, an adversus creditorem, cui delegatus promisit libertatis causa onerandae, exceptione ista uti possit, videamus. et Caius existimasse Urseium refert creditorem quidem minime esse submovendum exceptione, quia*

el delegado dispondrá, en tal caso, de la *condictio* para repetir del delegante, salvo si se dejó delegar a sabiendas de que estaba protegido por una *exceptio doli*: entonces es como si hubiese donado al delegante, renunciando a la *exceptio*.

La hipótesis de la fiducia ha sido masivamente aceptada⁵²⁴, pero también ha habido impugnadores⁵²⁵, cuyas objeciones son las siguientes:

a) Si la intención de Paulo era explicar la eficacia solutoria de la delegación, que permite recuperar lo fiduciado, ¿por qué se exige para la *a. fiduciae -cum ipse praestiterit pecuniam-* que el delegante haya pagado él mismo?⁵²⁶

suum receipt ... Podría parecer más correcto el *suum petit* de Paul. 71 *ad ed.*-D. 44, 4, 5, 5, pero *recipere* también lo es, porque ya la promesa del delegado vale como pago para el delegatario (*supra* § 15 s., textos n° 35-43, y especialmente n° 16, 44 y 5: *solvit enim et qui reum delegat*); dicho de otro modo, el delegatario recibe lo suyo porque su antigua reclamación está contenida en la nueva. En este sentido, contra Pernice: v. MAYR, art. cit., en SZ. 24(1903) 270; v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Condictio* II p. 114 y n. 3; RUTSAERT, p. 63 n. 1 (*sub* 3); MAIER, *Regreß wegen Zahlung fremder Schulden, wenn nicht nomine debitoris gezahlt ist?*, en SZ. 50(1930) 487 s.; ERBE, *Fiduzia* p. 98; FLUME, art. cit., en SZ. 110(1993) 424.

⁵²⁴ ÖRTMANN, *Die Fiducia im römischen Privatrecht* (Berlin 1890) p. 25; PERNICE, *Labeo* III 1 p. 203 n. 5 (204); H. KRÜGER, art. cit., en ZGr. 21(1894) 323; APPLETON, *Interpolations* p. 155; TRAMPEDACH, art. cit., en SZ. 17(1896) 138 ss.; PFLÖGER, art. cit., en SZ. 18(1897) 89 s.; v. MAYR, art. cit., en SZ. 24(1903) 269 ss.; MANICK, v. *Fiducia*, en RE. VI 2 (Stuttgart 1909 = Stuttgart 1958) col. 2288; v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Condictio* II p. 115 s.; BESELER, art. cit., en SZ. 45(1925) 485 (con reconstrucción, que no será la última: vid. *infra* n. 537); KRELLER, art. cit., en SZ. 50(1930) 584; HUBRECHT, art. cit., en RGD. 55(1931) 304 ss.; DE VILLA, *Actio incerti* (Sassari 1932) p. 83; LONGO, *La fiducia* (Milano 1933) p. 128; ERBE, *Fiduzia* p. 96 s.; KRELLER, *Formula fiduciae und Pfandedikt*, en SZ. 62(1942) 148 y n. 25; SCHWARZ, *Condictio* p. 90 ss.; ARCHI, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz* III p. 352 s.; ENDEMANN, p. 42; JAKOBS, art. cit., en SZ. 110(1993) 404 ss.; FLUME, art. cit., en SZ. 110(1993) 424 ss. — Es frecuente referirse a la hipótesis de la fiducia como la interpretación de Lenel-Pernice, sin tener en cuenta que Pernice ofrece una versión inaceptable de la idea de Lenel; según Pernice, *suum receipt* significa que el delegatario ha cobrado ya lo prometido por el delegado (*supra* n. 523); *cum ipse praestiterit pecuniam*, que el delegante sólo puede utilizar la *a. fiduciae* cuando haya reembolsado al delegado (*infra* n. 531); pero entonces, ¿dónde está la equiparación de la delegación al pago? Contrario a semejante explicación del texto se muestra, con razón, WENDT, p. 95; pero nada de esto afecta a la hipótesis de Lenel, sino -cfr. JAKOBS, art. cit., en SZ. 110(1993) 383 s.- a la desafortunada versión de Pernice. Para una exposición detallada de la hipótesis de Lenel, hay que acudir a v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Condictio* II p. 114 ss., y SCHWARZ, *Condictio* p. 90 ss., no a Pernice.

⁵²⁵ WENDT, p. 94 ss.; BOSSOWSKI, art. cit., en AUPA. 13(1927) 368 s., 452; RUTSAERT, p. 66 ss.; CANTINO, 312; STURM, p. 282.

⁵²⁶ WENDT, p. 96; STURM, p. 282.

b) La *a. fiduciae* debería estar subordinada únicamente a la satisfacción del delegatario, y no, como parece indicar *et ideo*, a la existencia de una *condictio* a favor del delegado⁵²⁷.

c) Si, como defiende Lenel, el texto original trataba de la *fiducia cum creditore*, los compiladores habrían reemplazado la *a. fiduciae* por la *a. pignericia*. Resulta inexplicable que lo hayan hecho por la *a. mandati*, adecuada para la *fiducia cum amico*, pero aquí totalmente fuera de lugar⁵²⁸.

La objeción "a" parte de una interpretación incorrecta de la frase *cum ipse praestiterit pecuniam*. Con un verbo en subjuntivo, el sentido predominante de *cum* deja de ser el simplemente temporal⁵²⁹; *et si*, en este texto, no ha de traducirse por "cuando" sino por "puesto que"⁵³⁰: no condiciona, sino que justifica la *a. fiduciae*. El delegante dispone de la *a. fiduciae* no "cuando haya pagado él mismo"⁵³¹, sino "porque -mediante la delegación- él mismo ha pagado". Cabe todavía una traducción alternativa, entendiendo *praestare* no en el sentido de "pagar lo debido", sino de "hacerse responsable", "responder", "garantizar"⁵³²: *cum ipse praestiterit pecuniam* no aludiría a la equiparación de la delegación al pago, sino al hecho de que es justo conceder al delegante la *a. fiduciae*, puesto que él mismo responde (frente a la *condictio* del delegado) por la cantidad prometida⁵³³. Esta segunda hipótesis explica mejor el uso de *et ideo* (es porque el delegante está obligado por la *condictio* por lo que puede decirse que *praestiterit pecuniam*), y sirve como respuesta, por tanto, frente a la objeción "b".

⁵²⁷ STURM, p.282

⁵²⁸ WENDT, p.95.

⁵²⁹ KÜHNER-STEGMANN, *Grammatik II*³ (Leverkusen 1955) p.343 ss.

⁵³⁰ Cfr. v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Condictio II* p.116; FLUME, art. cit., en SZ.110(1993) 425: "Das *cum* ist *cum* causale". Vid. HEUMANN-SECKEL, p.113, s.v. *cum* (*coniunctio*) 2.

⁵³¹ Así, erróneamente, TRAMPEDACH, art. cit., en SZ.17(1896) 140, para el que sólo dispone de la *a. fiduciae* el delegante que se ha adelantado a pagar al delegatario lo prometido por el delegado. Si aceptásemos esta interpretación, ¿dónde estaría la equiparación de la delegación al pago? Más absurda es, a nuestro juicio, la interpretación de PERNICE, *Labeo III* 1 p.203 n.5 (204), que mantiene, seguido por PFLÜGER, art. cit., en SZ.18(1897) 90, que el delegante debe haber pagado él mismo al delegado. Al delegante le corresponde la *a. fiduciae* porque su acreedor delegatario ha quedado satisfecho e estipular del delegado: no vemos la relevancia que puede tener que el delegante haya reembolsado o no al delegado. Vid., en este sentido, v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Condictio II* p.116; FLUME, art. cit., en SZ.110(1993) 425 s.

⁵³² Cfr. HEUMANN-SECKEL, p.457, s.v. *praestare* 2: "für etwas Gewähr leisten, haften, einstehen, etwas vertreten, für etwas Ersatz leisten".

⁵³³ Desde este punto de vista, KRELLER, art. cit., en SZ.62(1942) 148, opina que Paulo no se apoyaba tanto en el principio *solvit qui debeat* cuanto en la idea de que el deudor fiduciante, puesto que responde frente al delegado, ha pagado en la práctica de sus propios medios, y la *fides* exige que el acreedor le restituya la cosa fiduciada.

En cuanto a "c", se ha sugerido que, en la intención de los compiladores, la *a. mandati* no se concedía al delegante contra el delegatario (como la *a. fiduciae* de Paulo) sino al delegado contra el delegante, en concurrencia alternativa con la *condictio*⁵³⁴. El sujeto de *aget* y de *praestiterit*, que para Paulo era *is qui delegavit*, es para los compiladores el deudor delegado⁵³⁵. Esta hipótesis es avalada por tres consideraciones: 1) todos los intentos de justificar una *a. mandati* para el delegante han resultado, como sabemos, fallidos, hasta el punto de que no sirven siquiera para explicar el sentido que atribuían al texto los compiladores; 2) la idea de la concurrencia electiva de *condictio* y acción contractual es característica del derecho bizantino, fruto de la consideración de la *condictio* como acción general contra el enriquecimiento injustificado; 3) la interpretación que los autores bizantinos de *Basilicos* ofrecen del texto es precisamente ésta: el delegado dispone contra el delegante como acción de regreso de la *condictio* o de la *a. mandati* a su elección⁵³⁶.

Un último argumento se ha empleado contra Lenel: puesto que en el texto no hay referencia alguna a la transmisión fiduciaria, el único apoyo que ofrece para la hipótesis de la fiducia es la inscripción, que no es un dato ni mucho menos seguro: un simple error de copia habría bastado para convertir XXXII (*mandati vel contra*) en XXXI⁵³⁷. Es cierto que la inscripción es el único apoyo para la hipótesis de la fiducia, pero esto no va en detrimento de la misma, si consigue explicar el texto mejor que otras. Por otra parte, los errores en las inscripciones, que ciertamente existen⁵³⁸, no pueden presumirse, sino que deben ser probados, mostrando la inadecuación entre el texto y su supuesta sede, lo que no ocurre en este caso. En fin, esta observación no vale por sí sola como objeción; serviría como apoyo para una interpretación convincente del texto basada en la *a. mandati*, pero tal interpretación, como hemos comprobado, parece no existir⁵³⁹.

⁵³⁴ V. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Condictio* II p.117; SCHWARZ, *Condictio* p.92.

⁵³⁵ Una respuesta a las dificultades que ERBE, *Fiducia* p.98, encuentra para esta conjetura, en SCHWARZ, l.c.

⁵³⁶ Bas.26,4,12: vid. *supra* n.499.

⁵³⁷ WENDT, p.96; RUTSAERT, p.67 (pero, en general contra sus críticas a Lenel, vid. Kreller, art. cit., en SZ.50(1930) 584); COSENTINO, p.312 n.48; STURM, p.282. La hipótesis es recogida por BESELER, art. cit., en SZ.53(1933) 42, que ofrece una reconstrucción (la segunda; para la primera, vid. *supra* n.524) acorde con la misma: *Si quis delegaverit debitorem, qui [doli mali] exceptione <perpetua> tueri se <poterat, soluta ab eo pecunia mandati iudicio ei tenebitur.>* [posse-fin].

⁵³⁸ Vid. la detallada explicación de los mismos del propio LENEL, *EP.*³ p.8 s., especialmente sub 1.

⁵³⁹ La hipótesis de Lenel permite también explicar otra anomalía del texto. Hemos observado ya que el comienzo resulta extraño: Paulo se dispone a decir que el delegado *sciens* es semejante al que dona, y, sin embargo, presenta como sujeto al delegante; habría sido más lógico algo

De este modo, queda descartado el último -y principal- texto que los defensores de la "teoría del mandato" podrían esgrimir en favor de la misma: texto que no se refería, originalmente, a la *a. mandati*, sino a la *a. fiduciae*.

§107 Ninguno de los textos que, a primera vista, podría entenderse como prueba de que el *iussum* del delegante puede generar un contrato de mandato con el delegado, resulta, tras un examen más detenido, ser tal prueba:

a) En Iul.90 *dig.*-D.46,1,18 (nº34) y Afr.4 *quaest.*-D.16,1,19,5 (nº35) existe un supuesto de delegación y una *a. mandati*, pero sin relación alguna entre sí: la *a. mandati* no surge del *iussum* del delegante sino que es la acción de regreso de un fiador, que, incidentalmente, resulta ser además delegante (en nº34), o con el que se compara a un delegado (en nº35).

b) Iul.36 *dig.*-D.34,3,11 (nº36) y Gai.[9] <10> *ad ed. prov.*-D.17,1,27pr. (nº37), contienen supuestos que podrían haberse configurado como delegaciones, pero que el jurista construye como simples mandatos, sin la menor alusión, aun implícita, a la *delegatio*.

c) Tampoco Pomp.1 *sen. cons.*-D.16,1,32,3 (nº38) ofrece indicio alguno que permita pensar en la delegación: se trata de un simple mandato de realizar un acto de intercesión, que puede consistir tanto en salir fiador como en *expromittere*; en este segundo caso, puede producirse una atribución patrimonial

como "si debitor, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, delegatus est, similis ..." La anomalía puede deberse a la desaparición de la frase en la que Paulo presentaba al delegante como fiduciante, de la que queda sólo la colocación del delegante como sujeto, ahora inadecuada. La redacción del texto original de Paulo pudo ser semejante a la que sigue: <Qui fundum fiduciae causa mancipaverat> [si quis] delegav[er]it debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat; similis [videbitur] <videtur debitor> ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. [sed] <quod> si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur conditione [vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset], et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget [mandati] <fiduciae> iudicio. La desaparición del sujeto de *videbitur*, que naturalmente es el delegado, pudo deberse a un tipo de haplografía por *videtur debitor* (KRÜGER *ad leg.*); otra opción -KRETSCHMAR, art. cit., en SZ.59(1939) 135 n.66 a- es corregir *similis* <is> *videbitur*, pero la de Krüger es preferible porque resuelve a la vez el problema del cambio de tiempo *videbitur-videtur*. cfr. BETTI, art. cit., en BIDR.28(1915) 60; SCHWARZ, *Condictio* p.90 s. El cambio al futuro de *videbitur* habría producido luego la sustitución de *delegavit* por *delegaverit*. <Quod si> es preferible a <sed si>, no sólo (SCHWARZ, *Condictio* p.90) para evitar la estilísticamente torpe sucesión *sed si ... sed is ...*, sino sobre todo porque, como ya hemos observado, lo que en esta frase se dice de que el deudor ignorante no puede oponer la *exceptio doli* no se contrapona a lo que ocurre si el deudor actúa a sabiendas: tampoco éste, como es lógico, puede utilizar la *exceptio*, por eso, no tiene razón ENDEMANN, p.40 n.15, al alegar, en defensa de *sed*, precisamente el hecho de que expresa oposición frente a lo anterior.

(A→C) semejante a la de valuta en la delegación, pero el negocio al que las fuentes se refieren como delegación (*supra* §7 ss.) tiende a la fusión en un sólo negocio de dos atribuciones patrimoniales, una de las cuales, la de cobertura (B→A), no existe aquí: su lugar lo ocupa precisamente el contrato de mandato entre B y A. Para una explicación más detallada de esta cuestión, vid. *infra* §127 s.

d) La misma combinación de contrato de mandato A-B y atribución patrimonial directa A→C, que no cabe considerar delegación, existe, como veremos en detalle (*infra* §123 s.), en Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,5 (nº39) y Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,4 (nº40); también, en el mejor de los casos, en Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,3 (nº41: *infra* §125). Ninguno de estos textos es, por tanto, esgrimible como prueba de que la delegación incorpora un contrato de mandato.

e) El supuesto descrito en Ulp.48 *ad Sab.*-D.23,3,36 y 38 (nº42), del marido que acepta el crédito dotal *iussu mulieris* sería teóricamente configurable como una *delegatio*, pero ello implicaría en la hipótesis de *acceptilatio secutis nuptiis*, que la dote habría sido restituida a la mujer *constante matrimonio*, lo que no se admite en el Derecho clásico. El texto no puede, por tanto aducirse como prueba de que la delegación consiste en un mandato, cuando es precisamente la imposibilidad de encontrar una solución adecuada a la situación del marido por la vía de la delegación lo que obliga a Ulpiano a reconfigurar el supuesto como simple mandato.

f) En fin, tampoco Paul.31 *ad ed.*-D.46,2,12 (nº43) prueba otra cosa que la disponibilidad de los compiladores a conceder al delegado que se había dejado girar por error, junto con la *condictio "indebiti"* (entendida como *condictio "generalis"*), una *a. mandati "contraria"* (*actio specialis ex contractu*). Pero la redacción original del texto no mencionaba la *a. mandati*, sino, siguiendo a Lenel, cuya interpretación sigue siendo la más plausible, la *a. fiduciae*.

VI. CONCLUSION SOBRE LA TEORIA DEL MANDATO SIMPLE

§108 El juicio que, tras examinar las pruebas disponibles, podemos emitir acerca de la teoría del mandato, es plenamente confirmativo del que exponíamos en §36 sobre la simple base de las implicaciones de dicha teoría. La idea de que la delegación consiste en un contrato de mandato entre delegante y delegado, es decir, de que el delegado actúa siempre como mandatario (aunque su intención sea pagar al delegante, donarle, prestarle o constituir una dote en su favor), conlleva, decíamos entonces, que:

a) el delegado está obligado, como mandatario, a ejecutar el encargo del delegante, obligación sancionada por la infamante *a. mandati "directa"*.

b) el delegado dispone de la *a. mandati "contraria"* contra el delegante para recuperar el desembolso realizado (siempre, naturalmente, que tal desembolso no estuviera ya justificado por su condición de deudor, donante, etc).

Estos corolarios de la teoría del mandato chocan, como ya entonces observábamos, con el expresivo silencio (a) o la absoluta disconformidad de las fuentes (b). En efecto, en las fuentes ni se plantea el problema (a) del posible incumplimiento del delegado, y, desde luego, no hay rastro de una hipotética *a. mandati "directa"* contra el delegado incumplidor. En cuanto a "b", el caso de quien fue delegado sobre la base de un *indebitum* (civil o pretorio) debería ser el paradigmático en que se le reconociera, como a cualquier mandatario que experimenta un perjuicio, la *a. mandati "contraria"* para resarcirlo; pero los textos clásicos insisten en conceder a este delegado la *condictio*. Hemos comprobado (*supra* §98 ss.) que, en todos aquellos textos en que se ha querido encontrar una *a. mandati* ("contraria") surgida del *iussum* de un delegante, se trata de una falsa impresión: o bien no existe relación alguna entre la *a. mandati* y la delegación (nº34-35), o el supuesto descrito no es propiamente una delegación, sino una combinación de mandato y atribución patrimonial de valuta (nº38-41), o no existen indicios que permitan hablar de delegación (nº36-37), o bien la *a. mandati* responde a la inviabilidad de la configuración del supuesto como delegación (nº42), o, en fin, a la intervención de los compiladores (nº43).

Tampoco los restantes argumentos aportados en defensa de la teoría del mandato son admisibles. De los de carácter teórico, dejando a un lado los discutidos en §38 s., el más relevante es el relativo a la relación entre los conceptos de *iussum* y *mandatum*: a nuestro juicio, conviene distinguir en este punto entre el significado ordinario de *tubere-iussum* ("disponer", "ordenar", "invitar") y el *iussum* como concepto jurídico, referido a la asunción *ad extra*, frente a un tercero, de un acto ajeno como propio. Este segundo significado puede reconocerse también (*supra* §50) en el *iussum* de la delegación, y parece incompatible con el contrato de mandato (*supra* §60). Una consideración atenta lleva a desechar los textos que parecerían apoyar la idea de que un *iussum* puede, sin dejar de serlo, generar un contrato de mandato:

a) Que un caso de *pater* o *dominus iubens* se compare (*supra* §63 nº1-2) con un supuesto de mandato a fin de extraer, analógicamente, una solución para el primero no es evidencia -antes al contrario- de un acercamiento o identificación entre los conceptos de *iussum* y *mandatum*. Tampoco hay identificación en el reconocimiento (*supra* §63 nº3) de una *a. quod iussu* contra el padre o dueño que se dirigió al tercero como mandante.

b) El hecho de que *tubere* y *mandare* se utilicen con cierta indiferencia en relación a las órdenes internas a los sometidos a potestad (*supra* §68-71), a las dirigidas a la comisión de un acto ilícito (§73), y para algunas disposiciones de última voluntad (§72), tampoco puede interpretarse como síntoma de

acercamiento entre el *iussum* técnico y el contrato de mandato, porque en esos casos, ni *tubere* se emplea en su sentido técnico ni existe (sería imposible) un contrato de mandato.

c) Tampoco la concurrencia (§75 ss.) de la máxima *ratihabito mandato comparatur* con textos donde la *ratihabito* se equipara al *iussum* permite deducir un acercamiento o identificación entre *iussum* y contrato de mandato: ante todo, porque, en la máxima, el término *mandatum* no se refiere al contrato sino al simple encargo; además, porque equiparación (cuando se limita a determinados supuestos y a determinados efectos) no significa identificación: es claro que, respecto a los interdictos *unde vi* y *unde vi armata*, el *iussum* de expulsión (que, por lo demás, no es un *iussum* técnico) pone a quien lo da en la misma situación que lo habría puesto un mandato de expulsión; del mismo modo, en relación al efecto liberatorio del pago, es claro que el *iussum solvendi* del delegante y el mandato de cobro son equiparables. Pero la equiparación no supone, ni en uno ni en otro caso, aproximar o identificar los conceptos de *iussum* y *mandatum*.

d) En relación a la delegación, ese supuesto uso indiferente de *tubere* y *mandare* no existe: en los textos en que se emplea *mandare* o bien no se trata de una delegación (nº18,19,20,22,25,28), o *mandare* no se refiere a la iniciativa del delegante (nº24) o bien el supuesto descrito comprende, junto con la delegación, la hipótesis de la simple procura (nº21,23,26,29). Sólo hay una excepción: en nº27, *mandare* se refiere estrictamente a la iniciativa del delegante; pero es claro que un único texto no legitima para hablar de "indiferencia terminológica".

e) Tampoco se encuentran en las fuentes evidencias de que la *a. mandati* puede surgir de un *iussum* técnico (aceptado o cumplido): no faltan textos que producen esta primera impresión, pero un estudio más atento revela que no es de la aceptación del *iussum* como tal de donde surge la acción del mandato (*supra* §92-97).

La teoría del mandato simple debe ser, en conclusión, rechazada.

TERCERA PARTE

OTRAS TEORIAS



CAPITULO 5

I. LA TEORIA DEL MANDATO DOBLE

§109 La teoría del mandato doble construye la delegación sobre la base de un doble contrato de mandato, delegante-delegado y delegante-delegatario. Una refutación de la misma, por lo que se refiere a la relación entre delegante y delegado, se contiene ya en los dos capítulos precedentes; ahora nos ocuparemos, por tanto, únicamente de la relación entre delegante y delegatario.

La idea de que la delegación se basa en un mandato también con el delegatario significa que éste actúa siempre como mandatario del delegante, a pesar de que la intención del delegante sea pagarle o constituir una donación, un préstamo o una dote en su favor, de donde hay que deducir que:

a) El delegatario está obligado, como mandatario, a ejecutar el negocio dispuesto por el delegante, es decir, a cobrar o estipular del delegado; si no lo hace así, responde frente a la infamante *a. mandati* "directa".

b) El delegante dispone igualmente de la *a. mandati* "directa" para exigir del delegatario la transmisión de lo conseguido, al menos en los casos en que el delegatario carezca de causa para retenerlo.

c) Al delegatario le corresponde, por su parte, la *a. mandati* "contraria", para reembolsarse los perjuicios que le haya ocasionado el cumplimiento del encargo.

Estos corolarios de la teoría del mandato doble son desmentidos por las fuentes de un modo aun más claro que (*supra* §36) los del mandato simple:

a) La supuesta *a. mandati* "directa" para exigir al delegatario el cumplimiento del *iussum* no es mencionada en ningún texto, lo cual no puede sorprender, porque el delegatario actúa para sí, como quien recibe en pago, donación, préstamo o dote del delegante, y resultaría inverosímil que el genio jurídico romano hubiese consentido en considerar al destinatario de una atribución patrimonial obligado a recibirla.

b) Cuando se concede al delegante una acción para recuperar del delegatario lo adquirido, se trata de la *condictio*¹, como siempre que alguien retiene sin causa; en ningún caso de la *a. mandati*.

c) El supuesto típico en que la ejecución de la delegación puede suponer un perjuicio para el delegatario se produce cuando estipula, como acreedor del

¹ Vid. *supra* §12, textos n°14-18 (delegación de dar); *supra* §16, textos n°46, 39, 40, 16 y 47 (delegación de prometer).

delegante, de un delegado que luego resulta insolvente. Pues bien, las fuentes establecen sin lugar a dudas que este acreedor, que se contenta, en lugar del pago, con un nuevo deudor delegado, pierde su crédito contra el delegante como si hubiese cobrado en efectivo²: sólo cuando la operación se realiza a riesgo del delegante dispone el delegatario contra éste de una *a. mandati* para resarcirse del perjuicio:

1) Paul.5 *ad Plaut.*

D.17,1,45,7

Quod mihi debebas a debitore tuo stipulatus sum periculo tuo: posse me agere tecum mandati in id, quod minus ab illo servare potero, Nerva Atilicinus aiunt, quamvis id mandatum ad tuam rem pertineat, et merito: tunc enim liberatur is qui debitorem delegat, si nomen eius creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur.

2) Paul.32 *ad ed.*

D.17,1,22,2

Interdum evenit, ut meum negotium geram et tamen utilem habeam mandati actionem: veluti cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat aut cum rogatu fideiussoris cum reo experior: nam quamvis debitum meum persequare, nihilo minus et illius negotium gero: igitur quod minus servavero, consequar mandati actione.

3) I.3,26,2

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

La asunción del *periculum* por el delegante se concreta en un contrato de mandato de garantía semejante al *pecuniae credendae*, que permite al delegatario emplear, como mandatario, la *a. mandati contraria* para exigir del delegante lo que no haya podido conseguir del deudor delegado. De estos textos puede deducirse ya, a nuestro juicio, que el delegatario no es por naturaleza un mandatario: sólo en el caso de que el delegante haya asumido expresamente el *periculum*, dispone el delegatario de una *a. mandati* para resarcirse. Es claro, por lo demás, que el "*mandatum stipulandi*" en que cristaliza la asunción del *periculum* por el delegante es un negocio de garantía añadido a la delegación, que

² Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26,2: *Abesse intellegitur pecunia fideiussori etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.* Conforme, Iul.90 *dig.*-D.46,1,18: *Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur: et ideo, si fideiussor debitorem suum delegaverit, quamvis eum, qui solvendo non erat, confestim mandati agere potest.* (*supra* §16 n°42; §99 n°34). Al estipular del delegado, el acreedor delegatario se da por satisfecho: para la consideración de la *delegatio promittendi* como *satisfactio*, vid. *supra* §16 n.212; para su equiparación al pago, vid. *supra* §16, textos n°12, 16, 44 y 45.

no se confunde con ésta ni con el *iussum* del delegante, del mismo modo que no se confunde con el préstamo el *mandatum pecuniae credendae* que puede acompañarlo como garantía en favor del mutuante.

Lo dicho hasta ahora permite ya concluir que, para los clásicos, el *iussum* del delegante no generaba un contrato de mandato con el delegatario. Un mandatario es alguien que actúa para otro, gestionando un negocio ajeno; el delegatario, en cambio, no adquiere (lo recibido o el crédito estipulado) para el delegante, sino para sí como del delegante. La inadecuación del mandato resulta en este caso mucho más evidente que en el del delegado, por lo que no es de extrañar que la teoría del mandato doble haya caído mucho antes en el olvido. Por nuestra parte, nos limitaremos a explicar el punto de vista de los pandectistas que la mantuvieron, y a examinar brevemente los argumentos (§110) y las pruebas textuales (§111) aducidos en su apoyo.

§110 No es casualidad que, con la desaparición de la Pandectística, la teoría del mandato doble haya sido también abandonada, porque su defensa dependía en gran medida de un punto de partida que sólo los pandectistas podían adoptar. La moderna romanística es sensible al modo de operar de los juristas clásicos, que parten, ordinariamente, de un caso concreto, real o ficticio, al que se trata de dar solución: por eso, desde el punto de vista clásico, sólo tiene sentido calificar un supuesto como contrato de mandato si de ello se deriva la posibilidad de ejercitar *in casu* una *a. mandati*. En particular, resultaría impensable para un clásico hablar de mandato respecto de un negocio del que ni siquiera potencialmente pueden surgir las acciones del contrato. Esto no representaba, en cambio, un problema para los pandectistas, porque su finalidad inmediata no era la solución de casos, sino la construcción dogmática, desarrollada casi como un fin en sí misma.

Esta actitud alcanza su punto más extremo en Witte, que expresamente intenta demostrar³ que el mandato es simplemente "la causa contractual de alguien para una actuación que interesa de algún modo a quien la encargó", y que, en consecuencia, las acciones del mandato no son esenciales, el contrato puede existir aunque de él no pueda surgir ni la *a. directa* ni la *contraria*. Este punto de partida es aprobado por Brinz⁴ y v. Plucinski⁵, y se detecta también en Windscheid, cuando argumenta⁶ que, si el mandato de recibir se usa para realizar una prestación en favor del mandatario, el contrato como tal pasa a un segundo

³ WITTE, p.350 ss.: vid. *supra* §39 a.

⁴ BRINZ, *Pandekten* II² §282 n.31 (p.376).

⁵ v. PLUCINSKI, art. cit., en *ACP*.60(1877) 331.

⁶ WINDSCHEID, *Pandekten* II 2 p.153

plano (pues la *a. mandati* "directa" del mandante queda excluida⁷), y en el primer plano se encuentra la prestación patrimonial mandante→mandatario. La crítica a este punto de vista está ya implícita en cuanto hemos dicho; para más detalles, vid. *supra* §39 sub "a". Sólo partiendo del mismo se comprende que pudieran alegarse como evidencias en favor de la teoría del mandato doble textos como Ulp.46 *ad Sab.*-D.46,2,8,5⁸ o Paul.14 *ad Plaut.*-D.46,2,22⁹, en los que simplemente se expresa la necesidad, para que la estipulación por un tercero pueda producir efecto novatorio, del consentimiento del acreedor (*voluntas* o *ratihabitus*, respectivamente): para los pandectistas, ese consentimiento permitía ya afirmar la existencia de un contrato de mandato con el delegatario estipulante.

De todos modos, la independencia del concepto de mandato respecto de la posibilidad de una *a. mandati* es sólo la *ultima ratio* en que los pandectistas se refugian en defensa de la teoría del doble mandato: así, Windscheid subraya¹⁰ que, aunque el mandato pase a un segundo plano, subsiste la *a. directa* para exigir la escrupulosa ejecución del mandato (de la que, como ya hemos dicho, no hay rastro en las fuentes), aunque normalmente excluida por el cumplimiento mismo. El insiste también¹¹ en que el *iussum* como tal no supone que el autorizado a recibir pueda retener para sí lo recibido: la intención de las partes puede ser que deba devolverlo al delegante¹², en cuyo caso la "A.rweisung" es de nuevo mandato, y genera una *a. mandati* "directa", no sólo para exigir la ejecución del encargo, sino también la transmisión de lo obtenido. A nuestro juicio, esto es perfectamente razonable, pero la cuestión no es sólo saber si se puede presumir (ciertamente no) que el autorizado a recibir puede retener para sí, sino si también la hipótesis de que no pueda (i.e., de que actúe como mandatario) es calificable como delegación: es en este punto donde (vid. *infra* §127 s.) se sitúa nuestra discrepancia.

§111 Como pruebas de la condición de mandatario del delegatario, podría pensarse en primer lugar en aquellos textos en que alguien (C) recibe o estipula de B como mandatario, es decir, con la obligación (sancionada por la *a. mandati*) de transmitir lo conseguido al mandante A¹³. Sin embargo, el hecho mismo de

⁷ WINDSCHEID, *ibid.* p.153 n.7.

⁸ SINTENIS, *Civilrecht* II² p.459 n.30.

⁹ PUCHTA, *Pandekten*⁸ §292 n."p" (p.441).

¹⁰ WINDSCHEID, *Pandekten* II 2 §412 n.7 (p.153).

¹¹ WINDSCHEID, *Pandekten* II⁷ §412 n.8a (p.493).

¹² WINDSCHEID, l.c., menciona como ejemplo D.46,2,34pr., sobre el cual, vid. *infra* §111 (nº7).

¹³ Así, THÖL, *Handelsrecht* I⁶ §327 n.3, cita Ulp.76 *ad ed.*-D.44,4,4,19 (sobre el cual, vid. *supra* §86), y Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,10,6.

que C actúe como mandatario de A evidencia que falta aquí la atribución patrimonial de valuta A→C, sin la que no cabe hablar de delegación (*infra* §127 s.). Resulta innecesario, por tanto, para aclarar el papel del mandato en la delegación, revisar el análisis que, de los textos de *mandatum stipulandi*¹⁴, realizó en su día Cosentino¹⁵.

¹⁴ Cosentino examina únicamente los textos de *mandatum stipulandi*, no los de *mandatum accipiendi*, porque para él, de acuerdo con las enseñanzas de su maestro Betti (*supra* §23), sólo la de prometer es verdadera delegación.

¹⁵ Cosentino, partidario de la "teoría del *iussum*", acaba descartando todos los textos: a) Respecto de Ulp. 76 *ad ed.* - D. 44, 4, 4, 19 (COSENTINO, p.320 ss.), donde por lo demás no se menciona expresamente la *a. mandati*, existen, de hecho (vid. *supra* §86), razones más concluyentes que las alegadas por Cosentino para descartar la hipótesis de la *delegatio*. b) Del grupo más numeroso de textos en los que aparece un *mandatum stipulandi*, Cosentino se libra afirmando que en todos ellos el mandatario que estipula es, en realidad, un *adstipulator*: respecto de un supuesto de *adstipulatio* es imposible hablar de delegación, porque falta no sólo la atribución patrimonial A(acreedor mandante)→C(adstipulante), cuyo lugar lo ocupa el mandato de estipular, sino también la B(deudor promitente)→A(acreedor mandante), porque la promesa a un adstipulante, obviamente, no equivale al pago. Esta es la explicación que Cosentino proporciona para Paul.4 *resp.*-D.17,1,59pr.; Paul.7 *resp.*-D.33,4,11; Gai.3 *de verb. obl.*-D.46,2,34pr.; Paul.2 *manual.*-D.46,3,108; Ulp.2 *disp.*-D.14,5,6. A nuestro juicio, la hipótesis de la *adstipulatio* es innecesaria (porque, estando C obligado a transmitir lo conseguido, no puede hablarse ya de delegación), y aventurada, porque no hay *adstipulatio* sin estipulación principal, y ésta no es mencionada en ninguno de los textos. Bien es verdad que algunos contienen indicios que hacen pensar en la *adstipulatio*. Así, en Paul.4 *resp.*-D.17,1,59pr., el hecho de que no se mencione la responsabilidad del estipulante Calpurnio frente a la *a. mandati* de Ticio, sino sólo frente a la *a. mandati* del heredero de Ticio, permite pensar que Calpurnio estipuló *post mortem Ticii*: lo que encaja con la única función que la vieja institución de la *adstipulatio* cumplía en tiempos de Gayo, según él mismo explica en Gai.3,117 (*supra* §90 n.299). También en Paul.7 *resp.*-D.33,4,11, la restitución de la dote se estipula, por mandato de la mujer constituyente, para después de la muerte de ésta; de una estipulación *post mortem mandatoris* se trata también, en fin en la primera mitad de Paul.2 *manual.*-D.46,3,108. Sin embargo, la similitud del supuesto descrito en estos tres textos con la *adstipulatio* de las Instituciones de Gayo no basta, a nuestro parecer, para superar la dificultad que representa el que en ellos no haya rastro de una estipulación principal: en época de Gayo, la *adstipulatio* se encontraba ya en decadencia, y aun el fin al que había quedado relegada, asegurar el cumplimiento de una estipulación *post mortem*, podía lograrse perfectamente con una única estipulación, en la que el otrora *adstipulator* se hiciera prometer para después de la muerte del *dominus negotii*; de modo que estos textos podrían presentarse precisamente como evidencias de que en época de Paulo, se había abandonado ya la *adstipulatio* por la estipulación única: vid. *supra* §90; SOLAZZI, *Estinzione I*² p.73 ss.; BROISE, art. cit., en *BIDR.*67(1964) 238 ss., y *Animus donandi. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna II* (Pisa 1975) p.152 ss. En Paul.7 *resp.*-D.33,4,11, existe aún otro indicio (ARCHI, *Donazione* p.60; COSENTINO, p.325 s.) en favor de la *adstipulatio*: el empleo del verbo *adhibere*, pero tampoco esto es, a nuestro juicio, decisivo (vid. *infra* n.26). Los otros dos textos que Cosentino explica como casos de *adstipulatio*, Gai.3 *de verb. obl.*-D.46,2,34pr. (COSENTINO, p.326 s.) y Ulp.2 *disp.*-D.14,5,6 (COSENTINO, p.328),

Los textos relevantes serían aquellos que probasen que un contrato de mandato A-C es compatible con la atribución patrimonial de valuta A→C, es decir, que el hecho de que el delegatario no recibe para el delegante, sino para sí, no es obstáculo para que los clásicos lo consideren un mandatario¹⁶. Este camino es intentado por Witte¹⁷, que menciona Paul.4 *resp.*-D.17,1,59pr., Paul.7 *resp.*-D.33,4,11, y Scaev.18 *dig.*-D.32,37,4, como pruebas de que el *animus donandi* es compatible con la existencia de un contrato de mandato entre el delegante donante y el delegatario donatario. El argumento de Witte se apoya, en los dos primeros textos, en el giro *mandatu eius (mandante eo) non donandi animo (non donationis causa) stipulari*: este modo de expresión postula, para Witte, la existencia de un *mandatum donationis causa*, probando así que la orden de estipular es concebida en las fuentes siempre como un mandato, también cuando se trata de realizar una atribución patrimonial (en este caso, una donación) en

no contienen el menor indicio en tal sentido: en el primero, nada permite pensar que la estipulación del hijo de familia mandatario se refiere a la muerte del mandante; en el segundo, ello es completamente imposible, porque Gayo afirma que la *a. mandati* contra el estipulante se adquiere para el peculio del hijo o esclavo mandante, lo que presupone que éste sigue vivo en el momento en que surge la acción contra el promitente. A nuestro juicio, en conclusión, es preferible considerar todos estos textos como simples mandatos de estipular, que, de todos modos, no constituirían delegación por falta de atribución patrimonial de valuta (cuyo lugar lo ocupa precisamente el mandato). A lo largo de su análisis de estos textos, Cosentino parece limitar las hipótesis posibles a la alternativa *adstipulatio-delegatio*, sin tener en cuenta que la necesaria presencia de ambas partes en la *stipulatio* debió hacer frecuente el recurso al simple *mandatum stipulandi* por aquél a quien la distancia le impedía encontrarse con su futuro deudor. c) Cosentino admite que existe delegación en Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,10,6 (p.330 s.) y Scaev.18 *dig.*-D.32,37,4 (p.331 s.): él intenta (de modo bastante insatisfactorio, a nuestro juicio) justificar la *a. mandati* mencionada en estos textos como derivada de un mandato que se sitúa no a nivel negocial, sino "iperdelegatorio": es decir, que no deriva de la delegación en sí, sino de un concurrente interés del delegante en la ejecución de la delegación o en relación "alla sistemazione di rapporti diversi". Esta poco convincente explicación (¿acaso el delegante no está siempre interesado en la ejecución de la delegación por él dispuesta?), resulta innecesaria, porque el mero hecho de que el estipulante esté obligado, como mandatario, a transmitir al mandante lo conseguido, permite ya descartar que el negocio sea una delegación.

¹⁶ Es claro que la atribución patrimonial A→C es compatible con el ya mencionado (*supra* §109) mandato de garantía en favor de C, pero esto no puede ser esgrimido como prueba, porque el de garantía es un tipo especial de mandato, que no se dirige a la gestión de un negocio del mandante, sino simplemente a la asunción por éste del riesgo derivado de la gestión de un negocio del mandatario, en relación al cual el mandante quiere tan sólo salir garante. El hecho de que un mandato así sea compatible con la delegación no sirve como prueba de que un mandato ordinario lo sea también: y de un mandato ordinario ha de tratarse, si se quiere mantener que toda delegación presupone un mandato delegante-delegatario, porque, como ya hemos comprobado (*supra* §109), el de garantía no existe en toda delegación, sino sólo cuando el delegante asume expresamente el *periculum*.

¹⁷ WITTE, p.357 ss.

favor de un delegatario. Un rápido examen de los textos permitirá comprobar que esta conclusión es errónea:

4) Paul.4 resp.

D.17,1,59pr.

Si mandatu Titii Calpurnius pecuniam quam Titius credebat stipulatus esset [non donandi animo], mandati iudicio eum ab herede Titii posse convenire, ut actiones suas praestet [: idem est et si exacta est a Calpurnio pecunia].

La conjetura habitual de que Paulo se refería aquí a un supuesto de *adstipulatio*¹⁸ bastaría ya para fundamentar la crítica contra [*non donationis causa*], porque el *adstipulator* actuaba en Derecho clásico como simple intermediario, obligado a restituir al acreedor principal (a su heredero, en este caso) lo conseguido¹⁹; la *adstipulatio* no era, por tanto, un medio adecuado para donar²⁰. Si bien la hipótesis de la *adstipulatio* no es segura (porque para que ésta sea posible, debe existir un estipulante principal, y en el texto no hay indicio de que Ticio haya estipulado él mismo la devolución del mutuo)²¹, si parece seguro, en cambio, que [*non donandi animo*] es una descuidada interpolación, que queda como referida, absurdamente, a *stipulatus esset*: el *animus donandi* podría existir en Ticio, que manda estipular, pero es inconcebible en Calpurnio, que estipula.

Pero incluso aunque [*non donandi animo*] figurase ya en el original paulino, el argumento de Witte sería inviable: la razón por la que se especifica que la intención de Ticio no había sido donar a Calpurnio es porque, si lo hubiera sido, su heredero no podría exigirle con la *a. mandati* el reembolso de lo obtenido (i.e., la cesión de la acción contra el deudor): prueba inequívoca de que, en tal caso, Calpurnio no estipuló como mandatario. Correctamente entendido, [*non donandi animo*] supone la contraposición entre la *delegatio promittendi* (con donación como atribución de valuta) y el simple mandato de estipular, y

¹⁸ PRINGSHEIM, *Animus donandi*, en SZ.42(1921) 306; ARCHI, *Animus donandi*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, a Verona, 1948* III (Milano 1951) p.138 y n.61; ARCHI, *Donazione* p.59 s.

¹⁹ La responsabilidad como mandatario parece esencial a la condición de *adstipulator*. Gai.3,111: ... *sed quidquid consecutus erit, mandati iudicio nobis restituere cogetur*, Gai.3,117: ... *qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi [meo] tenetur*. Que ya antes de la aparición de la *a. mandati*, el *adstipulator* no adquiría el crédito en su propio beneficio, sino para el principal, lo demuestra la regulación del capítulo II de la *lex Aquilia*: Gai.3,215.

²⁰ Cfr. ARCHI, *Donazione* p.60 s.

²¹ El texto podría constituir una prueba de que en época de Paulo el recurso a una *stipulatio inutilis + adstipulatio* había ya caído en desuso, sustituido por una simple *stipulatio post mortem mandatoris*: vid. *supra* §90; SOLAZZI, *Estinzione* I² p.74; BROISE, art. cit., en BIDR.67(1964) 238 s.; BROISE, *Animus donandi* II p.152 ss.

constituiría, por tanto, una evidencia contra la idea de que el delcagatario es un mandatario: en este sentido es citado, de hecho, por v. Salpius²².

El argumento de Witte parte del tácito postulado de que el empleo del giro *mandatu Titii* significa necesariamente que existe un contrato de mandato, aun en la hipótesis de que del mismo no pueda surgir *a. mandati* alguna, como ocurre cuando la intención de Ticio es donar. Baste recordar aquí que: a) para los clásicos, al contrario que para los pandectistas, la posibilidad de una *a. mandati* es imprescindible para que quepa hablar de mandato; b) *mandatu Titii* no significa otra cosa que *mandante Titio*, es decir "por encargo de Ticio", y no presupone en modo alguno que exista contrato (*supra* §66 a).

5) Paul.7 resp.

D.33,4,11

Seia cum nuberet Lucio Titio, dedit dotis nomine centum [aureos] et adhibuit Quintum Mucium, qui nihil numeravit, sed dotem stipulatus est, si morte mulieris solutum fuerit matrimonium. Seia moriens testamento suo ita cavuit: "Lucio Titio marito meo, cui maximas gratias ago, dari volo super dotem, quam ei dedi, tot [aureos] <sestertia>". Quaero, cum instituit Lucium Titium convenire Quintus Mucius ex stipulatu actione, an repellere eum maritus possit ex verbis testamenti. respondit, si Quintus Mucius mandante Seia [non donationis causa] stipulatus est, heredibus mulieris eum <non> teneri et ideo Quintum Mucium exceptione repellendum esse. quod si [donationis] <mortis> causa Seia stipulari permisisset [, videri eum in eum casum, qui morte mulieris existit, mortis causa stipulatum: et ideo] fidei eius committi potuisse [in eum casum] dicendum fore.

Seia presenta a Quinto Mucio para que estipule, para el caso de que ella muera, la restitución de la dote que entrega a su marido Lucio Ticio. Muriendo, dispone en su testamento que desea dejar a su marido una cantidad, además de la dote. ¿Puede el marido, basándose en las palabras del testamento, rechazar la *a. ex stipulatu* con la que Quinto Mucio le reclama la restitución de la dote? Aunque el texto procede de "de re uxoria"²³, la cuestión es, como se ve, si las palabras *dari volo super dotem* valen como fideicomiso a favor del marido.

Para quienes consideran que Quinto Mucio es un *adstipulator*²⁴, la distinción entre mandatario y donatario no puede ser clásica: la *adstipulatio* clásica no puede servir para donar, porque, en Derecho clásico, el *adstipulator* está siempre obligado a restituir lo obtenido al estipulante principal²⁵. Aunque, a nuestro juicio, la hipótesis de la *adstipulatio* no es, tampoco en este caso, a pesar

²² v. SALPIUS, p.379.

²³ LENEL, *Palingenesia* I col.1234, fr.1501 Paul.

²⁴ PRINGSHEIM, art. cit., en SZ.42(1921) 306 s.; ARCHI, *Donazione* p.59 s.; COSENTINO, p.324

ss.

²⁵ Vid. *supra* n.19.

del empleo de *adhibere*²⁶, segura²⁷, si lo es, de nuevo, el carácter espurio de las referencias a la donación, incluido el [*non donationis causa*] en que se apoya Witte. Desde el punto de vista clásico, el supuesto de la mujer que, con ánimo liberal, dispone que alguien estipule la restitución de su dote para el caso de que ella muera, no constituye una *donatio*, sino una simple *mortis causa capio*²⁸.

²⁶ En Gayo (Gai.3,117; 3,110), *adhibere* aparece como término técnico para la actuación del estipulante principal que presenta a alguien de su confianza como *adstipulator*. Sin embargo, Afr.7 *quaest.*-D.24,3,33 demuestra, a nuestro juicio, que el uso de *adhibere* no es exclusivo de la *adstipulatio*: cfr. ARCHI, art. cit., en *Atti Verona* III p.139 n.61; BROISE, *Animus donandi* p.157. En efecto, Africano emplea *adhibere* en relación a unos estipulantes de dote que [contra MEYERFELD, *Schenkungen* I p.271; LENEL, art. cit., en *SZ.51*(1931) 35; HEUMANN-SECKEL, p.556, s.v. *stipulari*; SOLAZZI, *La Compensazione*² (Napoli 1950) p.223 (pero vid. *Estinzione* I² p.292 n.2); COSENTINO, p.326 y n.92; BETTI, art. cit., en *SDHI.28*(1962) 15] no deben de ser *adstipulatores*, porque no parece que estén obligados como mandatarios frente al heredero de la mujer que los presentó (en este caso, el propio marido): así lo revela el hecho de que el marido deba restituir la dote a los estipulantes, a pesar de ser él mismo el heredero de la mujer. Si hubiese habido *adstipulatio*, los adstipulantes responderían como mandatarios frente al marido (por ser éste heredero), el cual podría entonces (Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,10,6) utilizar la *a. mandati* para exigir la liberación del deudor promitente (es decir, la suya propia): sería razonable, entonces, concederle la *exceptio doli* contra los adstipulantes; en todo caso, Africano no habría dicho sin más *<ad>stipulatoribus tenebitur*: cfr. SOLAZZI, *Estinzione* I² p.292 n.2. Ello suponiendo que la deuda del marido no se extinga por confusión, al convertirse él también, como heredero de la mujer estipulante principal en acreedor (La admisibilidad de esta *confusio* depende de si se entiende que el sistema romano impide el nacimiento de una obligación estipulatoria en la persona del heredero, o, por el contrario -D'ORS, *DPR.*³ p.489-, que tan sólo son inútiles las estipulaciones que no podrían generar obligaciones en vida de las partes: la estipulación de la mujer en el texto de Africano, que no se refiere a la muerte, sino genéricamente a la disolución del matrimonio, no sería *inutilis* según este último criterio, y engendraría, en consecuencia, una acción a favor del marido heredero).

²⁷ Una vez más, el hecho de que Paulo no se refiera a la estipulación principal (de la mujer *post mortem suam*, y por tanto, *inutilis*) podría ser precisamente una prueba de que a fines de la época clásica el esquema gayano de *stipulatio inutilis + adstipulatio*, había sido ya reemplazado por la simple *stipulatio (post mortem mandantis)* de un mandatario. Vid. *supra* §90; SOLAZZI, *Estinzione* I² p.74; BESELER, art. cit., en *Festschrift Schulz* I p.25; BROISE, art. cit., en *BIDR.67*(1964) 238 ss., y *Animus donandi* II p.149 ss.

²⁸ Gai.8 *ad ed. prov.*-D.39,6,31, trata de distintos supuestos de *mortis causa capio*; en primer lugar, las donaciones *mortis causa*, pero luego, otras *capiones* que no son donación, entre las cuales (§2) la estipulación de dote para el caso de muerte de la mujer: *Sine donatione autem capitur veluti pecunia, quam statuliber aut legatarius alicui condicionis implendae gratia numerat, ... sed et dos, quam quis in mortem mulieris a marito stipulatur, capitur sane mortis causa*. Esto prueba que, si bien los clásicos admiten, desde luego, que, por pura liberalidad, la mujer autorice la estipulación *post mortem suam* de la dote, para ellos no era posible, sin embargo, calificar tal supuesto como donación. En este sentido, vid. ARCHI, art. cit., en *Festschrift Rabel* II pp.14, 18, 25 s.: "Il costituente la dote, che ne faceva stipulare da un terzo la restituzione, poteva avere una volontà negoziale nel senso romano del «negotium gerere»

Esto se entiende fácilmente. Para considerar a alguien donante, no es suficiente el ánimo liberal; es preciso, además, un elemento objetivo: que se haya desprendido de un bien o derecho en favor del donatario²⁹, o, en general, que haya experimentado en su beneficio algún tipo de detrimento patrimonial³⁰, o, al menos, que haya renunciado en su favor a la posibilidad de un incremento patrimonial³¹. Para el caso de muerte de la mujer, ni ella ni sus herederos tienen expectativa alguna sobre la dote, que la estipulación de un tercero pueda hacer perder: de no haberse celebrado estipulación, la dote correspondería al marido, o, si era profecticia y aun vive el padre constituyente, a éste. El texto original de Paulo no se refería, a nuestro juicio, a la *donatio*, sino a la *mortis causa capio*³².

De todos modos, aunque todo en el texto, incluido [*non donationis causa*], fuese clásico, la conclusión que Witte extrae de esta expresión, la posibilidad de un contrato de mandato *donandi causa*, seguiría siendo claramente infundada.

oppure un generico intento liberale ... Nella seconda ipotesi i classici vedevano nella *stipulatio* un caso de *mortis causa capio*". Vid. también, SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio nel Diritto romano* (Firenze 1964) p.135 n.41.

²⁹ Así ocurre en el supuesto más sencillo, de donación de un bien mediante *traditio*, *mancipatio* o *in iure cessio*; también cuando un acreedor realiza una *acceptilatio donationis causa* (*supra* §25 y n.318); o cuando delega a su deudor en favor del donatario: Cels.28 *dig.*-D.39,5,21,1; Ulp.32 *ad Sab.*-D.24,1,3,12; Afr.7 *quaest.*-D.46,3,38,1.

³⁰ Así, cuando para donar a un delegatario me obligo como mutuuario frente al delegado que *iussu meo* entrega o promete; o cuando, con la intención de donar, me dejo delegar por el donatario en favor de un tercero: Cels.28 *dig.*-D.39,5,21pr.

³¹ Así, cuando, para donar a un tercero, delego a quien desea donarme: Iul.60 *dig.*-D.39,5,2,2; Herm.6 *iur. epit.*-D.39,5,33,3. En Ulp.32 *ad Sab.*-D.24,1,5,13, Juliano (17 *dig.*) parece admitir que hay donación incluso cuando el marido, instituido heredero en primer lugar, repudia la herencia en favor de su mujer, que figura como sustituta; pero, como el marido no se empobrece, la donación no resulta prohibida: *Iulianus scripsit ... donationem valere*.

³² Mantenemos así, como clásica, la disyuntiva contenida en el texto. Es cierto que la solución al supuesto planteado es la misma en ambos casos (en los dos el viudo se liberaría como fideicomisario), pero la construcción jurídica varía de uno a otro. En el 2º, el propio estipulante es fiduciario *-fidei eius committi potuisse dicendum fore-*, de donde la oportunidad de que el Pretor otorgue una *exceptio* frente a su pretensión. En el 1º, en cambio, el estipulante, en la medida en que responde como mandatario frente a los herederos, no adquiere nada para sí *mortis causa*: la condición de fiduciario no puede, por tanto, corresponderle a él, sino a los herederos. El viudo podría, así pues, exigirles que lo liberasen del estipulante, pero resulta más sencillo que el Pretor le conceda una *exceptio* contra éste último. Que la reclamación del mandatario estipulante sea frenada con una *exceptio* es razonable, porque tampoco los herederos, gravados por el fideicomiso, pueden ya exigirle la dote con la *a. mandati: hereditibus mulieris eum <non> teneri et ideo Quintum Mucium exceptione repellendum esse*. La corrección propuesta es necesaria por dos razones: a) el hecho de que el estipulante estuviese obligado frente a los herederos no sería argumento a favor (sino todo lo contrario) de frenar con una *exceptio* su pretensión; b) dado que son necesariamente los herederos los gravados por el fideicomiso, es inadmisibles que puedan reclamar la dote contra el estipulante.

Una simple lectura hace evidente que donación y mandato se presentan en contraposición excluyente: o uno *-si Quintus Mucius mandante Seia [non donationis causa] stipulatus est-* o la otra *-quod si [donationis] <mortis> causa Seia stipulari permisisset-*. Este último *permisisset* pone de manifiesto, además, que "mandante Seia" debe entenderse, en la hipótesis de donación, como simple permiso, de ningún modo como contrato. Así pues, tal como aparece en la compilación, el texto resulta más bien, como el anterior, una muestra de la contraposición entre *delegatio promittendi (donationis causa)*³³ y *mandatum stipulandi*, esgrimible³⁴ en contra de la teoría del mandato doble.

El mismo modo de presentar *mandatum* y *delegatio donationis causa*, como supuestos contrapuestos, excluyentes, se encuentra en otros textos, que sirven también como prueba contra Witte:

6) Ulp.31 *ad ed.*

D.17,1,12,8

Inde Papinianus quaerit, si patronus praedium quod emerat, pro quo pretii bessem exsolverat, iusserit liberti suo tradi, ut ille residuum pretii redderet, deinde reddito pretio vendenti fundum patrono libertus consenserit, trientis pretium an libertus possit repetere. et ait, si mandatum suscepit initio libertus, non donatum accepit, contrario iudicio posse eum pretium repetere, quod deductis mercedibus, quas medio tempore percepit, superest: quod si donationem patronus in libertum contulit, videri ex postea libertum patrono donasse.³⁵

7) Gai.3 *de verb. obl.*

D.46,2,34pr.

Dubitari non debet, quin filius servusve, cui administratio peculii permissa est, novandi quoque peculii debita ius habeat, utique si ipsi stipulentur, [maxime si etiam meliorem suam condicionem eo modo faciunt]. nam si alium iubeant stipulari, interest, utrum donandi animo alium iubeant stipulari an ut

³³ En cambio, desde el punto de vista clásico no es posible aquí, a nuestro juicio, la delegación: falta la atribución patrimonial delegante (Seia)→delegatario (Quinto Mucio), porque éste no es donatario, sino que lucra una simple *mortis causa capio*, falta también la atribución patrimonial delegado (Lucio Ticio)→delegante (Seia), porque sería absurdo pensar que, la promesa del marido a un tercero (que no estipula como mandatario de la mujer, sino para sí), equivale a una *datio* en favor de la mujer.

³⁴ Así, v. SALPIUS, p.379.

³⁵ El texto ha sido objeto de alguna crítica menor, que no afecta a la parte que nos interesa: así, BESELER, art. cit., en SZ.45(1925) 257, sustituye [*Inde Papinianus quaerit*] por <*Apud Papinianum quaeritur*>, seguramente por haber eliminado como glosa el precedente fr.12,7; BIONDI, *Iudicia bonae fidei* I, en AL'PA.7(1920) 70, 152 n.5, censura [contrario], como interpretado en lugar de <mandati> iudicio. Contra Biondi: ARANGIO RUIZ, *Mandato* p.99 s.; SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, en SZ.71(1954) 174; ALBANESE, "Iudicium contrarium" e "ignominia" nel mandato, en IVRA 21(1970) 48.

*ipsi filio servove negotium gerat: quo nomine etiam mandati actio peculio acquiritur.*³⁶

En estos dos textos se han querido ver ejemplos de *a. mandati* surgida de un *iussum*³⁷, lo que también serviría como apoyo para la teoría del mandato doble. Sin embargo, conviene advertir que en n°6, el destinatario del *iussum* del patrono es el vendedor -*patronus praedium ... iusserit liberto suo tradi*-, mientras que la *a. mandati* contra el patrono corresponde al liberto; pero no en cualquier caso, sino sólo si *mandatum initio suscepit*. Es evidentemente de este *mandatum susceptum*, no del *iussum* al vendedor, de donde surge la *a. mandati* del liberto. En n°7, Gayo necesitaba un sólo verbo para describir un supuesto que comprendiera tanto la delegación como el mandato, y optó por *iubere*³⁸: este *iubere* ha de ser entendido en la primera hipótesis como un *iussum* técnico, pero en la segunda -*iubere ... ut ipsi filio servove negotium gerat*- como el encargo del mandante al mandatario.

El último de los textos mencionados por Witte como prueba de la compatibilidad entre contrato de mandato y *animus donandi* es el difícil:

8) Scaev. 18 *dig.*

D.32,37,4

Nuptura duobus filiis suis, quos ex priore marito habebat, mandavit, ut viginti, quae doti dabat, stipularentur in omnem casum, quo solvi posset matrimonium, ut etiam alterutri ex his tota dos solvatur: constante matrimonio uno ex filiis mortuo uxor per epistulam petit a superstite filio, uti quandoque partem dimidiam dumtaxat dotis exigeret et ea contentus erit, alteram autem partem

³⁶ Cfr. Gai. 5 *ad ed. prov.*-D.12,2,21, y la opinión contraria de la escuela proculeyana, en Paul.(Lab.) 3 *ad ed.*-D.2,14,27pr. y Cels. 1 *dig.*-D.46,2,25. El inicial reconocimiento del *ius novandi* del sometido es luego matizado: sólo es incondicional si estipula él mismo (*utique si ipsi stipulentur*), pero si dispone que otro estipule hay que distinguir casos (*nam si-fin*), aun en el supuesto de que estipule él mismo, el *ius novandi* se admite *maxime si etiam meliorem suam conditionem eo modo faciunt*. Estas matizaciones resultan sospechosas: a) en D.12,2,21 Gayo enuncia sin restricción alguna el *ius novandae obligationis* del sometido; b) la concordancia en singular de *filius servusve* (*cui, est, habeat*), es repentinamente cambiada por plural (*ipsi, stipulentur, faciunt, iubeant*); c) la torpeza de la redacción es sorprendente: *si alium iubeant stipulari, interest, utrum donandi animo iubeant stipulari ...* Estos indicios demuestran, a nuestro juicio, que el texto fue manipulado en la parte *utique-fin*, pero no bastan para afirmar que, en cuanto al contenido, esta parte no pueda ser, en sustancia, clásica. Parece segura, en cambio, la interpolación de [*maxime - faciunt*]: dejando a un lado argumentos formales, como el cambio de modo (*stipulentur - faciunt*), la frase resulta vacía, si traducimos *maxime* como "especialmente"; y si la interpretamos como un requisito, viene a contradecir el *utique* anterior.

³⁷ n°6: ENDEMANH, p.18; n°7: WINDSCHEID, *Pandekten II*^o §412 n.8a (p.809); WITTE, p.355.

³⁸ Si, en lugar de *iubere*, Gayo hubiese elegido *mandare*, los defensores de la teoría del mandato habrían sin duda esgrimido igualmente el texto: en tal caso, como prueba del empleo de *mandare* para el *iussum* del delegante (argumento de la indiferencia terminológica: *supra* §64 ss.).

apud maritum eius remanere concedat. quaesitum est postea in matrimonio muliere defuncta, an maritus, si de tota dote conveniatur a filio, doli mali exceptione se tueri possit et an ultro ex causa fideicommissi actio ei competit, ut de parte obligationis accepto ei feratur. respondit et exceptionem utilem fore et ultro ex fideicommissio peti posse. idem quaerit, an de reliqua dimidia parte mandati actio utilis sit heredibus mulieris adversus filium eius. respondit secundum ea quae proponerentur, maxime post litteras ad filium scriptas non fore utilem. CLAUDIUS: quoniam in his expressit, ut contentus esset partis dimidia dotis. quibus verbis satis fideicommissum filio relinqui placuit.

Una mujer encarga a sus dos hijos -habidos de anterior matrimonio- que estipulen la restitución de los veinte mil que entrega como dote a su nuevo marido, de modo que, cuando por cualquier causa se disuelva el matrimonio, ambos sean acreedores solidarios del marido por toda la dote. Luego, muerto uno de los hijos, la mujer pide al otro *per epistulam* que se contente con la mitad de la dote y permita al marido quedarse con la otra mitad. La mujer muere. A Escévola se le consultan dos cuestiones: a) la situación del marido: ¿puede oponer la *exceptio doli* si su hijastro le reclama toda la dote? ¿puede reclamar a éste *ex fideicommissio* para que aceptile la mitad de la deuda?³⁹ b) La situación del hijo: ¿pueden los herederos de la mujer dirigir contra él la *a. mandati*⁴⁰ para reclamar la otra mitad de la dote, que ha podido exigir al viudo?

Es la última cuestión la que nos interesa⁴¹: Escévola niega a los herederos la *a. mandati, maxime post litteras ad filium scriptas*. Esta frase es interpretada por Witte en el sentido de que la carta dirigida al hijo no hace sino confirmar lo que ya inicialmente, desde el momento en que la madre le manda estipular, era una donación a su favor⁴²: he aquí, por tanto, un *mandatum donationis causa*. A nuestro juicio, sin embargo, *maxime* no debe entenderse como "especialmente",

³⁹ BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* I (Tübingen 1910) p.95, elimina esta segunda pregunta [*et an ultro-feratur*], y añade, tras la respuesta de Escévola, *ex fideicommissio peti posse* <*ut de parte obligationis accepto ei feratur*>. Contra la parte censurada aduce el uso de *competit* por *competat* y de *actio* en lugar de *petitio fideicommissi*. Más adelante, BESELER, art. cit., en SZ.45(1925) 236, eliminará también la parte de la respuesta de Escévola que se refiere a la *acceptilatio: respondit [et] exceptionem utilem fore [et-possesse]*. Cfr. también SOLAZZI, *Estinzione* I p.256 n.1.

⁴⁰ La formulación de la pregunta, *an de reliqua dimidia parte mandati actio utilis sit*, ha hecho pensar -SCIASCIA, *Le annotazioni ai Digesto-Responsa di Q. Cervidio Scevola*, en AUCAM.16(1942-44) 128- en una *a. mandati utilis*, sin embargo, creemos que la respuesta de Escévola, *non fore utilem*, demuestra que él emplea aquí *utilis* en el simple sentido de "eficaz": así, VALIÑO, *Actiones utiles* (Pamplona 1974) p.17; SIXTO, *Las anotaciones de Trifonino a C. Escévola* I (Santiago de Compostela 1989) p.93 n.35.

⁴¹ Sobre la primera, vid. SIXTO, *Trifonino* I p.91 ss., con lit.

⁴² Cfr. también COSENTINO, p.332.

sino como "justamente"⁴³, como siempre que se usa en sentido temporal (asi, *maxime cum* = exactamente en tal momento, precisamente en tal momento)⁴⁴. Como la nota de Trifonino aclara⁴⁵, es el *contentus sis* de la carta materna, que vale como un fideicomiso en favor del hijo⁴⁶, el que determina que los herederos (fiduciarios) no puedan ejercitar la *a. mandati* contra éste⁴⁷: en el momento inicial, los hijos estipularon como simples mandatarios, obligados a restituir⁴⁸. Pero, incluso aunque esta interpretación del texto no fuera la correcta, aunque el ánimo de la madre hubiera sido liberal ya cuando encargó a los hijos estipular, el texto no constituiría la evidencia que Witte pretende en favor de un *mandatum donationis causa*: a) en primer lugar, como ya hemos explicado respecto de Paul.7 *resp.*-D.33,4,11 (nº5), la idea de donación resulta improcedente, desde el punto de vista clásico, para el caso de muerte de la mujer, que es al que se refiere el *responsum* de Escévola; b) el ánimo liberal supondría la exclusión, ya *ab initio*, de toda posibilidad de dirigir la *a. mandati* contra los hijos estipulantes, en otras palabras, la exclusión del contrato de mandato; el hecho de que Escévola emplee *mandavit* no significa en modo alguno (*supra* §65) que para él exista contrato.

El análisis de los textos citados por Witte no puede, en conclusión, sino confirmar lo que ya era evidente *a priori*: que el *mandatum donationis causa* que él conjetura es un imposible jurídico. El hecho de que un delegatario reciba o estipule para si como donatario excluye que pueda considerársele mandatario;

⁴³ ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in Diritto romano* (Padova 1964) p.224; SIXTO, *Trifonino I* p.93 s.

⁴⁴ Cfr. *OxLD.* p.1086, s.v. *maxime* 6.

⁴⁵ La nota ha sido objeto de insistente crítica: BESELER, art. cit., en *SZ.45*(1925) 236, y art. cit., en *SZ.66*(1948) 270 s.; SCHULZ, *überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola*, en *Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel* (Leipzig 1935) p.189. Contra la crítica, con razón: ARCHI, art. cit., en *Festschrift Rabel II* p.26-31; SIXTO, *Trifonino I* p.94 s.

⁴⁶ Este tipo, ciertamente peculiar, de fideicomiso "*contentus sis*", que el causante dispone no dirigiéndose (como es lo normal) al fiduciario, sino al propio fideicomisario, se admitió ya en Derecho clásico: Pap.19 *quaest.*-D.31,69pr.; Ulp.2 *fideic.*-D.32,11,4. Vid. también PS.4,1,5. El primer testimonio favorable a su validez que conservamos es precisamente este texto de Escévola: el carácter noveloso de su *responsum* justifica la explicación de Trifonino, frente a quienes la tachan de ociosa glosa postclásica o justinianea.

⁴⁷ Es también esta interpretación de la carta como un fideicomiso en favor del hijo la que permite salvar el otro fideicomiso que la misma contiene, en favor del marido, que sería inviable si el hijo (fiduciario respecto de este último fideicomiso) no hubiera recibido algo a su vez de la madre. Para la consideración de la carta como un doble fideicomiso de liberación, vid. ARCHI, art. cit., en *Festschrift Rabel II* p.28 n.61; ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in Diritto romano* (Padova 1964) p.66 ss.; SIXTO, *Trifonino I* p.90 s.

⁴⁸ Así, SCHULZ, art. cit., en *Symbolae Lenel* p.188; ARCHI, art. cit., en *Festschrift Rabel II* p.10 s. Contra la idea de SCHWARZ, art. cit., en *SZ.63*(1943) 360 n.6, de que los hijos actuaron concretamente como *adstipulatores*, vid. SIXTO, *Trifonino I* p.88.

más en general, que el delegatario adquiriera para sí del delegante excluye que pueda considerárselo (salvo en la hipótesis del mandato de garantía) mandatario de éste.

II. LA TEORIA "MIXTA"

§112 Según la teoría que hemos llamado "mixta", la delegación consiste en un simple *iussum* cuando el delegado es deudor, pero en un contrato de mandato con el delegado cuando no lo es. Para el Derecho romano, esta teoría ha sido propuesta por Hubrecht. Sus argumentos son los siguientes⁴⁹:

a) Los textos relativos a la delegación emplean, junto al término general *delegare*, tanto el verbo *mandare* como los términos *iubere*, *iussum*. Dado que el latín de los juristas clásicos era preciso, esta dualidad terminológica *mandare-iubere* permite ya presumir que la delegación podía basarse tanto en un contrato de mandato como en un *iussum*.

b) *iubere* y *iussum* se emplean típicamente en relación a quien se encuentra en situación de dependencia: *filius familias*, esclavo, deudor. En materia de delegación, estos términos se refieren sin excepción a alguien que está ya obligado frente al delegante por una deuda o, al menos, por una promesa previa: siempre que emplean *iubere*, los clásicos subrayan escrupulosamente la condición de deudor del delegado. En cambio, el verbo *mandare* se emplea en aquellos casos en que no existe una obligación exigible entre delegante y delegado; los casos en que *mandare* se refiere a un deudor se explican como supuestos especiales, en los que interviene un contrato de mandato entre acreedor y deudor.

c) Se comprende fácilmente que, frente a un deudor, el delegante pueda *iubere*: sería inútil, puesto que la deuda existe ya, pedir al delegado su opinión, obtener su consentimiento; el acreedor se limita a invitarlo a pagar a un tercero (invitación que, desde luego, el deudor puede rechazar). En cambio, en defecto de deuda previa del delegado, la delegación exige el consentimiento de éste: yo no puedo invitar a un tercero, que no me debe nada, a pagar mi deuda. Es preciso que antes nos pongamos de acuerdo; y, si hay acuerdo, hay mandato.

El punto de partida de Hubrecht (a), que, sobre el presupuesto de la "precisión" del lenguaje de los clásicos, postula una perfecta correspondencia entre el empleo de *mandare* y la existencia de un contrato de mandato, es inadmisibles: el verbo *mandare* alude únicamente a la declaración de voluntad unilateral de quien encarga una gestión, y se usa con frecuencia para supuestos

⁴⁹ HUBRECHT, art. cit., en RGD. 55(1931) 229 ss., 304 ss. (p. 12 s. de la separata).

en los que un contrato de mandato es imposible⁵⁰. Como hemos comprobado (§91 i.f.), los clásicos emplean *mandare* incluso para referirse a la habilitación de un cobrador, que, en cuanto asunción *ad extra*, frente al deudor, de la gestión de ese cobrador, puede considerarse un *iussum* técnico: lo que confirma, una vez más, que es un error atribuir al lenguaje de los clásicos la rigidez terminológica de la moderna dogmática.

Además de este fallo metodológico, hay otros. Las observaciones mismas acerca del empleo de *iubere* y *mandare* en que toda su hipótesis descansa (b) son, a nuestro juicio, erróneas. La iniciativa del delegante aparece en las fuentes como *iubere-iussum* no sólo cuando se dirige a un deudor, sino también cuando el delegado es un donante⁵¹, un mutuante⁵² o un constituyente de dote⁵³. Que *mandare* se emplee de ordinario cuando el delegado no es deudor es también falso. De hecho, en la mayor parte de los textos que se mencionan habitualmente como ejemplos del uso de *mandare* referido al *iussum* del delegante, el destinatario de ese *mandare* es un deudor. Hubrecht mismo se ve obligado a citar algunos: Pap.3 *resp.*-D.12,6,57,1 (*supra* §80), Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26,1 (§84), Pap.8 *resp.*-D.31,77,6 (§88) y Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,3 (§79); pero, además, cabe recordar aquí Scaev.29 *dig.*-D.46,3,89,1 (§81); Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,2,12 (§82); Ulp.41 *ad Sab.*-D.46,3,18 (§83); Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26,1 (§84). Ninguno de estos textos ofrece el menor indicio de la existencia de contrato de mandato entre acreedor y deudor, por lo que la improvisada justificación de Hubrecht, "se trata de supuestos especiales en los que ha intervenido un mandato entre acreedor y deudor" resulta inadmisibles. Aquellos otros textos (Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,5, Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,4, Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,3: *supra* §103 s.) en los que efectivamente el destinatario del *mandare* no es un deudor sino un mandatario, no sólo son menos numerosos, sino que no pueden considerarse ejemplos de delegación, precisamente porque en tal caso el contrato de mandato ocupa el lugar de la atribución patrimonial de cobertura, esencial a la delegación (*infra* §123 ss.; §127 s.). En fin, Hubrecht confunde con la delegación simples supuestos de *mandatum pecuniae credendae*

⁵⁰ Vid. *supra* §65 y nn.49-51.

⁵¹ Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,7: ... *mortis causa traditurum mihi iusserim uxori tradere* ...; Iul.60 *dig.*-D.39,5,2,2: *Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te, qui mihi tantundem donare volebas, iussero Titio promittere*, ...; Scaev.3 *quaest.*-D.24,1,56: *Si quod mihi mortis causa donare vellet, ego pure uxori donare vellem, non valet quod uxori iubeo dari*, ...; Ulp. (Iul.) 32 *ad Sab.*-D.24,1,3,13: ... *si donaturum mihi iussero uxori meae dare* ...; Paul.42 *ad ed.*-D.38,5,5pr.: *Tenetur Fabiana actione tam is qui accepit ipse, quam qui iussit alii dari id quod ipsi donabatur*, Paul.17 *ad Plaut.*-D.12,4,9pr.: *Si donaturus mulieri iussu eius sponso numeravi* ...

⁵² Afr.4 *quaest.*-D.16,1,19,5: ... *petit a me mulier mutuanam pecuniam solutura tibi et stipulanti mihi promisit ignoranti, in quam rem mutuaetur, atque ita numerare me tibi iussit*. ...

⁵³ Ulp.34 *ad Sab.*-D.23,3,19: *Etiamsi alii iussu mariti dos detur, nihilo minus maritus de dote obligatur*.

(Ulp.47 *ad Sab.*-D.17,1,21 i.f.; Gai.9 *ad ed. prov.*-D.17,1,27,5; Iul.14 *dig.*-D.46,1,13; I.3,26,2) o de mandato de salir fiador (Ulp.47 *ad Sab.*-D.17,1,21; Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,22pr.)

La teoría de Hubrecht, en conclusión, no resiste la confrontación con las fuentes. El acuerdo previo sobre el que se apoya la delegación cuando el delegado no es deudor, no ha de ser un contrato de mandato, sino que puede ser un simple convenio causal de *donare*, *credere* o *dotem dare*; en realidad, cuando el mandato existe, falta la atribución patrimonial correspondiente, de cobertura, y por eso mismo no puede hablarse ya de delegación (*infra* §127 s.)

III. EL PAPEL DEL CONTRATO DE MANDATO SEGUN LA TEORIA DEL *IUSSUM*

§113 Como sabemos, es opinión mayoritaria, desde v. Salpius, que la delegación no parte de un contrato de mandato con el delegado (mucho menos con el delegatario), sino de un *iussum*. Los defensores de esta concepción, que hemos denominado "teoría del *iussum*", sólo niegan que el mandato sea esencial a la delegación, no, en cambio, la posibilidad de que delegado o delegatario puedan en determinados casos actuar como mandatarios del delegante; pero, según ellos, en tales casos el contrato de mandato ocupa el lugar del convenio causal subyacente, de cobertura o valuta, no el lugar del *iussum*. Así, para la relación de cobertura delegado-delegante: del mismo modo que el delegado puede dejarse girar sobre la base de un convenio (de *solvere*, de *credere*, de *donare*, etc.) con el delegante, puede hacerlo también como simple mandatario de éste; en tal caso, el delegado dispondrá, una vez ejecutada la delegación, de la *a. mandati "contraria"* en compensación al gasto realizado. Y, al igual que, cuando el delegado actúa como *solvens* o mutuante o donante, el convenio causal con el delegante no se confunde con el *iussum* de éste⁵⁴, sino que ambos permanecen en niveles distintos (el primero, causal y el segundo, negocial), también el mandato permanece en ese nivel subyacente, sin confundirse con el *iussum*. Esto no quiere decir que el mandato funcione como causa, de modo semejante a como lo hacían los convenios citados, sino tan sólo que ocupa en la relación de cobertura el lugar que habría ocupado el convenio causal si hubiese existido la atribución patrimonial correspondiente, ahora sustituida por el contrato. Así pues, para estos autores, el mandato con el delegado es posible sólo cuando no se pretende que la delegación realice una atribución patrimonial (*solutio*, *donatio*, *creditum*, etc.) delegado→delegante: esto es, sólo en la delegación "al descubierto", entendiéndose por tal aquélla en la que no hay

⁵⁴ Queremos decir, en el plano teórico, es claro que, desde un punto de vista fáctico, la misma declaración de voluntad que sirve de *iussum* puede funcionar como aceptación por el delegante de la donación, pago, etc., que el delegado pretende hacerle.

atribución patrimonial de cobertura. Lo mismo que para la relación de cobertura puede decirse también para la de valuta delegante-delegatario: también ahí puede haber un mandato, pero sólo cuando falta la atribución patrimonial delegante→delegatario, y precisamente ocupando el lugar del convenio causal que haría posible tal atribución patrimonial. En conclusión, sólo puede existir un mandato entre delegante y delegado o entre delegante y delegatario cuando falta la atribución patrimonial (pago, crédito, dote etc.) respectiva, pero no es compatible con ésta.

§114 Por lo que se refiere a la posibilidad de un mandato en la relación de cobertura delegante-delegado, v. Salpius comienza⁵⁵ descartando el caso del mandante que adelanta al mandatario el dinero necesario para la prestación encargada; este mandatario actúa como simple portador de dinero ajeno, es decir, como instrumento de transporte de una prestación del mandante⁵⁶. Aquí hay, ciertamente, una atribución patrimonial directa mandante→tercero, pero no, a su parecer, delegación: este recadero no es delegado, porque no actúa a expensas de su propio patrimonio⁵⁷. Según v. Salpius, existe en cambio delegación, cuando el mandatario debe avanzar los fondos para la prestación encargada, pudiendo luego exigir su restitución mediante la *a. mandati "contraria"*. Es lo que modernamente se llama delegación "al descubierto", porque no contiene atribución patrimonial de cobertura, sino, en su lugar, un contrato de mandato. En este caso, se usa con toda propiedad el verbo *mandare* para designar la orden del delegante al delegado⁵⁸. En general, para v. Salpius, siempre que las fuentes emplean *mandare* para aludir a la iniciativa del delegante, ello obedece precisamente a la existencia de un verdadero contrato de mandato en lugar de una de las relaciones causales⁵⁹: así, nuestros textos dicen *si quis mandaverit* (sc.

⁵⁵ v. SALPIUS, p.55.

⁵⁶ Un ejemplo del supuesto al que se refiere v. Salpius, en Paul.15 *ad Sab.*-D.39,5,10: *Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum iubeas, donari recte potest.*

⁵⁷ Según v. SALPIUS, p.56, se aproxima más a la delegación el caso en que el mandatario, a pesar de haber recibido anticipadamente el dinero del mandante, no ha de entregar las mismas monedas, sino sólo la misma cantidad, o puede elegir entre el pago y la expromisión. Como ejemplo de lo primero, cita Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,22,7, pero no es seguro que ése sea el supuesto descrito en el texto (vid. WATSON, *Mandate* p.93); para el segundo caso, menciona Paul.6 *reg.*-D.16,1,22, en el que, sin embargo, [vel expromittat] es seguramente itp.

⁵⁸ Los ejemplos que cita v. Salpius son: Ulp.29 *ad ed.*-D.15,1,3,6 (*supra* §85); Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,5 (*infra* §123); Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,4 (*infra* §123); Ulp.76 *ad ed.*-D.39,5,19,3 (*infra* §125).

⁵⁹ v. SALPIUS, p.56 ss. Según v. Salpius el único texto en que *mandare* no responde a la existencia de un mandato es Pap.8 *resp.*-D.31,77,6 (*supra* §88).

*mihi) ut Titio solvam*⁶⁰, no sólo cuando *ego* (delegado) es mandatario, sino también -lo cual puede resultar más chocante- cuando lo es *Titius* (delegatario)⁶¹.

Siguiendo a v. Salpius, Kreller⁶² admite la posibilidad de un mandato en la relación de cobertura delegante-delegado, de modo semejante a lo que ocurre en la fianza⁶³. Del mismo modo, en la relación de valuta de la delegación "o de una relación tripartita parecida" puede existir un contrato de mandato⁶⁴. Haeblerlin repite las mismas afirmaciones, y también los ejemplos de v. Salpius⁶⁵. Endemann menciona los mismos ejemplos para la relación de cobertura⁶⁶; por lo que se refiere a los que v. Salpius citaba para la de valuta, se muestra más crítico: en su opinión, el uso de *mandare* no es indicio suficiente de la existencia de un contrato de mandato delegante-delegatario⁶⁷. En cambio, Endemann se fija en los textos en que *mandare* se dirige al delegatario⁶⁸; en ellos existe, como demuestra la concesión de la *a. mandati*, un verdadero mandato con el delegatario. Pero -advierete Endemann- ello no debe hacer olvidar que lo decisivo para la actuación del delegatario es, al igual que ocurría con el delegado, la "Ermächtigung". Kaser opina igualmente que tanto la relación de cobertura como la de valuta pueden estar constituidas por un mandato o *negotiorum*

⁶⁰ Cfr. Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2 (*supra* §82).

⁶¹ De esto último, es decir, de un *mandare* dirigido al delegado que obedece a la presencia de un contrato de mandato con el delegatario, v. SALPIUS, p.57 s., cita como ejemplos: Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,3 (*supra* §79), Scaev.29 *dig.*-D.46,3,89,1 (*supra* §81), Pap.3 *resp.*-D.12,6,57,1 (1^{er} supuesto) (*supra* §80), Ulp.41 *ad Sab.*-D.46,3,18 (*supra* §83) y Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2 (*supra* §82). Además, v. Salpius incluye otros ejemplos de mandato en la relación de valuta en los que no se produce ese peculiar empleo de *mandare* dirigido a B: Paul.2 *manual.*-D.46,3,108 (*supra* §90) y Iav.3 *epist.*-D.38,5,12.

⁶² KRELLER, art. cit., en SZ.50(1930) 586 y nn.1, 3 y 4.

⁶³ Como ejemplos, vuelve a mencionar todos los de v. Salpius (*supra* n.61), salvo el primero.

⁶⁴ Así, a su juicio, en Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,10,6 y Paul.4 *resp.*-D.17,1,59pr. (*supra* §111 n°4)

⁶⁵ Para la relación de cobertura (HAEBERLIN, p.107 y n.41), los tres últimos, que también Kreller citaba, y, para la de valuta (p.107 n.42), tan sólo Iav.3 *epist.*-D.38,5,12.

⁶⁶ ENDEMANN, p.16.

⁶⁷ Así, según Endemann, ni en Iul.54 *dig.*-D.46,3,34,3, Pap.3 *resp.*-D.12,6,57,1 y Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2 (citados por v. Salpius) ni en los semejantes Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26,1 (*supra* §84) y Pap.8 *resp.*-D.31,77,6 (*supra* §88) existe fundamento alguno para hablar de mandato.

⁶⁸ ENDEMANN, p.26, cita (además de Iav.3 *epist.*-D.38,5,12, y de Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,22,2 y Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,7, que no interesan ahora, porque en ellos el mandato no ocupa el lugar de la relación de valuta, sino que se superpone a la delegación con el fin de trasladar al delegante el *periculum*: vid. *supra* §109): Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,10,6, Paul.4 *resp.*-D.17,1,59pr. (*supra* §111 n°4), Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,16 (*infra* §120 n°20) y Paul.7 *ad Sab.*-D.17,1,17 (*infra* §120 n°21).

*gestio*⁶⁹. También Cosentino considera la posibilidad de que un mandato ocupe la relación de valuta o de cobertura de una delegación⁷⁰.

A la posibilidad de un mandato no en el lugar del *iussus* sino como relación de cobertura o de valuta de la delegación, parecen referirse también otros autores en breves alusiones. Así, para la relación de cobertura, Rabel⁷¹: "*Iussus* non è analogo nè contrastante col contratto di mandato che può accompagnarlo come un altro rapporto potrebbe esistere fra delegante e delegato"; para la relación de valuta, Solazzi⁷²: "Tuttavia col *iussus* al debitore di pagare al terzo si può accompagnare il mandato al terzo di ricevere il pagamento".

§115 Si llamamos A al delegante, B al delegado y C al delegatario, el negocio al que los autores mencionados se refieren como "delegación con mandato en el lugar de la relación de cobertura" consistiría en la combinación de una atribución patrimonial A→C con un contrato de mandato A-B, en cuya virtud B entrega o promete a C como mandatario de A; por su parte, la llamada "delegación con mandato en el lugar de la relación de valuta" consistiría en la combinación de una atribución patrimonial B→A con un contrato de mandato A-C, que hace que C reciba o estipule de B como mandatario de A.

Estos autores citan textos en los que, en su opinión, se contienen supuestos del tipo de los descritos, pero nadie plantea la cuestión decisiva: tales supuestos ¿deben ser considerados delegación? Todos ellos lo asumen sin más: este negocio, que combina una única atribución patrimonial con un contrato de mandato, es una *delegatio*. Esta acrítica asunción resulta, como veremos (*infra* §127 s.), injustificada. Pero antes de exponer las razones por las que los supuestos descritos no deben ser considerados delegación, trataremos de averiguar si las fuentes ofrecen testimonios de los mismos, partiendo de algunos de los textos que v. Salpius y los demás proponen como ejemplos.

⁶⁹ KASER, art. cit., en SZ.77(1960) 467 n.14, sugiere como ejemplos, para la relación de cobertura, Ulp.48 *ad Sab.*-D.23,3,38 (*supra* §105); para la de valuta, Iav.3 *epist.*-D.38,5,12, Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,10,6 y Paul.4 *resp.*-D.17,1,59pr. (todos recogidos ya por Endemann), a los que hay que sumar un texto más, Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,8 (*supra* §111 n°6), que Kaser cita por error para la relación de cobertura.

⁷⁰ Entre los textos que analiza (referidos todos a la *stipulatio*, porque para él, como para Betti, sólo la de prometer es verdadera delegación), tan sólo encuentra un ejemplo de delegación con mandato en la relación de cobertura: Pomp.1 *sen. cons.*-D.16,1,32,3 (COSENTINO, p.316 s.) Ninguno para la relación de valuta.

⁷¹ RABEL, art. cit., en *Scritti Ferrini Milano IV* p.219.

⁷² SOLAZZI, *Estinzione I*² p.59.

En adelante, evitaremos utilizar el término "delegación". Nos referiremos abreviadamente como negocio del tipo "C" al supuesto hasta ahora designado como "delegación con mandato en lugar de la relación de valuta", porque, en tal supuesto, el papel de mandatario corresponde al "delegatario" (C). Del mismo modo, el supuesto en que el "delegado" (B) es mandatario ("delegación con mandato en lugar de la relación de cobertura") será en adelante designado como negocio del tipo "B".

§116 Comenzaremos por el negocio "C" ("delegación con mandato en el lugar de la relación de valuta"). Buscamos evidencias de que, en un caso del tipo "A encarga a C que, como mandatario suyo reciba o estipule de B", los clásicos admitían que la *traditio* o promesa de B a C sirven sin más para perfeccionar una donación, dote, préstamo o pago de B a A. Se trata de averiguar si un mandato A-C es compatible con una atribución patrimonial directa B→A, semejante a la de cobertura en la delegación.

Una exclusión radical de este negocio no sería razonable. Frecuentemente, el mandatario C, designado para recibir o estipular una cantidad, podía ignorar la causa por la que tal cantidad era entregada o prometida; en tal situación, si su condición de mandatario hiciera imposible una atribución patrimonial B→A, habría que considerar ineficaz el negocio⁷³, porque él, que ignora la causa por la que se entrega, no puede adquirir. Todavía otro ejemplo: supongamos que A indica a B, de quien va a recibir un préstamo, que entregue el dinero a C. No debía de ser infrecuente que B no estuviera informado del título por el que C ha sido habilitado para recibir. Pues bien: en tal caso, si C recibe como mutuario o donatario de A, o en pago de una deuda, o como dote, no habrá ningún problema; en cambio, si actúa como simple mandatario, B se encontrará que no puede reclamar de A la devolución del préstamo, sino que ha de dirigirse contra C (de cuya solvencia nada sabe).

Parece más probable, por tanto, que el contrato de mandato A-C fuese compatible con una *datio* directa B→A. En nuestra búsqueda, comenzaremos con cuatro de los textos que v. Salpius cita como ejemplos del uso de *mandare* por *iubere* y, a la vez, de la presencia de mandato en la relación de valuta: Scaev.29 *dig.*-D.46,3,89,1, Pap.3 *resp.*-D.12,6,57,1 (1^{er} supuesto), Ulp.41 *ad Sab.*-D.46,3,18 y Ulp.30 *ad Sab.*-D.46,3,12,2. A ellos hay que añadir Paul.32 *ad ed.*-D.17,1,26,1, que v. Salpius olvida y que describe un supuesto muy semejante. Un análisis detallado de estos textos (al que remitimos para una explicación más completa) se encuentra *supra* en §80-84, en relación al uso promiscuo de *mandare* y *iubere*.

⁷³ Es decir, la *traditio* no produciría una *datio* a favor de C, y, en el caso de *stipulatio*, el promitente podría excepcionar frente a C la falta de causa.

9) Scaev.29 dig.

D.46,3,89,1

Lucius Titius ex duobus chirographis, quibus quadringenta ei a Seio debebantur, altero centum, altero trecentum, scripsit Seio, ut unius chirographi centum per Maevium et Septicium sibi mitterentur: quaero, an Seius, si Maevio et Septicio ex trecentum quoque solvisse se dicat, liberatus sit. Respondit, si nec mandavit, ut ex trecentum solveretur nec solutum ratum habuit, non esse liberatum.

En la carta que el acreedor (Lucio Ticio) envía a su deudor Seyo, se dispone el pago a Mevio y Septicio, pero únicamente de los cien del primer quirógrafo. Mevio y Septicio actúan, al cobrar, por cuenta de Lucio Ticio, es decir, no adquieren para sí, sino que cobran para él. Su condición parece ser la de mandatarios, no la de simples gestores; esto puede mantenerse sea cual sea el criterio que se defiende para la delimitación entre el contrato de mandato y la gestión de negocios, puesto que Mevio y Septicio no actúan por propia iniciativa, sino de acuerdo con la voluntad de Lucio Ticio, y tampoco resulta del texto que ellos ostentasen la condición de *procuratores omnium bonorum* de aquél. A juicio de v. Salpius, el negocio descrito es una delegación, y la frase *si nec mandavit, ut ex trecentum solveretur rell.*, se explica precisamente por la condición de mandatarios de Mevio y Septicio.

10) Pap.3 resp.

D.12,6,57,1

Creditor, ut procuratori suo debitum redderetur, mandavit: maiore pecunia soluta procurator indebiti causa convenietur ...

El *procurator suus* del que habla Papiniano parece un *procurator omnium bonorum*. El acreedor manda al deudor que pague a ese *procurator*. También esto es una delegación para v. Salpius, y también aquí el uso de *mandare* se explica por la condición de mandatario del *procurator*. Que aquí exista mandato sólo es seguro para quienes mantienen que, en la época de Papiniano, la *a. negotiorum gestorum* sólo se aplicaría al *procurator* espontáneo; pero esto no es seguro⁷⁴, por lo que, a falta de mención de la *a. mandati*, no puede afirmarse con certeza que exista contrato⁷⁵. En cualquier caso, aunque aquí no existiera contrato, el texto seguiría interesándonos, porque si la gestión es posible como relación de valuta también lo será el mandato.

11) Ulp.30 ad Sab.

D.46,3,12,2

Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero non liberabor.

⁷⁴ Por todos, KASER, *RPR* I² p.587.

⁷⁵ Resulta un tanto excesiva la afirmación de ENDEMANN, p.16, de que no existen aquí "für einen Auftrag Anhaltspunkte"

El destinatario del pago es, en este texto, un genérico *Titius*, que hay que pensar que comprende tanto a quien recibe para sí como a quien cobra para el acreedor. En éste último caso, parece razonable, por los mismos motivos que aducíamos en el texto de Escévola, descartar que *Titius* sea un simple *negotiorum gestor*: se trata, por tanto, de un mandatario, como ha sabido ver v. Salpius; no tiene razón Endemann al pretender que aquí no hay indicios de mandato. En el caso de un Ticio que recibe para sí, nos encontramos sin duda ante una delegación. Pero para v. Salpius, ésta también existe cuando Ticio recibe como mandatario, y es precisamente su condición de tal la que explica el empleo por Ulpiano del verbo *mandare*.

12) Ulp.41 *ad Sab.*

D.46,3,18

... nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur, et Titius furti actione tenebitur.

La frase *simulanti se procuratorem*⁷⁶ hace más probable que Ticio hubiera sido habilitado para el cobro por cuenta del acreedor, no por cuenta propia. Como no parece un procurador general, ni había asumido la gestión espontáneamente, hay que descartar que su relación con el acreedor se rigiera por las acciones de gestión de negocios. Ticio era, por tanto, hasta que el acreedor le prohibió cobrar, un mandatario de éste. Tal condición explica, según v. Salpius, el uso del verbo *mandare* en un supuesto que, a su parecer, constituye delegación.

13) Paul.32 *ad ed.*

D.17,1,26,1

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

El supuesto del que parte este texto de Paulo, que v. Salpius olvida citar, es casi una transcripción literal de los de Ulpiano nº11 y 12. Puede aplicársele, en consecuencia, lo dicho para los mismos.

§117 El denominador común de los casos descritos en todos estos textos es claro: un acreedor manda (en los textos se emplea el verbo *mandare*) a su deudor que pague a C, que cobra para el acreedor, como mandatario o *negotiorum gestor*. La cuestión es: ¿hemos de considerar que el acreedor adquiere, ya que no las monedas, sí el valor de lo pagado, de modo que la entrega a C perfecciona una *datio solutionis causa B→A*? Si la respuesta es afirmativa, los textos que v. Salpius cita resultarán ser, en efecto, testimonios del negocio "C".

⁷⁶ Para las dudas sobre la clasicidad de esta frase, vid. *supra* §83 y n.239 ss.

Existe un argumento de peso a favor de la *datio* B→A: lo que ocurriría si lo pagado resultase indebido. El deudor que pagó lo indebido a un procurador o mandatario por orden expresa de su acreedor, dispone de la *condictio* directamente contra el acreedor, y la *condictio* deudor (B)→acreedor (A), postula necesariamente una previa *datio* B→A. Esta *condictio* no se encuentra directamente atestiguada en las fuentes, pero su admisibilidad se deduce necesariamente de la que se concede (en los textos que veremos a continuación), cuando sobreviene la ratificación del *dominus negotii*, a quien paga lo indebido a un procurador general. Porque, si la ratificación hace posible la *condictio* contra el *dominus negotii*, con más razón la previa orden de pago. Los textos son:

14) Paul.3 *ad Sab.*

D.12,6,6,1-2

Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit et dominus ratum non habeat, posse repeti. (2) Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitionem considerari: quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum.

Dice Labeón: si se paga lo indebido a un *procurator*, y el *dominus* no ratifica, se puede repetir. Naturalmente, esto no puede significar que la ratificación del *dominus* impida al *solvens* repetir lo indebidamente pagado. Lo que quiere decir *et dominus ratum non habeat* es que, habiendo ratificación, el *solvens* no puede ya repetir del *procurator*: ha de dirigirse contra el *dominus*. Es lo mismo que Celso mantiene en §2: si un procurador cobra lo indebido, hay que repetir del procurador -a *procuratore repetendum*-, si el dueño no ratificó -si *ratum non habeatur*-. De modo que, para reclamar del *dominus negotii* se exige la ratificación de éste -ideo exigi ratihabitionem-.

15) Paul.3 *ad Sab.*

D.12,4,14

Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, ut Iulianus scribit quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur ...

Este texto confirma nuestra interpretación del anterior. Y evidencia, además, que la opinión de Labeón y Celso, que Paulo recibe, fue también compartida por Juliano: si se paga lo indebido a un *procurator*⁷⁷, no se puede

⁷⁷ Según SCHWARZ, *Condictio* p.152 s., Paulo se refería sin más al *procurator* (es decir, al "verus"): [falsus] sería una glosa inepta, que habría propiciado otras dos: [etiamsi debita pecunia soluta fuisset] y [vel quod - fin]. En cualquier caso, estas correcciones no nos afectan, porque el supuesto que nos interesa es el del pago de lo indebido, cuyo régimen permanece invariable tanto si se acepta como si se rechaza la crítica de Schwarz.

repetir de él si el *dominus* ratifica, sino que queda obligado el *dominus* mismo. En cambio, si el *dominus* no ratifica, se repetirá del *procurator*.

Que esta era también la opinión de Juliano lo confirma la lectura de:

16) Iul.56 dig.

D.46,8,22pr.

Si sine iudice non debitam pecuniam exegit procurator, et dominus ratam solutionem non habuerit, ... Quodsi dominus ratam habuisset, fideiussores quidem liberantur, sed ab ipso domino eadem pecunia per conditionem peti possit.

Si el *dominus* ratifica el cobro de lo indebido realizado por el *falsus procurator*, se liberan los fiadores (de la *cautio* "de rato" que había prestado el *procurator*) y el *dominus* mismo queda obligado por la *condictio*.

Esta doctrina se encuentra también en Papiniano:

17) Pap.12 *quaest.*

D.47,2,81(80),5

Si Titius, cuius nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget, ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio ...

Un falso procurador cobra una deuda en nombre de Ticio; si Ticio ratifica, dispondrá de la acción de gestión de negocios contra el falso procurador, pero, a cambio, esa misma ratificación permite al deudor que pagó dirigir la *condictio* directamente contra Ticio.

En fin, la misma opinión compartían Ulpiano y Pedio:

18) Ulp. 10 *ad ed.*

D.3,5,5,11

Item quaeritur apud Pedium libro septimo, si Titium quasi debitorem tuum extra iudicium admonuero et is mihi solverit, cum debitor non esset, tuque postea cognoveris et ratum habueris: an negotiorum gestorum actione me possis convenire. et ait dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit. sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium: et sicut ei a quo exactum est adversus eum datur repetitio qui ratum habuit, ita et ipsi debet post ratihabitionem adversus me competere actio. sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum.

Todos estos fragmentos muestran que la ratificación transfiere del *procurator* al *dominus* la legitimación pasiva para la *condictio* "indebiti". El *dominus* que ratifica queda obligado como si hubiera cobrado él mismo⁷⁸. Esto constituye, a primera vista, un llamativo

⁷⁸ La misma doctrina aparece en una glosa inepta a Pomp.3 *ex Plaut.*-D.46,8,16pr.: *Si indebitum procuratori solutum sit, agi statim ex hac stipulatione adversus procuratorem potest, ut ratum habeat dominus [ut possit dinosci, utrumne domino condici debeat id quod indebitum*

supuesto de "representación directa"⁷⁹, es decir, una excepción al principio según el cual sólo los hijos y esclavos pueden obligar directamente al *paterfamilias* frente a terceros. Ello es tanto más sorprendente cuanto que su origen se remonta al menos a Labeón y que parece haber sido unánimemente aceptado entre los clásicos. Pero puede fácilmente encontrarse una explicación alternativa a la chocante de la "representación directa". Para ello es preciso partir de que la *condictio* es una acción que no surge propiamente de un negocio jurídico, es decir, de una declaración de voluntad, sino de una adquisición (*datio*), que se retiene indebidamente y que el *dans* debe poder recuperar. ¿Cuál es el efecto de la ratificación sobre la *condictio* así concebida? La ratificación proporciona al *dominus* la acción de mandato o de gestión contra el *procurator*, que, por tanto, debe quedar fuera del alcance de la *condictio* del *solvens*. La desaparición de la *condictio* contra el *procurator* resulta plenamente justificada, también desde el punto de vista técnico, porque: a) la *condictio* se fundamenta en la retención sin causa de lo dado; b) lo dado es aquí *pecunia*, es decir, un valor, más que unas monedas concretas; c) la sujeción del *procurator* a la acción del *dominus negotii* anula en su patrimonio el incremento que retenía sin causa, como cobro indebido. En cambio, el *dominus*, al disponer de esa acción contra el *procurator*, resulta haberse enriquecido. Sólo queda considerar tal enriquecimiento como una *datio* procedente del deudor, y los clásicos parecen haber dado ese paso desde muy pronto.

El motivo por el que la ratificación del *dominus* es necesaria para poder reclamar contra él resulta claro: nadie puede quedar obligado, ni siquiera en virtud de negocios de los sometidos a potestad, sin su consentimiento; y, si bien el nombramiento de procurador incluye naturalmente la habilitación para cobrar las deudas, no se puede entender que el *dominus* haya encargado cobrar lo no

solutum sit, si is ratum habeat, an vero procuratori condictendum sit, si dominus ratum non habeat]. El glosador presenta la *a. ex stipulatu* procedente de la *cautio* "de rato" como un paso previo para averiguar si la *condictio* ha de dirigirse contra el *dominus* (si sobreviene la ratificación) o contra el *procurator* (si no sobreviene). Pero esto es absurdo: en el segundo caso, no hace ya falta la *condictio*, porque el procurador será ya condenado en la *a. ex stipulatu* en curso; de hecho, Iul. 56 *dig.*-D.46,8,22pr. establece que, cuando el procurador prestó la *cautio* "de rato", compete contra él la sola *a. ex stipulatu*, no ya la *condictio*. Vid. SCHWARZ, *Condictio* p.58 s.; CLAUS, *Stellvertretung* p.296 s. Más radical en la crítica (sin explicación alguna), BESELER, *Unklassische Wörter*, en *SZ*.57(1937) 34. El hecho de que la doctrina que recogen los dos textos de Paulo aparezca introducida como glosa en el de Pomponio no es, a nuestro parecer, argumento suficiente contra la clasicidad de aquélla: la misma resulta, como veremos seguidamente, tan justificada desde el punto de vista teórico como desde el de la equidad.

⁷⁹ Así, SERRAO, *Procurator* p.98 s., que, por ese motivo, condena los textos como interpolados: "Questi testi, per la maggior parte ritenuti sinora genuini dalla dottrina romanistica, rappresentano, a mio avviso, una delle più grandi falsificazioni del pensiero giuridico romano-classico."

debido: *nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur*⁸⁰. Ahora bien, la ratificación es superflua donde hubo ya un previo encargo específico: es precisamente la falta de éste lo que hace necesaria aquélla: Paul.(Cels.) 3 *ad Sab.*-D.12,6,6,2: ... *si indebitum acceperit (sc. procurator), ideo exigi ratihibitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur* ... Por eso, hay que pensar que, si el *dominus* encarga específicamente al procurador el cobro de una determinada "deuda" que luego resulta indebida, el deudor podrá reclamar sin más contra el *dominus*. Y con más razón si éste dispone el pago dirigiéndose directamente a él.

§118 Resumiendo: quien paga lo indebido a un procurador por orden del "acreedor" no se encuentra en la misma situación que el que paga por iniciativa propia o del procurador. En este último caso, el *solvens* ha de dirigirse contra el procurador; sólo adquiere la *condictio* contra el *dominus negotii* si éste ratifica el cobro. En cambio, el *solvens* puede repetir sin más del "acreedor" que había dispuesto el pago. Como la *condictio* presupone una *datio*, hay que admitir que, cuando el pago se realizó por disposición del falso acreedor (como cuando éste ratifica), se produce una *datio* deudor→acreedor, como la que existe entre delegado y delegante. El deudor que paga a un procurador o mandatario por disposición de su acreedor se encuentra, así pues, en la misma situación que quien paga a un delegatario, lo cual es muy razonable, porque él puede perfectamente ignorar el título por el que recibe el tercero.

Los textos n°14-18 son, por tanto, la prueba de que la orden al deudor de que pague a un mandatario genera, al menos cuando lo pagado es indebido, un negocio del tipo "C". Ese supuesto, "un acreedor manda a su deudor pagar a un mandatario", es precisamente el que describen los textos n°9-13. Ahora sabemos que, si lo pagado resultase indebido, la *condictio* contra el *dominus* pondría de manifiesto la existencia de una *datio* B→A. Pero en estos textos no hay *solutio indebiti*, sino que lo pagado aparece como realmente debido. ¿Debe admitirse que también en este caso existe *datio* B→A? Podría dudarse, porque la única consecuencia del pago de lo debido es la liberación, y ésta no precisa que el acreedor adquiriera: basta con que adquiriera un cobrador habilitado⁸¹. Sin embargo, parece razonable pensar que la dirección de la *condictio* "indebiti" no responde a una estructura especial del pago cuando el mismo resulta indebido,

⁸⁰ Celso, en Paul. 3 *ad Sab.*-D.12,6,6,2.

⁸¹ De otro modo, sería difícil justificar la liberación de quien paga a un *procurator omnium bonorum*: tal pago se producirá ordinariamente *ignorante domino*, lo que hace imposible la existencia de un convenio de *solvere* que permita considerar al *dominus* como adquirente inmediato del valor de lo pagado.

sino que revela la dirección normal de la *datio*, que permanece como oculta cuando lo pagado es debido.

En conclusión, cuando, por orden de su acreedor, un deudor paga a un tercero, se considera que el acreedor adquiere el valor de lo pagado, sea cual sea el título por el que el tercero recibe: tanto si cobra para el acreedor, como si lo hace para sí por un convenio con aquél. Ha de admitirse, por tanto, que los textos n°9-13 describen un supuesto de negocio "C". La adquisición del acreedor consiste en la *a. mandati* o *negotiorum gestorum* contra el cobrador. Y el convenio causal de *solvere* (que permite considerar esa adquisición como un pago procedente del deudor) es la concorde voluntad de acreedor y deudor de que el pago al tercero valga entre ellos como *solutio*, que, por lo que se refiere al acreedor, encuentra su manifestación en la orden o invitación que dirige al deudor.

§119 En los supuestos que hemos visto hasta ahora, existía una manifestación de la voluntad del acreedor referida al concreto pago que ha de realizarse: bien ordenando al deudor pagar a C, bien encargando a C específicamente el cobro de esa deuda. Tal manifestación de voluntad específica falta cuando el acreedor se limita a nombrar un procurador general, como ocurre en el último de los textos citados por v. Salpius, el ya conocido (*supra* §79):

19) Iul.54 dig.

D.46,3,34,3

Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem pr[o]ae>ponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.

Según Juliano, cuando se nombra un procurador general, *intelligitur debitoribus mandare, ut procuratori solvant*. Esta observación le sirve para justificar la liberación de los deudores que pagan al procurador ignorando que ha sido retirado de su puesto. Pero el genérico *mandare* a los deudores, implícito en el nombramiento de procurador, no despliega la misma eficacia que el *mandare* específico dirigido expresamente a un concreto deudor: el genérico permite únicamente que los deudores que pagan lo debido se liberen, pero si pagan lo indebido han de reclamar del procurador, porque éste, como dice Celso, no fue nombrado para cobrar lo indebido⁸²; el específico permite, en cambio, repetir directamente del acreedor. Faltando la *condictio* directa B(deudor)→A(acreedor), falta toda evidencia que permita hablar de una *datio* B→A. La liberación del deudor, como sabemos, no es evidencia, pues parece razonable admitir que para que se produzca no es imprescindible que el acreedor

⁸² Celso, en Paul.3 ad Sab.-D.12,6,6,2.

adquiera lo pagado, sino que basta con que lo adquiriera alguien facultado por aquél para cobrar.

A nuestro parecer, no sólo faltan evidencias de una *datio* B→A, sino que ésta es difícilmente concebible, partiendo de la construcción clásica de la *traditio* como negocio causal. La *traditio* sólo produce el pleno efecto adquisitivo (*datio*), sobre la base de un convenio consistente en la conforme voluntad de dar y adquirir por alguna de las causas aptas para justificar la adquisición: en este caso, la *solutio*. Quien habilita para el cobro a un procurador general permanecerá en adelante al margen, e incluso normalmente ignorante, de los pagos que se vayan a realizar, y la genérica voluntad de que se pague al procurador, implícita en su nombramiento, no parece suficiente para construir un convenio causal de *solvere* con cada deudor que paga al procurador. Que éste era también el punto de vista de los clásicos lo demuestra el que no admitan la posibilidad de adquirir la propiedad por procurador *insciente domino*. Quien adquiere del deudor no es, por tanto, el acreedor, sino el procurador mismo, porque es el convenio de *solvere* entre éste y el deudor el que actúa como *causa adquirendi*; dado que el procurador está habilitado para el cobro, el deudor se libera *ipso iure*, como si lo pagado hubiera sido adquirido por el acreedor mismo.

Por ello, aunque v. Salpius lo incluye entre los ejemplos de delegación con mandato en la relación de valuta, no creemos que este texto de Juliano sea un testimonio de "negocio C".

§120 Nos ocuparemos, por último, de dos textos en los que un acreedor encarga a alguien la reclamación de la cantidad debida. Ambos son citados por Endemann⁸³ como ejemplos de delegación con mandato en la relación de valuta:

20) Ulp.31 *ad ed.*

D.17,1,12,16

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. [quod si mandaveris exigendam, deinde prohibuisti, exactamque recepisti, debitor liberabitur.]⁸⁴

Ulpiano trata de la revocación del mandato por el mandante, que le priva de la *a. mandati*. Esto quiere decir que: a) si el mandatario no había llegado a

⁸³ ENDEMANN, p.26.

⁸⁴ Esta parte final resulta ya sospechosa por el cambio de persona, *mandavero/mandaveris*, y por la innecesaria y pesada repetición del supuesto de hecho; pero, sobre todo, porque introduce el problema de la liberación del deudor, y lo despacha de un modo superficial y equívoco, porque parece que el deudor sólo pudiera liberarse cuando el acreedor recibe la cantidad (lo cual es, como sabemos, falso, pues ya antes, el deudor se libera si pagó de buena fe, es decir, ignorando la revocación del mandato: vid. *supra* §79 n.191).

costrar, cualquier perjuicio que esta ausencia de actividad genere con posterioridad a la revocación será de cuenta del mandante; b) si, haciendo caso omiso de la revocación, el (ex) mandatario cobró, no estará sujeto a la *a. mandati* para el reembolso⁸⁵.

21) Paul. 7 *ad Sab.*

D. 17, 1, 17

Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea mandati tecum egero, si ante rem iudicatam exegeris, condemnandum te esse constat.

Paulo se ocupa de la posibilidad de que el mandante utilice su acción con éxito contra el mandatario, aun si la entabla antes de que éste haya cobrado, siempre que, en el momento de la sentencia, ese cobro se haya producido.

Lo que nos interesa de estos textos no es tanto la *quaestio iuris* que ocupa a Ulpiano y Paulo, sino el simple supuesto de partida: el mandato de exigir de un deudor la cantidad debida. En nuestra opinión, este negocio encaja en el tipo "C": creemos, como parece creerlo Endemann, que el pago del deudor al mandatario origina una *datio solutionis causa* directamente a favor del acreedor mandante. La justificación de nuestro parecer se encuentra una vez más en la consideración de lo que sucedería si lo pagado fuese indebido: por los textos 1.^o 14-18 sabemos que, cuando se paga lo indebido a un procurador, por iniciativa del "deudor" o del procurador mismo, el *solvens* no puede repetir del *dominus negotii*, a no ser que éste haya ratificado. Esto es así porque, cuando un procurador realiza un negocio para el que no está facultado, el *dominus*, que no ha consentido, no puede quedar obligado; y los clásicos interpretaron que quien nombra un procurador general faculta ciertamente a éste para cobrar de sus deudores, pero no se hace responsable de su mala gestión si cobra por error lo que no se debe: en palabras de Celso, *nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur*. Muy distinta es la situación de quien encarga a un mandatario el cobro de un crédito determinado, como en nuestros dos textos; entonces, no hay duda de que el mandatario que cobra no hace otra cosa que cumplir el encargo, incluso si lo cobrado resulta ser indebido: dicho de otro modo, habiendo mandato específico, no es necesaria la ratificación. El *dominus* que encarga el cobro de un crédito indebido está, así pues, en la misma situación que quien ratifica el mal cobro realizado por su *procurator* o quien dispone que un aparente deudor pague al *procurator*: el *solvens* dispondrá de la *condictio* directamente contra el

⁸⁵ Eso no significa que no deba reintegrar lo cobrado, si el deudor quedó liberado (por haber pagado antes de la revocación del mandato o por ignorar ésta). En ese caso, el acreedor dispondrá de la *a. negotiorum gestorum* contra el cobrador. Y, aun en el caso de que el deudor no se haya liberado, el acreedor podrá optar por utilizar la *a. negotiorum gestorum* contra el cobrador: lo que supondrá la ratificación de lo hecho por éste y, en consecuencia, la liberación del deudor.

dominus negotii; *condictio* directa que presupone una *datio* directa *solvens-dominus*.

Concluyendo: cuando un deudor paga a un mandatario que ha recibido del acreedor el encargo de realizar ese concreto cobro, la atribución patrimonial se considera directamente producida en favor del acreedor, como lo muestra la dirección de la *condictio* si lo pagado resulta ser indebido.

§121 Los resultados obtenidos en nuestra búsqueda de testimonios de un "negocio C" pueden resumirse así:

a) Existe negocio "C", es decir, contrato de mandato $A \rightarrow C$ y *datio* $B \rightarrow A$, cuando un acreedor (A) indica a su deudor (B) que pague la cantidad debida a un tercero (C), que cobra como mandatario del acreedor (textos n°9-13).

b) Sin necesidad de orden directa al deudor, existe negocio "C" cuando el mandato que C recibe se refiere al cobro de una deuda concreta (n°20-21).

c) En cambio, no hay negocio "C", por falta de *datio* $B \rightarrow A$, cuando un deudor paga a un procurador general por iniciativa propia o del procurador mismo (n°19).

La evidencia que demuestra que en los casos "a" y "b" existe *datio* $B(\text{deudor}) \rightarrow A(\text{acreedor})$ es el régimen de la *condictio* en el caso de que le pagado sea indebido: porque, entonces, B podrá repetir directamente de A, según se deduce de los textos n°14-18. En cambio, en el supuesto "c", B no puede dirigir la *condictio* contra A, sino sólo contra el procurador C.

En conclusión, para que exista *datio* $B \rightarrow A$ es necesario que el cobro por el mandatario C se realice por específica disposición del acreedor, ya sea porque (b) el mandatario fue nombrado concretamente para cobrar esa deuda, ya porque (a) el deudor pagó por indicación del acreedor. Es la intervención de la voluntad del acreedor en relación al pago de que se trata lo que permite concebir un convenio causal de *solvere* $B-A$, consistente en la concorde voluntad de ambos de que ese concreto pago valga entre ellos como *solutio*. En cambio, si (c) un procurador general del acreedor cobra por iniciativa propia o del deudor, no existe *datio* $B \rightarrow A$, porque la genérica voluntad de que se pague al procurador, implícita en su nombramiento, no es suficiente para construir un convenio causal de *solvere* con cada deudor que paga.

Aunque, en los ejemplos que proporcionan las fuentes, A y B son siempre acreedor y deudor, creemos que lo mismo se puede aplicar al caso de que B pretenda prestar una cantidad a A, donársela, o constituir con ella una dote en su favor. En todos estos casos, si A encarga a un mandatario (C) que reciba la cantidad por él, habrá *datio* directa $B \rightarrow A$; lo mismo, si A indica expresamente a B que entregue la cantidad a su procurador C.

En cuanto a la posibilidad de que la promesa realizada a un mandatario equivalga a una atribución patrimonial directa en favor del mandante, no hay razones para rechazarla, pero tampoco pruebas de la misma. La *condictio*, que nos servía para probar la atribución patrimonial en los casos de *mandatum accipiendi*, está aquí fuera de lugar: si falla la causa de la promesa, el promitente puede oponer una *exceptio* al mandatario, como si hubiese estipulado el mandante mismo, de modo que no es preciso concederle una *condictio* contra éste.

§122 Del mismo modo que hemos hecho con el negocio "C" (mandato en la relación de valuta, debemos ahora comprobar si existen en las fuentes testimonios del negocio que v. Salpius y sus seguidores describen como "delegación con mandato en el lugar de la relación de cobertura". Se trata ahora de encontrar pruebas de que, en el caso de que A encargue a B como mandatario entregar o prometer a C, los clásicos admitían la posibilidad de que la entrega o promesa de B a C se considerase como una atribución patrimonial procedente de A, es decir, como una *datio* A→C. En otras palabras, se trata de averiguar si el mandato A→B es compatible con una atribución patrimonial directa A→C. Dado que aquí el papel de mandatario corresponde a B, llamaremos abreviadamente "B" a este negocio, para evitar, como en el caso anterior, prejuzgar la cuestión de si el mismo debe o no ser considerado delegación.

Entendemos por "negocio del tipo B" aquel en el cual un mandatario (B), entregando o prometiendo a C, hace que éste adquiera (lo entregado o el crédito contra B), como donatario, mutuario, en dote, en pago o por cualquier otra causa, directamente de su mandante (A). Este negocio combina, por tanto, el contrato de mandato entre A y B con la atribución patrimonial directa (semejante a la de valuta en la delegación) de A a C.

Contra la viabilidad de este negocio podría proponerse una objeción teórica. Del mismo modo que cuando una venta (como cualquier otro contrato) se realiza mediante mandatario, la condición de vendedor, con todos los derechos y obligaciones que comporta, corresponde al mandatario mismo, la naturaleza del contrato de mandato como fórmula de representación indirecta exige también que, cuando una donación, préstamo, o dote se consituyen mediante mandatario, la condición de donante, mutuante o constituyente de dote corresponda necesariamente a éste y no al mandante.

Sin embargo, es fácil demostrar que las cosas no han de ser necesariamente así. Supongamos que el mandatario B ignora el título por el que ha de recibir o estipular C: a él se le ha encargado, sin más explicación, que entregue o prometa a C. En este caso, que podía ser frecuente -o incluso el ordinario-, la atribución patrimonial (en efectivo o como crédito contra B) que

experimenta C no puede de ningún modo entenderse procedente de B: ello sólo ocurriría si el convenio causal que sirve de *causa adquirendi* a C fuese un acuerdo de donación, préstamo, etc. con B; pero mal puede convenir B sobre una causa que ignora. ¿Negaremos entonces a C, por falta de causa, la posibilidad de adquirir? No queda otra alternativa que reconocer que C ha adquirido de A. Todavía otro caso: supongamos que A ha acordado con C prestarle una cantidad; si decide hacerlo girando a un deudor suyo, o a alguien que quiere a su vez donarle, prestarle o constituir una dote a su favor, no tendrá ningún problema; pero si decide entregar el dinero a un intermediario para que se lo lleve, como ese intermediario es inevitablemente un mandatario y el mandato es incompatible con la *datio* A→C, se encontrará, cuando quiera reclamar de C la cantidad prestada, con que no puede hacerlo: porque la *condictio* contra C corresponde al mandatario, y a él solamente una *a. mandati* contra éste. Este es el absurdo al que se llegaría si el mandato A-B fuese incompatible con una atribución patrimonial directa A→C.

En realidad, el razonamiento que conduce a la incompatibilidad de mandato A-B y *datio* A→C es falso, porque equipara erróneamente, en relación a la exclusión de representación directa, las consecuencias obligacionales de los contratos con las de las daciones: los contratos concluidos por un mandatario no pueden generar créditos directamente en favor del mandante, porque las obligaciones, en el contrato, surgen del acuerdo de voluntades; pero cuando la obligación surge de una *datio*, la *condictio* sí puede corresponder al mandante, si se considera que es de él de quien trae su causa el adquirente. Conviene, a este respecto, distinguir dos tipos de mandatos: si el mandato que B recibe consiste en prestar en propio nombre (como ocurre en el *mandatum pecuniae credendae*), o donar, o constituir una dote en propio nombre, entonces, no hay *datio* A→C, sino B→C, porque mutuante, donante o constituyente de dote no es A sino el mandatario B. Pero también es posible un mandato consistente simplemente en entregar algo a C, sobre la base de un convenio causal, que el mandatario ni siquiera tiene por qué conocer, entre A y C. Entonces, el hecho de que B sea mandatario no es en absoluto obstáculo para la existencia de una *datio* directa A→C. El mandato que recibe B no consiste propiamente en "dar", sino en "entregar": no en realizar un negocio jurídico (donación, dote, etc.), sino sólo una actividad material. Estos dos tipos de mandato se corresponden con dos distintas configuraciones de la *causa adquirendi* de C: en el primer caso, C trae su causa en un convenio con B mismo, de quien sabe que es su mutuante, donante, etc.; en el segundo caso, del convenio con A. Tratándose de una donación, préstamo o dote, es concebible tanto un mandato de simplemente entregar lo donado, prestado o concedido en dote por A, como uno realizar tales negocios en propio nombre, aunque este último sólo tiene sentido, en la práctica, como mandato de garantía (*m. pecuniae credendae*) o cuando se trata de dar mediante testamento

(por ejemplo, para burlar la legítima del patrono⁸⁶). Distinto parece, en cambio, el caso de la *solutio*, porque, para que el pago por B de una deuda de A libere a éste, B ha de pagar en nombre de A: la necesaria referencia del pago a la deuda previa hace pensar que el mandatario de pago actúa siempre como un simple *tradens*.

§123 En Ulp.31 *ad ed.*-D.17,1,12,5 y Paul.5 *ad Plaut.*-D.17,1,45,4 se trata del siguiente supuesto: el pago de una deuda propia mediante mandatario. Comenzaremos por una breve exégesis de ambos textos, para pasar luego (§124) a la cuestión principal: ¿encaja este supuesto en el grupo "B"? Es decir, ¿hay *datio directa* A(deudor mandante)→C(acreedor)?

22) Ulp.31 *ad ed.*
D.17,1,12,5

Si filio familias mandavi, ut pro me solveret, patrem, sive ipse solverit sive filius ex peculio, mandati acturum Neratius ait, quod habet rationem: nihil enim mea interest, quis solvat.

Yo mando a un hijo de familia que pague por mí a mi acreedor⁸⁷. Dice Neracio -y Ulpiano aprueba- que el padre dispone contra mí de la *a. mandati*, tanto si pagó él mismo, como si el hijo del peculio (profecticio), porque nada me importa quién de los dos haya pagado⁸⁸.

⁸⁶ Vid. *lav.3 epist.*-D.38,5,12.

⁸⁷ Es el mismo supuesto del que parte el inmediato fr.12,6, que resulta problemático desde otros puntos de vista y no aporta ninguna novedad a nuestro trabajo, por lo que no lo incluimos. Vid., sobre el mismo, H. KRÜGER, *Die Humanitas und die Pietas nach den Quellen des römischen Rechts*, en SZ.19(1898) 21; ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipsi iure Consumption*, en SZ.19(1898) 299; BIONDI, art. cit., en AUPA.7(1920) 69; SOLAZZI, *Estinzione* I² p.46; BESELER, *Unklassische Wörter*, en SZ.56(1936) 72; KRELLER, *Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis*, en SZ.59(1939) 398 ss.; DAUBE, *Actions between paterfamilias and filiusfamilias with peculium castrense*, en *Studi in onore di E. Albertario I* (Milano 1953) p.460 = *Collected Studies in Roman Law* (Frankfurt a.M 1991) p.381; SCHWARZ, art. cit., en SZ.71(1954) 175 n.259; DAUBE, *Utiliter agere*, en IVRA 11(1960) 91 = *Collected Studies* p.942; MASCHI, *La categoria dei contratti reali* (Milano 1973) p.215.

⁸⁸ BESELER, *Beiträge V* p.31 s., critica [*quod-fin*], no porque desapruere su contenido, ya que, en su opinión, Ulpiano aceptaba el parecer de Neracio (como muestra en el fr.6 inmediatamente posterior), ni siquiera porque le desagrade su estilo, que considera correcto en sí mismo, sino porque la frase no encaja en el contexto (?). Para Beseler, además, *quis* en lugar de *uter* es una grave exageración; en nuestra opinión, *uter* habría sido, en efecto, más preciso que *quis*, pero éste no parece censurable, porque el contexto limita su sentido. Por su parte, FRESE, art. cit., en *Studi Bonfante IV* p.445 n.210, elimina [*nihil-fin*], como medida extrema para mantener su inadmisibile teoría -refutada por SOLAZZI, *Estinzione* p.44ss.- de la no-clasicidad del principio según el cual, siempre que la naturaleza de la prestación no lo excluya, puede pagar eficazmente un tercero cualquiera, aun contra la voluntad del deudor.

No cabe duda de que entre el deudor y el hijo de familia existe un auténtico contrato de mandato. Pero el hijo es un mandatario muy especial, porque si bien se obliga civilmente como tal, no es él, sino su padre, quien adquiere, en su caso, la *a. mandati* ("contraria") contra el mandante. Puede considerarse entonces que la condición de mandatario se divide entre el padre y el hijo. Por eso, aunque el primero no está obligado a cumplir el encargo, si lo hace, no debe considerarse que actúa como simple gestor, sino como verdadero mandatario. Por otro lado, el reconocimiento de la *a. mandati* en favor del padre no supone ningún perjuicio para el tercero, que habría debido igualmente responder frente al padre, también si el hijo hubiese ejecutado el mandato personalmente. En fin, aunque el mandato es un contrato de confianza, no parece que pueda haber diferencia para el deudor entre que haya pagado el hijo o el padre mismo *-nihil ... interest-*, porque también cuando el hijo entrega *ex peculio*, el mandato se ejecuta a expensas del padre. Por todo ello, la solución de Neracio, chocante a primera vista, nos parece perfectamente justificada⁸⁹.

23) Paul.5 *ad Plaut.*

D.17,1,45,4

Sed si mandavero tibi, ut creditor meo solvas, tuque expromiseris et ex ea causa damnatus sis, <...>⁹⁰ [humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere]⁹¹.

El punto de partida de Paulo es semejante al de Ulpiano: yo te mando que pagues a mi acreedor. Pero aquí ocurre que el mandatario, en lugar de pagar, asume la deuda mediante *expromissio*. Si ha sido condenado por esta causa, ¿puede utilizar la *a. mandati* contra mí?

La cuestión ha sido mal entendida por algún autor, creyendo que el *expromissor* ya ha pagado al acreedor⁹². Lo único que dice el texto es que ha

⁸⁹ Ni siquiera BESELER, *Beiträge* V p.31, que califica la decisión de Neracio de atrevida ("kühn"), duda en considerarla comprensible ("begreifbar"). Cfr. también SOLAZZI, *Estinzione* I² p.46.

⁹⁰ BESELER, art. cit., en SZ.45(1925) 253: <antequam solvas, vel ideo mecum agere non potes, quia non id fecisti, quod ut feceres tibi mandavi.> (?).

⁹¹ La crítica es unánime: H. KRÜGER, art. cit., en SZ.19(1898) 36; RICCOBONO, art. cit., en BIDR.7(1894) 233; PAMPALONI, art. cit., en BIDR.20(1908) 215, 219, 228 s.; PRINGSHEIM, *Ius aequum und ius strictum*, en SZ.42(1921) 663; DONATUTI, art. cit., en BIDR.33(1923) 194 s.; BESELER, art. cit., en SZ.45(1925) 253; LONGO, art. cit., en *Scritti Ferrini Milano* II pp.140, 147. Vid. también HAEBERLIN, p.107 n.41, y BETTI, *Istituzioni* II 1 p.459 n.22, cuya propuesta es: [humanius - casu]; [competere] <denegandam>.

⁹² PAMPALONI, art. cit., en BIDR.20(1908) 228, explica el caso como "espromissione seguita da pagamento, invece di pagamento immediato". MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, en AUPA.24(1955) 174 y n.136, deduce del texto que "anche quando aveva pagato in seguito a condanna giudiziale ... il mandatario aveva parimenti diritto al rimborso".

sido condenado, y los fragmentos anteriores e inmediatamente posterior (D.17,1,45pr.-5) giran todos en torno a la posibilidad de que un mandatario que ha asumido una obligación por cuenta del mandante reclame de éste antes de pagarla, para que el mandante se haga cargo de ella y lo libere. Hay que entender, por tanto, que también el mandatario de nuestro texto, condenado por la deuda asumida, pretende reclamar del mandante para no tener que cumplir esa condena. La respuesta de Paulo no pudo ser otra que el rechazo de semejante pretensión. El mandatario se había comprometido a pagar, de modo que podría utilizar la *a. mandati* después de haber pagado la condena, de ningún modo antes⁹³: concederle una acción para exigir que el mandante asuma -de nuevo- la deuda que pesaba sobre él equivale a poner en sus manos un instrumento para dejar al mandante en la misma situación en que se encontraría si el mandato hubiera sido incumplido⁹⁴. Ya el *sed si* que abre el texto hace pensar en una solución contraria a la afirmativa de los dos supuestos contenidos en el texto

⁹³ RICCOBONO, art. cit., en *BIDR.*7(1894) 233, incluye nuestro texto en la conocida polémica doctrinal entre Sabinianos y Proculianos sobre el exceso de mandato (vid. *supra* §95 y n.353), cuyo supuesto más característico era el de quien, habiendo recibido el mandato de comprar por 100, compraba por 150, o, debiendo salir fiador por 100, fiaba por 150. Según Riccobono, Paulo habría asumido la opinión más rígida de Sabino y Casio, que negaban sin más la *a. mandati* al mandatario que había transgredido los límites del encargo, mientras que ya en la práctica posclásica se impuso la opinión de Próculo (citada en *Gai.2 cott.*-D.17,1,4, y aceptada también por Juliano: 4 *ex Min.*-D.17,1,33), que concedía la *a. mandati* hasta el límite de los 100. Por nuestra parte, no podemos dejar de pensar que ni siquiera Próculo o Juliano habrían concedido la *a. mandati* al mandatario de nuestro texto. Si ellos conceden una *a. mandati* "contraria" no por el importe total de lo desembolsado, sino hasta el límite de lo dispuesto por el mandante, es porque puede considerarse que, hasta ese límite, el gasto se hizo en cumplimiento del mandato. Pero si se permitiera al mandatario exigir del mandante que asumiese de nuevo la obligación que le había encargado pagar, se estaría protegiendo el incumplimiento del mandato. Por eso, creemos que el texto de Paulo no debe incluirse en la controversia entre escuelas, ni calificarse el supuesto que plantea como "eccesso di mandato" (como hace también PAMPALONI, art. cit., en *BIDR.*20(1908) 228, aunque atribuyendo a los compiladores la opinión que Riccobono considera proculiana).

⁹⁴ Por eso mismo, en §1, Paulo rechaza que quien aceptó el mandato de representar a otro en juicio disponga de la *a. mandati* "contraria" para exigir que el juicio se transfiera al mandante. En cambio (pr.), quien se comprometió como mandatario a comprar un fundo dispone de la *a. mandati* "contraria" ya antes de haber pagado el precio, para obligar al mandante a asumir la deuda frente al vendedor: en tal caso, la concesión de la acción no pone al mandante en la misma situación en que se encontraría si el mandatario hubiese incumplido, y evita, en cambio, que éste soporte una carga -la de afrontar la obligación de pagar el precio- que sería tal vez excesivo hacer sufrir a quien simplemente asumió el encargo de comprar un fundo.

anterior (D.17,1,45,3). La sospecha que inspira el uso de *humanius*⁹⁵ queda así plenamente confirmada⁹⁶.

§124 La mención de la *a. mandati* ("contraria") del intermediario (B) contra el deudor (A) hace indiscutible en ambos textos la existencia de un verdadero contrato de mandato. La cuestión se reduce, así pues, a averiguar si, cuando el mandatario (B) paga al acreedor (C), se produce una *datio* directa A(deudor mandante)→C(acreedor).

Así lo viene entendiendo la doctrina desde v. Salpius, bien al proponer estos textos como ejemplos de delegación con mandato en la relación de cobertura (además de v. Salpius: Kreller⁹⁷, Haerberlin⁹⁸, Endemann⁹⁹ y Kaser¹⁰⁰), bien al esgrimirlos como prueba de que toda delegación conlleva un mandato con el delegado (Sintenis¹⁰¹, Brugi¹⁰², Rutsaert¹⁰³ y Sturm¹⁰⁴) o, en fin, del progresivo acercamiento al mandato del *iussum* delegatorio (Pernice¹⁰⁵). Es la calificación del supuesto como *delegatio* lo que permite deducir que para estos autores existe una *datio* directa A→C: ellos no se detienen a explicar que la razón para calificar el supuesto como *delegatio* es precisamente esa *datio*, ni mucho menos a probar su existencia. Por nuestra parte, compartimos la opinión de que hay *datio* A→C, pero ello no nos parece tan evidente que no necesite ser probado. Y no resulta tan evidente porque, para que el deudor A se libere, no es ni mucho menos necesario que su acreedor C adquiera de él lo debido. Así lo demuestra el

⁹⁵ H. KRÖGER, art. cit., en SZ.19(1897) 36; PAMPALONI, art. cit., en BIDR.20(1908) 215, 219, 228 s.; DONATUTI, art. cit., en BIDR.33(1923) 194 s.

⁹⁶ La interpolación parece obedecer a la teoría bizantina que considera cumplido el mandato aun cuando el mandatario no haya seguido lo indicado por el mandante, si su conducta resulta de utilidad práctica para éste, o se ajusta a su presumible voluntad. En efecto, la *expromissio* del mandatario reporta al mandante una utilidad práctica idéntica al pago, ya que lo libera igualmente. Sobre esta tendencia bizantina, y sobre su relación con el mandato incierto, vid. DONATUTI, art. cit., en BIDR.33(1923) 168 ss., y LONGO, art. cit., en *Scritti Ferrini Milano* II p.138 ss.

⁹⁷ KRELLER, art. cit., en SZ.50(1930) 586.

⁹⁸ HAEBERLIN, p.107.

⁹⁹ ENDEMANN, p.16.

¹⁰⁰ KASER, art. cit., en *Satura Feenstra* p.148 n.41 = *Römische Rechtsquellen* p.310 n.41.

¹⁰¹ SINTENIS, *Civilrecht* II² §105 n.30 (p.459).

¹⁰² BRUGI, p.711 y n.2.

¹⁰³ RUTSAERT, p.68.

¹⁰⁴ STURM, p.285 y n.74.

¹⁰⁵ PERNICE, *Labeo* I p.510 y n.34.

que cualquiera pueda liberar a un deudor pagando por él¹⁰⁶, aunque éste lo ignore o se oponga: pues, en tales casos, es evidentemente imposible entender que el pago procede del deudor.

A nuestro parecer, la prueba de la existencia de *datio* A→C se encuentra (como también ocurría para la *datio* B→A: *supra* §117 s.) en el régimen de la *condictio* para el caso de que lo pagado resulte indebido. Porque, cuando alguien encarga a un mandatario pagar por él, la *condictio* "indebiti" contra el supuesto "acreedor" corresponde al mandante mismo, lo que evidencia que la atribución patrimonial experimentada por el "acreedor" es considerada una *datio* que procede directamente del mandante. Que la legitimación activa para la *condictio* corresponde no al mandatario, sino al mandante, se deduce del reconocimiento de la misma a quien ratificaba el pago de lo indebido realizado por su procurador general, atestiguado en Paul.(Lab.) 3 *ad Sab.*-D.12,6,6pr., Scaev.4 *quaest.*-D.13,1,18 y Pap.12 *quaest.*-D.47,2,81(80),7. Pero no es preciso, en realidad, recurrir a esta prueba indirecta, porque la *condictio* del mandante aparece expresamente reconocida en:

24) Cels.6 *dig.*

D.12,6,47

indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserat solvit. ego existimo, si nomine tuo solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec exspectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur ...

Si tu fiador paga en tu nombre una cantidad indebida que tú habías prometido por error, tú quedarás obligado al fiador y el estipulante que cobró quedará directamente obligado contigo, sin necesidad de que ratifiques, porque puede considerarse que habías mandado también esto, que pagara en tu nombre. La *condictio* se concede, así pues, no al fiador que pagó, sino al deudor principal (tu), en cuanto se considera que aquél actuó por mandato de éste: *quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur.*

Aunque a la vista de este texto ya no sea imprescindible, veamos, de todos modos, aquellos otros en que se concede la *condictio* al *dominus negotii* que ratifica el pago indebido realizado por su procurador:

25) Paul.3 *ad Sab.*

D.12,6,6pr.

Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti Labeo libris posteriorum scripsit ...

El *posse repeti* de Labeón para el caso de que el *dominus negotii* no ratifique no puede significar que, de ratificar, la adquisición sin *causa retinendi*

¹⁰⁶ Salvo cuando la naturaleza de la prestación no lo permite, como en las obligaciones de *facere*, lo que no parece ser el caso en nuestros dos textos.

del "acreedor" que cobró lo indebido se consolide como irrepetible. *Posse repeti* se refiere al procurador: éste puede repetir si tú no ratificas; porque, si lo haces, la *condictio* pasa a ti, y contra ti deberá dirigirse el procurador (con la acción de gestión). Que la ratificación desplaza, de *procurator* a *dominus*, la legitimación activa para la *condictio "indebiti"*, lo confirman los dos textos siguientes:

26) Scaev. 4 *quaest.*

D. 13, 1, 18

Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius *epistularum* libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera conditione altera tollitur.

27) Pap. 12 *quaest.*

D. 47, 2, 81(80), 7

Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio. sed conditionem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit: quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur.

Tanto en el texto de Escévola como en el de Papiniano, el procurador es víctima de un hurto¹⁰⁷: en el primero, porque paga a un *falsus creditor*, es decir, a quien cobra como acreedor sabiendo que no lo es; en el segundo, porque paga a un *falsus procurator*, es decir, a quien se hace pasar por procurador del acreedor sin serlo. *Falsus creditor* y *falsus procurator* quedan sujetos a la *condictio* por una doble causa: *ex causa furtiva*, porque ambos retienen un dinero hurtado al *procurator solvens*; *ex indebiti causa*, porque es indebido lo que se paga a quien no es acreedor o a quien no es procurador. La ratificación del *dominus negotii* pone a su disposición la *condictio* por causa de lo indebido; pero, como quien pagó fue el *procurator*, él conserva la *condictio ex causa furtiva*. Sin embargo, la *condictio* es siempre la misma, con idéntica fórmula abstracta, por lo que su ejercicio por uno de ellos, *dominus* o *procurator*, debe extinguirla también para el otro: *altera conditione altera tollitur*. En fin, la ratificación del *dominus* permite al *procurator* ejercitar también la *a. negotiorum gestorum* contra él; si así decide hacerlo, el juez le exigirá que ceda al *dominus negotii* su *condictio (ex causa furtiva)*, para evitar que el *procurator*, reclamando también del *fur*, desprovea al *dominus* de la *condictio* y se lucre, así, a su costa¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Sobre este tipo de hurto, vid. *supra* §83 n.224.

¹⁰⁸ Dado que el simple *mandatum agendi* no privaría al procurador de la posibilidad de ejercitar la acción, hay que pensar que se le exigía, además, una estipulación semejante a la *venditae hereditatis*.

Estos textos confirman, por tanto, la doctrina de Cels. 6 *dig.*-D. 12, 6, 47: así como al *dominus negotii* que ratifica lo indebidamente pagado por su procurador le corresponde directamente la *condictio "indebiti"* contra quien cobró, así también dispondrá de esta *condictio* el mandante que había dispuesto previamente el pago. *Condictio* que revela la existencia, en el supuesto descrito en los textos n°22 y n°23, de una *datio* A(mandante)→C(acreedor).

§125 Junto con los textos n°22 y 23, es habitual citar, como ejemplo de delegación con mandato en la relación de cobertura, también:

28) Ulp. 76 *ad ed.*

D. 39, 5, 19, 3

Si quis dederit pecuniam mutuam Titio reddendam Seio, cui donatum volebat, deinde Titius mortuo donatore Seio dedisse proponatur, erit consequens dicere pecuniam Seii fieri, sive mortuum scivit sive ignoravit is qui dabat, quia pecunia fuit dantis: sed si quidem ignoravit mortuum, erit liberatus [si sic mutuam pecuniam accepit solvendam Seio]. si autem mandavero tibi, ut pecuniam Titio des, cui donare volebam, et tu ignorans me mortuum hoc feceris, habebis adversus heredes meos mandati actionem: si sciens, non habebis.¹⁰⁹

Ya he.vos explicado (*supra* §104) que el primero de los supuestos que expone Ulpiano es, sin duda, una delegación. La cuestión consiste ahora en saber si también en el segundo existe una *datio ego*→Ticio semejante a la de valuta en la delegación.

Para la primera parte del texto había una prueba incontestable de la existencia de *datio* A→C: la liberación del deudor Ticio, que evidenciaba que el donatario Seio no adquiría de él, sino de quien había ordenado el pago. En este segundo caso no existe ninguna evidencia semejante, pero sí, en nuestra opinión, indicios suficientes. En efecto, la frase *cui donare volebam* es un reflejo de la utilizada en el primer supuesto (*cui donatum volebat*), lo que parece avalar la idea de que también aquí el resultado previsto para el negocio es una donación (y, por tanto, una atribución patrimonial directa) del mandante al tercero. Es cierto que el hecho de que *ego* quiera donar a Ticio no significa necesariamente que, una vez realizado el negocio, *ego* ocupe la posición de donante¹¹⁰. Sin embargo, no parece que Ulpiano quiera atribuir tal posición al mandatario *tu*, a quien no se le ha encargado que done a Ticio sino sólo que le dé el dinero:

¹⁰⁹ Para la crítica, vid. *supra* §104 n.420.

¹¹⁰ Piénsese en el siguiente caso: yo puedo querer vender algo a Ticio, pero si lo hago a través de mandatario, la cualidad de vendedor, con las acciones y obligaciones correspondientes recae sobre él, no sobre mí, aunque la intención de vender sea mía y él actúe simplemente cumpliendo un encargo. Una cosa es que la intención de realizar una venta, o una donación, parta de una persona, y otra distinta, que esa persona asuma la condición jurídica de vendedor o, en nuestro caso, donante.

mandavero tibi, ut pecuniam Titio des (o: *ut pecuniam Titio dones*). Por ello, aunque no puede demostrarse inapelablemente la existencia de una *datio A→C*, creemos que se trata de la hipótesis más probable.

§126 Una prueba clarísima de la viabilidad de un negocio "B" se contiene en:

29) Ulp.31 *ad Sab.*

D.23,3,5,1

Sive igitur parens dedit dotem sive procurator eius sive iussit alium dare sive, cum quis dedisset negotium eius gerens, parens ratum habuerit, profecticia dos est.¹¹¹

La dote se considera profecticia, es decir, constituida por el padre, tanto si él mismo la entregó, como si lo hizo un procurador suyo, o alguien *iussu patris*, o incluso espontáneamente, siempre que el padre lo ratifique. Si la dote entregada por un gestor espontáneo y ratificada por el padre se considera profecticia, con más razón la entregada por un mandatario del padre. El mandato A (padre)-B sirve, por tanto, para perfeccionar una *datio (dotis causa) A→C*.

30) Ulp. 31 *ad ed.*

D.17,1,10,4

Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet, mandati eum non acturum Papinianus libro tertio responsorum scribit, quia de mutua pecunia eum habet obligatum: et ideo usuras eum petere non posse quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductae non sunt.¹¹²

El caso descrito por Papiniano es el de un Ticio que pide una cantidad en mutuo a *quis*, el cual le "manda" que la reciba de sus procuradores (i.e. los del mutuante). Papiniano niega contra Ticio la *a. mandati*, porque el negocio no es un mandato sino un mutuo, de modo que no se podrán exigir los intereses que no hubieran sido llevados a estipulación. La relación de mandato o gestión entre *quis* y sus procuradores no impide, por tanto, que se considere perfeccionada una atribución patrimonial directa, *credendi causa, quis→Ticio*.

En las fuentes se encuentran, en conclusión, ejemplos de este tipo "B" de negocio, que combina mandato o gestión con atribución patrimonial directa A→C, no sólo para la hipótesis de atribución patrimonial *solvendi causa* (nº22-

¹¹¹ SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, en [RIL.56(1923) 740 n.2 =] *Scritti di Diritto romano II* (Nápoli 1957) p.573 n.14, dirige sus sospechas contra la distinción que se contiene en el texto entre el procurador y el gestor espontáneo, y alega para apoyarlas razones formales, de las que sólo parece atendible la primera, relativa al cambio de modo verbal: *dedit, iussit - habuerit*. Sin embargo, el indicio resulta, a nuestro juicio, demasiado débil para justificar la crítica.

¹¹² Sobre el texto no pesan sospechas de interpolación: vid. *Index Itp. ad leg.*

23), sin también *donandi causa* (probablemente nº28), *dotis causa* (nº29), y *credendi causa* (nº30).

§127 Hemos comprobado que en las fuentes existen, en efecto, testimonios de la compatibilidad entre un contrato de mandato (o relación de gestión) y una atribución patrimonial directa del tipo de la de cobertura o valuta en la delegación. Sin embargo, nadie plantea la cuestión decisiva: tales supuestos ¿deben ser considerados delegación? La doctrina dominante lo asume sin más: este negocio, que combina una única atribución patrimonial con un contrato de mandato, es una *delegatio*. Esta acritica asunción resulta injustificada. A nuestro juicio, a la consideración de estos supuestos como *delegatio* se oponen obstáculos insalvables, procedentes tanto de la estructura misma del negocio como, sobre todo (*infra* §128), de las fuentes.

El hecho de que una de las atribuciones patrimoniales características de la delegación sea aquí sustituida por un contrato de mandato, supone un cambio de estructura suficientemente relevante para que la calificación del híbrido resultante como delegación no pueda derivarse, sin más, de la condición de tal del negocio original. En efecto, a la evidente diferencia estructural hay que añadir otras diferencias, que la misma genera:

a) v. Salpius y sus seguidores mantienen que también este negocio se fundamenta en un *iussum*, que no se confunde ni es absorbido por el contrato de mandato subyacente. A nuestro parecer, esto es insostenible, si se parte (como ellos mismos hacen) de la noción técnica de *iussum* como asunción *ad extra*, frente a un tercero, de una gestión ajena. En efecto, si el "delegado" es un mandatario del delegante, es claro que no se le puede considerar un tercero frente a quien el delegante asuma una gestión ajena (la del delegatario); lo mismo, si el "delegatario" es el mandatario. La iniciativa del delegante es, por tanto, respecto de uno de ellos (el destinatario de la atribución patrimonial) un verdadero *iussum*, pero, respecto del otro (el mandatario), un simple encargo, una oferta de mandato: nunca un *iussum*, porque, frente al mandatario, el delegante no asume lo hecho por el destinatario de la atribución patrimonial. No es de extrañar que los clásicos optaran, en estos casos, por emplear *mandare* y no *iubere*.

En conclusión: no puede aceptarse la idea de que, en este tipo de negocios, *iussum* y *mandatum* se mantienen en planos distintos. Con esta afirmación, la doctrina dominante preterde salvar la unidad de estructura entre la verdadera *delegatio* y este tipo de negocios. Pero tal unidad de estructura no existe: cuando un contrato de mandato ocupa el lugar de uno de los convenios causales subyacentes, este contrato excluye la existencia de un *iussum* en relación al mandatario.

b) La delegación de prometer conlleva la inoponibilidad por el delegado de las excepciones de que pudiera disponer contra el delegante, o de las que protegieran al delegante frente al delegatario¹¹³. ¿Debe regir esta regla también para la promesa realizada por o a un mandatario? Parece razonable dudarlo. Frente al delegatario, el delegado no puede oponer las excepciones de que disponía contra el delegante porque el delegatario tiene su propia *causa stipulandi* (*suum recipit, suum petit, suum negotium gerit*¹¹⁴); como, además, el delegado tiene su propia *causa promittendi*, tampoco puede oponer las excepciones que el delegante tuviera contra el delegatario, que se refieren a un relación ajena al delegado. En cambio, quien estipula como mandatario no tiene una *causa stipulandi* propia; dicho de otro modo, no pide lo suyo, sino lo del mandante, por lo que parece lógico que el promitente disponga contra él de las mismas excepciones que habría podido oponer al mandante¹¹⁵. Del mismo modo, quien promete como mandatario se limita a gestionar un negocio del mandante, por lo que debe poder oponer frente al estipulante las excepciones que de los defectos de tal negocio puedan derivarse.

§128 Dos objeciones todavía, derivadas de las fuentes mismas, impiden a nuestro juicio calificar este negocio como delegación:

a) La delegación a la que las fuentes se refieren con los términos *delegare* y *delegatio* consiste siempre (*supra* §7 ss.) en la fusión en un sólo negocio atributivo, de dos (o más) atribuciones patrimoniales, delegado→delegante y delegante→delegatario.

b) Los textos que se citan como ejemplos del negocio no recurren para describirlo a los términos *delegare* o *delegatio*, ni utilizan tampoco *tubere* o *iussum*, que son las expresiones técnicas habituales en las fuentes para aludir a la delegación.

El único apoyo que la calificación de este negocio como *delegatio* podría encontrar en las fuentes es el siguiente texto de Papiniano, en el que la orden de pago a un procurador aparece referida con un "*delegavit*":

31) Pap.3 resp.

D.12,6,57,1

Creditor, ut procuratori suo debitum redderetur mandavit: maiore pecunia soluta procurator indebiti causa convenietur: quod si nominatim, ut maior pecunia solveretur, delegavit, indebiti cum eo qui delegavit erit actio, quae non videtur preempta, si frustra cum procuratore his fuerit instituta.

¹¹³ Vid. *supra* §21 y nn.279-281.

¹¹⁴ Vid. *supra* §106 n.474.

¹¹⁵ Así, Ulp.76 *ad ed.*-D.44,4,4,19 (sobre el cual, vid. *supra* §86)

De la primera parte de este texto nos hemos ocupado ya (*supra* §80). En cuanto a la segunda, constituye aparentemente un ejemplo claro del negocio al que nos referimos, pues combina la relación de mandato (o *negotiorum gestio*) acreedor-procurador, con la existencia de una atribución patrimonial directa deudor→acreedor, puesta en evidencia por el reconocimiento al deudor de una "actio indebiti", que no puede ser sino la *condictio*, contra el acreedor.

La solidez del apoyo que este texto puede prestar a los defensores de la calificación del negocio como *delegatio* se ve, ya de entrada, debilitada por las críticas que ha suscitado el empleo de *delegavit*. En efecto, resulta llamativo el uso -por dos veces- de este verbo, cuando el encargo del acreedor de la primera parte era referido con un simple *mandavit*. Betti¹¹⁶ elimina ambas referencias a la delegación: *quod si nominatim, ut maior pecunia solveretur [delegavit] <mandavit>, indebiti cum eo [qui delegavit] erit actio ...* También Schwarz¹¹⁷ descarta que exista una delegación, aunque él no elimina el verbo *delegare*¹¹⁸, sino que supone que se trata de un uso impreciso, en lugar de *mandare*. Esta opinión la mantiene incluso -un tanto incongruente- el propio Endemann¹¹⁹. Además, también la expresión *indebiti actio* puede generar sospechas. Schwarz la censura como un modo de clasificar la *condictio* inconcebible en Derecho clásico, por lo mismo que tampoco es clásica la denominación técnica de *condictio indebiti*; su propuesta es, si no se quiere eliminar como un glosema toda esta segunda parte, o bien suprimir [*indebiti*], o bien añadir, como aparece en la primera parte, *indebiti <causa> ... erit actio*.

Tras estas críticas se encuentra la siguiente interpretación del texto: para el caso del deudor que, siguiendo la indicación del acreedor de pagar a su *procurator*, paga de más por error, Papiniano distingue, según que el error sea imputable (a) al deudor, si la orden del acreedor se refirió simplemente al *debitum*, o (b) al acreedor, que se refirió a una cantidad mayor de la debida. Pero, respecto de "b", otra interpretación es posible: el deudor no paga más de lo debido por error, sino conscientemente, accediendo a una petición también consciente del acreedor; entre acreedor y deudor subyace, respecto del exceso, un convenio de *credere*. Esta interpretación permite entender tanto el "*delegavit*" como el "*indebiti actio*":

a) Papiniano cambia por *delegavit* el *mandavit* de la primera parte para subrayar que el deudor no paga de más por error, sino como "delegado" por el acreedor, es decir, sobre la base de un acuerdo con éste.

¹¹⁶ BETTI, *Obbligazione* p.298.

¹¹⁷ SCHWARZ, *Condictio* p.62.

¹¹⁸ A pesar de que encuentra sospechosa la aparición de *cum eo qui delegavit* en lugar del esperado *cum creditore*.

¹¹⁹ ENDEMANN, p.19.

b) *Indebiti actio* sería inadmisibles, como mantiene Schwarz¹²⁰, para designar la condición por causa de lo indebido, es decir, la que permite a un deudor repetir el *indebitum* que pagó por error¹²¹. Pero la acción a la que se refiere Papiniano no es la *condictio indebiti*, sino la del mutuo. *Indebiti* no califica el tipo de acción, sino que determina el objeto de la reclamación: lo indebido. No debe traducirse "habrá la acción de lo indebido contra quien delegó", sino "habrá una acción por lo indebido contra quien delegó" Lo que Papiniano quiere decir es que, como el negocio sólo es parcialmente crediticio, en la medida del exceso, sólo habrá acción para exigir ese exceso. Así entendido, nada obsta a la clasicidad del giro *indebiti actio*, que aparece todavía en otro texto de Papiniano en este mismo sentido -no clasificando la acción sino indicando su objeto¹²², lo que avala nuestra opinión.

En definitiva, el texto no prueba que la orden de pagar a un procurador sea *delegatio*. Si lo fuera, ¿cómo se explicaría que Papiniano no emplee *delegavit* también para la primera hipótesis? Si lo hace en la segunda es para subrayar que el pago excesivo es fruto de un acuerdo entre acreedor y deudor, que éste es girado contra crédito de modo semejante a como lo sería un delegado.

¹²⁰ SCHWARZ, *Condictio* p.61 s.

¹²¹ Para una síntesis de los argumentos que militan contra la clasicidad del giro *condictio indebiti*, vid. SOLAZZI, art. cit., en [A.N.59(1939) 291 ss. =] *Scritti* IV p.151 s. El carácter abstracto de la *condictio* hace que, desde el punto de vista clásico (que es el del procedimiento formulario) la acción sea siempre la misma, no importa por qué causa surja: la clasificación de las *condictiones* según su causa lleva el sello de las escuelas jurídicas bizantinas.

¹²² Pap.7 *resp.*-D.34,1,8: *Pecuniae sortem alimentis libertorum destinatae unum ex heredibus secundum voluntatem defuncti praecipientem cavere non esse cogendum ex persona deficientium partes coheredibus restitui placuit: ob eam igitur speciem post mortem omnium libertorum indebiti non competit actio nec utilis dabitur ...* Uno de los herederos recibe una cantidad destinada a alimentos para los libertos. Se pregunta si debe dar caución de que restituirá a los coherederos las partes correspondientes a los libertos que fallezcan; Papiniano opina que no, de forma que, tras la muerte de todos los libertos, los coherederos no tienen contra éste una *actio indebiti*, ni aún una útil. Esa *actio indebiti*, evidentemente, no puede ser la *condictio indebiti*; no es, en realidad, ninguna acción en concreto: lo que dice Papiniano es que, fallecidos los libertos, no hay acción -*actio*- alguna por el dinero restante que el heredero no ha empleado en alimentos -*indebiti*-, ni tampoco se ha de dar una útil, es decir, la *ex stipulatu* con ficción de que hubo caución. La expresión *actio indebiti* es semejante a *solidi actio*, también usada por Papiniano, en 8 *resp.*-D.31,77,6, sobre el cual vid. *supra* §88. Es precisamente por ser conciso, por lo que Papiniano parece preferir este género de braquilogías. En otros juristas, la expresión *indebiti actio* parece, en cambio, espuria: Iul.15 *dig.*-D.19,1,24pr.; Ulp.7 *disput.*-D.17,1,29,3. En defensa de la misma como una peculiaridad de Papiniano, vid. PERNICE, *Labo* III 1 p.212 n.3 (213); SOLAZZI, art. cit. en [A.N.59(1939) 291 ss. =] *Scritti* IV p.152: "Nessun nome tecnico, ma il solo amore della brevità era nello stile di Papiniano"; y, de nuevo, SOLAZZI, *Ancora dell'errore nella condictio indebiti*, en *SDHI*.9(1943) 99, con interpretación de D.34,1,8.

§129 En conclusión, si bien, tanto para el negocio ("C") al que la doctrina dominante se refiere como "delegación con mandato en lugar de la relación de valuta", como para aquél ("B") que se califica como "delegación con mandato en lugar de la relación de cobertura", encontramos ejemplos en las fuentes, a la vista de éstas resulta injustificado, en cambio, calificar ambos negocios como delegación. En efecto (§128), los clásicos no parecen haber empleado (con la excepción de n°31, que se explica por razones especiales) *delegare*, *delegatio*, *iubere* o *iussum*, para referirse a este tipo de negocios; la delegación a la que las fuentes se refieren con los términos *delegare* y *delegatio* (§7 ss.) consiste en la fusión, en un sólo negocio atributivo, de dos (o más) atribuciones patrimoniales, delegado→delegante y delegante→delegatario. Que el lugar de una de estas atribuciones patrimoniales sea ocupado por un contrato de mandato genera diferencias demasiado relevantes (§127) como para asumir, sin más, que el híbrido resultante sigue siendo una delegación.

CONCLUSIONES

Reproducimos a continuación, como conclusiones finales de nuestro trabajo, una selección de las alcanzadas a lo largo del mismo:

I. DELEGARE

1. El uso de *delegare* para la delegación no parece haber surgido en el lenguaje de los prudentes, sino en el ordinario, a juzgar por los tempranos testimonios literarios del mismo (§4 b). Su adopción por la jurisprudencia no fue inmediata; las perífrasis con *tubere/iussum* parecen seguir siendo preferidas hasta Papiniano (§4 c), que utiliza exclusivamente *delegare* y, aún con más frecuencia, *delegatio* (§4 d). Por lo que al sustantivo se refiere, Papiniano es de hecho el único de los clásicos que lo utiliza habitualmente.

2. *Delegare* no es utilizado por los clásicos sólo para aludir a la delegación, sino también, en la construcción con acusativo de cosa (§2 a), con el significado de "confiar" o "transferir", ya un asunto o tarea, ya un bien, ya, en fin, un crédito, mediante *procuratio in rem suam* (§3).

3. Aun dentro de la delegación propiamente dicha, *delegare* y *delegatio* se usan tanto referidos al simple *iussum* del delegante, como a la actuación del delegado en ejecución del mismo (§5).

4. El hecho de que los clásicos, que eran conscientes de la diferencia e incluso contraposición entre cesión y delegación (§3 n°11 y n.58 s.), utilicen sin problemas *delegare* y *delegatio* para la cesión, e incluso (n°6) abarcando simultáneamente delegación y cesión, es una evidencia más de la flexibilidad terminológica característica de las fuentes clásicas, que permite al jurista conservar, al lado del sentido que a nuestros ojos aparece como más técnico, las acepciones ordinarias de estos términos.

5. Puesto que los clásicos distinguían entre delegación y cesión, aunque alguna vez aplicasen también a la segunda los términos *delegare* y *delegatio*, parece razonable mantener que en el Derecho clásico la delegación existía como concepto independiente: faltaba, únicamente, el término técnico que la designase en exclusiva.

6. De los 56 textos con *delegare* y *delegatio* revisados en §7, se puede concluir que la delegación es la declaración de voluntad en cuya virtud un delegante dispone, en favor de un delegatario, de la atribución patrimonial que se encuentra en situación de recibir de un delegado, estableciendo que éste la realice (mediante entrega, promesa, etc.) directamente en favor del delegatario. Comúnmente se denomina delegación al tipo negocial complejo formado por tal manifestación de voluntad del delegante (fase inicial) y su ejecución entre delegado y delegatario (fase ejecutiva).

7. La función de la delegación es abreviar en un solo negocio (*traditio, stipulatio*, etc.) dos atribuciones patrimoniales equivalentes: la que el delegado habría de realizar en favor del delegante y la que éste pretende realizar en favor del delegatario.

8. Los elementos esenciales de la delegación son (§9; §22) la manifestación de voluntad del delegante (que carece de forma y puede ser incluso tácita) y el doble convenio (de *solvere, donare, credere, dotem dare*, etc.) entre delegado y delegante y entre delegante y delegatario, que funciona como causa de la doble atribución patrimonial prevista.

9. En las fuentes, *delegare* y *delegatio* se utilizan tanto para la delegación mediante *stipulatio* como mediante *traditio* (§23 e); la estructura y función del negocio son también las mismas en ambos casos (§23 a). No hay razón, por tanto, para negar que también la de *tradere* es delegación. También es posible una delegación mediante (§24 a y b) *transscriptio a persona in personam, dotis dictio* y (§25) *acceptilatio*. Afín a la delegación de pago es la inclusión en la *stipulatio* de un *adiectus solutionis causa* (§25).

10. La cesión de acciones por *procuratio in rem suam*, que la *litis contestatio* perfecciona, no es delegación, aunque los términos *delegare* y *delegatio* se utilicen en ocasiones también para ella (§3, §6 b y d, §24 c).

11. Recibiendo del delegado, el delegatario experimenta una atribución patrimonial (*datio*) que se considera procedente del delegante: es decir, que vale como un pago, donación, préstamo, dote, etc., realizados por el delegante (§12). Por eso, si el delegatario carece de causa para retener lo recibido, la *condictio* no corresponde al delegado, sino al delegante (nº14-19).

12. Cuando el delegado entrega a quien el delegante le indicó, se considera que el delegante mismo experimenta una atribución patrimonial (*datio* "virtual") procedente del delegado, que vale como pago, donación, préstamo, dote, etc. (§13). Por ello, cuando al delegado le corresponde una *condictio*, ésta procede contra el delegante, no contra el delegatario (nº29-30)

13. También el delegatario que estipula experimenta una atribución patrimonial que equivale a un pago, donación, etc., realizado por el delegante (§16). Como esta atribución patrimonial se perfecciona por la simple *stipulatio*, basta ésta para que surja, a favor del delegante, una *condictio* contra el delegatario que estipuló sin causa (§17). Aunque en algunos casos pueden surgir dificultades para el delegante que ejercite esta *condictio* antes de que el estipulante haya cobrado, la acción nace *civiliter* ya con la *stipulatio*.

14. Al prometer al delegatario, se considera que el delegado realiza una atribución patrimonial (pago, donación, etc.) en favor del delegante (§18). Esta atribución patrimonial se perfecciona también con la simple promesa del delegado, de modo que, si carece de causa, éste puede repetirla de inmediato del

delegante con la *condictio* (nº48-52). Los textos (nº53-56) en que se distingue entre el delegado que cumplió la promesa y el que todavía no lo hizo, concediendo a este último una *condictio* dirigida únicamente a obtener la liberación, están en este punto interpolados.

15. Todas las modalidades de delegación, también la novatoria (§20 s), tienden a la realización de una doble atribución patrimonial delegado→delegante y delegante→delegatario.

II. IUBERE

1. *Iubere* significa, en general, "disponer" (§42). Lo "dispuesto" por el *iubens* suele ser una conducta ajena: del *paterfamilias* que se dirige a un tercero para que concluya determinado negocio con el *subiectus*, y del delegante que se dirige a delegado y delegatario para que concluyan una *traditio* o *stipulatio*, se puede decir que "disponen" tales negocios. Otras veces, lo dispuesto no es una conducta, sino directamente un resultado: el *fideiussor* "dispone" que lo debido quede garantizado por su *fides*; quien manumite *testamento*, que el esclavo sea libre; el *populus*, reunido en comicios, que la propuesta del magistrado sea ley.

2. El *iussum* es una declaración de potestad (§43 i.f.) dirigida a disponer una conducta o un resultado, en relación a la propia esfera patrimonial o de poder. En ningún caso puede considerarse el *iussum* como una manifestación de autoridad; entre *iussum* y *auctoritas* no existe una simple diferencia temporal, sino esencial: la que media entre una disposición y un juicio, entre voluntad y conocimiento (§45; 52 a).

3. En su acepción común, el *iussum* involucra a dos personas: quien dispone que se haga algo (A: *iubens*) y quien por disposición de aquél está llamado a actuar (B: *iussus*). Cuando lo dispuesto por el *iubens* no es una conducta, sino un resultado -*manumissio testamento* (§55 d), *iussum populi* (§54 a)-, falta propiamente la figura (B) del *iussus*.

4. Junto a este sentido ordinario, existe un *iussum* técnico, que involucra a tres personas: A (*iubens*) invita a un tercero (C) a concluir determinado negocio con B, con el resultado de que el negocio dispuesto por A es asumido anticipadamente por él como propio frente a C, en cuanto a ciertas consecuencias del mismo, determinadas por la relación preexistente entre ellos. Este sentido técnico, que encontramos en el *iussum* de la *a. quod iussu* (§44), es también el del *iussum* de la delegación (§50).

5. El *iussum ad extra* del *paterfamilias* produce normalmente el efecto de generar contra él una *a. quod iussu*, pero esto no ocurre cuando la obligación que se trata de hacer valer contra el *paterfamilias* surge de una adquisición que ha de

ser devuelta (como en el caso del mutuo o la dote recibida por el hijo *iussu patris*): entonces (§46), procede contra el padre no ya la *a. quod iussu*, sino directamente la acción civil (*condictio, a. rei uxoriae*) correspondiente.

6. El papel de tercero (C), destinatario del *iussum*, es cumplido en la delegación tanto por el delegado como por el delegatario: en efecto (§50), el delegante asume frente al delegatario lo hecho por el delegado, pero también frente a éste lo hecho por el delegatario. Esto explica que, en las fuentes, el *iussum* aparezca como dirigido ya al delegado (lo más habitual) ya al delegatario (§49 n.198).

7. El *iussum* dirigido al delegado (y lo mismo, *mutatis mutandis*, el dirigido al delegatario) puede entenderse en sentido técnico (como una asunción *ad extra*, frente al delegado, de lo que haga el delegatario) o en sentido ordinario, como simple "orden" o "invitación" interna al delegado (de modo que lo hecho por él vale frente al delegatario como dispuesto por el delegante). Esta coexistencia de los sentidos técnico y ordinario en el *iussum* del delegante, debió de producir un desvaimiento (§51) de su naturaleza técnica, que explica que a veces se lo designe como simple *mandare, voluntas o permissum*.

8. El *iussum* intrafamiliar (§56) interesa jurídicamente tan sólo en la medida en que permite imputar al titular de la potestad la responsabilidad de lo hecho por el sometido: por eso, los supuestos de los que las fuentes suelen ocuparse se refieren a la comisión de actos ilícitos o infamantes *iussu patris dominive*. Pero estos no son ejemplos de *iussum* técnico, porque no consisten en sí en una asunción de responsabilidad frente a terceros.

9. El *iussum* de adir podría concebirse técnicamente -con él, el *paterfamilias* asume *ad extra* (frente a los acreedores de la herencia) las consecuencias onerosas de la adición-, pero aparece en las fuentes como dirigido al sometido, por lo que debe incluirse entre los supuestos de *iussum* intrafamiliar.

10. El *iussum* técnico no es (§45, §52) una simple "autorización" o "Ermächtigung", en el sentido de un permiso o habilitación para actuar. Tampoco es un "apoderamiento" ("Ermächtigung" en sentido estricto): si bien produce efectos semejantes a los de la representación directa, ello es debido a las relaciones subyacentes sobre las que opera, no a que consista en sí mismo en un "poder de representación" (§53). Sin embargo, *iubere* sí equivale a "ermächtigen" cuando se trata de disponer de un derecho, real o personal, del *iubens* (§56 i.f.).

III. MANDARE

1. El uso de *mandare* en un texto jurídico no supone necesariamente (§65) que exista un contrato de mandato: *mandare* designa únicamente la declaración

unilateral de voluntad de quien encarga a otro una gestión, que puede cristalizar en un contrato o no. De hecho, es muy frecuente el empleo de *mandare* para describir supuestos en los que el contrato es imposible: el *paterfamilias* que "manda" a su hijo o esclavo; el testador que "manda" que se haga algo después de su muerte; o, en fin, el caso de quien "manda" que se cometa un acto ilícito.

2. *Mandatum* es (§66), en principio, "lo confiado" o "encargado"; luego, por abstracción, el "encargo" en sí mismo. En las fuentes jurídicas, *mandatum* es el nombre técnico del contrato, pero a veces se refiere al simple encargo, con independencia de que genere o no un contrato:

2.1 El ablativo *mandatu* tiene un campo de aplicación tan amplio como el verbo *mandare*: *mandatu meo* no significa otra cosa que *mandante me*, y se refiere, por tanto, únicamente a la voluntad de *ego*, que no necesariamente conduce a un contrato.

2.2. Las formas del plural (*mandata, mandatorum, mandatis*) aluden ordinariamente a las instrucciones del príncipe a los funcionarios imperiales.

2.3. *Mandatum* se refiere con frecuencia, más que al contrato, a la "autorización" o "habilitación" *ad extra* ("Ermächtigung") que se contiene en el mismo cuando se trata de realizar un acto de disposición sobre derechos del *dominus negotii*.

2.4. En el frecuente giro *mandatum suscipere*, el sustantivo *mandatum* no designa tanto el contrato, cuanto el encargo del mandante, que el mandatario acepta.

2.5. A veces, *mandatum* aparece en casos en los que no es posible el contrato: así, entre *paterfamilias* y *filiusfamilias* o cuando lo encargado es un acto ilícito.

IV. EL PAPEL DEL CONTRATO DE MANDATO EN LA DELEGACION

1. La teoría del mandato simple, según la cual el contrato de mandato entre delegante y delegado es esencial a la delegación, debe ser rechazada:

1.1. En las fuentes, no se plantea el problema del posible incumplimiento del delegado, ni hay rastro de una hipotética *a. mandati* "directa" contra el delegado incumplidor (§36 n.9 s.).

1.2. El caso de quien fue delegado sobre la base de un *indebitum* (civil o pretorio) debería ser el paradigmático en que se le reconociera, como a cualquier mandatario que experimenta un perjuicio, la *a. mandati* "contraria" para resarcirlo; pero los textos no conceden a este delegado otra acción que la *condictio* (§13 n°29-30; §18 n°48-56).

1.3. En todos aquellos textos (§98 ss.) en que se ha querido encontrar una *a. mandati* ("contraria") surgida del *iussum* de un delegante, se trata de una falsa impresión: o bien no existe relación alguna entre la *a. mandati* y la delegación (nº34-35), o el supuesto descrito no es propiamente una delegación, sino una combinación de mandato y atribución patrimonial de valuta (nº38-41), o no existen indicios que permitan hablar de delegación (nº36-37), o bien la *a. mandati* responde a la inviabilidad de la configuración del supuesto como delegación (nº42), o, en fin, a la intervención de los compiladores (nº43).

1.4. Conviene distinguir el significado ordinario de *tubere-iussum* ("disponer", "ordenar", "invitar") del *iussum* como concepto jurídico, referido a la asunción *ad extra*, frente a un tercero, de un acto ajeno como propio. Este segundo significado puede reconocerse también (§50) en el *iussum* de la delegación, y parece incompatible con el contrato de mandato (§60).

1.5. Que un caso de *pater o dominus tubens* se compare (§63 nº1-2) con un supuesto de mandato a fin de extraer, analógicamente, una solución para el primero no es evidencia -antes al contrario- de un acercamiento o identificación entre los conceptos de *iussum* y *mandatum*. Tampoco hay identificación en el reconocimiento (§63 nº3) de una *a. quod iussu* contra el padre o dueño que se dirigió al tercero como mandante.

1.6. Que *tubere* y *mandare* se utilicen con cierta indiferencia en relación a las órdenes internas a los sometidos a potestad (§68-71), a las dirigidas a la comisión de un acto ilícito (§73), y para algunas disposiciones de última voluntad (§72), no puede interpretarse tampoco como síntoma de acercamiento entre el *iussum* técnico y el contrato de mandato, porque, en esos casos, ni *tubere* se emplea en su sentido técnico ni es concebible un contrato de mandato.

1.7. Tampoco la concurrencia (§75 ss.) de la máxima *ratihabitio mandato comparatur* con textos donde la *ratihabitio* se equipara al *iussum* permite deducir un acercamiento o identificación entre *iussum* y contrato de mandato.

1.8. En relación a la delegación, no cabe hablar de un uso indiferente de *tubere* y *mandare* (§78 ss.): en los textos en que se emplea *mandare*, o bien no se trata de una delegación (nº18,19,20,22,25,28), o *mandare* no se refiere a la iniciativa del delegante (nº24) o bien el supuesto descrito comprende, junto con la delegación, la hipótesis de la simple procura (nº21,23,26,29). Sólo hay una excepción: en nº27, *mandare* se refiere estrictamente a la iniciativa del delegante; pero un único texto no legitima para hablar de "indiferencia terminológica".

1.9. En las fuentes (§92 ss.) no hay evidencias de que la *a. mandati* pueda surgir de un *iussum* técnico (aceptado o cumplido): no faltan textos que producen esta primera impresión, pero un estudio más atento revela que no es de la aceptación del *iussum* como tal de donde surge la acción del mandato.

2. La teoría del mandato doble, según la cual no sólo el delegado, sino también el delegatario actúa siempre como mandatario del delegante, debe igualmente ser rechazada: por lo que se refiere al mandato delegante-delegado, por las razones expuestas en relación a la teoría del mandato simple; por lo que se refiere al mandato delegante-delegatario, porque:

2.1. Ningún texto menciona una *a. mandati* "directa" para exigir al delegatario el cumplimiento del *iussum* (§109 a).

2.2. Cuando se concede una acción al delegante para que recupere lo adquirido por el delegatario, se trata -como siempre que alguien retiene sin causa- de la *condictio*, en ningún caso de la *a. mandati* (§109 b).

2.3. El delegatario acreedor que acepta como nuevo deudor, en lugar del delegante, a un delegado, experimenta, si éste resulta ser insolvente, un perjuicio patrimonial, que debería poder recuperar -si su condición fuese en todo caso la de un mandatario- mediante la *a. mandati* "contraria" contra el delegante; pero, según las fuentes, el delegatario sólo dispone de la *a. mandati* "contraria" en el supuesto especial de que el delegante haya asumido expresamente el riesgo de la operación, lo que basta como prueba de que el delegatario no es -salvo en ese caso- un mandatario (§109 c).

2.4. Desde el punto de vista de la moderna romanística es inasumible la idea -generalizada entre los pandectistas- de que la posibilidad de generar alguna de las acciones del contrato no es esencial al mandato: un negocio del que no puede surgir obligación alguna sancionada por la *a. mandati* no es un contrato de mandato (§110).

2.4. El contrato de mandato ordinario (no de garantía) A-C no es compatible con la existencia de una atribución patrimonial (de valuta) A→C: este tipo de mandato -así, el *mandatum donationis causa*- es un imposible jurídico, que no existe en ninguno de los textos (nº4, 5 y 8) presentados como prueba del mismo (§111).

3. Tampoco son admisibles (§112) los argumentos aducidos en defensa de la teoría "mixta", según la cual la delegación consiste en un simple *iussum* cuando el delegado es girado como deudor, pero en un contrato de mandato en el caso contrario: ni cabe presumir una estricta correspondencia entre el empleo de *mandare* y la existencia de un contrato de mandato (§65), ni es cierto que *tubere* se emplee únicamente cuando el delegado es deudor y *mandare* exclusivamente cuando no lo es.

4. Respecto a la opinión dominante en la doctrina, que (§113 s.) niega que el mandato sea esencial a la delegación, pero admite la posibilidad de que delegado o delegatario puedan actuar -del mismo modo que en virtud de un convenio de pago, préstamo, donación o dote con el delegante- también en virtud de un contrato de mandato con éste (mandato que no ocuparía, en tales casos, el

lugar del *iussum*, sino el del convenio causal subyacente), puede observarse lo siguiente:

4.1. En las fuentes existen testimonios tanto del negocio al que la doctrina se refiere como "delegación con mandato en lugar de la relación de valuta" (es decir, aquél en que concurren una atribución patrimonial directa B→A con un contrato de mandato A-C: §116 ss.), como del habitualmente denominado "delegación con mandato en lugar de la relación de cobertura" (es decir, la combinación de atribución patrimonial directa A→C con contrato de mandato A-B: §122 ss.)

4.2. Las fuentes no justifican, en cambio, es que tales negocios sean considerados delegación: los términos *delegare*, *delegatio*, *iubere* o *iussum*, no se emplean (con la excepción de n°31, que se explica por razones especiales) para referirse a este tipo de negocios; la delegación a la que las fuentes se refieren con los términos *delegare* y *delegatio* (§7 ss.) consiste en la fusión, en un sólo negocio atributivo, de dos (o más) atribuciones patrimoniales, delegado→delegante y delegante→delegatario. Que el lugar de una de estas atribuciones patrimoniales sea ocupado por un contrato de mandato genera diferencias demasiado relevantes (§127) como para asumir, sin más, que el híbrido resultante sigue siendo una delegación.

5. En definitiva: la concepción de la *delegatio* como la fusión, en un sólo negocio atributivo, de (al menos) dos atribuciones patrimoniales, delegado→delegante y delegante→delegatario excluye que delegado o delegatario puedan actuar como mandatarios del delegante. Sólo cuando, en una delegación de prometer, el delegante asume expresamente el riesgo de la eventual insolvencia del delegado, cabe concebir un mandato (delegante-delegatario); pero este mandato no forma parte de la delegación, sino que se le añade como garantía en favor del delegatario.

INDICE DE FUENTES*

I. FUENTES JURIDICAS

A. FUENTES PREJUSTINIANEAS

Codex Theodosianus		3,116	145 n.122
2,31,1	161 n.169	3,117	270 n.296; 271 n.299; 339
3,13,3,1	313 n.456; 314 n.458		n.15; 341 n.19; 343 n.26
		3,128	91 n.308
Fragm. de iure fisci		3,130	13 n.45; 20 n.76; 31 n.120;
8 (FIRA II	217 n.81		36 n.150; 91
p.628)		3,131	91 n.308
		3,135	211 n.60
Fragmenta Vaticana		3,156	197 n.311; 209 n.48
1	278 n.320	3,157	209 n.48; 230 n.136
102	161 n.170	3,158	209 n.48; 271 n.296
260	15, 20 n.77; 21 nn.80, 81;	3,159	195 n.304
	28 n.111; 32 n.124; 77 n.263	3,160	195 n.306; 246 n.191; 253
263	15 n.52; 17 y n.63; 20 n.77;		n.220; 260 s.; 261 nn.263,
	21 nn.80, 81; 28 n.111; 32		264
	n.124	3,161	288 n.353
266	62 n.221; 69 n.243	3,215	341 n.19
		4,70	149; 163 n.174
Gai instituciones		4,76	223 n.108
1,3	180 nn.238, 240	4,84	213 n.68
1,4	182	4,117	218 n.87
1,84	178 n.228		
2,38	16 y n.58; 168 n.198	Gai epitome	
2,39	16 y n.58	2,9,3	92
2,87	188 s. n.290; n.292		
2,103	210 n.50	Pauli sententiae	
2,117	185	1,3,2	255 n.237
2,186	185 n.274	2,15,1	195 n.304
2,249	184 n.263	2,15,3	284 ss.; 288 n.353; 293
2,267	185 n.271	2,19,2	187 n.281
3,38	84 n.284	4,1,5	348 n.46
3,90	64 nn.228, 229	4,1,6	184 n.263; 210 n.50; 230
3,95a	20 n.76; 92 n.312		n.133
3,100	271 n.296	5,26,1	230 s. n.137
3,110	343 n.26		
3,111	341 n.19		

* Los números que acompañan a cada fuente corresponden a la página y, en su caso, la nota en que es citada.

Ulpiani epitome		11,14	5 n.5
1,4	185 n.274	16,4	178 n.228
2,6	186 n.278	24,1	184 n.263
2,7	185 n.271	24,4	183 n.262
6,2	20 n.79, 91 s.	25,2	184 n.263

B. CORPUS IURIS CIVILIS

Institutiones		2,14,51,1	19 n.75, 20 n.79
1,10pr.	188 n.287	2,15,8,24	10 n.29
2,1,42	286 n.349	3,2,1	146 n.127, 187 n.284, 191 n.297
2,6,11	222 n.105		
3,26,2	100 n.2, 197 n.311; 336, 351	3,2,11,4	188 n.284, 191 n.297.
3,26,8	288 n.353	3,2,12	188, 191 n.284
4,4,11	223 n.108	3,3,1pr	247, 255 n.237
4,7,1	149 n.139	3,3,27pr	213 n.68
4,7,8	159 n.169	3,3,40,4	212 n.66
		3,3,47	213 n.68
		3,3,58	245 n.188
Digesta		3,3,60	213 n.68
1,3,11	296 n.378	3,3,62	213 n.68
1,6,2	181 n.248	3,3,63	212
1,16,4,6	209 n.44	3,5,5,11	238 n.163; 359
1,16,5	209 n.44	3,5,5,12	238 n.163
1,16,6pr	209 n.44; 212 n.62	3,5,7(8)pr.	212 n.66
1,16,6,1	209 n.44	3,5,8(9)	238 n.163
1,19,1,1	286 n.349	3,5,9(10),1	278 n.320
1,21,1pr.	6, 20 n.77; 21 n.80; 209 n.44	3,5,18(19),2	277, 279 n.318; 281 n.327
1,21,1,1	209 n.44	3,5,25(26)	184 n.265
1,21,2pr.	209 n.44	3,5,35	278 n.318
1,21,2,1	209 n.44	3,5,38(39)	287 n.350
1,21,3	209 n.44	3,6,1pr	46
1,21,4	209 n.44	3,6,2	20 n.79; 46; 234 n.149
1,21,5pr	209 n.44	4,2,21,5	191 n.297
1,21,5,1	209 n.44	4,2,23,3	21 n.79; 26 n.104; 88 n.298, 140 n.80
2,1,6	212 n.62	4,3,7,8	9 n.28; 10 n.31
2,1,7,5	210 n.51	4,3,20pr	153 n.149
2,1,16	209 n.44	4,4,23	211 n.59; 213 n.73
2,1,17	209 n.44	4,4,25,1	212 n.64
2,4,2	146 n.127	4,8,32,16	6; 21 n.79
2,6,1	144 n.115	4,9,3,3	150 n.142
2,6,2	144 n.115	5,1,2,2	140 n.80
2,8,5pr	292 n.368	5,1,35	165 n.185
2,9,5	223 n.108	5,1,58	181 n.252; 182 n.254
2,13,6,5	212 n.65	5,2,8,10	184 n.264
2,14,4,2	310 n.444	5,3,13,5	184 n.265
2,14,27pr	346 n.36	6,2,14	286 n.349
2,14,40,2	18 y n.70; 20 n.77; 21 n.80; 26 n.104	7,1,25,3	168 n.198
		7,1,46,1	183 n.262

7,5,8	183 n.262	12,6,18	317 n.471
9,2,15,1	185 n.274	12,6,26,8	246 n.191; 254 n.221; 267 n.286
9,2,23,1	185 n.274	12,6,26,12	8 n.25; 20 n.79; 29 n.115; 36 n.151; 40 n.163; 48; 55 n.205; 88 n.298; 318 n.474
9,2,36,1	185 n.274	12,6,44	318 n.474
9,2,37pr	186 n.279	12,6,47	234 n.150; 372 , 374
9,4,2,1	186 n.279; 223 n.109; 231 n.138	12,6,48	317 n.471
9,4,17pr	186 n.279; 223 n.109; 231 n.138	12,6,57,1	20 n.77; 26 n.104; 40 n.163; 88 n.298; 242; 243; 249 s. ; 267 n.286; 274; 350; 353 nn.61, 67; 355; 356 , 377ss.
9,4,19,2	186 n.279; 231 n.138	12,6,67pr	185 n.275
10,2,52,1	185 n.274	13,1,17	20 n.77; 21 n.80; 26 n.104
10,4,12,5	144 n.117	13,1,18	254 n.224; 372; 373
11,6,2,1	6; 21 n.79	13,4,5	184 n.265
11,7,8pr	140 n.80	13,5,7,1	94 n.322
11,7,12,4	6; 21 n.79	13,5,28	225 n.117
11,7,27,1	311 n.450; 313 n.456	13,6,13,2	199; 276 ss. ; 293
12,1,2,4	9 n.26; 43 ; 173 n.207	13,7,9,3	9 n.28; 58 n.212
12,1,9,8	8 n.26; 42 ; 172 n.207	13,7,10	10 n.30; 58 n.212
12,1,15	20 n.79; 32 n.125; 43 , 64 n.228; 131 n.30; 170 s.	13,7,11pr	92 n.313
12,1,29	159 s. n.169	13,7,11,5	8 n.26; 44 n.179; 45 ; 172 n.207
12,1,32	19 n.75; 32 n.125; 60 , 62; 78 n.267	13,7,20	286 n.349
12,1,36	19 n.75	13,7,42	17 y n.65; 18 n.66; 20 n.77; 26 n.104
12,1,41	246 n.191	14,1,4,2	203 n.11
12,1,42,1	9 n.28	14,3,11,2	240 n.167
12,2,17,3	255 n.237	14,3,11,5	240 n.167
12,2,21	346 n.36	14,3,17,4	159 s. n.169
12,2,26,2	21 n.79; 37 n.152	14,3,17,5	159 s. n.169
12,2,28,4	284 n.338	14,3,19,3	20 n.77; 21 nn.80, 81; 30 n.118; 37 n.151; 66 , 71; 224; 226 n.123
12,2,34,1	212 n.64	14,5,1	146 n.127
12,4,3,7	186 n.278	14,5,2pr	146 n.127; 148 n.134; 149 n.138
12,4,3,8	185 n.275	14,5,4,5	150 s. n.142
12,4,4	10 n.30; 72; 93 n.318	14,5,6	339 n.15
12,4,7pr	19 n.75; 74 n.258; 317 n.472	14,5,8	21 n.79; 30 n.118; 31 n.120; 40 n.163; 88 n.298; 209 n.49; 223 ss.
12,4,9pr	20 n.79; 43 ; 317 n.472; 350 n.51	14,6,7pr	9 n.28
12,4,9,1	20 n.79; 72 s. ; 82 n.281; 317 n.472; 318 n.474; 324 n.509	14,6,7,1	10 n.29
12,4,10	72; 93 n.318	14,6,12	150 ; 161 n.169
12,4,14	198 n.314; 248 n.199; 358 s.	14,6,14	161 n.169
12,5,9,1	284 n.338	14,6,16	213 n.73
12,6,6pr	236 n.154; 372 s.	15,1,3,6	90 n.304; 242; 261 ss. ; 275;
12,6,6,1	248 n.199; 358		
12,6,6,2	245 n.188; 246 n.192; 248 n.199; 358 ; 361 n.80; 362 n.82		

	305 n.414; 352 n.58		n.511
15,1,3,7	284 n.338	16,1,8,5	20 n.79; 28 n.111; 32 n.122
15,1,6	278 n.320	16,1,8,6	20 n.79; 29 n.114; 32 n.122; 83 n.282; 301 n.396; 324 n.511
15,1,9,8	130 n.169		10 n.30; 72; 93 n.318
15,1,14pr	185 n.270		10 n.30
15,1,32pr	185 n.270		297 n.379
15,1,48,1	21 n.79; 28 n.111; 36 n.151		20 n.75; 28 n.111; 30 n.120; 83 n.282
15,1,50pr	165 n.185		19; 20 n.75; 21 n.82; 26 n.104; 83 n.282; 296 s. ; 302 n.400; 317 n.472; 329; 350 n.52
15,1,51	12; 20 n.76; 22 n.83; 26 n.104	16,1,17pr	352 n.57
15,1,57,1	185 n.270	16,1,19,5	21 n.79; 23; 28 n.111; 36 n.151
15,3,10,10	161 n.169		21 n.79; 28 n.111; 36 n.151
15,3,16	151 n.144; 192 n.299	16,1,22	161 n.169; 165 n.183; 317 n.472
15,3,17,1	161 n.169	16,1,24pr	165 n.183
15,3,5,2	150 n.142; 152 n.147; 153 n.148	16,1,24,1	20 n.77; 28 n.111; 36 n.151
15,4,1	204 n.16	16,1,25pr	302 n.400
15,4,1pr	149		301 ss. ; 329; 354 n.70
15,4,1,1	148 s. n.135; 151 n.143; 153 n.148; 154 s. n.150; 163 nn.174; 176; 239 n.165	16,1,25,1	296 n.378
15,4,1,2	148 n.134; 163 n.176; 195 nn.304; 305; 196 n.307; 202; 204 s.	16,1,27,2	181 n.247
15,4,1,3	148 n.134; 152 n.146; 173 n.210; 202; 205 ss.	16,1,30,1	292 n.369
15,4,1,4	149 n.136	16,1,32,3	290 n.362
15,4,1,5	163 n.168; 165 n.183	16,2,2	290 n.362
15,4,1,6	153 nn.147; 148; 164 n.183	16,2,24	197 n.311; 290 ss. ; 293
15,4,1,8	149 n.139	16,3,1,11	246 n.191; 253 n.220
15,4,1,9	149 n.139; 152 n.144; 154 n.149	16,3,1,12	132
15,4,2pr	149 n.139; 161 n.169	16,3,1,13	209 n.48
15,4,2,1	161 n.169	16,3,1,14	209 n.48
15,4,3	149 n.137; 153 n.147; 160 n.169; 205 n.21	16,3,11	288 n.353
15,4,4	149 n.139	17,1,1,2	286 n.349
15,4,5pr	149 n.137; 159 s. n.169	17,1,2pr	241
15,4,5,1	145 n.120; 149 n.137; 202 ss.	17,1,2,6	288 n.353; 370 n.93
16,1,5	20 n.76; 28 n.111; 32 n.122	17,1,3,2	289
16,1,6	297 n.379; 302 n.400	17,1,3,4	288
16,1,7	297 nn.379; 380	17,1,3,5	288
16,1,8,2	20 n.79; 29 n.115; 31 n.120; 72 ; 83 n.282; 324 n.509	17,1,4	198 n.314; 285 n.345; 286; 287 n.350; 288 n.353; 289 n.355
16,1,8,3	20 n.79; 24; 28 n.111; 31 n.120; 41; 43 ; 58 s. ; 60; 63; 77 n.266	17,1,5	150 n.142; 198 n.314
16,1,8,4	20 n.79; 29 n.114; 31 n.120; 83 n.282; 302 n.400; 324	17,1,5pr	230 n.136
		17,1,5,1	281 ss. ; 293
		17,1,5,3	284 nn.338; 339; 323 n.508; 375
		17,1,5,4	18 y n.66; 21 n.79; 26
		17,1,6,3	
		17,1,6,6	
		17,1,10,4	
		17,1,10,6	

	n 104; 338 n 13; 340 n 15; 343 n 26; 353 nn 64, 68; 354 n 69	17,1,45,7	21 n 79; 28 n 111; 31 n 120; 100 n 2; 197 n 311; 336 ; 353 n 68
17,1,10,8	283 n 336	17,1,46	211 n 60
17,1,12,5	90 n 304; 126 n 9; 137; 242; 244; 304 ss. ; 321 n 493; 330; 350; 352 n 58; 368 s.	17,1,48,1	197 n 312; 209 n 48
17,1,12,7	255 n 237	17,1,48,2	197 n 312; 209 n 48
17,1,12,8	20 nn 78, 79; 294; 345 s. ; 354 n 69	17,1,58pr	212 n 67; 273 n 309
17,1,12,16	353 n 68; 363 s.	17,1,59pr	272 n 303; 339 n 15; 340; 341 s. ; 353 nn 64, 68; 354 n 69
17,1,12,17	270 n 296	17,1,59,3	203 n 12
17,1,13	270 n 296	17,1,60,1	239 n 163
17,1,17	353 n 68; 364	17,2,58,2	162 n 173
17,1,21	203 n 12; 351	17,2,65,7	255 n 237
17,1,22pr	351	17,2,84	162 n 173
17,1,22,2	21 n 79; 28 n 111; 31 n 120; 100 n 2; 131 n 30; 197 n 311; 336 ; 353 n 68	18,1,15,2	20 n 79; 41 n 168; 46 n 182; 55 n 205; 286 n 349
17,1,22,3	209 n 48	18,1,18,1	192 n 299
17,1,22,6	213 n 72; 230 n 136	18,1,53	10 n 30; 58 n 212
17,1,22,7	352 n 57	18,1,63pr	150 n 142; 192 n 299; 198 n 314
17,1,22,11	195 n 304	18,2,20	20 n 77; 21 nn 80, 81; 28 n 111; 31 n 120
17,1,26pr	195 n 306; 261 nn 263, 264; 273 n 309	19,1,13,23	9 n 28
17,1,26,1	243; 246 n 191; 251; 260 s. ; 274; 275; 350; 353 n 67; 355; 357	19,1,24pr	379 n 122
17,1,26,2	21 n 79; 28 n 111; 32 n 121; 58 ; 131 n 30; 296 n 377; 336 n 2	19,1,42	185 n 275
17,1,27	300 n 391	19,5,5,4	213 n 69
17,1,27pr	94 n 319; 300 ; 329	19,5,7	249 n 203
17,1,27,1	270 n 296	19,5,9	11 ; 20 n 77; 21 n 80; 26 n 104; 77 n 263
17,1,27,3	195 n 306; 273 n 309	19,5,13pr	211 n 60
17,1,27,5	351	20,5,7pr	249 n 203
17,1,28	225 n 117	21,1,14,10	219 n 90
17,1,29,3	379 n 122	21,1,21,1	186 n 279
17,1,32	209 n 48	21,1,25	249
17,1,33	370 n 93	21,1,25,3	255 n 237
17,1,34pr	19 n 75; 32 n 125; 41; 43 n 172; 44 n 179; 64 n 228; 168 n 198; 283 n 335; 284 n 338	21,1,25,9	249 n 203
17,1,45pr.	370	21,1,46	186 n 279
17,1,45,3	371	21,1,48,4	219 n 90
17,1,45,4	90 n 304; 137; 242; 244; 304 ss. ; 321 n 493; 330; 350; 352 n 58; 368; 369 ss.	21,1,51pr	209 n 49; 211 nn 58, 59; 218 ss.
17,1,45,5	323 n 505	21,1,51,1	219 n 91; 264 n 276
		21,2,46,3	185 n 275
		21,2,54,1	186 n 276
		21,2,61	8 n 26; 37 n 153; 49 ; 172 n 207
		21,2,68,1	12 ; 20 n 77; 21 nn 80, 81; 26 n 104
		21,2,69,2	185 n 275
		21,3,1,2	198 n 314; 286 n 349

21,3,1,3	198 n.314; 285 n.344; 287 n.350; 288 n.353	23,3,68	310 n.444
22,1,3pr	181 n.246	23,3,73,1	312 n.452
22,1,6,1	181 n.246	23,3,78,5	20 n.79; 29 n.115; 32 n.123; 66; 82 n.279; 324 n.509
22,1,41,2	249 n.203	23,3,80	308 n.434
22,2,5pr	249 n.203	23,3,82	19 nn.71, 75; 43 s.
22,3,15	210 n.50; 211 n.59; 230 n.132	23,3,83	308 n.434
23,2,2	187 n.281	23,3,85	311 n.450; 312 n.455
23,2,3	187 n.281	23,4,4	314 n.460
23,2,9pr	187 n.281	23,4,28	313 n.458
23,2,16,1	187 n.281	23,5,14pr	49 n.188; 55 n.205
23,2,18	187 n.281	24,1,3,10	82 n.282
23,2,21	190 s. n.297	24,1,3,12	19 n.75; 20 n.79; 51 n.190; 168 n.198; 198 n.314; 256 n.243; 257 n.248; 258; 344 n.29
23,2,22	191 n.297	24,1,3,13	19 n.75; 20 n.79; 350 n.51
23,2,25	187 n.281	24,1,4	19 n.75; 41; 42 n.170
23,2,35	187 n.281	24,1,5,3	20 n.79; 82 n.282
23,2,51,1	192 n.300	24,1,5,4	82 n.282
23,2,65pr	211 n.61	24,1,5,13	344 n.31
23,2,65,1	211 n.61	24,1,26pr	20 n.79; 55 n.205
23,3,1	314 n.459	24,1,39	9 n.27; 50; 82 n.282; 173 n.209
23,3,2	314 n.461	24,1,56	20 n.76; 41; 42 n.170; 350 n.51
23,3,3	315 n.465	24,3,1	314 n.461
23,3,3,3	14 n.49	24,3,2,1	20 n.79
23,3,5,1	20 n.79; 41; 375	24,3,20	311 n.450; 312 n.453
23,3,5,7	9 n.28	24,3,21	312 n.454; 314 n.462
23,3,5,8	21 n.79; 30 n.118; 32 n.123; 40 n.163; 41; 89	24,3,22,2	9 n.29; 161 s. n.170
23,3,19	20 n.79; 49; 350 n.53	24,3,22,12	8 n.26; 49; 172 n.207
23,3,21	310 n.444	24,3,25pr	161 s. n.170
23,3,25	91 n.310	24,3,33	343 n.26
23,3,32	317 n.472	24,3,57	20 n.76
23,3,33	54 n.201	24,3,57pr	317 n.472
23,3,36	20 n.79; 308 ss.; 330	24,3,58	317 n.472
23,3,37	308 n.434	24,3,64,4	9 n.29
23,3,38	20 n.79; 94 n.319; 137; 293; 294; 308 ss.; 330; 354 n.69	24,3,66,2	18 y n.67; 19 n.72; 20 n.75; 26 n.104
23,3,41,2	93 n.318	24,3,66,6	315 n.466
23,3,43pr	93 n.318	25,2,21,1	186 n.279
23,3,44,1	91 n.310	26,2,26pr	210 n.50; 229 n.130
23,3,45,1	20 n.79; 317 n.472	26,2,26,1	210 n.50; 229 n.130
23,3,49	315 n.466	26,2,28pr	209 n.43
23,3,56pr	21 n.79; 28 n.111; 32 n.123; 55 n.205	26,7,3,3	21 n.79
23,3,56,1	314 n.460	26,7,5,8	210 n.50; 229 n.130
23,3,59pr	8 n.25; 20 n.76; 23; 30 n.119; 37 n.151; 49; 74; 317 n.472	26,7,32pr	292 n.368
23,3,59,1	8 n.25; 20 n.76; 22 n.82; 26 n.104	26,7,39,6	209 n.43
		26,7,40	210 n.50; 229 n.130

26,8,18	21 n.79, 29 n.112, 36 n.151	29,2,93	228 s.
27,4,3,4	249 n.203	29,2,93pr	209 n.49, 227 s. n.125
27,10,16,2	185 n.274	29,4,1,2	189 n.290
28,2,13,1	185 n.274	29,5,3,31	184 n.266
28,2,14,1	221 n.99	30,28	299 n.387
28,2,19	185 n.274	30,29	299 n.387
28,5,1,7	185 n.273	30,32pr.	183 n.262
28,5,8pr	185 n.274	30,66	183 n.262
28,5,43(42)	185 n.274	30,68,1	185 n.270
28,5,50(49)	185 n.274	30,69,2	230 n.135
pr		30,79	145 n.118, 183 n.262
28,5,55(54)	185 nn.270, 274	30,84,2	183 n.262
28,5,60(59)	278 n.321	30,96,4	185 n.275
pr.		30,108,9	185 n.270
28,5,84(83),	184 n.263	30,110	183 n.262
1		31,14pr.	185 n.270
28,6,41,8	185 n.274	31,21	250 n.203
28,6,48,1	185 n.274	31,34,6	230 n.135
28,7,3	184 n.264	31,69pr.	348 n.46
28,7,20,1	184 n.264, 185 n.274	31,75pr.	210 n.50
29,1,1pr	211 n.61	31,77,3	210 n.50, 229 n.132
29,2,6,4	189 n.290	31,77,6	90 n.304, 172 n.206, 242,
29,2,6,6	189 n.290		243 nn.179, 180, 244, 246
29,2,6,7	191 n.297		n.191; 266 ss. ; 274,
29,2,20,4	185 n.275		275,350; 352 n.59; 353 n.67,
29,2,25	226 ss.		379 n.122
29,2,25,4	147 n.128, 156 n.155, 189 n.290; 190 n.295	31,77,18	18 y n.69, 20 n.77, 21 nn.80, 81, 26 n.104
29,2,25,5	209 n.49	31,78,1	181 n.246
29,2,25,6	209 n.49	31,88,3	185 n.271
29,2,25,7	209 n.49	31,88,10	184 n.263
29,2,25,8	190 n.295	31,88,13	184 n.265
29,2,25,9	209 n.49	31,88,15	18 y n.68, 20 n.76; 26 n.104
29,2,25,10	189 n.290	32,11,4	348 n.46
29,2,25,11	189 nn.290; 209 n.49, 293	32,11,25	184 n.265
29,2,25,12	209 n.49	32,27,1	184 n.263
29,2,25,13	209 n.49	32,34,2	184 n.265
29,2,25,14	189 n.290	32,37,4	340 n.15; 346 ss.
29,2,26	189 n.290	32,41,11	234 n.150
29,2,36	189 n.290	32,93,1	184 n.263
29,2,48	234 n.150	32,100pr.	183 n.262, 249 n.203
29,2,50	189 n.290, 190 n.295	33,1,3,6	183 n.262
29,2,51,1	190 n.295	33,1,7	183 n.261
29,2,60	185 n.274	33,1,21,5	184 n.263
29,2,62,1	189 n.290	33,2,32	185 n.270
29,2,64	189 n.290	33,4,11	272 n.303, 339 n.15; 340,
29,2,67	189 n.290		342 ss. ; 348
29,2,74,1	184 n.264	33,7,12,43	184 n.262
29,2,74,3	189 n.290, 190 n.295	33,8,25	185 n.270
29,2,85	191 n.297	34,1,8	210 n.50; 230 n.135; 267

39,5,33,3	9 n.26; 21 n.79; 23; 30 n.116; 31 n.120; 54 , 55, 65, 69 n.243; 82 n.279, 280; 88, 172 n.207; 318 n.474; 344 n.31	40,12,17 40,12,20,2 40,12,22,3 41,1,9,4 41,1,10,1 41,1,19 41,1,37,6 41,1,54,3 41,2,1,21 41,2,42,1 41,3,27 41,3,33 41,3,48 41,4,2 41,4,7,6 41,4,11 41,5,2,1 41,6,1 41,7,6 41,8,1 41,8,2 41,8,3 41,9,1 42,1,4,3 42,1,4,7 42,1,14 42,1,19,1 42,1,41pr	219 n.93 215 n.79; 255 n.237 20 n.79; 46 215 n.76 286 n.349 189 n.290 278 n.321 258 n.249 279 n.323 20 n.79; 47 234 n.150 222 n.105 221 n.99 222 n.105 222 n.105 286 n.349 209 n.49; 221 ss. 221 n.99 222 n.105 222 n.105 222 n.105 222 n.105 222 n.105 10 n.30; 59 n.212 59 n.212 144 n.116 54 n.201 21 n.79; 30 n.116; 31 n.120; 32 n.124; 36 n.149; 82 n.279; 88 266 n.283; 318 n.474 266 n.283 217 n.86 249 n.203 266 n.283 187 n.280 233 n.146 187 n.280; 210 n.51; 231 n.141 187 n.280 234 ss. 187 n.280 210 n.51; 231 n.140; 234 n.150 187 n.280; 231 n.140; 233 210 n.51; 213 n.72 187 n.280 210 n.51; 231 n.139 187 n.280; 210 n.51; 231
39,6,18,1	20 n.75; 27 n.111; 32 n.124; 38 , 56 , 60; 63; 65 n.231; 71 n.247		
39,6,24	72; 93 n.318		
39,6,31	343 n.28		
39,6,31,3	20 n.76; 56 n.206; 57 , 60; 63; 71 n.247		
39,6,35,6	72; 93 n.318		
39,6,42,1	267 n.287		
40,1,4,1	21 n.79; 26 n.104		
40,1,6	185 n.270		
40,2,10	192 n.300		
40,4,22	185 n.275		
40,4,41pr	185 n.270		
40,4,44	140 n.80		
40,5,2	144 n.114		
40,5,4,6	185 n.275		
40,5,24,18	184 n.263		
40,5,32,1	184 n.265		
40,5,32,2	184 n.263		
40,5,42	185 n.274		
40,7,3,4	186 n.278		
40,7,3,5	186 n.278		
40,7,3,7	186 n.278		
40,7,3,8	186 n.278		
40,7,3,13	186 n.276		
40,7,5pr	185 n.275		
40,7,6,4	186 n.278		
40,7,6,5	186 n.278		
40,7,6,7	186 n.278		
40,7,8pr	186 n.276		
40,7,13,1	186 n.276		
40,7,13,4	186 n.278		
40,7,15,1	172 n.207		
40,7,20pr	186 n.278		
40,7,20,3	186 n.277		
40,7,20,4	186 n.275		
40,7,21pr	186 n.276		
40,7,23,1	186 n.276		
40,7,42	186 n.276		
40,9,18,1	186 n.278		
40,12,14pr	214 n.75		
40,12,14,1	214 n.75		
40,12,16,2	215 n.76		
40,12,16,3	209 n.49; 214 ss. ; 216 n.80;		

	n 139	46,1,16pr	95 n.325
43,24,13,7	187 n.280	46,1,18	20 n.75; 23; 27 n.111; 32 n.121; 57 s. ; 77 n.266; 81 n.275; 84 n.284; 126 n.9; 294 ss. ; 329; 336 n.2
43,24,15,1	187 n.280		
43,24,15,2	187 n.280		
44,1,7	297 n.379		
44,2,5	284 n.338	46,1,42	145 n.122
44,2,11,7	213 n.68	46,2,1,1	81 n.276
44,4,2,3	76 n.260	46,2,4	21 n.79; 28 n.111; 36 n.151; 55 n.205
44,4,4,19	263 s. ; 274; 338 n.13; 339 n.15; 377 n.115	46,2,8,1	14
44,4,4,20	9 n.28; 82 n.279; 324 n.509	46,2,8,5	8 n.26; 76 n.262; 172 n.207; 338
44,4,4,21	21 n.79; 29 n.115; 32 n.123; 82 n.279	46,2,10	94 n.322
44,4,4,26	8 n.25; 20 n.75; 21 n.79; 22; 26 n.104; 88 n.298	46,2,11pr	8 n.25; 9 n.28; 13 ; 20 n.79; 23 ; 27 n.109; 31 n.120; 34 s. ; 36 n.150; 37 n.157; 38 n.158; 58 ; 79 n.270; 86; 87 n.290; 92 ; 304
44,4,5,5	21 n.79; 30 n.116; 31 n.120; 39; 69 s. ; 72 n.248; 82 n.279; 318 n.474; 326 n.523	46,2,11,1	8 n.25; 13 ; 20 n.79; 22 n.84; 23 ; 31 n.120; 34 s. ; 36 n.150; 92 ; 93 n.314
44,4,6	263 n.270	46,2,12	21 n.79; 29 n.115; 31 n.120; 61; 70 s. ; 72 n.248; 82 n.279; 127 n.11; 137; 294; 318 ss. ; 330
44,4,7pr	19 n.75; 20 n.79; 75 n.258; 83 n.282	46,2,13	21 n.79; 29 n.114; 31 n.120; 67 ; 82 n.281; 324 n.509
44,4,7,1	19 n.75; 20 n.79; 75 n.258; 83 n.282	46,2,14,1	14 n.47
44,4,16	21 n.79; 29 n.112; 31 n.120; 40 n.163; 90	46,2,17	20 n.79; 23; 28 n.111; 33 n.134; 36 n.151
44,5,1,5	61 n.218; 67 n.237	46,2,19(pr)	21 n.79; 28 n.111; 29 n.115; 31 n.120; 33 n.126; 82 n.279; 83 n.282; 324 n.509
44,5,1,10	21 n.79; 29 n.115; 31 n.120; 67 ; 82 n.279; 318 n.474; 324 n.509; 325 n.523	46,2,21	20 n.76; 44 n.179; 84 n.284 338
44,5,1,11	21 n.79; 28 n.111; 31 n.120; 60 s. ; 82 n.280	46,2,22	346 n.36
44,6,2	211 n.59; 216 n.80; 216 ss.	46,2,25	20 n.77; 23; 28 n.111; 36 n.151; 84 n.284
44,7,2pr	211 n.60	46,2,27	20 n.76; 28 n.111; 30 n.120; 55 n.205; 84 n.284; 317 n.472
44,7,14	246 n.191	46,2,31,1	20 n.79; 23; 30 n.116; 120; 82 n.279
44,7,20	145 n.119; 186 n.279; 191 n.297; 223 n.109; 231 n.138	46,2,34pr	20 n.76; 137; 168 n.198; 294; 338 n.12; 339 s. n.15; 345 s.
45,1,1pr	154 n.150	46,2,34,2	78 n.269
45,1,48	249 n.203	46,3,10	94 n.322
45,1,67,1	9 n.28	46,3,12pr	245 n.188
45,1,91,6	81 n.276	46,3,12,2	95 n.327; 242; 243; 246
45,1,104	9 n.28		
45,1,112,1	9 n.28		
45,1,118,2	95 n.325		
45,1,131,1	95 n.324		
45,1,141,4	90 n.305		
45,2,3pr	10 n.29		
46,1,6,2	165 n.185		
46,1,8,7	10 n.29		
46,1,10,2	150 n.142; 153 n.147		
46,1,13	351		

	n.191; 251; 252 s. ; 260; 274; 275; 350; 353 nn.60, 61, 67; 355; 356 s.		n.111; 31 n.120
46,3,12,3	95 n.327	46,3,106	9 n.27; 33 n.135; 95 n.326; 173 n.209
46,3,12,4	198 n.314; 234 ss. ; 241 n.173	46,3,108	20 n.79; 33 n.136, 115 n.110; 120; 195 n.306; 202 n.8; 242; 270 ss. ; 274; 339 n.15; 353 n.61
46,3,15	21 n.79; 28 n.111; 36 n.151		
46,3,18	242; 246 n.191; 251; 253 ss. ; 254; 274; 275; 350; 353 n.61; 355; 357	46,4,3	213 n.69
46,3,19	8 n.25; 17 y n.61; 20 n.76; 28 n.111; 36 n.151; 234	46,7,3,2	255 n.237
46,3,32	19 n.75; 195 n.306; 246 n.191; 251; 253 n.221	46,7,3,3	212 n.66
46,3,33pr	95 n.324	46,8,3pr	213 n.68
46,3,34pr	8 n.26; 48, 94 s. ; 172 n.207; 324 n.509	46,8,16pr	359 n.78
46,3,34,3	90 n.304; 242; 243 n.179; 244 ss. ; 246 n.191; 253 n.219; 274; 275; 350; 353 nn.61, 67; 362 s.	46,8,22pr	359 ; 360 n.78
46,3,34,4	213 n.69; 245 n.189; 268 s. ; 274; 275; 287 n.350	47,2,43pr	254 n.224
46,3,34,7	19 n.75; 109 n.60; 350 n.51	47,2,43,1	198 n.314; 254 n.224; 258 n.250
46,3,35	246 n.191; 254 n.221	47,2,43,2	21 n.79; 29 n.114; 36 n.151; 40 n.163; 47 n.186; 89
46,3,38,1	19 n.75; 52 n.195; 246 n.191; 251; 255 n.227; 257 n.248; 258 n.250; 344 n.29	47,2,44pr	20 n.76; 168 n.198; 198 n.314
46,3,44	45	47,2,52,21	254 n.224
46,3,49	20 n.79; 32 n.125; 44 n.179; 234	47,2,62(61), 5	255 n.237
46,3,51	246 n.191	47,2,67(66), 3	246 n.191
46,3,54	59 n.212	47,2,67(66), 4	254 n.224
46,3,56	41 n.166; 265 s. ; 274	47,2,76(75)	20 n.76; 23; 29 n.113; 36 n.151
46,3,58pr	245 n.189; 287 n.350	47,2,81(80), 5	198 n.314; 238 n.163; 254 n.224; 359
46,3,59	20 n.79; 48, 95 ; 324 n.509	47,2,81(80), 6	198 n.314; 254 n.224
46,3,62	246 n.191	47,2,81(80), 7	198 n.314; 254 n.224; 372; 373
46,3,64	20 n.79; 40 ; 44 n.179; 145 n.121	47,6,5	186 n.279
46,3,66	20 n.76; 48; 324 n.509	47,10,5,9	223 n.108
46,3,68pr	186 n.278	47,10,11pr	223 n.108
46,3,82	19 n.71; 317 n.472	47,10,11,3	210 n.51; 211 n.59; 231 n.138
46,3,87	236 n.154; 246 n.192	47,10,11,4	223
46,3,89,1	242; 250 s. ; 274; 275; 350; 353 n.61; 355; 356	47,10,11,5	209 n.49; 223 ; 231 n.138
46,3,95,1	292 n.368	47,10,15,8	223 n.108
46,3,95,7	184 n.266	47,10,17,4	223 n.108
46,3,96pr	20 n.77; 29 n.113; 30 n.120; 40 n.163; 44 n.179; 89	47,10,17,5	223 n.108
46,3,96,2	17 y n.62; 21 nn.80, 81; 28	47,10,17,6	223 n.108
		47,10,17,7	186 n.279; 191 s. n.297
		47,12,3,4	209 n.46
		47,13,2	178 n.228
		48,5,28,6	144 n.112

48,5,39(38), 4	181 n.246	4,10,2	17 y nn.62, 64; 22 n.87
48,6,6	181 n.248	4,11,1	271 n.296
48,8,3,2	178 n.228	4,25,6	154 n.149
48,8,13	178 n.228	4,26,10	286 n.349
48,10,14,2	182 n.256	4,26,13pr	149 n.137, 161 n.169
48,13,2	7 n.19; 10 n.33, 21 n.79	4,28,7pr	150 n.142, 153 n.148
48,13,11(9), 5	182 n.256	4,29,15	302 n.400
48,16,16	181 n.247	4,35,12	286 n.349
49,5,1pr	213 n.68	4,52,2	90
49,14,13,7	181 n.247	5,4,12	187 n.281
49,14,18,8	210 n.51	5,18,1	313 n.456
49,14,22,1	20 n.79; 44 n.179	5,58,1	10 s.
49,16,3,9	217 n.84	6,2,1	284 n.338
49,16,3,15	211 n.61	6,50,1	267 y n.287
50,1,17,7	209 n.43	7,27,3	222 n.105
50,4,6pr	209 n.43	7,29,4	222 n.105
50,7,9(8),1	209 n.43	7,33,4	222 n.105
50,10,7,1	211 n.61	7,33,5	222 n.105
50,16,47	59 n.212	7,62,32,3	22 n.88
50,16,94	250 n.203	7,62,32,4a	22 n.88
50,16,187	20 n.79; 22 n.84; 24; 31 n.120; 36 n.150; 41; 59 ; 77 n.266	8,4,1	22 n.87
50,16,214	146 n.127	8,37(38),11	271 n.296
50,17,60	238 n.163	8,40(41),1	292 n.368
50,17,129pr	318 n.474	8,41(42),1	15 s. ; 33 n.133; 77 n.263, 174 n.213
50,17,152,1	210 n.51	8,41(42),2	22 n.87; 84 n.284
50,17,152,2	235 ss.	8,41(42),3	16 y n.59; 22 n.87
50,17,180	20 n.79; 45 ; 265; 324 n.510	8,41(42),3,1	78 n.269; 84 n.284
Codex		8,41(42),5	82 n.280
1,40,7	22 n.89	8,41(42),6	33 n.133; 174 n.213
1,55,1	22 n.89	8,42(43),3	246 n.191; 253 n.221
1,55,4	22 n.89	8,43(44),7	35 n.143
2,12,10	286 n.349	8,53(54),11, 1	15 , 22 n.87; 77 n.263
2,18(19),9	238 n.163	10,16,4	22 n.89
2,18(19),19	238 n.163	10,16,8	7 n.20
3,4,1	22 n.88	10,17,1	22 n.89
3,32,3	238 n.163	10,17,2	22 n.89
3,32,24	222 n.105	10,23,4	22 n.89
4,5,2	67 ; 324 n.509	10,32,23	22 n.89
		10,48,8	22 n.89
		10,48,10	22 n.89
		12,29,3,3	22 n.88

	n.286, 379 n.122	36,4,3,2	212 n.65
34,1,15,1	7 n.20; 10 n.33; 20 n.76, 26 n.104	37,1,3,7	234 n.150
34,3,5pr	9 n.28	37,5,15,4	184 n.264
34,3,11	94 n.319; 297 ss. ; 329	37,6,1,12	11 ; 21 n.79; 26 n.104; 77 n.263
34,3,28,3	249 n.203	37,10,3,11	185 n.274
34,3,28,13	184 n.263	37,14,13	192 n.300
34,3,29	14; 21 n.79; 26 n.104	37,15,3	192 n.299
34,4,6pr	184 n.265	38,1,20,1	250 n.203
34,4,31,2	210 n.51; 230 n.137	38,1,37pr	59 n.214; 83 n.282
34,5,7(8),2	184 n.263	38,1,37,3	83 n.282
34,8,5	184 n.265	38,1,37,4	21 n.79; 22 n.85; 23; 24; 29 n.115; 31 n.120; 59 ; 77 n.266; 83 n.282
34,9,5,18	184 n.268	38,1,37,8	10 n.30
35,1,6,1	185 n.276	38,2,13	189 n.290
35,1,23	184 n.264	38,5,1,16	21 n.79; 28 n.111; 32 n.124; 40 n.163; 44 n.179; 89 s.
35,1,40,3	185 n.270	38,5,5pr	20 n.79; 47 ; 350 n.51
35,1,41	13 ; 21 n.79; 26 n.104	38,5,12	213 n.70; 242; 353 n.61, 65, 68; 354 n.69; 368 n.86
35,1,44,7	184 n.264	38,7,3	178 n.228; 182 n.256
35,1,51pr	186 n.276	39,1,1,10	140 n.76
35,1,51,1	186 n.278	39,2,1	6; 21 n.79
35,1,55	184 n.264	39,2,18,14	210 n.51
35,1,57	186 n.277	39,3,5	187 n.280
35,1,62,1	184 n.264	39,3,23pr	181 n.247; 182 n.256
35,1,77pr	184 n.267	39,5,2,1	19 n.75; 56
35,1,77,3	229 n.131	39,5,2,2	19 n.75; 54 ; 55; 65; 69 n.243; 88; 344 n.31; 350 n.51
35,1,86pr	186 n.278	39,5,2,3	19 n.75; 20 n.79; 75 n.258; 83 n.282
35,2,1pr	184 n.265	39,5,2,4	19 n.75; 20 n.79; 75 n.258; 83 n.282
35,2,1,10	298 n.386	39,5,9,2	173 n.208
35,2,30,1	184 n.265	39,5,10	352 n.56
36,1,6,6	184 n.265	39,5,12	54 n.201
36,1,24(23)	184 n.263, 264	39,5,19,3	137; 242; 244; 246 n.191; 249 n.203; 261; 305 n.414, 415, 416; 306 s. ; 321 n.493; 330; 350; 352 n.58; 374 s.
36,1,26(25), 3	189 n.290	39,5,19,4	59 n.212; 81 n.276
36,1,27(26)	144 n.113; 178 n.228	39,5,21pr	8 n.25; 19 n.72; 20 n.75; 23; 30 n.116, 120; 57 ; 63 n.222; 65; 318 n.474; 325 n.523; 344 n.30
36,1,38(37) pr.	8 n.26; 20 n.79; 46 ; 172 n.207; 234 n.149	39,5,21,1	8 n.25; 19 n.75; 39; 55 ; 61 n.221; 62 n.222; 69 n.243; 77 n.266; 82 n.280; 344 n.29
36,1,48(46)	184 n.265		
36,1,52(50)	181 n.246		
36,1,64(62), 1	210 n.50; 229 n.132		
36,1,67(65), 4	20 n.76; 32 n.125; 44 n.179; 46		
36,1,68(66), 1	234 n.150		
36,1,76(74), 1	181 n.247		
36,2,5,5	184 n.266		
36,2,26,1	249 n.203		
36,2,26,2	210 n.50; 229 n.132		
36,3,5	292 n.368		

C. FUENTES BIZANTINAS Y VISIGODAS

Basílicos		3,6,5	286 n. 349
18,8,1	196 n. 308	(FIRA II	
schol. 6		p. 660)	
26,4,12	322 n. 499, 328 n. 536		
26,5,19	17 n. 61	Interpretatio	
		PS. 2,15,3	285 n. 343
Codicum Gregoriani et Hermogeniani			
Wisigothica epitome			

II. INSCRIPCIONES

Corpus Inscriptionum Latinarum		X 5177	22 n. 86
I ² 2 2659	141 n. 81, 180 n. 240	X 5398	22 n. 86

III. FUENTES LITERARIAS

Aurelio Víctor, <i>Caesares</i>		<i>in Catilinam</i>	
14,11	142 n. 99	4,10	208 n. 37
39,17	142 n. 100	<i>de Divinatione</i>	
41,15	142 n. 99	1,13	221 n. 100
		<i>de Oratore</i>	
Celio Rufo, <i>Fam.</i>		2,79	208 n. 37
8,9,3	208 n. 42	<i>de Inventione</i>	
		2,50,148	5 n. 5
César, <i>de Bello Civili</i>		<i>Philippicae</i>	
3,22,1	146 n. 127	2,80	142 n. 97
<i>de Bello Gallico</i>		<i>pro Plancio</i>	
1,12,3	208 n. 37	42	147 n. 129
6,14,3	208 n. 37	<i>Poetica</i>	
7,76,1	142 n. 92	28	208 n. 37
		<i>de Republica.</i>	
Cesáreo de Arlés, <i>Sermones</i>		2,25	142 n. 95
9 p. 49,1	142 n. 90	<i>pro S. Roscio Amerino</i>	
		111	208 n. 40
Catón, <i>de Agri Cultura</i>		<i>in Verrem II</i>	
146	34 n. 140	2,66	143 n. 102
149,2	19	2,161	147 n.
		3,87	179 n. 238
Cicerón, <i>Arati Phaenomena</i>		4,81	208 n. 39
275(41)	208 n. 37	4,84	208 n. 42
<i>Epistulae ad Atticum</i>			
12,3,2	19 n. 74		
12,12,1	19 n. 74		
13,46,4	19 n. 74		
<i>pro Balbo</i>			
17,38	179 n. 238		
		Floro, <i>Epitome bellorum omnium annorum</i>	
		DCC	
		1,10,8	143 n. 105
		Gelio, <i>Noctes Atticae</i>	

5,19,9 178 n.230
5,19,10 156 n.158
10,10,2 180 n.240
10,20,2 179 n.235

Isidoro, *Differentiae*

1,304 141 n.86

Juvenal

14,225 208 n.40

Livio, *ab Urbe Condita*

1,22,1 142 n.95
1,32,13 147 n.129
1,49 179 n.235
1,49,3 147 n.129
3,25,9 182 n.258
3,63,11 147 n.129
4,3,10 147 n.129
4,17,9 182 n.258
4,20,1 147 n.129
4,23,6 182 n.258
4,30,15 147 n.129
5,46,10 147 n.129
5,51,2 147 n.129
6,16,6 182 n.258
6,39,2 179 n.237
6,42,1 179 n.237
7,3,4 182 n.258
7,12,12 182 n.258
7,17,9 147 n.129
7,17,12 179 n.235
7,19,9 182 n.258
7,19,10 147 n.129
8,15,3 182 n.258
8,15,5 182 n.258
8,37,1 183 n.258
9,26,9 182 n.258
10,37,10 147 n.129
10,45,7 147 n.129
21,18,10 147 n.129
22,10,4 183 n.258
22,10,6 183 n.258
22,14,11 147 n.129
23,30,14 142 n.96
23,30,19 142 n.101
23,31,8 208 n.40
24,14,7 143 n.105
24,16,9 143 n.105
20,2,1 147 n.129

27,4,4 183 n.258
27,5,18 142 n.98
27,33,8 183 n.258
28,40,4 142 n.91, 147 n.129
30,40,4 183 n.258
30,44,13 147 n.129
32,8,12 183 n.258
32,26,4 182 n.258
33,31,2 142 n.93
33,44,2 147 n.129
34,6,16 183 n.258
36,1,5 182 n.258
36,21,8 183 n.258
37,19,2 147 n.129
37,19,3 147 n.129
37,52,2 183 n.258
38,45,5 147 n.129
38,45,6 147 n.129
38,55,2 182 n.258
39,5,9 183 n.258
39,54,10 183 n.258
40,16,6 183 n.258
40,19,11 182 n.258
40,34,10 183 n.258
40,35,8 183 n.258
40,53,6 183 n.258
41,15,4 183 n.258
41,16,6 82 n.258
41,19,2 183 n.258
41,27,11 147 n.129
42,21,8 179 n.237, 182 n.258
42,24,6 183 n.258
43,8,4 183 n.258
43,8,8 183 n.258
44,16,7 183 n.258

Livio Andrónico, *Carm.*

fr 9 139 n.73

Lucano, *Bellum civile*

10,482 208 n.37

Lucrecio, *de Rerum Natura*

4,848 208 n.37

Cornelio Nepote, *Atticus*

15,2 208 n.40

Plauto, *Amphitruo*

67 5 n.1

73	143 n.104		
83	5 n.1; 209 n.42		
<i>Asinaria</i>			
147	146 n.127		
<i>Menaechmi</i>			
1030	146 n.127		
<i>Rhetorica ad Herennium</i>			
1,13,23	5 n.5		
1,15(25)	146 n.127		
2,13,19	179 n.235		
<i>Valustio, Iugurtha</i>			
40,3	179 n.237		
<i>Véneca, Agamemnon</i>			
304	146 n.127		
<i>de Beneficiis</i>			
4,11,3	19		
6,5,2	19, 23, 57, 77 n.266		
7,19,3	19		
<i>de Clementia</i>			
1,3,5	146 n.127		
<i>Epistulae</i>			
18,14	7 n.20; 19		
<i>Cornelio Sisenna, Historiae</i>			
119	139 n.74		
<i>Tácito, Annales</i>			
13,7	208 n.38		
14,38	208 n.41		
<i>Germania</i>			
7,1	146 n.127		
11,2	147 n.128		
<i>Taureacio, Epistulae ad Ruricium</i>			
3 p.466,12	142 n.90		
<i>Terencio, Andria</i>			
296	208 n.38		
<i>Eunuchus</i>			
2,3,97	146 n.127		
<i>Tertuliano, de Carvis Resurrectione</i>			
5 p.31,12	146 n.127		
<i>Valerio Máximo, Facta et Dicta Memorabilia</i>			
4,8,5	142 n.93		

Veleyo Patérculo

2,42,3 208 n.37

Virgilio, *Aeneis*

4,222 208 n.42

5,757 142 n.94