

# MANDATUM POST MORTEM

P O R  
JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA  
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. EL ORIGEN DEL MANDATO EN EL ÁMBITO DE UNA ÉTICA SOCIAL DE LA RECIPROCIDAD.—2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MANDATUM POST MORTEM.—3. GESTIÓN DE NEGOCIOS POST MORTEM.—4. SUPUESTOS DE MANDATUM POST MORTEM.—5. LA POSIBILIDAD DE UN MANDATUM POST MORTEM TESTAMENTARIO.—6. EXÉGESIS DE D. 11,7,14,2 (ULPIANO, 25 AD ED.).—7. MANDATO Y DELEGACIÓN.—8. CONCLUSIÓN.

## 1. EL ORIGEN DEL MANDATO EN EL ÁMBITO DE UNA ÉTICA SOCIAL DE LA RECIPROCIDAD

La primera circunstancia que debe llamar la atención del que se acerca a la figura del mandato es la de su misma juridicidad. Estudiado entre los contratos de buena fe, admitido en los derechos modernos con algunas diferencias que no ocultan la recepción del *mandatum* romano, éste plantea, sin embargo, una específica ambigüedad que provocará en sus aplicaciones prácticas un cúmulo de problemas derivados de aquel conflicto original: el que afecta a su propia existencia jurídica. Son los mismos juristas romanos los que se hacen eco de su raíz ética, de un nacimiento anterior al derecho. La endiádis de Paulo, *ex officio atque amicitia*<sup>1</sup>, nos sitúa ante la es-

---

<sup>1</sup> D. 17,1,1,4 (Paulo, 32 *ad ed.*): *Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit*. El pasaje es un testimonio siempre citado en sede de gratuidad del mandato: B. FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, en *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento IV* (Palermo, 1936) 428; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano* [Napoli, 1949] (Napoli, 1965) 111; A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law* (Oxford, 1961) 102 ss.; J. H. MICHEL, *Gratuité en droit romain* (Bruxelles 1962) 168 ss.; M. KASER, *Ius Gentium* (Köln - Weimar - Wien, 1993) 144;

pecificidad de este contrato y también ante la dificultad que entraña su inclusión en el mundo jurídico. ¿Cómo puede una relación de amistad, basada por su propia esencia en la plena voluntariedad, dar lugar a responsabilidad jurídica? ¿No son acaso la amistad y la norma jurídica casi dos polos contrapuestos? Si acudimos a los datos que conocemos sobre los ordenamientos griegos<sup>2</sup>, observamos que no existe una figura análoga a la del mandato romano. Podría ser criticada esta afirmación sosteniendo que, según la opinión común, el derecho griego no conoció el principio de tipicidad de los contratos, de tal modo que cualquier acuerdo entre los particulares, dentro de ciertos límites, era vinculante<sup>3</sup>, y, por tanto, también el mandato<sup>4</sup>; en todo caso, faltó una concreta determinación de la figura que delincara su contenido diferencial. Por otro lado, parece evidente que tanto en Grecia como en Roma el mandato debió de atravesar una primera época, en la que los efectos que conllevaba su no realización conforme a las pautas del que daba el encargo, se manifestaban exclusivamente por medio de una sanción social, en la línea de la argumentación de D. NÖRR; o, si se admiten otros presupuestos historiográficos, esta vez para Roma, su obligatoriedad se vincularía al orden *cósmico* de la *fétes*, entendida como fuente de producción de normas jurídico-religiosas, según la sugestiva pero problemática reconstrucción de R. Fiori<sup>5</sup>.

---

G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano* (Milano, 1994) 222, n. 153; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, 1996) 415, n. 14; C. LÓPEZ-RENDO RODRIGUEZ, *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al Derecho Moderno* (Oviedo, 1999) 35. Otras referencias a la gratuidad del mandato: Gai. 3,162; IJ. 3,26,13; D. 17,1,36,1 (Javoleno, 7 *ex Cassio*); CJ. 4,25,20,1 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Epagatho*). El derecho vulgar olvidó el principio de la gratuidad que fue restablecido por Justiniano: A. d'ORS, *Derecho privado romano*, 9.ª ed. (Pamplona, 1997) 535, n. 4, que remite a E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (Weimar, 1956) 287 ss.

<sup>2</sup> Seguimos en esta reflexión a D. NÖRR, *Sulla specificità del mandato romano*, en *SDIH*. 60 (1994) 367 ss., que procede de una reelaboración de varios trabajos, sobre todo del artículo *Mandatum, fides, amicitia*, en D. NÖRR · SH. NISHIMURA, *Mandatum und Verwandtes* (Berlín, 1993) 13 ss.

<sup>3</sup> Vid. A. BISCARDI, *Diritto greco antico* (Milano, 1982) 136 ss., que parte del análisis del conocido pasaje de Aristóteles, *Ética Nicomachea*, 1131a, 2-9.

<sup>4</sup> Admite la presencia de relaciones basadas en el mandato R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Graeco-Roman Egypt in the Light of the Papyri (332 B.C. - 640 A.D.)* (New York, 1944) 297 s.

<sup>5</sup> R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa* (Napoli, 1996) 152 ss.; según el autor, las relaciones derivadas de la

Cualesquiera que sean los posibles orígenes religiosos del mandato, éstos no pueden ser atendidos según el estado de nuestras fuentes. Las referencias más antiguas lo vinculan con el criterio del *officium*, que supone ya una laicización de los probables antiguos parámetros religiosos de la institución<sup>6</sup>. En particular, los numerosos pasajes ciceronianos en los que se subraya la *utilitas* de la *amicitia*<sup>7</sup> dejan bien clara la influencia estoica en esta materia<sup>8</sup>. En la relación de amistad, como muy bien observa Cremades<sup>9</sup>, el *officium* causa y perpetúa la relación: «por lo que respecta a la relación de amistad, que es básica, la prestación gratuita de servicios (*officia*)

---

*fides* pueden ser divididas en dos grupos: en el primero se recurre al juramento (testimonios, ejecución de tareas magistratuales, actividad jurisdiccional); en el segundo grupo se hace uso en sentido real o figurado del concepto de *foedus* (matrimonio, *hospitium*, *pax*, *militia*, clientela, relaciones obligacionales). La *amicitia*, que para el autor tiene un carácter jerárquico a pesar de su perfil teóricamente igualitario, forma parte del segundo grupo, p.163. Sobre el trabajo de Fiori puede consultarse la extensa (y muy crítica) recensión de F. ZUCCOTTI, *In tema de sacertà*, en *Libero* 44 (1998) 417 ss.

<sup>6</sup> No me parece afortunada la expresión de G. NEGRI, *La gestione d'affari nel diritto romano*, en J. PARIÑO (coord.) *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, 1994) 672 cuando se refiere a la laicización de las relaciones basadas en el *officium* y al posterior triunfo de la noción técnico-jurídica de *obligatio*. El concepto de *officium* es ya el fruto de una evolución desde los presupuestos religiosos originarios y, por ello, y teniendo en cuenta su fundamento filosófico, debe ser reputado como principio estrictamente jurídico. En realidad, el propio autor parece ser de esta opinión, cuando sostiene que el *officium* constituye en la perspectiva de los juristas clásicos el nexo que une los diversos modos de la cooperación de gestión, de manera que, siguiendo a E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* II 1 (Padova, 1962) 276, 305, ha de ser considerado como un criterio sistemático: vid. G. NEGRI, *op. cit.*, p.670. Por lo demás, como es sabido, debemos a este último autor uno de los análisis más lúcidos sobre el *officium* en derecho romano: G. NEGRI, *La clausula codicillare nel testamento inofficioso. Saggi storico-giuridico* (Milano, 1975) 151 ss.

<sup>7</sup> Un análisis de los textos esenciales en la obra de Cicerón, *de amicitia*, puede verse en G. NEGRI, *La clausula codicillare nel testamento inofficioso*, cit., pp. 184 ss. Por lo demás, se trataría de una *utilitas* muy matizada, que no coincide con la idea banal de anteposición del propio interés práctico: Cicerón, *de amicitia* 14, 51: *Atque etiam mihi quidem videntur qui utilitatis causa fingunt amicitias amabilissimum nodum amicitiae tollere. (...) Non igitur utilitatem amicitia, sed utilitas amicitiam consecuta est.*

<sup>8</sup> L. PIZZOLATTO, *La idea de la amistad*, trad. de J. R. Monreal (Barcelona, 1996) 126 ss.; a diferencia de la escuela epicúrea, los estoicos defendían una idea instrumental de la amistad, como medio para alcanzar la felicidad, y, en cierta medida, como una expresión del amor a sí mismo.

<sup>9</sup> I. CREMADES UGARTE, *El officium en el Derecho Privado Romano. Notas para su estudio* (León, 1988) 75.

está en la base de la constitución de la misma relación (*amicitia* por intercambio de servicios —*mutuatio officiorum*— constituida), y, una vez constituida, la sucesiva prestación del *officium* expresa la existencia de la relación y causa su perpetuación». El mismo autor llama la atención en este punto sobre un famoso texto de Cicerón, *pro Sexto Roscio Amerino* 38, 111<sup>10</sup>, y muy oportunamente, puesto que en él se afirma con rotunda claridad la función trascendental que jugaba el *officium amicitiae* en la sociedad romana. Y que de esta relación de amistad el contrato de mandato sea la expresión más acabada puede confirmarse con este pasaje de D. 19,5,5,4 (Paulo, 5 *quaestionum*):

*Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuuum officium praestamus et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (possum enim tibi mandare, ut et custodiam tibi praestes et non plus impedas in exigendo quam decem): et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. sin autem alter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas: neque enim de re tua tibi mando. sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.*

El texto, situado dentro de la conocida cuatripartición (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*), a pesar de haber sufrido posibles modificaciones formales<sup>11</sup>, ofrece una preciosa información. Es muy significativo el *tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem*, que debe ser

<sup>10</sup> *In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa, verum etiam neglegentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe quam furti, credo, propterea quod, quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in iis operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur; quam qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere; alius in alia est re magnis utilis. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur.*

<sup>11</sup> Vid. I. CREMADES UGARTE, *op. cit.*, p. 107, n. 205. De «graves modificaciones» habla P. VOGLI, *Istituzioni di diritto romano*, 5.ª ed. (Milano, 1996) 463.

puesto en relación con D. 19,5,19 pr. (Ulpiano, 31 *ad ed.*), donde podemos leer una expresión semejante: *tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*. Este segundo pasaje ofrece un argumento muy persuasivo a favor de la tesis que atribuye a Labeón la introducción del *agere praescriptis verbis* para la protección de hipótesis de convenciones obligatorias atípicas, sobre el precedente ofrecido por la cláusula edictal *de pactis*, que, según A. Burdese, cuya opinión seguimos<sup>12</sup>, habría posibilitado la concesión pretoria de un *iudicium* o *arbitrium* al margen de específicas previsiones edictales por medio de una *praescriptio pro actore*<sup>13</sup>. Excede del objeto de nuestro trabajo el adentrarnos en el complicado mundo de los contratos innominados y de los límites del principio de tipicidad contractual en derecho clásico. Sin embargo, volviendo al pasaje de Paulo, y a su semejanza parcial con el últimamente citado de Ulpiano, me gustaría destacar que en ambos casos existe una referencia a la gestión de negocios: en el primer supuesto, Paulo, puesto ante la dificultad de calificar un convenio del tipo *do ut des*, no duda en asimilarlo al contrato de mandato; por su parte, Ulpiano, en un contexto más oscuro, parece referirse también a una *negotiorum gestio* que, dado el acuerdo entre los sujetos, terminaría por equipararse también al mandato.

El hecho de que Paulo y Ulpiano, reconozcan por una parte la solución labeoniana del *agere praescriptis verbis*; y, por otra, dejen traslucir una posible vía anterior de solución de estos conflictos a través de su calificación como contratos de mandato, nos indica que en la jurisprudencia republicana el criterio del *officium amicitiae*, del cual el mandato es expresión exacta, mantenía una posición central que luego sería progresivamente superada conforme la sociedad romana se alejaba de sus originarios esquemas de relación. Es muy posible, además, que la fundamentación que Paulo hace del mandato en D. 17,1,1,4 (32 *ad ed.*), en sintonía con el pasaje ya re-

<sup>12</sup> A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 5 (1993) 41 ss.; este importante trabajo se complementa con otro del mismo autor, *I contratti innominati*, en *Derecho Romano de Obligaciones*, cit., pp. 63 ss. Otra interpretación de D. 19,5,19 pr. (Ulpiano, 31 *ad es.*) relacionándolo con D. 19,5,24 (Africano, 8 *quaestionum*) es la que propone A. D'ORS, *Las Quaestiones de Africano* (Roma, 1997) 362; 367: los compiladores sustituyeron la original *actio mandati* por la nueva *actio praescriptis verbis*.

<sup>13</sup> A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, cit., p. 53.

ferido de Cicerón en *pro Sexto Roscio Amerino* 38, 111, contenga la que fuera su primera razón de ser, *nam originem ex officio atque amicitia trahit*, la que es fiel reflejo de la más antigua mentalidad romana, fruto de un «profundo sentido de moralidad social impregnada del antiindividualismo propio de las sociedades comunitarias» según afortunada expresión de Cremades<sup>14</sup>. Esta línea teórica propugnada por Paulo, que representa el modelo más antiguo, coexistió en época clásica con una más reciente configuración jurisprudencial del mandato, la llamada a triunfar en el derecho posterior, que procede a una contracción del ámbito de aplicación de este contrato, dejando fuera muchos supuestos que, desde este nuevo punto de vista, son considerados como casos de simple recomendación. Es lógico que en una sociedad más articulada la *amicitia* abandone su lugar de privilegio. En las fuentes aparecen así interpretados un conjunto de situaciones que ahora se independizan del mandato, situaciones en las que sólo se incurre en responsabilidad si se produjera un comportamiento perseguible por la *actio de dolo*. Ulpiano parece ser el principal representante de esta segunda configuración llamada a prevalecer<sup>15</sup>. De todos modos, ni siquiera por medio de este nuevo enfoque se produce una completa separación del fundamento originario, como se demuestra por las dudas que a los juristas producen estos casos de *commendatio*, y por el hecho de que se dan algunas coincidencias en la práctica entre la *actio de dolo* y la *actio mandati*, al menos cuando por medio de esta última se exige una responsabilidad derivada de la conducta dolosa de la otra parte<sup>16</sup>. En mi opinión, no me parecen totalmente convincentes los esfuerzos doctrinales tendentes a realizar una distinción radical entre el concepto de dolo como comportamiento contrario a la *bona*

<sup>14</sup> I. CREMADES UGARTE, *op. cit.*, p. 102.

<sup>15</sup> Tomamos la hipótesis de esta contraposición entre Paulo y Ulpiano de D. NÖRR, *Sulla specificità del mandato romano* cit., p. 388. El autor se apoya en D. 17,1,10,7 (Ulpiano, 31 *ad ed.*): *Si quis ea, quae procurator suus et servi gerebant, ita demum rata esse mandavit, si interventu Sempronii gesta essent, et male pecunia credita sit, Sempronium, qui nihil dolo fecit, non teneri. et est verum cum, qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit in manendis procuratoribus et actoribus et in regendis consilio, mandati non teneri, sed si quid dolo fecerit, non mandati sed magis de dolo teneri* A este pasaje podríamos añadir: D. 17,1,12,12 (Ulpiano, 31 *ad ed.*); D. 18,1,43 pr. (Florentino, 8 *institutionum*); D. 50,14,2 (Ulpiano, 42 *ad Sabinum*); D. 4,3,8 (Gayo, 4 *ed. prov.*).

<sup>16</sup> El cap. 84 de la *lex Irnitana* distingue específicamente el ejercicio de una *actio mandati* alegando el dolo del demandado. Vid. F. LAMBERTI, *Tabula Irnitana. Municipality e «Ius Romanorum»* (Napoli, 1993) 153, con bibliografía.

*fides* y el tomado como base en la *actio de dolo*<sup>17</sup>. Precisamente el carácter infamante de la condena por dolo en el mandato constituye un rasgo que lo vincula con el ambiente originario en que nació como institución plenamente jurídica, pues una quiebra en el comportamiento del mandatario se consideraba una lesión grave de los deberes de servicios mutuos en los que se basaba el mecanismo de la sociedad tradicional romana, es decir, en los *officia* del *bonus vir*. Conviene recordar en este punto que el régimen de la infamia sufrió un debilitamiento con el fin de la *libertas* republicana, que supuso el fin constitucional de un régimen de participación, por imperfecto que fuera. Por eso, en el Principado, la infamia pretoria, vinculada a la limitación en el *postulare*<sup>18</sup> no es sino el pálido reflejo de una situación anterior en la que la infamia, como concepto opuesto a la *dignitas* y a la *aestimatio* del *civis*, debió ejercer un papel mucho más importante. La infamia sancionaba un comportamiento contrario a la ética social. Puede sostenerse que la relación de mandato, antes de su recepción en el derecho privado, fuera tutelada, al menos en los casos de transgresión más graves, por medio de la *cura morum* encomendada a los censores, en particular, por medio de la nota censoria<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Defiende este criterio de separación F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I (München, 1988) 644. Según J. G. CAMIÑAS, *La problemática del dolo en el Derecho Romano Clásico*, en *Derecho Romano de Obligaciones* cit., p. 953, con Aquilio Galo surgió en la época tardo-republicana «un nuevo concepto de dolo». A. D'ORS, *Derecho romano privado*, cit., pp. 444 s., sostiene una opinión más moderada y preferible según mi punto de vista: «La Jurisprudencia republicana (C. Aquilio Galo y Servio Sulpicio Rufo) consideraba como un elemento esencial del *dolus malus* la simulación (*aliud simulatur et aliud agitur*), pero Labeón prescinde de este elemento y atiende principalmente al engaño resultante, con lo que se amplía considerablemente la noción de dolo, y se consigue un cierto acercamiento al régimen de la *bona fides*.»

<sup>18</sup> Vid. M. KASER - K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht* (München, 1996) 208. Es muy significativo que la infamia repercutiera directamente en la actividad de *postulare*, es decir, en un tipo de actuación privada pero también de interés cívico directamente relacionada, como principio general, con el contrato de mandato en cuanto fundamento ordinario de la relación interna que liga al representante con el representado. D. 3,3,42,2 (Paulo, 8 *ad ed.*): *Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati: sicut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus eoque nomine iudicatum solvi promittimus: nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito (si hereditatem vendidimus) vel ex pristina causa mandati agere debemus: ut fit cum fideiussor reum procuratorem dedit.*

<sup>19</sup> Sobre la infamia en época republicana y la función del censor en esta materia: A. H. J. GREENIDGE, *Infamia. Its place in Roman public and private law* (Ox-

Las consideraciones arriba realizadas acerca del carácter central que debió tener el *officium amicitiae* en la época republicana abogan de modo evidente por un origen civil de la *actio mandati*, lo que nos enfrentaría ante el debate más general sobre la procedencia de los *bonae fidei iudicia*. Al objeto de este trabajo basta que nos remitamos a los argumentos de J. Paricio sobre esta materia<sup>20</sup>. Por nuestra parte podríamos añadir algunas consideraciones tomadas desde el ámbito de la historia social y económica. Es comúnmente admitida la tesis de K. Polanyi, según la cual las principales formas de integración económica son, por orden de aparición histórica, y sin que se eliminen por completo las nacidas con anterioridad, la reciprocidad, la redistribución y el intercambio<sup>21</sup>, esta última formación correspondería a la economía de mercado. Pues bien, el modelo de la reciprocidad, en el que los sujetos dan y reciben bienes y servicios por medio de un entramado de vinculaciones no formalizadas, basadas en el honor debido y en la costumbre, coincide muy claramente con la situación romana arcaica en la que gran parte de las relaciones sociales se expresaban por medio del cumplimiento de los diversos *officia*, con especial predominio del fundado en la *amicitia*. Casi podríamos decir que *amicitia*, en el sentido republicano, es el nombre que los romanos daban al concepto moderno de reciprocidad. La amistad, enraizada en la *fides*<sup>22</sup>, es el cemento de las relaciones sociales no familiares. La amistad entre ciudadanos, del mismo modo que la reciprocidad desde el aspecto económico, exige un cierto régimen de igualdad<sup>23</sup>, que haga posible el mecanismo social de servicios mutuos, y un cierto tipo de control que en Roma correspondería a la *cura morum* de los censores. Esta reciprocidad, fue paulatinamente disminuyendo su campo de actuación, con su paralelo efecto sobre el *mandatum* como arriba quedó afirmado, conforme la política y la economía romanas fueron consoli-

---

[ford, 1894] (Aalen, 1977) 41 ss.; W. KUNKEI - R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik*. II *Die Magistratur* (München, 1995) 413, n. 68.

<sup>20</sup> J. PARICIO, *Sobre el origen y naturaleza civil de los bonae fidei iudicia*, en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M.ª Reimundo Yanes* (coord. A. MURILLO), tomo II (Burgos, 2000) 188 ss.

<sup>21</sup> K. POLANYI, *El sustento del hombre*, trad. de E. Gómez Parro de la versión original *The Livelihood of Man* aparecida en 1977 (Barcelona, 1994) 109 ss.

<sup>22</sup> Cicerón, *de amicitia* 18, 65: *Firmamentum autem stabilitatis constantiaeque eius quam in amicitia quaerimus fides est.*

<sup>23</sup> Cicerón, *de amicitia* 19, 69: *Sed maximum est in amicitia superiorem parem esse inferiori.*

dando una estructura plenamente estatal y un modelo de mercado equiparable, con todas las matizaciones que se quieran hacer, al moderno<sup>24</sup>. Este tránsito desde la reciprocidad al intercambio (dejando a un lado la redistribución que afecta sobre todo al derecho público) tendría su reflejo en el significativo orden que se aprecia en los distintos catálogos de acciones de buena fe, en los que la compraventa y el arrendamiento aparecen al final<sup>25</sup>, por corresponder a un estado sucesivo de la vida económica en el que se está sustituyendo el intercambio recíproco y gratuito, por otro tipo de vinculación basado en el uso general del dinero. Esta evolución, como es sabido, afectó al propio contrato de mandato que, aunque mantuvo la gratuidad, terminó por admitir un *salarium* como remuneración por la actividad realizada por el mandatario. Tal *salarium* era perseguible exclusivamente *extra ordinem*, es decir, fuera del ejercicio de la *actio mandati* como se confirma por un rescripto de Septimio Severo y Caracalla conservado en C.J. 4,35,1<sup>26</sup>.

Tampoco debe extrañar que dentro del ambiente social en el que se desarrolló por vez primera el contrato de mandato, los vínculos, todavía no férreamente delimitados por la tradición jurisprudencial, afectaran de modo genérico incluso a las relaciones entre vivos y difuntos. Volvamos al discurso ciceroniano *pro Sexto Roscio Amerino*, texto relevante en la reconstrucción del mandato romano. Pues bien, en un momento de su argumentación en la defensa de *Sextus Roscius* hijo, imputado en una *quaestio de sicariis*<sup>27</sup>, Cicerón nos pone en los antecedentes del caso. El nombre de Roscio padre fue incluido tras su muerte en la lista de proscripciones. En la venta pública de los bienes hubo un claro y fraudulento beneficio para Crisógono, liberto de Sila, y para uno de los enemigos del difunto, Tito Roscio Capitón. Estos acontecimientos provocaron

<sup>24</sup> Este problema ha sido últimamente estudiado, con la descripción preliminar de las diversas posturas en liza (sobre todo las de M. I. FINLEY, *The Ancient Economy* [Berkeley, 1973], y las de M. ROSTOVITZ, *The Social and Economic History of the Roman Empire*, 2.<sup>a</sup> ed. [Oxford, 1957]) por P. TEMIN, *A Market Economy in the Early Roman Empire*, en *JRS*. 91 (2001) 169 ss., con abundante bibliografía.

<sup>25</sup> Como recuerda intencionalmente J. PARICIO, *Sobre el origen y la naturaleza civil de los bonae fidei iudicia*, cit., pp. 192 y 197.

<sup>26</sup> Vid. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., p.117; G. COPPOLA, *op. cit.*, pp. 294 ss.

<sup>27</sup> Sobre el significado del discurso ciceroniano y su ubicación en el sistema penal de la época: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2.<sup>a</sup> ed. (Milano, 1998) 148, n. 138, que afirma que no cabe dudar que la competencia de la *quaestio de sicariis* se extendiese al parricidio.

inquietud en Ameria, pues el padre de Roscio era persona de buena reputación. Por tales motivos los decuriones tomaron la iniciativa de enviar una comisión cerca del dictador a fin de hacer posible una rectificación de estas actuaciones. Sin embargo, el propio Capitón, miembro de esta misma embajada, se encargó de que esta iniciativa no llegara a buen puerto. Enjuiciando esta actividad de Capitón como mandatario de una relación en la que el mandante era nada más y nada menos que el *ordo decurionum* del municipio, se nos dice<sup>28</sup>:

*Ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fides. Nam neque mandat quisquam fere nisi amico neque credit nisi ei, quem fidelem putat. Perditissimi est igitur hominis simul et amicitiam dissolvere et fallere eum, qui laesus non esset, nisi credidisset. Itane est? in minimis rebus qui mandatum neglexerit, turpissimo iudicio condemnatur necesse est, in re tanta cum is, cui fama mortui, fortunae vivi commendatae sunt atque concreditaе, ignominia mortuum, inopia vivum adfecerit, is inter honestos homines atque adeo inter vivos numerabitur.*

En la concepción ciceroniana, el mandante, desde un punto de vista formal, sería el *ordo*, y por medio de éste el mismo municipio; sin embargo, desde otra perspectiva más amplia y que no contradice la anterior, es el propio difunto y su hijo los que piden que se les haga justicia. La fama del muerto y el restablecimiento patrimonial de su hijo son una misma realidad. Si el fundamento del mandato es la amistad no debe parecer extraño que sean los límites de ésta los que determinen el campo de aplicación del mandato. Así, es muy significativo que el término *amici* sea de uso general en los colegios funerarios<sup>29</sup>, sobre todo cuando dentro del propio *collegium* se encomienda a los amigos más cercanos del difunto que se ocupen del enterramiento, funeral y dedicación de la lápida<sup>30</sup>. La relación entre la amistad más allá de la muerte y la figura del mandatario-procurador se confirma en esta inscripción que se sitúa dentro del ambiente de un *collegium* de centuriones, CIL III, 265: D(is) M(anibus) / FL(avio) AUDACI<S> (centurioni) / LEG(ionis) I ADIVTRIC(is) / NAT(ione) GERMANIC(a) / VIXIT ANNIS L MENS(ibus) III

<sup>28</sup> Cicerón, *pro Sexto Roscio Amerino* 39, 113.

<sup>29</sup> CIL VI 6220: *amici contulerunt ad funus*.

<sup>30</sup> Sobre la utilización del término *amicus* en la epigrafía relativa a los colegios romanos: J. M. SANTERO, *Asociaciones populares en Hispania romana* (Sevilla, 1978) 39, 46, 51-52, 53, 57, 76, 83-84, 88, 101, 117.

DIEBUS / III IULIUS FORTV / NATUS COLLEGA / ET PROCVR(ator) EIVS / AMICO OPTIMO. Esta inscripción de Ankara (*Ancyra*) ha sido objeto de atención en el reciente, extenso y profundo trabajo de Sabino Perea sobre los colegios militares<sup>31</sup>, trabajo que merecerá nuestra atención más adelante. En todo caso, que la verdadera amistad nos une también a los difuntos y nos impone obligaciones respecto a ellos, es un dato bien visible de la mentalidad romana que tampoco reclama en este punto una específica originalidad. A esta dilatación de la amistad se refiere Cicerón, *de amicitia* 7, 23:

*Cumque plurimas et maximas commoditates amicitia contineat, tum illa nimirum praestat omnibus, quod bonam spem praelucet in posterum nec debilitari animos aut cadere patitur. Verum enim amicum qui intuetur, tanquam exemplar aliquod intuetur sui. Quocirca et absentes adsuat, et egentes abundant, et imbecilli valent, et, quod difficilius dictu est, mortui vivunt: tantus eos bonos, memoria, desiderium prosequitur amicorum.*

Hasta ahora, en el sentido de nuestra argumentación, cabría dudar sobre la repercusión directa de tales reflexiones en el campo estrictamente jurídico<sup>32</sup> ¿No estaríamos más bien ante rasgos de la mentalidad romana que sólo lejanamente conciernen a la regulación sustantiva de algunos supuestos de hecho? Sin embargo, el vínculo de amistad que encierra todo mandato (factor que como recuerda Nörr hace desde el principio problemática la juridicidad de la figura) fue utilizado por la jurisprudencia pontifical para dar protección a un interés *post mortem* en sentido estricto. Nos referimos a una pieza esencial en la evolución del derecho hereditario como es la *mancipatio familiae*<sup>33</sup>. Recordemos sintéticamente la conocida

<sup>31</sup> S. PEREA YÉBENES, *Collegia militaria. Asociaciones militares en el Imperio romano* (Madrid, 1999) 106, n. 234; 253, n. 168; lleva el número 19 de la documentación: p. 513. También en CIL XIII 11835 (PEREA, número 20, p. 513) se utiliza la expresión *collega et amicus*.

<sup>32</sup> Cabría recordar todavía la presencia de *amici* en las inscripciones relativas a algunos sepulcros familiares: CIL VI 7671, 21808, 28802; X 4010. Vid. S. LAZZARINI, *Sepulcra familiaria. Un'indagine epigrafico-giuridica* (Padova, 1991) 20 ss.; 33; 74.

<sup>33</sup> Ésta es la sintética descripción de A. BERGER, s.v., en su *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* [Philadelphia, 1953] (Philadelphia, 1991) 574: «The oldest form of a testament made by *mancipatio* through which the testator transferred his property to a trustee (a friend) with an oral instruction (*nuncupatio*) as to how the trustee, who formally was the buyer of the estate, *famiiae emptor*, had to distribute

descripción de Gayo: por medio de esta singular aplicación del negocio mancipatorio, el *familiae emptor* se colocaba en la situación de heredero de tal manera que *ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*<sup>34</sup>. Con el transcurso del tiempo la *mancipatio familiae* se transformó en un verdadero testamento; sin embargo, la declaración del *familiae emptor*, figura ahora ya puramente simbólica, aunque convenientemente modificada, no puede ser más significativa para nuestro propósito; éstas son sus conocidas palabras: *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio*<sup>35</sup>. Sólo desde un prejuicio dogmático puede negarse la presencia del *mandatum* en esta adaptación de la *mancipatio*. Como afirma D'Orta en su contribución sobre los orígenes del testamento<sup>36</sup>, la ejecución de la *voluntas testantis* se remite a la *fides* del *familiae emptor*, que, en mi opinión puede ser sin problema alguno calificado como verdadero mandatario durante el período intermedio en que su actuación era efectiva.

Si nos detenemos un momento y ponemos en relación la tesis del origen civil de los *bonae fidei iudiciae* (y entre ellos la *actio mandati*) por un lado; y, por otro, el nacimiento de la *mancipatio familiae*, podremos formular alguna conclusión de interés para nuestro trabajo. No puede ser causal que las acciones de buena fe y el comienzo del testamento civil, a través del expediente preliminar de una mancipación fiduciaria basada en un mandato, puedan asig-

---

it after the testator's death. Since the trustee was the immediate successor (*heredis loco*) and had to convey the single objects to the person indicated by the testator, this kind of succession was a succession into specific things and not an universal one.» Cfr. M. AMELOTTI, *Testamento s.v.*, en *ED.* 44 (1992) 460 s.; Por su parte, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano VI, Le successioni. Parte generale* [Roma, 1930] (Milano, 1974) 347, que se aparta de la opinión común, aun admitiendo su carácter de venta fiduciaria a un amigo con el encargo de cumplir la voluntad del *mancipio dans*, inserta la *mancipatio familiae* en su teoría general del origen de la herencia, por lo que reserva su función para el caso de que alguien prevea su muerte próxima «senza aver fatto un testamento». De la *mancipatio familiae*, desde un planteamiento general, se ha ocupado S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti solmali di alienazioni* (Milano, 1998) 41; 83: según el autor, en la *mancipatio familiae* encontramos una *nuncupatio* en sentido técnico que daba lugar a un negocio virtualmente nuevo aunque respetando el esquema del *gestum per aes et libram*.

<sup>34</sup> Gai. 2,103.

<sup>35</sup> Gai. 2,104. Vid. P. VOCI, *Diritto ereditario romano II, Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2.<sup>a</sup> ed. (Milano, 1963) 65.

<sup>36</sup> M. D'ORTA, *Saggio sulla heredis institutio. Problemi di origine* (Torino, 1996) 104, n. 31; vid. también pp. 67 ss.

narse a una misma época que, a falta de fuentes precisas, podemos situar en el siglo III a.C.<sup>37</sup>.

## 2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MANDATUM POST MORTEM

En la teoría del derecho privado es habitual la contraposición entre negocios jurídicos *inter vivos* y negocios jurídicos *mortis causa*. Casi de forma mecánica tendemos a englobar en la primera categoría al contrato, mientras para la segunda la referencia inmediata es el testamento. Sin embargo, observada la distinción con detalle, se constata que no existe en realidad una incompatibilidad entre ambos tipos, porque operan en ámbitos bien distintos<sup>38</sup>. Un acto es *inter vivos* cuando se realiza entre dos sujetos capaces y legitimados para vincularse en una concreta relación jurídica (bilateralidad subjetiva); produce sus efectos inmediatamente salvo que se añada algún elemento accidental. Por su parte, el negocio se califica como *mortis causa* exclusivamente por el tipo de función que el sujeto (o los sujetos, si es bilateral) proyectan con su actividad: regular una situación provocada por la muerte del sujeto (o de uno de ellos). Por tanto, como advierte Jordano, ambas calificaciones no son antitéticas, sino perfectamente compatibles: de modo que autores como Melucci, Santoro-Passarelli, Messineo o Coviello, han podido hablar de «actos *inter vivos* a causa de muerte», como, por ejemplo, los pactos sucesorios.

En Derecho Romano, la errónea contraposición entre actos *inter vivos* y *mortis causa* ha provocado también innumerables discusiones acerca de la naturaleza de algunas figuras. La controversia se ha centrado sobre todo en la *donatio mortis causa*. Me parece que algunas de estas contiendas se dispararían con la simple admisión de

<sup>37</sup> J. P. PARICIO, *Sobre el origen y la naturaleza civil de los bonae fidei iudiciae* cit., p. 192. Cfr., respecto al contexto histórico-jurídico que dio origen al *testamentum per aes et libram*: J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en derecho romano. Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico* (Granada, 1998) 134 ss.

<sup>38</sup> Se comprende la trascendencia que esta distinción puede tener para el análisis del *mandatum post mortem*. En la crítica del modo habitual con que vienen utilizadas las categorías *inter vivos* y *mortis causa* seguimos la luminosa contribución de J. JORDANO BAREA, *Teoría general del testamento*, en *Anales de la Universidad Hispalense XXIV* (Sevilla, 1963) 61-93, recogida ahora en *El testamento y su interpretación* (Granada, 1999) 3-44, *passim*. Agradezco cordialmente al profesor Jordano el interés y la ayuda que me ha ofrecido.

que la donación *mortis causa* es a la vez un acto *inter vivos* de acuerdo con el planteamiento arriba indicado. La donatio *mortis causa*, como señala E. Rodríguez Díaz<sup>39</sup>, es más un género que una figura única y específica. Por otra parte, en la exégesis de D. 39,6,1 (Marciano, 9 *institutionum*) la misma autora reflexiona con acierto sobre el asunto que nos ocupa<sup>40</sup>. Porque en el *principium* se trata de una *donatio mortis causa* al supeditarse la eficacia a la muerte del donante. Sin embargo, en el párrafo primero «es un negocio *mortis causa*, porque se hace *causa mortis*, no porque los efectos surjan desde el momento del fallecimiento. El motivo de la donación es el peligro de muerte, salvado el riesgo, aquélla se revoca. Por eso nos planteamos ¿en qué medida es posible hablar de *d.m.c.* cuando su eficacia es *inter vivos*?, ¿no convendría calificarla de donación *inter vivos* bajo condición resolutoria. (...) Existe una evidente dificultad para catalogar la *d.m.c.* Su apariencia a primera vista nos permite dibujarla como un híbrido a medio camino entre los actos *inter vivos*, pues, además de la declaración del donante y aceptación del donatario, los efectos pueden desplegarse en vida del donante, y entre los *mortis causa* porque la perfección del negocio es a consecuencia y en el momento de la muerte del donante»<sup>41</sup>.

¿Y en el caso del *mandatum post mortem*? Me parece que tendríamos igualmente que partir de la compatibilidad entre el carácter *inter vivos* y la *causa mortis*. Menos aceptable, aunque bien elaborado, me parece el empeño de H. A. Rabie por distinguir entre actos *post mortem*, en los que la exigibilidad se subordina al *dies mortis*, del acto *mortis causa*, en el que la muerte es un elemento constitutivo del propio negocio<sup>42</sup>. Entre los primeros, el autor sitúa

<sup>39</sup> E. RODRÍGUEZ DÍAZ, *Algunos aspectos de la «donatio mortis causa» en el Derecho Romano* (Oviedo, 2000) 71.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 52 ss.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 55 s.

<sup>42</sup> H. A. RABIE, *L'acte juridique «post mortem» en droit romain: validité et fonction* (Milano, 1955): la distinción entre acto *post mortem* y acto *mortis causa* se explicita en la p. 31, y en p. 357, pero en realidad impregna la argumentación de todo el trabajo. Antes, el propio autor había adelantado parcialmente algunas conclusiones en un artículo que lleva por título D. 46,3,108, publicado en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento IV* (Napoli, 1953) 263 ss.; el autor, p. 283, n.72, señala que el acto *post mortem* debe reunir tres elementos: una manifestación de voluntad unilateral o bilateral, la muerte de una de las partes configurada como término, el deseo explícito del *de cuius*. Las conclusiones de Rabie no han alcanzado aceptación en la doctrina: vid. la recensión de S. DI PAOLA, *L'atto giuridico «post mortem»*, en *Labeo* 1 (1955) 342 ss., muy crítica;

junto con el *mandatum post mortem mandatoris*, al *depositum post mortem*<sup>43</sup>, a la *stipulatio post mortem* (Gai. 3,100)<sup>44</sup> y al *iussum post mortem*<sup>45</sup>. Actos jurídicos *mortis causa* serían: la *manumissio ex testamento*, el fideicomiso *post mortem*, el legado *post mortem*<sup>46</sup>. Excede de los fines de este trabajo realizar una crítica de las opiniones de Rabie. Su conclusión final acerca de la nulidad del acto *post mortem* según el derecho civil, y su validez según el derecho pretorio<sup>47</sup>, no coincide con nuestro parecer, dado que se apoya en el origen pretorio de los contratos de buena fe, tesis que hemos rechazado más arriba. Sin embargo, esta divergencia no es la fundamental. Desde mi punto de vista, el mandato *post mortem mandantis exequendum* integra un tipo de mandato cualificado como negocio *mortis causa*. Un negocio *mortis causa* que era admitido en derecho clásico, sin duda por venir a colmar una gama de intereses que no podían satisfacerse acudiendo a otro tipo de acto jurídico. El imprescindible punto de partida lo ofrece Gai. 3,158:

*Item si quis <quid> pos<t> mortem meam faciendum <mibi> mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non potest*<sup>48</sup>.

La omisión del mandato *post mortem mandatoris* no puede ser casual. En un pasaje semejante a propósito de la nulidad de la *stipulatio post mortem*, el autor no ha vacilado en referir expresamente ambos supuestos: los relativos al estipulante y al promitente. Gai. 3,100:

---

y la contestación de Rabie en *Labeo* 3 (1957) 92 ss.; F. J. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *Mandatum post mortem*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 76 (1990) 129 ss., también se ha pronunciado en contra de la tesis de Rabie.

<sup>43</sup> II. A. RABIE, *L'acte juridique «post mortem»*, cit., pp. 332 ss., donde se estudia D. 16,3,1,45-46 (Ulpiano 30 ad ed.): *Si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas, et tecum et cum herede tuo possum depositi agere: possum enim mutare voluntatem et ante mortem tuam depositum repetere. Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate*. (Cfr. Bas. 13,2,1,65).

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 157 ss.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 273 ss.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 358.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 503 ss.

<sup>48</sup> Acepto el texto y las correcciones tal como los expone V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., p. 143. Otra posible lección sería: *si quid post mortem meam faciendum mihi mandetur*.

*Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? vel ita: <POST MORTEM TUAM DARI SPONDES? valet autem, si quis ita dari stipuletur: CUM MORIAR DARI SPONDES? vel ita>: CUM MORIERIS DARI SPONDES? id est ut in novissimum vitae tempus stipulationis obligatio conferatur; nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: PRIDIE QUAM MORIAR, aut: PRIDIE QUAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intelligi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodammodo talis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? quae sane inutilis est.*

La comparación de ambos textos, para extraer de ella la nulidad también del mandato *post mortem mandatoris*, aduciendo una suerte de olvido en Gai. 3,158<sup>49</sup> parece un argumento muy débil. Es mucho más razonable pensar que Gayo optó conscientemente por no incluir el supuesto de la muerte del mandante, bien porque entendía que era válido, bien por no querer pronunciarse sobre una cuestión de contornos poco claros. Sin embargo, tampoco podemos llevar hasta el extremo la similitud entre ambos textos, pues el *mandatum post mortem* y la *stipulatio post mortem* responden a esquemas e intereses contrapuestos. En este último caso, resultaría admisible la tesis de Rabie en el sentido de que estamos estrictamente ante un *dies mortis*, es decir, un *dies certus an incertus quando*<sup>50</sup>, un supuesto de obligación sometida a término inicial que, como señala Sanfilippo<sup>51</sup> nace *statim*, aunque las peculiaridades del *dies mortis* hagan inviable su reclamación<sup>52</sup>.

Pero a diferencia de lo que ocurre en la *stipulatio post mortem*, y en el mandato *post mortem mandatarii*, en el *mandatum post mortem mandatoris*, la muerte de éste no se configura como un supuesto de término cierto, sino como un elemento interno del negocio que lo cualifica como *mortis causa*, a pesar de que se haya

<sup>49</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 145 defiende que «tutto si chiarisce, invece, ipotizzando che nel pensiero, sia pure non espresso, di Gaio la nullità ricorresse in entrambe le ipotesi».

<sup>50</sup> H. A. RABIE, *L'acte juridique «post mortem»*, cit., p. 32, n. 10.

<sup>51</sup> C. SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas*, en *Annali Palermo* 17 (1946) 263.

<sup>52</sup> Para S. SOLAZZI, *Sull'obbligazione a termine iniziale*, en *Iura* 1 (1950) 34 ss., la regla clásica rezaría: *actio ab heredis persona incipere non potest*, puesto que la obligación sometida a término inicial ya existe para el derecho y sólo está paralizada temporalmente su exigibilidad.

contraído *inter vivos*. Es un negocio *mortis causa* porque el interés que produce el perfeccionamiento del contrato procede no de cualquier asunto que de modo extrínseco se hace depender de la muerte del mandante en cuanto a su exigibilidad, sino de una actividad intrínsecamente derivada de la propia muerte del mandante. Quizá el hecho de que habitualmente la doctrina se ocupe de nuestra figura en el contexto del derecho de obligaciones, aun cuando se reconozca su peculiaridad, impida una visión adecuada del problema. El *mandatum post mortem mandatoris* es más afín al derecho hereditario, pues el interés prevalente en juego se demuestra semejante al de un testador; pero al de un testador en cuanto a una disposición fiduciaria en la que no prime el aspecto patrimonial. Si acudimos de nuevo a la *donatio mortis causa* como término de comparación que nos permita profundizar en la esencia de nuestra figura, creo que hay un texto de Paulo muy significativo, que puede proporcionar luz en este asunto. Me refiero a D. 39,6,35,4 (Paulo, 6 *ad legem Iuliam et Papiam*). El jurista, en labores de filósofo, al dibujar las distintas posibilidades de este tipo de donación, comienza su reflexión recordando la fugacidad de la vida humana: en este sentido, dado que la muerte es inexorable, no es ni siquiera precisa una situación de riesgo especial para configurar una donación como realizada *mortis causa: in bona valetudine posito et cui ex humana sorte mortis cogitatio est*. La reflexión de Paulo bien pudiera valer para el *mandatum post mortem*<sup>53</sup>, en el sentido de que la muerte se configura aquí como el evento que explica la realización del negocio jurídico sin necesidad de configurarla como término. Por su parte, en el mandato, la presencia de la muerte, no tiene por qué concebirse rígidamente como límite temporal del que se hacen depender estrictamente los efectos del acto. Ello es así porque la finalidad del mandato no consiste *prima facie* en la transmisión de un derecho (como en la donación), lo que exige por su propia naturaleza y funcionalidad preestablecer un momento exacto a partir del cual se produce el efecto transmisivo, sino en un *facere*<sup>54</sup> relacio-

<sup>53</sup> Sobre D. 39,6,35,4: E. RODRIGUEZ DÍAZ, *op. cit.*, pp. 69 ss.; otras referencias en p. 214.

<sup>54</sup> El objeto de la prestación consistente en un *facere* implica que en la generalidad de los casos sea difícil la determinación de los límites de la actuación del deudor, en nuestro caso, del mandatario. Un hacer que puede proyectarse tanto en una actividad jurídica (p.ej., comprar un fundo) como puramente fáctica (p.ej., encontrar una información útil) pero que normalmente englobará gestiones de ambos tipos. Asumido el mandato, el mandatario se verá compelido a rea-

nado con la muerte misma. Por tanto, es perfectamente razonable la posibilidad de un *mandatum post mortem* comenzado (e incluso concluido en algún caso por lo que se refiere a la materialidad de las gestiones) antes de la muerte del mandante. Pero sólo la muerte de aquél señalará el momento a partir del cual es ya posible verificar el grado de cumplimiento del encargo, es decir, la responsabilidad del mandatario. El interés especial del mandante, materializado en alguna actividad que pretende sea llevada a cabo *ratione mortis* por un mandatario, aleja al mandato *post mortem* del ámbito de aplicación de la regla *obligatio ab heredis persona incipere non potest*, que afecta, sin embargo, al mandato ordinario, concurrentemente con el principio *mandatum morte dissolvitur*. Como es sabido, ambas reglas se han repartido el favor de la doctrina (la que niega la posibilidad del *mandatum post mortem*) como fundamento de su nulidad. No obstante, no se deben olvidar las palabras de Bonfante relativas al supuesto efecto de la segunda (*mandatum morte dissolvitur*), pues «è chiaro che la regola *mandatum morte finitur* non mira tanto a impedire la costituzione di un mandato che debba essere eseguito dopo la morte, cioè che abbia per oggetto un fatto da compiere veramente, inizialmente dopo la morte del mandante, quanto la continuazione del mandato tra vivi in persona degli eredi. Le due cose sono diverse: se la regola *mandatum morte finitur* è, come si è notato supra, norma isolata o eccezionale nel campo delle obbligazioni, principio di diritto singolare; se il passaggio dell'obbligazione agli eredi costituisce invece la norma generale e il fulcro della successione, l'invalidità del mandato costituito per eseguirsi inizialmente *post mortem* non era invece nel diritto classico un diritto singolare, poichè nella stessa guisa la giurisprudenza negava ogni stipulazione, ogni patto e contratto *post mortem*»<sup>55</sup>. Por tanto, la opinión doctrinal que ve en la regla *mandatum morte finitur* la razón de la nulidad

---

lizar varias o muchas gestiones subordinadas a la principal, lo que contribuye a una especie de difuminación del comienzo preciso de su actividad con relevancia jurídica. A esta inevitable imprecisión en la actividad de un deudor de *facere* se refiere Papiniano, 27 *quaestionum*, en D. 50,16,218: *Verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi*. Cfr. M. KASER., *Das römische Privatrecht* I, 2.<sup>a</sup> ed. (München, 1971) 489 n. 5; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, 1990) 515 ss., señala que la diferencia entre el *dare* y el *facere oportere* era clara y comportaba una disciplina diversa respecto a la transmisibilidad pasiva y a los criterios de responsabilidad.

<sup>55</sup> P. BONFANTE, *Mandato «post mortem»*, en *Scritti giuridici varii*. III *Obbligazioni, comunione e possesso* (Torino, 1926) 264 s.

del *mandatum post mortem*<sup>56</sup> debe ser rechazada. El mandato ordinario, al igual que la sociedad (vid., p.e., D. 17,2,59 pr. [Pomponio, 12 *ad Sabinum*]), por ser un contrato que reposa en la confianza personal de los que concurren, *intuitu personae*, se extingue por la muerte de alguno de los contratantes. Gai. 3,160:

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

El pasaje<sup>57</sup> gayano no afecta al *mandatum post mortem*. Tan sólo describe el supuesto del mandato ordinario dirigido a la realización de una gestión en vida de ambos contratantes. Las matizaciones admitidas en el principio general, las que se refieren a la *res integra* por ejemplo<sup>58</sup>, tampoco tienen nada que ver con el mandato realizado *ratione mortis*. Más matizada, en cambio, ha de ser la crítica a la segunda regla que puede alegarse contra la admisibilidad del *mandatum post mortem*: *obligatio ab heredis persona incipere non potest*. En este caso<sup>59</sup> contamos con el insuperado análisis de Sanfi-

<sup>56</sup> Como defiende S. DI MARZO, *Sul mandatum post mortem*, en *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione I* (Milano, 1947) 233 ss.; otras referencias en este mismo sentido pueden encontrarse en F. J. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *op. cit.*, p. 135.

<sup>57</sup> Vid. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., pp. 139 ss.; el autor pone en relación el texto de Gayo con *Rhetorica ad Herennium* 2,13,19 M. *Drusus praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex. Iulius (praetor en el 123 a.C.) non reddidit*, para señalar que esta razón de utilidad encontró en sus inicios algunas dificultades para su aceptación. Contenido semejante al de Gai. 3, 160 en D. 17,1,26 pr. (Paulo, 32 *ad ed.*): *Inter causas omitendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando darare.*

<sup>58</sup> Vid. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette XVII*, tradotto ed annotato por G. PACCHIONI y S. CUGIA (Milano, 1904) 77 ss.; R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 425.

<sup>59</sup> M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 515, señala que la citada regla, dada la motivación que se da en Gai. 3,100, *nam ilegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem*, debió ya de parecer injustificada a la misma jurisprudencia clásica, que no sabía de su origen, y que no dudó en aligerar el peso de su aplicación.

lippo<sup>60</sup>) situado dentro de unas páginas de gran belleza intelectual, por la claridad y fuerza de la argumentación. Respecto al mandatario la obligación de hacer algo después de la muerte no tiene valor jurídico por imposibilidad física de la prestación, como se señala con carácter general en D. 45,1,46,1 (Paulo, *ad Sabinum*). La sucesión hereditaria opera sólo para las relaciones jurídicas perfectamente constituidas del *de cuius*. La regla en cuestión no constituye la causa de la nulidad del *mandatum post mortem mandatarii*, de la *stipulatio post mortem promissori*, o del *legatum post mortem heredis*, sino una consecuencia. El *mandatum post mortem mandatarii* es nulo por ser físicamente imposible la prestación para el mandatario, lo que lleva consigo que lo sea desde el punto de vista jurídico para su heredero. En relación con el mandante en un *mandatum post mortem*, la regla no tiene campo de aplicación, puesto que entonces la obligación nace válidamente entre mandante y mandatario y, tras la muerte del mandante, se transmite a su heredero: no se da aquí la imposibilidad material que afectaría a un mandatario que quisiera obligarse a hacer algo para después de su muerte. Por todo ello, si Gai. 3.158 utiliza la regla en cuestión sólo para negar la validez del mandato *post mortem mandatarii*, ello es así no por ningún tipo de argumentación implícita, sino sencillamente porque Gayo no veía afectada por tal *regula iuris* la figura del mandante *post mortem mandatoris*, es decir, porque aceptaba su validez.

Sin embargo, llegados a este punto ¿no cabría pensar en una contradicción entre los principios que afectan al mandato ordinario y los relativos al *mandatum post mortem*? Las dos reglas esgrimidas por la doctrina, aun admitiendo su no aplicabilidad al mandato *post mortem mandatoris*, ¿no exigen una completa separación de ambas figuras, que se desplegarían según esquemas contrarios?

Mi respuesta es la siguiente. No hay contradicción. Es el interés del mandante el que determina el tipo de negocio. En el mandato ordinario, la relación se disolverá con la muerte de alguna de las partes (con las excepciones que puedan derivar del principio de buena fe o de que la gestión ya haya sido comenzada); en el mandato *post mortem*, se da una especificidad del interés del mandante que obliga a extender sus efectos más allá de su muerte, de modo que deban ser sus herederos los que respondan ante el mandatario

---

<sup>60</sup> C. SANFILIPPO, *Mandatum post mortem*, en *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantésimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)* (Napoli, 1948) 554 ss.

de los posibles gastos y daños en que éste haya incurrido. Pero es preciso subrayar que el centro de atención no se debe poner en este régimen de responsabilidad para los herederos. Éste es un dato secundario, que a veces, según la naturaleza de la gestión encomendada, ni siquiera se planteará; lo esencial es que en el mandato *post mortem* se identifica un interés cualificado del mandante en dar solución a un problema planteado ya, o que se va a plantear, con su fallecimiento. Si acudimos a la clasificación de Gayo<sup>61</sup>, estaríamos ante un mandato *mea et aliena gratia*: interés del mandante en solucionar un problema suscitado por su muerte; pero interés que repercute a favor de sus sucesores<sup>62</sup>. La misma *fides*, la misma *amicitia*, que operan como fundamento del mandato, son las que exigen su resolución por la muerte de alguno de los contratantes en el supuesto ordinario; o su continuación *post mortem mandatoris*, cuando la gestión encomendada al amigo se refiera precisamente a la muerte del que da el encargo. La *amicitia* se detendrá en el umbral de la muerte, o extenderá sus consecuencias más allá, conforme a la naturaleza del encargo dado por el mandante. Es obvio que, como en tantísimas ocasiones, podrá plantearse un problema de interpretación de la voluntad de las partes, pero esta dificultad práctica no incide en un esquema teórico suficientemente claro, a mi juicio, según el estado de las fuentes.

En el mandato *post mortem* el interés del mandante posee una naturaleza más bien de tipo no patrimonial. Creo que es decisivo reparar en este punto, como lo es en general para los supuestos de mandato ordinario. Pero en el caso del mandato *ratione mortis* el dato resulta de importancia capital: no digo que no haya repercusiones patrimoniales, sino que el impulso del mandante, guiado por la angustia de la muerte y recibido en el derecho, es dar solución a un problema que se representa despojado de su consideración económica. Para este último aspecto es para el que existe el régimen de

---

<sup>61</sup> Gai. 3,155: *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio et invicem alter altereri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*; y un desarrollo escolástico también de Gayo, 2 *cottidianarum*, en D. 17,1.2.

<sup>62</sup> Se podría discutir si en algunos casos no estaríamos más bien ante un mandato *mea gratia tantum*, (p.ej., en la continuación de memoria del difunto a través de la construcción de un *monumentum*); sin embargo, creo que también en estos casos cabría identificar un interés de los sucesores en la ordenada aceptación de estas últimas voluntades del causante; en todo caso, la discusión no tendría resultados prácticos.

la herencia, una vez que el derecho sucesorio sufriera una profunda *patrimonialización* a partir del siglo IV a.C.<sup>63</sup>. Precisamente la corriente histórica que hizo del heredero o del sucesor pretorio un mero beneficiario de la herencia creó la necesidad del *mandatum post mortem*. Podemos traer a colación unas conocidas reflexiones de Jhering, en el final de su magno *Geist des römischen Rechts*<sup>64</sup>: según la tantas veces repetida definición, los derechos son intereses jurídicamente protegidos; sin embargo, la medida que el derecho aplica a estos intereses no es exclusivamente económica. Más allá de los puros intereses patrimoniales se proponen bienes más altos: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos familiares; sin ellos, los bienes materiales no tendrían valor alguno.

### 3. GESTIÓN DE NEGOCIOS POST MORTEM

El *edictum de negotiis gestis* diferenciaba entre la gestión de negocios de un vivo y de un difunto. D. 3,5,3 pr. (Ulpiano, 10 *ad ed.*): *Ait praetor: Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo*. Hay, como se ve, una muy neta semejanza con el mandato *post mortem*, semejanza que no ha sido valorada por la doctrina que se ha ocupado de este último, al menos, hasta donde se me alcanza a conocer<sup>65</sup>. Excede del objeto de este trabajo entrar en el examen de los diversos problemas que la gestión de negocios alberga<sup>66</sup>, sobre todo el de la prioridad de la acción *in ius* sobre la acción *in factum*, como defendía Arangio-Ruiz<sup>67</sup> o su contrario, como parece sostener la opinión dominante. Sólo interesa destacar que además del *edictum de negotiis gestis*, el pretor incluía un edicto *de sumptibus funerum*<sup>68</sup>, que

<sup>63</sup> Vid *supra*, n. 37. Fest. s.v. *sine sacris hereditas* (370, 14 L.): sobre este asunto, y en particular, sobre las dudas que la materia suscita en Cicerón: las atinadas observaciones de M. D'ORTA, *op. cit.*, pp. 137 ss.

<sup>64</sup> R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* 3, Unveränderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage [Leipzig, 1906] (Aalen, 1993) 338 ss.

<sup>65</sup> Vid., sin embargo, *infra*, n. 119.

<sup>66</sup> Vid. G. NEGRI, *La gestione d'affari nel diritto romano*, cit., *passim*.

<sup>67</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., pp. 29 ss., que sigue en líneas generales a Kreller. Cfr. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I, Azione pretoria ed azione civile* (Napoli, 1999).

<sup>68</sup> O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3.<sup>a</sup> ed. [Leipzig, 1927] (Aalen, 1985) 229 ss.

era una verdadera gestión especial de negocios *post mortem*; podía ejercer la *actio funeraria* «quien de forma espontánea, y siempre que no lo hiciera exclusivamente *pietatis causa*, hubiese efectuado gastos en un funeral que no le incumbía con la intención de recuperarlos»<sup>69</sup>. Como señala Paricio<sup>70</sup>, la *funeratio* supone una gestión de negocios del difunto. Una gestión que vincula con el propio difunto más que con el heredero, según afirma con toda rotundidad D. 11,7,1 (Ulpiano, 10 *ad ed.*): *Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede*. Se entienden estas palabras si recordamos que estamos en presencia de un interés no patrimonial (aunque genere efectos económicos) que, en consecuencia, se sitúa por encima de la propia *hereditas* tal como ésta se entendía en época clásica. Por tal motivo, creo que tiene razón De Francisci<sup>71</sup> cuando sostiene que si el difunto designó a alguien para que organizara el entierro, la acción se dirigía contra él, aunque no se trate del heredero, pues lo decisivo, como en el *mandatum post mortem*, es el interés del difunto, que coincide en este caso con un interés público de policía mortuoria<sup>72</sup>.

#### 4. SUPUESTOS DE MANDATUM POST MORTEM

Pasamos seguidamente a la exégesis de los diversos pasajes en los que se puede identificar la presencia del *mandatum post mortem*. Quizá el más problemático de todos ellos ( y por ello omitido por la doctrina que se ocupado de este asunto) sea D. 3,3,15 pr. (Ulpiano, 8 *ad ed.*):

*Si defunctus sit dominus ante litem contestatam, iudicatum solvi stipulatione pro suo procuratore data, procurator compellendus est ad iudicium accipiendum: ita tamen si hoc dominus sciente procuratore et non contradicente fecit. quod si aliter actum est, inscium quidem procuratorem teneri satis incivile est, committitur autem ob rem non defensam stipulationis clausula.*

<sup>69</sup> J. PARICIO, *Acción funeraria*, en *Derecho Romano de Obligaciones*, cit., p. 689. Del mismo autor: *Estudio sobre las acciones in aequum conceptae* (Milano, 1986) 88 ss.

<sup>70</sup> J. PARICIO, *Actio funeraria* cit., p. 693.

<sup>71</sup> Citado por J. PARICIO, *Actio funeraria*, cit., p. 689, n. 17.

<sup>72</sup> Una crítica del carácter de *res religiosa* del cadáver, así como del uso de éste para reclamar deudas, en JOSÉ-DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia* (Granada, 1998) 294 ss.

El fragmento presenta una primera dificultad en la mención del *procurator*: dado que Ulpiano está ocupándose de la *cautio iudicatum solvi*, parece aceptable la sustitución de *procurator* por *cognitor*<sup>73</sup>. Aceptando este punto de partida, tendríamos un demandado que ha nombrado como representante a un *cognitor*; el *dominus litis* ha prestado la correspondiente *cautio iudicatum solvi*, y el jurista subraya que la caución se dio con conocimiento del *cognitor* y sin que éste mostrara oposición. En este caso, siempre que el demandado falleciera antes de la *litis contestatio*, el representante procesal viene obligado a aceptar el proceso. Esto quiere decir que el mandato que subyace en el nombramiento del representante extiende sus efectos más allá de la muerte del representado y lo vincula con los herederos del mandante, es decir, que podríamos estar ante un *mandatum post mortem*. Cuando el jurista se detiene a considerar que es preciso el conocimiento del representante, no podríamos excluir que en el tenor de la *cautio* se pudiera hacer referencia expresa a la aceptación del encargo por parte del representante incluso en caso de muerte del *dominus litis*. Además, Ulpiano concluye que en todo caso se incurre en uno de los supuestos que se garantizaban con la caución: *rem boni viri arbitrato defendi*<sup>74</sup>. En la doctrina, por otra parte, es habitual estudiar el texto a propósito de la *procuratio in rem suam*<sup>75</sup>, posición que no me parece incuestionable. Otro problema adicional, en el que ahora no podemos entrar, es el empeño de muchos autores por identificar en estos casos un *iussum* como figura independiente del mandato: desde mi punto de vista, tal distinción, dada la indiferencia que hacia ella muestran las fuentes<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Como defiende O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I [Leipzig, 1889] (Graz, 1960) 449; también acepta la modificación W. ROZWADOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*, en *BIDR.* 76 (1973) 71, que, además de Lenel, señala que asumen el cambio por *cognitor*, Koschaker, Gehrich y Keller.

<sup>74</sup> M. KASER - K. HACKL, *op. cit.*, p. 280; F. BETANCOURT, *Derecho romano clásico*, 2.ª ed. (Sevilla, 2001) 220 y 223.

<sup>75</sup> R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 61, n. 198, con bibliografía.

<sup>76</sup> Sobre el uso indistinto de *iubere* y *mandare* puede consultarse H. KRELLER, *Mandatun* s.v., en *RE.* 27 (1928) 1016, aunque el autor defiende el sentido técnico de *iubere*. A. D'ORS, rec. a W. ENDEMANN, *Der Begriff der delegatio im klassischen römischen Recht* (Marburg, 1959) en *AHDE.* 39 (1959) 689 afirma que separar tajantemente *mandatum* y *iussum* va en contra del lenguaje de la jurisprudencia, que maneja ambos términos un poco indiferentemente. Cfr. H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Auflage [Jena, 1907] (Graz, 1971) 330 s. También en el ámbito del derecho público, los *mandata* del emperador han provocado diferencias interpretativas: podemos destacar la distinción de

no existió en la realidad: el pretendido *iussum* esconde también un mandato<sup>77</sup>; de todos modos, como antes apuntábamos, el asunto excede claramente de nuestro actual propósito por lo que lo dejaremos a un lado por el momento<sup>78</sup>.

Pasamos a uno de los textos en que tradicionalmente se apoya la doctrina que acepta el *mandatum post mortem*: D. 17,1,12,17 (Ulpiano, 31 *ad ed.*):

*Idem Marcellus scribit, si ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita*

---

M. I. FINKELSTEIN (es decir, M. I. FINLEY), *Mandata principum*, en *RHD*. 13 (1934) 157 ss., entre mandatos en sentido técnico y mandatos en sentido atécnico, siendo los primeros los que establecen una «rule of law or administration», y los segundos los que consisten en una orden particular dirigida a un funcionario; la distinción es justamente impugnada por V. MAROTTA, *Mandata principum* (Torino, 1991) 73 ss.; el autor, por otra parte, acepta como sinónimos los términos *mandatum* y *iussum* aplicados a este tipo de constitución imperial. Cfr. F. MILLAR, *The Emperor in the Roman World (31 BC - AD 337)*, 2.ª ed. (London, 1992) 313 ss.

<sup>77</sup> La precisa delimitación del *iussum*, como negocio unilateral y recepticio de autorización, de ámbito general, es obra de autores germánicos; debe su mejor defensa (y la más influyente) a B. VON SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischem Recht* (Berlín, 1864) 48 ss. Esta opinión repercute directamente en la interpretación del texto que estamos comentando. Así, M. KASER - K. HACKL, *op. cit.*, p. 211, señalan que «der Formalakt dient nur der Legitimierung, er drückt die Ermächtigung (*iussum*, untechnisch *mandatum*) aus, vermöge deren der Vertretene das Handeln des Kognitors gegen sich gelten lassen will.» Vid. P. CONSENTINO, *Osservazioni in tema di mandatum e di delegatio (Contributo alla dogmatica della delegazione di credito in diritto romano)*, en *BIDR*. 79 (1966) 299 ss., que ofrece una completa visión retrospectiva. Acepta la distinción *iussum/mandatum* en su análisis de la *actio quod iussu*. J. J. AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome. A Social and Economic Study of Institores. 200 BC - AD 250* (Leiden - New York - Köln, 1994) 51, n. 45. También, para el caso del *cognitor*, W.-D. GEHRICH, *Kognitur und Prokurator in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts* (Göttingen, 1963) 32. Del mismo modo R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 61, n. 198, se inclina por defender que estaríamos ante un *iussum* y no ante un verdadero contrato de mandato. Rechaza esta postura, para el caso que nos ocupa (D. 3.3.15 pr.); W. ROZWADOWSKI, *op. cit.*, p. 72, n. 38, que pone el fundamento de la perduración de la legitimación del *cognitor* en la intervención del pretor, realizada por motivo de equidad. Sostiene la individualidad del *iussum* respecto a los sometidos a potestad: J. HERNÁNZ PILAR, *El iussum en las relaciones potestativas* (Valladolid, 1993) 11 ss.

<sup>78</sup> Sin embargo, la vinculación del mandato con la representación procesal me parece evidente: entre muchos casos, pueden consultarse D. 3,3,1 pr. (Ulpiano, 9 *ad ed.*), D. 3,3,27 pr. (Ulpiano, 9 *ad ed.*), D. 3,3,42,2 (Paulo, 9 *ad ed.*), D. 17,1,8 pr. (Ulpiano, 31 *ad ed.*), D. 19,5,5,4 (Paulo, 5 *quaestionum*).

*ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.*

La construcción de un monumento funerario es quizá el objeto más característico<sup>79</sup> del *mandatum post mortem*. Se aúnan en él los elementos que ya hemos analizado más arriba: la *amicitia* y el peculiar interés de un mandante preocupado por una cuestión no primordialmente patrimonial, aunque las repercusiones económicas sean evidentes. En la sociedad romana, sobre todo en época del Imperio, la realización del monumento no era una actividad sencilla: en ella confluían, en el aspecto técnico, arquitectos, maestros de obras, artesanos y obreros<sup>80</sup>; y en el de la gestión, cuando no era el propio interesado el que impulsaba personalmente la actividad, mandatarios, herederos u otras personas (de las que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe) nombradas en el testamento<sup>81</sup> (o en

<sup>79</sup> De «hipótesis típica» habla R. MARTINI, *Il mandato*, en *Derecho Romano de Obligaciones*, cit., p. 645, n. 30; el autor se inclina por la admisión del *mandatum post mortem*, alegando que la finalidad de este tipo de mandato es perfectamente coherente con su carácter de negocio de buena fe.

<sup>80</sup> Un estudio muy bien estructurado de esta materia puede encontrarse en D. VAQUERIZO (coord.), *Funus Cordubensium. Costumbres funerarias en la Córdoba romana* (Córdoba, 2001): a pesar de lo que podría dar a entender el título, el lector encuentra en esta obra un estudio general de los aspectos sociales de la muerte; en concreto, para el asunto de los monumentos funerarios: vid. pp. 92 ss.

<sup>81</sup> La realización *post mortem* de un monumento podía articularse a través de un legado modal, como, por ejemplo, en D. 35,1,40,5 (Javoleno, 2 *ex posterioribus Labeonis*): *Thermus Minor quorum arbitratu monumentum sibi fieri vellet testamento scripserat, deinde ita legaverat: «Luciis Publiis Corneliis ad monumentum meum aedificandum mille heres meus dato». Trebatius respondit pro ea habendum ac si ita legatum esset, si satisdedissent se ita id monumentum ex ea pecunia facturos. Labeo Trebatii sententiam probat, quia haec mens testantis fuisset, ut ea pecunia in monumentum consumeretur: idem et ego et Proculus probamus*. El texto es de interés porque antes que al legado modal, para la realización material del monumento, el causante se remite al *arbitrium* de algunas personas (no herederos) a los que se encomienda una suerte de alta dirección del encargo; respecto a este específico *arbitrium*, sea del heredero o de terceros, muy común en las fuentes (por ejemplo CIL VI 12133, CIL V 52): M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I *Le forme classiche di testamento* (Firenze, 1966) 160, n. 2. Sobre el texto de Javoleno: G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, 2.<sup>a</sup> ed. (Torino, 1962): se da una conversión de la carga modal en la condición de garantizar el cumplimiento, y éste es el régimen habitual de sanción del modo en el legado y en el fideicomiso; puede consultarse también H. A. RABIE, *L'acte juridique post mortem en droit romain*, cit., pp. 459 ss., que analiza un supuesto parecido en D. 31,88 pr. (Scaevola, 3 *responsorum*).

codicilos). El texto de Ulpiano no deja lugar a dudas sobre la posibilidad del mandato *post mortem*. Los autores que niegan esta figura no han dudado en recurrir a la tesis de la modificación: en virtud de esta antigua forma de resolver los problemas, habría que leer *heres eius non poterit*. Quienes esto defienden<sup>82</sup>, no aportan ningún argumento de peso; muestran con esta necesidad de recurrir a la transformación apriorística del texto, un síntoma de debilidad. También alega modificaciones textuales Voci<sup>83</sup>. Para este autor la obra de los compiladores debió ser la de transformar la iniciativa de ejecución del mandatario en una mera iniciativa unilateral, no reclamada por el contrato, que ya era válido en época de Justiniano. En consecuencia el original de Ulpiano tuvo que referirse al *negotium coeptum*. No muy lejana de la hipótesis de Voci, aunque el autor defiende su independencia (y con la ventaja de la admisión del carácter genuino en lo esencial del pasaje) me parece el fundamento aportado por Gómez-Carabajo de Viedma<sup>84</sup>. Sin embargo, no parece acertado, a mi juicio, poner el elemento determinante en la posibilidad de que el mandatario hubiera podido poner en vida del mandante la *actio mandati contraria*. Que se pueda poner o no la acción dependerá de las circunstancias fácticas de cada caso, no de su calificación jurídica. Si el mandatario, en un mandato *post mortem*, no ha incurrido en ningún gasto ni ha recibido ningún perjuicio en vida del causante, es evidente que no habrá campo para la acción. Pero esto no afecta a la perfección del contrato de mandato. El pasaje alude en el *in fine* a este carácter eventual de la legitimación pasiva del propio mandante (y no de sus herederos) cuando afirma que *potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit*. Es decir, que según el desarrollo fáctico de la gestión del mandatario (lo que dependerá también de las órdenes concretas en que se materializa el mandato), podrá o no reclamar ante el mandante. Además, en muchos casos, el mandatario carecerá a lo largo de todo el período de ejecución de la posibilidad

<sup>82</sup> Los argumentos en S. DI MARZO, *op. cit.*, p. 236; la crítica de esta tesis en C. SANFILIPPO, *Mandatum post mortem*, cit., pp. 566 s. A la tesis del *non se* suma V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., p. 153.

<sup>83</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano* I, 2.<sup>a</sup> ed. (Milano, 1967) 267.

<sup>84</sup> F. J. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *op. cit.*, p. 137: «Lo que se exige en las fuentes para calificar de válido un *mandatum post mortem mandatoris* propiamente dicho es que, produciéndose la muerte del mandante *re adhuc integra*, el mandatario hubiera podido interponer contra el mandante en vida de éste la *actio mandati contraria*; no, desde luego, que la hubiera interpuesto de un modo efectivo (*potuit enim agere* se dice en Dig. 17,1,12,17)».

de interponer la acción: piénsese en los supuestos en que no se produzcan perjuicios, o en los que el mandato le imponga la obligación de realizar el encargo *sua pecunia*, variante a la que alude también el texto. Por tales motivos no creo que deba vincularse la admisibilidad del mandato a la posibilidad de reclamar, por parte del mandatario, los medios necesarios para la realización del mandato. Por otra parte, el centro de gravedad del supuesto (y en general del mandato *post mortem*) no se halla en la posible reclamación del mandatario, sino en la admisión del heredero del mandante como legitimado activo en la *actio mandati* directa. Esta es la nota característica del mandato *post mortem*, que no se subordina a ningún tipo de posible reclamación del mandatario; pues el interés determinante es del que dio el mandato. Una vez aceptado el encargo, hay contrato independientemente de que concurren o no en un momento dado las circunstancias que hagan posible interponer la acción.

Una completa identidad (*idem est*) de criterio se da con el siguiente fragmento. D. 17,1,13 (Gayo, 10 *ad edictum provinciale*):

*Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam hereditibus meis emeris fundum.*

He aquí otra vez un caso neto de *mandatum post mortem* que refuerza la interpretación dada al fragmento anterior. La finalidad del encargo sólo podrá consumarse tras la muerte del mandante. La posible anticipación de cantidades por parte de aquél o los gastos que el mandatario pudiera realizar también antes de la muerte del mandante, con la consiguiente posibilidad de ejercitar la acción, no modificarían la solución. Sería perfectamente admisible el negocio incluso en el supuesto en que el mandatario permanezca inactivo (sin ningún tipo de actividad siquiera preliminar) antes del fallecimiento del mandante<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> De nuevo encontramos un pasaje paralelo en el que se busca el mismo objetivo por medio de un legado modal en D. 35,1,71 pr. (Papiniano, 17 *quaestionum*): *Titio centum ita, ut fundum emat, legata sunt: non esse congendum Titium cavere Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret. sed si filio fratri alumno minus industria prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur ac postea non alienaretur.* El pasaje, que presenta evidentes puntos de contacto con el texto de Javoleno antes (nota 80) reseñado, es útil porque ofrece una explicación de la intencionalidad del causante (*si filio fratri alumno minus industria*): también en D. 17,1,13 es muy posible que la intención del mandante de encomendar la

La valoración no cambia<sup>86</sup> aun cuando se acepte la ubicación propuesta por Lenel<sup>87</sup> que, como es sabido, antepone a D. 17,1,13 el pasaje de D. 17,1,27,1 (Gayo, 9 *ad edictum provinciale*):

*Si servum ea lege tibi tradidero ut eum post mortem meam mitteres, constitit obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum recipere velim.*

La decisión de Lenel no está exenta de problemas: el principal de ellos es la falta de concordancia de las *inscripciones*: el fragmento 13, tomado del libro décimo; mientras que el 27 se afirma tomado del libro noveno<sup>88</sup>. Sin embargo, como arriba apuntábamos, aceptada la decisión de Lenel, la interpretación de D. 17,1,13 no cambia, porque, como señala Rabie<sup>89</sup>, en D. 17,1,27,1 estaríamos ante una *causa donationis* con forma de *mandatum post mortem*, y la identidad seguiría consistiendo en la admisibilidad de este tipo de negocio. Por su parte, Biondi estudia D. 17,1,27,1 en relación con la donación modal y la posibilidad de ejercitar la *condictio ex poenitentia*, es decir, en un ámbito ajeno al del mandato<sup>90</sup>. El carácter clásico de la denominada *condictio ex poenitentia* es excluido por F. Schwarz<sup>91</sup>. Gómez-Carabajo de Viedma<sup>92</sup> no admite que en 27,1 quepa hablar de un *mandatum post mortem*, porque la entrega (o mancipación) del esclavo se realiza antes de la muerte del mandante: por tanto éste no muere *re adhuc integra*. La identidad con el fragmento 13 habría que buscarla en los efectos; la decisión de los compiladores de situar el fragmento 13 después del 12,17 se explica también por la semejanza de estructura de ambos pasajes.

---

compra del fundo al mandatario proceda de su falta de confianza en la sagacidad del heredero en estos menesteres, por razones de edad, de carácter, etc. Sobre D. 35,1,71 pr., B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2.<sup>a</sup> ed., trad. de M. Fairén (Barcelona, 1960) 581, n. 238.

<sup>86</sup> C. SANFILIPPO, *Mandatum post mortem*, cit., p. 567.

<sup>87</sup> O. LENEL, *Palingestia iuris civilis* I, cit., 214 (n. 232).

<sup>88</sup> A estas dificultades se refiere F. J. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *op. cit.*, p. 143.

<sup>89</sup> H. R. RABIE, *L'acte juridique post mortem en droit romain*, cit., p. 290.

<sup>90</sup> B. BIONDI, *op. cit.*, p. 727, n. 34., que opone el texto a D. 39,5,18,1 (Ulpiano, 71 *ad ed.*).

<sup>91</sup> F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht* (Münster - Köln, 1952) 267, n. 65.

<sup>92</sup> F. J. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *op. cit.*, pp. 145 s.

Finalmente, hay que señalar un texto de Gayo cuya importancia en esta materia ha sido subrayada por Sanfilippo<sup>93</sup>: Gai. 3,117:

... *adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur. <quia enim ut ita nobis detur> stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur.*

Aunque Gómez-Carabajo de Viedma<sup>94</sup>, siguiendo a Di Marzo y a Arangio-Ruiz, niega el carácter de *mandatum post mortem*, aduciendo que, dado que la *adstipulatio* se realizó en vida del mandante, el contrato ya se comenzó a ejecutar en vida de aquél, me parece preferible la opinión contraria. Y sostengo esta tesis porque estimo que lo decisivo en este negocio *post mortem* es la presencia de un interés especial del mandante centrado en la necesidad de resolver un problema que se presenta directamente vinculado con su fallecimiento. Al igual que en D. 17,1,13, es muy posible que el causante prevea que, por las condiciones subjetivas del heredero, puedan presentarse dificultades en una gestión (compra del fundo o cobro de una deuda) que es mejor encomendar a alguien (un amigo) de confianza y más experimentado. Aunque el beneficiado sea el heredero, esto no impide que pueda identificarse un verdadero interés del que va a morir en dejar solucionadas estas dificultades. Por otra parte, la regla según la cual se extingue el mandato sólo si la muerte del mandante ha acaecido *re integra*, se refiere al mandato ordinario y afecta más bien al régimen de liquidación de responsabilidades pasadas (o a la necesidad de culminar la gestión incluso después de la muerte para evitar un daño), dado que el mandato efectivamente se disuelve, y sólo volverá a la existencia por iniciativa de los herederos de una y otra parte. Quiero decir que el principio de la *res integra* no impone, como se sabe, la continuación del mandato, sino la posibilidad de reclamar en función de lo ya ejecutado. Por eso afirma Juliano en D. 17,1,26 pr. (Paulo, 32 *ad ed.*) que *mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare*<sup>95</sup>. Pero esta regla no tiene razón de ser en el manda-

<sup>93</sup> C. SANFILIPPO, *Mandatum post mortem*, cit., p. 564.

<sup>94</sup> F. J. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *op. cit.*, p. 162.

<sup>95</sup> Si no cometo error, me parece que éste es el sentido de estas palabras de C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 83, cuando escribe que «la máxima atribuida a Juliano parece determinar la regla aplicable a los supuestos en que la

*tum post mortem*, puesto que en este negocio es la misma voluntad de las partes la que ha hecho nacer un régimen distinto; un régimen en el que la muerte del mandante no supone ya un obstáculo que se puede presentar en la continuación del contrato determinando su extinción, sino precisamente el elemento central de cuya consideración, *ratione mortis*, ha nacido el vínculo entre mandante y mandatario.

##### 5. LA POSIBILIDAD DE UN MANDATUM POST MORTEM TESTAMENTARIO. UNA REFLEXIÓN SOBRE EL TESTAMENTO DE ANTONIO SILVANO

El carácter consensual del mandato exige algunas matizaciones preliminares que hagan posible el examen de la posibilidad de un *mandatum post mortem* fundado en una disposición testamentaria. Respecto a los contratos consensuales, es suficientemente conocido el pasaje de Gai. 3,135-136<sup>96</sup>:

*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non potest.*

---

muerte del mandante acontece —*si adhuc non integro mandato*— y pudiera interpretarse en el sentido de considerar que la muerte del mandante pone fin al mandato —*mandatoris morte solvi mandatum*— pero no impide la existencia de unos actos consumados por el mandatario, y por consiguiente el principio de una acción concedida al mandatario “*id quod interest*”, por lo que había realizado. La muerte deja subsistente este pasado, no pudiendo arrebatar al mandatario los derechos y acciones que este pasado había hecho nacer a favor y contra él, ni excluir la imputación a los herederos del mandante de los efectos de la actividad desvuelta por el mandatario por cuenta de su causante; ni tampoco permitirle la desvinculación del mandato si se causaba evidente perjuicio a los herederos, al ignorar estos últimos la muerte del *de cuius* o no poder continuarlo o confiarlo a otra persona.»

<sup>96</sup> Sobre el texto puede consultarse: A. BURDESE, *Patto, convenzione e contratto in diritto romano* cit., pp. 43; 62 s. Según A. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., p. 523, el orden de los contratos que aparecen en la primera parte es una invención escolástica del mismo jurista. Respecto a la consensualidad, cfr. D. 17,1,1 pr. (Paulo, 32 *ad ed.*).

En el mandato, como en la sociedad, el consentimiento adquiere perfiles propios, porque ambos contratos requerían la *perseverantia consensus*, es decir, la continuación en el tiempo de la voluntad de ambas partes: siempre era admisible tanto la rescisión unilateral del mandante (*revocatio mandati*) como del mandatario (*renuntiatio*)<sup>97</sup>. Pero si nos fijamos en el momento inicial, aquel en el que se crea el vínculo contractual, la estructura del mandato es similar a la de cualquier otro contrato no formal: el negocio surge por la concurrencia de una oferta y de una aceptación. Como regla general, la doctrina privatista entiende que la muerte del oferente determina la ineficacia de la oferta y, por tanto, se hace irrelevante la aceptación; aun así se admiten algunas excepciones<sup>98</sup>. Pues bien, quisiera plantear la hipótesis siguiente: el derecho romano clásico conoció la posibilidad de utilizar como cauce de una oferta de *mandatum post mortem* el propio testamento (o un codicilo). El mandato se perfeccionaría por la aceptación del encargo. Dada la falta de forma preestablecida para el contrato, el mandatario exteriorizaría habitualmente la aceptación con su propia actividad (*facta concludentia*)<sup>99</sup>. Por supuesto que sería también admisible un acuerdo *inter vivos* luego formalizado en el testamento, pero la estructura de éste en derecho romano como acto unilateral, impedía su recepción en el negocio testamentario. Al fin y al cabo, dada la posibilidad de *renuntiatio* del mandatario, es superflua cualquier exigencia formal para exigir su cumplimiento.

La hipótesis que planteamos sigue, en cierta medida, el camino abierto en esta materia por Murga<sup>100</sup>, que, pese a negar la existencia del *mandatum post mortem* en época clásica, acepta una posible presencia de este modelo en los testadores<sup>101</sup> preocupados por con-

<sup>97</sup> G. PROVERA, *Mandatum s.v.*, en ED. 25 (1975) 318.

<sup>98</sup> Estamos siguiendo en este planteamiento a L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I* (Madrid, 1979) 192 ss.

<sup>99</sup> U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *El Negocio jurídico en Derecho Romano* (Madrid, 1954) 16; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de la ed. italiana de 1943 por A. Martín Pérez [Madrid, 1950] (Granada, 2000) 111 ss.

<sup>100</sup> J. L. MURGA, *Donaciones y testamentos «in bonum animae» en el Derecho Romano tardío* (Pamplona, 1968) 166 ss.

<sup>101</sup> El autor realiza esta afirmación aplicándola a la época postclásica, pero la tesis se puede retrotraer en adaptación al mundo clásico sin vulnerar la propia estructura del análisis de Murga, dado que uno de los pilares esenciales de su contribución consiste en identificar los precedentes jurídicos «paganos» del *bonum animae*; este tema de la continuidad de fondo aparece de continuo en el libro: pp. 18, 30, 56, 100 ss., 134, 146, 161, 259, 290 ss., 323, n.60; 351, n. 109, 415; y es sólo ocasionalmente atemperado: pp. 98, 146 n. 216, 172.

seguir fines no realizables por los cauces habituales del derecho hereditario. Sin embargo, Murga se refiere a estas soluciones buscadas por testadores piadosos como realizadas a espaldas de la ley, sin tutela jurídica<sup>102</sup>. Se llegaría a su recepción jurídica de modo gradual. Primero, la realidad repetida de mandas piadosas que desbordaban los esquemas previstos. Luego, la reflexión jurisprudencial, que se iría acercando a la idea del *mandatum post mortem* como un posible camino para exigir el cumplimiento de encargos *in bonum animae* no encajables en las categorías de legados y fideicomisos<sup>103</sup>. Sin embargo, en mi opinión, esta vía ya se habría andado en la época clásica, como lo prueban algunos testamentos conservados y las denominadas fundaciones sepulcrales (en este último aspecto, pese a sus conexiones evidentes con la materia tratada, no podemos detenernos). Por lo demás, el propio Murga, según hemos afirmado, admite la presencia de soluciones análogas en época clásica, por ejemplo, la de herederos de confianza, sucesores desde el punto de vista legal y meros fiduciarios en la realidad, o, a veces, verdaderos mandatarios con la función de cumplir el encargo piadoso del muerto<sup>104</sup>.

Pero volvamos a la línea de nuestra argumentación, examinando los datos que aportan las fuentes. Empezaremos por el testamento de *Dasumius Tuscus*<sup>105</sup>. Redactado en el 108 d.C., se compone de 124 líneas de difícil lectura; se atribuye a P. Dasumio Tusco (cónsul en el 103), que lo mandó reproducir en piedra, en su tumba situada en la *via Appia*<sup>106</sup>. En las líneas 87 a 103 y 111 a 115 se nombran curadores para que se hagan cargo de las exequias, de la construcción del sepulcro y de la continuidad de las ceremonias conmemorativas. Más segura es la *lectio* del llamado testamento del Lingón<sup>107</sup>, habi-

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 166 n. 260: según el autor, estos actos «extrajurídicos» los hubo siempre y a ellos debió subvenir el procedimiento extraordinario. Se trata de casos que se refieren al culto, como los recogidos en D. 11,7,14,2 (Ulpiano, 25 *ad ed.*) o en D. 5,3,50,1 (Papiniano, 6 *quaestionum*). Según Murga, también el *mandatum post mortem* pudo haber encontrado protección en el procedimiento extraordinario, p. 168.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>105</sup> C. CASTILLO, *El famoso testamento del cordobés Dasumio*, en *Actas del I Congreso Andaluz de Estudios Clásicos* (Jaén, 1981) 159 ss.; D. VAQUERIZO, *op. cit.*, pp. 56 s.: tomo todas las referencias de este último autor.

<sup>106</sup> CIL VI 10229; con algún hallazgo posterior: *AE*. 1976-1980- núm. 77; *Fira* III núm. 48.

<sup>107</sup> CIL XIII 5708; *Fira* III núm. 49.

tante de la actual ciudad de Langres, documento conocido a través de una copia del siglo X<sup>108</sup>. En el testamento aparecen dos cláusulas que, desde nuestra perspectiva, podrían configurarse como propuestas de *mandatum post mortem*. En la primera (*verso* líneas 12 a 16), para el mantenimiento del culto funerario: *vicibus ex se curatores ad hoc officium nominent, qui id officium annum habeant, habeantque potestatem exigendi hos nummos; mandoque hanc curam Prisco Phoebio Philadelpho Vero; post obitum meum ii curatoresque ita nominati xx sacra faciant*. Se utiliza de nuevo el término *curator*, que se integra dentro del campo semántico del mandato sin ninguna dificultad (*mandoque hanc curam*)<sup>109</sup>. En la segunda de estas cláusulas (*verso* líneas 17 a 22) se establece el régimen de la *cura funeris*: *mando autem curam funeris mei et exequiarum et rerum omnium et aedificiorum monumentorumque meorum Sex. Iulio Aquilae nepoti meo et Macrino Regini filio et Sabino Dunnedor filio et Prisco liberto meo et procuratori, et eos rogo agant curam harum rerum omnium, eorumque probatio sit earum rerum, quas iussi post mortem meam fieri*. Me parece también significativo el uso indiferenciado de los verbos *mandare* y *tubere*<sup>110</sup>. En ambos casos la funcionalidad del mandato *post mortem* resulta tanto más determinante cuanto que no fue posible en época clásica la creación de entidades jurídicas destinadas a la realización de estos objetivos funerarios<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> Y. LE BOHIEC (ed.), *Le Testament du lingon* (Lyon, 1991); J. REMESAL RODRÍGUEZ, «*In perpetuum dicitur*». Un modelo de fundación en el Imperio Romano. «*Sex. Iulius Frontinus, Iulius Sabinus*» y el Testamento del Lingón (CIL XIII 5708), en *Gerión* 13 (1995) 99 ss., sigo la edición de este autor; no entro en la crítica de su interpretación, aunque debo expresar que sería deseable una mayor precisión técnica en el uso del vocabulario jurídico.

<sup>109</sup> La proximidad entre mandato y cura puede observarse, por ejemplo, en D. 44,7,5 pr. (Gayo, 3 *aureorum*) donde se habla de *curam negotiorum suorum mandant*.

<sup>110</sup> Vid. *supra*, n. 76.

<sup>111</sup> De «pseudo-fondations funéraires» habla F. DE VISSCHER, *Le droit des tombeaux romains* (Milano, 1963) 270; sobre la tumba como *locus religiosus*, *ibidem* pp. 55 ss.; S. LAZZARINI, *op. cit.*, p. 3, n. 1, ofrece abundante información bibliográfica sobre las multas sepulcrales. Cfr. J. L. MURGA, *Donaciones y testamentos in bonum animae*, cit., p. 333: «siempre que en el Derecho clásico, una persona busca un medio de permanencia *post mortem* al fijar, por ejemplo, en el testamento una ceremonia funeraria anual acude siempre, consciente o inconscientemente, a una solución de este tipo (una comunidad de individuos “fungibles”). Suele gravarse con la obligación, por regla general, a unos libertos agradecidos, formando con ellos una especie de comunidad de propietarios o usufructuarios de los bienes sepulcrales: tumba, jardín, huertos, viviendas, etc. No se trata propiamente de una

El testamento de Antonio Silvano es, con diferencia, el documento más trascendente para nuestra investigación. Fue publicado en 1940 por Gueraud y Jouguet<sup>112</sup>. Redactado en el 142, se lee en el comienzo (tablilla I-B): *Antonius Silvanus, eq(ues) alae I / Thracum Mauretanae, strator*<sup>113</sup> *praefecti* *turmae Valeri testamentum fecit*. Señala Perea Yébenes<sup>114</sup> que la existencia de estos *stratores* al lado de los *praefecti alae* se explica por un motivo práctico: la necesidad de contar con expertos en la compra o requisa de caballos para la unidad. En general, los *stratores* son ayudas de campo de los generales, que servían como escoltas y actuaban en la práctica como cargos de confianza, cosa que queda reflejada con frecuencia en las

---

forma colegiada sino de algo mucho más ínfimo y sin las características jurídicas de la corporación. Sin embargo, también aquí aparece una conjunción de personas físicas orientadas hacia el futuro *libertis libertabusque suis quive ab his posterisque eorum manumissi manumissae sunt erunt*. Se ha producido, pues, una pervivencia por razón de esta curiosa fungibilidad personal que transmite al conjunto humano las características propias del ser individual a la vez que logra su objetivo de durar indefinidamente». ID., *Los negocios pietatis causa en las constituciones imperiales postclásicas*, en *AIIDE* 37 (1967) 245 ss.; ID., *La continuidad post mortem de la fundación cristiana y la teoría de la personalidad jurídica colectiva*, en *AIIDE* 38 (1968) 481 ss.; ID., *Testamentos y donaciones in bonum animae y la llamada teoría de la personalidad jurídica*, en *RISG* 12 (1968) 1 ss. Cfr. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., p. 401, que ve en estas fundaciones sepulcrales manifestaciones precoces del derecho vulgar.

<sup>112</sup> O. GUERAUD - P. JOUGUET, *Un testament latin per aes et libram de 142 après J.-C (Tablettes Keimer)*, en *Etudes de papyrologie de la Société Fouad I de Papyrologie* 6 (Le Caire, 1940) 1-21. Disponemos de un análisis muy completo del documento a cargo de J. MACQUERON, *Le testament d'Antonio Silvano (Tablettes Keimer)*, en *RHD* 24 (1945) 123 ss.; también puede consultarse V. ARANGIO-RUIZ, *Il testamento di Antonio Silvano e il senatoconsulto di Nerone*, en *Studi in onore di Emilio Albertario I* (Milano, 1952) 203 ss., recogido en sus *Studi epigrafici e papirologici* (a cura di L. Bove) (Napoli, 1974) 382 ss.

<sup>113</sup> Debe leerse *strator* y no *stator* según S. PEREA YÉBENES, *Los stratores en el ejército romano imperial (funciones y rangos)* (Madrid, 1998) 60, n. 163; figura también *strator*, en el *Epigraphische Datenbank Heidelberg*, núm. HD021792; en ese caso habría que corregir *Fira III*, núm. 130, que a su vez ha determinado la lectura de *stator* en muchos autores: E. WEISS, *Procurator ex testamento*, en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 4 (Milano, 1953) 61; L. M. ZINGALE, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto (Silloge di documenti dal I al IV secolo d. C., 2.ª ed.* (Torino, 1991) 23; B. SANTALUCIA, *Diritto ereditario romano. Le fonti* (Bologna, 1987) 216. De todas formas, hay que advertir que la lectura de *stator* está ya en la publicación de Gueraud y Jouguet, y que en el *officium* del *praefectus alae* figuraban tanto *stratores* como *statores*: A. VON DOMASZEWSKI, *Die Rangordnung des römischen Heeres. Einführung, Berichtigungen und Nachträge* von B. Dobson, 3.ª ed. (Köln - Wien, 1981) 55 s.

<sup>114</sup> S. PEREA YÉBENES, *Los stratores en el ejército romano imperial*, cit., p. 60.

inscripciones laudatorias que erigen a sus superiores<sup>115</sup>. En el aspecto que interesa, el testador nombra un *procurator* de sus bienes castrenses para que se haga con ellos y los entregue a Antonia Thermutha, madre de su heredero<sup>116</sup>, para que ésta los conserve para su hijo heredero y se los transmita cuando éste salga de la tutela (líneas 18 a 26): *procuratorem bonorum meorum castrensium ad bona mea colligenda et restituenda Antoniae Thermuthae matri heredis meis supra scripti facio Hieracem Bebecis duplicarium alae eiusdem, turma Aebuti, ut et ipsa servet donec filius meus et heres suae tutelae fuerit et tunc ab ea recipiat*. El nombramiento de un procurador *ratione mortis* es especialmente útil en las condiciones de vida militar. A las peculiares condiciones familiares del soldado y a la posibilidad de una muerte en acto de servicio, lejos de la guarnición y de la familia, hay que añadir, sobre todo, la exigencia de hacerse cargo de las cantidades que se recibían por la *honesta missio*, cantidades que se habían ido deduciendo de la paga<sup>117</sup>, y otros ingresos y ahorros. Pero sobre el papel de estos procuradores, nombrados en testamento<sup>118</sup> tenemos una buena fuente de información en la epigrafía de los *collegia militaria*. En el régimen de funcionamiento de estos colegios, que florecieron en la época de los Severos, estaba regulada una cantidad, *anularium*, que se entregaba al heredero o al procurador, como aparece en la inscripción del *collegium cornicinum* de Lambasis (CIL VIII 2557)<sup>119</sup>: *Item si qui obitum naturae red(iderit) acc(ipient) her(es) ips(ius) sive proc(urator) denarios D*. Esta dicotomía, prevista por anticipado en los estatutos del colegio, indica lo

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>116</sup> En el 142 el matrimonio estaba vetado a los militares: en consecuencia el testamento no habla de *uxor*: J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 139.

<sup>117</sup> M. MARÍN PEÑA, *Instituciones militares romanas* (Madrid, 1956) 216 s; 222. A los *stipendia* había que añadir los *donativa*, ingresos extraordinarios. Al licenciarse se recibía también un premio en metálico o la atribución de una parcela de tierra: J. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Historia de las legiones romanas I* (Madrid, 2001) 25; en su tomo II, pp. 601 ss., el lector puede consultar una exhaustiva bibliografía.

<sup>118</sup> Otros casos de procurador testamentario en M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, cit., p. 149, n. 3. Vid. V. ARANGIO-RUIZ, *Documenti testamentari latini della collezione di Michigan*, en JJP. 4 (1950) sobre el fragmento n. 437; trabajo recogido en *Studi epigrafici e papirologici*, cit., p. 364, donde la posible presencia de un procurador es puesta en relación con la figura tal como aparece en el testamento de Antonio Silvano.

<sup>119</sup> Recogida en el monumental trabajo de S. PEREA YEBENES, *Collegia militaria* cit. con el núm. 43, p. 526. Sobre las cantidades por salida del colegio: *ibidem*, pp. 124 ss.

arraigado que estaba en la mentalidad romana la posibilidad de que estos procuradores *post mortem* fueran nombrados (como en el testamento de Antonio Silvano). Es decir, que respecto a tales procuradores no creo que se pueda afirmar que estamos ante una figura excepcional o atípica. El procurador aparece también en dos inscripciones militares, CIL III 387 y CIL VI 32668, donde se lee *procurator corporis eius* y *curator corporis ipsius*<sup>120</sup>, respectivamente. El procurador nombrado por Antonio Silvano se integra perfectamente en el ambiente que conocemos gracias a esta epigrafía funeraria. Que se pueda hablar en este contexto de *mandatum post mortem*, si el encargo era efectivamente asumido por el propuesto en el testamento, no me parece contrario al estado de nuestras fuentes<sup>121</sup>.

El receptor de estos encargos *ratione mortis*, ya sean concernientes al cuerpo, sepulcro y funerales del difunto, ya a cuestiones concernientes a las gestiones económicas directamente vinculadas con la muerte (p.e., el arriba mencionado *procurator bonorum meorum castrensiuum*), se configura sustancialmente (dejando a un lado la vacilante utilización que en materia de mandato se hace de la terminología)<sup>122</sup>, como un ejecutor testamentario, a pesar de la opinión contraria de la doctrina tradicional<sup>123</sup>. Un ejecutor, para serlo, no tiene por qué venir encargado del cumplimiento de todas las disposiciones testamentarias. Según las necesidades de cada causante,

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 127, n. 325. Vid. *supra*, n. 31, sobre CIL III 265. Sólo tenemos información epigráfica de un colegio de *stratores*: S. PEREA YÉBENES, *Collegia militaria* cit., pp. 315 s.; 541, núm. 67.

<sup>121</sup> Excluye radicalmente esta posibilidad M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, cit., p. 151; sin embargo, el autor, aunque rechaza el mandato, admite que la relación de estos *curadores* o *procuradores* con los herederos se articularía por medio de la *actio negotiorum gestorum*, lo que hace que su postura no sea excesivamente lejana de la que nosotros defendemos: *ibidem*, p. 151, n. 4, al menos en los efectos relativos a la responsabilidad del que realiza la gestión. Tampoco admite la presencia de un mandato E. WEISS, *op. cit.*, p. 64.

<sup>122</sup> Esta indeterminación terminológica que, desde un punto de vista general, aleja a la jurisprudencia romana de la precisa dogmática moderna, M. BRETONI, *Tecnica e ideologie dei giuristi romani*, 2.<sup>a</sup> ed. (Napoli, 1984) 350, afecta de modo característico al mandato, de forma mucho más acusada incluso que en otros contratos consensuales. D. 17,1,1,2 (Paulo, 32 *ad ed.*): *Item sive rogo sive volo sive mando sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est*; como si esta flexibilidad del mandato se hubiera contagiado a la terminología de los juristas: vid. *supra*, n. 35: W. ENDEMANN, *Der Begriff der delegatio im klassischen römischen Recht* (Marburg, 1959) 16.

<sup>123</sup> Un examen del problema en A. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, cit., pp. 149 s.

el encargo versará sobre algunos de los problemas a los que se le dé mayor importancia. Uno de las causas por las que suele excluirse al ejecutor deriva precisamente de la no admisión en derecho clásico del *mandatum post mortem*<sup>124</sup>. Creo que, admitido éste, se supera el principal, no el único, obstáculo teórico<sup>125</sup>. Habría que concluir, por tanto, rectificando la opinión de Schulz<sup>126</sup>, que el derecho romano conoció efectivamente la figura del ejecutor testamentario, y que romanos son por tanto, los fundamentos del albacea tal como aparece en el derecho medieval<sup>127</sup>. Nuestra jurisprudencia, por su parte, no ha dudado en equiparar, con cautelas, al albacea con un mandatario *post mortem*<sup>128</sup>.

#### 6. EXÉGESIS DE D. 11,7,14,2 (ULPIANO, 25 AD ED.)

A nuestra hipótesis sobre la admisibilidad de un *mandatum post mortem* formalizado, por lo que respecta a la oferta del mandante, en un negocio testamentario, parece oponerse el siguiente pasaje de Ulpiano:

<sup>124</sup> Me parece el caso paradigmático de B. BIONDI, *op. cit.*, pp. 621 ss., que tras hacer un profundo repaso de las fuentes de la praxis, rechaza la posibilidad poniendo el obstáculo en la prohibición del mandato *post mortem*. Para la época justiniana, en cambio, acepta al ejecutor, aunque se precisa que, a pesar de que logre prácticamente los mismo efectos, no es un mandatario. Hay una cierta incoherencia entre ambos argumentos, pues, para la época clásica se vinculan, para excluir al primero, ejecutor y mandatario *post mortem*; sin embargo, para el desarrollo posterior se produce una separación dogmática entre ambos.

<sup>125</sup> A. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., p. 536, n. 5 admite que el mandato puede asumirse para una gestión que interesa al heredero del mandante, por ejemplo, la de un ejecutor testamentario.

<sup>126</sup> F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford, 1951) 333, que señala que su existencia sólo fue *de facto*, a pesar de que los juristas romanos estuvieron muy cerca de él por medio del *familiae emptor*.

<sup>127</sup> M. A. BERMEJO CASTRILLO, *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval* (Madrid, 1996) 609 ss.; también es muy significativo que el derecho hispánico medieval configurara como institución la *manda*, es decir, la recomendación incluida por el causante en su disposición de última voluntad, como figura inicialmente diferente del legado: *ibidem*, pp. 657 ss. Así en el fuero de Villasila y Villamelendo: *potestatem habeat mandandi vel donandi quibuscumque voluerit*. Incluso se llega a reproducir la sinonimia clásica con el verbo *iubere*, como se ve en el fuero de Escalona (1130-I-4).

<sup>128</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO - F. SANCHO REBULLIDA - A. LUNA SERRANO - J. DELGADO ECHEVERRÍA - F. RIVERO HERNÁNDEZ - J. RAMOS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones* (Madrid, 2001) 309.

*Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eo dandam Mela scripsit: credo tamen et extra ordinem eum a praetore compellendus funus ducere.*

Wacke<sup>129</sup> ha señalado este pasaje como prueba de la inexistencia del *mandatum post mortem* en derecho romano clásico. La objeción fue rebatida por Sanfilippo<sup>130</sup> aduciendo que en el pasaje citado no cabe hablar de mandato *post mortem*, sino de una disposición testamentaria innominada, frecuente en la praxis romana, por la que el testador encomendaba a una persona de confianza el encargo de hacerse cargo del *funus*<sup>131</sup>. El problema se trasladaría a la concreción del modo de exigir este encargo, cuando no se haya recurrido al legado modal o instrumento análogo<sup>132</sup>. A la opinión de Sanfilippo se adhiere Gómez-Carabajo de Viedma<sup>133</sup>.

¿Cuál sería la solución del problema desde nuestro punto de vista? De forma preliminar cabría alegar que no hubo siempre una frontera precisa entre la *actio de dolo* y la *actio mandati*, como consecuencia de la dificultad que encuentra la jurisprudencia para contractualizar de modo pleno algunas actividades de gestión. Aspecto que es a su vez un efecto de la problemática juridicidad de todo tipo de mandato, cuestión a la que aludíamos al comienzo de este trabajo. Ya hemos detectado un posible reflejo de dos posibles concepciones, una más amplia y más antigua, otra más estricta, en la divergencia que se observa en este punto entre los tratamientos de Paulo y Ulpiano<sup>134</sup>. Sin embargo, respecto al supuesto contemplado en D. 11,7,14,2 mi opinión consiste en negar que en este caso este-

<sup>129</sup> A. WACKE, *Sul concetto di dolus nell'actio de dolo*, en *Iura* 28 (1977) 30, ahora en la recopilación de trabajos del autor *Estudios de Derecho Romano en cuatro idiomas* (Madrid, 1996) 267 ss.; sobre el texto, 287 s.

<sup>130</sup> C. SANFILIPPO, *Ancora un caso di mandatum post mortem?*, en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* 5 (Napoli, 1984) 2047 ss.

<sup>131</sup> Quizá sea oportuno resaltar que no se hace justicia al término *funus* cuando es traducido como *entierro*. Cfr. H. HEUMANN - E. SECKEL, *op. cit.*, p. 225, con poca precisión. Muy útil ahora también la información que ofrece D. VAQUERIZO, *op. cit.*, pp. 58 ss.; 302: «actos que se desarrollaban entre el momento de la muerte y la celebración de las últimas ceremonias, posteriores al enterramiento». Cfr. J. PARICIO, *Acción funeraria*, en *Derecho romano de obligaciones*, cit., pp. 687 ss.

<sup>132</sup> Por tales motivos es habitual la postura de quienes estiman que este tipo de encargos no disponían de tutela jurídica, J. M. MURGA, *Donaciones y testamentos in bonum animae*, cit. p. 166, n. 260, aunque el tenor del texto parece desmentir afirmación tan rotunda.

<sup>133</sup> F. J. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *op. cit.*, p. 163.

<sup>134</sup> Vid. *supra* n. 15 en relación sobre todo con D. 17,1,10,7 (Ulpiano, 31 *ad ed.*).

mos ante un contrato de mandato *post mortem*. Según nuestra teoría, el testador realizó una oferta contractual en su testamento, ¿Aceptó la oferta el destinatario? No, puesto que Ulpiano nos informa de que se embolsó la cantidad sin hacerse cargo del *funus*. Estaríamos ante un problema de interpretación, dado que cabría defender que la aceptación de la suma monetaria equivaldría a la aceptación del mandato. Pero, por otra parte, bien mirado el parecer de Ulpiano, su decisión puede ser la correcta, porque ¿cómo podría hablarse de un mandato, institución basada en la *fides* y en la *amicitia*, en este supuesto de flagrante desprecio del *officium* por parte del amigo del difunto? No hubo contrato, porque la propia conducta del elegido lo excluye como mandatario.

Hay todavía un segundo argumento que reforzaría la solución de Ulpiano y que haría más explicable la utilización de la acción de dolo. En los testamentos romanos conservados<sup>135</sup> es muy común la presencia de una enigmática cláusula de dolo (*huic testamento dolus malus abesto*)<sup>136</sup>. Me parece que esta cláusula, a la que la doctrina no ha prestado excesiva atención, y que sin embargo es de uso general en la práctica testamentaria, es la que daría cuenta de la legitimación activa a la *actio de dolo* de los interesados, en primer lugar, del heredero civil.

## 7. MANDATO Y DELEGACIÓN

El texto que ha polarizado el debate doctrinal sobre el mandato *post mortem*, y que ha sido esgrimido como prueba fundamental por quienes niegan la existencia de este tipo de negocio<sup>137</sup> es D. 46,3,108 (Paulo, 2 *manualium*)<sup>138</sup>:

<sup>135</sup> M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, cit., pp. 164 s.

<sup>136</sup> También en las inscripciones funerarias. Vid., p. ej., CIL XIV 1153, estudiada por S. LAZZARINI, *op. cit.*, pp. 105 ss. En este tipo de inscripción junto a la mención del dolo se introduce una multa sepulcral a la que quizá hace referencia nuestro D. 11,7,14,2 cuando indica la posible coacción impuesta por el pretor. La multa es admitida porque hay un interés público que merece ser protegido.

<sup>137</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., p. 152. Para la doctrina más antigua: F. GLÜCK, *op. cit.*, p. 80. Por su parte, R. von JHERING, *op. cit.*, p. 273, n. 367, señala que la razón que da el párrafo es puramente formal: la verdadera razón estribaría en que un mandato de esta naturaleza encubre un legado.

<sup>138</sup> Según O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, cit., 1139, n.1016, en sede de *stipulationes*.

*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.*

Entre los defensores del mandato *post mortem*, Sanfilippo<sup>139</sup> opina que en el primer supuesto hay un doble mandato. Uno explícitamente mencionado, *inter vivos*, dirigido al mandatario para que realice la estipulación; y un segundo mandato<sup>140</sup>, implícito, éste *post mortem*. El segundo supuesto no tendría nada que ver con el mandato: se refiere a un caso de delegación, en el que se afirma que el *iussum* dado al deudor no tiene eficacia una vez muerto el delegante. Rabie<sup>141</sup>, por su parte, señala que en este párrafo el jurista propone en la primera parte la regla general según la cual la muerte del mandante no tiene ningún efecto extintivo sobre las relaciones entre el mandatario y los terceros; mientras que en la segunda se señala una limitación de la regla anterior: cuando exista un *iussum post mortem donationis causa*. Gómez-Carabajo de Viedma<sup>142</sup> afirma que el pasaje en su primera parte describe a un mandatario que se ha hecho estipular en vida del mandante para después de su muerte: el mandatario ha realizado una estipulación sometida a un término (el de la muerte del mandante). La celebración de la estipulación ha hecho nacer una obligación independiente entre promitente y estipulante. En conclusión, el supuesto primero no tiene relación con el *mandatum post mortem*. En cambio la segunda parte del supuesto sí que afectaría de lleno al *mandatum post mortem mandatoris*. Sin embargo, si es así, la fundamentación que hace Paulo no es correcta, porque como ya advirtieron Jens, Glück, Bonfante, Arangio-Ruiz o Vassalli<sup>143</sup>, la máxima que tendría que haberse aplicado sería *obligatio (actio) ab heredis persona incipere non potest*, y no la que se refiere a la extinción del mandato por muerte de una de las partes. Sin embargo, sería posible admitir otra solución: la apuntada por Cuyacio<sup>144</sup> que sostenía la existencia de una transposición de palabras; habría que leer: *ei autem cui iussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur, quia man-*

<sup>139</sup> C. SANFILIPPO, *Mandatum post mortem*, cit., p. 563.

<sup>140</sup> A diferencia de lo que ocurre en Gai. 3,117.

<sup>141</sup> H. A. RABIE, *D.* 46,3,108 cit., pp. 263 ss. Cfr. C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 85 ss.

<sup>142</sup> F. J. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *op. cit.*, pp. 147 ss.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 154, con indicación de las obras respectivas.

<sup>144</sup> Citado por F. GLÜCK, *op. cit.*, p. 81, n. 45.

*datum morte dissolvitur*. Esta lectura cuenta a su favor con B. 26,5,108, que reproduce el texto en el orden indicado por Cuyacio (que al parecer no fue consciente de esta ayuda para su argumentación). Si se admite la conjetura de Cuyacio el texto se ocuparía, por tanto, de un mandato ordinario<sup>145</sup>.

Por mi parte, me inclino por la hipótesis siguiente: el texto de Paulo se refiere a casos de *delegatio*. La estipulación es el medio ordinario de la *delegatio promittendi*<sup>146</sup>, por tal motivo tiene un peso determinante en la argumentación. He de advertir que se presenta aquí un problema prejudicial, en cuyo fondo ahora no podemos entrar: el del fundamento del complejo negocio delegatorio. Sin embargo, aunque la doctrina mayoritaria<sup>147</sup> se incline por un doble *iussum*, me parece más probable<sup>148</sup> la tesis que ve en el mandato el impulso que lleva a la realización de la *delegatio*, sobre todo porque el propio concepto de *iussum* en derecho privado es problemático, fuera del ámbito muy concreto de las relaciones familiares<sup>149</sup>.

Pues bien, desde el presupuesto arriba señalado, sostengo que en la primera parte de D. 46,3,108, se describe explícitamente la existencia de un mandato del delegante (acreedor) al delegado (deudor del primero como supuesto más habitual)<sup>150</sup>; en virtud de este mandato, el delegado promete al delegatario. Producida la delegación por medio de la *stipulatio*, Paulo subraya que el posible cambio en la voluntad del delegante ya no tiene eficacia. ¿Se da en este supuesto un *mandatum post mortem*? El laconismo del párrafo

<sup>145</sup> Recientemente J. L. ALONSO, *El cobro de los créditos de la herencia yacente*, en *Labeo* 47 (2001) 215, n. 25, se ha ocupado de la segunda parte de D. 46,3,108, para ilustrar el principio de que el cobrador debe estar habilitado: con la muerte del acreedor se extingue el *iussum solvendi*.

<sup>146</sup> D. 46,2,11,1 (Ulpiano, 27 *ad ed.*): *Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litem contestationem*. Sin embargo, la doctrina mayoritaria niega que pueda hacerse una *delegatio* por medio de la *litis contestatio*. El supuesto convendría más bien a un *mandatum ad agendum in rem suam*: M. KASER, rec. a W. ENDEMANN, *Der Begriff der delegatio im klassischen römischen Recht*, en *ZSS*. 77 (1960) 465, n. 15.

<sup>147</sup> P. CONSENTINO, *op. cit.*, pp. 299 ss.

<sup>148</sup> En la línea de P. RUTSAERT, *Étude sur la délégation en droit privé romain* (Bruxelles, 1929).

<sup>149</sup> Vid. *supra*, n. 76. Cfr., sin embargo, J. L. ALONSO, *Estudios sobre la delegación*. I. *La doble atribución patrimonial* (primera parte) (Santiago de Compostela, 2001) 81 ss.

<sup>150</sup> Conviene recordar que no siempre las relaciones de valuta o de cobertura consisten en una *solutio*; puede ocurrir también que sea concurrentemente el fundamento de ambas. Esto hace muy razonable la opinión expresada por M. TALAMANCA, *Delegazione s.v.*, en *ED*. 11 (1962) 919 s., en orden a prescindir de la habitual distinción entre delegación activa y delegación pasiva.

hace por completo hipotética cualquier aseveración. Podría existir este tipo de mandato si la causa que ha llevado al delegante a poner en funcionamiento la delegación consiste en la ordenación de algún aspecto de su sucesión: facilitar, por medio del negocio delegatorio, el cobro de una posible deuda por parte del heredero, por ejemplo; quizá pudiera ocurrir que fuera el propio heredero el que se hubiera convertido en titular del crédito como delegatario, en un afán de facilitar el cobro llegado el momento. Pero el texto no da ninguna indicación, por lo que me parece más probable que estemos ante un mandato ordinario, en coherencia con la segunda parte.

En esta segunda parte, Paulo nos plantea un caso que en apariencia responde más bien al tipo de *delegatio ad solvendum* (*post mortem meam solvere*). No obstante, el sentido unitario del pasaje no hace improbable que también aquí estemos ante una fallida *delegatio promittendi*. El jurista estaría precisando que sólo con la celebración de la *stipulatio* delegatoria se independiza por completo la relación entre delegado y delegatario. Si el delegante muere antes de que se produzca tal estipulación, el deudor seguirá vinculado con los herederos de su acreedor, porque el negocio delegatorio no ha nacido ni puede ya nacer. Ahora bien, que estamos en presencia de un mandato ordinario es ahora seguro, porque Paulo alcaja precisamente la regla que se aplica en ese caso: la de que el mandato se disuelve por la muerte (aquí del mandante).

## 8. CONCLUSIÓN

El *mandatum post mortem* como negocio cualificado por el específico interés del mandante, que lo realiza *ratione mortis*, para dar solución a algún problema relacionado con su propio fallecimiento (*funus*, construcción del sepulcro) o con la ordenación de algún aspecto particular de su sucesión, existió sin duda en derecho romano clásico, como se demuestra por el examen que hemos realizado de los textos. Su razón de ser se comprende claramente cuando se tiene en cuenta que, desde la época preclásica la *hereditas* perdió su primordial carácter religioso y sufrió un proceso en el que los intereses patrimoniales pasaron a un primer plano. El mandatario *post mortem* vino, pues, a colmar un vacío que antes no se producía. Es significativo e incluso paradójico que encontremos el antecedente del *mandatum post mortem* precisamente en el momento en que se produce este cambio de orientación hereditaria a través de la *mancipatio familiae*. Aunque el mandato ordinario y el mandato *post mortem* se proyecten sobre ámbitos diferentes, subyace en ellos un

común fundamento, la *amicitia*, que se despliega en cada caso de acuerdo con el interés que impulsa a cada negocio. En el caso del denominado por la doctrina *mandatum post mortem*, estamos en realidad ante un negocio *mortis causa*, calificación que es perfectamente compatible con su carácter de contrato *inter vivos*. Dada la frecuencia con que aparecen curadores o procuradores testamentarios (el testamento de Antonio Silvano es el ejemplo más claro, por su sintonía con la información que ofrece la epigrafía de los *collegia militaria*), sería posible defender la existencia del mandato *post mortem* testamentario, siempre que se tenga en cuenta que la designación testamentaria supone una oferta de contrato que el elegido deberá aceptar o rechazar. Si se admitiera esta idea, habría que subrayar el antecedente romano de los ejecutores testamentarios medievales y, en especial, de la figura del albacea. Finalmente, el análisis de D. 46,3,108, no parece que pueda afectar a la teoría que admite la existencia del *mandatum post mortem* en derecho romano<sup>151</sup>.

<sup>151</sup> Pese a la opinión común, vid. H. A. RABIE, *L'acte juridique post mortem en droit romain*, cit., pp. 337 ss., no creo que las dos constituciones que habitualmente se citan como modificativas de la hipotética ineficacia del mandato *post mortem*, tengan en realidad nada que ver con nuestra figura. La primera del año 528, CJ. 8,37(38),11: *Imp. Iustinianus A. Menae pp. Scrupulosam inquisitionem utrum post mortem an cum marieretur stipulatus sit aliquis vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes omnia quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem vel pridie quam morietur scripta esse noscuntur, nibila minus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus*. La segunda, del año 531, CJ. 4,11,1: *Imp. Iustinianus A. Iobanni pp. Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam regulam, qua vetustus utebatur, more humano emendare. 1. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. 2. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur*. Cfr. CJ. 4,18,2 (*Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*), también del 531, que declara la posibilidad de transmitir *mortis causa* la posición activa o pasiva en el *constitutum debiti*: vid. E. RICART MARTÍ, *Perfil del constitutum debiti*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 3 (1991) 135 ss. Respecto a las dos primeras constituciones me parece que la principal referencia es el pasaje de Gai. 3,100, a la que se añaden disposiciones testamentarias con término *post mortem*. Por lo demás, la lectura de estas constituciones nos evoca una reflexión de R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts* 2, cit., pp. 470 s. (n. 647), acerca de la importancia de la forma como enemiga de la arbitrariedad. Desaparecen las antiguas formas precisamente cuando la voluntad soberana del emperador se constituye como el principio rector del Derecho.