

EL MANDATUM INCERTUM

The *Mandatum Incertum*

MANUEL CAMACHO DE LOS RIOS *

BIBLID [0212-8217(1999); 2; 577-586]

Como es sabido, según el Derecho clásico el objeto del *mandatum* está constituido por los actos que el mandante determina y que el mandatario acepta cumplir; queda, pues, fijado el límite de actividad del mandatario por la declaración de voluntad del mandante, a saber, como Ulpiano afirma (D.12,2,19) (1), el mandato está constituido por *id quod mandatum est*, esto es, lo que se corresponde con lo declarado en el mandato.

Igualmente Paulo advierte (D.17,1,5) (2) que en todos los mandatos el mandatario debe observar los *finis mandati*, y éstos están constituidos por la declaración de voluntad del mandante.

Pues bien, una vez afirmados estos indiscutibles principios clásicos, podríamos deducir que, si no hay ejecución cuando el mandatario no cumple o se aparta de las instrucciones del mandante, no existe, en Roma, una clase de mandatos en los cuales la determinación de los actos a seguir sean dejados al mandatario mismo. Esta es la regla que se aplica en el Derecho clásico a tenor de las fuentes existentes.

No obstante, Donatuti (3) ya afirmó que existen pasajes en la legislación Justiniana que introducen la figura del *mandatum incertum* y que, según su opinión, están interpolados. Ello vendría a demostrar la inexistencia del mandato incierto en Derecho clásico. El primer pasaje que debemos comentar al respecto es un fragmento de Paulo en D. 17,1,46:

Si quis pro eo sponderit, qui ita promisit: —si Stichum non dederis, centum millia dabis ?— et Stichum redemeris vilius et solverit, ne centum millium stipulatio committatur, constat posse eum mandati agere. Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat: at quotiens incertum vel plurium causarum, tunc, licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati, quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio.

* Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad de Granada.

(1) D.12,2,19 (Ulpianus XXVI ad Edictum): *Si itaque mandatum fuit procuratori, ut petat, ille iusiurandum detulit, aliud fecit quam quod mandatum est.*

(2) D.17,1,5 (Paulus XXXII ad Edictum): *Diligenter igitur finis mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid facere videtur.*

(3) DONATUTI, "Mandato incerto", *BIDR* 33 (Roma 1924) pp. 168 ss..

Rev. Facultad de Derecho Univ. Gr., 2, 1999, 577-586



EDITORIAL UNIVERSIDAD DE GRANADA

Así, a tenor de este pasaje, se establecen como reglas en los mandatos:

1º.—Cuando el mandato es determinado se deben cumplir diligentemente las instrucciones recibidas y el mandatario no puede apartarse de lo declarado por el mandante.

2º.—Cuando el mandato es indeterminado, con falta de instrucciones, o tal que pueda ser realizado de formas distintas, tiene el mandatario libertad para ejecutarlo, incluso realizando una prestación distinta de la contenida en el mandato, siempre que conlleve ventaja para el mandante. Es principalmente en el anterior pasaje donde se sustenta la tesis del *mandatum incertum*.

Pero es de resaltar, según la doctrina de Donatuti, que el fundamento de la obligatoriedad del *mandatum incertum* sería afirmado en los Basílicos, como podemos comprobar en Bas.14,1,48 sch.10, en donde se especifica que la determinación del *mandatum incertum* se entiende dejada en manos del mandatario, el cual deberá actuar *boni viri arbitrato*. El *arbitrium boni viri*, es, por tanto, condición necesaria y suficiente para que el mandato no determinado.

Pero además, y esto es importante, el límite que regula el *arbitrium boni viri* del mandatario es el interés del mandante, como se deduce de Bas.14,1,46, en donde comprobamos que la certeza y la concreción en la declaración de voluntad del mandante ha dejado de ser un requisito del mandato.

En definitiva, admitida la figura del *mandatum incertum* y su posible configuración Justiniana, pensamos que debió de existir una regulación muy completa para este tipo de mandatos.

En este sentido, y a pesar de que desconocemos en gran medida dicha regulación, existe un segundo pasaje, aparte de D.17,1,46 que, además de probar la existencia del *mandatum incertum*, es determinante para saber los requisitos respecto a la ejecución de las figuras de mandato normal e incierto; en concreto D.17,1,35 del libro V de los pergaminos de Neracio:

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

Efectivamente, a partir de este texto podemos concluir que en el *mandatum incertum* basta cumplir teniendo en cuenta el interés del mandante como límite, y el mandatario deberá determinar la prestación *virii boni arbitrato* como se desprende también de D.17,1 46, pasaje que, por otro lado, según Donatuti, Beseler y Albertario (4) está interpolado.

(4) DONATUTI, "Mandato incerto", *op. cit.*, p. 189; BESELER, *Beitrag zur Kritik der Römischen Rechtquellen*, Tübingen 1910, 1 p. 84 y 2 p. 144; ALBERTARIO, *Contributi alla critica del Digesto*, Milano, 1940 p. 42.

Otra consideración que nos puede explicar la configuración y existencia del *mandatum incertum* en la legislación Bizantina, y por otro lado nos aleja de la tesis de su origen clásico, la obtenemos si observamos la evolución del mandato normal o cierto desde el Derecho clásico hasta su configuración Justiniana, sobre todo en lo que se refiere a los límites de actuación del mandatario. Como antes apuntamos, el límite de actuación del mandatario, en el Derecho clásico, es la declaración de voluntad del mandante, de la que no puede apartarse. Pero, como podemos observar en una constitución de Justiniano en el *Codex* fechada en el 530, en concreto C.5,13,1,5 (5), ahora el límite es mucho más amplio, esto es, la *voluntas* del mandante en todo caso presumible y no sólo aquélla declarada. Este cambio de mentalidad, pensamos, permitió la configuración del *mandatum incertum*, por el hecho de que ya no se entraba en choque abiertamente con los rígidos principios clásicos referentes a que el encargo e instrucciones del mandante deben ser claros y el mandatario debe observarlos sin apartarse de ellos, por lo que, en definitiva, en época Justiniana es más amplia la regla de Paulo *diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt*, contenida en D.17,1 5.

No obstante, es de resaltar que Longo (6), después de hacer una revisión exegética de las fuentes estudiadas por Donatuti, llega a una conclusión divergente. Para Longo, la figura del *mandatum incertum* no era ignorada por los juristas clásicos y, respecto al requisito del *arbitrium boni viri* del mandatario, no supone una construcción teórica nueva esgrimida por los juristas Bizantinos mediante interpolación del pasaje de Neracio antes citado.

En definitiva, para Longo existía el *mandatum incertum* en Derecho clásico en donde ya se tenía en cuenta el *arbitrium boni viri* del mandatario como criterio que debe disciplinar la ejecución de mandato. Lo que ocurre, según este autor, es, siguiendo sus palabras literales, que "*nel diritto giustiniano, i limiti, entro cui il mandatario validamente eseguisce il suo incarico, sono considerati ancora più ampi; così nel mandato certo come in quello incerto, egli può agire*

(5) C.5,13,1,5 (Imperator Iustinianus, año 530): *Taceat in ea retentionum verboritas. quid enim opus eat inducere ob mores retentionem alio auxilio ex constitutionibus introducto? Vel ex ea causa ob res donatas retentio introducat, cum sit donatori facultas per actionem in rem directam vel per utilem vel per conditionem suo iuri mederit? Sed nec retentio ob res amotas necessaria est, cum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium. Sileat ob liberos retentio, cum ipse naturalis stimulus parentes ab liberorum suorum educationem hortatur. Ne varium genus culpa mariti contar uxores excogient, ut possint eadem retentionem contra eas uti, cum iam etiam imperialibus constitutionibus statuum sit, si culpa mulieris dissolutum fuerit matrimonium, quid fieri oportet. Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio satis esse nobis videtur idonea. cum enim necessariae quidem expensae non aliter in in rei uxoriae actione detinebantur nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc quod utiliter impensum est observari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio. Quod si voluptariae sunt, licet voluntate eius expensae, deductio operisquod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur, ut sit omnium retentionum expeditus tractatus et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.*

(6) LONGO, "Sul mandato incerto", *Scritti in onore di Ferrini* 2 (Milano, 1947) pp. 138 ss.

più liberamente, sempre che l'utilità del mandante sia assicurata e la sua volontà dichiarata o presunta, abbia realizzazione" (7).

Al respecto, y a pesar de que estamos de acuerdo con estas palabras, no nos alineamos con esta tesis sobre la existencia del *mandatum incertum* en el Derecho clásico, pues, a pesar de la gran intuición y lógica que la preside, Longo no llega a demostrarnos su tesis en las fuentes, ni tampoco prueba, tajantemente, la inexistencia de las interpolaciones que afectan, según la doctrina contraria, a los pasajes sobre losa que se sustenta la teoría del *mandatum incertum*.

Igualmente Voci (8), siguiendo a Longo, ha defendido el origen clásico del *mandatum incertum* asegurando que, en Derecho clásico, ya se dejaba libertad al mandatario siempre que no se incurriera en una indeterminación del mandato y debiendo actuar como un *bonus vir* en estos casos.

También Scapini (9) se ha pronunciado más recientemente defendiendo, por el contrario, el origen Bizantino de esta figura, afirmando además que la concepción del *mandatum plurium causarum* en época bizantina cambió respecto al Derecho clásico y los juristas justinianos lo consideraron, además, como un tipo de mandato distinto del *mandatum incertum*.

En conclusión, nosotros pensamos, coincidiendo con la tesis de este autor, que la figura del *mandatum incertum* no existió en época clásica con la misma dimensión y alcance que tuvo en época justiniana. En todo caso, la jurisprudencia clásica convivió con el embrión de lo que más tarde sería el verdadero mandato de objeto indeterminado. Todo lo más a lo que se pudo llegar es a un tipo de mandato cuyo objeto revistiera una menor claridad o indeterminación, permitiéndose cierto margen de discrecionalidad al mandatario. Este es el caso de alguna de las fuentes aludidas, ("*compra el fundo Corneliano al mejor precio posible*"; "*compra un fundo que presente determinadas características*"), en donde vemos mandatos en los que no podemos considerar su objeto como indeterminado sino que permiten simplemente mayor libertad de actuación al mandatario, pero con unos límites claros como son el mejor precio posible o ciertos caracteres del fundo, como podría ser que tenga un río caudaloso que lo riege y un coto de caza.

En definitiva, pensamos que la evolución que sufrieron los principios respecto a la ejecución del mandato en el contrato de mandato hasta la época bizantina, permitió que esos márgenes de discrecionalidad, a los que antes aludimos, se llevaran mucho más lejos hasta configurarse la figura del *mandatum incertum*.

En concreto, Scapini (10) citando a Donatuti, es muy claro al respecto:

(7) LONGO, *op. cit.*, p.149.

(8) VOCI, *Le obbligazione romane*, Milano, 1969, p. 208.

(9) SCAPINI, "Appunti per la storia del *mandatum incertum*", *Studi in memoria di G. Donatuti* 3 (Milano, 1973) p. 1224.

(10) SCAPINI, *op. cit.*, p. 1225.

*"La dottrina bizantina procede oltre e crea la figura del vero e proprio *mandatum incertum*, considerato come valida causa obligationis ogni qual volta sia individuabile il richiamo, anche tacito, all'*arbitrium boni viri* del mandatario stesso"* (11). Añadiendo Scapini: "*Il che, secondo le visuali bizantine, è perfettamente logico in quanto si abbiano a disposizione il criterio del vantaggio effettivamente arrecato al mandante e quello dell'*arbitrium boni viri* non più inteso come parametro obiettivo per la determinazione della prestazione ma come misura per valutare se, nella specie, il mandatario si è comportato soggettivamente da persona onesta, diventano ben rari i tipi di mandato che presentino una tale indeterminatezza di oggetto da dover essere ritenuti invalidi*".

Pero, llegados a este punto, nos podríamos preguntar, ¿existe hoy día en nuestro Código civil una institución parecida a la del *mandatum incertum* romano con una regulación propia que lo haga desenvolverse con éxito en las cada vez más cambiantes y complejas relaciones del tráfico privado de nuestra sociedad?

Desgraciada y sorprendentemente nuestro Código civil se encuentra aún muy lejos de tener una normativa concreta, aunque, al menos, para disciplinar el mandato sin instrucciones esgrime principios romanos como la diligencia de un buen padre de familia y el principio de la ventaja del mandante, aunque se olvida del principio más importante, el de indagar en la *voluntas* del mandante.

Incluso pensamos que se ha contribuido a enturbiar aún más la institución del contrato de mandato al intentar comprender toda la problemática que plantea esta clase de mandato sin instrucciones en tan sólo un pequeño párrafo del art.1719, en donde se afirma:

"En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante.

A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia". (12)

Pues bien, a las impresiones expuestas con anterioridad debemos sumar el hecho de que el contrato de mandato en nuestro Código civil se ha degenerado al haberse roto todos sus principios romanos esenciales como, por ejemplo, la gratuidad (recordemos que existe el mandato gratuito y retribuido, lo que ha provocado un gran debate doctrinal para intentar diferenciarlo del arrendamiento de servicios; el mandato representativo y no representativo o simple, etc.). Entonces, si se permite que se destruya además el principio romano que establece que el mandatario debe actuar siguiendo las instrucciones del mandante al permitirse que cumpla incluso ante la falta total de éstas, comprenderemos cómo, en última instancia, son los tribunales los que deben resolver cada situa-

(11) DONATUTI, *op. cit.*, p. 184.

(12) Por cierto, este artículo se corresponde literalmente con el art. 1610 del proyecto de Código civil de 1851 lo que demuestra su anticuada redacción, teniendo en cuenta los cambios radicales y vertiginosos que ha experimentado nuestra sociedad desde entonces.

ción. Todo ello con el agravante de que no se consideran los graves problemas que se pueden generar al reducirse esta problemática a una norma vaga que deja todo en manos de la diligencia de un *bonus vir* y que no valora qué debe entenderse por "falta de instrucciones" o si la falta de éstas puede confundir al mandatario respecto a la prestación a realizar.

En concreto, volviendo a la redacción del art.1719, comprobamos cómo este artículo da alas a los mandatarios para ejecutar el mandato libremente, apoyándose en la diligencia de un buen padre de familia. En esta situación pueden surgir efectos no queridos por los mandantes que no tendrán más remedio que demandar a los mandatarios al no querer lo realizado por ellos.

No obstante, existe otro artículo en el Código civil; el art. 1715, que recoge los principios de los Basílicos 14,1,46 y que dice: "No se considerarán traspassados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste".

Como vemos, este artículo puede salvar algunos casos en los que el mandatario actuó sin instrucciones o incluso apartándose de ellas pero obteniendo un resultado ventajoso. Sin embargo, también nos parece impreciso, pues, ante la falta de instrucciones, aunque un mandatario emplee toda la diligencia posible, podría suceder que los efectos de la gestión realizada no sean ventajosos para el mandante y éste considerara que el mandatario se extralimitó. Por el contrario, un mandatario que actuase sin ningún celo o diligencia, incluso sin respetar las instrucciones del mandante o lo querido por él, puede tener el azar de que sus operaciones conlleven ventaja para el mandante (como en el supuesto de compra de acciones de bolsa que repentinamente suben de valor) y, sin embargo, se estime que no se ha extralimitado cuando en verdad sí lo hizo. Por tanto, el art. 1715 es poco realista y, al igual que el art.1719, no tiene en cuenta los cambios vertiginosos de nuestra sociedad como son la inestabilidad de los precios o el intervencionismo estatal que, con sus continuas decisiones, produce cambios sucesivos en el mercado que provocan la caducidad inmediata de las instrucciones emitidas.

En consecuencia, teniendo en cuenta estos factores, pensamos que no se puede solucionar todo esgrimiendo dos principios como la diligencia y la ventaja del mandante para atajar todos los casos de mandatos sin instrucciones en el cada vez más complejo tráfico contractual de nuestros días. Nuestro Código civil no ha sabido avanzar. Hace falta una regulación más certera y precisa que tenga como modelo y punto de partida para una nueva reglamentación al Derecho romano.

Sobre las impresiones arriba expuestas, añadimos el hecho de que existen contados trabajos que planteen estas cuestiones. Todo lo más algún comentario al art. 1719 del Código civil o un reducido número de artículos que tocan tangencialmente la cuestión, pero en donde hemos encontrado confirmadas nuestras

(13) LEÓN ALONSO, "Comentario del art.1719", *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia* 2 (Madrid, 1991) p. 1549.

conclusiones como podemos, por ejemplo, observar en las escuetas palabras de León Alonso (13), en su comentario al art.1719 del Código civil editado en 1991 por el Ministerio de Justicia, que no ocupa más de página y media, pero en donde, al menos, resalta el problema que tratamos. De hecho, este autor prácticamente se limita a indicar la laguna existente en nuestro Código civil, lo cual ya es bastante teniendo en cuenta el estado de la cuestión en nuestra doctrina actual. En concreto afirma: "Con excesiva frecuencia se aprecia en la práctica negocial no ya sólo la carencia total de instrucciones, sino incluso también la vaguedad, insuficiencia, improcedencia o caducidad de las mismas, lo que sin duda apareja no pocas dificultades en situaciones límites propias de la inestabilidad o fluctuabilidad del mercado máxime cuando, a mayor abundamiento, tan decisivas resultan, en tales circunstancias, la celeridad e improvisación con que pueda reaccionar un mandatario en el marco de cualquier operación de contratación. Es por tales razones por lo que el criterio que ofrece el Código civil como omnivaledero para cualquier supuesto de falta de instrucciones quiebra la gran mayoría de ocasiones o al menos resulta de la más escandalosa precariedad."

No obstante, debemos reconocer que nuestro Código de comercio en sus arts. 254 a 259 (14) contiene, para la comisión, una reglamentación mucho más efectiva, pues se establece la posibilidad del comisionista de alterar el planteamiento general del asunto encomendado ante la posibilidad de que existieran riesgos previsibles pero, eso sí, consultando al comitente todos los posibles cambios, e incluso en última instancia, a tenor del art. 255.2 del Código de comercio, puede estar autorizado para actuar según su entender y arbitrio (15).

No obstante, en nuestra opinión, debemos ser cuidadosos al extrapolar los principios de nuestro Código de comercio respecto al mandato civil, por el hecho de que la figura del comisionista es distinta de la del mandatario civil

(14) -Art.254 del Código de comercio: "El comisionista que en el desempeño de su encargo se sujete a las instrucciones recibidas del comitente, quedará exento de toda responsabilidad para con él".

-Art.255: "En lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Más si estuviere autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y será más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio. En el caso de que un accidente no previsto hiciere, a juicio del comisionista, arriesgada o perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender el cumplimiento de la comisión, comunicando al comitente, por el medio más rápido posible, las causas que hayan motivado su conducta."

(15) Entre algunos de los trabajos más recientes que pueden aportar algo de luz a las lagunas existentes en el campo del mandato civil están: GARCIA-PITA Y LASTRES, "La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista", *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menendez* 3 (Madrid, 1996) pp. 2817 ss.; CAMACHO, "Actualidad del contrato estimatorio. Su problemática", *Cuadernos de Derecho y Comercio* 23 (Madrid, 1997) pp. 181 ss.; GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid 1995; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil*, Granada, 1997.

pues se trata de un profesional remunerado (16) y, por lo general, especializado en el campo del negocio encomendado, por lo que, en definitiva, puede tener mayor autonomía y autosuficiencia para realizar la gestión. Aún así, el Código de comercio le obliga a consultar cualquier cuestión confusa al comitente lo que demuestra el mayor rigor del Código de comercio respecto al Código civil.

Estas impresiones personales coinciden en parte con las esgrimidas por León Alonso, aunque él no advierte sobre la diferencia que existe entre mandatario civil y mercantil y el cuidado que debemos tener al comparar los principios que inspiran ambas instituciones. No obstante, este autor, acertadamente, considera que la regulación del proceso gestorio alcanza una coherencia y utilidad muy superiores a las que puedan esperarse con la simple remisión del Código civil al estándar de la diligencia. Así, afirma textualmente (17): "*lamentablemente nuestro C.c se halla muy lejos de apuntar soluciones análogas a las del Código de comercio, en donde se establece que, en casos de no poderse realizar la consulta, actuará el comisionista según los dictados de prudencia o conforme los usos de comercio debiendo de cuidar del negocio como propio*".

Por otra parte, otro autor que se ha pronunciado sobre lo que aquí tratamos es Martín Retortillo, que viene a confirmar la poco afortunada redacción del art. 1719 resaltando la necesidad de una regulación efectiva referente, únicamente, a las instrucciones del mandante como punto de partida para conseguir soluciones en el problemático campo de los mandatos sin instrucciones. Exactamente afirma (18): "*nuestro Código civil no establece el alcance de las instrucciones del mandante y nuestros tratadistas tampoco han puntualizado con la debida exactitud el alcance de las mismas, lo cual desplaza su determinación al campo procesal mediante el oportuno litigio, en el que habrá que demostrar si se dieron tales instrucciones, el alcance de las mismas, su inmutabilidad, su eficacia caso de contradicción con los términos básicos del contrato., etc*". Añadiendo (19): "*al ensancharse el ámbito del mandato civil adquiere mayor relieve la determinación del valor y alcance que tengan las instrucciones del mandante para evitar, en lo posible, el conflicto que hoy se multiplica en la práctica profesional, en espera de que una acabada regulación de estas cuestiones evite las dudas y vacilaciones que hoy suscitan los términos ya anticuados e imprecisos del Código civil.*"

En resumen, como hemos podido comprobar en este trabajo, desde luego el mandato incierto es una institución de la más viva actualidad y de una rica y atractiva problemática en donde quedan aún muchas cuestiones por resolver; así, una de ellas sería la de plantearnos cómo se debe proceder cuando la

(16) Recordemos como, a tenor del art.277.1 del Código de comercio, el comitente tiene la obligación de abonar al comisionista el premio de su comisión, configurado este premio, como contraprestación a la actividad del comisionista y cuya exigibilidad nace del contrato de comisión.

(17) LEÓN ALONSO, *op. cit.*, p. 1550.

(18) MARTÍN RETORTILLO, "Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante", *RDP* (1953) p. 734.

(19) MARTÍN RETORTILLO, *op. cit.*, p. 736.

voluntad expresa del mandante pudiera contradecir su voluntad presunta, pues en el mandato incierto el mandatario debe, sobre todo, indagar la voluntad presunta, como pudimos comprobar en la constitución del Código de Justiniano antes comentada. Estaríamos enmarcando la solución en el dilema de Willenstheorie-Erklärungstheorie.

Para terminar, señalar cómo el Derecho romano puede aportar mucho en un terreno descuidado por nuestro Código y tratadistas, que deben tener el mismo talante y preocupación de los juristas romanos por regular esta problemática institución jurídica. Vemos, en definitiva, cómo a las puertas del siglo XXI, existe una institución que fue mejor concebida, comparativamente, por el Derecho romano que por nuestro ordenamiento jurídico actual. En este caso y como mensaje de cada día cobran actualidad las palabras de Rodolfo Ihering cuando decía: "*Durch des römische Recht aber über dasselbe hinaus*", esto es, por el Derecho romano pero mas allá.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTARIO, *Contributi alla critica del Digesto*, Milano, 1940.
 BESELER, *Beitrage zur Kritik der Romischen Rechtquellen*, Tübingen, 1910.
 CAMACHO, "Actualidad del contrato estimatorio. Su problemática", *Cuadernos de Derecho y Comercio* 23 (Granada, 1997) pp. 181 ss.
 ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil*, Granada, 1997.
 DONATUTI, "Mandato incerto", *Bulletino Dell'Istituto di Diritto Romano* 33 (Roma, 1924) pp. 168-203.
 GARCÍA-PITA Y LASTRES, "Mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista", *Estudios juridicos en Homenaje la profesor Aurelio Menendez* 3 (Madrid, 1996) pp. 2817 ss.
 GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995.
 LONGO, "Sul mandato incerto", *Scritti in onore di C. Ferrini* 2 (Milano, 1947) pp. 138-149.
 SCAPINI, "Appunti sulla storia del mandatum incertum", *Studi in onore di G. Donatuti* 3 (Milano, 1973) pp. 1195 ss.
 J. LEÓN ALONSO, "Comentario al artículo 1719", *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia*. 2 (Madrid, 1991) pp. 1548- 1550.
 MARTÍN RETORTILLO, "Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante", *R.D.P.* (1953) pp. 732-736.

RESUMEN

Trabajo sobre los aspectos más problemáticos que plantea el contrato romano del *mandatum incertum*, como su concepto, su discutido origen clásico, sus principios esenciales, y la situación en que se encuentra en nuestro Derecho actual. Igualmente se resalta en este trabajo la necesidad de una actualización y mejora de nuestra normativa, así como las líneas de investigación que deberían desarrollarse.

Palabras clave: Mandato, Derecho Romano.

ABSTRACT

In this work we try to throw light on certain of the problematic aspects of this institution such as its classical origin, its concept and, above all, its position in our current law. Equally, we emphasize the need to up-date and improve our rules, as well as some of the research lines which should be developed.

Key words: Roman Law, *Mandatum Incertum*.