

de las ganancias que puedan resultar de esta asociación. Y el artículo 1.446 añade que "Puede contratarse la sociedad poniendo uno de los socios solamente su industria y el otro u otros algunos bienes o capital".

El artículo 1.564 del Proyecto de Código Civil de 1.851 establece que "La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común sus bienes o industria, o alguna de estas cosas con ánimo de partir entre sí las ganancias"³⁵⁶.

El Anteproyecto de Código Civil de 1.888 define el contrato de sociedad en el Libro IV como sigue: "La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias". Este texto pasa, sin ninguna modificación, a configurar el artículo 1.665 del Código Civil actual.

De este modo, los elementos que caracterizan el contrato de sociedad en el Código Civil español son: 1) La constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios³⁵⁷; y 2) La intención de obtener un lucro común partible, aunque a esta intención pueden añadirse otras finalidades de carácter económico o moral^{358 359}.

³⁵⁶ En relación a este precepto GARCIA GOYENA [*Ob. Cit.*, pág. 3] comenta que es necesario que los socios hagan una aportación de dinero, otra cosa, o industria, pues en caso contrario, la participación en las ganancias será donación, no sociedad. Señala también la exigencia del ánimo de partir entre sí las ganancias, pues si éstas se aplicasen por entero a un sólo socio, la sociedad sería nula.

³⁵⁷ En función del tipo de aportación que realizan las partes se distingue entre los socios capitalistas -que aportan bienes en numerario o en especie- y socios industriales -que aportan sólo su industria o trabajo-.

³⁵⁸ La finalidad de obtener un lucro común partible implica: 1) que la sociedad se constituya para obtener un lucro; 2) que la ganancia sea común a todos los socios; y 3) que la ganancia o la pérdida sea repartida entre los mismos. *Vid. CASTAN, Ob. Cit.*, pág. 562.

Más discutida resulta la cuestión de si a estos elementos debe añadirse un tercero que es la existencia de la llamada *affectio societatis*.

Un sector de la doctrina defiende que es éste un elemento característico del contrato de sociedad. Se trata para unos, de un elemento subjetivo: la intención de asociarse o de someterse al régimen del contrato de sociedad³⁶⁰; para otros, es un elemento objetivo: un elemento económico de cooperación o colaboración activa³⁶¹. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha defendido en algunas ocasiones que la *affectio societatis* es un elemento esencial del contrato de sociedad que permite distinguirlo de otros contratos³⁶².

³⁵⁹ El concepto tradicional de sociedad configurado en atención a una finalidad de lucro, según se desprende de los artículos 1.665 C.C., 116 C.de Com. y 1º de la derogada Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1.887, ha sido recientemente revisado por una parte de la doctrina, que aboga por un concepto más amplio de sociedad, caracterizado, por su origen contractual y por la existencia de un fin común de naturaleza fundamentalmente económica. De modo que el ánimo de lucro no es, según esta corriente doctrinal, un requisito conceptual de la sociedad. En este sentido PUIG FERRIOL, Lluís, *Manual de Derecho Civil*, T. I, *Introducción y derecho de la persona*, Madrid, 1.995, págs. 372-373.

Sin embargo, parece pacífica la consideración de que el ánimo de lucro es un rasgo que caracteriza la sociedad civil. Vid. PANTALEON PRIETO, *Ob. Cit.*, pág. 45.

³⁶⁰ BUEN, Demófilo De, *Derecho Civil español*, T.II, Madrid, 1.931, pág. 120.

³⁶¹ SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código Civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, T.XXV, Madrid, 1.953, págs. 422 a 429.

³⁶² Vid. por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1.959, R.A.J. nº 4481, que expone en el considerando segundo: "Que a diferencia de otros contratos menos complejos, en el de Sociedad, hay que agregar a los elementos generales comunes a toda relación contractual, la intención de constituir sociedad (*affectio societatis animus contraendis societates*) considerada como elemento distinto del consentimiento la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios y la obtención de un lucro común partible...". Esta sentencia añade en el considerando tercero: "Que en la Sociedad la oposición de intereses, propia de los contratos conmutativos, está substituída por la convergencia de intereses, de aquí que

Sin embargo, otro sector doctrinal, al que nos sumamos, rechaza la existencia de este elemento. Así, CASTAN³⁶³ entiende que, tanto si la *affectio societatis* se define como un criterio subjetivo, como si se hace como un criterio objetivo, siempre viene a refundirse en otros requisitos del contrato de sociedad, porque no es más que "la representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos que constituyen la finalidad y la esencia de dicho contrato". En sentido similar DIEZ-PICAZO y GULLON³⁶⁴ afirman que "En todos los contratos se requiere una representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos y una cierta voluntad de alcanzarlos. La *affectio societatis* no parece ser otra cosa que el genérico consentimiento contractual - unido a la elaboración del intento empírico que las partes persiguen- en su aplicación a este contrato"³⁶⁵.

la "voluntad de unión" sea indudablemente el primer elemento esencial de la causa del contrato de Sociedad, ya que cada uno de los contratantes en vez de considerarse como rival de los otros es su aliado para luchar con terceros, existiendo otro elemento complementario, que es la voluntad de correr en común ciertos riesgos, tanto los de pérdida como los de ganancias, elementos ambos que yuxtapuestos constituyen la "*affectio societatis*" que en síntesis no es más que la representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos que constituyen la finalidad y la esencia del contrato de Sociedad, debiendo el Juez indagar en cada caso la intención que preside la celebración del contrato para discernir si se trata de una verdadera Sociedad".

³⁶³ CASTAN, *Ob. Cit.*, pág. 564-565.

³⁶⁴ DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, V.II, *Ob. Cit.*, pag. 387-388.

³⁶⁵ En el mismo sentido BLASCO GASCO, Francisco de Paula, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, *Ob. Cit.*, pág. 727.

Por su parte LACRUZ [*Elementos de Derecho Civil*, T.II, V.III, *Ob. Cit.*, pág. 391] señala que "puede hablarse de una *affectio societatis* como elemento característico del contrato de sociedad y distinto del consentimiento contractual, precisamente, una vez prestado éste, para designar la voluntad de unión, implícita pero operante en cada momento, merced a la cual el contrato no se disuelve en las sociedades que no tienen plazo fijado de duración, en las cuales, a diferencia de los otros contratos, los efectos se mantienen por la voluntad continuada de las partes (art. 1.700. 4º C.C.)."

En nuestra opinión los elementos de la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios y el ánimo de lucro son suficientes para caracterizar el contrato de sociedad civil frente a otros contratos y, en lo que aquí interesa, para caracterizar el contrato de sociedad limitado a aportaciones impropias, frente al resto de contratos de actividad³⁶⁶.

Ciertamente, el contrato de sociedad, cuando se constituye en un contrato de actividad, puede tener por objeto la prestación de cualquier tipo de servicios, esto es, puede obligar a las partes a ejecutar cualquier *facere*. Pero se caracteriza frente al resto de contratos de actividad no por el tipo de servicio a prestar, sino porque la realización de la actividad, lo es en concepto de aportación al fondo común y con finalidad de lucro³⁶⁷.

Esto se traduce en el importante dato de que las ganancias obtenidas por los socios industriales no son, en verdad, una contraprestación de la actividad prestada, es decir, no se corresponden con el precio de ésta, mientras que en el contrato de servicios en sentido estricto -al igual que en el resto de contratos onerosos-, la compensación económica constituye el precio o contraprestación de tal actividad³⁶⁸.

³⁶⁶ Es de señalar, no obstante, que este tipo de sociedades son poco probables en la práctica. En esta línea LACRUZ [Ob. Cit., pág. 394, N.P.P. n° 4] señala que "En rigor, resulta difícil imaginar una sociedad en la que sólo se ponga en común la industria, porque aun si se elimina expresamente el uso de cualesquiera bienes propios de cada socio (de industria, todos ellos), siempre será preciso un mínimo de objetos materiales o servicios que se adquirirán con el crédito de los partícipes, y la aportación de crédito es algo distinto de la mera habilidad intelectual o física del socio."

³⁶⁷ En sentido similar VERGEZ SANCHEZ, Ob. Cit., págs. 102 y ss.

³⁶⁸ LACRUZ [Ult. Ob. Cit., págs. 391-392] señala que "los otros contratos onerosos versan sobre transferencias recíprocas de bienes o servicios que se suponen equivalentes: la ley no presume que las partes contraten con ánimo de enriquecerse. No así en la sociedad, que ciertamente no es en sí, legalmente, un lucro, pero en la cual la finalidad que preside toda su acción

Siendo así, la actividad prestada para la formación del fondo (patrimonio) común de la sociedad (aportación a ésta) queda separada y diferenciada del posible objeto del contrato de servicios en sentido estricto. Y ello con independencia de que, en concreto, tal actividad en sentido material pueda coincidir. Así, como se vió en las páginas antecedentes, sucede en la práctica. La nota diferenciadora radica, entonces, en una cualificación jurídica que se añade a la actividad material: su carácter de aportación a la formación de un patrimonio común.

es la obtención de ganancias."

IV) LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE MANDATO.

El artículo 1.709 del Código Civil dispone: "Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar un servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra." Esta definición no individualiza suficientemente el contenido del contrato de mandato en relación con el que según el artículo 1.544 corresponde al "arrendamiento de obras y servicios" y hace necesaria la investigación de un criterio que permita tal distinción.

El mandato es, como el contrato de servicios en sentido estricto, un contrato de actividad. La cuestión relativa a la determinación del objeto del contrato de mandato y de su diferenciación con el objeto del contrato de servicios en sentido estricto no es, en absoluto, pacífica. La búsqueda de una solución al problema planteado en el ordenamiento jurídico español, pasa inevitablemente por la necesidad de realizar un estudio histórico de la cuestión. Seguidamente analizaremos brevemente las soluciones propuestas por los diversos sistemas jurídicos que directa o indirectamente han influido en la regulación española de esta materia.

1) Derecho romano.

En el derecho romano, el mandato se configura como un contrato en virtud del cual un contratante *-mandans, mandator-* encarga cumplir gratuitamente una cosa a otro *-mandatario-* que acepta³⁶⁹. Cuando el mandato tenía por objeto la conclusión de un negocio jurídico, como el derecho romano no conoce la representación, el mandatario que concluía el negocio, en el

³⁶⁹ BIONDI, *Ob. Cit.*, pág. 510.

interés del mandante, asumía obligaciones frente a terceros, de modo que el tercero no podía dirigirse contra el mandante, ni el mandante contra el tercero³⁷⁰.

De este contrato se derivaban obligaciones para el *mandatarius*, que debía ejecutar el encargo recibido, y para el *mandans* o *mandator* que debía cubrir los gastos y resarcir los daños sufridos por tal ejecución³⁷¹. Mediante la *actio mandati* el *mandator* podía exigir la ejecución del encargo, y consiguientemente la entrega de todo aquello que el *mandatarius* había adquirido en cumplimiento de la comisión recibida, y el mandatario podía exigir el reembolso de los gastos que hubiese efectuado con ocasión del mandato³⁷².

El mandato romano se caracteriza, pues, básicamente, por ser un contrato consensual, bilateral y gratuito.

El carácter consensual del contrato de mandato queda claramente reflejado en las Instituciones de Gayo que incluyen el mandato, junto a la compraventa, la locación y la sociedad en

³⁷⁰ D'ORS, [Ult. Ob. Cit., págs. 439-440] explica que "el derecho romano no conoce, de manera general, que la gestión de una persona en lugar y a nombre de otra produzca efectos en aquella persona que no interviene. La representación tiene efectos tan sólo mediatos, de manera que aquéllos pertenecen a la persona del representante, la cual debe luego transferirlos por los modos idóneos, a la persona del representante (representación "indirecta")". Idéntica afirmación es sostenida por BIONDI, Ob. Cit., pág. 510; y PUIG BRUTAU, Ob. Cit., pág. 398; entre otros.

³⁷¹ PROVEDA, Giuseppe, Voz "Mandato (Storia)" en *Enciclopedia del diritto*, T.XXV, 1.975, pág. 311.

³⁷² La acción es denominada *actio mandati* en ambas direcciones, esto es, ya para referirse a la acción del mandante contra el mandatario, ya para referirse a la acción del mandatario contra el mandante. En este sentido PROVEDA, Ob. Cit., pág. 312.

la categoría de los contratos consensuales³⁷³ en virtud de los cuales, por efecto del simple acuerdo una persona se obliga con la otra por aquello que debe hacer una a la otra de acuerdo con la equidad³⁷⁴.

Las Instituciones de Gayo anuncian, también, el carácter bilateral del contrato de mandato que obliga recíprocamente el uno con el otro³⁷⁵. No obstante, la doctrina romanista actual discute si se trata de una bilateralidad imperfecta o de una bilateralidad plena.

La mayoría de la doctrina³⁷⁶ considera que, a pesar de lo que parece desprenderse del texto citado, el mandato romano es un contrato bilateral imperfecto porque las obligaciones de las partes no están en un plano de paridad o igualdad: mientras que el mandante debe cumplir siempre el encargo recibido como consecuencia típica y necesaria del contrato, la obligación del mandatario de desembolsar los gastos y resarcir los daños tiene carácter de mera eventualidad. Según ARANGIO RUIZ³⁷⁷, es precisamente este carácter el que provoca que en el derecho clásico fuera revisada la contraposición entre una obligación principal, (tutelada por una *actio mandati principalis*) y una obligación secundaria o eventual (tutelada por una *actio mandati*

³⁷³ Instituciones de Gayo, 3, 135: "*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*".

³⁷⁴ Instituciones de Gayo, 3, 137: "*alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*".

³⁷⁵ Instituciones de Gayo, 3, 155: "*contrahitur mandati obligatio et invicem alter alteri tenebimur in quod vel me tibi vel te mihi bona fidae praestare oportet*".

³⁷⁶ MIQUEL, *Ob. Cit.*, pág. 295; IGLESIAS, *Ob. Cit.*, pág. 453; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, V.I, París, 1.929, pág. 618; JÖRS Y KUNKEL, *Ob. Cit.*, pág. 323; LONGO, Giannetto, Voz: "Mandato (Diritto romano)" en *Novissimo Digesto Italiano*, T:X, Turín, 1.964, pág. 106; y ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Nápoles, 1.965, págs. 79 y ss.; entre otros.

³⁷⁷ ARANGIO RUIZ, *Ul. Ob. Cit.*, págs. 84 y ss.

contraria)³⁷⁸, contraposición que es típica de la consideración del contrato bilateral imperfecto (depósito, comodato, etc.).

Nos parece más convincente la tesis sostenida por PROVEDA³⁷⁹ que, en contra de esta opinión, aboga por la bilateralidad plena del mandato romano. Este autor sostiene que Gayo no deja duda sobre la plena bilateralidad de este contrato, aunque ello no excluye que en alguna ocasión pueda quedar obligada una sola de las partes como resulta de Gayo D.17.I, 41 "*potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicim dari; nam si is, qui mandatum suscepit, egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit; at ei, qui mandaverit, adversus eum competit*". Esta concepción, añade, muestra que el contrato quedaba en pie aunque hubiera dado vida solamente a la obligación del mandante, aquella obligación que, según la concepción de la bilateralidad imperfecta, habría tenido carácter meramente eventual.

En el ámbito procesal, afirma el citado autor que, del mandato nacen dos acciones distintas en un mismo plano, en el sentido de la *actio venditi* y la *actio empti*, o de la *actio locati* y de la *actio conducti*; las dos acciones tuvieron idéntica *demostratio* y el mismo nombre de *actio mandati*, como en la sociedad la *actio pro socio* a diferencia de los diversos nombres de las acciones nacidas de la compraventa y de la locación³⁸⁰. Entiende que la terminología introducida por los compiladores, que distinguen entre la *actio mandati directa* y la *actio mandati contraria*, pretendía distinguir en el plano sustancial y con referencia a la hipótesis más común y típica la obligación principal la constituía la obligación de cumplir el encargo del mandatario, y la obligación secundaria del mandante de reembolsar

³⁷⁸ El Título I del Libro XVII del Digesto rubricado "*Mandati vel contra*" se dedica a regular "la acción de mandato, directa o contraria".

³⁷⁹ PROVEDA, *Ob. Cit.*, págs. 311-312.

³⁸⁰ GROSSO, Gisepe, *Il sistema Romano dei contratti*, 3ª ed., Turín, 1.963, pág. 144.

al mandatario los gastos eventualmente por él sostenidos, de tal modo que la obligación del mandante acabó por convertirse en una obligación secundaria de indemnización como la prevista en otros contratos bilaterales imperfectos, a cargo, respectivamente, del depositante, del comodante, etc.

Una tercera característica del mandato romano es su gratuidad. El mandato es esencialmente gratuito, de modo que quien se obligaba a la ejecución del encargo no tenía derecho frente al mandante a ninguna compensación por su actividad, porque el mandato tiene su origen en los buenos oficios de la amistad³⁸¹, ³⁸².

El mandato no dejaba de ser gratuito por el hecho de que el mandante quedara obligado a indemnizar al mandatario por los gastos realizados y por los daños ocasionados por la ejecución del encargo, porque tal obligación no constituía el corresponsivo de la otra, sino que se configuraba como una obligación autónoma a la del mandatario que obedecía al principio de buena fe que regía este contrato³⁸³.

³⁸¹ D.17,I,I,4: "*Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces interveniente enim pecunia res ad locatorem et conductionem putius rescipit.*"

³⁸² SCHULZ [*Ob. Cit.*, págs. 230-231] explica la génesis del contrato de mandato romano como sigue: "En Roma y especialmente en aquellos estratos sociales a que pertenecían los juristas, ciertas reglas y costumbres sociales fueron en realidad las que sugirieron este contrato. La amistad (*amicitia*) imponía serios y hasta penosos deberes. El amigo romano tiene exigencias que en la actualidad serían inconcebibles. En la Roma republicana, no se titubea en acudir a un amigo en demanda de la ayuda precisa para salir de una situación penosa. Al amigo podía exigírsele hospitalidad, patrocinio, despliegue de actividades e incluso préstamos. Era parte muy principal del *officium* de una persona, ayudar al amigo en lo posible. La persona que realizaba una comisión o encargo por cuenta del amigo, no esperaba de éste remuneración alguna, pero a pesar de ello, atendía al negocio ajeno por lo común, muy concienzudamente."

³⁸³ PROVEDA, *Ob. Cit.*, pág. 314.

Sin embargo, la exigencia de gratuidad que se da por los jurisconsultos de la época clásica y por Justiniano no es absoluta más que en la época más antigua. A partir de la época del Principado se reconoce al mandatario la facultad de perseguir una remuneración (*honorarium*) eventualmente prometida por el mandante, más como signo de gratitud que como compensación al trabajo realizado. La indemnización de los gastos se reclama por la *actio mandati*, mientras que el honorario se reclama por el procedimiento extraordinario (*actio in factum* o *cognitio extraordinem*)³⁸⁴.

La nota de la gratuidad del mandato traza la delimitación entre el mandato y la locación³⁸⁵. El mismo hecho es indiferentemente el objeto de un arrendamiento o de un mandato, según que haya o no precio convenido.

Para el derecho romano, el objeto del mandato no es necesariamente un acto jurídico que deba cumplir el mandatario en interés del mandante³⁸⁶. Cualquier servicio, que a cambio de

³⁸⁴ En este sentido PROVEDA, *Ob. Cit.*, pág. 314; BIONDI, *Ob. Cit.*, pág. 510; GIRARD, *Ob. Cit.*, págs. 619-620; JÖRS Y KUNKEL, *Ob. Cit.*, pág. 322; y OURLIAC Y MALAFOSE, *Ob. Cit.*, pág. 481; entre otros.

³⁸⁵ Instituciones de Gayo 3, 162: "es sabido que siempre que encomiendo hacer algo gratuitamente, de modo que si se estableciera remuneración se constituiría un arrendamiento, hay acción de mandato, por ejemplo, si doy al tintorero vestidos para limpiarlos y arreglarlos o al sastre para que los cosa".

Instituciones de Justiniano Título XXVI, 13: "*In summa sciendum est, mandatum nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. Et, ut generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intelligitur. Et ideo, si fulloni polienda curandave vestimenta quis dederit, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.*"

D.17,1,1,4 transcrito anteriormente.

³⁸⁶ En contra, D'ORS [*Ult. Ob. Cit.*, págs. 273 y 274] sostiene que el criterio distintivo radica también en una distinta actividad a desarrollar: el mandatario realiza actos de administración de un patrimonio, en tanto que el arrendatario lleva a cabo actos materiales.

una merced constituye un arrendamiento, es objeto del mandato cuando se encarga gratuitamente³⁸⁷.

Mención especial merecen las prestaciones realizadas por profesionales liberales, que, en cualquier caso, eran objeto del contrato de mandato. En este caso, la locación no parecía la fórmula contractual más apropiada, pues la concepción aristocrática que tenían los romanos exigía que fueran desempeñadas gratuitamente³⁸⁸. La prestación de servicios por parte de profesionales liberales fue reconducida, por este motivo, al contrato de mandato que era un contrato esencialmente gratuito³⁸⁹.

³⁸⁷ En este sentido ARANGIO-RUIZ, *Ob. Cit.*, págs. 101-102; LONGO, *Ob. Cit.*, pág. 106; KASER, *Ob. Cit.*, pág. 206; GIRARD, *Ob. Cit.*, pág. 619; BIONDI, *Ob. Cit.*, págs. 510-511; IGLESIAS, *Ob. Cit.*, pág. 452; MIQUEL, *Ob. Cit.*, pág. 296; y PROVEDA, *Ob. Cit.*, pág. 316; entre otros.

³⁸⁸ IHERING, Rudolf Von, [*El espíritu del Derecho romano*, T.III, Trad. por Enrique PRINCIPE Y LATORRES, 1.918, págs. 56 y ss.] explica que en la antigua Roma se consideraba un deshonor pagar un trabajo intelectual. Sólo se pagaba el trabajo manual; por eso era tan despreciado. Afirma que "el salario (*merces*) lo convierte en una mercancía (*merx*); se alquila (*locatur de locus*), se compra como tal. El dueño se lleva al hombre (*conducere*: llevar consigo), como se lleva la cosa que compra (*emere*: tomar). Las expresiones que designan el arrendamiento son idénticas refiriéndose a hombres libres, a esclavos o a las cosas... El servicio del hombre libre no es un *ministerium*, sino un *munus*; no consiste en una acción corporal; su actividad es toda intelectual, y presta el servicio, no por un salario, sino por su benevolencia (*gratia, gratis*). Constituye una complacencia (*munificencia, beneficium, officium*), en relación con la dignidad del hombre libre (*liber, liberalis*), y que no impone a la otra parte más que un deber de reconocimiento (*gratiae, gratum facere = gratificatio*). El *munus* puede, sin embargo, según las circunstancias, ser devuelto (*re-munerari*) hasta en dinero; pero esta remuneración no es una *merces*; aparece como *honor, honorarium*, como un regalo honorífico que no ofende la dignidad de las partes."

³⁸⁹ BORRELL MACIA, Antonio, Voz: "Arrendamiento de obras" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T.II, Barcelona, 1.950, pág. 907; JÖRS Y KUNKEL, *Ob. Cit.*, pág. 323; KASER, *Ob. Cit.*, pág. 206; GIERKE, *Ob. Cit.*, pág. 14; BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, 5ª ed., Madrid, 1.979, pág. 498; y GITRAMA, "Configuración jurídica de los servicios médicos", *Ob. Cit.*, pág. 346; entre otros.

En conclusión, el objeto del mandato romano queda constituido por la prestación de servicios profesionales, normalmente retribuidos mediante un honorario, así como por la prestación gratuita de servicios que hubiera configurado un contrato de locación de haber sido retribuidos; prestación de servicios, que podía concretarse, pues, ya en la realización de un hecho jurídico, ya en la ejecución de un hecho material.

Mandato y locación de servicios se configuran, en Roma, como dos contratos consensuales y bilaterales que se distinguen por el carácter gratuito del primero y oneroso del segundo, sin que a este dato pueda añadirse otro basado en la diversa actividad a desarrollar.

2) Derecho intermedio.

En el Derecho intermedio se insiste en la gratuidad del mandato, compatible con la existencia de una remuneración al mandatario, con tal que no fuera en concepto de contraprestación. Es decir, se admite que la gratuidad no es incompatible con la promesa de una remuneración que testimonie al mandatario el reconocimiento del mandante³⁹⁰. La nota distintiva entre el mandato y la locación sigue siendo la gratuidad: el servicio del mandatario puede también ser recompensado, pero siempre que tal recompensa no fuese prevista como correspectivo del servicio.

Así AZON afirma que "*mandatum est officium ab eo, qui gratuito suscipit exhibendum*"³⁹¹. El mandato, explica, deriva de la expresión "*quasi mandatum*" porque consiste en "*quod quis per se facturus erat, illi genendum committit*". Es gratuito por

³⁹⁰ RIVERO, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 316.

³⁹¹ AZON, *Summa Codicis*, IV, 35, n.1.

naturaleza porque tiene su origen en "*ex officio et amicitia*"³⁹².

En la obra de BARTOLO aparece por primera vez un acercamiento del mandato a la representación cuando afirma que los efectos de los actos realizados por el mandatario, siempre que se realicen dentro de los límites del encargo conferido, recaen automáticamente sobre la persona del mandante³⁹³. Habla con ello del principio de representación directa, que posteriormente jugará un papel importante en la disciplina normativa del mandato³⁹⁴.

Por su parte, DONNELLO advierte que "*non enim eo minus gratuitum est mandatum, quod salarium et honorarium intervenit. Tunc enim mandatum gratuitum non esse intellegitur cum ab initio recipitur mandatum ea lege ut mercedem certam pro opera accipiat eaut accipiat eam de qua postea constituetur*"³⁹⁵.

La aproximación entre el mandato y la representación planteada por BARTOLO, y a la que adhiere DONELLO, apunta una nueva línea de diferenciación entre el mandato y la locación de servicios basada en la actividad a desarrollar: si se trata de actos de puro hecho o materiales, el contrato es una locación de servicios; si se trata de actos jurídicos, el contrato es de mandato. Este criterio será adoptado y desarrollado posteriormente por la doctrina.

El derecho de Castilla, por otra parte, presta escasa

³⁹² AZON, *Summa Codicis*, IV, 35, n.7.

³⁹³ BARTOLO, ad. 1.3 & 2, D.17.1.

³⁹⁴ RIVERO, *Ob. Cit.*, pág. 316; y PROVEDA, *Ob. Cit.*, pág. 319.

³⁹⁵ DONNELLO, *Opere*, III, 551 y ss. En el mismo sentido CUYACIO, *Opere*, V, 740.

atención al contrato de mandato³⁹⁶. El Fuero Juzgo dedicó el Título III del Libro II al estudio "de los mandadores e de las cosas que mandan", pero sus leyes se refieren exclusivamente al mandato judicial -procuradores o "personeros"- . Lo mismo sucede en el Fuero Real, que trata del mandato judicial en el Título X del Libro I. Los Fueros Municipales no hacen referencia al mandato, que probablemente quedaba regulado por la costumbre³⁹⁷.

En Las Partidas no hay un título autónomo dedicado a regular el mandato. El Título V de la Partida III, titulado "De los personeros" regula el mandato judicial, mientras que las Leyes 20 y siguientes, del Título XII de la Partida V -relativo a la fianza- hablan del mandato extrajudicial.

El mandato extrajudicial se define en Las Partidas como el contrato en virtud del cual una persona da un encargo a otra, la cual lo admite constituyéndose en obligación de cumplirlo³⁹⁸. Se advierte que sólo se llamará mandato, y se regirá por las reglas de éste, cuando dicho contrato no tenga nombre conocido en el

³⁹⁶ En este sentido afirma FAIREN ["Anotaciones a OURLIAC Y MALAFOSE" en *Derecho romano y francés histórico, Ob. Cit.*, págs. 484-485] que "el mandato, como contrato autónomo, no tiene abolengo jurídico en el derecho español; tratabase de una institución en la que el carácter gratuito y el acusado matiz de buena fe en ella insito no la hacía demasiado propicia ni a querellas entre los particulares ni a prolijas provisiones legislativas; la idea de mandato como contrato no aparece en nuestras leyes más que de la mano de pretensiones extranjerizantes y eruditas de los textos más doctrinarios; ello nos explica que sean exclusivamente La Partidas y el Proyecto de 1.851 los que regulaban la materia extensamente, aunque es de suponer que sus previsiones no se referían tanto a necesidades vividas en la práctica cuanto a preocupaciones de gabinete".

³⁹⁷ En este sentido FAIREN, *Ob. Cit.*, pág. 484.

³⁹⁸ Ley 20 del Título 12 de la Partida V: "Fazen algunos omes por mando de otros algunas cosas a las vegadas, por que finca cada vno dellos obligado, tambien aquel que lo faze, como aquel otro que lo manda; que es otra manera de obligacion, que es semejante de la fiadura".

derecho, como depósito, arrendamiento u otro semejante³⁹⁹.

Según las Leyes de Partidas (Leyes 20, 21, y 22, Título 12, partida V) el mandato puede celebrarse de cinco maneras: 1º por utilidad del mandante, que es la más frecuente; 2º por beneficio de un tercero; 3º por el de un tercero y del mandante; 4º por utilidad de éste y del manatario; 5º por la de éste y de un tercero. De lo que se infiere que no habrá mandato -sino consejocuando resulte beneficiado únicamente el mandatario, de modo que en este supuesto no nace ninguna obligación para el "mandante"..

El mandato resulta ser un contrato bilateral, pues por él quedan obligados ambos contrayentes: el mandante a satisfacer al mandatario cuanto hubiere expendido en el cumplimiento del negocio, y éste a evacuarlo bien y legalmente, so pena de resarcir al primero los daños que por culpa le bubiese irrogado⁴⁰⁰.

La gratuidad del mandato se presume *iuris tantum*, pero, a diferencia de lo que sucede en la más pura tradición romanista, no configura un elemento esencial del mandato, de modo que puede darse un mandato oneroso si así resulta estipulado por las partes⁴⁰¹.

³⁹⁹ FEBRERO NOVISSIMO o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos legistas, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un Tratado del Juicio Criminal y algunos otros por Don Eugenio DE TAPIA, Valencia, 1.837, pág. 349.

⁴⁰⁰ Ley 20 del Título 12 de la Partida V: "...si aquel a quien manda fazer la cosa, recibe el mandamiento, tenuto es de cumplirlo. E si alguna cosa pechare, o pagare o despendiere, en cumplir el mandamiento, tenuto es otrosi de gelo pechar, aquel por cuyo mandato lo fizo. Otro si dezimos, que si aquel que recibe el mandamiento faze algun engaño, en non cumplirlo, o por su culpa viene daño al otro: que es tenuto de pecharle todo el daño, que el viniere por razon del: ca tal mandamiento como este reciben los omes, unos de otros, por facerles amor, e non por fazerles daño".

⁴⁰¹ SANCHEZ ROMAN, Ob. Cit., pág. 480.

3) El Código Civil francés.

La tesis de tradición romana según la cual mandato y locación se distinguen por la gratuidad del primero y la onerosidad del segundo subsiste, todavía, en la obra de POTHIER⁴⁰². Este autor define el contrato de mandato como el "contrato en virtud del cual uno de los contratantes confía la gestión de uno o de varios asuntos, para hacerlos por su cuenta y riesgo, a otro contratante, que se encarga gratuitamente, y se obliga a rendirle cuentas."

La gratuidad es, según POTHIER⁴⁰³ un elemento esencial del mandato, porque el mandatario se obliga por un oficio de amistad a realizar el negocio objeto del mandato y el mandante no se obliga a su vez a pagar por ello una suma de dinero o cualquier otra cosa que sea como precio de la gestión de este negocio; de otro modo, el contrato no es de mandato sino de arrendamiento. Sin embargo, si para testimoniar el reconocimiento al servicio prestado, el mandante promete dar alguna cosa, el contrato no deja de ser de mandato, porque lo que se promete no es el precio del servicio, servicio inapreciable, sino un honorario⁴⁰⁴.

⁴⁰² POTHIER, Robert Joseph, *Ouvres de Pothier*, V.IV, *Traité du contrat de mandat*, París, 1.825, n. 1, pág. 79.

⁴⁰³ POTHIER, *Ult. Ob. Cit.*, n.22, pág.95.

⁴⁰⁴ POTHIER, [*Ult. Ob. Cit.*, n.23, pág. 96] propone en este punto un ejemplo al que posteriormente hace referencia la mayoría de la doctrina: "Yo le pido a un célebre abogado que lleve mi defensa: el me dice que se encargará. Yo se lo agradezco y le digo que para demostrarle mi reconocimiento le daré el *Thesaurus de Meerman*, que falta en su biblioteca. Me responde que acepta mi presente. Aunque yo prometa al abogado el *Thesaurus de Meerman* el contrato sigue siendo de mandato, porque lo que yo le prometo no es el precio de la defensa de mi causa. Esta defensa es una cosa inapreciable, el mandato no deja de ser gratuito porque el abogado no exige nada por el asunto que es el objeto. La promesa que yo haga y él acepta es una convención que aunque interviene a la vez que el contrato de mandato, no forma parte de él, le es estraña."

POTHIER mantiene la tesis tradicional según la cual determinados servicios pertenecen al contrato de mandato. Estos son los servicios que prestan en su profesión los médicos, los gramáticos, los maestros de filosofía o matemáticas, etc.⁴⁰⁵.

DOMAT, por el contrario, trata el mandato desde una perspectiva distinta. Su obra tendrá una gran influencia sobre el Código de Napoleón. Llama la atención sobre el carácter representativo del mandato al afirmar que "mandato significa para nosotros una forma de dar alguna orden, como es la de aquel que encarga a su deudor o a su amigo que realice un pago o cambio de un billete. En este sentido el mandato, es una especie de convención de la naturaleza de las que forman el título de las "procurations". Pues este acreedor, por ejemplo, que encarga a su deudor que pague a otro, se obliga a reembolsar al deudor aquello que éste ha pagado en ejecución de la orden recibida. Y el deudor, que por su parte acepta la orden, se obliga frente a su acreedor a ejecutarla.... Esta orden obliga doblemente a quien la da, pues le obliga frente a terceros a responder de los actos de quien la ejecuta y a reembolsar los gastos ocasionados."⁴⁰⁶

Según DOMAT los mandatarios constituidos ejercen de ordinario un oficio de amigo, su función es gratuita; y si se conviene un salario, no se convierte en una especie de arrendamiento donde quien se obliga por otro daría por precio el uso de su trabajo.

La ideología de la Revolución Francesa influirá en la evolución posterior del mandato, contraria a la noción tradicional de mandato gratuito; el altruismo no invita a la iniciativa y el desenvolvimiento de la actividad económica⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ POTHIER, *Ult. Ob. Cit.*, n.26, págs. 98 y ss.

⁴⁰⁶ DOMAT, *Ob. Cit.*, pág. 221.

⁴⁰⁷ En el mismo sentido PROVEDA, *Ob. Cit.*, pág. 319; y RIVERO, *Ob. Cit.*, pág. 316.

Así, en el *Code*, la gratuidad -que con anterioridad era un elemento esencial del mandato- es un elemento natural de este contrato susceptible de ser derogado por la voluntad de las partes⁴⁰⁸. Por otro lado, el mandato se aproxima a la representación⁴⁰⁹. Estas modificaciones implican inmediatamente una nueva solución a la cuestión de la distinción entre el mandato y el arrendamiento de servicios -que tradicionalmente se había basado en la característica esencial de gratuidad del mandato-⁴¹⁰.

A pesar de la evolución de las bases sociales sobre las que se asienta el contrato de mandato, algunos autores siguen sosteniendo, después de la entrada en vigor del Código Civil francés, la doctrina tradicional.

⁴⁰⁸ El artículo 1.986 del *Code* establece que "*le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire*".

⁴⁰⁹ El artículo 1.984 del *Code* establece que "*Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.*"

⁴¹⁰ La evolución de esta institución es radicalmente opuesta en Alemania. Los pandectistas germanos distinguen netamente la representación del mandato y conservan la gratuidad como elemento esencial del mandato. En este sentido WINDSCHEID, *Ob. Cit.*, págs. 579 y ss; y DENBURG, *Pandette*, V.II, *Diritto delle obbligazioni*, 6ª ed. mejorada con la colaboración de Giovanni BIERMANN, Traducción italiana por Francesco Bernardino CICALA, Turín, 1.903, págs. 501 y ss.

El actual Código Civil alemán, siguiendo la tradición romanista, dispone en el párrafo 662: "Por la aceptación del mandato se obliga al mandatario a cuidar gratuitamente el asunto de que el mandante le haya encargado".

De este modo el ordenamiento alemán atribuye el carácter de esencial a la gratuidad en el mandato; carácter que lo distingue de los contratos de servicios y de obras. En este sentido RIVERO, *Ob. Cit.*, pág. 317; ENNECCERUS, *Ob. Cit.*, pág. 588, GARCIA MORENO, *Ob. Cit.*, pág. 300; LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, T.II, Versión española y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, 1.959, pág. 344.

Así, TROPLONG⁴¹¹ entiende que el artículo 1.984 del Code repite excesivamente la idea de que debe darse la representación cuando se pretende que el procurador o mandatario haga una cosa no sólo para el mandante sino también en su nombre. Afirma que este artículo debe tomarse en un sentido indicativo de los casos más ordinarios y no con un sentido limitativo o prohibitivo. El carácter representativo no caracteriza, pues, al mandato frente al arrendamiento. La diferencia entre estos dos contratos se encuentra en la circunstancia de que el trabajo sea o no pagado, tomando este término en sentido exacto y riguroso⁴¹². El precio es esencial en el arrendamiento, donde debe guardar relación con el valor del servicio. En el mandato, en cambio, la gratuidad es carácter natural. El contrato es de mandato, no sólo cuando no haya retribución, sino también cuando la suma dada por el trabajo no sea propiamente el precio, sino sólo una recompensa, un honorario, porque ese trabajo es una de las cosas que no son valorables en dinero y por su naturaleza no pueden ser pagadas en el sentido exacto del término⁴¹³.

La actividad a desarrollar es según este autor, otra nota distintiva porque, en su opinión, los artículos 1.711 y 1.779 del Code indican suficientemente que sólo entienden en el círculo del arrendamiento de trabajo la categoría de los trabajos extraños

⁴¹¹ TROPLONG, M., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, T.XVIII, *Du mandat. Commentaire du Titre XIII du Livre III du Code Civil*, París, 1.846, págs. 17 y ss.

⁴¹² TROPLONG, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 181.

⁴¹³ Este es el sentido que recogen los discursos 90 y 91 franceses relativos al artículo 1.986 del Code transcritos por GARCIA GOYENA [*Ob. Cit.*, pág. 35]: "El artículo 1.986 (se dice en ellos) imprime a este contrato el carácter hermoso del desinterés y de la generosidad: Pero el rigorismo Romano ha parecido, y con razón, excesivo. ¿Por qué no ha de poder el mandante dar o prometer una recompensa? ¿Por qué no ha de poder obedecer al sentimiento de una justa delicadeza que le inclina a indemnizar al mandatario del sacrificio del tiempo y de los cuidados que hubiera podido emplear útilmente para sí mismo? Estas muestras de gratitud, lejos de desnaturalizar el servicio, no hacen más que realzar su carácter. Una recompensa dada o prometida jamás se reputa en este contrato sino como una indemnización; no es un beneficio".