

El *mandatum post mortem* de Roma al Derecho civil moderno*

Elena SÁNCHEZ COLLADO
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

I. EL MANDATUM POST MORTEM EN EL DERECHO ROMANO

Podríamos definir el *mandatum post mortem* como aquel mandato cuyo objeto hubiese de ejecutarse después de la muerte del mandante o del mandatario¹. Se trataba en definitiva de un contrato de mandato consistente en realizar algún encargo, bien después del fallecimiento del mandante o del mandatario, de suerte que la ejecución correspondía realizarla a los herederos, circunstancia que implicaba una clara excepción a la regla general que determinaba la extinción del contrato de mandato por muerte de cualquiera de los contratantes.

En la doctrina romanística se planteó el problema dogmático que suscita la naturaleza híbrida de esta institución, que *prima facie* aparece como un negocio *inter vivos*, pero que al propio tiempo puede presentarse como un cauce apropiado para la conclusión de negocios *mortis causa*².

* El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto de I+D+i con referencia DER2014-53497-p, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ A. TORRENT, voz *mandatum post mortem*, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, Edisofer, 2005, pp. 677-678.

² De estos problemas dogmáticos se ha ocupado H. A. RABIE, *L'acte juridique post mortem en droit romain: Validité et fonction*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 31-32, quien distingue entre los actos *post mortem*, cuya exigibilidad se remite al *dies mortis*, y los actos *mortis causa* en los que la muerte es un elemento esencial del propio negocio. En efecto, indica el autor: «*Un trait caractérise l'acte post mortem: l'accomplissement d'une ou de plusieurs obligations est référé à la mort de l'une des deux parties contractantes... L'acte mortis causa est un acte juridique qu'on ne peut concevoir sans que, pour son existence, la mort soit considérée comme un élément essentiel; autrement, c'est un acte juridique inter vivos. Dans l'acte post mortem, nous sommes en présence d'un négoce, où seule l'exigibilité d'une des obligations est soumise au dies mortis*». Esta opinión no ha recibido unánime aceptación en la doctrina. En contra se han manifestado S. DI PAOLA (cfr. su recensión realizada a la obra de RABIE: «L'atto giuridico post mortem», en *Labeo*, 1, 1955, pp. 342 y ss. y la respuesta de RABIE a DI PAOLA en «L'atto giuridico post mortem», *Labeo*, 3, 1957, pp. 92 y ss., así como F. J. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, «*Mandatum post mortem*», en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense* (1989-1990), p. 130, y J. M.^a RIBAS ALBA, «*Mandatum post*

Sobre este particular, como ya puso de relieve Jordano Barea³, ambas calificaciones no son antitéticas, sino compatibles. En el mismo sentido indica José María Ribas Alba, que no existe en realidad una incompatibilidad entre los dos tipos, porque operan en ámbitos bien distintos⁴.

Se ha cuestionado por otra parte polémica en la romanística la admisibilidad del instituto del *mandatum post mortem* en el Derecho clásico, por cuanto que los fragmentos de los juristas clásicos que nos han sido transmitidos a través del Digesto reflejan la problemática que suscitaba la precitada institución en el periodo mencionado. En época clásica se cuestionaba la admisibilidad de este instituto por estimarse que vulneraba tanto el principio *mandatum morte dissolvitur* como la regla *ab heredis persona obligatio incipere non potest*, que determinaba que una obligación no pudiera tener su inicio en la persona del heredero (Gai 3,100; 3,158)⁵. Numerosos estudiosos del Derecho romano han observado la existencia de una antinomia entre la firme declaración de nulidad del *mandatum post mortem mandatoris* que se contempla en D. 46,3,108, y algunos fragmentos del Digesto tales como D. 17,1,12,17; D. 17,1,13 y probablemente también D. 17,1,27,1, en los que parece reconocerse la validez de esta figura.

Según Gayo el principio general que inspiró a los prudentes en el tratamiento y solución de los problemas derivados del *m.p.m.* se encuentra contemplado en el fragmento 158 del libro 3 de sus *Instituciones*: «*Item si quis quid post mortem meam faciendum mihi mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse*».

Con excepción de Pernice, la doctrina se ha inclinado por estimar que el texto precitado solo alude al *mandatum post mortem mandatarii*, pero no al *mandatum post mortem mandatoris*⁶; en cambio, al hablar Gayo en I. 3,100 de la *stipulatio post mortem*, en realidad alude tanto a la re-

mortem», en *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, XIV, 2002, p. 70. En nuestra opinión, discrepamos de la drástica consideración de que el acto *mortis causa* sea un acto jurídico que no pueda concebirse sin que la muerte se considere como un elemento esencial para su existencia, so pena de que, en la hipótesis contraria, nos encontremos ante un acto jurídico *inter vivos*.

³ J. B. JORDANO BAREA, «Teoría general del testamento», en *Anales de la Universidad Hispalense*, XXIV, 1963, pp. 61-93.

⁴ En efecto, señala RIBAS ALBA (cfr. *cit.*, pp. 69-70) que, observada la distinción con detalle, se constata que no existe en realidad una incompatibilidad entre los dos tipos: 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).

⁵ Cfr. A. TORRENT, *cit. ibid.*, en que se indica que esta regla que tenía su aplicación especial con relación a la *stipulatio* y al contrato de mandato implicaba la nulidad del negocio, cuando la *obligatio*, tanto del lado activo como pasivo traía su inicio en la persona de uno de los herederos. Por eso se estimaba nulo el mandato que hubiera de cumplirse después de la muerte del mandante o del mandatario.

⁶ A. PERNICE, en efecto, no distingue entre uno y otro supuesto, y estima nula cualquier hipótesis de *mandatum post mortem* [cfr. *Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, III (Halle, 1892; reimpr. Aalen, 1963), 1, p. 129].

ferida a la muerte del estipulante como a la del promitente, declarando la nulidad de ambas⁷, inspirándose para ello en una regla muy similar a la que se contempla en I. 3,158: «*nam inelegans esse uisum est ab heredis persona incipere obligationem*». Es, sin embargo, numeroso el sector de la romanística que estima que el *mandatum post mortem mandatoris* era nulo también en la época clásica, aunque no se mencione en el fragmento 3,158 del manuscrito de Verona. Para Bonfante⁸ y Arangio Ruiz⁹ dicha nulidad se deriva de la misma regla que conlleva la del *mandatum post mortem mandatarii*. Vasalli¹⁰, Di Marzo¹¹, Perozzi¹² y Solazzi¹³ consideran que la nulidad del *mandatum post mortem mandatoris* no es sino una consecuencia de la regla *mandatum morte solvitur*¹⁴. Sin embargo, partiendo del silencio de Gayo 3,158 y sobre la base de la interpretación de diversos textos del Digesto¹⁵, así como de las Instituciones de Gayo¹⁶, algunos autores mantienen la validez general del *mandatum post mortem mandatoris* en el Derecho clásico como es el caso de Lotmar¹⁷, de Sanfilippo¹⁸ y de Rabie¹⁹. También hay autores que como Vazny²⁰ reconocen la validez del *mandatum post mortem mandatoris heredi*, sin reconocérsela en cambio al *mandatum post mortem mandatoris alteri*, en aplicación de la regla *mandatum morte dissolvitur*.

Desde la perspectiva de nuestra doctrina, para Gómez-Carabajo²¹ parece deducirse de la interpretación de los textos que han llegado hasta

⁷ Gai. III,100: «*Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? uel ita: POST MORTEM TVAM DARI SPONDES? ualet autem, si quis ita dari stipuletur: CVM MORIAR, DARI SPONDES? uel ita: CVM MORIERIS, DARI SPONDES? id est, ut in nouissimum uitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse uisum est ab heredis persona incipere obligationem. rursus ita stipulari non possumus: PRIDIE QVAM MORIAR, aut PRIDIE QVAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intellegi 'pridie quam aliquis morietur', quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: HEREDI MEO, DARI SPONDES? quae sane inutilis est*».

⁸ P. BONFANTE, «*Mandatum post mortem*», en *Scritti giuridici varii*, 3, Torino, 1926, pp. 262 y ss.

⁹ V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Jovene, 1949 (reimp. Napoli, 1965), pp. 157-158.

¹⁰ F. E. VASALLI, *Di talune clausole con riferimento al «dies mortis» nel legato e nella stipulazione: Note a Gaio*, 2, 232 e 3, 100, Firenze, 1910, pp. 20-21, 28-29 y 32.

¹¹ S. DI MARZO, «*Sul mandato post mortem*», en *Scritti Ferrini*, 1, 1947, pp. 233-238.

¹² S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 2.^a ed., Milano, Vallardi, 1928, p. 310, n. 2.

¹³ S. SOLAZZI, «*Sull'obbligazione a termine iniziale*», en *IURA*, I, 1950, pp. 50 y ss.

¹⁴ También se manifiestan en contra de la validez de la figura J. Ch. VAN OVEN, «*Gaius 3. 158: mandatum post mortem mandantis*», en *Symbolae Raphaeli Taubenschlag*, I, 1956, pp. 529 y ss.; M. HARDER, *Zum transmortalen und postmortalen Auftrag nach römischen und geltendem Recht*, en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum*, 70, Berlin, 1970, pp. 515-536 y A. WATSON, *Contract of mandate in Roman law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 147.

¹⁵ D. 17,1,12,17; 17,1,13; 17,1,27,1; y 46,3,108.

¹⁶ Gai. 3,117.

¹⁷ Ph. LOTMAR, «*Marc Aurels Erlass über die Freilassungsaufgabe*», en *ZSS*, 33, 1912, p. 320 n. 1.

¹⁸ C. SANFILIPPO, «*Mandatum post mortem*», en *Studi Solazzi*, 1948, pp. 554 y ss.

¹⁹ H. A. RABIE, «*D. 46,3,108*», en *Studi Arangio Ruiz*, IV, Napoli, 1953, pp. 263 y ss.

²⁰ J. VÁZNY, «*Il problema generale dei contratti a favore di terzi nel Diritto Romano*», en *BIDR.*, 40, 1932, pp. 79 y ss.

²¹ GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *cit.*, p. 136.

nosotros que el *mandatum post mortem mandatoris* sería admitido en algunos casos, y rechazado en otros, reconociéndose en aquellos supuestos en que no resulte vulnerada la regla general mencionada en Gayo 3,158, para fundamentar la nulidad del *mandatum post mortem mandatarii: obligatio ab heredis persona incipere non potest*. Y añade el autor que podría concluirse del estudio de las fuentes, que la misma regla que Gayo aplicó en 3,158 para justificar la nulidad del *mandatum post mortem mandatarii*, puede servir de fundamento según la jurisprudencia romana, para discernir en cada caso la validez o nulidad del *mandatum post mortem mandatoris*. Para el autor, la reglamentación del *mandatum post mortem* presenta diferencias sustanciales en el Derecho clásico romano y en la compilación justiniana²². El Derecho justiniano derogaría los principios que implicaban un obstáculo para la validez de esta institución, admitiéndose en C. 8,37(38),11 cualquier modalidad de contratos *post mortem compositos*²³, orientación que es también la seguida en una constitución del año 531 recogida en C. 4,11,1²⁴.

La posición opuesta es la defendida por José María Ribas Alba, para quien el *mandatum post mortem* existió indudablemente en el Derecho romano clásico como lo demuestra el examen de las fuentes²⁵ y estima que las dos constituciones mencionadas que habitualmente se citan como modificativas de la hipotética ineficacia del mandato *post mortem*, en realidad nada tienen que ver con la figura que nos ocupa²⁶.

Examinaremos a continuación algunos textos que la doctrina ha considerado especialmente ilustrativos en lo que concierne a la institución que nos ocupa:

²² GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *cit.*, p. 129.

²³ CJ. 8,37,11: *Imperator Justinianus A. Mennae P.P.*: «*Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem, an cum morietur vel pridie quam morietur 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, nihilo minus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus. * Iust. A. Menae pp. * <a 528 d. iii id. dec. Constantinopoli dn. Iustiniano pp. A. ii cons.>»*

²⁴ CJ. 4,11,1 pr.: *Imperator Justinianus A. Ioanni P.P.*: «*Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. 1. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non condebant 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. <a 531 d. xv k. nov. constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc.>»*. También se contempla una tendencia permisiva frente a las anteriores prohibiciones en I. 3,19,13: «*Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post eius mortem a quo stipulabatur. ac ne is qui in alicuius potestate est post mortem eius stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. sed et si quis ita stipuletur, PRIDIE QUAM MORIAR vel PRIDIE QUAM MORIERIS DARI? inutilis erat stipulatio. sed cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem sive pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio»*.

²⁵ J. M. RIBAS ALBA, *cit.*, p. 99.

²⁶ J. M. RIBAS ALBA, *cit.*, p. 100, n. 151.

1. El primero de ellos es D. 17,1,12,17 (Ulp. 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 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*».

El texto del D. 17,1,12,17 ha representado uno de los firmes baluartes para quienes mantienen la validez del *mandatum post mortem mandatoris* en el Derecho clásico. Los defensores de su nulidad en cambio, se inclinarían por afirmar que los compiladores habrían suprimido un *non* inicial, reconociendo de este modo la acción al heredero del mandante, contra el parecer originario de Marcelo para quien el heredero del mandante (*non*) *poterit mandati agere*.

En relación al texto precitado se ha suscitado una polémica que se polariza en la utilización del término *vero*, para introducir el parecer de Ulpiano sobre las acciones que corresponden al mandatario —*Illum vero qui mandatum suscepit*—, y que en apariencia se contrapone a la opinión inicial de Marcelo en lo concerniente a la acción que corresponde al heredero del mandante²⁷. Tal vez en este punto sea acertada la opinión de Sanfilippo²⁸, quien interpretando este texto indica que la oposición que determina el *vero* consiste en que al heredero del mandante se le concede siempre acción contra el mandatario, mientras que al mandatario solo se le reconoce en ciertos casos.

Indica Gómez-Carabajo²⁹ que en un mandato como el contemplado en esta hipótesis el mandatario se obliga a construir un monumento funerario para después de la muerte del mandante. El cumplimiento de la prestación no podría serle exigido hasta después de la muerte del mandante, y por consiguiente parece que la *obligatio*, o al menos la *actio* dirigida a exigir su cumplimiento, nacería en la persona del heredero, lo que debería conllevar la nulidad del negocio en aplicación del precitado principio *obligatio ab heredis persona incipere non potest*. Sin embargo, añade el autor que también es cierto que para la hipótesis de un mandato como el previsto en el texto examinado, salvo que se haya convenido otra cosa (es decir, si mediare pacto expreso de que el mandatario realice el encargo *sua pecunia*), el mandante está obligado a proporcionar al mandatario los medios necesarios para construir el monumento. Y si ello puede exigirse antes de la muerte del mandante, la *obligatio* —o si se prefiere la *actio*— comenzaría en la persona del mandante, no en la de su heredero; y al no ser de aplicación la regla que debería determinar su nulidad, el mandato sería válido, y el heredero del mandante podría interponer la acción del mandato (*actio mandati directa*) contra el mandatario, en cualquier caso.

²⁷ Con base en el carácter adversativo del término *vero*, cfr. DI MARZO, *cit.*, p. 236; ARANGIO RUIZ, *cit.*, p. 153; y HARDER, *cit.*, p. 525.

²⁸ SANFILIPPO, *cit.*, p. 566.

²⁹ GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *cit.*, p. 139.

En relación al fragmento que examinamos (D. 17,1,12,17), indica en cambio José María Ribas Alba³⁰ que el texto de Ulpiano no deja lugar a dudas sobre la posibilidad del mandato *post mortem*, y rechaza la opinión de aquellos autores que niegan esta figura recurriendo a la tesis de la modificación, al considerar que habría que leer en el texto: *heres eius non poterit*³¹.

Comparto la opinión de José María Ribas Alba³² de discrepar del parecer de Gómez-Carabajo de Viedma³³, quien coloca como elemento determinante, para discernir sobre la nulidad o validez del mandato *post mortem*, la posibilidad o no por parte del mandatario de interponer la *actio mandati contraria*, en vida del mandante. Es preferible no establecer una estricta vinculación entre la admisibilidad de la institución del *mandatum post mortem* y la posibilidad por parte del mandatario de ejercitar la acción contraria, porque la viabilidad de este ejercicio dependerá de las circunstancias de cada caso: si el mandatario en un mandato *post mortem* no hubiese realizado ningún gasto, ni recibido ningún perjuicio en vida del causante, no habrá lugar al ejercicio de la *actio contraria*, pero sin que ello obste a la perfección del contrato de mandato.

2. Una paridad de criterio podemos encontrar en el fragmento que figura en el Digesto, inmediatamente a continuación, y que ha sido diversamente interpretado en la doctrina. El texto en cuestión es D. 17,1,13, *Gaius ad edictum provinciale: Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum*.

Para José María Ribas Alba³⁴, por cuya opinión nos inclinamos con preferencia, en D. 17,1,13 estamos en presencia de un nuevo supuesto de mandato *post mortem*, que refuerza la interpretación que él mismo propone del fragmento anterior. La finalidad del encargo solo podrá ultimarse después de la muerte del mandante, sin que suponga una modificación de esta solución la posible anticipación de cantidades por parte del mandante o los posibles gastos desembolsados por el mandatario, también con anterioridad a la muerte del mandante, que le posibiliten el ejercicio de la acción contraria, por cuanto que el autor reconoce la admisibilidad de esta figura, incluso en la hipótesis de inactividad del mandatario con anterioridad al fallecimiento del mandante. La calificación de esta figura como *mandatum post mortem* ya había sido defendida también por Sanfilippo³⁵, aunque se acepte la ubicación de este fragmento propuesta por Lenel³⁶, quien hace preceder a D. 17,1,13 el pasaje de D. 17,1,27,1³⁷.

³⁰ J. M. RIBAS ALBA, *cit.*, p. 83.

³¹ Cfr. DI MARZO, *cit.*, p. 236; y la crítica que a la opinión de este último opone SANFILIPPO (cfr. *cit.*, pp. 566 y ss.); también a la tesis del no se adhiere ARANGIO RUIZ (cfr. *cit.*, p. 153). También definiendo alteraciones textuales P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, 2.^a ed., Milano, A. Giuffrè, 1967, p. 267.

³² Cfr. *cit.*, *ibid.*.

³³ La opinión de GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA ya había sido esbozada por ARANGIO RUIZ (cfr. *cit.*, pp. 155-156).

³⁴ J. M. RIBAS ALBA, *cit.*, p. 84.

³⁵ SANFILIPPO, *cit.*, p. 567.

³⁶ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* (Leipzig 1889, reimpr. Graz, 1960), I, p. 214 (n. 232).

³⁷ Esta discutida reconstrucción propuesta por LENEL presenta en nuestra opinión cierta verosimilitud por razón de su coherencia, si tomamos en consideración el contenido de los di-

3. También ha sido objeto de examen específico en relación a la materia que nos ocupa este último texto —D. 17,1, 27,1, *Gaius libro nono ad edictum provinciale*— en el que se establece: «*Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum recipere velim*».

Rabie³⁸ con relación al D. 17,1,27,1 estima que estaríamos en presencia de una *causa donationis* con forma de *mandatum post mortem*, o bien de un *mandatum* acompañado de una cláusula referida a la muerte *alterutrius contrahentis*, que en este caso sería *qui mandatum dedit*. Y añade que el texto del D. 17,1,27,1 es claro en este punto: *obligatio constituit*, de suerte que tanto la cláusula como el mandato son válidos; mientras que en la hipótesis de D. 17,1,13 «*il s'agit d'un véritable mandatum post mortem, non d'un mandatum établi pour dissimuler une donatio*». Estimamos tal vez más acertada la opinión de Gómez-Carbajo de Viedma³⁹, para quien el supuesto contemplado en el fragmento 27,1 en ningún caso puede calificarse como un supuesto de *mandatum post mortem* como ha defendido Zimmern⁴⁰, así como Arangio-Ruiz⁴¹, porque la entrega o transmisión del esclavo se verifica en vida del mandante, por lo que no puede decirse que este muera *re adhuc integra*.

4. Comentaremos a continuación un texto de Gayo, cuya especial relevancia en esta materia ha sido destacada por Sanfilippo⁴², Gai. 3,117: «*Sponsors quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit; adstipulatorem uero 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 nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur*».

Sanfilippo defiende la existencia en el fragmento mencionado de dos mandatos diferenciados: uno *inter vivos*, ordinario, dirigido a realizar la *adstipulatio*; otro *post mortem* que consistiría en el encargo encomendado al *adstipulator* de hacer entrega al heredero del mandante de lo que hubiese podido conseguir a resultas de la *adstipulatio* concertada.

versos textos (D. 17,12,17; D. 17,1,13; y D. 17,1,27,1). En este sentido, como ya indicó GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA (cfr. *cit.*, p. 146), podría además pensarse que el texto de D. 17,1,27,1 comprensivo de dos afirmaciones, en la primera de las cuales se dice que «*constitit obligatio*» y en la segunda que «*potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire*», no es en su estructura muy distinto al transmitido en el fragmento 12,17, porque «en última instancia, la primera mitad del texto corresponde a la sentencia de Marcelo y lo que se hace en la segunda es aducir exactamente la misma razón que adujo Ulpiano para justificar la afirmación de aquella». Sin embargo, la adopción de la decisión de LENEL tiene como inconveniente que en las correspondientes *inscripciones*, el fragmento 13 se indica extraído del *libro decimo*, mientras que el 27 se afirma que procede del *libro nono ad edictum provinciale*, problemática a la que aluden el propio GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA (cfr. *cit.*, p. 143) y RIBAS ALBA (*cit.*, p. 85).

³⁸ RABIE, *cit.*, p. 290.

³⁹ *Cit.*, p. 144.

⁴⁰ *Apud* BONFANTE, *cit.*, p. 263 y SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 567, n. 46.

⁴¹ *Cit.*, pp. 155-156.

⁴² SANFILIPPO, *cit.*, p. 564.

Sobre este particular en cambio, Gómez-Carbajo de Viedma⁴³, que en este punto sigue las orientaciones de Arangio Ruiz⁴⁴ y de Di Marzo⁴⁵, considera que en esta hipótesis no estamos en presencia de un *mandatum post mortem*, al reconocer la existencia de un único mandato en el cual la *adstipulatio* ya se comenzó a ejecutar en vida del mandante, aunque el contrato solo pueda ultimar su cumplimiento después de fallecido el mandante, lo que a su parecer excluye la existencia de un *mandatum* de esta índole, respecto del cual únicamente se plantea el problema de su validez si el mandante ha fallecido *re adhuc integra*.

En relación a este punto estimo que conviene precisar, a los fines de determinar si estamos o no en presencia de un *mandatum post mortem*, si es más relevante el momento inicial en que tiene lugar la *adstipulatio* entre el mandante y el mandatario, o aquel en que el mandatario verifica la reclamación después del fallecido el mandante y en su caso, hace entrega de lo obtenido a los herederos del mandante. Y claramente me inclino, y en este punto coincido con J. M. Ribas Alba⁴⁶, por la ostensible mayor relevancia del momento ulterior de reclamación y posterior entrega de lo conseguido en su caso a los herederos del mandante.

5. Para fundamentar la admisibilidad del instituto del *mandatum post mortem* en el Derecho clásico se ha mencionado doctrinalmente la posibilidad reconocida en este derecho de acudir al propio testamento o a un codicilo como medio de encauzar un *m.p.m.* El contrato de mandato se perfeccionaría por la aceptación del encargo que el mandatario exteriorizaría con su propia actividad (*facta concludentia*)⁴⁷. En esta dirección Murga, sin llegar a reconocer la existencia del *mandatum post mortem* en el Derecho romano clásico, alude a unas posibles mandas piadosas o encargos *in bonum animae* ordenados por los testadores, al margen de los cauces habituales del Derecho hereditario (legados y fideicomisos) y que parecen aproximarse a la noción del *mandatum post mortem*⁴⁸.

Analizando las fuentes se ha vislumbrado la posibilidad de un *mandatum post mortem* testamentario en el testamento de *Dasumius Tuscus*, redactado en el 108 D. C., atribuido a P. Dasumio Tusco, cónsul en el 103, quien lo mandó reproducir en piedra en su tumba sita en la *via Appia*⁴⁹, y por virtud del cual se designan curadores para encargarse de las exequias, de la construcción del sepulcro y de la continuidad de las ceremonias conmemorativas⁵⁰; también en el conocido como testamento del

⁴³ Cfr. *cit.*, p. 162.

⁴⁴ Cfr. *cit.*, p. 184.

⁴⁵ Cfr. *cit.*, p. 234.

⁴⁶ Cfr. *cit.*, p. 86.

⁴⁷ U. ÁLVAREZ SUÁREZ, «El negocio jurídico en Derecho romano», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954, p. 16; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* (1943, trad. cast. Madrid, 1950-Granada, 2000, Comares), pp. 111 y ss.

⁴⁸ J. L. MURGA, *Donaciones y testamentos in bonum animae en el Derecho romano tardío*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1968, pp. 166 y ss.

⁴⁹ Cfr. CIL VI 10229; *FIRA III*, núm. 48.

⁵⁰ C. CASTILLO, «El famoso testamento del cordobés Dasumio», en *Actas del I Congreso Andaluz de Estudios Clásicos*, Jaén, 1981, pp. 159 y ss.

Lingón⁵¹, habitante de la actual ciudad de Langres y que ha llegado hasta nosotros a través de una copia del siglo X⁵², en el que se alude al régimen de la *cura funeris*; así como en el testamento de Antonio Silvano, publicado en 1940 por Guéraud y Jouguet, y redactado en el 142, en el cual el testador nombra un *procurator* de sus bienes castrenses para que se haga con ellos y los entregue a Antonia Thermuta, madre de su heredero, a fin de que esta los conserve para su hijo heredero y se los transmita cuando este salga de la tutela⁵³.

El reconocimiento del *mandatum post mortem* que formalmente se instrumentalice a través de un negocio testamentario parece entrar en contradicción con D. 11,7,14,2⁵⁴, que posibilita el ejercicio de una *actio de dolo* contra la persona a la que el testador le hubiese encargado de su entierro, y que habiendo recibido el dinero, no hubiese dado cumplimiento al encargo, aunque esta dificultad puede solventarse, si como sostienen algunos autores, estimamos que en el supuesto examinado no estamos en presencia de un *mandatum post mortem*⁵⁵.

6. Finalmente, mencionaremos *Paulus libro secundo manualium*, D. 46,3,108: «*Ei, qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, quia talis est lex obligationis: ideoque etiam invito me recte ei solvitur. Ei autem, cui iussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia mandatum morte dissolvitur*».

⁵¹ CIL XIII 5707; FIRA III núm. 49.

⁵² Cfr. Y. LE BOHEC, *Le testament du Lingon Lyon*, Collection du Centre d'Etudes Romaines et Gallo-Romaines, 1991; J. REMESAL RODRÍGUEZ, *In perpetuum dicitur. Un modelo de fundación en el Imperio Romano. «Sex. Lulius Frontinus, lulius Sabinus» y el Testamento del Lingón* (CIL XIII 5708), en *Gerión*, 13, 1995, pp. 99 y ss.

⁵³ Para RIBAS ALBA el «receptor de estos encargos *ratione mortis* se configura sustancialmente como un ejecutor testamentario, porque según el autor un ejecutor, para serlo, no tiene por qué venir encargado del cumplimiento de todas las disposiciones testamentarias (en contra con matizaciones, se manifiesta M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze, Le Monnier, 1966, p. 151. Indica RIBAS ALBA (cfr. *cit.*, p. 94) que una de las causas por las que suele excluirse al ejecutor deriva de la no admisión en el Derecho clásico del *mandatum post mortem*, pero que admitido este, habría que concluir 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.

⁵⁴ D. 11,7,14,2, *Ulpianus libro 25 ad edictum*: «*Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit: credo tamen et extra ordinem eum a praetore compellendum funus ducere*».

⁵⁵ Para A. WACKE, «Sul concetto di dolo nell'actio de dolo», en *Iura*, 28, 1977, p. 30, este fragmento demuestra la inexistencia del *mandatum post mortem* en el Derecho clásico. Para C. SANFILIPPO (cfr. «Ancora un caso di *mandatum post mortem*?», en *Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, 1984, pp. 2047 y ss.), no estaríamos ante un *mandatum post mortem*, sino ante una disposición testamentaria innominada, por virtud de la cual el testador encomienda a una persona de confianza el hacerse cargo del *funus*. Sigue también esta dirección GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, quien considera que esta hipótesis contemplada en el texto precitado nada tiene que ver con el *mandatum post mortem* (cfr. *cit.*, p. 163) y también RIBAS ALBA (cfr. *cit.*, p. 95) quien pone de relieve cómo en el texto precitado el testador realizó una oferta contractual en su testamento, que no consta que fuese aceptada por el destinatario, quien parece que se limitó a embolsarse el dinero, sin hacerse cargo del *funus*. En nuestra opinión, no es claro tampoco que estemos en presencia de un *mandatum post mortem*, por cuanto que el texto mencionado, lejos de aludir a una acción derivada del contrato de mandato, ejercitable por los herederos de quien hizo el encargo contra el destinatario del mismo, se hace en cambio referencia a una *actio doli* ejercitable contra este último.

Este es un texto que ha supuesto la base más sólida en que se han apoyado los detractores de la admisibilidad de este instituto en el Derecho clásico. Ya desde antiguo ha propiciado la convicción en un amplio sector de la doctrina de la nulidad de la expresada figura jurídica y, en definitiva, la nulidad del negocio que nos ocupa⁵⁶.

Sanfilippo⁵⁷, con relación a los dos supuestos que contempla el fragmento precitado, estima que en el primer supuesto hay un doble mandato: uno *inter vivos* explícitamente mencionado, dirigido al mandatario para que verifique la estipulación y un segundo mandato implícito, *post mortem*; en el segundo supuesto, no nos encontraríamos ante un contrato de mandato, sino ante una hipótesis de delegación en la que el *iussum* conferido al deudor carece de eficacia fallecido el delegante.

Rabie⁵⁸ considera que el texto de Paulo no alude en modo alguno al *mandatum post mortem*. Interpreta el inciso: *Ei, qui mandatu meo... ei solvitur* estimando que en él Paulo acoge la regla general de que la muerte del mandante no determina la extinción de las relaciones contractuales entre el mandatario y los terceros⁵⁹. Y respecto del segundo inciso: «*Ei autem, cui iussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia mandatum morte dissolvitur*», niega que se trate de una hipótesis de *mandatum post mortem* e incluso de un supuesto de *delegatio*, y considera que en él Paulo aporta una restricción a la regla general: la hipótesis de un *iussum post mortem*⁶⁰.

Para Gómez-Carbajo de Viedma en el fragmento que nos ocupa se contemplan dos supuestos diferenciados, contraponiéndose por un lado el pago realizado en cumplimiento de una *stipulatio*, que a su vez se hubiese realizado en virtud de un mandato anterior, y, por otro, el efectuado en ejecución de un *mandatum post mortem mandatoris*. En relación al primer supuesto, el precitado autor se inclina por considerar que, en cumplimiento del mandato, el mandatario se ha hecho estipular en vida del mandante, pero para después de su muerte, el pago de una cantidad, entendiendo las palabras *mandatu meo post mortem meam stipulatus est*⁶¹,

⁵⁶ Sobre este texto ARANGIO RUIZ (cfr. *cit.*, p. 152) afirma categóricamente: «Comunque, chi non ammetta per diritto classico la nullità del mandato post mortem mandatoris non potrà mai rendersi ragione del D. 46,3,108»; cfr. también C. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette XVII*, tradotto ed annotato da Giovanni PACCHIONI e Stanislao CUGIA, Milano, Società editrice libraria, 1904, p. 80.

⁵⁷ Cfr. *cit.*, p. 563.

⁵⁸ Cfr. *cit.*, p. 255.

⁵⁹ Cfr. *cit.*, p. 278. Hablando de PAULO, RABIE señala: «Notre auteur commence par déclarer la règle générale, qui est la conséquence du caractère personnel, *vinculum iuris*, que revêt l'obligatio. Les relations entre le mandataire et les tiers, c'est à dire les promettans, pour des stipulations conclues postérieurement, ne doivent en aucune façon subir une conséquence quelconque à cause des relations entre le mandant et le mandataire. Si la mort met fin au mandat, cela concerne les relations entre le mandant et le mandataire, non les relations entre celui-ci et les tiers».

⁶⁰ Cfr. *cit.*, p. 279, n. 3: «Dans la deuxième partie, il s'agit d'un cas particulier; le paiement n'est pas valable dans ce dernier cas, Paul insiste d'ailleurs sur ce caractère exceptionnel, en commençant par le mot *autem*. La pensée de Paul peut être ainsi résumée: selon la règle générale, le paiement est valable, tandis qu'il en va tout autrement dans le cas du *iussum post mortem*».

⁶¹ Aquí el autor (cfr. *cit.*, p. 148) altera el orden de las palabras que figuran en el texto.

en el sentido de que, en cumplimiento del mandato y en vida del mandante, el mandatario ha celebrado una *stipulatio* sometida a un término consistente en la muerte del mandante⁶². Y añade el autor que, en tal hipótesis, la celebración de la *stipulatio* mencionada en el texto ha hecho nacer entre estipulante y promitente una obligación independiente, que se rige por la propia *lex obligationis*, contenida en las solemnes palabras pronunciadas y en cumplimiento de la cual el segundo paga válidamente al primero, de suerte que este primer supuesto no guarda relación alguna con el *mandatum post mortem*. En cambio, en la otra hipótesis que se plantea en el fragmento, sí que estaríamos claramente, según el autor, ante un supuesto purísimo de *mandatum post mortem mandatoris exequendum*.

Sin embargo, como ya pusieron de relieve Jens, Glück, Bonfante y Arangio Ruiz, entre otros, si en el segundo supuesto contemplado en el fragmento estuviésemos ante un *mandatum post mortem mandatoris*, el principio que debería haber determinado la extinción del contrato debería ser el de «*obligatio ab heredis persona incipere non potest*» y no el que aquí parece tener aplicación, cual es el de la extinción del mandato por muerte de una de las partes. Por ello, si tomamos en consideración que el texto de este fragmento de interpretación compleja representa el mayor obstáculo para el reconocimiento de esta figura en el Derecho clásico, estimamos muy comprensibles los esfuerzos realizados para defender que en el texto que examinamos no se alude al instituto del *mandatum post mortem*. Así es que pudiera ser admisible la solución ofrecida por Cuyacio⁶³ quien defendía la siguiente transposición de los términos del fragmento que examinamos: *Ei autem, cui iussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur, quia mandatum morte dissolvitur*⁶⁴. De admitirse esta solución el texto trataría de un contrato de mandato ordinario.

Y más creíble que esta sería tal vez la posición que mantiene Ribas Alba⁶⁵ quien opta por la hipótesis de que el texto de Paulo se refiere a diversos supuestos de *delegatio*. En la primera parte de D. 46,3,108 se contempla explícitamente la existencia de un mandato del delegante (acreedor) al delegado (deudor del primero como es el supuesto más habitual), y en virtud de este mandato, el delegado promete al delegatario. Una vez producida la delegación por medio de la *stipulatio*, Paulo destaca que ya no produce efectos un posible cambio de voluntad en el delegante. Al no establecerse expresamente ninguna indicación sobre la causa que ha llevado al delegante a poner en funcionamiento la delegación, estaríamos

⁶² A juicio del autor (cfr. *cit.*, p. 148) esta interpretación permite una explicación razonable de la posibilidad prevista en el propio texto de que el mandante intente oponerse —*etiam invito me*— a que se realice el pago al mandatario-estipulante, lo que el autor entiende como un intento de revocación del mandato, oposición esta ineficaz por haberse celebrado ya la *stipulatio*.

⁶³ A quien cita GLÜCK, cfr. *cit.*, p. 81, n. 45.

⁶⁴ También B. 26,5,108 reproduce el texto en el orden indicado por CUYACIO.

⁶⁵ Cfr. *cit.*, p. 99.

en presencia de un mandato ordinario, plenamente coherente con el texto que examinamos. Y en cuanto a la segunda parte del texto, estaríamos de nuevo ante un mandato ordinario, por cuanto que Paulo esgrime en este caso la regla de disolución del mandato por muerte de uno de los contratantes (en este caso del mandante)⁶⁶.

II. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

La regulación del mandato durante la época visigoda estaría principalmente recogida en el Breviario de Alarico y en el *Liber iudiciorum*. En el Libro II, Título III, Capítulo 8 del *Liber iudiciorum*, que lleva por rúbrica: *De mandatoribus et mandatis*, aunque se contemplan algunas excepciones a la regla *mandatum morte dissolvitur*, no recibe regulación específica el *mandatum post mortem*. De igual modo, tampoco recibe reglamentación este instituto ni en el Fuero Juzgo, versión romance del *Liber iudiciorum*, ni tampoco en el Fuero Real. Y si bien en las Partidas, siguiendo esta misma tendencia, tampoco recibe regulación la institución que nos ocupa, sí que se contempla en ellas, como una de las modalidades de la *promissio*, la *promissio post mortem* en la Partida V, Título XI, Ley XII en los siguientes términos: «E aun dezimos, que podría prometer un ome a otro, de dar o de fazer alguna cosa, ante que finasse, a días contados, o después, como si dixesse: Prometo de dar o fazer tal cosa diez días ante que fine o después. E por tal promission como esta fincan otrosi obligados sus herederos, e son tenudos de la cumplir».

Con posterioridad, parece que no es posible encontrar disposiciones en las que las actuaciones de las partes se asemejen al contrato de mandato, ni en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, ni en el Ordenamiento de Montalvo de 1484, ni en las leyes de Toro de 1505. Únicamente en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 se regularía el mandato mercantil, que con posterioridad contemplaría el Código de Comercio.

⁶⁶ Destaca J. L. ALONSO, «El cobro de los créditos de la herencia yacente», en *Labeo*, 47, 2001, p. 214, que el pago a alguien distinto del acreedor (no importa si sometido a su potestad o extraño) solo libera si se realiza *voluntate creditoris*, o dicho de otro modo el cobrador del crédito debe estar habilitado. El decaimiento de la habilitación para el cobro no afecta al deudor que lo ignora y para ilustrar este principio el autor trae a colación el supuesto núm. 3 de *Iulianus libro 13 digestorum* D. 46,3,32: «*sicut is, qui iussus est a creditore pecuniam Titio solvere, quamvis creditor mortuus fuerit, nihilo minus recte Titio solvit, si modo ignoraverit creditorem mortuum esse*». En este inciso final del texto de Juliano se indica que un acreedor dispone —*iubet*— que su deudor pague a un tal Ticio; aunque el acreedor muera, el deudor mientras lo ignore —*si modo ignoraverit creditorem mortuum esse*— seguirá pagando *recte* a Ticio. La razón por la cual el deudor solo se libera si ignora la muerte del acreedor *iubens* consiste en que la muerte del acreedor determina que Ticio deje de estar habilitado para el cobro. Y esto es así porque, cuando el acreedor muere, su voluntad, de la que el *iussum solvendi* es expresión, muere con él; la *voluntas creditoris* no es la suya, sino la de su heredero, sin cuya conformidad no se puede pagar válidamente a un tercero. El *iussum solvendi* se extingue por tanto con la muerte del *iubens*. La muerte tiene sobre el *iussum* el mismo efecto que la revocación y una aplicación de este principio se encuentra según el autor precisamente en D. 46,3,108.

El art. 1.732 apartado 3.º del CC español en su actual redacción de 1889 dispone que el mandato se acaba por la muerte del mandante o del mandatario⁶⁷.

El legislador dedica a esta particular causa de extinción y sus efectos los siguientes preceptos:

Art. 1.718: «El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante. Debe también acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza».

Art. 1.738: «Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe».

Y el art. 1.739: «En el caso de morir el mandatario, deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de este».

En los artículos mencionados del Código Civil, aunque se reconocen claras excepciones al principio *mandatum morte solvitur*, no se contempla explícitamente la admisibilidad del *mandatum post mortem*, por cuanto que no se alude en ninguno de ellos a la posibilidad de que el contenido del mandato deba ejecutarse con posterioridad a la muerte del mandante o del mandatario. Todo ello ha determinado que se cuestione si es admisible o no el *mandatum post mortem* en el Derecho Civil español.

Sobre este particular, la mayoría de los civilistas españoles contemporáneos estiman con relación al mandato *post mortem*, considerando como tal aquel mandato cuyo objeto hubiese de ejecutarse después de la muerte del mandante o del mandatario, que la figura adecuada para esa finalidad sería el albaceazgo, y no el mandato.

En este sentido, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 2000, se indicó que «la muerte del poderdante es causa de la extinción del poder (art. 1.732.3 del CC), y aunque puede ocurrir que del poder extinguido derive algún efecto posterior (art. 1.738 del CC), ello es distinto al *mandatum post mortem*, que carece de regulación en el Código Civil, ya que los encargos para después de la muerte son contemplados en dicho cuerpo legal a través de figuras distintas del propio mandato».

No obstante, la Ley 559 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra admite expresamente la figura que nos ocupa⁶⁸.

⁶⁷ La actual redacción de este precepto dada por el art. 11 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil entre otras disposiciones, no afectó en modo alguno al extremo que nos ocupa.

⁶⁸ En efecto, en el Anteproyecto y el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra, textos cuyo contenido es prácticamente idéntico y claramente inspirado en el Derecho romano, se admitiría la validez del mandato *post-mortem* (leyes 146 y 148). En la actualidad, parece reconocer la ex-

La doctrina española⁶⁹ pone de relieve, sin embargo, que en determinadas ocasiones el contrato de mandato se puede utilizar por el futuro causante para encargar al mandatario la realización de una determinada prestación tras la muerte del mandante. En el tratamiento actual de esta materia sería posible la distinción entre las siguientes clases o *mandatos post mortem*:

1. En primer término, sería posible pensar en los casos planteados por las fuentes romanas: se encarga al mandatario construir un monumento, comprar un fundo para los herederos, etc., es decir, lo que Albaladejo denomina «mandato precisamente conferido para ejecutar algo para después de la muerte»⁷⁰. La validez de este debe rechazarse por cuanto que la figura apropiada para llevar a cabo estos cometidos es el albaceazgo.

No han faltado en efecto autores que han hablado de «mandato especial» o de «mandato *post mortem* de carácter especial» al aludir al albaceazgo. Y así para Díez Picazo, y Gullón⁷¹ no cabe duda de que el albacea es, en un sentido muy amplio, gestor de intereses ajenos y por eso es acertada en líneas generales la posición de aproximarle al mandatario. En nuestra jurisprudencia, de una forma expresa o implícita, se da a entender que es un mandatario del testador, aunque se reconozca incidentalmente que esta tesis no es enteramente correcta (Sentencia de 18 de diciembre de 1959). En efecto, no lo es en tanto la designación del albacea es producto de un acto jurídico unilateral *post mortem*, no de un mandato propiamente dicho, ya que no estamos en presencia de un contrato, como es el mandato. El albacea, si acepta el cargo, no responde a la eventual oferta que se le hiciera, pues no se hace en vida del oferente, en aplicación del art. 1.262 del CC. El punto de contacto que tiene con la figura del mandato es la relación de confianza con el testador. Esta equiparación al mandato permite, no obstante, y así lo ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aplicar la normativa jurídica de esta institución para suplir las lagunas que presenta la regulación del albaceazgo en el Código Civil.

2. En segundo lugar podríamos hablar del mandato conferido para que el mandatario concluya con otra persona el contrato de donación. Con relación a este supuesto, Lacruz ya señaló que «aunque se admitiera—aun contra la postura doctrinal mayoritaria— que es posible el *man-*

presada figura la Ley 559 del Fuero Nuevo de Navarra que dispone: «El mandato se extingue por la muerte del mandante o del mandatario. El mandatario queda obligado a cumplir el encargo que se le encomendó para después de morir el mandante».

⁶⁹ Cfr. en este sentido, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999, pp. 111 y ss.

⁷⁰ M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 2.º, Barcelona, Librería Bosch, 1982, p. 331. El autor cita la sentencia del TS de 3 de junio de 1950, que rechazó la validez de un mandato otorgado para realizar la partición de la propia herencia, fundamentándose este fallo en la aseveración de que el mandato se extingue con la muerte.

⁷¹ L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, 7.ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 397.

datum post mortem, existirían trabas insalvables para reconocer su validez, cuando su finalidad fuese conferir una liberalidad, pues el poder o el mandato en sí no son actos de atribución patrimonial; y consistiendo el encargo en una liberalidad, es evidente, ya la falta de vinculación anterior del donante, que pudo en cualquier momento revocar las instrucciones, ya la imposibilidad de aceptar la donación en vida del donante cuando, por definición, al ejecutar el mandato este ha fallecido»⁷².

3. Cabría también la posibilidad de que el mandatario hubiese recibido *ante mortem* la propiedad de las cosas que el donante pretende que adquiriera un tercero. Este sería el único supuesto en que, según León Castro, quedaría fundamentada la utilidad del *mandatum post mortem*, por cuanto que «los bienes han sido transferidos al ejecutor de la voluntad del fallecido con anterioridad a su muerte» con el encargo de transferirlos a la muerte del donante, a una tercera persona»⁷³.

4. Por último, podríamos aludir al supuesto de donación pactada entre el donante-mandante y el donatario, pero cuya ejecución se hubiese aplazado a la muerte del donante, encomendándose al mandatario la entrega al donatario de la cosa donada. En tal hipótesis, habría que considerar que puesto que el mandato supone la ejecución de un contrato válido debería también admitirse su validez y su irrevocabilidad para los herederos del mandante⁷⁴.

Finalmente indicaremos que la jurisprudencia española, desde antiguo, ha admitido en condiciones excepcionales la validez de lo que denomina un mandato *post mortem*, contemplando la posibilidad de que un mandato pueda subsistir tras la muerte del mandante, en los mismos casos en los que considera irrevocable el mandato⁷⁵, esto es, cuando su celebración no sea expresión de la mera confianza o se base en el simple interés del mandante, sino que responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no solo el mandante, sino también el mandatario o terceras personas. En tal sentido se orienta STS de 30 de septiembre de 1975 en la que se indica que, con carácter general, la «extinción del mandato se produce por muerte del mandante»; sin embargo, en el supuesto enjuiciado, el Tribunal consideró que la muerte

⁷² Compartimos en este punto la opinión de ALBALADEJO de estimar que el mandato en sí no representa un acto de atribución patrimonial y si bien es cierto que la concurrencia de voluntades entre donante y donatario solo la exige el art. 633 del CC con relación a los bienes inmuebles, la mayor parte de la doctrina estima que en la donación de bienes muebles dicho requisito debe estimarse implícito en la ley (cfr. M. ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, VIII, 1.º, Madrid, Editorial de Derecho reunidas, S. A., 1986, pp. 185-186).

⁷³ Aunque como señala el autor si la figura tiene utilidad en realidad es porque en este supuesto nos encontraríamos en una hipótesis de donación modal, excluida del ámbito del mandato (cfr. J. LEÓN-CASTRO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XXI, 2.º, Madrid, 1986, pp. 522 y ss.).

⁷⁴ K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *Negocios atributivos post mortem*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1998, p. 198.

⁷⁵ Cfr. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE y E. J. ESCRIVÁ TERÁN, *Breve estudio de la extinción del mandato desde un punto de vista jurisprudencial*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 2, febrero 2015, pp. 517 y ss.

del mandante no determinó la extinción del poder dado para llevar a cabo una partición hereditaria; y ello, basándose en que dicho mandato se fundamentaba, no en «la conveniencia o interés exclusivo del mandante, sino que obedecía a exigencias de otro contrato, y por lo mismo había de subsistir, mientras subsista el contrato originario que motivó el otorgamiento del poder».