

todavía otra decisión de la Suprema Corte intervenida en un caso especial. Se trataba del cobro de un crédito de un hermano contra su hermano. El demandante suscribió en favor del agente de negocios encargado de perseguir el pago un vale de 5000 francos para el caso en que se le pagara lo que se le debía. Después de una sentencia que reconocía los derechos del acreedor intervino entre ambos hermanos una transacción que dió fin al proceso. En consecuencia, la Corte de Tolosa redujo la remuneración de 5000 francos á 2000. Recurso de casación admitido por la Cámara de Requisiciones. La Cámara Civil pronunció una sentencia de denegada, sin apropiarse, sin embargo, los motivos de la sentencia atacada que reproducía la doctrina consagrada por la jurisprudencia; es decir, el poder discrecional del juez. La Corte comprueba, al contrario, el carácter enteramente especial del mandato que tiene por objeto la promoción de una instancia judicial. Las partes no pueden mucho, en el momento en que contratan, darse cuenta exacta de las fases del procedimiento y de los incidentes que pueden surgir; sin embargo, en la situación primera del mandante y del mandatario suceden graves modificaciones por imprevistos incidentes. En el caso el demandante había ofrecido una suma de 5000 francos porque pensaba que conseguiría más fácilmente el cobro de su crédito con los buenos oficios de un mandatario. Pero sucedió que las partes transaron después que la sentencia de primera instancia había sido apelada, y esta transacción se hizo sin que lo supiera el mandatario. Resultaba de las circunstancias de la causa que el mandatario no había llenado su mandato más que en parte, lo que permitía al juez, y hasta le hacía un deber, reducir la remuneración ofrecida. En el caso la Corte no modificó la convención; la validó, al contrario, pero redujo el salario porque el mandato no había sido cumplido en totalidad. (1)

1 Denegada, Cámara Civil, 9 de Mayo de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 246).

§ III.—MANDATO Y CONSEJO.

Núm. 1. Principio.

357. ¿Qué diferencia hay entre el mandato y el consejo ó la recomendación? En teoría es muy fácil establecer la diferencia, apenas si se percibe una analogía. El mandato es un contrato, se necesita el concurso de consentimientos de ambas partes contratantes; una estipula, la otra promete; hay, pues, un acreedor y un deudor. Aquel que hace una recomendación no entiende obligarse; no se forma contrato, no hay deudor ni acreedor. Lo mismo pasa con el consejo: el consejo es un hecho moral y no un hecho jurídico, aunque á consecuencia del consejo se forme un contrato; en efecto, dando un consejo á quien me lo pide no entiendo contraer una obligación, y aquel que me pide el consejo no entiende estipular un derecho contra mí; no hay, pues, concurso de consentimientos, no hay deudor ni acreedor. Cuando decimos que no hay concurso de voluntades en la recomendación y en el consejo esto quiere decir que no concurren las voluntades con el objeto de contratar; poco importa que la persona á la que hago una recomendación la tenga en cuenta, nuestras voluntades concurren, pero no con la intención de contratar una obligación ni adquirir un derecho. En el consejo también el que lo pide puede tener la intención de seguirlo; las voluntades concurren, pues, pero es un concurso moral que no tiene nada de común con el mandato. Esto implica el poder de hacer una cosa y la obligación de hacerla (art. 1984). Aquel que recomienda no da ningún poder, y aquel que acepta la recomendación no entiende obligarse jurídicamente á hacer lo que desea el que recomienda. Asimismo, si os doy un consejo sabiendo que lo seguiréis no os doy ningún poder y no entiendo ser responsable de lo que haréis. En fin, el carácter esencial del

mandato falta en el consejo: la representación. Se encuentra ésta en sentido moral cuando la persona á la que dirijo una recomendación hace por el recomendado lo que deseo haga, pues lo hace por mí con objeto de servirme; pero esta no es una representación jurídica; si prestáis un servicio por mi recomendación no es en mi nombre como lo prestáis y no soy yo quien obra por vuestra intervención. Se entiende que si, para obsequiar mi recomendación, contrajerais una obligación hacia un tercero éste no tendría ninguna acción contra mí, pues no os he dado poder para hacerlo y no lo hacéis en mi nombre, vos solo estáis en causa y vos solo obligado. (1)

358. Sin embargo, la recomendación puede volverse un mandato así como el consejo. Tomaremos ejemplos en Pothier. Os escribo que mi hijo tiene que pasar por Lyon y os lo recomiendo durante su permanencia en aquella población: esta es la recomendación que no implica ninguna obligación. Pero si mi carta dice que os ruego ministrarle el dinero que necesitará mientras esté en Lyon en mi carta encierra un mandato. En el segundo caso estoy obligado á devolveros vuestros anticipos, mientras que no estoy obligado hacia vos si por mi recomendación habéis hecho gastos para alojar á mi hijo y á mí.

Os escribo que podéis prestar seguramente á Pedro la suma que os pida; agrego que es un hombre honrado, que es muy solvente y merece que se le preste servicio. Esto es un consejo, no nace de él ninguna obligación porque ni vos ni yo hemos entendido contratar. Pedro es mi amigo, necesita una suma de mil pesos, no se la puedo prestar por no tener dinero disponible en el momento; os ruego que se la prestéis en mi lugar en este caso hay mandato. Poco importa que me haya servido de la palabra *os ruego* en lugar de la palabra *os encargo*, esto es una fórmula de política asaz

1 Compárese Domat, *Leyes civiles*, libro I, tit. XV, sección I, núm. 13.

natural, puesto que el mandante pide un servicio de mandatario, pero la súplica implica un poder, y si este poder está aceptado el mandato se forma. (1)

359. Los ejemplos que Pothier da no hayan ninguna duda; por esto dice que la cosa es evidente. Pero en la vida real los hechos no tienen esta evidencia. Cuando suceden entre amigos importa bastante poco que haya ó no contrato, el amigo no litiga contra el amigo. Pero los mandatos interesados no se dan entre amigos: ordinariamente es á un agente de negocios á quien se le confían. Si éste hace profesión con estos negocios puede también decirse que la intención de las partes en contratos es evidente; no se hacen recomendaciones y no se dan consejos á un agente de negocios con el que sólo se tienen relaciones de intereses pecuniarios. Pero hay funcionarios con quienes se tiene que tratar para levantar actas ó darles una forma auténtica; las numerosas relaciones que resultan de esto crean ligas de confianza y casi de amistad. No sólo se ocurre al notario para las actas que tiene que redactar; se le dan mandatos que se refieren al acta, amenudo estos mandatos no son expresos, se inducen de las circunstancias. De ahí dificultades y cuestiones muy delicadas. El notario está á cada instante en el caso de dar consejos á sus clientes; implican un mandato estos consejos y, en consecuencia, una responsabilidad á cargo de quien los da? No hay cuestión más difícil de hecho, pues hay mil diferencias entre el contrato y el consejo. Antes de entrar en pormenores acerca de estas dificultades tenemos que recordar que hay un hecho jurídico que tiene grande analogía en el mandato: es la gestión de negocios. La jurisprudencia confunde amenudo estos dos hechos; importa, sin embargo, distinguirlos porque apesar de la grande analogía entre la gestión de negocios y el mandato hay diferencias importantes que ya hemos señalado al

1 Pothier, *Del mandato*, núms. 19 y 20.

tratar de los cuasicontratos. En teoría la distinción es fácil el mandato es un contrato; lo que supone un concurso del consentimiento de las partes contratantes antes de toda gestión por parte del mandatario, mientras que la gestión de negocios es un cuasicontrato, no hay concurso de consentimientos no sabiendo el dueño en aquel momento que alguien está girando sus negocios. Si la distinción es fácil en teoría es muy difícil de hecho, y textos mal redactados vienen á complicar la dificultad.

360. Además del mandato y de la gestión de negocios puede haber un hecho perjudicial en el consejo. Se supone que no hay contrato ni cuasicontrato. Pero el consejo dado con imprudencia y seguido por deferencia á la autoridad y experiencia del que lo dió causa un perjuicio: ¿Resulta una responsabilidad á cargo del que dió el consejo? Pothier contesta que aquel que dió el consejo no es responsable, aunque hubiera obrado indiscretamente, siempre que no haya obrado de mala fe. (1) Que el dolo engendra la responsabilidad esto no es dudoso. ¿Pero no va muy lejos Pothier descargando de toda responsabilidad al que dió el consejo indiscreto? Ya hemos contestado á la pregunta al tratar de los delitos y cuasidelitos; en nuestro concepto hay que aplicar la regla general del art. 1832: desde que hay imprudencia hay responsabilidad. (2) Este principio recibe también frecuentes aplicaciones á los notarios; de manera que éstos pueden ser responsables, ya sea como mandatarios en virtud de un cuasicontrato, ya sea como autores de un delito ó de un cuasidelito. Los principios que rigen la responsabilidad difieren según que hay contrato, cuasicontrato ó hecho perjudicial; importa, pues, distinguirlos, lo que no siempre hace la jurisprudencia: de

1 Pothier, *Del mandato*, núm. 21. Esta es también la doctrina de Domat. (véase p. 454, nota). Compárese Aubry y Rau, t. IV, p. 635, nota 9, pfo. 410.
2 Compárese el tomo XX de estos *Principios*, núms. 478-480.

ahí una confusión que se hace fuente de moras dificultades. Hemos intentado establecer los principios y separar hechos jurídicos que es peligroso confundir, puesto que la confusión arrastra errores inevitables.

Núm. 2. Aplicación del principio á los notarios.

361. Se lee en una sentencia de la Corte de Caen que el notario que obra como tal para dar autenticidad á las convenciones de las partes no es su mandatario ni su gerente de negocios. No es mandatario, pues que no representa á las partes; éstas comparecen ellas mismas ante el oficial público para hacer sus declaraciones; no es gerente de negocios porque interviene un contrato entre él y las partes interesadas, lo que excluye la gestión de negocios; lo que implica la ausencia de un concurso de voluntades. Pero, dice la Corte, el notario que instrumenta tiene el deber, en esta calidad, de ilustrar á las partes contratantes sobre el alcance de sus compromisos; en este sentido es su consejero natural. Queda por saber cuál será la consecuencia de estos consejos. La Corte responde que los consejos dados de buena fe por un oficial público en el ejercicio de sus funciones ó de su ministerio no sabrían engendrar ninunag obligación ni dar entrada á ninguna acción contra él. (1)

¿Así formulado el principio no será muy absoluto? Sin duda el simple consejo no será un mandato y no compromete la responsabilidad del que lo da. Y cuando el notario se limita á ilustrar á las partes es simple consejero y no parte contratante. ¿Pero la situación del notario no difiere de la de un simple particular? No estoy obligado á dar consejo á quien me lo pide, y cuando lo doy ni el que lo pidió ni yo que se lo doy entendemos contratar. El notario,

1 Caen, 2 de Febrero de 1857, (Daloz 1857, 2, 151).

al contrario, tuvo el deber de ilustrar á las partes, así lo dice la Corte; y aquel que no cumple con un deber es responsable. ¿No falta á su deber de consejero cuando induce á las partes al error con consejos indiscretos? No hay contrato, pero puede haber imprudencia y, por consiguiente, un hecho perjudicial que arrastra la responsabilidad del notario. Volveremos á ocuparnos del consejo que constituye un hecho perjudicial.

En el caso conocido por la Corte de Caen no había, en realidad, mandato ni gestión de negocio ni cuasidelito, luego ninguna causa de responsabilidad. Una mujer compra un inmueble en reemplazo de un bien enajenado por ella; la heredad pertenecía por indiviso á unos herederos, entre los que se encontraban mujeres casadas bajo el régimen dotal y, por consiguiente, incapaces para enajenar; además, el inmueble adquirido en reemplazo estaba gravado con hipotecas á favor de mujeres casadas; de suerte que no presentaban las garantías necesarias á un reemplazo obligatorio que los terceros adquirentes tenían que vigilar y del que eran responsables. El notario tuvo cuidado de explicar en la misma acta que había peligro de evicción para la mujer que compraba un inmueble dotal y, por consiguiente, responsabilidad para el adquirente del bien vendido por la mujer. Para garantizar á las partes interesadas se estipuló que todos los vendedores se obligan solidariamente, así como el tercer adquirente. Sin embargo, la mujer vendedora pidió la nulidad de la venta consentida por ella, por insuficiencia del reemplazo, y el adquirente garante de esta insuficiencia puso al notario en causa. La Corte resolvió que el notario no era responsable. Este había dado sus consejos con el fin de poner á las partes al abrigo de cualquier peligro de evicción y de la responsabilidad que las amenazaba; estas garantías no les parecían suficientes y entonces no debieron tratar. El notario no podía ser responsable,

puesto que no había ni gestión de negocios, ni mandato, ni cuasidelito.

362. Préstamo de 7000 francos á dos esposos casados bajo régimen dotal, con hipoteca en el inmueble del marido y subrogación á la hipoteca legal de la mujer. Mandamiento sobre el precio del inmueble; el prestamista entra en él por los 7000 francos que se le debían, pero quedó preferido por los hijos de la mujer colocados para las devoluciones dotales de su madre. De allí una acción de garantía contra el notario que había *aconsejado* el préstamo y que no había dado á conocer al prestamista que los tomadores estaban casados bajo el régimen dotal. La Corte de París desechó esta demanda por motivo de que no quedaba probado que el notario hubiera obrado como mandatario del prestamista ni que hubiera recibido de éste ningún salario como tal. La Corte agrega que el notario no era responsable por su calidad de funcionario público: si había descuidado de dar á conocer al prestamista las cláusulas del contrato de matrimonio de los tomadores y las peligrosas consecuencias que resultaban para aquél este descuido no constituía una infracción á las obligaciones rigurosas y especiales expresamente impuestas á los notarios por la ley de Ventoso acerca del notariado, y que no era bastante grave para implicar su responsabilidad como notario. (1) Ba- el punto de vista del notariado la Corte sentenció bien; pero queda por saber si el notario no era responsable del *consejo* que había dado al prestamista. Cuando un notario aconseja un *préstamo* y descuida advertir al prestamista que le amenaza un peligro es culpable de imprudencia; comete, pues, un cuasidelito y es responsable en virtud del principio general de los arts. 1382 y 1383.

363. De ordinario el debate surge ante la idea de saber si el consejo es un mandato. Para que el consejo llegue á

¹ París, 16 de Agosto de 1832 (Daloz, en la palabra *Mandato*, núm. 15, 2. °)