



CAPITULO II.

DE LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA VALIDEZ DEL MANDATO.

§ I.—EL CONSENTIMIENTO.

Núm. 1. Principio. Mandato tácito.

377. El art. 1984, que define el mandato, supone, primero, que una persona da á otra un poder de hacer algo por el mandante y en su nombre y después de que este poder está aceptado por el mandatario; y la ley agrega que el mandato sólo se forma por la aceptación del mandatario. Esto es decir en otros términos, como lo hace la Exposición de los Motivos, "que el contrato de mandato, como todos los demás contratos, descansa esencialmente en el consentimiento manifiesto de las partes que lo forman." Así el solo poder dado no constituye un contrato si no ha sido aceptado; y, recíprocamente, sin este poder la simple gestión de un tercero no lo constituye mandatario. En este último caso la gerencia de negocio es un cuasicontrato y éste tiene grandes analogías con el contrato de mandato, puesto que, según el art. 1372, el gerente se somete á todas las obligaciones que resultarían de un mandato expreso que el propietario le hubiese dado. Sin embargo, hay diferencias importantes entre la gerencia de negocios y el mandato; las

hemos expuesto en otro lugar (t. XX, núms. 312-318). Quizá sea para marcar la diferencia esencial que existe entre estos dos hechos jurídicos por lo que el Código define tan especialmente el mandato comenzando por decir que es preciso un poder, (1) el que falta en la gerencia de negocios. El Relator del Tribunalado parece dar otra explicación: cuando ambas partes están presentes es preciso, naturalmente, para la formación del contrato que una de ellas quiera dar un poder á la otra y que ésta consienta en aceptarlo; el concurso de voluntades es de la esencia de todo contrato y no valía la pena decirlo. Pero puede también formarse el contrato de mandato, y esto sucede amenudo entre dos personas que no están presentes. En este caso las cosas pasan como lo dice el art. 1984: el mandante comienza con mandar su poder á la persona á quien quiere encargar haga una cosa por él; luego el mandatario acepta lo que, según el art. 1985, puede hacerse expresa ó tácitamente; la aceptación es expresa cuando el mandatario declara que consiente en encargarse del negocio que se le confía; es tácita cuando ejecuta voluntariamente el mandato que se le dió. (2)

378. El art. 1985 ha dado lugar á una cuestión muy controvertida. Admite el consentimiento tácito del mandatario. ¿Debe concluirse de esto que la ley no admite el consentimiento tácito del mandante? En otros términos: ¿puede formarse por el concurso de consentimientos tácitos de ambas partes? Ya hemos encontrado la dificultad al explicar el art. 1372; el art. 1985 da lugar á una nueva duda; hay, pues, que volver al debate completando lo que hemos dicho en el título *De los Compromisos no Contractuales* (t. XX, número 311).

Si se apartan los textos la solución de la cuestión no es dudosa. Es de principio que el consentimiento puede ser ex-

1 Berlier, Exposición de los motivos, núm. 2 (Loché, t. VII, p. 373).

2 Tarrible, Informe núm. 3 (Loché, t. VII, p. 378).

preso ó tácito; es decir, que puede manifestarse por palabras ó por hechos ejecutados por aquel que tiene que consentir hechos que implican necesariamente su intención de consentir el contrato. Con éste se forman contratos tácitos. Queda por saber si el Código consagra esta teoría. La afirmativa es segura, puesto que hay textos terminantes. En materia de arrendamiento la ley admite la reconducción tácita que se forma por el concurso del consentimiento tácito del arrendatario y del dador (arts. 1738 y 1759). El Código dice también que el depósito voluntario sólo puede regularmente hacerse por el propietario de la cosa depositada ó por su consentimiento, y éste puede ser expreso ó tácito (art. 1922). Cuando, pues, el art. 1985 dice que la aceptación del mandato puede ser sólo tácito aplica al mandato el principio general según el cual el consentimiento tácito equivale al consentimiento expreso. Y si el consentimiento del mandatario puede ser tácito ¿por qué no había de ser lo mismo con el consentimiento del mandante? Bajo el punto de vista de los principios no hay ninguna razón para una diferencia. (1)

379. Tal es también la tradición. Pothier enseña, sin expresar la menor duda, que el contrato de mandato puede hacerse tácitamente sin que intervenga ninguna declaración expresa de la voluntad de las partes. Todas las veces que hago con conocimiento de alguien un negocio suyo se considera por esto que interviene entre nosotros un contrato de mandato por el que me encargo de dicho negocio. Pothier cita, en apoyo de esta decisión, una *regla de derecho* tomada de una ley romana, regla que se ha vuelto un adagio: *Semper qui non prohibet aliquem pro se intervenire, mandare creditur.* (2)

380. Se pretende que el art. 1985 ha derogado la tradi-

1 Troplong, *Del mandato*, núms. 121 y siguientes.

2 Pothier, *Del mandato*, núm. 29.

ción y que excluye el mandato tácito por parte del mandante. En efecto, en su primera parte este artículo habla del consentimiento dado por el mandante y en la segunda del consentimiento dado por el mandatario. ¿Y qué dice del consentimiento ó del poder que da el mandato? «El mandato puede ser dado por acta pública ó por escrito privado y aun por carta; puede también ser dado verbalmente.» En todos los casos previstos por la ley el consentimiento del mandato es expreso. Viene después el consentimiento del mandatario ó la aceptación del mandato y la ley declara que esta aceptación puede ser tácita. Resulta de la combinación de estas dos disposiciones, dice la sentencia, que la ley admite el consentimiento tácito del mandante; luego no puede haber mandato tácito. (1)

En nuestro concepto esta interpretación del art. 1985 hace decir á la ley lo que el legislador no entendió decir. Al decir que el mandato puede darse por *acta pública* y por *acta privada* y hasta por *carta* la ley sólo decide una cuestión de prueba; dice del mandato lo que el art. 1582 dice de la venta, la que puede también hacerse por *acta auténtica* ó por *acta privada* ó *verbalmente*. El art. 1834 contiene también una disposición relativa á la prueba de la sociedad. En todos estos contratos la ley mantiene y aplica los principios generales que rigen la prueba, especialmente la prueba testimonial, pues siendo todos estos contratos no solemnes el escrito auténtico ó privado sólo sirve de prueba; queda por saber si la prueba testimonial se admite, y la ley decide, conforme á la regla del art. 1341, que los contratos no pueden probarse por testigos más que si el objeto no pasa de 150 francos. En el título *Del Depósito* la ley comienza por decir que el depósito voluntario se forma por el consentimiento recíproco del depositante y del depositario y que el consentimiento

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. III, núm. 1347. Toullier, t. XI, núms. 25 y siguientes. Durantón, t. XXIII, p. 218, núm. 218.

del depositante puede ser expreso ó tácito; luego el artículo 1923 agrega que el depósito voluntario debe probarse por escrito; que la prueba testimonial no se recibe por un valor excedente de 150 francos. En todas estas disposiciones la ley no hace más que aplicar la regla establecida por el artículo 1341. Es absolutamente en este sentido en el que el art. 1984 dice que el mandato se forma por el concurso de voluntades del mandante y del mandatario; luego el artículo habla de la prueba del mandato distinguiendo, como lo había dicho el precedente artículo, el poder dado por el mandante y la aceptación de este poder. En cuanto al poder ó mandato puede darse bajo cualquiera forma, por acta pública ó por acta privada; la ley agrega: hasta por carta; esto no quiere decir, como se ha supuesto (núm. 346), que una carta baste para probar el contrato de mandato, lo que sería una derogación del art. 1325 en el caso en que el mandato es asalariado; el primer inciso del art. 1985 no habla más que del poder dado por el mandante; y este poder, es decir, la propuesta del mandato, se da ordinariamente por carta; el legislador consagra este uso, puesto que sólo se trata de una manifestación de voluntad puramente unilateral. Lo que lo prueba son los términos de la ley: «El mandato puede ser *dado*»; la palabra *dado* sólo se entiende del poder que *da* el mandante; el mandatario no *da* el mandato, lo *acepta*; y en el primer inciso la ley no habla de la aceptación del mandato.

Hasta aquí sólo se trata de la prueba del poder dado por el mandante, no se trata del consentimiento del mandante; es decir, del punto de saber si este consentimiento puede ser expreso ó tácito. La ley agrega que el mandato puede también ser *dado verbalmente*; en este caso nace la cuestión de saber cómo se prueba el mandato; el art. 1985 contesta que la prueba testimonial sólo se admite conforme con el título *De los Contratos y De las Obligaciones Convencionales*; es de-

cir, que la regla del art. 1341 se aplica al mandato como á todos los contratos no solemnes.

Queda la aceptación del mandatario. ¿Cómo se prueba? La ley no lo dice; pero lo que acaba de decir de la prueba del poder se aplica naturalmente á la prueba de la aceptación; los principios que rigen la prueba son generales por su naturaleza y reciben aplicación á toda manifestación de consentimiento. El segundo inciso del art. 1985 se contenta con decir que la aceptación del mandato puede ser tácita. Esta disposición, que se ha considerado como una constitución del primer inciso, le es en realidad extraña, pues el primer inciso decide una cuestión de prueba y no una cuestión de consentimiento; mientras que el segundo inciso decide una cuestión de consentimiento y guarda silencio acerca de la prueba del consentimiento tácito; este segundo inciso está, pues, mal colocado; debiera encontrarse en el artículo 1984. En todo caso la consecuencia que en la opinión contraria se deduce de la combinación de ambos incisos del art. 1985 debe ser desechada. Se trata de saber si el consentimiento del mandante puede ser tácito; el primer inciso no contesta á la cuestión, puesto que no trata más que de la prueba de consentimiento dada por el mandante, y el segundo inciso no habla más que del consentimiento del mandatario. Y decir que el consentimiento del mandatario puede ser tácito no es decir seguramente que el consentimiento del mandante no puede ser tácito. Este sería un argumento *á contrario* de la peor clase, pues resultaría que la ley designa los principios generales acerca de la manifestación del consentimiento y que deroga la tradición sin que haya motivo para esta derogación. Debe, pues, decirse, al contrario, que el consentimiento del mandante queda bajo el imperio de los principios generales por esto sólo: que la ley no lo deroga; la ley no dice que el consentimiento

del mandante debe ser expreso; luego puede ser tácito.

381. Los trabajos preparatorios confirman nuestra opinión. Conforme al proyecto del Código Civil el mandato debe siempre ser por escrito. Esto no decide la cuestión de saber si el consentimiento del mandato puede ser tácito ó si debe ser expreso; la disposición no concernía más que á la prueba del consentimiento; incluía la prueba testimonial que de derecho común se admite cuando el objeto del contrato no tiene un valor que exceda de 150 francos. La Sección de Legislación del Tribunado hizo la observación; no en contraba motivo suficiente para derogar el art. 1341, en cuyos términos la prueba testimonial debe admitirse para probar el mandato tanto como para establecer cualquiera otra convención. Es para mantener el derecho común por lo que el Tribunado propuso la redacción que, aprobada por el Consejo de Estado, se había convertido en el art. 1985. Es, pues, cierto por el testimonio de los mismos autores de esta disposición que no concierne más que á la prueba del mandato; aplica éste el derecho común que rige la prueba testimonial. No hay una palabra en las *observaciones* del Tribunado que trate del consentimiento; todo lo que ha entendido decidir es que la prueba del mandato puede hacerse por testigos cuando el objeto del mandato no sobrepasa de 150 francos. (1)

Es en este sentido en el que el Relator del Tribunado explica el art. 1985. Tarrible da á este artículo la interpretación que acabamos de exponer (núm. 380). «Es de la naturaleza de los contratos *solemnes*, dice, que el consentimiento pueda darse en toda forma propia á manifestarlo.» Por contratos consensuales el Relator entiende contratos que no exigen nada más que el consentimiento para su perfección; es decir, los contratos no solemnes, contratos en los que la forma no sirve más que de prueba. «La consecuencia es, con-

1 Observaciones del Tribunado, núm. 1 (Loché, t. VII, p. 370).

tinúa Tarrible, que el mandato que pertenece á esta clase de contratos puede ser dado por acta pública ó privada, por simple carta y aun verbalmente, *que el mandatario puede aceptarlo de estas diversas maneras*, que también puede fácilmente por la simple ejecución.» Estas últimas palabras son la reproducción del texto; están mal colocadas en una disposición que no habla del consentimiento, pero se las puede explicar, como Tarrible lo hace, comparando el mandato, contrato no solemne, á los contratos solemnes, tales como la donación; en estos últimos contratos la ejecución no basta para la validez de la convención, se deben llenar las formalidades que son la esencia del contrato.

Tarrible explica en seguida y justifica la disposición que el Tribunado propuso y que el Consejo de Estado adoptó. El proyecto primitivo desecha la prueba testimonial; la nueva redacción la admitía, pero con la restricción que le hace el art. 1341. «De esta manera, dice el Relator, ningún abuso es de temer; la regla general expuesta en el título *De las Convenciones* (art. 134) que exige una prueba escrita para todo objeto cuyo valor exceda de 150 francos está repetida en ésta y vigila que los intereses de gran importancia no se entreguen sobre la fe de las pruebas testimoniales, amenudo sospechosos y siempre muy ligeras. (1) Se ve que la regla que el Relator recuerda, la aplicación que hace del mandato, la justificación que da, todo está en relación á la prueba; no dice una palabra del consentimiento del mandante, si puede ser tácito, si debe ser expreso. Esta cuestión, en definitiva, no ha sido prevista. No se debe, pues, buscar en la ley lo que no puede existir en ella; es la peor de las interpretaciones y desgraciadamente la más usual.

382. Hemos dicho (núm. 386) que el segundo inciso del art. 1985 está mal clasificado, que se liga al art. 1984 que habla del consentimiento y que es extraño al art. 1985 que

1 Tarrible, Informe núm. 4 (Loché, t. VII, p. 378).

trata de la prueba del consentimiento. El Orador del Tribunalado procede así: Comienza por establecer el principio acerca del consentimiento haciendo notar que la aceptación del mandatario puede ser tácita, no dice nada más que la ley acerca del punto de saber si el consentimiento del mandato puede ser tácito. La cuestión no fué prevista, de modo que es imposible decir por qué los autores del Código previeron que el consentimiento del mandatario puede también ser tácito. Esto pasa probablemente porque la aceptación se hace muy amenudo al ejecutar el mandato, mientras que el poder tácito es más raro, salvo en lo relativo á la mujer casada, mandatario tácito de su marido. Los autores del Código, como de costumbre, han previsto lo que habitualmente pasa.

Después de haber establecido los principios relativos al consentimiento el Orador del Tribunalado pasa á la prueba. Distingue netamente el mandato de los contratos solemnes, diciendo. «Estas primeras reglas conducen á una consecuencia del todo natural; esto es, que el mandato no está sujeto á ninguna forma particular que sea esencial en su validez.» «La forma no es más que una cuestión de prueba.» El mandato puede ser dado indiferente ó por acta auténtica ó bajo firma privada, por una simple misiva ó verbalmente, pero en este último caso su existencia no será establecida sino conforme á la ley sobre las obligaciones convencionales en general. *Establecida*, dice Bertrand; es decir, probada. El art. 1985, que el Orador analiza y explica, no concierne, pues, á la prueba. (1)

383. La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado en este sentido; (2) admiten el mandato tácito. Hemos ya dado ejemplos hablando del consejo, que tiene algunas ve-

1 Bertrand de Grenille, Discurso núm. 3 (Loché, t. VII, p. 385).

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 636, nota 1, pfo. 411. Pont, t. I, p. 429, número 845.

ces los efectos del mandato (núms. 367 y 368). Sin embargo, hay mucha incertidumbre. Se lee en una sentencia de la Corte de Metz que nuestra legislación no reconocía ya el mandato tácito que era admitido por el derecho romano, y da como argumento el art. 1988, en cuyos términos el mandato debe ser expreso si se trata de enajenar ó de hipotecar. (1)

Esto es confundir la existencia del mandato con su extensión; el art. 1988, que arregla la extensión del contrato, nada tiene de común con la cuestión de saber si el consentimiento del mandante puede ser tácito.

384. La doctrina también deja que desear. No distingue con precisión el consentimiento y la prueba de éste. Después se divide sobre un punto capital: el de saber cuándo hay mandato tácito. Aquí tocamos en la dificultad que el art. 1372 ha hecho nacer. En derecho romano se admitía, y Pothier enseña (núm. 379), que hay mandato tácito cuando una persona que sabe que un tercero tiene la intención de girar sus negocios sufre esta inmixon; de esta manera yo giro los negocios de Pablo á sabiendas de Pablo, que estaba advertido de su intención; por ejemplo, por una carta. Pablo no contesta, pero me deja hacer. Hay en el silencio de Pablo la prueba de que consiente, pues que si se hubiera querido oponer lo hubiera dicho y hecho. El silencio del propietario en estas circunstancias equivale á la ejecución del mandato en lo relativo al mandatario. El que puede impedir la inmixon de un tercero en sus negocios no lo hace, no puede tener más que una sola intención: la de permitir; autoriza la gestión de su silencio: hay, pues, concurso de consentimientos del que gira y del que deja girar. Hé aquí el mandato tácito en su más simple expresión. (2)

Se pretende que el art. 1372 ha abrogado el mandato

1 Metz 10 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 2, 14).

2 Massé y Vergé según Zachariæ, t. VI, p. 37, nota 2.