

tiene el de fijar los honorarios del notario encargado de la venta. En el caso el mandante pedía la reducción de honorarios convenidos. La Corte de París ha desechado la demanda, y con razón, nos parece; el mandatario encargado de vender no lo puede hacer él mismo; es, pues, preciso que se dirija al notario, lo que implica la necesidad de una convención que fije los honorarios del oficial público. (1)

La dificultad es, pues, más bien de hecho que de derecho, pues la solución depende de la interpretación del contrato; es decir, de la intención del mandante. Pero interpretando el poder el juez no deb perder de vista que esta interpretación debe hacerse con espíritu restrictivo. La Corte de Nancy ha sentenciado que el poder de vender, de recibir el precio y de dar recibo *subrogatorio*, da virtualmente el derecho de hacer *transmisiones y cesiones*. (2) Si la Corte lo decidió así, fundándose en la intención del mandatario, esto es una decisión de hecho que sería difícil criticar, pero si la Corte entendió sentenciar en derecho no aceptamos la sentencia porque conduce á decir que el poder de *subrogar* implica el poder de *ceder*, lo que no es exacto, pues *subrogar* es recibir un *pago* mientras que *ceder* es *vender*; ambos actos son esencialmente diferentes; no puede decirse que uno corresponde al otro.

§ IV.—DE LA FORMA.

444. El mandato no es un contrato solemne; ninguna forma está requerida para su existencia ni para la validez del poder. Si las partes redactan un escrito es para tener una prueba literal. El art. 1985 dice que el mandato puede darse por acta pública ó por escrito privado; es el derecho común, es inútil decirlo. La ley mantiene terminantemente los principios generales en lo que se refiere á la prue-

1 París, 21 de Abril de 1806 (Daloz, en la palabra *Notario*, núm. 510, 1. °)

2 Nancy, 22 de Enero de 1842 (Daloz, en la palabra *Mandato*, núm. 129).

ba testimonial; lo mismo pasa con la prueba literal y con todas las demás pruebas. (núm. 380). Vamos á hacer la aplicación de este principio.

445. El mandato por acta publica de que habla el artículo 1985 es aquel que recibe un notario, ya sea en minuta ya en protocolo. Los poderes pueden ser recibidos en breve; es decir, que el original mismo se entrega á la parte, el notario sólo hace mención de él en el índice (ley de 25 Ventoso, año XI, art. 20). ¿Hay casos en que el mandato deba recibirse en minuta? La cuestión está controvertida; trasladamos á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones* (t. XII, núm. 236).

Otra es la cuestión de saber si el poder debe ser dado por acta auténtica. Hay que distinguir los contratos solemnes de los no solemnes. Si un poder es dado para hacer un contrato no solemne la solución no es dudosa, el escrito no sirve más que para prueba; y la ley admite indiferentemente como prueba literal las actas privadas y las auténticas. No sucede lo mismo en los contratos solemnes; siendo requerida la solemnidad para la existencia misma del contrato resulta que el consentimiento en todos sus elementos debe constar auténticamente si no no hay consentimiento y, por tanto, no hay contrato. (1) Tales son las donaciones; nos trasladamos á lo que se dijo en el título que es el sitio de la materia. El Código lo dice del poder dado para aceptar una donación (art. 933): se debe decir otro tanto del poder para hacer una donación. Nuestra Ley Hipotecaria ha aplicado el mismo principio que la hipoteca (art. 76).

El Código exige aún un poder auténtico en los casos en que una parte está obligada á comparecer en persona ante el oficial ministerial (art. 36). Sucede lo mismo con el poder dado para hacer oposición al matrimonio (art. 66).

1 Compárese denegada, 29 de Mayo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 208). Pont, t. I, p. 441, núms 865 y 866.

¿Se necesita también un poder auténtico para aceptar una sucesión bajo beneficio de inventario? La cuestión está controvertida; ya la hemos examinado (t. IX, núm. 379).

Hay un caso en que la jurisprudencia exige acta auténtica. La Corte de Orleáns ha juzgado que el deudor que paga en manos de un mandatario de su acreedor está fundado al exigir que el mandatario justifique su calidad de un poder auténtico. Esta decisión está fundada en que todo deudor que paga su deuda tiene el derecho de exigir una prueba válida de su liberación; y la condición esencial de la validez del pago es que se haga al que tiene calidad para recibir, y un poder privado no ofrece garantía: bastaría que el mandante contestase el escrito ó la firma para que el deudor fuese comprometido á un proceso que podría perder. La autenticidad del poder le da sólo una garantía suficiente. (1)

446. El mandato es un contrato unilateral; de modo que el art. 1325 es inaplicable; el escrito privado que comprueba el mandato no debe ser redactado en dos originales. Los autores enseñan que pasa así aunque sea asalariado porque consideran el contrato, aun en este caso, como unilateral. (2) En nuestra opinión el contrato se vuelve bilateral cuando el mandante se obliga á pagar un salario (número 350); y, por consiguiente, se deben seguir para la redacción de la acta las formas prescriptas por el art. 1325 (t. XIV, núm. 239). El espíritu de la ley no deja duda. Quiere que cada parte que está en el caso de promover contra la otra tenga una prueba literal del mandato; y el mandatario tiene acción contra el mandante para el pago de su salario; luego debe tener un original del acta si no estará á merced del mandante, si éste está en posesión del acta como único

1 Orleáns, 19 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1861, 5, 301, núm. 7).

2 Durantón, t. XVIII, p. 215, núm. 216 y p. 216, núm. 217. Pont, t. I, página 440, núm. 862.

acreedor el mandante podrá suprimir el escrito que prueba que el mandante es asalariado y, por consiguiente, el mandatario no podrá reclamar su salario por falta de prueba.

447. El mandato no asalariado es una acta unilateral; ¿debe ser redactado en la forma prescripta por el art. 1326? Se ha juzgado que esta disposición es inaplicable aun cuando se tratara de un poder dado para pedir prestado. (1) Esto no es dudoso. El art. 1326 no recibe aplicación más que en el caso en que el deudor se obliga á pagar en dinero, y el mandatario nunca se obliga á pagar al mandante una cantidad de dinero, se obliga á hacer representar al mandante en un acto jurídico. No siendo aplicable el artículo 1326 se queda bajo el imperio del derecho común que no exige ninguna formalidad para los escritos que comprueban convenciones unilaterales, á salvo la firma. Sin embargo, se acostumbra agregar: *bueno para poder*, cuando se ha dado en blanco; esto puede servir para evitar el abuso de la firma en blanco, pero es inútil para la validez del escrito.

448. El art. 1985 dice que el mandato puede darse aun por carta; ¿por qué la ley dice aun por la carta? Es porque la carta no es una acta; es decir, un escrito que tiene por objeto hacer constar un hecho jurídico; las cartas, en general, no sirven de prueba, salvo en materia de comercio. Nos trasladamos á lo que se dijo en el título *De las Obligaciones* (t. XIX, núm. 224). El art. 1985 consagra, pues, una excepción á la regla. Se justifica muy fácilmente diciendo que el mandato puede darse por carta; la ley no entiende hablar más que del *poder*; es decir, del poder que el mandante propone al mandatario; este poder no es, sin embargo, el mandato; el contrato no se forma conforme á los arts. 1984 y 1985 sino por la aceptación del mandatario. Y el poder separado de la aceptación supone que el man-

1 Denegada, 6 de Febrero de 1861 (Daloz, 1861, 1, 366). Pont, t. I, p. 441, núm. 863.

datario no está en el lugar; desde luego se debe permitirle dar el poder por carta si no se necesitaría redactar una acta auténtica para todo mandato entre ausentes.

Por esto la carta sola del mandante no hace prueba del mandato, únicamente hace prueba de una proposición, de un ofrecimiento, el contrato no se forma sino por la aceptación; ésta debe también ser probada; diremos adelante cómo se hace la prueba. No es, pues, exacto decir como se ha hecho (núm. 350) que la carta que contiene el poder hace prueba del mandato y que resulta de aquí que el art. 1325 es inaplicable aun cuando el mandato fuese asalariado. El segundo inciso del art. 1985 prueba que por mandato el primer inciso entiende el poder que el mandante ofrece al mandatario; es este ofrecimiento el establecido por la carta, pero la prueba no basta seguramente para establecer la existencia del contrato.

449. El art. 1985 agrega: «El mandato puede también darse verbalmente, pero la prueba testimonial no se recibe sino conforme al título *De los Contratos ó De las Obligaciones Convencionales*.» De aquí se sigue que el mandato no se puede probar por testigos en materia civil cuando el objeto del mandante tiene un valor de más de 150 francos (artículo 1341). Este principio tan elemental da, sin embargo, lugar á numerosas contestaciones. Sucede diariamente que las partes contratantes sostienen que han dado mandato al notario para hacer todos los actos necesarios para la eficacia de sus convenciones. El notario niega el mandato. Corresponde al demandado establecerlo. ¿Cómo lo hará? Conforme al derecho común. (1) Y siendo el mandato un contrato el que sostiene que ha dado mandato debe probar no sólo que ha querido encargar al notario hacer los actos necesarios, debe también probar que el notario ha consentido en

1 Lyon, 18 de Julio de 1845, y denegada, 2 de Junio de 1847.

encargarse de este mandato. ¿Cómo se hará esta prueba? Cuando el objeto del litigio pasa de 150 francos la prueba testimonial no es admitida. Esta es la aplicación del artículo 1341. Se debe añadir en materia civil. En efecto, en materia de comercio la prueba testimonial se admite indefinidamente, sin limitación de valor. La consecuencia es que el mandato comercial puede siempre probarse por testigos. (1)

450. El principio del art. 1341 recibe excepción cuando hay un principio de prueba por escrito (art. 1347). Esta excepción recibe una aplicación frecuente en el mandato. No hay ninguna duda en cuanto al principio, ha sido consagrado por numerosas sentencias. (2) La única dificultad que se presenta, y es grande, es la de saber en qué casos hay un principio de prueba por escrito. Nos trasladamos en cuanto á las condiciones requeridas al título *De las Obligaciones* en que se trata la materia extensamente. Basta, en cuanto al mandato, con dar algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia.

Un prestamista intenta contra un notario una acción de responsabilidad fundada en la pérdida del capital que prestó con hipoteca. El demandado invocaba la existencia de un mandato negado por el notario. Como el objeto pasaba de 150 francos se necesitaba un principio de prueba por escrito. El demandante se prevaleció primero de la absolución de posiciones que el notario había sufrido. La Corte de Poitiers contesta que no se encontraba una palabra de la que se pudiera deducir el principio de prueba que el primer juez había encontrado. Todas las respuestas del notario eran

1 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 10 de Febrero de 1853 (Pascria, 1853, 1, 215).

2 Denegada, 22 de Mayo de 1827 (Daloz, en la palabra *Comunas*, número 2374); 6 de Agosto de 1855 (Daloz, 1855, 1, 418); 4 de Mayo de 1874 (Daloz, 1874, 1, 489).

concordantes; protestaba terminantemente contra la cualidad de mandatario que le daba el demandante; sostenía constantemente, sin dar el menor mentís, no haber sido encargado de escoger al tomador y haber quedado en ello completamente extraño. El demandante invocaba aún una acta de inscripción que el notario había redactado y un certificado de las inscripciones existentes que el conservador de hipotecas había entregado al notario á su pedimento. Si se hubiera tratado de probar la existencia de un mandato comercial y los actos por hacer posteriores al contrato con el fin de asegurar los derechos del prestamista hubieran sido de algún valor se habría podido invocarlos á título de presunciones; pero en el caso se trataba de un mandato civil, lo que en principio excluye la prueba testimonial y las presunciones. El pretendido mandato era anterior al acta de préstamo; se debía, pues, probar que el notario se había encargado de procurar al mandante un buen y sólido negocio de colocación de los fondos; desde luego los actos posteriores al préstamo no podían ser considerados como un principio de prueba para establecer que el notario había tenido mandato de buscar un tomador; y el certificado de las inscripciones y el acta no tenían nada de común con lo que había pasado anteriormente al contrato y no daban ninguna probabilidad á la pretensión del demandante. (1)

451. Hé aquí otro caso en el que figura igualmente un notario. Préstamo con hipoteca de 3000 francos con el interés de 5 p^o y reembolsable después de tres años en el bufete del notario redactor del acta; los intereses también debían pagarse allí. ¿Resultaba de esto un principio de prueba por escrito del mandato que el prestamista pretendía haber dado al notario, recibir y dar recibos? La Corte de Metz reconocía que la cláusula, sólo que el pago se hiciera en el bufete del notario, no prueba que hay poder y

1 Poitiers, 22 de Julio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 91).

mandato de recibir. Pero, en el caso, la Corte admite que resulta un principio de prueba por escrito. Insiste en la circunstancia de que los intereses se debían pagar en el bufete del notario. ¿A quién? Cuando se trata de un capital se concibe que el notario fije día y hora para que el deudor haga en su bufete el pago al acreedor. Pero para el pago de los intereses, que se repite cada año, esta suposición es poco probable. Se debe, pues, admitir que el notario tiene cualidad para recibir los intereses y entregar un recibo, al menos provisional. Puede aún resultar, conforme á las circunstancias de la causa, un principio de prueba de la existencia de un mandato dado al notario por el acreedor. La Corte estableció en seguida que en la especie había prueba de un mandato resultante de las cláusulas del acta y de los hechos. (1)

452. Lo que las sentencias llaman hechos y circunstancias de la causa son presunciones que la ley deja al criterio y prudencia del magistrado. Pero no los puede admitir más que en el caso en que la ley autoriza la prueba testimonial. Luego el mandato, cuando pasa de 150 francos, no puede establecerse por presunciones más que en el caso en que hay un principio de prueba por escrito. (2) Directamente el mandato que pasa de este valor no puede establecerse por presunciones como tampoco por testigos. Por esto no bastaría que una sentencia dijese que la existencia de un mandato resulta de las circunstancias de la causa; esto sería establecer un mandato por presunciones, cuando no las admite; se necesita que el juez compruebe que hay un principio de prueba por escrito que hace admisibles las presunciones. Hay una sentencia de la Corte de Casación que parece decidir lo contrario. La Corte de Lyon había comenzado

1 Metz, 23 de Febrero de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 220). Compárese Bruselas, 16 de Marzo de 1858 (Pasicrisia, 1859, 2, 31).

2 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 25 de Julio de 1850 (Pasicrisia, 1851, 1, 179).

por decir "que resultaba de las circunstancias de la causa la prueba completa de la existencia del mandato litigioso." Esto era juzgar mal, porque las circunstancias no eran presunciones; y no eran admisibles las presunciones en el caso sin un principio de prueba por escrito. Pero en seguida añade la Corte que si alguna incertidumbre había podido surgir sobre la existencia del mandato sería desvanecida por la prueba que resultaba del *procedimiento correccional* que había tenido lugar en el Tribunal del Sena. Recurso de casación fundado en que la sentencia atacada había admitido la existencia de un mandato sobre simples presunciones sin que hubiese un principio de prueba por escrito. La Corte desechó el recurso por la razón de que la sentencia de Lyon declaraba que la prueba completa del mandato resultaba de las circunstancias de la causa y *especialmente* de un *procedimiento* criminal. (1) Esto no es del todo exacto; la Corte de Lyon no invoca el procedimiento correccional sino como un suplemento de prueba, después de haber dicho que la prueba *completa* resultaba de las circunstancias de la causa; luego de las presunciones. La sentencia de denegada y la de Lyon están una y otra mal redactadas; debieron haber establecido primero que había un principio de prueba por escrito que autorizaba al magistrado á recurrir á las presunciones, después enumerar las circunstancias de la causa que apoyaban la prueba escrita.

453. ¿Los principios que rigen la prueba del mandato por testigos se aplican á los terceros? Se ha juzgado que los terceros tanto como las partes no pueden probar la existencia del mandato más que por escrito, ó por testigos y presunciones cuando hay un principio de prueba literal; la Corte de Casación lo ha decidido así implícitamente sin que se

1 Denegada, 10 de Junio de 1841 [Dalloz, en la palabra *Mandato*, número 158, 2.º]

haya discutido la cuestión. (1) No vemos en ello ninguna duda. Las reglas acerca de la prueba son generales y se aplican á cualquiera parte en causa que pida se establezca un hecho contestado. Es verdad que la regla del art. 1341 recibe una excepción de la que ordinariamente se prevalecen los terceros más que las partes: cuando no ha sido posible al demandante y al demandado procurarse una prueba literal está admitido á la prueba por testigos cualquiera que sea el monto del litigio (art. 1348). Pero en la especie los terceros no pueden prevalecerse de esta excepción, puesto que depende de ellos exigir que el mandatario les ministre la prueba literal del mandato.

La cuestión está, sin embargo, controvertida. No valdría la pena detenerse en la controversia si un magistrado que goza de gran reputación no hubiese enseñado la opinión contraria. Citaremos en substancia los motivos que Troplong hace valer; (2) esto será una lección para nuestros jóvenes lectores; verán con qué razones se conforma este autor. El mandato puede ser verbal, y los mandatos verbales son extremadamente frecuentes. ¿No sería esto entorpecer el movimiento de los negocios, obligar á los terceros á que exigieran la presentación de un mandato escrito? Contestaremos con otra pregunta: ¿Tienen los tribunales por misión *favorecer el movimiento de los negocios* ó están encargados de aplicar las leyes, cualesquiera que sean, favorables ó no á las transacciones? Y la ley ha hablado; el art. 1985 admite, es verdad, el mandato verbal, pero agrega inmediatamente que este mandato no puede probarse por testigos sino conforme á las reglas establecidas por la ley en el título *De las Obligaciones*; el juez está sujeto por estas reglas, las debe aplicar sin inquietarse del interés general; es el legislador quien debe arreglarlas y no el magistrado.

1 Casación, 7 de Marzo de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 114). Compárese Burdeos, 10 de Junio de 1872 (Dalloz, 1873, 5, 314).

2 Troplong, *Del mandato*, núm. 145.