

Troplong insiste y dice que es un rigor inútil prohibir á los terceros la prueba testimonial, puesto que pueden hacer siempre la prueba oral de una simple gestión de negocios, lo que vale como permitirles probar el mandato por testigos. ¿No se dirá que depende de las partes el transformar en gestión de negocios lo que es un mandato, de modo que hubiera cuasicontrato ó contrato, á su antojo, según que tuvieran interés en sostener que había gestión de negocios ó mandato? Hay desgraciadamente muchas sentencias que confunden estos dos hechos jurídicos; lo que no impide que difieran esencialmente. Ya lo hemos dicho y volveremos á la cuestión de prueba.

454. ¿Cómo se prueba el mandato tácito? De ordinario contestan que siendo el mandato tácito un contrato como el mandato expreso por esto mismo está sometido al derecho común en lo relativo á la prueba; y se concluye que la prueba testimonial del mandato tácito no se admite cuando el monto del mandato pasa de 150 francos. (1) Esto nos parece muy absoluto. El mandato tácito resulta de un concurso tácito de voluntades; este consentimiento tácito se induce de ciertos hechos, son éstos los que se deben probar ¿Y cómo se prueban los hechos? Se debe distinguir; los hechos jurídicos no se prueban por testigos cuando pasan de 150 francos, pero los hechos puros y simples ó materiales se prueban indefinidamente por testigos porque no caen bajo la aplicación del art. 1341. Si, pues, resultaba un mandato de hechos semejantes se debería decir que la prueba testimonial era admisible.

Esta es una respuesta de teoría; en realidad los hechos que se invocan para probar la existencia de un mandato tácito son hechos jurídicos; de modo que se está bajo el imperio de la regla prohibitiva del art. 1341. La jurispruden-

1 Pont, t. I, p. 445, núm. 873. Massé y Vergé sobre Zachariae, t. VI, p. 39, nota 4. Casación, 29 de Diciembre de 1875 (Daloz, 1876, 1, 149).

cia está muy confusa en esta materia y la confusión se explica por la dificultad que hay en distinguir el mandato tácito de la gestión de negocios. Tomamos de la Corte de Casación el ejemplo de un mandato tácito confiado á un notario. Se trataba de la constitución de un dote por los padres á su hija. Los constituyentes eran completamente analfabéticos; pocos días antes de la redacción de las convenciones matrimoniales se fueron á casa de un notario y declararon no querer entregar la dote de 5000 francos al futuro yerno sino á condición de que les ministrara una garantía hipotecaria que asegurara el reembolso. Un debate tuvo lugar acerca de este punto entre ambas familias; fué convenido, después de insistencia de varios días, que la madre del futuro se comprometería solidariamente con su hijo y ministraría la hipoteca. Los constituyentes pretendían que no fué sino después de haber obtenido esta caución hipotecaria y de estar asegurados con el notario de que la dote no corría en adelante ningún riesgo, y haberle encargado hacer lo necesario, á su responsiva y consentimiento, cuando entregaron los 5000 francos á su futuro yerno. Tales eran los hechos. Se trataba de probarlos. Es seguro que todos estos hechos tenían un carácter jurídico, pues si hubieran constado hubieran resultado de ellos los elementos constituidos de un mandato, cuando menos tácito, dado por los constituyentes al notario con el fin de registrar la inscripción hipotecaria y asegurar su eficacia.

El mandato era tácito más bien que expreso, puesto que los constituyentes ignoraban lo que es una inscripción hipotecaria, y el notario negaba que se le hubiese encargado tomarla. Es seguro que no podía tratarse de probar los hechos directamente, ya sea por testigos, ya por presunciones. La inscripción no fué hecha y, por consiguiente, la dote pereció. Los demandantes hicieron que el notario absolviera posiciones. Este declaró que no recor-

daba lo que había sucedido, pero afirmó que había ilustrado á las partes, como era su deber, acerca de lo que había que hacer. La Corte vió en las declaraciones del notario un principio de prueba por escrito y decidió que el mandato estaba probado por las circunstancias de la causa. El notario se proveyó en casación; la Corte pronunció una sentencia de denegada fundándose en los hechos tales como constaban en la sentencia atacada: resulta, dice, que el notario había aceptado el mandato. Estos términos expresan un mandato expreso; la cuestión de la prueba de un mandato tácito no fué agitada en los debates, ni ante los primeros jueces, ni ante la Corte de Casación. (1)

Una sentencia reciente de la Corte de Casación casó una sentencia del Tribunal de Tol que había admitido un mandato tácito sin citar ningún hecho de donde resultase que el notario se hubiera encargado de este pretendido mandato; el primer juez se fundaba únicamente en la notoriedad pública. Y es evidente que la notoriedad pública no es una prueba ni un principio de prueba por escrito; la sentencia debía, pues, ser casada. (2)

455. En lugar de un mandato tácito puede haber gestión de negocios. ¿Cómo se probará el cuasicontrato? Según el art. 1348 las obligaciones que nacen de los cuasicontratos se prueban indefinidamente por testigos; es decir, cualquiera que sea el monto del litigio. La ley supone que el dueño no pudo procurarse una prueba literal de los hechos de la gestión que constituyen el cuasicontrato. Hemos establecido el principio en otro lugar; no es dudoso, puesto que está escrito en la ley. Pero la aplicación es muy delicada á causa de la gran dificultad que hay para distinguir de hecho si hay gestión de negocios ó mandato tácito. Las cortes confunden amenudo el contrato y el cuasicontrato;

1 Denegada, 22 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 63).

2 Casación, 29 de Diciembre de 1875 (Dalloz, 1875, 1, 149).

hay que apegarse al principio que resulta de la naturaleza misma de estos dos hechos jurídicos. Para que haya mandato tácito debe haber concurso de voluntades del mandante y del mandatario antes que comience la gestión; este concurso de consentimientos se prueba generalmente, como acabamos de decirlo (núm. 454), según las reglas que rigen la prueba de los contratos. El cuasicontrato de gestión de negocios se forma por el solo hecho de la gestión; en el momento en que ésta comienza el dueño ignora que se giran sus negocios; se encuentra, por consiguiente, en la imposibilidad de probar la gestión por escrito; por esto es que la ley lo autoriza á probarla por testigos.

El debate acerca de la prueba en esta materia se suscita ordinariamente en las acciones de responsabilidad intentadas contra los notarios. Estos pueden ser responsables por varios títulos: como mandatarios, como gerentes de negocios ó como culpables de un cuasidelito. Esta es una primera dificultad. Dejemos á un lado la responsabilidad notarial. Los delitos y los cuasidelitos están puestos por la ley en la misma línea bajo el punto de vista de la prueba; se hace por testigos, cualquiera que sea el monto del litigio. En cuanto al mandato expreso ó tácito está regido por el art. 1341. Estos son los principios; vamos á ver cómo los aplica la jurisprudencia.

Una sentencia de la Corte de Casación formula netamente el principio en lo relativo á la gestión de negocios. En derecho la gestión de negocios ajenos, tal como la define el art. 1372, descansa únicamente en hechos; es decir, que no hay concurso de consentimientos como en los contratos; resulta que no puede estar sometida, en lo que toca á la prueba de su existencia, á la prohibición de la prueba testimonial pronunciada por el art. 1341 y por el 1985; estas disposiciones sólo se aplican á los contratos y, por consi-

guiente, al mandato dado por el mandante y aceptado por el mandatario para hacer algo por aquel y en su nombre. De hecho la sentencia atacada comprobaba que resultaba de las circunstancias de la causa que el notario, informado que uno de sus clientes tenía fondos disponibles, se había *interpuesto espontáneamente* para colocar estos fondos; que había *indicado* á dicho cliente dos esposos como tomadores, *dándole la seguridad* de que eran solventes y que por su intermedio se realizó el préstamo hipotecario. La Corte concluye de esto, con la sentencia atacada, que el notario se había *constituido por sí en mandatario* del prestamista; entiendo por esto, como lo dice la sentencia, que el notario había voluntariamente girado el negocio de aquél. La consecuencia, en cuanto á la prueba, era evidente: la existencia de la gestión de negocios podía ser establecida por testigos y por presunciones, sin que fuera necesario una prueba escrita. (1) No podía haber duda acerca de la cuestión de derecho, pero la aplicación que de ella hace la Cámara Civil nos parece muy dudosa; y lo que prueba que hay duda es que la Cámara de Requisiciones había admitido el recurso. ¿Podía decirse, en el caso, que había un cuasicontrato; es decir, que no había concurso de voluntades? El notario propone á su cliente una colocación hipotecaria; consiente, pues, en encargarse del negocio: ¿lo hace sin el concurso del prestamista? Nó, puesto que el préstamo hipotecario se realiza porque consiente el prestamista.

Hay, pues, concurso de voluntades entre el notario y su cliente para hacer el negocio; luego había contrato de mandato y, por tanto, la prueba testimonial no era de admitirse, puesto que no había principio de prueba por escrito. Quizá para escaparse de esta consecuencia y por motivos de equi-

1 Denegada, Cámara Civil, 19 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 186).

dad la Corte considera como una gestión de negocios lo que en realidad era un mandato. (1)

Hay una sentencia de la Corte de Burdeos en el mismo sentido. Préstamo hipotecario por 10,000 francos. El inmueble hipotecado fué expropiado; los prestamistas sólo quedan colocados por 7035 francos; demandan al notario para que se le condene al reembolso de 4500 francos que se les queda á deber. El notario contesta que no era mandatario ni gerente de negocios. Su defensa fué rechazada por la Corte de Montpellier. La Corte dice que los hechos constituían una gestión de negocios. El notario había facilitado el tomador á los prestamistas, quienes no lo conocían; el préstamo se concluyó por la seguridad dada por el notario de que el inmueble que debía servir de garantía sólo tenía una inscripción que dejaba disponible un excedente de valor más que suficiente para garantizar el reembolso de la suma de 10,000 francos. Estos hechos, dice la Corte, no se refieren á un mandato ó poder que los prestamistas hubiesen dado al notario y del que hubiera dependido sólo de ellos procurarse una prueba escrita; son, al contrario, exclusivos de un mandato. ¿Es esto muy exacto? Ordinariamente, sin duda, el mandante es quien toma la iniciativa y quien da el poder, luego el mandatario acepta. ¿Pero dónde se dice que las cosas deban necesariamente pasar así y que el mandatario no pueda tomar la iniciativa ofreciendo encargarse de un negocio? Si el dueño acepta esta oferta hay concurso de consentimientos y, por tanto, hay contrato. ¿Y quién impide que las partes redacten un escrito de esta convención? Lo que la Corte agrega, que los hechos alegados sólo se refieren á *maniobras personales* del notario, á *promociones espontáneas*, no tiene ninguna importancia. (2) Estas maniobras

1 Compárese Pont, t. I, p. 446, núm. 376, que aprueba la decisión de la Corte.

2 Burdeos, 20 de Junio de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 113).

las hizo el notario con los prestamistas, se entendió con ellos y después se puso en relación con el tomador; esto es un negocio que se hace con el consentimiento de las partes interesadas: el notario y el prestamista; luego hay contrato.

456. No debe confundirse la gestión de negocios y el mandato tácito con la aceptación tácita del mandato. Según el art. 1985 la aceptación del mandato sólo puede ser tácita y resultar de la ejecución que le fué dada por el mandatario. La ley supone que el mandante da un poder por el que encarga á una persona hacer algo por él y en su nombre; esto aún no es el mandato; el contrato, dice el art. 1984, sólo se forma por la aceptación del mandatario. Esta aceptación puede ser tácita y lo es cuando el mandatario ejecuta el mandato. ¿Cómo se prueba en este caso el mandato? El contrato se forma por el poder y por la aceptación tácita. En cuanto al poder el texto decide la cuestión; se prueba según el derecho común que rige las obligaciones convencionales. La ley no dice cómo se prueba la aceptación tácita; hay, pues, que resolver la dificultad según los principios generales de derecho. Se trata de saber si la aceptación tácita de un mandato es un hecho jurídico, y la afirmativa no es dudosa, pues aceptar un mandato es manifestar la voluntad de ser mandatario; es decir, formar un contrato; si el consentimiento del mandante es un hecho jurídico debe suceder lo mismo con el consentimiento del mandatario; luego la aceptación tanto como la oferta están sometidas á la regla del art. 1341. Se diría en vano que la aceptación tácita consiste en los hechos de ejecución y que los hechos pueden probarse por testigos indefinidamente. Esto es verdad para los hechos puros y simples, no lo es para los hechos jurídicos.

No es esta la opinión común. Se enseña que la prueba de la aceptación del mandato está sometida á condiciones menos rigurosas que la prueba del poder, y se funda esto

en que la aceptación puede ser tácita. (1) Esto es confundirnos parece, el consentimiento con su prueba. La ley dice que la aceptación puede ser tácita; esto es relativo al consentimiento; no dice cómo se prueba el consentimiento tácito, luego no se puede decir que la prueba es menos rigurosa. Lo que demuestra que esta interpretación no es exacta es que el *poder*, es decir, el consentimiento del mandante puede también ser tácito; lo es siempre en el mandato tácito y, no obstante, se admite que el mandato tácito se prueba según el derecho común; luego la aceptación tácita debe también probarse según el derecho común.

1 Pont, t. I, p. 447, núm. 877. En sentido contrario, Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. VI, p. 39, nota 4.