

no certificada sino por haberla depositado en una caja suplementaria que se abría por la calle en lugar de ponerla en el buzón central, y por haber omitido avisar al comitente el envío por carta separada. En el recurso la Corte pronunció una sentencia de denegada, motivada en que la Corte de Aix había declarado al comisionista culpable de doble imprudencia, apreciación que entraba en el dominio exclusivo de los jueces del fondo. (1)

Un notario recibe del comprador de un inmueble una suma de 9500 francos, con mandato expreso de emplearla en pagar á los acreedores inscriptos según el orden hipotecario. En lugar de esperar que hubiera orden amigable ó judicial el mandatario se hizo juez á sí mismo del mérito y lugar de cada inscripción; pagó á ciertos acreedores sin obtener cancelación de los otros; además, descuidó, dice la Corte de Casación, contrariamente á la más vulgar prudencia, de que le entregaran los acreedores pagados los recibos subrogativos en provecho del mandante. Sucedió que unos acreedores posteriores fueron colocados en un orden judicial sin que el comprador pudiese por falta de subrogaciones prevalecerse de los pagos hechos á los acreedores anteriores; en consecuencia, se encontró en la alternativa de abandonar el inmueble ó pagar por segunda vez. La Corte concluyó que el notario había cumplido mal su mandato y tenía que reparar el perjuicio que había causado por su culpa. (2)

480. Hay imprudencias aun más imperdonables. Un notario fué encargado de recibir el precio de una venta. Entregó este precio, sin exigir recibo, á un sirviente del vendedor, que lo substrajo en su provecho. Fué sentenciado que el notario era responsable de este robo para con el comprador y obligado á pagar por segunda vez. Había, sin embar-

1 Denegada, 10 de Agosto de 1870 (Daloz, 1871, 1, 332).

2 Denegada, 10 de Febrero de 1875 (Daloz, 1875, 1, 450). Compárese Dijón, 18 de Julio de 1873 (Daloz, 1875, 2, 22).

go, un motivo para dudar en las circunstancias de la causa: es que la entrega de los fondos había tenido lugar en presencia del mandatario del comprador; tocaba al mandatario, decía el notario, el exigir el recibo, puesto que tenía encargo de cuidar los intereses del mandante. La Corte de Agén contesta que el notario debía exigir recibo al entregar los fondos; que su negligencia al no hacerlo era notoria; estas son las expresiones de la sentencia, de la que la Corte se apropió los motivos. En el recurso recayó una sentencia de denegada. (1)

481. La ley dice que la responsabilidad del mandatario no asalariado es menos rigurosa que la del mandatario que recibe un salario. Se han prevalecido algunas veces de esta disposición para excusar las más groseras culpas. La jurisprudencia no dió oído á estas malas excusas que conducirían á la violación de la ley. Un negociante se encarga de hacer aceptar una letra de cambio, y en caso de no aceptación de hacerla protestar. Dice al mandante que los deudores han ofrecido aceptar y que son de buena solvencia. Debía exigir la aceptación en las veinticuatro horas de la presentación (Código de Comercio, art. 125). En lugar de obrar como el mandato y la ley se lo exigían permaneció en la inacción durante quince días. La Corte señala también otros hechos de incuria y de negligencia. Para excusarse el mandatario alegaba el olvido y se atrincheraba tras la disposición del art. 1992. La Corte contesta que el Código supone una gerencia en la que el mandatario no demostró gran vigilancia, y que, en el caso, el mandatario había cometido una falta inexcusable por parte de un comerciante algo instruido. (2)

1 Denegada, 13 de Noviembre de 1848 (Daloz, 1848, 1, 249).

2 Aix, 23 de Abril de 1813 (Daloz, en la palabra *Efectos del comercio*, número 288).

Núm. 4. De la substitución de un mandatario.

I. ¿Cuándo puede el mandatario substituirse á alguien en su gestión?

482. El art. 1994, que habla de la substitución, no contesta á nuestra cuestión; decide sólo en qué casos el mandatario responde por aquel que se ha substituido en su gerencia. Hay que distinguir varios casos. El más frecuente es aquel en que el mandante guarda silencio; no autoriza la substitución ni la prohíbe. Se pregunta si en este caso el mandatario puede substituirse otro mandatario. En el silencio de la convención hay que aplicar los principios generales de derecho. Y, según el art. 1237, «la obligación de hacer no puede ser pagada por un tercero contra el gusto del acreedor cuando este último tiene interés en que se cumpla por el mismo deudor.» Esta disposición recibe su aplicación al mandatario; se obliga á hacer, puesto que, según la definición del art. 1984, el mandato consiste en el poder de *hacer algo* por el mandante y en su nombre. Al dar este poder el mandante considera primero las relaciones de amistad que existen entre él y el mandatario cuando el mandato es gratuito, pero también tiene en cuenta la capacidad y celo de la persona á quien encarga su negocio; es esta consideración lo que determina el mandato asalariado. En general se debe pues, decir que la elección de la persona desempeña un papel esencial en el mandato; por tanto, el mandante tiene interés en que el mandatario cumpla por sí el mandato: si es un mandato gratuito un tercero no tendrá con él la solicitud que un amigo del mandante hubiera tenido; si el mandato es asalariado el tercero no tendría siempre la misma aptitud que el hombre de confianza del mandante. Sin embargo, nada hay de absoluto en esta materia. Según el artículo 1237 esto es una cuestión de hecho más bien que de derecho; todo depende del

interés del mandante, lo que es un punto de hecho; si la substitución de un mandatario resguarda los intereses del mandante éste no tiene derecho de quejarse, puesto que el objeto del mandato se alcanzará tanto como si el mandatario escogido por él lo ejecutara.

483. La cuestión está muy controvertida. (1) Los autores no están de acuerdo en nada. Desde luego se prevalecen de la tradición, sea para reconocer al mandatario el derecho de substitución, ya para contestárselo. En esta materia, como casi siempre, la tradición es la doctrina de Pothier. ¿Cuál es su opinión? Pothier siempre ha sido muy claro y no es, pues, difícil saber lo que piensa. Supone que el mandatario ha hecho, no para sí sino para una persona que le substituye, el negocio de que se ha encargado, *aunque no tuviese el poder de substituir á otro para el negocio*; en este caso es evidente que ha excedido los límites del mandato, y lo que ha hecho no obliga al mandante si no juzga apropiado ratificarlo. En efecto, acerca de este punto no podría haber duda. La única cuestión, continúa Pothier, que puede oponer dificultad, es saber si cuando el poder no permite expresamente ni prohíbe al mandatario substituirse otra persona para hacer en su lugar el negocio que tenía encargado este poder debe presumirsele concedido por el poder. Hé aquí precisamente nuestra cuestión. ¿Qué contesta Pothier? «La decisión de la cuestión me parece depender de la naturaleza del negocio que hace el objeto del mandato. Si el negocio es de naturaleza que su gerencia pida cierta prudencia, cierta habilidad, no se debe presumir que el mandante que ha confiado la gerencia al mandatario por la confianza que tenía en su prudencia y en su habilidad haya querido permitirle que lo substituyera otra persona. Pero si el negocio que forma el objeto del manda-

1 Véante, en diverso sentido, Troplong, núms. 446-448; Pont, t. I, p. 521, núm. 1015; Aubry y Rau, t. IV, p. 645, nota 14, pfo. 413.

to no requiere ninguna habilidad para hacerlo y que sea indiferente al mandante en este caso debe presumirse haber dejado á su mandatario el poder de que lo substituya otro para hacerlo." (1) Esta es, al pie de la letra, la decisión que acabamos de dar conforme al art. 1237: cuestión de interés, luego cuestión de hecho.

484. ¿Han entendido los autores del Código derogar la opinión de Pothier? Ha habido acerca de esta cuestión un debate bastante largo en el Consejo de Estado. (2) No se entienden ni sobre la significación de los trabajos preparatorios ni en la tradición: cada uno las invoca como por costumbre. Cambacérès pidió que se prohibiese terminantemente al mandatario la substitución cuando no estuviese autorizado por el mandato. Hacemos constar desde luego que este sistema no era de Pothier, era un principio absoluto que no tenía en cuenta para nada la diversidad de circunstancias. El Cónsul invocaba la intención del mandante; es evidente, dice, que el mandante que no autoriza al mandatario á substituirse no da su confianza más que al mandatario y no á aquel por el que quiere reemplazarse. Decisión muy absoluta, como Pothier lo había demostrado. Hé aquí un debate entre Treilhard y Cambacérès. El primero hizo una observación muy justa: la prohibición de substituirse, dice, tendría inconveniente para el mandante mismo. En efecto, el mandatario puede enfermarse ó impedirse por cualquier motivo, y es preciso, sin embargo, que el negocio de que se ha encargado no sufra con este obstáculo, lo exige el interés de las dos partes; el mandante tendrá además una garantía en la responsabilidad del mandatario, puesto que éste responde por la substitución. Tronchet abunda en estas ideas; ¿por qué no permitir al mandatario des-

1 Pothier, *Del mandato*, núm. 99.

2 Sentencia del Consejo de Estado, del 5 Pluvioso, año XII, núm. 7 (Loché, t. VII, p. 368).

cargarse del mandato cuando las circunstancias lo reducen á la imposibilidad de obrar personalmente? No pone en peligro el interés del que lo ha constituido; basta someterlo á la obligación rigurosa de ser responsable por lo que haga el que lo reemplaza. En el pensamiento de Tronchet el mandatario debía tener el derecho de poderse substituir por cualquiera causa legítima. Berlier habló en el mismo sentido. La proposición de Cambacérès, dice, sería muy rigurosa para el mandatario sin ser útil al mandante. Desde luego siendo el mandato gratuito por su naturaleza no se debe hacer la ley demasiado dura al que presta buenos oficios. Además, la ley no prescribe tales obligaciones sino en ciertas circunstancias de modo que sea casi loable derogarlas, como sucedería si el mandatario llegara á enfermarse en el mismo momento en que debiera obrar. En fin, ¿qué hay mejor que la responsabilidad que la substitución impone al mandatario? Si el substituto hace bien ¿qué acción podrá tener el mandante? Si hace mal el mandatario será responsable. Habría otra contestación que dar á la proposición de Cambacérès, y más perentoria: es que el mandatario tiene el derecho de renunciar al mandato, y si se le prohíbe substituirse no dejará de usar en este caso su derecho de renuncia. El Cónsul declaró que acataba las observaciones.

¿Qué concluir de este debate? Recaía sólo sobre una cuestión: la proposición de Cambacérès; en la opinión del Consejo de Estado no debía prohibirse de un modo absoluto la substitución. Otra es la cuestión de saber si el mandatario tiene el derecho absoluto de substituirse ó si la substitución depende del interés del mandante, como lo enseñaba Pothier. Si se quiere permanecer fiel á la opinión del Consejo de Estado se debe decidir que el Código no consagra ningún sistema absoluto, ni prohibición de substituir,

ni derecho á hacerlo. La decisión depende de las circunstancias; es decir, del interés del mandante; este es el principio del art. 1237.

485. Hay todavía un elemento en los trabajos preparatorios que los autores han despreciado: los discursos del Relator y del Orador del Tribunado. El Relator era Tarrible, espíritu juicioso que ministró á Merlín uno de los artículos más importantes de su *Repertorio*, el que trata de las hipotecas. Su informe acerca *del mandato* está bien hecho; merece, pues, que se tenga en cuenta lo que dice acerca de nuestra cuestión. El Relator del Tribunado comienza por establecer que «la confianza del comitente en el celo é inteligencia del mandatario es el fundamento sobre el que reposa el mandato. Si *sin haber recibido el poder* el mandatario se hace substituir por otra persona parece haber engañado la confianza de su comitente y pasado los límites de su mandato.» Hé aquí una opinión absoluta, ¿es que el Código la ha consagrado? No, Tarrible admite el derecho de substitución. «Como en casi todos los negocios que hacen el objeto de un poder el mandatario está obligado á substituirse por otras personas para la ejecución de alguna parte del mandato, ha parecido conveniente á los autores del proyecto generalizar esta facultad y *tolerar en todos casos* que un mandatario pueda substituirse por otra persona en la gerencia aunque no haya recibido poder; pero entonces el mandante está autorizdo á invocar contra el mandatario la responsabilidad de la gerencia.» (1) La substitución no es, pues, un derecho absoluto, puesto que el mandatario es responsable de la gerencia del substituto. Esta es la fórmula práctica del sistema de Pothier; si la gerencia del substituto es útil es cierto que el mandante no promoverá, porque ¿qué pediría? ¿Los daños y perjuicios? No los hay. ¿La nulidad de lo que ha hecho el substituto? Esto sería aún una acción en daños y perjuicios contra el man-

1 Tarrible, Informe núm. 12 [Loché, t. VII, p. 381].

datario, y éste respondería al mandante que no hay acción sin interés.

El Orador del Tribunado se expresa en el mismo sentido: «No solamente el mandatario responde por lo que ha hecho personalmente para la gerencia del negocio que le fué confiado sino es además garante de la persona que lo substituye en la administración cuando no ha recibido del mandante el derecho de transmitir sus poderes á otro, pues que entonces el mandatario excede los límites de su mandato. Es sólo á él á quien el dueño de la cosa quiso confiar el cuidado: y si por su comodidad personal entrega á un tercero lo que estaba encargado de hacer él mismo es de toda justicia que el mandante no sea víctima de este convenio que no sólo le es extraño sino que se formó sin su voluntad y que no puede razonablemente ligar á los que lo han consentido. (1) Bertrand de Greuille no se expresa con claridad. Parece negar que el mandatario tenga el derecho de substitución; dice que esta convención no obliga al mandante y, sin embargo, admite implícitamente que el substituto tiene el derecho de promover, pues que no concede al mandante más que una acción en daños y perjuicios contra el mandatario. Nos parece que el verdadero pensamiento del Tribunado es el que Tarrible ha desarrollado. La ley no prohíbe la substitución, la tolera, pues, pero sólo cuando tenga para el mandante la misma ventaja que hubiera tenido la ejecución del mandato por el mandatario; si le es perjudicial el mandante tendrá una acción contra el mandatario. La teoría de Pothier conduce á la misma consecuencia: la substitución no es válida sino cuando es equivalente á la ejecución del mandato por el mandatario.

486. Llegamos á la conclusión. La ley no prohíbe a mandatario ser substituido por un tercero en su gerencia; y en el silencio de la ley se debe decir que tiene el derecho

1 Bertrand de Greuille, Discurso núm. 8 (Loché, t. VII, p. 386).

absoluto de substitución? Nó, la ley no lo dice; este derecho estaría en oposición con la tradición, con los trabajos preparatorios y con los principios. La dificultad se resuelve en una cuestión de responsabilidad. Esto es lo que dice el art. 1994: "El mandatario es responsable por el que lo substituya en la gerencia: 1.º, cuando no ha recibido el poder para ser substituido por alguno." La substitucion, aunque hecha sin poder, no es nula; pero tampoco es válida en el sentido de que el mandante tendría el derecho de descargarse del mandato confiándolo á un tercero; puede renunciar el mandato, hé aquí su derecho; pero esta renuncia debe ser pura y simple, no puede renunciar por vía de substitución; permanece mandatario apesar de la substitución y responde por la gerencia del substituto como si él mismo la hubiera hecho. Esta es, en otros términos, la doctrina de Pothier: la gerencia del substituto es inútil al mandante; la substitución es válida, puesto que el mandante no tiene ninguna acción contra el mandatario; la gerencia del substituto no beneficia al mandante; el mandatario será responsable y además, como lo diremos después, el mandante tiene una acción directa contra el substituto. De este modo, aunque perjudicial, la substitución no es nula en el sentido de que todo lo hecho por el substituto sería herido de nulidad. Aquí la ley deroga el rigor de los principios; en la doctrina de Pothier, conforme al art. 1237, se debería decir que el substituto no tenía derecho; todos sus actos eran nulos. La ley no admite esta doctrina absoluta, sin duda en interés de los terceros que tratan con el substituto; mantiene los actos de éste dando una acción al mandante contra el substituto y contra el mandatario.

No conocemos más que una sentencia que haya consagrado doctrina tan absoluta; la Corte de Gante dice que es de principio que el mandatario no puede, bajo su responsabilidad, descargar en otro los deberes que le fueron confia-

dos á él personalmente. La sentencia cita el art. 1994 que no dice lo que la Corte quiere que diga. (1) Dudamos que la redacción de la sentencia responda al pensamiento de la Corte; dice ésta que el mandatario no puede descargar su mandato en otra persona; esto no es exacto en el sentido de que, apesar de la substitución, el mandatario es responsable como si hubiera él mismo girado.

487. El art. 1994 prevee aún un segundo caso: el mandato da al mandatario el derecho de ser substituido por alguno, pero sin designar la persona. ¿Cuál es en este caso el poder del mandatario? La validez de la substitución no puede ser contestada, puesto que el mandatario usa de un derecho que le da el mandato. Pero se pregunta si el mandatario que usa de este derecho queda mandatario en el sentido de que responde de la gerencia como si la hiciera él. El art. 1994 dice que el mandatario responde por el substituto cuando la persona que ha escogido fuera notablemente incapaz é insolvente. La responsabilidad está, pues, subordinada á una falta y á una falta grave: ¿es que en un contrato de confianza que implica la capacidad y la solvencia del deudor puede descargar éste su misión y sus obligaciones en un tercero que es *notoriamente* incapaz é insolvente? Esto no es usar de un derecho, es abusar; hay gran culpa en este abuso; el mandatario ha excedido los límites de su poder y, por consiguiente, es responsable. En contra, no será responsable si escoge un substituto capaz y solvente. Y decir que el mandatario no responde del que lo substituye en la gerencia es decir que ya no es mandatario. De este modo la substitución tiene por objeto descargar al mandatario bajo la condición de que no haya ninguna falta que reprocharle. Esto se comprende. El mandante autoriza al mandatario para substituirse; lo autoriza, pues, á descargar el negocio que le fué confiado en un tercero que lo substi-

1 Gante, 26 de Mayo de 1851 (Pasicrisia, 1851, 2, 318).