

CAPÍTULO II
REQUISITOS TIPIFICANTES

§ 10. Enumeración 23

A) REALIZACIÓN DE NEGOCIO AJENO

§ 11. Actos jurídicos y materiales 23
§ 12. Acto no patrimonial 25
§ 13. "Alienidad" o "ajenidad" 28
§ 14. Actos de conservación, de administración
y de disposición 32
§ 15. Nuestra opinión 38
§ 16. Indiferencia que el dueño lo sea en sentido
técnico 46

B) ESPONTANEIDAD

§ 17. Inexistencia, autorización legal o voluntaria 46
§ 18. Relación obligacional entre dueño y gestor 47
§ 19. ¿Hay gestión si cree que obra conforme a una obligación que en realidad no existe? 47
§ 20. Obligación contraída con otro 48
§ 21. Prohibición expresa del dueño 48
 a) ¿Expresa o tácita? 49
 b) Recupero de gastos 50
 c) Interés legítimo 51

**C) INTENCIÓN DE OBLIGAR EVENTUALMENTE
AL DUEÑO DEL NEGOCIO**

§ 22. Enfoques 52
§ 23. Error respecto de la persona para quien se actúa 52
§ 24. Intención de obtener el reembolso de los gastos 57

D) PRESUPUESTOS REALES O FICTICIOS

§ 25. Capacidad del gestor 60
§ 26. Ausencia del dueño. Negocio abandonado 67

CAPÍTULO II

REQUISITOS TIPIFICANTES

§ 10. **ENUMERACIÓN.** – Los requisitos básicos de la gestión son tres: A) una persona que se encarga de uno o varios negocios de otra; B) espontáneamente, o sea, sin autorización voluntaria o legal; C) con intención de obligar al dueño del negocio.

A) REALIZACIÓN DE NEGOCIO AJENO

§ 11. **ACTOS JURÍDICOS Y MATERIALES.** – Desde el derecho romano en adelante, con unanimidad, se acepta que pueden ser objeto de gestión de negocios, no solamente *actos jurídicos sino también actos materiales*. Del articulado que legisla sobre esta figura no surge ninguna restricción específica en cuanto a los objetos de ella, por oposición a todos los contratos típicos, con excepción hecha de la cesión de derechos, que recepta todos los derechos que no son objeto de regulación especial. Por lo demás, si se puede celebrar un contrato con un tercero para que realice un acto material o intelectual para el dueño, no se ve razón alguna para excluir la actividad propia del gestor en actos de idéntica naturaleza.

Puede tratarse de *uno o varios actos*. Por su esencia la gestión de negocios no rechaza la pluralidad de actos, ni la pluralidad de gestiones, al igual que cualquier contrato típico o acto jurídico.

Cuando se inician simultáneamente varios negocios del dueño, la gestión es única con objeto múltiple; si son varios actos, tomados sucesivamente, habrá tantas gestiones como actos susceptibles de ser realizados independientemente el uno del otro o de los otros.

El interrogante que pocos autores se han planteado es: ¿puede ser objeto de gestión la totalidad del patrimonio de una persona? PLANIOL y RIPERT, sin dar fundamento alguno, se pronuncian por la afirmativa⁶³.

En contra está DE SEMO, quien dice: "Pero ésta [la gestión], según la misma letra de la ley, debe ser única, de suerte que no sería admisible en nuestro derecho positivo, junto a la normal *gestio unius negotii*, una *gestio patrimonii*, cuyo reconocimiento implicaría que los requisitos de la gestión, y principalmente el de la utilidad, deberían valorarse no ya en relación a los singulares negocios ejecutados por el gestor, sino en relación a la administración del patrimonio en su conjunto". El mismo autor afirma que esto no es óbice para la gestión simultánea de varios negocios de otro, "con tal que los mismos no se resuelvan en *gestio patrimonii*". Y en esta hipótesis se configuraría no una gestión, sino una "representación sin poder, que requeriría, a los fines de la convalidación de los actos del representante hacia los terceros, la ratificación del interesado (arg. art. 1399, Cód. Civil)"⁶⁴.

⁶³ PLANIOL, MARCELO - RIPERT, JORGE, *Tratado práctico de derecho civil francés*, tr. M. DÍAZ CRUZ, La Habana, Cultural, 1936, t. VII, n° 728.

⁶⁴ DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos*, p. 99.

No estamos de acuerdo. Los códigos, al definir un contrato típico o un acto jurídico, lo hacen normalmente en singular, de modo que no es razonamiento alguno afirmar que por la letra de la ley "debe ser única", porque esto es tanto como afirmar que la compraventa, la locación, la donación, la cesión de derechos, la sociedad, el mandato, la permuta, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa (no definido pero receptado en nuestra ley), etc., deben ser únicos.

En la representación, al encargarse una persona de un patrimonio ajeno, la ley permite valorar su actuación respecto del patrimonio en su conjunto, si la obligación es legal. Pero no es menos cierto que, sea su fuente legal o voluntaria, se faculta al interesado para objetar las cuentas rendidas y analizar y valorar cada negocio ejecutado por el representante.

En la gestión, dados ciertos supuestos, la ley autoriza la intromisión en patrimonio ajeno, y no encontramos obstáculo jurídico válido para no aplicar idénticos principios obviando la valoración total del patrimonio, para que sin desnaturalizar la finalidad de la gestión, se enfoque individualmente cada acto en el momento en que se lo inicia, si fue útil y así poder determinar la extensión del resarcimiento o reembolso de cada uno, sin dejar de tener en cuenta la naturaleza de la obligación y las circunstancias de cada caso.

§ 12. **ACTO NO PATRIMONIAL.** – Si bien algunos autores sostienen que el negocio debe tener ante todo carácter patrimonial, sustentando tal afirmación entre otras razones en el carácter de la prestación de las obligaciones⁶⁵, en un fundamento histórico⁶⁶, o en el

⁶⁵ DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos*, p. 98.

⁶⁶ GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones*, vol. V, p. 37.

texto del art. 2288 de nuestro Cód. Civil y en el temor a la injerencia en cuestiones personales difícilmente medibles "según un denominador común y objetivo"⁶⁷, creemos que el acto objeto de la gestión puede tener contenido no patrimonial. El fundamento histórico no es jurídicamente relevante, pues pese a la gravitación que pueda haber tenido en su tiempo, en la actualidad ha perdido vigencia. En lo referente al carácter patrimonial del objeto de las obligaciones, olvida su sostenedor alguno de los ejemplos que él mismo da de actos materiales objeto de la gestión⁶⁸, que pueden ser considerablemente ampliados abarcando aún más actos patrimoniales. Por último, el fundamento de LÓPEZ DE ZAVALÍA cae por su propio peso al recordar que en nuestro derecho tanto dentro como fuera del ámbito contractual, se debe resarcir el daño moral.

Estimamos que la gestión de negocios es el baluarte del reconocimiento legal de la defensa y apoyo de valores no comerciables y en demasía olvidados por nuestra civilización "de avanzada", que en no pocos aspectos es la masificación del espíritu. Esta figura, tan olvidada y dejada de lado, posibilita elevar y obtener reconocimiento jurídico a valores, sentimientos y virtudes como la amistad, solidaridad, ayuda y amor al prójimo, compasión, cooperación, humanidad, etc., *todo ello*, aunque pueda resultar increíble, *sin ánimo de lucro*, dentro de una sociedad tan descarnadamente despersonalizada, dineraria y de consumo.

Son numerosos los autores que se pronuncian en el mismo sentido, fincando su razón en un "provecho

⁶⁷ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría. Parte general*, t. I, p. 302.

⁶⁸ DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos*, p. 105.

de cualquier género, aun cuando sea moral y no apreciable en dinero"⁶⁹.

Los ejemplos enunciados por estos autores hablan por sí mismos: recoger un lesionado y proporcionarle los primeros cuidados; cooperar a extinguir un incendio; el salvamento de cosas amenazadas con incendiarse; cooperar en el salvamento en accidentes de mar o montaña⁷⁰; cuidar a un hombre desamparado; recoger un niño perdido, cuidarlo y alimentarlo hasta poder reintegrarlo a la casa paterna⁷¹; el que inscribe al pupilo, en ausencia o imposibilidad del tutor, en un colegio para que no pierda sus estudios⁷².

A nuestro entender BORDA es uno de los más encendidos opositores al resarcimiento del daño moral y reconoce que "no se ve por qué motivo esta gestión deba ser considerada con menos favor que la referente a un negocio patrimonial del mismo menor"⁷³.

No necesitamos ni pensar ni buscar mucho para encontrar ejemplos que se dan poco menos que a diario en nuestro país: ayuda y socorro prestados a per-

⁶⁹ PLANIOL, M. - RIPERT, J., *Tratado*, t. VII, n° 728; DE RUGGIERO, ROBERTO, *Instituciones de derecho civil*, 4ª ed., tr. R. SERRANO SUÑER y J. SANTA CRUZ TEIGEIRO, Madrid, Reus, 1944, t. II, vol. I, p. 533; ENNECCERUS, LUDWIG - LEHMANN, HEINRICH, *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, 2ª ed., tr. B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, Barcelona, Bosch, 1950, t. II, vol. II, p. 352; LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones*, tr. SANTOS BRIZ, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, t. II, p. 363 y siguientes. BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil argentino. Contratos*, 3ª ed., Bs. As., Perrot, 1962, t. II, p. 492.

⁷⁰ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, t. II, p. 363 y siguientes.

⁷¹ ENNECCERUS, L. - LEHMANN, H., *Tratado. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II, p. 352.

⁷² BORDA, G., *Tratado. Contratos*, t. II, p. 492.

⁷³ BORDA, G., *Tratado. Contratos*, t. II, p. 492.

sonas que han sufrido accidentes de tránsito, o por desmoronamientos de obras en construcción a los que trabajan en ella; persona que queda encerrada en un ascensor entre dos pisos, etcétera.

§ 13. **“ALIENIDAD” O “AJENIDAD”**. – La alienidad del negocio puede determinarse desde un punto de vista objetivo o subjetivo. Desde el primero la ajениdad surge en relación y por razón del mismo; por su contenido, por su sola naturaleza pertenece a un círculo de intereses ajenos. Hay autores que amplían este concepto a la situación del negocio frente a los terceros en general, por su simple aspecto exterior⁷⁴; porque su contenido interesa a otro⁷⁵; o se limita a presuponer el conocimiento de que el negocio es ajeno⁷⁶. Y es congruente esta ampliación, pues no se puede exigir al gestor una exhaustiva investigación de hecho para determinar si la cosa es efectivamente ajena. PUIG PEÑA manifiesta que basta que no sean negocios propios⁷⁷.

Desde el punto de vista subjetivo se sostiene que la gestión llega a ser tal por la voluntad e intención del gestor; o sea negocios en interés ajeno, de lo cual es característico que la actividad del gestor se despliegue con la intención de beneficiar a otro⁷⁸. Por ejemplo: una persona sabe que otra desea adquirir un

⁷⁴ ENNECCERUS, L. - LEHMANN, H., *Tratado. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II, p. 352.

⁷⁵ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, t. II, p. 365.

⁷⁶ MESSINEO, F., *Manual*, t. VI, p. 445.

⁷⁷ PUIG PEÑA, FRANCISCO, *Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946, t. IV, vol. II, p. 539.

⁷⁸ DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos*, p. 81, nº 35; MESSINEO, F., *Manual*, t. VI, p. 445 y LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, t. II, p. 365.

sello raro para su colección y lo compra para ella al serle ofrecido inesperadamente en un viaje⁷⁹. Si una persona conocida nuestra descubre en una librería de obras usadas un libro agotado que necesitamos para este trabajo y lo adquiere para nosotros.

Si el negocio es objetivamente ajeno, no existiendo intención de considerar el negocio exclusivamente propio, bastará la voluntad de actuar en interés ajeno. La alienidad resultará de la inequívocidad de la conducta.

Si el negocio es subjetivamente ajeno, el gestor deberá probar su intención de actuar en interés de otro.

ENNECCERUS menciona los negocios que por naturaleza son neutros y los ubica entre los subjetivamente ajenos⁸⁰.

La doctrina alemana y la italiana sostienen que tanto el negocio objetiva como el subjetivamente ajenos configuran la gestión, aclarando la última que cuando pertenece a la segunda característica debe tratarse de negocios sujetos a ratificación⁸¹.

Dentro de la doctrina española, PUIG PEÑA se limita a afirmar que basta que los negocios no sean propios⁸², lo que nos autorizaría a situarlo en cualquiera de las dos tendencias.

⁷⁹ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, t. II, p. 364.

⁸⁰ ENNECCERUS, L. - LEHMANN, H., *Tratado. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II, p. 354.

⁸¹ ENNECCERUS, L. - LEHMANN, H., *Tratado. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II, p. 354, LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, t. II, p. 355; DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos*, p. 81, nº 35; MESSINEO, F., *Manual*, t. VI, p. 445.

⁸² PUIG PEÑA, F., *Tratado. Obligaciones y contratos*, t. IV, vol. II, p. 539.

En la doctrina nacional tanto BORDA⁸³, como LÓPEZ DE ZAVALÍA⁸⁴ circunscriben la esfera de aplicación de la gestión a los negocios objetivamente ajenos. Dice BORDA: "Una mayor amplitud del concepto sería riesgosa para el dueño del negocio, que se vería obligado a aceptar responsabilidades que no desea asumir y que no necesitaba asumir. *Sin perjuicio de reconocer la acción "in rem verso" en favor del gestor*⁸⁵. [El subrayado es nuestro.]

LÓPEZ DE ZAVALÍA, por su parte, prescinde del punto de vista subjetivo, pero enfoca los negocios neutros citando a ENNECERUS, a los que niega aptitud para ser materia principal de una gestión, por no ser objetivamente ajenos, pero acepta que puedan presentarse como dependientes o accesorios de una gestión⁸⁶.

La limitación impuesta por los autores argentinos no obedece a fuente legal alguna. El Código Civil no trata expresamente esta distinción, pero podemos considerar que no se encuentra rechazada por lo siguiente:

1) El art. 2288 del Cód. Civil dice: "gestión de un negocio que directa o indirectamente se refiere al patrimonio de otro"; creemos que sin deformar la finalidad de la ley, el vocablo indirectamente da cabida al negocio subjetivamente ajeno. Es indudable que no compartimos el criterio de la fuente, MAYNZ, ni de la cita que él hace, que enfoca el supuesto del que actúa por lucro personal y no en interés del dueño⁸⁷. Si bien en alguna medida es comprensible en el derecho romano don-

⁸³ BORDA, G., *Tratado. Contratos*, t. II, p. 491.

⁸⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría. Parte general*, t. I, p. 304-305.

⁸⁵ BORDA, G., *Tratado. Contratos*, t. II, p. 491.

⁸⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría. Parte general*, t. I, p. 304-305.

⁸⁷ MAYNZ, CH., *Curso de derecho romano*, t. II, § 274, cita al Digesto, libro III, tit. V, ley 6, párr. 3.

de interesaba otorgar acción al dueño y respecto al gestor se limitaba su acción al enriquecimiento de aquél. No es ésta la situación en nuestro derecho y no alcanzamos a comprender que autores como SEGOVIA⁸⁸ y SPOTA⁸⁹ coincidan en interpretar esta situación como referente al negocio común al gestor y a otro, teniendo en vista su propio interés y remiten al art. 2302.

Este último, como se verá, trata el error del gestor.

2) El art. 2291 del Cód. Civil: disminuye la responsabilidad del gestor por culpa, al exigirle sólo el cuidado que debe poner en las cosas propias cuando se encarga del negocio por amistad o afecto.

3) Y con todo el riesgo que la interpretación *a contrario* implica, creemos que se puede argumentar de los arts. 2289, 2294 y 2302 que en nuestro Código la interpretación dada por los autores extranjeros citados puede receptarse mejor que la limitación sin fundamento realizada por los doctrinarios argentinos ya mencionados.

Por el art. 2289, Cód. Civil, el gestor debe proponerse hacer un negocio de otro. No interesa el error sobre la persona. *Pero sí obstaría a la gestión el error sobre la ajenidad del negocio: cree que es propio y es ajeno.* Volvamos a la primera oración del art. 2289 en análisis, dice: "es necesario que el gerente *se proponga hacer un negocio de otro*" y no que debe hacer un negocio de otro, de lo cual puede deducirse que *no es necesario que el negocio sea actualmente de otro.*

Se aumenta la responsabilidad del gestor y responde aun por caso fortuito "si hubiese obrado más en interés propio que en interés del dueño" (art. 2294,

⁸⁸ SEGOVIA, LISANDRO, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Bs. As., Pablo E. Coni, 1881, t. I, nota 4, art. 2290.

⁸⁹ SPOTA, A. G., *Instituciones. Contratos*, vol. II, p. 240.

Cód. Civil). *Si se aumenta la responsabilidad es porque se estima que hay gestión de negocios*, en tanto que si actúa más en interés del dueño del negocio que en el propio, también sigue habiendo gestión de negocios sin aumento de responsabilidad.

Además, el art. 2302, Cód. Civil, afirma que “aunque el negocio hubiese sido útilmente emprendido, el dueño sólo responderá hasta la concurrencia de la utilidad al fin del negocio, si no ratificó la gestión, cuando el gestor creyó hacer un negocio propio; o cuando hizo un negocio que era común a él y otro, teniendo sólo en mira su propio interés”. O sea, no mediando ratificación, el negocio ha sido útilmente emprendido si teniendo un negocio común tuvo en mira el interés del dueño con preferencia al suyo propio.

§ 14. ACTOS DE CONSERVACIÓN, DE ADMINISTRACIÓN Y DE DISPOSICIÓN. – Las escasísimas voces que se pronuncian sobre el tema con enfoque actual incurren, con alguna excepción, según nuestro criterio, en el tremendo error consistente en que, apasionados por la dicotomía contrato/mandato-cuasicontrato/gestión de negocios, pese a negar la posibilidad jurídica de la figura del cuasicontrato, mantienen en su exposición la asimilación. Por supuesto que la letra del Código o de los códigos puede confundir, pero creemos que no a tal extremo.

MESSINEO menciona como uno de los ejemplos de “actos no negociables que benefician el patrimonio del *dominus*, y por tanto objeto de gestión, especialmente cuando sean actos que den lugar a obligación frente a los terceros”, la toma de posesión, y creemos que por cierto no se trata, así sin ninguna aclaración, según el concepto actual, del que este doctrinario está más que a años luz de desconocer, de un acto de

conservación, ni de administración⁹⁰. Expresamente este autor reconoce que los actos de disposición, salvo aquellos que exigen procurar en forma solemne, están consentidos al gestor⁹¹.

Nuestra doctrina clásica toca tangencialmente el tema⁹² o sencillamente calla⁹³. MACHADO sostiene que el gestor sólo puede realizar actos de mera administración y dentro de este límite afirma que los gastos necesarios deben ser reembolsados por completo, aunque no existan, salvo que medie exceso. Los útiles sólo se deben pagar en la medida del mayor valor o aprovechamiento⁹⁴.

LAFAILLE sostiene que el régimen de nuestra ley es que el negocio debe preexistir a la gestión, pero afirma que ella acoge los criterios más amplios "cuando atiende a lo que dispone el art. 1161 sobre la estipulación por otro"⁹⁵. Y continúa diciendo: "Si doctrinariamente es más justo el régimen que confiere mayor elasticidad a la gestión, bajo el punto de vista legal debemos atenernos a las reglas mencionadas, de suerte que sólo cabría extender la noción contenida en este título para los supuestos expresamente autorizados, como el ya referido art. 1161"⁹⁶.

Recién SALVAT comenta la doctrina predominan-

⁹⁰ MESSINEO, F., *Manual*, t. VI, p. 447.

⁹¹ MESSINEO, F., *Manual*, t. VI, p. 447.

⁹² SEGOVIA, L., *Código Civil*, t. I, nota 4, art. 2290.

⁹³ LLERENA, BALDOMERO, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 2ª ed., Bs. As., Peuser, 1901, t. VI, tít. XVIII.

⁹⁴ MACHADO, JOSÉ OLEGARIO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Bs. As., Lajouane, 1900, t. VI, p. 149 y siguientes.

⁹⁵ LAFAILLE, HECTOR, *Curso de contratos*, comp. por I. ARGÜELLOS y P. FRUTOS, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1928, t. III, p. 152.

⁹⁶ LAFAILLE, H., *Curso de contratos*, t. III, p. 152.

te, no solamente en la época del Código, y aclara que una doctrina tiende a ampliar el criterio "a toda clase de actos jurídicos o materiales que procuran una ventaja a otro"⁹⁷ citando expresamente el art. 2709 de nuestro Código Civil. Y por último menciona una tendencia más avanzada que amplía el ámbito de la gestión a casos "en que el gestor hace adquirir a otro un derecho nuevo, es decir, a toda clase de actos destinados a hacer incorporar al patrimonio de otro, un bien que no formaba parte de él"⁹⁸. Comenta que sería una operación fronteriza con la estipulación por otro, pero las distingue y no toma partido sobre ninguna de las tendencias.

Y estamos en las décadas 1920 a 1940.

Y de allí pasamos a los últimos veinte años, y encontramos a DE GÁSPERI - MORELLO, que hablan de "actos extrajudiciales lícitos de administración patrimonial ordinaria" y para mayor consternación lo tratan bajo el acápite "La falta de mandato", recordando más adelante la nota del codificador y aseverando que es necesario que el negocio preexista a la gestión⁹⁹.

MOSSET ITURRASPE enuncia muy sintéticamente: "Pensamos que en nuestro derecho, atentos a la letra y espíritu del Código 'cuyos negocios hayan sido atendidos o administrados por un tercero' (art. 2297) —y a la predominante orientación romanista, que vincula la gestión con el cumplimiento de las obligaciones

⁹⁷ SALVAT, R. M., *Tratado. Fuentes de las obligaciones*, t. III, n° 2578.

⁹⁸ SALVAT, R. M., *Tratado. Fuentes de las obligaciones*, t. III, n° 2578.

⁹⁹ DE GÁSPERI, LUIS - MORELLO, AUGUSTO M., *Tratado de derecho civil. De las obligaciones*, Bs. As., Tea, 1964, t. III, n° 1657, p. 825 y n° 1659, p. 826.

más inexcusables—, debe limitarse el objeto a los actos de administración”¹⁰⁰.

Y continúa diciendo: “Para una concepción más amplia la actuación del gestor puede abarcar la realización de meros hechos, los llamados *res facto*, como la construcción de una pared, siempre que produzcan compromisos para el patrimonio del *dominus*. Creemos que éste es el criterio de nuestro Código”¹⁰¹.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, dentro de “Los requisitos olvidados”, dice: “Según una corriente doctrinaria, es necesario que el negocio preexista a la gestión. Así pareciera que lo entendía el codificador a estar a la nota del art. 2288”¹⁰².

“Las orientaciones modernas prescinden de este requisito, y otro tanto debemos hacer nosotros, al no dimanar de un precepto de la ley. Por otra parte, ¿dónde encontrar, sino en criterios circunstanciales, la diferencia entre negocio preexistente y negocio creado? Según el codificador, hacer reparaciones en una cosa ajena es materia de una gestión, mientras que si se construye una casa en terreno de otro, no habría gestión sino creación de negocio. Pero, si se construye un galpón para almacenar una cosecha excepcional, ¿se negará que allí puede haber gestión? Si se contesta afirmativamente —como creemos que ha de responderse—, pero se pretende que en esta hipótesis la necesidad de almacenaje preexistía a la gestión, deberá admitirse que el hecho de construir puede ser tanto creación como gestión, y que en realidad el requisito que se está examinando queda subsumido dentro del de utilidad”¹⁰³.

¹⁰⁰ MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, p. 430.

¹⁰¹ MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, p. 430.

¹⁰² LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría. Parte general*, t. I, p. 307.

¹⁰³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría. Parte general*, t. I, p. 307.

BORDA, en su *Tratado*, guarda silencio¹⁰⁴.

En cuanto a los MAZEAUD, ellos se pronuncian por los actos de administración, pero reconocen: "Sin embargo, ese requisito no ha sido respetado estrictamente por la jurisprudencia: los tribunales admiten, gustosos, y cada vez con mayor frecuencia, que algunos actos que exceden de la administración pueden constituir actos de gestión. No solamente admiten como actos de gestión la venta de productos perecederos, que constituye desde luego un acto de buena administración aun cuando implique disposición; sino la rescisión de un arrendamiento (Soc., 11 de junio de 1946; Gaz. Pal., 1946, 2. 189); la venta de mobiliario (Colmar, 4 de marzo de 1949; Gaz. Pal. 1949. 2. índice, voz *Gestion d'affaire*), e incluso la venta de valores mobiliarios por un importe cuantioso, contentándose con expresar, en este último caso, que la iniciativa está justificada (Civ., 28 oct. 1942; D. C. 1943. J. 29)"¹⁰⁵.

MESSINEO pone la limitación ya mencionada y sostiene que la gestión de ordinario tratará de un negocio nuevo, agregando: "Quien con utilidad para el *dominus*, haya tomado cuidado de tales intereses, no puede ser dejado después a merced de él, *dominus*, que, aunque no fuese más que por mero capricho, quisiera desconocer los efectos útiles, derivados para él de la actividad del gestor. Por tanto, la gestión de negocios ajenos constituye una derogación justificada al principio *culpa est se inmiscere rei, ad se non pertinenti*"¹⁰⁶.

¹⁰⁴ BORDA, *Tratado. Contratos*, t. II, cap. XXVII.

¹⁰⁵ MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN, *Lecciones de derecho civil*, tr. L. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Bs. As., Ejea, 1969, parte 2ª, vol. II, n° 684.

¹⁰⁶ MESSINEO, F., *Manual*, t. VI, p. 444.

DE SEMO, el único límite especial a que subordina los actos de disposición, es "un cualificado carácter de urgencia"¹⁰⁷; "urgente necesidad"¹⁰⁸, pues la utilidad, al menos inicial, es para dicho autor requisito inherente a toda gestión, cualquiera que fuere el acto objeto de ella¹⁰⁹.

Por el resto, no podemos desde ningún punto de vista compartir la fundamentación de MOSSET ITURRASPE; "la letra y espíritu del Código" que menciona, si son del siglo pasado, los consideramos ampliamente depurados y perfeccionados por la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia. A más de ello ni la una ni el otro pueden extraerse en forma concluyente de la cita parcial de un solo artículo del Código, que es un todo sistemático, y por último la orientación romanista que cita con una vinculación de la gestión al cumplimiento de obligaciones más inexcusables, no tiene asidero en el *Corpus Iuris*.

Por último, ya en el derecho romano, tan caro a este autor, en esta institución se reconocía al mero hecho material como apto para ser objeto de gestión. Así, por ejemplo, en el Digesto, libro III, tít. V, encontramos: el que hubiere reparado una casa de una herencia (ley 6, párr. 11); reparó una casa (ley 10, párr. 1º); curó un esclavo enfermo (ley 10, párr. 1º), y también en el Código de Justiniano, libro II, tít. XIX, ley 10, curar un esclavo enfermo que no se había hecho inútil.

Llegamos a LÓPEZ DE ZAVALÍA y su teoría de las dos fuentes. Si la prescindencia a que hace referencia es estricta, exclusiva y literalmente la preexistencia del negocio a la gestión, estamos absolutamente de

¹⁰⁷ DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos*, p. 106.

¹⁰⁸ DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos*, p. 110.

¹⁰⁹ DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos*, p. 110.

acuerdo en que en las orientaciones modernas se prescindiera de este concepto, pues el acento se pone en si el acto debe ser de conservación, de administración y/o disposición, lo que va mucho más allá de lo manifestado por nuestro codificador en la nota al art. 2288, que, por supuesto, no es ley. En lo que podemos coincidir con dicho autor es en su rechazo a "criterios circunstanciales", lo que a nuestro leal saber y entender no es sinónimo de caprichosos por ser metajurídicos, sino conforme a la diversidad de circunstancias, lo que está expresamente legislado en nuestro Código como pivote alrededor del cual se configura la culpa en el incumplimiento de las obligaciones (art. 512), lo que encuentra confirmación en el ejemplo que el mismo autor da con sus posibles enfoques y respuestas.

§ 15. **NUESTRA OPINIÓN.** – Al derecho romano remonta la asimilación de la gestión de negocios al mandato. Dice GAYO: "Si alguno hubiera administrado los negocios de un ausente, es evidente que, si los administró en virtud de mandato, nacen entre ellos del contrato las acciones de mandato, con las que puedan recíprocamente litigar sobre lo que el uno debe entregar al otro de buena fe; pero si sin mandato, se determinó ciertamente que ellos estaban recíprocamente obligados; y por tal motivo se produjeron las acciones que llamamos de gestión de negocios; con las que igualmente pueden litigar sobre *lo que de buena fe* debe el uno dar al otro. Pero las acciones no nacen ni de contrato, ni de delito: porque no se cree que el que fue gestor contrató con el ausente, *ni es delito alguno tomar a su cargo sin mandato la administración de negocios*; y con mucha menos razón se puede entender que aquél, cuyos negocios fueron administrados, contrató o delinquirió, ignorándolo;

pero con *causa de utilidad* se admitió que ellos se obligaban recíprocamente”¹¹⁰. [El subrayado es nuestro.]

Lo que se completa, para evitar cualquier posibilidad de duda o despejar lo más posible el tema, con las Institutas cuyo texto pertinente hemos transcritto oportunamente¹¹¹.

En el Digesto, libro L, tít. XVI, *De verborum significatione* (o sea, De la significación de las palabras), encontramos lo siguiente:

Ley 19, “ULPIANO; Comentario al edicto, libro XI. LABEÓN define en el libro primero del pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan (*gerantur*), y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra ‘acto’ es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero ‘contrato’ significa obligación de una y otra parte, como la compra, venta, locación, conducción, y sociedad; ‘*gestionado*’ significa cosa hecha con palabras”. [El subrayado es nuestro.]

Ley 58, “GAYO; Comentarios al edicto provincial, libro XXIV. Aunque entre ‘gestionado’ y ‘hecho’ parece que hay cierta sutil diferencia, no hay, por abuso, ninguna diferencia entre hecho y gestionado”.

Ley 218, “PAPINIANO; Respuestas, libro XXVII. La palabra ‘hacer’ (*facere*) comprende absolutamente toda causa de hacer, de dar, de pagar, de contar, de juzgar y de andar”.

De nada de lo transcritto hasta el momento surge que en el derecho romano la gestión de negocios se circunscribiera a actos de conservación o de administración ordinaria o extraordinaria.

¹¹⁰ Digesto, libro XLIV, tít. VII, ley 5, 1ª parte.

¹¹¹ Cfr. Institutas, libro III, tít. XXVII, ley 1.

También en el Digesto, libro III, tít. V, se habla de venta (ley 9); venta de los bienes de la herencia (ley 13); venta de la cosa robada por el esclavo vendido (ley 49); compra y edificación de un solar, que se arruina (ley 17, si bien se refiere a lo hecho durante el tiempo de esclavitud, ninguna aclaración se hace); compra de un fundo (ley 46); compra de cosa ajena y usucapión (ley 19, párr. 3º); locación de un fundo (ley 17); gestión de patrimonio ajeno: los negocios de la pupila (ley 6); los negocios del hijo de familia (ley 12, párr. 1º); de la herencia (leyes 13 y 16); administré los negocios de Ticio, en poder de enemigos (ley 19, párr. 5º); o de sus sucesores (leyes 20 y 42); mutuo: dar prestado dinero a tu procurador (ley 5, párr. 1º); negocio *nuevo* que el dueño no hubiera acostumbrado hacer, como comprar esclavos novicios (ley 11).

Y si alguna duda queda, hay acción de gestión de negocios entre el dueño y el gestor si éste actuó por mandato de un tercero (Digesto, libro III, tít. V, ley 28) y si una persona por mandato del tutor se hace cargo de los negocios de una pupila existe entre él y la pupila gestión de negocios (Código de Justiniano, libro II, tít. XIX, ley 3).

En consecuencia, en el derecho romano constituyen objeto de la gestión de negocios los actos de conservación, administración y disposición, sean actos jurídicos o materiales.

MAYNZ aclara que "Hay que hacer notar no obstante, que el término '*negotia gerere*' no tiene siempre la significación técnica que le damos en este párrafo; a menudo significa simplemente gestionar y se emplea igualmente cuando se trata de un mandato"¹¹².

DE SEMO corrobora lo afirmado por nosotros, cuando dice que en el ámbito del negocio gestionado

¹¹² MAYNZ, CH., *Curso de derecho romano*, t. II, § 274, nota 1.

“se incluyen la venta y la locación de cosa ajena: en el amplio concepto de esta última se comprenden el *dominium negotii* absoluto fundado sobre un *ius in re*, el *dominium negotii* del acreedor pignoraticio, la venta de cosa ajena seguida de buena fe, la venta y la locación de la cosa antes vendida, la gestión del capital ajeno”¹¹³.

En la confianza de haber dilucidado en alguna medida el tema en el derecho romano pasemos a nuestro Código y su interpretación a la luz de los no tan nuevos conceptos, puesto que en nuestro derecho adquieren carta de ciudadanía con ORGAZ¹¹⁴, cuyas obras se habían publicado con anterioridad a las mencionadas de los autores argentinos de las dos últimas décadas.

Para interpretar el vocabulario de nuestro Código, además del criterio de su fuente más lejana debiéramos emplear sus fuentes inmediatas, y es allí por donde se infiltra la idea de restringir el concepto de gestión a los actos de conservación y administración ordinaria. Pero de las palabras de nuestro Código, no.

El Diccionario Espasa-Calpe¹¹⁵ dice que *gestión* es acción y efecto de gestionar; acción y efecto de administrar; *gestionar* es hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera, y *administrar* es cuidar, gobernar, regir; ofrecer a otro o servirle alguna cosa; servir o ejercer algún ministerio o empleo.

Hacer diligencias conducentes al logro de un ne-

¹¹³ DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos*, p. 15.

¹¹⁴ ORGAZ, ALFREDO, *Nuevos estudios de derecho civil*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1954, y *Hechos y actos*, n° 43, p. 80 y siguientes.

¹¹⁵ Diccionario Enciclopédico Abreviado, 2ª ed., Bs. As., Espasa-Calpe, 1945.

gocio o de un deseo cualquiera y cuidar, gobernar, regir no significa desde ningún punto de vista lo que se le ha adjudicado jurídicamente, y por cierto que no es un problema de semántica, pues nuestra lengua es muy clara.

¿Podemos imputar la limitación a la que se inclinan nuestros doctrinarios al espíritu de nuestra ley? *No*. Cuando el legislador ha querido restringir la disposición, la administración o gestión, lo ha hecho en forma clara y expresa. Tales los casos del art. 488: "Los curadores de bienes... sólo podrán ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas", y del art. 411: "El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: *gestiona y administra solo*", y de allí en adelante se detallan minuciosamente los derechos y obligaciones del tutor. En el Libro II, Sección III, Título IX, "Del mandato", si es concebido en términos generales, sólo autoriza a actos de administración y requiere facultades expresas para los actos enumerados en los arts. 1881 y siguientes. El art. 1899, inc. 2º, emplea el vocablo gestión para referirse a los actos objeto del mandato. El art. 1953 emplea el término "gestiones" para designar la actividad del mandatario. El art. 1979 dice que el mandatario "debe continuar sus gestiones" cuando renuncie el mandato y no le fuere del todo imposible.

En el art. 1870, inc. 5º, hace extensiva la aplicación de las reglas del mandato a los "gestores oficiosos", y en el art. 1916, si el mandatario se halla en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no está obligado a constituirse en agente oficioso: le basta tomar las medidas de conservación que las circunstancias exijan. Y gestor o agente oficioso es el gestor de negocios.

De todo esto concluimos, para comenzar, que agente oficioso es aquel que puede tomar medidas que son algo más que conservatorias.

Cuando el Código limita la facultad de disponer, lo hace expresamente y sólo al tratar del contrato de mandato interpreta la posible intención de las partes o sanciona su falta de diligencia, como se prefiera, al no especificar con claridad lo que se persigue con dicho contrato, al reconocer que el poder concebido en términos generales no comprende más que actos de administración.

De la gestión de negocios nada se dice.

En nuestro país el primero en tratar la distinción entre actos de conservación y administración y disposición es ALFREDO ORGAZ¹¹⁶ y le sigue EDUARDO J. LAJE¹¹⁷. Este tema lo encontramos enfocado con mayor o menor profundidad en tratados y manuales y es objeto de renovado estudio a raíz de la reforma introducida por la ley 17.711 del año 1968. Ésta habla en su art. 128 del menor mayor de 18 años, que si tiene título habilitante para el ejercicio de una profesión, puede *administrar y disponer libremente* de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo. El art. 135, referente a menores emancipados, establece que si lo son por matrimonio adquieren capacidad para administrar y disponer de sus bienes, salvo los adquiridos a título gratuito antes o después de la emancipación; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad. Los inhabilitados del art. 152 *bis* no pueden disponer de sus

¹¹⁶ ORGAZ, A., *Nuevos estudios*, p. 43 y ss. y *Hechos y actos*, p. 80 y siguientes.

¹¹⁷ LAJE, EDUARDO J., *Actos de administración, de disposición y de enajenación*, JA, 1950-1-129, secc. doctrina.

bienes por actos entre vivos sin la conformidad del curador, pero pueden otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Y sobre todo la distinción entre actos de administración y disposición es trascendente en los arts. 1276 y 1277, referentes a bienes de la sociedad conyugal.

Superadas las voces solitarias de AUBRY y RAU¹¹⁸, que negaban trascendencia a esta distinción, específicamente respecto de los actos del tutor, pues no ofrece un criterio con ayuda del cual se pueda resolver cuáles son los actos que el tutor puede realizar por sí y en qué otros requiere autorización u homologación. Pese a los titánicos esfuerzos, los criterios de diferenciación que se han ofrecido no son, ni pueden ser, exclusivamente objetivos, pues ningún acto es en sí y por sí solo de conservación, administración o disposición, sino que se requiere la referencia al patrimonio de su titular, sea por la naturaleza y/o por el destino que tienen dentro de él¹¹⁹; hacer desempeñar al patrimonio en todos los bienes que lo componen, o en cada uno de ellos, la función económica y social (administrar) o el ejercicio de las atribuciones que atañen al titular de un derecho subjetivo o al legitimado al efecto para transmitirlo, innovarlo o abolirlo (disposición)¹²⁰; según el objeto del negocio en función de la noción de capital¹²¹, o sea, con distintas palabras, lo mismo que fuera aseverado por ORGAZ.

¹¹⁸ AUBRY, C. - RAU, C., *Cours de droit civil français*, t. I, § 113, p. 696-697, nota 1.

¹¹⁹ ORGAZ, A., *Nuevos estudios*, p. 58 y siguientes.

¹²⁰ SPOTA, A. G., *Instituciones. Contratos*, vol. II, p. 58 y siguientes.

¹²¹ MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Estudios sobre sociedad conyugal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1981, p. 50 y siguientes.

Hay algo que llama poderosamente la atención, y es que dentro de las clasificaciones que los doctrinarios realizan y en el trato general de este tema, se olvide unánimemente la gestión de negocios, que no es tan siquiera mencionada por los juristas, y eso que MÉNDEZ COSTA, para abordar el tema de los bienes y los sujetos con relación a la sociedad conyugal, prácticamente inicia su exposición con una aclaración: "La palabra 'gestión' se entiende abarcando todo lo relativo a la actividad jurídica que tiene a los bienes por objeto"¹²² y reconoce que "la gestión de negocios se presenta con frecuencia en las relaciones entre cónyuges, separados de bienes, aclarando que hay pleno acuerdo doctrinario al respecto"¹²³.

En nuestra opinión, nada hay en los antecedentes legales o doctrinarios actuales, que enfocan específicamente este tema, que fundamente el criterio sostenido por algunos¹²⁴ de temor a los actos del gestor al interferir en la esfera patrimonial del dueño, persiguiendo como lógica consecuencia su limitación al máximo, a través del concepto de acto de administración. La ley misma se encarga de castigar lo que puede involucrar una intromisión ilegítima y no debemos desalentar los actos de solidaridad humana.

Por tanto, y a la luz de todo lo expuesto, nuestra conclusión es que puede ser objeto de gestión de negocios un acto tanto de conservación como de administración o disposición, todo ello según las circunstancias de personas, tiempo y lugar por aplicación del art. 512 del Código Civil.

¹²² MÉNDEZ COSTA, M. J., *Estudios sobre sociedad conyugal*, p. 95.

¹²³ MÉNDEZ COSTA, M. J., *Estudios sobre sociedad conyugal*, p. 206 y nota 60.

¹²⁴ BIBILONI, JUAN ANTONIO, *Reforma del Código Civil. Anteproyecto*, Bs. As., Kraft, 1939, t. II, p. 407.

§ 16. **INDIFERENCIA QUE EL DUEÑO LO SEA EN SENTIDO TÉCNICO.** – Para obligar al dueño del negocio, no es necesario que sea el titular del derecho de propiedad sobre la cosa; es suficiente que exista entre él y la cosa o negocio gestionado un derecho personal (locación, mandato, etc.), sea real, diferente del de dominio (usufructo, uso y habitación, etc.). Lo relevante es que el acto del gestor sea realizado para el dueño y que éste tenga efectivamente interés en lo actuado.

B) ESPONTANEIDAD

§ 17. **INEXISTENCIA, AUTORIZACIÓN LEGAL O VOLUNTARIA.** – El art. 2288 del Cód. Civil afirma que el gestor “se encarga sin mandato de la gestión de un negocio” ajeno.

Toda la doctrina argentina y extranjera es unánime en aseverar que no se debe limitar esta hipótesis a la fuente contractual, sino que se la debe extender a la legal, que puede autorizar y/u obligar a la actuación de una persona en patrimonio ajeno.

Alguna doctrina moderna, sobre todo la alemana¹²⁵ y la italiana, ponen el acento en la falta de autorización como manifestación unilateral de voluntad por la que se faculta a un tercero a “disponer eficazmente en nombre propio de derechos del autorizante”¹²⁶.

¹²⁵ ENNECCERUS, L. - LEHMANN, H., *Tratado. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II, p. 352.

¹²⁶ CARIOTA FERRARA define la autorización como “el negocio atributivo del poder de disponer eficazmente en nombre propio de derechos del autorizante” y comenta que así entendida “ella toma un significado específico y propio, y se contrapone a un concepto lato y en realidad impropio de la autorización, entendida como cualquier acto o negocio por el que el interesado da su

§ 18. **RELACIÓN OBLIGACIONAL ENTRE DUEÑO Y GESTOR.** Puede configurarse una gestión pese a existir una relación obligacional entre dueño y gestor, si la primera trasciende o excede el objeto de la relación originaria¹²⁷. Algunos autores sostienen que debe ser “extraña e independiente” respecto del contrato¹²⁸. En general se lo relaciona con las hipótesis de exceso o extralimitación del representante de los límites de la procura o actuación posterior del término de expiración de él¹²⁹.

§ 19. **¿HAY GESTIÓN SI CREE QUE OBRA CONFORME A UNA OBLIGACIÓN QUE EN REALIDAD NO EXISTE?.** – Para alguna doctrina tal creencia no excluye la aplicación de las reglas de la gestión¹³⁰. Mientras que en el derecho español pareciera que existen fallos contrapuestos, el Tribunal Supremo de España, en fallo del 26 de noviembre de 1807, se expide en contra, según PUIG PEÑA, quien aclara que el elemento volitivo no se extiende a los motivos que impulsan la voluntad, y con-

asentimiento al negocio ajeno, que debe producir directa o indirectamente efectos en su patrimonio”. Concluye diciendo que: “La autorización, así como el poder, puede encontrarse fundada o unida con un contrato de mandato sin representación directa (art. 1075, Cód. Civil, donde se dice simplemente ‘mandato sin representación’, sólo porque el término ‘representación’ en la ley misma, se limita a la directa) o a un contrato de comisión (art. 1731, Cód. Civil)” (CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, p. 590).

¹²⁷ MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de derecho civil*, vol. II, n° 677.

¹²⁸ DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos*, p. 75.

¹²⁹ MESSINEO, F., *Manual*, t. VI, p. 446; RIPERT, G. - BOULANGER, J., *Tratado*, t. V, n° 1218, p. 233; DE GÁSPERI, L. - MORELLO, A. M., *Tratado. De las obligaciones*, t. III, p. 825.

¹³⁰ ENNECCERUS, L. - LEHMANN, H., *Tratado. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II, p. 355; BORDA, G., *Tratado. Contratos*, t. II, n° 1794 a *in fine*, p. 490. Digesto, libro III, tít. V, ley 5.

cluye que es suficiente la intención de actuar por otro¹³¹. Sin mayor aclaración sobre el hecho que constituye la litis, JAIME SANTOS BRIZ, afirma que una sentencia del 27 de abril de 1945, sigue un criterio objetivo y prescinde de dicho elemento intencional¹³².

Nuestra ley es clara: requiere que no haya vínculo obligacional alguno, y no podemos atribuirle otro significado que el de una obligación válida. Si la obligación es nula por estar viciada, entramos en el campo de la gestión de negocios, pues no habría obligación válida. El error sobre la alienidad del negocio configura una hipótesis de tratamiento legal especial.

§ 20. **OBLIGACIÓN CONTRAÍDA CON OTRO.** — Si el gestor actúa en virtud de una obligación contraída con otro, se configura la relación gestoria entre el dueño y el gestor, pues el vínculo obligacional es ajeno a los derechos y obligaciones emergentes de la gestión. Desde el derecho romano se reconoce la existencia de gestión si el que actúa en interés del dueño lo hace en virtud de una obligación legal (tutela) o convencional (mandato) que tiene con otro¹³³, y lo mismo se observa en las leyes españolas¹³⁴.

§ 21. **PROHIBICIÓN EXPRESA DEL DUEÑO.** — El art. 2303, Cód. Civil, superando polémicas de antigua

¹³¹ PUIG PEÑA, F., *Tratado. Obligaciones y contratos*, t. IV, vol. II, p. 541.

¹³² SANTOS BRIZ, JAIME, en LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, t. II, p. 364, nota**.

¹³³ Digesto, libro III, tít. V, ley 6, proemio y párr. 1º.

¹³⁴ *Las Siete Partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio*, glosadas por GREGORIO LÓPEZ, Madrid, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, 1844, Partida 5ª, tit. XII, leyes XCVII y XCVIII.

data¹³⁵, ha dispuesto que si el gestor actúa contra la expresa prohibición del dueño, no podrá cobrarle lo que hubiese gastado, a no ser que tuviese un interés legítimo en hacerlo.

Por supuesto, esto se aplica a lo ocurrido con posterioridad a la prohibición; lo actuado con anterioridad a ella entra sin objeción alguna dentro del campo de la gestión de negocios, y además, cuando por aplicación de los principios generales referentes a los vicios de la voluntad, ella es inválida, no puede constituir una prohibición.

a) ¿EXPRESA O TÁCITA? Lo primero que hay que determinar, es si se debe interpretar literalmente el Código Civil, o si se puede dar cabida a los principios generales y, por ende, a la prohibición tácita.

Pese a los autores propensos a ver un auténtico peligro en autorizar la intervención de extraños en un patrimonio contra la prohibición de su titular¹³⁶, solamente SALVAT, que se limita a afirmar que debe ser una prohibición expresa¹³⁷, se pronuncia en nuestro derecho a este respecto.

La voluntad se puede exteriorizar en forma expresa o tácita; en este supuesto el legislador impone una forma determinada de exteriorización: la expresa, lo que viene en apoyo de lo que él mismo afirma para diferenciar esta figura del mandato tácito, "ten-

¹³⁵ Código de Justiniano, libro II, tit. XIX, ley 24. Cfr., en favor, TROPLONG, M., *Du mandat*, t. XVI, nº 78 y ss.; AUBRY, C. - RAU, C., *Cours de droit civil français*, t. VI, § 441. En contra POTHIER, *Oeuvres complètes. Traité du contrat*, t. IX, § 182 y 183; ZACHARIAE, K. S., *Le droit civil français*, t. IV, vol. III, § 622.

¹³⁶ MACHADO, J. O., *Exposición y comentario*, t. VI, p. 161-162, comentario art. 2302.

¹³⁷ SALVAT, R. M., *Tratado. Fuentes de las obligaciones*, t. III, nº 2614, p. 614.

ga conocimiento, sea que lo ignore", tema que trataremos más adelante.

El principio general emergente de este Título XVIII, "De la gestión de negocios ajenos", es que, dados ciertos requisitos, la intromisión en patrimonio ajeno es no solamente permitida, sino protegida. Por tanto la prohibición, como toda excepción, debe ser indubitable; pero el Código exige más: que sea expresa. El fundamento no puede ser otro que amparar al gestor de la conducta abusiva y/o dolosa del dueño, que con conocimiento de la gestión, guarda silencio y luego, alegando una prohibición tácita, aspira a abonar el beneficio final efectivamente obtenido, lo que ya fue enunciado en el derecho romano¹³⁸.

b) RECUPERO DE GASTOS. El segundo punto a determinar es si, no obstante la intromisión contra la prohibición del dueño, el gestor puede recuperar sus gastos. LLERENA sostiene que puede cobrar aquello en que hubiere sido útil la gestión¹³⁹. MACHADO, en principio, se manifiesta en contra de esta tesis, pero por un lado afirma que los gastos necesarios de conservación deben siempre pagarse, y por otro, si se trata de mejoras, construcciones o cosas semejantes, de que se quiera aprovechar, el dueño puede optar

¹³⁸ "Porque ¿qué se dirá, si el dueño hubiere visto que por el administrador se han hecho útilmente gastos, y afectando doloso disimulo le hubiere hecho entonces la prohibición, para no pagarle ni las expensas anteriores? Esto en manera alguna lo consentimos; sino que mandamos, que desde que a aquél se le haya hecho la notificación, o por escrito, o sin él, pero con testimonio de otras personas, desde este día no le competa ninguna acción por las mejoras que hayan de hacerse; pero concedemos que respecto de las anteriores, si se hicieron útilmente, tenga contra el dueño acción que prescribe según su naturaleza" (Código de Justiniano, libro II, tit. XIX, ley 24).

¹³⁹ LLERENA, B., *Concordancias*, t. VI, p. 559, I.

por exigir que se destruyan o aprovecharlas abonándolas¹⁴⁰. LÓPEZ DE ZAVALÍA, por su parte, afirma que, habiendo prohibición, no nace la acción contraria¹⁴¹.

Si el negocio ajeno ha consistido en un pago según nuestro art. 728, o en una fianza, art. 2029, Cód. Civil, no hay duda de que la respuesta es afirmativa, pues ambos se pueden realizar o celebrar aun contra la voluntad del interesado. En las restantes hipótesis entraríamos al campo de la responsabilidad extracontractual o al "interés legítimo" del párrafo siguiente.

c) INTERÉS LEGÍTIMO. Por último, queda por determinar la excepción, o sea, el gestor que obra en mérito a un "interés legítimo". Si la prohibición es contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres (art. 2031, Cód. Civil italiano) es la oposición misma la que cae por su propio peso; pero puede haber una prohibición válida y simultáneamente un interés legítimo del gestor. Este último puede ser porque su cumplimiento sea de interés público (pago de impuestos, salvación de un suicida) o un deber moral (prestación de alimentos)¹⁴²; interés de afección solamente, o de honor de familia¹⁴³. Dentro de nuestra doctrina *de lege lata* la opinión es contraria a la mencionada en último lugar, pues no constituyen un interés "legítimo", sino de otro orden, que la ley no toma en cuenta¹⁴⁴.

¹⁴⁰ MACHADO, J. O., *Exposición y comentario*, t. VI, p. 159-161, texto y notas.

¹⁴¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría. Parte general*, t. I, p. 306.

¹⁴² ENNECCERUS, L. - LEHMANN, H., *Tratado. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II, p. 358.

¹⁴³ AUBRY, C. - RAU, C., *Cours de droit civil français*, t. VI, § 441.

¹⁴⁴ SALAS, ACDEEL ERNESTO, *El requisito de la "utilidad" en la gestión de negocios*, JA, 1955-III-292, nota 18.

La amplitud de la locución "interés legítimo" es tal, que no solamente excede el ámbito patrimonial individual, sino que se trasvasa al interés general o público, y es todo interés digno y susceptible de tutela.

En el derecho francés, donde no se encuentra un artículo similar al nuestro, la doctrina se manifiesta abiertamente contraria a los actos realizados en oposición a la prohibición del dueño, considerándolos hechos ilícitos¹⁴⁵.

Pero la jurisprudencia, en ciertos casos, ha admitido la solución contraria, cuando el gestor ha cumplido una obligación del dueño, que éste ha persistido en no cumplir, aun cuando podía hacerlo¹⁴⁶.

C) INTENCIÓN DE OBLIGAR EVENTUALMENTE AL DUEÑO DEL NEGOCIO

§ 22. **ENFOQUES.** — Este requisito admite un doble enfoque: 1) error respecto de la persona para quien se actúa; 2) intención de obtener el reembolso de los gastos, lo cual implica una faz negativa, que rechaza la gestión, y es la intención de hacer una liberalidad.

§ 23. **ERROR RESPECTO DE LA PERSONA PARA QUIEN SE ACTÚA.** — La fuente inmediata del art. 2289 es, sin lugar a dudas, MAYNZ¹⁴⁷. Y este artículo, en su segunda parte, dice: "El error sobre la persona no desnaturaliza el acto; pero no habrá gestión de negocios, si

¹⁴⁵ RIPERT, G. - BOULANGER, J., *Tratado*, t. V, n° 1228; PLANIOL, M. - RIPERT, J., *Tratado*, t. VII, n° 726; MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de derecho civil*, vol. II, n° 674.

¹⁴⁶ PLANIOL, M. - RIPERT, J., *Tratado*, t. VII, n° 726, nota 2.

¹⁴⁷ MAYNZ, Ch., *Curso de derecho romano*, t. II, § 441.

creyendo el gestor hacer un negocio suyo, hiciese los negocios de otro...".

De esto se concluye: en principio, la persona del dueño y la persona a la que pertenece el negocio deben coincidir en la intención del gestor. El error sobre la persona del dueño no cambia la naturaleza del acto; continúa siendo gestión de negocios, al igual que si el negocio fuera común con otro y el gestor actuara más en interés del dueño que en el propio y por la proporción que es ajeno. Y por último, no habrá gestión de negocios si creyendo el gestor hacer un negocio suyo, hiciese los negocios de otro. Hasta aquí hay rara unanimidad en nuestra doctrina.

El art. 2302 del Cód. Civil aparentemente recepta la última hipótesis, entre otras, y reconoce que los efectos que produce son limitados a la utilidad final del negocio.

La fuente de este artículo es POTHIER¹⁴⁸, para quien la persona del dueño y aquella a la que pertenece el negocio, deben coincidir en la intención del gestor, pero si no coinciden, ya sea porque los negocios eran ajenos y creyó que eran propios, sea de buena o de mala fe, incluso *animo depraedandi*; o si era distinta la persona de la que creyó que era el dueño, incluido un hijo de familia, una pupila; sea que actuase para varios condóminos; la ley otorga acción contra todos, teniendo como fundamento la equidad.

El art. 2302 del Cód. Civil dice: "Aunque el negocio hubiese sido útilmente emprendido, el dueño sólo responderá hasta la concurrencia de la utilidad al fin del negocio, si no ratificó la gestión, cuando el gestor creyó hacer un negocio propio; o cuando hizo un negocio que era común a él y otro, teniendo sólo en

¹⁴⁸ POTHIER, *Oeuvres complètes. Traité du contrat*, t. IX, § 185 y siguientes.

mira su propio interés; o si el dueño del negocio fuese menor o incapaz y su representante legal no ratificara la gestión”.

La mayoría de nuestra doctrina trata la primera parte de este artículo en consonancia con la parte pertinente del art. 2289, y concluye que no hay gestión de negocios. Llama la atención lo que manifiesta SEGOVIA por sostener que este artículo, “siguiendo con poca discreción” a FREITAS, “establece que hay gestión de negocios”¹⁴⁹. Es cierto que para FREITAS constituye gestión de negocios, pues él prescinde en absoluto del elemento subjetivo para tipificar la gestión, bastándole el acto del gestor. Pero no es éste el criterio de nuestro Código de acuerdo con la doctrina mayoritaria; según esta corriente, no existe gestión de negocios por faltarle un elemento esencial: la intención válida de realizar el negocio de otro. También se recurre a la expresión “gestión irregular” para designar esta situación, tema sobre el que volveremos.

No estamos de acuerdo en enfocar el art. 2302, Cód. Civil, en su primer supuesto, desvinculado de los dos siguientes, pues son aplicaciones del primero. Apoyamos el criterio de la fuente¹⁵⁰ y no encontramos fundamento alguno que avale el criterio contrario¹⁵¹.

Si no hacemos una interpretación sistemática, caeremos en abiertas y para algunos insolubles contradicciones, primordialmente en lo referente a la capacidad o incapacidad del dueño.

¹⁴⁹ SEGOVIA, L., *Código Civil*, t. I, p. 627, nota 9.

¹⁵⁰ POTHIER, *Oeuvres complètes. Traité du contrat*, t. IX, § 185 y siguientes.

¹⁵¹ Cfr. MACHADO, J. O., *Exposición y comentario*, t. VI, p. 168-169; LLERENA, B., *Concordancias*, t. VI, p. 168, pero sólo en alguna medida.

Lo que resulta de difícil justificación es la limitación de responsabilidad del dueño a la utilidad final del negocio. Según POTHIER, ella encuentra su fundamento en la equidad y en el principio de que nadie debe enriquecerse a costa de otro¹⁵². En nuestra ley, en la existencia de un error inexcusable en el gestor, que creyó hacer su propio negocio y por tanto actuó en su propio interés a pesar de ser ajeno, o común con otros e inclusive cuando el dueño fue un menor o incapaz.

De la teoría del error en nuestra ley y en la doctrina podemos concluir que es esencial e invalida el acto tanto el error en la persona (art. 923, Cód. Civil), interpretado como vicio de la voluntad cuando su consideración ha podido influir en la realización del acto jurídico¹⁵³, como el que recae sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira (art. 926, Cód. Civil). En cuanto a este último, sea que se lo considere integrado por dos supuestos¹⁵⁴ o como semejantes y complementarios¹⁵⁵.

La declaración de anulabilidad del acto viciado por error, está destinada a proteger al que incurrió en él, pero, para que pueda invocarlo, exige la ley que sea excusable (art. 929, Cód. Civil); si no lo es, el acto produce todos sus efectos *como si no hubiese vicio de*

¹⁵² POTHIER, *Oeuvres complètes. Traité du contrat*, t. IX, § 185 y siguientes.

¹⁵³ SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 5ª ed., Bs. As., Jesús Menéndez, 1931, n° 2311 y 2312.

¹⁵⁴ SALVAT, R. M., *Tratado. Parte general*, n° 2323 y 2325.

¹⁵⁵ LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 8º ed., Bs. As., Perrot, 1980, t. II, n° 1732.

la voluntad, "como si fuese voluntario y a pesar de que es, realmente, involuntario"¹⁵⁶.

GIORGI, en el derecho italiano, afirma que el error puede tener origen en la misma persona equivocada o en circunstancias que le son ajenas; o puede provenir de la parte contraria. Según este autor, en la primera hipótesis el error debe tenerse por inexcusable¹⁵⁷.

En nuestro país, ORGAZ, afirma que se derogan los principios "básicos y lógicos de la ley" al tratar un acto involuntario por estar viciado de error como si fuese voluntario, sólo para proteger al otro contratante de buena fe, y sintetiza: "En suma, el requisito de que el error sea 'excusable' (art. 929) presupone solamente el caso de que el otro contratante es de buena fe, en cuanto ni colaboró en la producción del error ni tuvo conocimiento de él. Cuando no se trata de este caso puro, es indiferente que el error sea excusable o no a los efectos de determinar la anulación del acto"¹⁵⁸.

Aplicando lo sumariamente expuesto a la gestión de negocios, vemos que hay una doble derogación de los principios generales. Para comenzar, la gestión de negocios es un hecho o un acto voluntario, empleando el vocabulario del derecho romano y el contenido de algunas legislaciones y alguna doctrina al tratarlo como cuasicontrato; o acto jurídico *stricto sensu*, según la teoría actual del negocio jurídico.

El error esencial transforma el hecho en involuntario y por tanto el acto en inválido, anulabilidad que depende de la acción del equivocado, el perjudicado,

¹⁵⁶ ORGAZ, ALFREDO, *El requisito de la "excusabilidad" del error como vicio de la voluntad*, LL, 71-1.

¹⁵⁷ GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones*, vol. III, nº 269.

¹⁵⁸ ORGAZ, A., *El requisito de la "excusabilidad" del error*, LL, 71-5.

el gestor. Sin embargo, adaptando la doctrina ya citada a la figura en estudio, vemos que se protege al dueño, presumiblemente porque no ha colaborado ni ha tenido conocimiento del error, que es siempre inexcusable en el gestor. De acuerdo con los principios básicos ya enunciados, la resultante debiera ser la plena validez de la gestión en toda su extensión, o sea, reconocerle al gestor el derecho al reembolso de los gastos, intereses, etc., conforme al art. 2298, pero nuestra ley va más lejos y sanciona una supuesta negligencia del gestor, restringiendo su derecho a la restitución únicamente a la utilidad existente al final del negocio.

§ 24. **INTENCIÓN DE OBTENER EL REEMBOLSO DE LOS GASTOS.** – Tal intención implica una faz negativa, que rechaza la gestión, y es la intención de hacer una liberalidad.

Nuestro Código Civil se refiere a este elemento en el art. 2289. En su parte primera, dispone “que el gerente se proponga hacer un negocio de otro, y obligarlo eventualmente”; esto último –obligarlo eventualmente– si es que surge del negocio alguna obligación, porque la gestión no tiene por finalidad inmediata crear una obligación directamente a cargo del dueño, sino realizar un acto voluntario, material o jurídico, en interés del dueño, que por circunstancias extrañas al gestor pueda inclusive determinar que no arroje ningún beneficio para el dueño, pero sí obligarlo, si ha realizado gastos o asumido obligaciones.

El mismo artículo *in fine*, excluye de la regulación de la gestión de negocios al gestor que “ha tenido sólo la intención de practicar un acto de liberalidad”. Fuente inmediata y casi textual es MAYNZ¹⁵⁹.

¹⁵⁹ MAYNZ, CH., *Curso de derecho romano*, t. II, § 441.

La intención de realizar una liberalidad no se presume. Proviene esta exclusión del derecho romano¹⁶⁰.

El art. 2302, igualmente *in fine*, dice: "o cuando hubiese emprendido la gestión del negocio por gratitud como un servicio remuneratorio". Esta última parte, en el único lugar en que la hemos encontrado, ha sido en FREITAS¹⁶¹, lo que nos obliga a recapacitar sobre dos puntos. 1) FREITAS es fuente innegable de VÉLEZ en este artículo, aunque el codificador no lo cite, y no sólo de la última parte, sino de todo su contenido. 2) ¿A qué se refiere? ¿Es una asimilación de la gestión de negocios a la donación remuneratoria? Evidentemente, la respuesta tiene que ser negativa, pues en dicha donación no hay gratuidad, sino onerosidad, y no es posible afirmar que no hay obligación preexistente, pues por definición la donación, para ser remuneratoria, debe ser hecha como recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, estimables en dinero y judicialmente exigible su pago (art. 1822).

Estamos frente a un supuesto de silencio en la doctrina. SEGOVIA dice que no se comprendería un acto de gratitud que perjudicase al benefactor¹⁶².

SALVAT, lo único que dice es: "La razón es que si ha habido *animus donandi*, toda reclamación ulterior parecería improcedente; pero en la medida del beneficio recibido por el dueño del negocio, el legislador ha creído justo autorizarla"¹⁶³.

¹⁶⁰ Digesto, libro III, tít. V, ley 5.

¹⁶¹ FREITAS, A. T. DE, *Código Civil*, t. II, art. 3437, inc. 4º.

¹⁶² SEGOVIA, L., *Código Civil*, t. I, p. 631, nota 37.

¹⁶³ SALVAT, R. M., *Tratado. Fuentes de las obligaciones*, t. III, nº 2613, p. 614.

El Código dice: "Aunque el negocio hubiese sido útilmente emprendido, el dueño sólo responderá hasta la concurrencia de la utilidad al fin del negocio, si no ratificó la gestión... o cuando hubiese emprendido la gestión del negocio por gratitud como un servicio remuneratorio" (art. 2302, Cód. Civil).

Si bien la intención de donar no se presume, hay supuestos en que sí se lo puede hacer, enunciados por el art. 1818, que nada nos aclara.

Es dentro del capítulo de la locación de servicios donde encontramos supuestos en que su prestación se presume gratuita: cuando no fue solicitada, o cuando el que la prestó habitaba en la casa de la otra parte (art. 1628, Cód. Civil).

Entonces entramos en el campo de la locación de servicios no retribuida, que por definición no es contrato típico. Los servicios, sean o no de la profesión o modo de vivir del que los presta, se presumen onerosos, salvo que las circunstancias hagan surgir la presunción de su gratuidad. Esta presunción surge *cuando el servicio no fue solicitado*, o cuando el que lo prestó habitaba en la casa de la otra parte. De donde se puede concluir, sin mayor temor a incurrir en error, que los servicios realizados sin ser solicitados configurarían gestión de negocios. Pero confluye por un lado la gratitud, que se puede identificar con la liberalidad y que excluye al servicio del ámbito de la gestión de negocios, y por otro lado no se le reconoce tal amplitud, desde el momento en que obliga a responder en la medida de la utilidad final.

¿Cuándo son remuneratorios y por qué? Volvemos al círculo vicioso, porque si tomamos el criterio aplicado en la donación, se podría legalmente cobrar por ellos, habría obligación previa exigible judicialmente, lo que excluiría la gestión de negocios.

Como si este silencio en que hemos sido abandonados fuese poco, tenemos que recordar que en virtud del art. 2300, Cód. Civil, el dueño del negocio no está obligado a pagar remuneración alguna por el servicio de la gestión. Y ya tenemos todas las piezas del rompecabezas a la vista.

En primer lugar, el servicio en sí de la gestión no es retribuable (art. 2300, Cód. Civil), pero si el gestor realiza personalmente actos materiales o intelectuales que de hacerlos un tercero se deberían incluir como gastos del negocio, de ellos responde el dueño, pues de lo contrario habría un enriquecimiento injusto.

Son estos últimos servicios los que se presumen gratuitos, por no habérselos solicitado (art. 1628), y por los que, no mediando una causa de gratitud, tendría derecho a exigir una remuneración, a los que la ley les reconoce, por no existir una indudable y absoluta certeza de la intención de realizar una liberalidad, el derecho al reintegro en la medida del beneficio del dueño. Pero se aplicará este artículo solamente en caso de duda. Pues el principio general, que exponremos más adelante, es el de reembolso del gasto realizado.

D) PRESUPUESTOS REALES O FICTICIOS

§ 25. **CAPACIDAD DEL GESTOR.** — El art. 2288 del Cód. Civil, al introducirse en el tema de la gestión de negocios, dice: “Toda persona capaz de contratar”.

En cuanto a la capacidad de contratar en nuestro derecho, hay dos corrientes doctrinarias: 1) la que le da como contenido la capacidad de disponer¹⁶⁴; o de

¹⁶⁴ SPOTA, A. G., *Instituciones. Contratos*, vol. II, p. 224.

obrar, de disponer¹⁶⁵, distinguiéndola de la capacidad volitiva (capacidad de querer y entender); 2) la que sostiene que la capacidad para celebrar actos jurídicos es la regla y que la capacidad para contratar en nada esencial difiere de la anterior¹⁶⁶.

Nuestra doctrina ha ahondado aún más. El fundamento que da SÁNCHEZ URITE para sustentar la distinción es el art. 899 del Cód. Civil, o sea, lo que la doctrina llama simples actos lícitos o hechos simplemente lícitos. Y siguiendo a dicho autor, ese artículo es el fundamento de la distinción de la capacidad general, que es la volitiva; y el mismo doctrinario acepta la existencia de la capacidad de contratar (de obrar, de disponer) como algo distinto¹⁶⁷. Este artículo, aplicado a la gestión de negocios y conforme al criterio del jurista que analizamos, que hace el estudio enfocando el mandato y la representación, hace que su opinión encuentre una contradicción en sí misma.

También se hace referencia a la legitimación¹⁶⁸. SPOTA la distingue de la capacidad de contratar, sin aclarar si son conceptos excluyentes o no¹⁶⁹. Coincide MOSSET ITURRASPE y afirma que el poder de obrar para cuidar intereses ajenos, puede recaer en una persona que sea incapaz de obrar, pero aclara que el gestor debe ser capaz de contratar por aplicación del art. 2288 del Cód. Civil¹⁷⁰.

¹⁶⁵ SÁNCHEZ URITE, E. A., *Mandato y representación*, p. 83.

¹⁶⁶ BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Omeba, 1968, t. I, p. 119. MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, p. 159 y siguientes.

¹⁶⁷ SÁNCHEZ URITE, E. A., *Mandato y representación*, p. 83.

¹⁶⁸ SPOTA, A. G., *Instituciones. Contratos*, vol. II, p. 236 y ss; MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, p. 162-163.

¹⁶⁹ SPOTA, A. G., *Instituciones. Contratos*, vol. II, p. 236 y siguientes.

¹⁷⁰ MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, p. 162-163.

En el derecho comparado, sea por el texto legal: art. 682, Código Civil alemán; art. 422, Código Civil suizo; art. 2029, Código Civil italiano; o habiendo silencio en las leyes, la casi unanimidad de la doctrina se pronuncia por la capacidad del gestor.

Dentro de las fuentes del Código se cita reiteradamente a POTHIER¹⁷¹ como defensor de la opinión contraria. El fundamento lo encuentra en que en el cuasicontrato las obligaciones nacen con prescindencia del consentimiento de las personas para quienes nacen tales obligaciones, y por tanto, es indiferente que ellas sean capaces o no de dar un consentimiento válido, puesto que quedan obligadas sin prestar su consentimiento y, por consiguiente, para que pueda válidamente contraer esta obligación, será indiferente que sea impúber o púber, menor o mayor¹⁷².

De CARVALHO SANTOS¹⁷³ cita a CARVALHO DE MENDOÇA, sustentando la opinión de que el gestor puede ser in-

¹⁷¹ POTHIER, *Oeuvres complètes. Traité du contrat*, t. IX, § 224, p. 200-201.

¹⁷² POTHIER, *Oeuvres complètes. Traité du contrat*, t. IX, § 224, p. 200-201. "Les obligations que les quasi-contrats produisent étant formées sans le consentement des personnes qui les contractent, il est indifférent que les personnes qui les contractent soient capables ou non de donner un consentement valable, puisque c'est sans leur consentement qu'elles contractent ces obligations... et par conséquent, il doit être indifférent qu'il soit impubère ou pubère, mineur ou majeur. Le droit romain ne devait donc pas excepter du principe la gestion des affaires des impubères. Le droit romain accorde bien au tuteur l'action *contraria tutelae* contre l'impubère lorsqu'il a utilement géré, quoique depuis, par quelque cas imprévu, l'utilité de sa gestion n'ait pas subsisté... Pourquoi, en pareil cas, ne pas accorder de même contre l'impubère l'action *contraria negotiorum gestorum*?"

¹⁷³ DE CARVALHO SANTOS, J. M., *Código Civil brasileiro. Interpretado principalmente no ponto de vista pratico. Direito das obrigações*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938, vol. XVIII, p. 388-389.

capaz puesto que las obligaciones emergentes del cuasicontrato no surgen por obra de la deliberación de su voluntad, sino por previsión de la ley, aunque tenga la intención de no obligarse¹⁷⁴.

Y continúa dicho autor comentando que cuando el acto lo realiza un incapaz, la ley concilia sus rigurosos principios sobre la capacidad con las responsabilidades de la gestión y hace al incapaz solamente responsable en la medida de su enriquecimiento y por hechos o actos ilícitos cometidos por él¹⁷⁵.

Por último, los MAZEAUD sostienen que la capacidad del gestor es en principio indiferente, porque sus obligaciones "nacen de la ley y no de su voluntad. Por tanto, un incapaz puede administrar válidamente los negocios ajenos. Además, la incapacidad tiene por objeto proteger al incapaz contra la otra parte contratante, tentada de abusar del estado de aquél; ahora bien, ese riesgo no existe para el gestor"¹⁷⁶.

Puesto que el problema a solucionar lo plantea el texto expreso de la ley, poco importa, al menos aparentemente, terciar en la polémica sobre las dos opiniones en nuestro país, pues ya hemos situado la gestión entre los actos jurídicos *stricto sensu*, o sea, que se requiere al menos la capacidad volitiva de querer y entender, al decir de SÁNCHEZ URITE¹⁷⁷, o sea, el menor impúber según el art. 921.

¹⁷⁴ CARVALHO DE MENDOÇA, *Contratos*, vol. 1, n° 120, citado por DE CARVALHO SANTOS, J. M., *Código Civil brasileiro*, vol. XVIII, p. 388-389.

¹⁷⁵ CARVALHO DE MENDOÇA, *Contratos*, vol. 1, n° 120, citado por DE CARVALHO SANTOS, J. M., *Código Civil brasileiro*, vol. XVIII, p. 388-389.

¹⁷⁶ MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de derecho civil*, parte segunda, vol. II, n° 676, p. 475-476.

¹⁷⁷ SÁNCHEZ URITE, E. A., *Mandato y representación*, p. 83.

Si la capacidad para contratar es sinónimo de capacidad para obrar, y como especie dentro de ella, la de disponer, resulta, por un lado, más lógico exigirla si se trata de un negocio que pueda implicar un acto de disposición para el patrimonio del gestor, pues por el art. 2305, Cód. Civil, él queda personalmente obligado frente a los terceros por los *contratos* que hizo con ellos con motivo de la gestión. Pero eso es verdad, sólo en cierta medida, porque si se ha cumplido con los requisitos tipificantes, aunque el dueño no ratifique la gestión tendrá derecho al reembolso de los gastos, pago de intereses y a ser liberado de las obligaciones contraídas.

En lo que se refiere al patrimonio del gestor, el negocio ajeno no significa acto de disposición de conformidad con los criterios ya delineados.

Concordamos con los MAZEAUD¹⁷⁸ y es plenamente aplicable a nuestro derecho que la sanción de la invalidez del acto ejecutado por un incapaz está dispuesta en su protección, previendo abuso de la otra parte contratante (arts. 1160, 1164 y 1165, Cód. Civil).

El art. 1049 del Cód. Civil establece: "La persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte", donde nuevamente se prevé que el capaz puede aprovecharse del incapaz.

Pero no es ésta la situación del gestor respecto del dueño que no aporta su consentimiento, pues si lo hiciese, no habría gestión de negocios, sino mutuo, comodato, depósito, mandato, o contrato atípico asimilable a la locación de servicios.

Si el gestor se limita a la realización de actos ma-

¹⁷⁸ MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de derecho civil*, parte segunda, vol. II, nº 676.

teriales, no inciden en modo alguno en su patrimonio, o sea, que estaría excluido de la distinción de actos de conservación, administración, disposición, pues tal acto no tiene contacto ni incidencia, ni tangencial siquiera, sobre su patrimonio. Entonces, su capacidad no puede determinarse con el criterio que hemos empleado hasta aquí, pues solamente requiere la capacidad para ejecutar actos jurídicos lícitos, o sea art. 921, menor impúber.

Ni tampoco se podrá hablar de un acto de administración por parte del gestor con relación a su patrimonio, desde el momento en que el negocio por él realizado no tiende a "hacer desempeñar *a su propio* patrimonio en todos los bienes que lo componen o en cada uno de éstos su función económica y social"¹⁷⁹.

No está legislada en nuestro Código explícitamente la capacidad para contratar y menos aún la de contratar para otro. El representante puede ser incapaz de obligarse (art. 1897, Cód. Civil), lo que es congruente, pues es el representado el que voluntariamente lo elige y asume la responsabilidad de los actos de su representante.

En la estipulación a nombre de tercero sin su autorización (arts. 1161 y 1162, Cód. Civil), poco importa respecto del tercero si el estipulante es capaz o no, pues lo relevante es que ratifique o no el contrato celebrado.

Nos falta enfocar el tema desde otro punto de vista, cual es la incidencia de la incapacidad del gestor en la anulación del contrato constitutivo del negocio gestionado. Aquí sí, y con las mismas dudas que son inherentes al tema, podemos determinar la necesidad

¹⁷⁹ SPOTA, A. G., *Instituciones. Contratos*, vol. II, p. 227 (El subrayado es nuestro.)

de capacidad de disponer, o administrar, según que el contrato que se celebre con el tercero requiera una u otra, y estaremos siempre dentro de la capacidad de obrar. El tercero no podrá alegar la nulidad y sólo el incapaz o sus representantes podrán solicitarla, todo ello por aplicación de los principios generales. Esto lleva a una conclusión paradójica: el tercero con quien contrató el gestor no puede recurrir a la nulidad en virtud de la incapacidad del gestor; el dueño tampoco puede alegarla, porque ella no ha sido establecida en su beneficio. Y la incongruencia: el incapaz que llevado a auxiliar, cuidar, mejorar a un congénere es el único autorizado para dar marcha atrás a todo lo actuado, o su representante, que fue lo suficientemente negligente para que el incapaz pudiese actuar sin su conocimiento y sin su autorización, so pretexto de un posible abuso del otro contratante, recibe como "premio" a su falta de atención al incapaz, que éste vea deshecho lo que hizo por solidaridad humana.

Si el otro contratante asume el riesgo de contratar con un incapaz que manifiesta hacerlo para otro, del que no tiene poder y no ha incurrido en conducta abusiva, *no se le debe permitir ni al incapaz ni a su representante alegar la nulidad por tal motivo.*

Viene en apoyo de lo que sustentamos el art. 428 del Código Civil italiano¹⁸⁰. Sintetizando lo que le-

¹⁸⁰ Código Civil italiano en MESSINEO, F., *Manual*, t. I, p. 121 y ss. "Art. 428: Los actos realizados por persona que, si bien no está sujeta a interdicción, se pruebe que ha sido por cualquier causa, aun transitoria, incapaz de entender o de querer en el momento en que los actos eran realizados, pueden ser anulados a instancia de la misma persona o de sus herederos o causahabientes, si resulta de ello un grave perjuicio para el autor.

"La anulación de los contratos *no se puede pronunciar* sino cuando, *por el perjuicio* que haya derivado o pueda derivar a la

gista, se puede decir que se requiere "la capacidad legal (mayor de edad, inmunidad de intervención o inhabilitación)", además "exige (indirectamente) que —bajo determinados presupuestos— el sujeto sea capaz de entender y de querer"¹⁸¹.

Lo destacable es que no siempre puede el incapaz de entender o de querer lograr la anulación del acto; se requiere grave perjuicio para el autor y que ello resulte de la mala fe del otro contratante.

Intrínsecamente la gestión es absolutamente insusceptible de determinar si requiere de un gestor capaz en alguna medida específica fuera del art. 921, Cód. Civil. No encontramos fundamento jurídico alguno que justifique la exigencia de nuestra ley de la capacidad de contratar del gestor en el sentido de capacidad de obrar, capacidad de disponer, que le dan algunos autores. Puede ser una cuestión de política legislativa, y evidentemente lo es.

§ 26. AUSENCIA DEL DUEÑO. NEGOCIO ABANDONADO. En el derecho romano aparentemente la ausencia del dueño del negocio era imprescindible¹⁸², pero del cuerpo legal mismo resulta que es aplicable al dueño presente que es incapaz¹⁸³ o al que ignora la gestión¹⁸⁴.

Aclarándose que "debemos tener por ausente al

persona del incapaz de entender o de querer o por la calidad del contrato o por otra causa, *resulte la mala fe* del otro contratante.

"La acción prescribe dentro del término de cinco años a contar del día en que el acto o el contrato se ha llevado a cabo.

"Queda a salvo toda diversa disposición de la ley". (El subrayado es nuestro.)

¹⁸¹ MESSINEO, F., *Manual*, t. VI, § 168, p. 445.

¹⁸² Digesto, libro III, tít. V, ley 1.

¹⁸³ Digesto, libro III, tít. V, ley 34, proemio.

¹⁸⁴ Digesto, libro III, tít. V, ley 41.

que no está en el lugar en que se pide; porque no exigimos que el ausente esté en ultramar; y si acaso se hallara fuera de los suburbios, está ausente. Pero estando hasta en los suburbios se considerará que no está ausente, si no se ocultara"¹⁸⁵.

Y nos queda el celeberrimo texto, también de ULPIANO: "Siempre se cree que el que no prohíbe que se intervenga por él, da para ello mandato" ("*Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*")¹⁸⁶.

En resumen, podemos concluir que ausente era el que estaba simplemente fuera de los muros de la ciudad y hasta extramuros, pero en los alrededores, si se ocultaba. No se extiende en el espacio territorial más allá que el radio limitadísimo que se determina en esa definición. Transportando dicho criterio a la realidad actual, creemos que no se puede hablar más que de domicilio real y/o especial que tenga el dueño. Porque solamente estando presente puede prohibir.

La doctrina se ha esmerado en poner el acento en la ausencia del dueño y olvida que en el mismo texto aclara ULPIANO: "Este edicto, es necesario, porque redundando en grande utilidad de los ausentes, a fin de que indefensos, no sufran la posesión de los bienes, o su venta, o no pierdan la enajenación de la prenda, o la acción de la pena en que se haya incurrido, o con injusticia su propia cosa"¹⁸⁷.

Según nuestro criterio, lo que prima es la indefensión de los negocios, que es el daño que la ley quiere evitar, y surge nítido de todos los ejemplos puestos por el jurista romano. Claro que puede ser que en la época romana fuera la ausencia la causa

¹⁸⁵ Digesto, libro L, tít. XVI, ley 199.

¹⁸⁶ Digesto, libro L, tít. XVII, ley 60. *De diversis regulis iuris antiqui*.

¹⁸⁷ Digesto, libro III, tít. V, ley 1.

más común, porque como dice JULIANO, "Las cosas que rara vez acontecen no son tenidas en cuenta inconsideradamente en la gestión de negocios" (*Ea quae raro accidunt, non tenere in agendis negotiis computantur*)¹⁸⁸, pero no justifica el requisito tantas veces aseverado de la ausencia del dueño para que pueda actuar el gestor, que, como vemos, *no es tal*. Tanto es esto así, que si el dueño ausente hubiese dejado apoderado que se hiciese cargo de sus negocios, ni en el derecho romano ni en el actual podrá aplicarse lo reglado en la gestión de negocios, al menos como criterio general.

¹⁸⁸ Digesto, libro L, tít. XVII, ley 64.