

CAPÍTULO IV

DIFERENCIAS CON OTROS INSTITUTOS

§ 34.	Estipulación en favor de terceros (art. 504, Código Civil)	85
§ 35.	Estipulación a nombre de tercero sin su autorización (arts. 1161 y 1162, Código Civil)	86
§ 36.	Contrato por persona a designar	87
§ 37.	Contrato por cuenta de quien corresponda	90
§ 38.	Representación	91
§ 39.	“Falsus procurator”	92
§ 40.	Mandato	93
	a) Mandato tácito	94
	b) Doctrina sobre el <i>distingo</i>	96
	a) Momento de iniciación de la gestión	97
	b) Consentimiento tácito: inacción o silencio como manifestación de voluntad	97
§ 41.	Sinopsis y esquema	102

CAPÍTULO IV

DIFERENCIAS CON OTROS INSTITUTOS

§ 34. *ESTIPULACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS (ART. 504, CÓDIGO CIVIL)*. – En la estipulación en favor de tercero, del contrato celebrado entre estipulante y promitente surge una ventaja en favor de un tercero. Éste, una vez que acepta el beneficio y lo hace saber, da estabilidad al contrato, pues los contratantes ya no pueden revocar el derecho constituido a su favor.

Esta figura contractual, respecto al tercero, se limita a conferirle una ventaja, sin imponerle obligación alguna.

Entre estipulante y tercero no surge ninguna relación jurídica.

En la gestión de negocios, el gestor puede contratar con un tercero, de lo cual puede surgir una ventaja para el dueño. En principio, ésa es la finalidad mediata del gestor, pero la inmediata y por definición, es realizar uno o más actos, jurídicos o materiales, que corresponden al patrimonio de otro, con intención de obligarlo eventualmente.

Simplificando al máximo, podemos decir que la estipulación crea una ventaja, mientras la gestión crea un conjunto de relaciones jurídicas, o sea, tanto derechos como obligaciones. En la primera no surge

vinculación alguna entre el estipulante y el tercero, mientras en la segunda se legisla específicamente el juego de las relaciones jurídicas originadas.

El estipulante puede revocar el beneficio concedido al tercero, mientras el gestor, como regla, no puede abandonar la gestión.

La titularidad del derecho del tercero beneficiario tiene como fuente el contrato de estipulación; mientras que en la gestión, por imperio de la ley, haya el gestor contratado a nombre propio o a nombre del dueño, queda personalmente obligado y por tanto entra la relación contractual en su patrimonio, es el titular de ella, hasta que el dueño ocupe su lugar, sea por ratificación, sea por aplicación de los principios de este instituto.

§ 35. ESTIPULACIÓN A NOMBRE DE TERCERO SIN SU AUTORIZACIÓN (ARTS. 1161 y 1162, CÓDIGO CIVIL). – La estipulación se limita a contratos y es la única hipótesis que admite comparación con la gestión, cuando ésta consiste en un contrato y además se contrata a nombre del dueño.

La inmensa afinidad surge de que en ambos institutos se contrata a nombre de otro sin autorización alguna.

El art. 1161 del Cód. Civil dice: “sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación”. Literalmente, es idéntico al caso de la gestión, pues ella requiere falta de autorización legal o voluntaria del dueño, y del art. 2305, Cód. Civil, surge que la ley no le confiere representación, pues si así fuese no quedaría personalmente obligado.

El gestor tiene que actuar para el dueño y con la intención de obligarlo. En la estipulación nada se dice.

Las consecuencias difieren diametralmente: según el art. 1161 la estipulación "no obliga ni al que lo hizo", mientras que en la gestión queda obligado personalmente. Es evidente, por tanto, que el Código encara supuestos diversos.

La clave de la distinción la tenemos en que el gestor actúa en un negocio objetiva y subjetivamente ajeno, con la intención de obligar al dueño.

Si el negocio es ajeno debe primar dicho interés, mientras que en la estipulación predomina el propio, siendo completamente indiferente al estipulante la forma en que el contrato afecte el patrimonio del tercero o su intención de obligarlo. Lo que encontramos es exclusión de asunción de obligación personal del estipulante en el contexto de las relaciones jurídicas emergentes e intrínsecas al contrato.

El gestor celebra el contrato correspondiente a un negocio ajeno con intención de obligar al dueño; ejecuta las prestaciones que corresponden al dueño, obligándose personalmente, si bien aclarando o no que es para un tercero, pero en interés de éste.

El estipulante se limita a celebrar un contrato sin formar parte integrante del contexto negocial principal, reduciendo su actividad a asumir como accesorio de lo anterior, o sea como obligación de medio o de resultado, la obtención de la ratificación del tercero.

Ambos contratos son válidos, pero la estipulación es ineficaz frente al tercero, mientras la gestión es plenamente eficaz frente al dueño, que, aun sin ratificar, puede ser condenado judicialmente a asumir las obligaciones que rechaza.

§ 36. *CONTRATO POR PERSONA A DESIGNAR.* — Figura legislada en el derecho italiano y en el Código de

Honduras de 1950. Dice el art. 1401 del Código italiano de 1942: "En el momento de la conclusión del contrato una de las partes podrá reservarse la facultad de nombrar posteriormente la persona que deba adquirir los derechos y asumir las obligaciones que nacen de dicho contrato"²²². Si la designación es válida, por aceptación o por existencia de una procura anterior al contrato, la persona nombrada adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas del contrato. Si la designación no fuese válida, el contrato producirá efectos entre los contratantes originarios.

Existe un arduo debate sobre la naturaleza jurídica de este instituto. En nuestro derecho, FONTANARROSA²²³ opina que es un supuesto de interposición provisoria de persona, que "se convierte en representación tan pronto como ella designa al representado"²²⁴.

Para MOSSET ITURRASPE también estamos en la esfera de la representación²²⁵.

Por su parte, MESSINEO desvincula esta figura de la representación para afirmar que "no tiene —desde el punto de vista jurídico— nada de común con la comisión o con la interposición ficticia de persona"²²⁶. Poniendo el acento en que si la designación es inválida o extemporánea, "el contrato se entiende consti-

²²² Cfr. art. 1401, Código Civil italiano, en MESSINEO, F., *Manual*, t. I, p. 282.

²²³ FONTANARROSA, RODOLFO O., *Derecho comercial argentino. Doctrina general de los contratos comerciales*, 2º ed., Bs. As., Zavalia, 1971, t. II, p. 100.

²²⁴ FONTANARROSA, R. O., *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 100.

²²⁵ MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, p. 187.

²²⁶ MESSINEO, F., *Manual*, t. IV, p. 440.

tuido, igualmente, desde el inicio, pero entre los contratantes originarios”²²⁷.

“Considerado esto, no hay, en ningún momento, falta de certeza en cuanto a la persona del contratante: el mismo existe siempre, *ab origine*; o es, con efecto retroactivo, la persona nombrada, o es el contratante”²²⁸.

CARIOTA FERRARA lo acerca a la esfera de la representación directa²²⁹. El fundamento estriba en que el contratante debe tener procura, o que el designado acepte, “...exactamente como ocurre para los negocios realizados por representante provisto de poder de representación”. Y más adelante afirma que es un contrato único, con la particularidad de que una de las partes contratantes “tiene dos sujetos alternativos”: el contratante originario sujeto a condición resolutoria y la persona a designar, sujeta a condición suspensiva²³⁰.

Si existe una procura anterior al contrato, no hay duda alguna que se está en el campo de la representación, pero si ella falta no es tan clara la naturaleza jurídica de la figura.

Si el gestor celebra un contrato con un tercero y le hace saber que es para otro cuyo nombre se reserva, ¿es gestión o es contrato por persona a designar?

Si el dueño ratifica la gestión y aun no ratificando, si se configuran los requisitos de ella, deja de estar personalmente obligado el gestor para tomar su lugar el dueño.

Si el contratante no designa válidamente al ter-

²²⁷ MESSINEO, F., *Manual*, t. IV, p. 440.

²²⁸ MESSINEO, F., *Manual*, t. IV, p. 441.

²²⁹ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, p. 605.

²³⁰ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, p. 605.

ceró o su designación es extemporánea, queda personalmente obligado.

La gestión regula la relación entre gestor y dueño y la de ambos frente a terceros; mientras que esta forma contractual de tercero a designar regula la relación entre los contratantes y de ambos frente al tercero a individualizar.

La gestión no necesariamente debe consistir en un contrato y puede obligar al dueño, sin su ratificación; mientras que esta otra figura es exclusivamente contractual y no puede obligar al tercero sin su aceptación, previa o posterior.

Son dos enfoques que nada tienen en común. Sería lo mismo que decir que es compraventa lo que relaciona al dueño con el vendedor, si el gestor adquirió materiales para realizar una obra para aquél y no una gestión de negocios.

§ 37. **CONTRATO POR CUENTA DE QUIEN CORRESPONDA.** A diferencia del contrato por persona a designar, donde el contratante conoce o puede conocer la persona a nombrar, en esta hipótesis por causas objetivas el contratante desconoce efectivamente quién es en definitiva el dueño.

También se discute su naturaleza jurídica. MESSINEO sostiene que es "una figura peculiar de gestión de negocios" que difiere de la normal en que el dueño es indeterminado²³¹. Sin embargo, no incide el error en el dueño ni es requisito constitutivo de la gestión que sea de un determinado dueño.

Para DE SEMO es un contrato a favor de tercero indeterminado²³², criterio en alguna medida comparado por CARIOTA FERRARA²³³.

²³¹ MESSINEO, F., *Manual*, t. IV, p. 442.

²³² DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos*, p. 47.

²³³ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, p. 606.

En nuestro derecho, FONTANARROSA²³⁴ es muy contundente al rechazar la posibilidad enunciada por los dos últimos autores mencionados. Es que el beneficiario nunca es parte contratante pese a "aceptar" el beneficio²³⁵.

Ya hemos manifestado que la gestión de negocios es un acto jurídico *stricto sensu*. Puede tener por objeto un contrato. En todos estos supuestos hablamos de contratos (actos jurídicos propiamente dichos o negocios jurídicos). No se debe confundir la actividad del gestor, con los actos, jurídicos o no, que pueda realizar al llevar a cabo su gestión.

No se nos oculta que en la práctica nada fácil resulta la distinción. Si en razón de que la casa vecina se inundó o se derrumbó parcialmente, etc., y para evitar que los muebles continúen arruinándose, los deposito por cuenta de quien corresponda, pues desconozco quiénes son los moradores de dicha finca, es evidente que respecto de ellos estoy haciendo una gestión de negocios y que el objeto de esa gestión es un negocio consistente en un contrato por cuenta de quien corresponda.

§ 38. **REPRESENTACIÓN.** — La representación, sea de origen voluntario o legal, tiene como característica que el acto jurídico realizado por cuenta y en nombre del representado produce efecto directamente en su persona y en su patrimonio.

Si alguien actúa en interés o por cuenta de otro pero en nombre propio, los efectos recaen sobre la persona que actúa y se transferirán a aquél en cuyo

²³⁴ FONTANARROSA, R. O., *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 102.

²³⁵ FONTANARROSA, R. O., *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 102.

interés actuó a través de las relaciones jurídicas existentes entre ellos, pero no directamente del acto realizado con el tercero.

Esta última, llamada por la doctrina representación indirecta o impropia, no es representación²³⁶.

La gestión es también, si no una declaración, una manifestación de voluntad unilateral, pues es un acto voluntario del gestor que no necesita ser recepticio, pues su efecto se produce igualmente si el dueño la ignora. Por sí sola no es suficiente para engendrar obligaciones a cargo del dueño, sino que requiere que concurren los demás requisitos tipificantes del instituto. Pero aun así, no obliga directamente al dueño sino al gestor, y mediante acción subrogatoria o por ratificación, se transferirán finalmente los efectos a aquél. No inmediatamente como en la representación, sino indirectamente.

§ 39. **"FALSUS PROCURATOR"**. – Es el que obra sin tener poder, ocultando ante el otro contratante tal falencia y a diferencia del gestor actúa en interés propio.

Puede actuar: 1) sin poder; 2) traspasando los límites de la procura; 3) dentro de los términos de la procura, pero excediendo los límites de sus facultades.

En nuestra ley, hay que tener en cuenta el conocimiento o la falta de él, del otro contratante.

Si el otro contratante tiene conocimiento de la irregularidad, el contrato es ineficaz frente al supuesto representado y válido entre los contratantes. El vocabulario empleado por la ley es equívoco, pero comprensible, dado el desarrollo actual del tema y el

²³⁶ SÁNCHEZ URITE, E. A., *Mandato y representación*, p. 37.

criterio dominante en su época, de nulidad del contrato respecto de la posibilidad de crear obligaciones a cargo de un tercero (*res inter alios acta*). En los arts. 1931 y 1932, Cód. Civil, *se contrata en nombre del mandante* y se reitera en alguna medida lo legislado por el art. 1161. Es una estipulación a nombre de tercero sin su autorización y el art. 1932 viene a confirmar lo que hemos manifestado oportunamente y es que el contratante queda obligado; en la medida que sea como obligación de medio o de resultado se compromete a presentar la ratificación, o según este artículo se obliga a ejecutar personalmente el contrato ("se obligó por sí mismo").

En el art. 1933 puede llegar a configurarse una gestión de negocios, si actúa llenando los requisitos de dicha figura. Pero si actúa *sólo en interés personal*, se lo sanciona en su conducta dolosa, quedando a opción del que actuó diligentemente, accionar por cumplimiento de contrato o por nulidad del mismo; en ambos supuestos, además, por indemnización de daños y perjuicios.

Lo dicho hasta el momento es aplicable a los dos primeros supuestos. Para que sean eficaces frente al supuesto seudorrepresentado, éste debe ratificar lo actuado. Y esto no se requiere en la gestión.

La hipótesis del art. 1934 no puede llegar a configurar gestión, pues constantemente se actúa en base a una procura dada, si bien en exceso de la misma.

§ 40. **MANDATO.** — Es el contrato por el cual una parte se obliga a realizar uno o varios actos jurídicos por cuenta de la otra parte que se obliga a asumir la titularidad de ellos.

En principio, la diferenciación es sencilla. El mandato, por ser contrato, es acto jurídico bilateral o

acto jurídico propiamente dicho o negocio jurídico. La gestión es un acto jurídico *stricto sensu*.

El mandato tiene por objeto exclusivamente actos jurídicos. La gestión actos materiales, intelectuales o jurídicos.

La delimitación de la actuación del mandatario surge de las facultades acordadas y del o los actos jurídicos a realizar (art. 1905, Cód. Civil). Las obligaciones del mandatario surgen del contrato de mandato. Las del gestor tienen como origen la actuación espontánea en un patrimonio ajeno, sin obligación preexistente que lo ligue, y se determinarán sus obligaciones en función de la naturaleza de las que asuma y las que correspondan a las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 512, Cód. Civil).

Las similitudes son varias, pero no confunden: tanto mandatario como gestor tienen obligación legal de dar preferencia a los intereses del mandante o del dueño (art. 1908 y arg. arts. 2289, 2294 y 2303, Cód. Civil).

Ambos pueden actuar en nombre del mandante o dueño, o en el propio; también les corresponde rendir cuentas. Cuando actúan a nombre propio quedan personalmente obligados (arts. 1929 y 2305, Cód. Civil).

a) MANDATO TÁCITO. Pero todo esto no son más que consecuencias. El problema que se plantea en derecho comparado y en el nuestro estriba en la distinción entre mandato tácito y gestión de negocios. El art. 1874 prescribe: "El mandato tácito resulta no sólo de los hechos positivos del mandante, sino también de su inacción o silencio, o no impidiendo, pudiendo hacerlo, cuando *sabe que alguien está haciendo algo en su nombre*". Y el art. 2288, en la parte pertinente, dice: "tenga conocimiento de la gestión, sea que la ignore".

Para comenzar, el problema se circunscribe a la realización de uno o varios actos jurídicos, por cuanto no hay posibilidad de confusión si el objeto de la gestión es un acto material o intelectual.

Para determinar si existe o no contrato y qué clase de figura contractual constituye, se recurre al momento de su celebración. Los caracteres de los contratos se determinan siempre en el momento de su celebración. Sólo recurrimos a la conducta *posterior* de las partes contratantes para interpretarlos, pero también se atiende a la conducta concomitante y anterior de las mismas, a idéntico fin.

Creemos que esto es fundamento suficiente para concluir que el momento a tener en cuenta para determinar la existencia o inexistencia de consentimiento, o sea mandato, es aquel en el cual el gestor inicia su actividad en patrimonio ajeno, cuando se exterioriza la realización del negocio ajeno.

Si el dueño ignora esta actividad, sea efectuada a su nombre o al del gestor, por cierto que no hay dudas que se trata de una gestión, no de un mandato.

Más complicado es el planteamiento si el dueño tiene conocimiento de la gestión.

El art. 2288 del Cód. Civil, manifiesta que se configura gestión, "sea que el dueño del negocio tenga conocimiento de la gestión, sea que la ignore".

Y el art. 1874 del Cód. Civil, dice: "El mandato tácito resulta... sino también de su inacción o silencio, o no impidiendo, pudiendo hacerlo, cuando sabe que alguien está haciendo algo en su nombre".

Para que exista gestión de negocios es *irrelevante* el conocimiento o la ignorancia del dueño. Pero la existencia de mandato excluye la gestión, pues el mismo art. 2288 afirma que el gestor "se encarga *sin mandato* de la gestión".

b) DOCTRINA SOBRE EL DISTINGO. Podemos agrupar las opiniones en nuestra doctrina como sigue:

1) Si al *iniciarse la gestión* el dueño la ignora, hay gestión; si en ese momento el dueño del negocio tiene conocimiento de ella y pudiendo evitarla, no la impide, su inacción o silencio importa de su parte un consentimiento y, por consiguiente, habrá mandato tácito²³⁷.

2) *Niega relevancia al momento de iniciación* y pone el acento en que el interesado sabe que otra persona está haciendo algo por él, y pudiendo impedirlo, guarda silencio, entonces hay mandato; si lo sabe, pero no puede impedirlo, hay gestión²³⁸.

3) La gestión requiere la *falta de conocimiento* del dueño; si hay conocimiento hay mandato tácito²³⁹.

4) Si *actúa a nombre de otro*, que conociendo el hecho y pudiendo impedirlo guarda silencio, se configurará un mandato tácito; si obra en nombre propio se configura gestión de negocios, aunque el dueño conozca la gestión²⁴⁰.

²³⁷ MACHADO, J. O., *Exposición y comentario*, t. VI, p. 150; SEGOVIA, L., *Código Civil*, t. I, p. 627; SALVAT, R. M., *Tratado. Fuentes de las obligaciones*, t. III, p. 596; LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría. Parte general*, t. I, p. 299, nota 2 y p. 300.

²³⁸ BORDA, G., *Tratado. Contratos*, t. II, p. 489. Critica la teoría anterior afirmando que "la ratificación equivale a mandato (art. 2304), y es siempre posterior a la iniciación de la gestión". No se puede aceptar esta crítica puesto que no toda ratificación equivale a mandato, pues según el art. 1936 para que se produzca tal efecto es menester el silencio del mandante opuesto al aviso del mandatario. Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría. Parte general*, t. I, p. 300 en nota.

²³⁹ LAFAILLE, H., *Curso de contratos*, t. III, p. 95, y MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, p. 431.

²⁴⁰ MARTÍN DE MUNDO, J. A., *Estudios de la gestión de negocios*,

5) Por último, no aclara LLERENA²⁴¹ y no toma posición SÁNCHEZ URITE²⁴².

Esto nos obliga a enfocar el problema desde distintos puntos de vista: a) momento de iniciación de la gestión; b) consentimiento tácito: inacción o silencio como manifestación de voluntad.

a) MOMENTO DE INICIACIÓN DE LA GESTIÓN. Se puede considerar que ella se ha iniciado cuando el gestor exterioriza su voluntad en tal sentido y si ella es equívoca, será necesario un paso más, o sea ejecución de modo tal que no quede duda sobre dicho comienzo²⁴³.

b) CONSENTIMIENTO TÁCITO: INACCIÓN O SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD. El consentimiento puede ser expreso o tácito; este último surge, no de cualquier conducta sino de un comportamiento que indudable e inequívocamente autorice a presumirlo (art. 918, Cód. Civil). No se le reconoce tal eficacia jurídica cuando la ley exige una expresión positiva, o hay una exteriorización de voluntad expresa en contrario.

El silencio es una forma de manifestación tácita y la ley crea una presunción *iuris tantum* de la exis-

LL, 60-873, secc. doctr., "expreso o tácito el mandato siempre supone representación". Olvida el texto expreso del Cód. Civil en su art. 1890: "El mandato no da representación", y los arts. 1929, 1930 y ss., que hacen responsable al mandante que actúe en exceso o abuso de mandato. ACUÑA ANZORENA en SALVAT, R. M., *Tratado. Fuentes de las obligaciones*, t. III, p. 597 en nota.

²⁴¹ LLERENA, B., *Concordancias*, t. VI, p. 548.

²⁴² SÁNCHEZ URITE, E. A., *Mandato y representación*, p. 168-169.

²⁴³ SALAS, A. E., *El requisito de la "utilidad"*, LL, 1955-III-293. "Sólo cuando los efectos del acto cumplido no pueden ser desviados a favor de un tercero o del propio gestor, se podrá decir que la gestión se ha iniciado".

tencia de voluntad encaminada a un determinado acto (art. 919, Cód. Civil)²⁴⁴.

Otro caso nos lo muestra el art. 1874, donde "la ley sienta una presunción *iuris tantum* de la existencia de una determinada voluntad, y el sujeto imputado puede demostrar que esa voluntad falta apelando a cualquier medio de prueba"²⁴⁵. Además, la inacción o el silencio, pueden no ser válidos por estar viciada la voluntad²⁴⁶.

De donde concluimos que conocimiento no significa consentimiento y que es necesario que tal inacción o silencio sean voluntarios.

Si el interesado "sabe que alguien *está haciendo algo en su nombre*", la gestión de negocios jurídicamente estaría iniciada y configurada, *pero* el legislador sólo permite su existencia si no hay un mandato. Aparentemente se ubica al que "está haciendo" en una posición más ventajosa que la del gestor, pues crea una presunción de consentimiento del interesado si guarda silencio o no se opone. Esta voluntad presunta debe ser válida.

Decimos *aparentemente* más ventajosa porque de conformidad con el art. 1933, Cód. Civil, el mandatario que contratare pasando los límites del mandato: "Quedará sin embargo personalmente obligado, y podrá ser demandado por el cumplimiento del contrato o por indemnización de pérdidas e intereses, si la parte con quien contrató no conocía los poderes dados por el mandante". Esto no es más que legislar la misma responsabilidad del art. 2305 respecto del ges-

²⁴⁴ SPOTA, ALBERTO G., *El silencio como manifestación del consentimiento en los contratos. La cuestión en la locación de obra y de servicios*, LL, 24-715.

²⁴⁵ BREBBIA, R. H., *Hechos y actos jurídicos*, t. I, p. 260.

²⁴⁶ BREBBIA, R. H., *Hechos y actos jurídicos*, t. I, p. 260.

tor. ¿Y qué poderes puede conocer el tercero si se llega al consentimiento a través de una presunción legal?

Entonces, no es éste el artículo aplicable ni tampoco el inmediato anterior, o sea el 1932, que contempla el caso del que contratase en nombre del mandante, *pasando los límites del mandato*, con conocimiento de los poderes dados por el mandante por la parte con quien contrató el mandatario, estableciendo que "sólo quedará obligado para con la parte con quien contrató, *si por escrito se obligó por sí mismo*, o se obligó a presentar la ratificación del mandante" (art. 1932, Cód. Civil). Ahora sí, el mandatario se encontraría en una situación mucho más ventajosa que la regulada en el título correspondiente a la gestión. El tercero sabe que el que actúa carece de poderes.

Pero es el mandante el más perjudicado por lo regulado en el art. 1874, pues su ratificación, que por cierto no es consentimiento, aumenta considerablemente sus obligaciones y limita los derechos que la gestión le otorga.

Creemos que en el art. 1874 se configura una sanción, pues la ley impone al mandante "una obligación de explicarse" (art. 919, Cód. Civil)²⁴⁷.

Como dice SPOTA²⁴⁸, "el silencio puede implicar, como la inacción, voluntad declarada. Esta conclusión concuerda con el principio de la 'buena fe creencia' que debe prevalecer en la celebración de los contratos y, en general, de los actos jurídicos. Además, hay una obligación —un *debet*— para los hombres

²⁴⁷ BREBBIA, R. H., *Hechos y actos jurídicos*, t. I, p. 253, opina que es una carga legal.

²⁴⁸ SPOTA, A. G., *El silencio como manifestación del consentimiento en los contratos*, LL, 24-720.

que viven en sociedad, y es el de no permanecer callados cuando media, *por las circunstancias*, el deber de hablar. El legislador no puede, por otra parte, amparar a quien ha creado con su silencio una *apariencia de derecho*: esta situación productora de errores o falsas interpretaciones en los demás, debe resolverse, si necesario fuere, en perjuicio de quien se comportó desoyendo los dictados de la ley, la cual exige que se mantenga siempre incólume el principio de la buena fe contractual"²⁴⁹.

La parte que alega el consentimiento se propondrá en primer lugar probar la existencia del contrato. En este caso el contrato es de mandato y puede celebrarse aun verbalmente (art. 1873, Cód. Civil) y entre las partes admite toda clase de pruebas, pues al referirse a un acto jurídico, no se está especificando monto y por tanto no requiere la prueba por escrito. Distinta es la representación, o sea la facultad de actuar a nombre de tercero, pues conforme al art. 1184, inc. 7º, Cód. Civil, deben otorgarse por escritura pública los poderes para administrar bienes. Y por el juego de los arts. 976 y 977, Cód. Civil, la falta de escritura pública no puede ser suplida por especie diferente.

Hasta el momento tenemos que concluir que respecto al tercero con quien se contrata para obligar al representado, se requiere la exhibición del poder redactado en escritura pública. Y no hay tal escritura pública.

No queda otra conclusión posible que la siguiente: el silencio o la inacción, ante la obligación de expresarse impuesta por la ley (arts. 919 y 1874, Cód. Civil), crea una presunción de consentimiento, sólo

²⁴⁹ SPOTA, A. G., *El silencio como manifestación del consentimiento en los contratos*, LL, 24-720.

respecto de la existencia de contrato de mandato, no en lo referente a la existencia de representación.

Pero para que opere dicha presunción es imprescindible que el mandante tenga conocimiento "que alguien está haciendo algo en su nombre". Frente a este conocimiento media su inacción, silencio o no impide, pudiendo hacerlo: entonces la ley presume que dicho comportamiento por omisión, significa consentimiento, salvo prueba en contrario.

Si se actúa en nombre propio, es menester que ya se haya iniciado el negocio para que pueda llegar a conocimiento del dueño y por tanto, hay imposibilidad material que el interesado no sólo tenga conocimiento, sino, más aún, que haya podido prestar su consentimiento a un acto o una serie de actos que ignora que están siendo realizados. Su exteriorización de voluntad posterior, no configura consentimiento tácito, sino ratificación.

Supongamos que por la clase de negocio que se realiza, inmueble en condominio, el dueño tenga conocimiento de lo que se está ejecutando en su interés. No llega a configurarse mandato por cuanto el consentimiento tácito del mandante, que como ya hemos dicho consiste en una sanción legal, para ser presumido por ley, requiere que se actúe en nombre del mandante. Como es una sanción es de interpretación restringida y no puede ampliarse a situaciones no enunciadas.

Si el que interviene en patrimonio ajeno lo hace a nombre del dueño y media su inacción, silencio o no impide, pudiendo hacerlo, la ley presume que dicho comportamiento por omisión, aunado con el conocimiento de lo que se ha comenzado a hacer, es consentimiento. Consentimiento que debe ser válido, y entonces estamos frente a mandato tácito.

Si el que interviene en patrimonio ajeno lo hace a nombre del dueño, que se opone en forma expresa, tendremos gestión de negocios si media un interés legítimo por parte del gestor. Si tal interés falta, no hay gestión de negocios.

§ 41. **SINOPSIS Y ESQUEMA.** – a) El momento en que se inicia la actividad en patrimonio ajeno es primordial para determinar si existe o no contrato.

b) La presunción de “consentimiento” a través del “conocimiento” del art. 1874 y la conducta por omisión allí mencionada actúa como una sanción.

c) Dicha presunción es *iuris tantum* y por tanto susceptible de prueba en contrario.

d) El consentimiento debe ser válido.

e) Si en el inicio de la gestión se actúa en nombre propio, tenga o no el dueño conocimiento de ella, hay gestión de negocios, pues la presunción legal opera como sanción y no es de aplicación extensiva.

f) Si en el inicio de la gestión actúa en nombre del dueño, éste tiene conocimiento de lo que se realiza y no puede oponerse, hay gestión de negocios, pues “conocimiento” no es *consentimiento*.

g) Si en el inicio de la gestión actúa en nombre del dueño, éste tiene conocimiento de lo que se realiza y pudiendo oponerse, no lo hace, hay consentimiento y por tanto mandato tácito.

h) Si en el inicio de la gestión actúa en nombre del dueño, éste tiene conocimiento de lo que se realiza y pudiendo oponerse, *se opone*, hay gestión de negocios si el gestor tiene un interés legítimo. Si no existe tal interés, no habrá gestión de negocios y menos aun mandato.

