

Año XII — Julio - Septiembre de 1944. — N.º 49

Revista de Derecho

SUMARIO

MANUEL LOPEZ REY-ARROJO	PROYECTO OFICIAL DE CODIGO PENAL	PAG. 203
RAMON DOMINGUEZ B.	EL DOMINIO HORIZONTAL	" 213
RENE VÉRGARA V.	¿DEBE EL EJECUTANTE RESPONDER DE LOS HECHOS CULPABLES DEL DEPO- SITARIO DESIGNADO EN UNA EJE- CUCION?	" 237
DAVID STITCHKIN B.	EL MANDATO CIVIL	" 249
	JURISPRUDENCIA	
	NULIDAD DE UNA ADJUDICACION	" 275
	RECLAMACION	" 283
	SIMULACION DE CONTRATO	" 289

PUBLICACIONES DEL SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Y DEL H. CONSEJO PROVINCIAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DE CONCEPCION

DAVID STITCHKIN B.

EL MANDATO CIVIL

CAPITULO QUINTO

OBLIGACIONES DEL MANDATARIO

(Continuación)

P.*RINCIPIOS generales.*— Como todo contrato legalmente celebrado, el mandato es una ley para las partes contratantes, artículo 1545. El mandatario es obligado, en consecuencia, a todo aquello que expresamente conviene con el mandante y a todas las cosas que emanan de la naturaleza del mandato, o que por la ley o la costumbre pertenecen a él, artículo 1546.

En términos generales, las obligaciones del mandatario pueden reducirse fundamentalmente a dos: a) ejecutar el encargo que se le ha confiado, con la diligencia de un buen padre de familia, y b) rendir cuentas de su cometido (1).

La obligación de realizar el negocio cometido, aparece de la misma definición que nos da el artículo 2116: "El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". La expresión "hacerse cargo" importa que el mandatario se compromete a ejecutar los negocios que le encomienda el mandante, bajo la sanción de ser responsable de los perjuicios que irroque a éste la inejecución total o parcial del encargo.

(1) Baudry-Lacantineri e, ob. cit. pág. 298. N.º 562.

Excepcionalmente, el mandatario puede retractarse, después de haber aceptado, mientras el mandante se halle en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona. Lo autoriza para ello el artículo 2124. Pero, por regla general, debe cumplir el encargo para evitar la responsabilidad que del incumplimiento se deriva, artículo 2167.

El mandatario debe actuar con la diligencia y cuidado de un buen padre de familia, porque es responsable hasta de la culpa leve en el cumplimiento del encargo, artículo 2129. Esto implica tanto actuar diligentemente como abstenerse de ejecutar aquellos actos que puedan ser perjudiciales al mandante, y aun abstenerse de cumplir el encargo que se le ha confiado si de la ejecución puede resultar perjuicio para el comitente, artículos 2145, 2146 y 2149.

La obligación de rendir cuentas aparece establecida expresamente en el artículo 2155: "El mandatario es obligado a dar cuenta de su administración". Este deber del mandatario es propio de todo el que administra bienes ajenos, sea por disposición de la ley o por voluntad de las partes. Tiene su fundamento inmediato en el carácter de mero tenedor que asume el mandatario respecto de los bienes que recibe del mandante para la ejecución del negocio, o de los terceros por cuenta del mandante. Su fundamento último es la necesidad de mantener separados los patrimonios del mandante y del mandatario — en general del administrador y del administrado — puesto que cada patrimonio es una individualidad jurídica en que actúa soberanamente su titular, salvo las limitaciones que impone la ley en beneficio del interés colectivo.

La rendición de cuentas supone, implícitamente, la obligación de restituir lo que el mandatario ha recibido en razón del mandato, sea que haya contratado en su propio nombre o a nombre del mandante.

121. *Ejecución del mandato.*— El mandatario es obligado a la ejecución del mandato una vez que ha prestado su aceptación, salvo que se haya estipulado un plazo o sujetado al evento de una condición, en cuyos casos, según los principios

generales, no podrá exigírsele el cumplimiento mientras no se haya cumplido el plazo o verificado la condición.

No obstante, la ley autoriza al mandatario para retractarse de la aceptación y, por consiguiente, exonerarse del cumplimiento, siempre que no haya dado principio a la ejecución y que el mandante se encuentre en condiciones de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a otra persona, artículo 2124, inciso 2.º.

Si ha dado principio a la ejecución del encargo no puede retractarse de la aceptación, puesto que el contrato ya se ha realizado parcialmente. En tal caso cabe la renuncia, que, como lo veremos más adelante, está sujeta a ciertas condiciones e impone al mandatario cierta responsabilidad.

Se requiere, además, para la eficacia de la retractación, que el mandante se encuentre en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo o de cometerlo a otra persona. No llenándose esta condición, la retractación es válida, pero impone al mandatario la responsabilidad de los perjuicios que la retractación causa al mandante, lo que importa, en el fondo, la subsistencia de la relación contractual — el mandato — con la salvedad de que el mandante no puede exigir el cumplimiento forzado de la obligación — no puede compeler al mandatario a la ejecución del encargo — pero sí puede exigir la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento.

También puede liberarse el mandatario de la ejecución del negocio cuando el mandante no cumple, por su parte, las obligaciones que el contrato le impone. El artículo 2159 establece: "El mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo".

Esta disposición es una aplicación particular al mandato del principio general establecido en el artículo 1552, según el cual, "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

Aun cuando no se dice expresamente, el mandatario tampoco es obligado a ejecutar el encargo cuando la ejecución se ha hecho totalmente imposible, sea absolutamente, sea

con relación al mandatario. La obligación de ejecutar el negocio, dentro de la clasificación general de las obligaciones en de dar, hacer y no hacer, pertenece a la segunda categoría y, por consiguiente, puede excepcionarse el deudor alegando "la imposibilidad absoluta para la ejecución actual de la obra debida", que contempla el artículo 534 del Código de Procedimiento Civil al reglamentar el juicio ejecutivo en las obligaciones de hacer y de no hacer. Esta situación es semejante a la que se produce para el deudor de una obligación de dar cuando la especie o cuerpo cierto que se debe ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor. Es decir, se extingue la obligación, artículos 1567, N.º 7, y 1670.

La imposibilidad de ejecutar el encargo puede ser absoluta, como si la cosa que se ha ordenado comprar ha perecido, o relativa, como si el mandatario ha enfermado gravemente y no puede atender ni aun sus propios negocios, artículo 2167, inciso 2.º.

Por último, tampoco es obligado el mandatario a la ejecución del encargo si sería manifiestamente perniciosa para el mandante, artículo 2149. Esta situación, más que una causa que libera al mandatario de la obligación de cumplir su cometido, es una obligación negativa o de no hacer, cuya contravención le hará responsable de los perjuicios, según las reglas generales, como veremos más adelante.

Salvos los casos indicados, el mandatario debe ejecutar el encargo que se le ha encomendado y si no lo hace es responsable del daño emergente y lucro cesante que de la inejecución se hallan seguido para el mandante (2).

Debe observarse que todos los tratadistas coinciden unánimemente en imponer al mandatario la responsabilidad por los perjuicios que de la inejecución resulten al mandante, y no puede ser de otro modo puesto que de negársele al mandante el derecho a exigir tal reparación, la obligación del mandatario quedaría desprovista de sanción jurídica y escaparía, entonces, a las normas legales (3).

(2) Planiol y Ripert, ob. cit. pág. 812 N.º 1465.

(3) Mancadé et Pont, ob. cit. pág. 540, N.º 984. Pothier, ob. cit. N.º 38. Baudry Lacantinerie, ob. cit. Pág. 298, N.º 563. Mourlon, ob. cit. Pág. 503. N.º 1096.

Ninguno considera la posibilidad, sin embargo, de que el mandante prefiera exigir el cumplimiento forzado de la obligación, compeliendo al mandatario a ejecutar el encargo por medio de multas o arrestos, o pidiendo autorización al tribunal para encomendarlo a un tercero, a expensas del mandatario, artículos 1553, Núms. 1 y 2 del Código Civil y 543 del Código de Procedimiento Civil.

En realidad, el mandato excluye, por su propia naturaleza, el cumplimiento forzado de la obligación, puesto que es un contrato intuitu persona en que la consideración de las aptitudes propias del mandatario han inducido al mandante a confiarle el encargo. Resistiéndose aquél a ejecutar voluntariamente el negocio encomendado, resultaría peligroso y posiblemente perjudicial para el mandante obligarle a ejecutarlo contra su voluntad y aun, prácticamente, no habría medio lícito que permitiera arrancarle su consentimiento para la celebración de los contratos que fuesen indispensables para el desempeño del mandato. De aquí, entonces, que la inejecución del mandato sólo autorice al mandante para pedir la indemnización de los perjuicios derivados de esa circunstancia.

Para la procedencia de la indemnización se requiere, según las reglas generales, que el mandatario se encuentre constituido en mora y que el incumplimiento haya producido realmente perjuicios. Esto importa decir que debe haberse interpelado al mandatario, artículo 1551, y que es necesario que el incumplimiento se deba a culpa o dolo del mismo.

El mandante que pretende hacer efectiva la responsabilidad del mandatario por la inejecución del encargo, sólo debe probar la existencia del contrato y el monto de los perjuicios que ha sufrido.

No pesa sobre él la prueba de la falta de cumplimiento, la cual se presume, pues el mandatario, hallándose obligado al cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de sus obligaciones, debe probar las circunstancias que le han impedido hacerlo (4). Por el contrario, el mandante tiene derecho a exigir al mandatario que acredite fehacientemente la ejecución del mandato y que exhiba los instrumentos públicos o

(4) Eaudry Lacartinerie, ob. cit. Pág. 355, N.º 660.

privados que han debido extenderse en el desempeño del cometido (5).

Por lo demás, el artículo 1698 establece que la prueba de las obligaciones o de su extinción incumbe al que alega aquellas o ésta. Si el mandante acredita la existencia del contrato y la de los perjuicios que cobra, prueba la existencia de la obligación del mandatario y éste, para exonerarse de responsabilidad, debe probar, a su vez, que ha ejecutado el encargo o que si no lo ha hecho ha sido por causa ajena a su voluntad, artículo 1547.

Si el mandatario pretende que se ha abstenido de la ejecución por considerarla manifiestamente perniciosa para el mandante, deberá probar la circunstancia que alega, pues ésta es el fundamento de la excepción que opone para extinguir su responsabilidad.

122. *Objeto del mandato.*— Hemos visto, en su oportunidad, cuáles son los actos y negocios que pueden ser objeto del mandato. Ahora analizaremos un nuevo aspecto del objeto del mandato, considerado exclusivamente en sus relaciones entre mandante y mandatario.

Decíamos que la obligación del mandatario consiste en ejecutar el encargo que le hace el mandante. Es decir, la suya es una obligación de hacer y, por consiguiente, nos toca aplicar las disposiciones pertinentes a esta clase de obligaciones.

El artículo 1460 dispone que "toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer". Y el artículo 1461 agrega que "si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

Aplicando estos preceptos al mandato, debemos concluir que el negocio que se encomienda debe ser moral, lícito y posible. Así, dice Baudry-Lacantinerie, el mandato es nulo por tener un objeto imposible, si el hecho que se encomienda al mandatario ya no puede realizarse materialmente. De este

(5) Planiol y Ripert, ob. cit. Pág. 812. N.º 1465.

modo, el mandato conferido para jugar o apostar — en el caso del juego o apuesta lícitos — es nulo por falta de objeto si ya al conferirse se ha efectuado el juego o la apuesta en que incidía el mandato. De la misma manera, si ya se ha efectuado el negocio para el cual se confiere mandato, este será nulo porque carece de objeto o, mejor, tiene un objeto imposible. En tal forma, sería nulo por falta de objeto, el mandato conferido para efectuar un préstamo ya realizado (6).

123. *Mandato conferido para la ejecución de hechos ilícitos.*— Mourlon considera que uno de los elementos esenciales del mandato es que "el negocio que se encomienda no contenga nada contrario a las leyes o a las buenas costumbres" (7). Pothier expresa que "el negocio, para que el contrato sea válido, debe ser honrado, no contrario a la ley ni a las buenas costumbres (8).

Parece un poco estrecho considerar que esa circunstancia es de la esencia del mandato. En verdad, es propia de toda relación jurídica que arranque de un acto o declaración de voluntad. De ahí, entonces, que sea innecesario estudiar especialmente tales requisitos en el mandato, salvo para examinar los efectos que acarrea.

Como principio absoluto podemos decir que el mandato conferido para ejecutar un acto inmoral o ilícito, es nulo absolutamente. Tal ocurre, por ejemplo, con el mandato para hacer contrabando o para adquirir cosas de contrabando o que han sido hurtadas o robadas (9). Asimismo, es nulo por ilicitud del objeto, el mandato conferido para traspasar bienes a personas incapaces de adquirirlos (10).

Siendo absoluta la nulidad que afecta al mandato, puede alegarla cualquiera persona que tenga interés en ella, el ministerio público, el juez puede y debe declararla de oficio si aparece de manifiesto en el acto o contrato, pero no puede invocarla el que contrató sabiendo o debiendo conocer el

(6) Ob. cit. Pág. 233. N.º 444. Pothier, ob. cit. Pág. 173. N.º 6.

(7) Mourlon, ob. cit. Pág. 497. N.º 1086.

(8) Pothier, ob. cit. Pág. 174. N.º 7.

(9) Laurent, ob. cit. Pág. 445. N.º 402.

(10) Troplong, ob. cit. N.º 427.

vicio que lo invalidaba, artículo 1683. En consecuencia, si el mandante conocía o debía conocer la ilicitud del negocio que encomendaba, no podrá alegar la nulidad del contrato de mandato, ni como acción ni como excepción. Aplicando estos principios se resolvió que "el artículo 1683 del Código Civil, por consideraciones de moralidad, prohíbe alegar la nulidad del acto o contrato al que lo ha ejecutado sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, y por tanto, no procede aceptar el recurso fundado en semejante nulidad y que tiende a obtener precisamente esa misma declaración de nulidad en el fallo de reemplazo, que debería dictarse como consecuencia de la casación del recurrido" (11).

Para que el juez, por su parte, pueda declarar de oficio la nulidad proveniente de la ilicitud del mandato, es necesario que ella aparezca de manifiesto en el mismo contrato. La sentencia citada, que se pronunció también sobre este punto, estableció que "la declaración de oficio de la nulidad absoluta sólo tiene lugar cuando consta o es patente en el acto o contrato mismo que debe invalidarse, o sea, en el caso de que se trata, tal nulidad debería constar en el contrato de mandato celebrado entre las partes y por cuyo ejercicio una reclama de la otra el honorario correspondiente. En consecuencia, continúa el fallo, no puede declararse de oficio la nulidad que se funda en que el abogado tenía el carácter de promotor fiscal de Concepción si no aparece del contrato que éste tuviera esa calidad cuando prestó esos servicios, ni menos es patente la inhabilidad legal que en razón de ese cargo le afectaría para el ejercicio de la profesión de abogado, lo cual exige una declaración previa con audiencia del propio interesado" (12).

La declaración de nulidad puede producirse antes que el mandato haya sido ejecutado o después. En el primer caso, el mandante no podrá exigir al mandatario la ejecución del encargo ni éste podrá realizarlo, puesto que desaparece el vínculo contractual que los unía. Tampoco procederá acción para pedir la rendición de cuentas, pero es evidente que el mandatario deberá restituir lo que hubiere recibido del man-

(11) R. de D. y J. T. XXII. Sec. 1.a. Pág. 780.

(12) R. de D. y J. T. XXII. Sec. 1.a. Pág. 780.

dante por concepto de honorarios o anticipos para el desempeño del encargo. Es decir, se aplican las reglas de las prestaciones mutuas a que se refiere el artículo 1687. Este principio presenta una excepción en el caso que el mandante haya procedido a sabiendas de la ilicitud del negocio encomendado, pues entonces no podrá repetir contra el mandatario lo que le haya dado o pagado con dicho fin, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1468.

Si la declaración de nulidad del mandato se produce después que éste ha sido ejecutado, es necesario distinguir si el mandatario actuó de buena o mala fe. En el primer caso, que constituye la regla general puesto que la buena fe se presume, el mandatario se convierte en agente oficioso y tiene derecho a que se le reembolsen las expensas útiles o necesarias, si el negocio ha sido bien administrado, pero no tendrá derecho a exigir salario alguno, artículos 2122 y 2290. El mandante, a su vez, podrá exigir la restitución de lo que el mandatario haya recibido por cuenta del primero, en sus relaciones con los terceros, sin perjuicio de las prestaciones a que se encuentre obligado el mandante a favor de los mismos terceros en cuanto se declare, también, la nulidad de los actos ejecutados por el mandatario en cumplimiento del mandato nulo (13).

Lo dicho es sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1468 ya citado.

Si el mandatario actuó de mala fe, se aplican las reglas generales de la nulidad y particularmente la del artículo 1468, pues el artículo 2122 se refiere al caso específico del mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo.

En cuanto a los contratos celebrados con los terceros, serán ordinariamente nulos ya que la ilicitud del objeto en el mandato proviene, precisamente, de la ilicitud del objeto del negocio encomendado. Sin embargo, los contratos accesorios al negocio principal, celebrados por el mandatario con los terceros, y que no estén afectos al vicio que anula el negocio principal, serán válidos, no obstante la nulidad del mandato, y obligarán al mandante respecto de los terceros de buena fe. Se llega a esta conclusión aplicando el precepto del ar-

(13) Plantol Ripert. Ob. cit. Pág. 802. N.º 1457.

tículo 2173. Conforme a esta disposición, los contratos celebrados por el mandatario después de la expiración del mandato, obligan al mandante respecto de los terceros que contrataron de buena fe, esto es, ignorando la cesación de las funciones del mandatario. Ese principio, inspirado en razones de seguridad social en favor de los que contratan con mandatarios, se encuentra plenamente justificado, también, en el caso que estamos analizando. Así, por ejemplo, si el mandatario a quien se le había encomendado el traspaso de bienes a un incapaz, contrata, a nombre del mandante, los servicios de un profesional para que redacte las escrituras necesarias, éste tiene acción contra el mandante, si ignoraba la ilicitud del negocio que realizó el mandatario. Esto en el supuesto que el mandatario haya contratado a nombre de su mandante. Si ha contratado a su propio nombre será siempre responsable frente a los terceros y no podrá alegar la nulidad del mandato, que para éstos es un acto inoponible, que no les afecta.

124. *Mandato general y mandato especial.*— En el mandato como en los demás contratos, dice Pothier, el objeto debe ser determinado, so pena de nulidad (14). Así el mandato para ejecutar un negocio, sin especificarlo, o para comprar algo, es nulo por indeterminación del objeto.

El artículo 1461 de nuestro Código Civil dispone que "no sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije las reglas o contenga datos que sirvan para determinarlas".

Conforme a esta disposición, el mandato puede comprender uno o más negocios específicamente determinados o un conjunto de negocios determinados en cuanto a su género. Así, el mandato puede conferirse para comprar un inmueble específico, o para vender ciertas cosas del poderdante, etc., o bien, para todos los negocios del mandante o para todos los negocios del mandante salvo las excepciones que se indican.

(14) Ob. cit. Pág. 175. N.º 9.

Si el mandato comprende uno o más negocios especialmente determinados, se llama *especial*; si se da para todos los negocios del mandante, es *general*, y lo será igualmente si se da para todos con una o más excepciones determinadas. Tal es lo que dispone el artículo 2130.

Debe observarse fundamentalmente que la clasificación precedente se hace atendiendo a la *extensión de los negocios* que comprende el mandato y no a las facultades que se confieren al mandatario en el ejercicio de su cometido. De manera, pues, que si se confiere el encargo de gestionar todos los negocios del mandante, el mandato será general y, sin embargo, el mandatario no tendrá en el desempeño de su cargo ninguna de las facultades especiales que el artículo 2132 excluye del concepto genérico de "actos de administración". A la inversa, un mandato especial en cuanto a los negocios determinados que comprende, puede contener atribuciones más amplias, en lo que se refiere a las facultades que se confieren al mandatario en la realización del negocio, que un mandato general.

En otros términos, la calificación del mandato general o especial interesa únicamente para establecer de qué negocios puede conocer válidamente el mandatario; para determinar qué asuntos del mandante son de su competencia y cuáles escapan a ella. Esclarecido este primer punto, corresponde determinar con qué facultades entrará el mandatario a conocer los negocios que son de su incumbencia. Así, por ejemplo, establecido que el mandato se ha conferido para la gestión de los negocios relativos a una fábrica o industria determinada que posee el mandante, deberemos concluir que el mandatario sólo puede conocer legítimamente de estos negocios y no de otros que sean ajenos a la fábrica o industria. Ahora será necesario determinar con qué facultades o atribuciones podrá intervenir el mandatario en estos negocios que son de su incumbencia: si puede transigir, comprometer, hipotecar, empeñar, etc. En este segundo aspecto no interesa ya la clasificación del mandato en general o en especial, sino la naturaleza del mandato: si es de simple administración, de libre administración, especial en cuanto a las facultades, etc.

Insistiremos en que tanto el mandato general como el especial en cuanto a su objeto confieren naturalmente las

mismas facultades, salvo que las partes hayan convenido lo contrario o que la ley disponga otra cosa. Tal es lo que aparece, por lo demás, del mismo artículo 2130, ya transcrito, que después de sentar la clasificación del mandato en general y en especial, agrega que "la administración está sujeta en todos casos a las reglas que siguen", o sea, a las contenidas en el párrafo 2.º que trata "de la administración del mandato" y que no distinguen entre mandato especial o general.

Precisando este concepto, volvamos a la clasificación aludida.

Interesa observar, desde luego, que el mandato especial se caracteriza porque los negocios que comprende se hallan "especialmente determinados". Equivale a la "comisión" de que trata el Código de Comercio al referirse al mandato comercial. El artículo 235 de ese Código establece que "el mandato comercial toma el nombre de comisión cuando versa sobre uno o más operaciones mercantiles individualmente determinadas". Así, el mandato para administrar una fábrica determinada es especial, porque se refiere a un negocio especialmente determinado: la administración de la fábrica.

Si el mandato se confiere para todos los negocios del mandante, será general, y también, agrega nuestro Código, si se confiere para todos los negocios del mandante, con una o más excepciones determinadas. De esta manera se puso término a una larga controversia suscitada entre los tratadistas franceses acerca del carácter general o especial que revestía el mandato conferido en esos términos. El artículo 1987 del Código Civil francés dispone, en efecto, que "el mandato es especial y para un negocio o ciertos negocios solamente, o general y para todos los negocios del mandante".

Baudry-Lacantinerie, comentando esa disposición, incurre en una falta de precisión y claridad al confundir el mandato especial con el mandato que contiene facultades especiales. Como ya lo hemos observado, son situaciones diferentes que se refieren a aspectos distintos del mandato: una que dice relación con los negocios que comprende; otra, que dice relación con las facultades de que goza el mandatario para realizarlos.

La distinción entre mandato general y especial tiene gran interés práctico y escaso interés doctrinario. Prácticamente importa establecer los límites de la competencia del mandatario, pues, como lo veremos en su oportunidad, no afectan al mandante los actos ejecutados por aquél respecto de negocios cuya gestión no se le ha encomendado. Teóricamente no existe diferencia intrínseca o substancial entre el mandato general y el especial; ambos están sujetos a las mismas reglas de administración, artículo 2130, inciso 2.º, y revisten los mismos caracteres.

Por último, determinar la extensión del objeto del mandato es una cuestión de hecho que queda entregada a la apreciación de los tribunales del fondo, con el mérito de las pruebas que se produzcan. Será, en último término, una cuestión de interpretación del contrato que debe sujetarse a las prescripciones de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil.

La jurisprudencia de nuestros tribunales es unánime en este sentido. La Corte Suprema ha establecido que "la interpretación dada por el tribunal sentenciador a un mandato, en el sentido de que no ha sido bastante para que se otorgara una escritura pública que estableciera la existencia de una obligación contraída por el mandante con anterioridad a él, sin mencionarse a éste y sin un antecedente de análogo valor de convicción, está fuera del margen jurídico de que dispone el tribunal de casación para pronunciarse a su respecto, por cuanto queda con el carácter de un hecho de la causa, que no ha desnaturalizado el contrato, pues se limita a exponer su alcance". Y que "la sentencia que, estudiando el mandato, desprende de su tenor, con la facultad privativa que le corresponde al tribunal sentenciador sobre los hechos, que la intención del mandante fué que se hipotecara su propiedad en garantía de un préstamo de dinero y no de un arrendamiento, interpreta un contrato aplicando las disposiciones legales que de ello tratan y no los artículos 2115, 2131, 2132, 2133 y 2134 del Código Civil" (16).

(16) R. de D. y J. T. XXVIII. Sec. 1.ª. Pág. 470.

125. *Determinación de las facultades del mandatario.*

— Una vez establecido qué negocios se han encomendado al mandatario, es necesario entrar a determinar las facultades que se le han conferido para el desempeño de la gestión. Esta es, sin duda, una de las cuestiones que reviste mayor importancia por la extraordinaria aplicación que reciben las reglas a cuyo estudio nos consagraremos.

El principio general que impera en este punto es que las facultades del mandatario dependen exclusivamente de la voluntad del mandante. La ley, mediante sus disposiciones, no pretende otra cosa que interpretar la voluntad del mandante cuando ésta no aparece claramente expresada o cuando el mandante ha omitido manifestarla en lo relativo a ciertos actos o cosas.

De aquí, entonces, que el artículo 2131, con que se inicia el párrafo relativo a la administración del mandante, disponga que "el mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos que las leyes lo autoricen para obrar de otro modo".

El mandatario debe ceñirse, pues, rigurosamente, estrictamente, fielmente, a la voluntad del mandante, procurando gestionar el negocio que se le ha cometido dentro de las condiciones económicas, jurídicas y de tiempo que le ha fijado el mandante. Este principio informa toda clase de mandato, sea general o especial, civil, judicial o mercantil. El artículo 268 del Código de Comercio dispone al respecto que "el comisionista deberá sujetarse estrictamente en el desempeño de la comisión, a las órdenes o instrucciones que hubiere recibido de su comitente". Y el artículo 305 agrega que, "en cuanto al precio, lugar, época, modo y demás circunstancias de la venta encomendada, el comisionista se conformará rigurosamente a sus instrucciones".

Pero no basta que el mandatario gestione la realización del negocio en las condiciones que se le han señalado; es menester que ejecute el negocio encomendado por los medios que el mandante le indica. La recta ejecución del mandato, dispone el artículo 2134 del Código Civil, comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales ha querido el mandante que se lleve a cabo. Y debe realizar el negocio totalmente si tal ha sido la voluntad

del mandante, porque de otro modo la ejecución parcial no le obliga sino en cuanto le aprovechare, artículo 2161, inciso 1.º.

Surge ahora la cuestión de saber cómo se determina la voluntad del mandante, que ha de servir de pauta para establecer, a su vez, si el mandatario ha ejecutado el encargo en la forma debida o si se ha apartado de sus instrucciones haciéndose responsable de los perjuicios consiguientes.

Se ha considerado por algunos comentaristas de nuestro Código que "tratándose de la interpretación del mandato, cuando se trata de saber los poderes o atribuciones con que el mandatario se halla investido, hay una verdadera excepción a los principios generales de interpretación de los contratos. En efecto, conforme al artículo 1560 del Código Civil, conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que lo literal de las palabras. En el mandato esta regla sufre un quebranto. Los términos empleados tienen preferencia sobre la intención misma, o, más bien dicho, la intención está en lo literal de las palabras".

"La ley ha dado cierto carácter sacramental a las palabras que emplea el mandante en el instrumento del mandato. Ante todo, el mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos o palabras del mandante" (17).

No estamos de acuerdo con la opinión citada, mucho menos si se considera que estamos tratando la cuestión desde el punto de vista de las relaciones internas entre mandante y mandatario.

En efecto, si bien es cierto que para determinar el alcance de las facultades del mandatario en sus relaciones con los terceros no es posible atender a la intención del mandante — que aquellos no han podido conocer — sino a su voluntad declarada que es el único elemento que puede permitir a esos terceros conocer la extensión de las facultades del mandatario con quien contratan, tratándose de las relaciones jurídicas producidas entre mandante y mandatario no se ve razón alguna para pretender que se ha sentado una regla de excepción al artículo 1560 y que el mandatario debe ceñirse

(17) Gustavo Sanhueza C. "De la Administración del Mandato". Memoria 1930. Pág. 12.

a los términos literales del contrato y no a la voluntad real del mandante, que le fué conocida. El artículo 2131 no pretende otra cosa que sentar categóricamente el principio de la primacía absoluta de la voluntad del mandante sobre la del mandatario en orden a la realización de los negocios cuya gestión le ha encomendado, para precaver, así, los riesgos que pudieran seguirse para el mandante de aceptar la posibilidad contraria.

Por lo demás, el artículo 2134, a que ya nos hemos referido incidentalmente, prescribe que "la recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo", lo cual supone, entonces, la necesidad de interpretar su voluntad conforme a las reglas sentadas en los artículos 1560 y siguientes.

La Corte Suprema ha establecido expresamente que determinar las facultades del mandatario es una cuestión de pura interpretación del contrato, de manera que para tal efecto el tribunal debe recurrir a las disposiciones relativas a la interpretación de los contratos y no a los artículos 2116, 2131, 2132, 2133 y 2134 que se refieren a los actos de administración del mandatario (18). En otra sentencia resolvió que "la casación por quebrantamiento de la ley del contrato es procedente cuando la sentencia desnaturaliza el contrato atribuyéndole una calificación y efectos distintos de los que legalmente le corresponden porque entonces se infringe la ley general, y es improcedente cuando se refiere a la mera inteligencia e interpretación de las cláusulas de un contrato, racionalmente derivadas de los hechos que fija la misma sentencia, porque en tal caso se trata de interpretar la ley particular que las partes se han impuesto en protección de sus respectivos derechos e intereses y no existe la razón de orden público ni de interés social a que corresponde el recurso de casación. No procede, en consecuencia, el recurso de casación contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que se ha reducido a interpretar un poder "con arreglo a los hechos que en él se expresan, dándoles en orden a las facultades representativas que confiere al mandatario, la inteli-

(18) R. de D. y J. T. XXVIII. Sec. 1.ª. Pág. 470.

gencia que su concepto le merece y *ajustándose además para ello a la voluntad e intención de las partes* deducida del contexto general del mandato y de sus cláusulas y términos, en sus relaciones con los preceptos legales que le son aplicables y con la prueba practicada, concretándose a interpretar la ley privada de las partes en conformidad a las estipulaciones que ellas establecen y de las que emana la relación de derecho del litigio" (19).

No cabe duda, entonces, que el principio general que informa nuestra legislación en este punto es que "el mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del mandato" y para precisar cuáles son esos términos es necesario atender a la voluntad y espíritu de las partes contratantes, esto es, del mandante y mandatario, para lo cual los tribunales deben aplicar las reglas generales de interpretación de los contratos con el mérito de las pruebas que se rindan y de acuerdo, además, con las disposiciones pertinentes que reglan la materia (20).

De tal premisa se desprende necesariamente que la determinación de las facultades conferidas al mandatario es una cuestión de hecho, cuyo conocimiento corresponde en forma privativa al tribunal sentenciador y escapa a la competencia de los tribunales de casación, salvo que para establecerlas se hayan infringido las leyes reguladoras de la prueba dándoles un mérito que la ley no les reconoce, admitiendo pruebas que la ley rechaza o desechando aquellas que la ley autoriza. Por esto se ha resuelto que "la interpretación dada por el tribunal sentenciador al mandato en el sentido de que no ha sido bastante para que se otorgara una escritura pública que estableciera la existencia de una obligación contraída por el mandante con anterioridad a él, está fuera del margen jurídico de que dispone el tribunal de casación para pronunciarse a su respecto, por cuanto queda con el carácter de un hecho de la causa que no ha desnaturalizado el contrato, pues se limita a exponer su alcance; (21) que "no procede aceptar la infracción que se funda en la inteligencia y al-

(19) R. de D. y J. T. VII Sec. 1.ª. Pág. 461.

(20) R. de D. y J. T. XVII. Sec. 1.ª. Pág. 809.

(21) R. de D. y J. T. XXVII Sec. 1.ª. Pág. 809.

cance dado al mandato por el tribunal sentenciador en uso de sus facultades y en conformidad a los términos mismos del mandato"; (22) que "el tribunal sentenciador que aprecia la extensión y mérito probatorio de un mandato y establece que un mandatario estaba autorizado para aceptar letras de cambio obra dentro de sus facultades privativas de estimar la prueba y fijar los hechos de la causa"; (23) que "es un hecho de la causa que el tribunal sentenciador establece con facultad privativa y sobre cuya apreciación no tiene jurisdicción la Corte de casación, el de que un mandatario tiene facultad para celebrar una transacción"; (24) que "al declarar que el mandatario estaba facultado para reconocer deudas del mandante, el tribunal sentenciador ha hecho uso de facultades privativas al apreciar la prueba"; (25) y que "es soberana la apreciación del tribunal sentenciador que establece que el mandatario ha extralimitado sus funciones y aunque se la suponga errada, no puede dar margen al recurso de casación si no altera la naturaleza jurídica del contrato (26).

La jurisprudencia contraria es sumamente escasa. Sólo hemos podido encontrar una sentencia del año 1907, dictada por la Corte Suprema, donde estableció que "el alcance de las cláusulas del mandato no es cuestión de hecho que pueda apreciar el tribunal sentenciador, sino que está sujeto al criterio del tribunal de casación" (27). Esta sentencia importa un desconocimiento de los principios que informan la interpretación de los contratos, que según los tratadistas y la jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales, es una cuestión puramente de hecho y, por lo tanto, del resorte exclusivo de los tribunales del fondo.

De esta circunstancia fluye una consecuencia que ya se habrá podido observar a través de los fallos anotados: las sentencias que determinan el alcance e interpretación del mandato y las facultades que se han concedido al mandatario

(22) R. de D. y J. T. XXII. Sec. 1.a. Pág. 853.

(23) R. de D. y J. T. IX. Sec. 1.a. Pág. 253.

(24) R. de D. y J. IX. Sec. 1.a. Pág. 493.

(25) R. de D. y J. VII. Sec. 1.a. Pág. 217.

(26) R. de D. y J. T. IV. Sec. 1.a. Pág. 71.

(27) R. de D. y J. T. VII. Sec. 1.a. Pág. 262.

para la gestión de los negocios encomendados no pueden atacarse, en este punto, por el recurso de casación de fondo. En otros términos "los tribunales se hallan investidos de facultades exclusivas para apreciar las cuestiones de hecho y establecer el sentido y alcance de los contratos, siempre que se limiten a la apreciación del contrato conforme a la circunstancia de la causa, cuestión que por ser de hecho no es jurídicamente susceptible del recurso de casación en el fondo" (28). "Por consiguiente, debe rechazarse el recurso si al apreciar los jueces de fondo el alcance de los términos del mandato y su extensión, no han hecho sino resolver según su criterio con el mérito de los antecedentes que se han suministrado (29).

No obstante, debe tenerse presente que para apreciar el alcance y extensión del mandato los jueces del fondo deben sujetarse al mérito de autos — artículo 167 del Código de Procedimiento Civil — y examinar las pruebas rendidas conforme al valor que legalmente les corresponda, artículos 430 y 431 del Código de Procedimiento Civil, de manera que si dan a los medios de prueba producidos en autos un valor distinto del que la ley les asigna, procede el recurso de casación en el fondo por infracción de las leyes reguladoras de la prueba. Casada la sentencia por esta causa, correspondería a la misma Corte Suprema, en su sentencia de reemplazo, establecer cuáles hechos deben tenerse por acreditados y cuáles no, lo que importará, en definitiva, establecer cuáles son las facultades que se han conferido al mandatario. Así lo han entendido nuestros tribunales y nuestra Corte de casación, pronunciándose indirectamente al respecto, en una sentencia de cuyo contenido aparece que "establecido por el fallo recurrido que está justificado que se confirió poder para enajenar y que el mandatario lo dió a su vez para lo mismo a un tercero, no se puede sostener que éste no ha tenido título para representar y comparecer con esta representación a enajenar bienes del primitivo mandante, sin contrariar abiertamente aquellos hechos que corresponde establecerlos a los jueces del fondo con facultad privativa y que no po-

(28) R. de D. y J. T. VII. Sec. 1.ª. Pág. 461.

(29) R. de D. y J. T. XXIV. 1.ª. Pág. 433.

drian ser contradichos por el tribunal de casación si en el recurso no se sostiene que la sentencia ha quebrantado las disposiciones legales que regulan el valor de los medios probatorios o su apreciación comparativa al tomar en cuenta el valor de los documentos, sino que se expresa que ese error ha desnaturalizado el acto o contrato materia de la controversia al establecer que hubo delegación o poder conferido y que el acto celebrado se conformó a la naturaleza y facultades de éste" (30). Procede, también, el recurso de casación en el fondo por violación de las leyes reguladoras de la prueba, cuando el tribunal sentenciador da por establecidos los hechos de la causa — las facultades del mandatario — con el mérito de pruebas que la ley rechaza o desecha aquellas que la ley admite (31).

Tal ocurre, por ejemplo, cuando tratándose de un mandato civil se dan por establecidas ciertas facultades del mandatario que no aparecen en el instrumento respectivo, con el mérito de la prueba testimonial producida por una de las partes. Por esto se ha resuelto que "la exclusividad del encargo no dice relación con cosas pertenecientes a la esencia ni a la naturaleza del contrato, sino que importa un accidente del mismo, por lo cual debe constar en él por medio de una cláusula especial expresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 1444 del Código Civil y además, si se refiere a obligación o promesa de obligación de cosa de valor superior a \$ 200 y siendo de tal naturaleza el contrato en su totalidad o en cada uno de sus componentes o estipulaciones, semejante exclusividad no podría convenirse verbalmente ni podría probarse su existencia por testigos ni adicionarse en tal forma con ella aquel contrato escrito, por prohibirlo el artículo 1709 del mismo Código, de donde resulta ineficaz y sin valor alguno la prueba testimonial rendida por el actor para acreditar la existencia de la referida estipulación (32).

En todos estos casos procede, pues, el recurso de casación en el fondo no obstante el principio general que la determinación de las facultades del mandatario es una cues-

(30) R. de D. y J. T. XXVII. Sec. 1.ª. Pág. 473. y T. XXVII. Sec. 1.ª. Pág. 809.

(31) R. de D. y J. T. XXXI. Sec. 1.ª. Pág. 394.

(32) R. de D. y J. T. XXXIV. Sec 2.ª. Pág. 1.

tión de hecho que depende de la inteligencia y alcance dados por el tribunal sentenciador al contrato de mandato, dentro de sus facultades privativas.

Resumiendo, es necesario concluir, entonces, que "establecido por los jueces del fondo, haciendo uso de las facultades que por la ley les corresponden, los hechos que estiman probados dentro de la litis y no indicándose como infringidas las leyes reguladoras de la prueba, la determinación de tales hechos escapa a las rectificaciones o enmiendas propias de la casación" (33).

Todo esto partiendo del supuesto que el tribunal sentenciador haya tenido que recurrir a la interpretación de las cláusulas del contrato para fijar su verdadera aplicación y alcance. Insistimos en ello porque ocurre frecuentemente que el tribunal recurre también a las disposiciones pertinentes del Código Civil para establecer la extensión de las facultades del mandatario, sea porque el mandante se ha remitido expresamente a ellas, sea porque, en su silencio, deben aplicarse tales disposiciones supletorias de la voluntad de los contratantes. Es indiscutible que si en este caso el tribunal sentenciador interpreta o aplica erróneamente tales disposiciones, procederá el recurso de casación por infracción de ley, siempre que esa infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo. Así por ejemplo, si la sentencia establece que estaba facultado el mandatario para enajenar las cosas de su mandante porque así aparece del instrumento mismo en que se confirió el mandato y de las demás pruebas pertinentes que se han producido en los autos, no procederá al recurso de casación que se pretenda interponer por violación de las leyes que establecen las facultades del mandatario, ya que para llegar a aquella conclusión el tribunal se funda en la inteligencia y alcance de las estipulaciones convenidas, lo que es materia de su competencia exclusiva. En cambio, si la sentencia establece que se trata de un mandato de simple administración (cuestión de hecho) y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2132 el mandato de simple administración faculta al mandatario para enajenar las cosas de su mandante (cuestión de derecho puesto que

(33) R. de D. y J. T. XXII. Sec. 1.ª. Pág. 824.

se refiere a la interpretación y alcance de las disposiciones legales), será procedente el recurso de casación en el fondo por violación de ley, si ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo.

Los mismos principios que imperan en nuestro derecho informan también la legislación francesa. Los jueces del fondo, dicen Planiol y Ripert, que tienen poder soberano para apreciar la existencia del mandato, aprecian no menos soberanamente la extensión del mismo, tanto en lo que conviene a la naturaleza de los actos permitidos al mandatario, como en lo que respecta a la iniciativa, más o menos amplia, que se le ha dejado en lo relativo a su ejecución. La decisión de estos jueces no es susceptible de casación, agregan, sino en cuanto desnaturaliza la convención de las partes (34).

126. *Excepciones al principio anterior* — El mismo artículo 2131 se encarga de advertirnos que "el mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, *fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo*". Es decir, hay casos en que la ley autoriza al mandatario para apartarse de los términos del mandato en atención a ciertas circunstancias que ella misma considera. Para que esto ocurra es necesario que exista una disposición legal expresa que así lo autorice; de otro modo el mandatario incurrirá en las responsabilidades consiguientes respecto de su mandante, como lo veremos en su oportunidad, artículo 2154.

Tales casos son los siguientes:

a) *Cuando el mandatario se encuentra en la necesidad de apartarse de los términos del mandato para obtener el objeto del mismo.*

En efecto, el artículo 2134 dispone que "la recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. *Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes si la necesidad obligare a ello y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato*"

(34) Planiol y Ripert, ob. cit. Pág. 812. N.º 1464. Troplong, Du Mandat. N.º 325.

Se requiere, entonces, que la necesidad obligue al mandatario a emplear medios euivalentes. No dependerá pues de su arbitrio sino de las circunstancias, ajenas a su voluntad, que le impidan emplear los medios requeridos por el mandante. En todo caso los medios empleados deben ser equivalentes, de igual valor, y además, que de este modo se obtenga completamente el objeto del mandato.

No concurriendo todas estas condiciones, el mandatario a emplear medios equivalentes. No dependerá pues de su arbitrio sino de las circunstancias, ajenas a su voluntad, que le impidan emplear los medios requeridos por el mandante. En todo caso los medios empleados deben ser equivalentes, de igual valor, y además, que de este modo se obtenga completamente el objeto del mandato.

No concurriendo todas estas condiciones, el mandatario debe abstenerse de ejecutar el negocio — si no le es posible, hacerlo conforme a sus instrucciones — tomando las providencias conservativas que las circunstancias exijan, artículo 2150, inciso 1.º.

b) *Cuando puede realizar el negocio con mayor beneficio o menor gravamen.*

El artículo 2147 establece que "en general, podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o mayor gravamen que los designados por el mandante; con tal que bajo otros respectos no se aparte de los términos del mandato". En tal caso puede apartarse el mandatario de los términos del mandato, siempre que lo ejecute por los medios que ha querido el mandante y sin alterar la substancia del mismo. Así por ejemplo, encargado de tomar dinero prestado a cierto interés, puede el mandatario gestionar el préstamo con un interés menor, puesto que con ello se beneficia el mandante sin desnaturalizar el objeto principal del negocio.

c) *Cuando el mandatario no esté en situación de poder consultar al mandante.*

El artículo 2148 autoriza al juez para interpretar con alguna latitud las facultades del mandatario, cuando éste no estaba en situación de poder consultar al mandante. Esto importa, en el fondo, autorizar al mandatario para desenvol-

verse con mayor libertad en la gestión del negocio, siempre, naturalmente, que no se altere la substancia del mandato ni se trate de actos para los cuales la ley exige poderes o cláusulas especiales, artículo 2133.

d) *Cuando no fuere posible al mandatario obrar con arreglo a sus instrucciones.*

Por regla general, el mandatario que se halle en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no es obligado a constituirse agente oficioso; le basta tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan, artículo 2150, inciso 1.º. Sin embargo, el mismo artículo se encarga de advertir que "si no fuere posible dejar de obrar sin comprometer gravemente al mandante, el mandatario tomará el partido que más se acerque a sus instrucciones y que más convenga al negocio".

He aquí, entonces, otro caso de excepción en que el mandatario está autorizado por la ley para apartarse de los términos del mandato, pero, obsérvese bien, sólo en lo relativo a la forma y medios en que debe realizar la gestión; en caso alguno puede alterar la substancia de aquél. La redacción del artículo citado, particularmente del inciso 1.º, induce a pensar que el mandatario que actúa en la forma allí dispuesta se convierte en agente oficioso. No obstante creemos que tal interpretación no tiene fundamento legal ni está de acuerdo con el espíritu que anima aquella disposición.

Por regla general, como se ha visto, el mandatario no puede salirse de los términos del mandato. Si lo hace, queda responsable al mandante por los perjuicios que le haya irrogado y, además, no le obliga respecto de terceros, artículos 2154, inciso 1.º y 2160, inciso 1.º.

No obstante, la misma ley considera que hay ciertos casos en que el mandatario se encuentra obligado por las circunstancias a salirse de los límites que el mandante le señala y entonces lo autoriza para apartarse de los términos del mandato, estimando que si el mandante hubiera podido prever esa circunstancia también lo habría autorizado.

Por consiguiente, en los casos que estamos tratando y particularmente en el que reglamenta el artículo 2150, inciso 2.º, el mandatario, si bien se aparta de los términos del man-

dato, actúa autorizado por la ley y en este aspecto objetivo — podríamos decir — desempeña el negocio dentro de los límites de sus atribuciones y, por lo tanto, no se altera la situación jurídica del mandatario.

En cambio, si se encuentra en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones y la no ejecución del mandato en mérito de esa circunstancia no compromete gravemente los intereses del mandante, debe abstenerse de ejecutarlo y si lo hace, contraviniendo las disposiciones o instrucciones que no puede eacatar, excede los límites de sus facultades, contraviene lo prescrito en el artículo 2131 y se constituye jurídicamente en agente oficioso. Todo esto ocurre porque en tal evento el legislador no ha autorizado al mandatario para obrar de esa manera.

Baudry-Lacantinerie expresa, al respecto, que el mandatario puede emplear otros medios de ejecución que los señalados por el mandante, sin necesidad de consultarle previamente, si este cambio de medios es indispensable o si debe suponerse que el mandante lo habría autorizado. Es decir, la doctrina francesa, a falta de una disposición legal semejante a la nuestra, llega a la misma conclusión que nuestro Código.

e) *En el mandato comercial.* — El artículo 268 del Código de Comercio sienta una regla semejante a la del artículo 2131 y establece que "el comisionista deberá sujetarse en el desempeño de la comisión a las órdenes o instrucciones que hubiere recibido de su comitente". Y, lo mismo que en el mandato civil, el comisionista está autorizado para apartarse de los términos del mandato cuando, sin alterar su substancia, lo realiza con mayor beneficio o menor gravamen que el señalado, como si logra vender los productos que se le han encomendado a precios más subidos que los designados en las instrucciones, facturas o correspondencia, artículo 305 del Código de Comercio; para "hacer lo que dicte su prudencia y sea más conforme a los usos y procedimientos de los comerciantes entendidos y diligentes" cuando no pudiere obrar con arreglo a sus instrucciones "si la urgencia y estado del negocio no permitieren demora alguna", artículo 269 del Código de Comercio similar al artículo 2150 del Código Ci-

vil; para delegar el encargo en otra persona que la designada, si ésta no gozare al tiempo de la sustitución del concepto de probidad y solvencia que tenía en la época de su designación y el negocio fuere urgente, artículo 263 del Código de Comercio, que es una aplicación del principio general contenido en el artículo 269 del mismo Código.

Voluntariamente hemos excluido de esta enumeración el caso previsto en el artículo 2149 del Código Civil, conforme al cual "el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería perniciosa manifiestamente el mandante", repetido en el artículo 268 del Código de Comercio.

En verdad, estas disposiciones importan una aplicación particular del principio sentado en el artículo 1546 del Código Civil, que los contratos deben ejecutarse de buena fe, ya que faltaría a los más elementales principios de buena fe el mandatario que llevara a efecto el negocio encomendado a sabiendas de que con ello ocasionaría un grave daño a su mandante. Por otra parte, según el artículo 2129, "el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo", responsabilidad que recae sobre el mandatario no solamente cuando no ejecuta el encargo que se le ha cometido, sino cuando lo desempeña con culpa o dolo de su parte, como ocurriría en el caso previsto por aquellas disposiciones.

Como puede observarse, la disposición del artículo 2149 no importa una excepción propiamente al principio general del artículo 2131, pues no se trata ya de que el mandatario se ciña rigurosamente a los términos del mandato, sino, por el contrario, que se abtenga de ejecutarlo. En otros términos, y como ya lo habíamos observado en los párrafos precedentes, se trata de una excepción a la obligación fundamental del mandatario de ejecutar el encargo que le ha confiado el mandante. De modo, entonces, que en este caso el legislador, atendida la circunstancia, transforma la primitiva obligación de hacer (ejecutar el negocio) en una obligación de no hacer (abstenerse de desempeñar el mandato). E igualmente es responsable el mandatario que contraviene aquélla sin causa legítima, como si contraviene la segunda en las circunstancias previstas.
