

Año VIII — Julio - Diciembre de 1940. Nos. 33 y 34

Revista de Derecho

SUMARIO

David Stitchkin B.	El Mandato Civil	Pág. 2691
Esteban Crisosto B.	Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención	" 2729
Oriando Tapia S.	La Responsabilidad Extracontractual (continuación)	" 2759
	MISCELANEA JURÍDICA	" 2781
	JURISPRUDENCIA EXTRANJERA	" 2785
	JURISPRUDENCIA	" 2789

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (CHILE)

David Stitckin B.

Notas de clases

EL MANDATO CIVIL

CAPITULO PRIMERO

NATURALEZA JURIDICA

1. Concepto.—2. Aceptaciones.—3. Significación Jurídica.—4. El Derecho Romano.—5. Caracteres del mandato en el Derecho Romano.—6. Evolución.—7. Derecho comparado.—8. Elementos esenciales.—9. La gratuidad.—10.—Crítica.—11. La Representación.—12. La representación en el Derecho Romano.—13. La representación en los códigos modernos.—14. La representación en la doctrina.—15. El poder de representación.—16. El mandato y el poder de representación.—17. La representación no es un elemento esencial del mandato.—18. Conclusión.—19. El objeto del mandato como elemento característico.—20. Tesis de Planiol: El encargo debe ser un acto jurídico.—21. El encargo como una prestación o un servicio cualquiera.—22. Críticas a las teorías enumeradas.—23. Tesis de Lenel.

1.—Concepto

EL mandato no fué conocido en la primera época del Derecho Romano, lo que se explica en cuanto era innecesario, en la simplicidad económica y social de los primeros tiempos, encargar a otra persona la realización de un negocio que podía ejecutarse personalmente.

A medida que las relaciones sociales, económicas y ju-

ridicas fueron adquiriendo mayor complejidad, debido en parte al natural crecimiento del grupo social y principalmente al aumento de territorios del Imperio Romano, los individuos necesitaron confiar a otros la celebración de aquellos actos y negocios que no podían ejecutar personalmente. Mas, no existiendo disposición legal alguna que autorizara tales convenciones, sólo cabía celebrarlas en virtud de la confianza que depositaba el que hacía el encargo en la persona que se comprometía a cumplirlo. Era éste un simple compromiso de honor que contraía el encargado del negocio, el cual, en prueba de que bajo su honor se comprometía a realizarlo en interés del comitente, daba su mano al comitente.

De aquí deriva su nombre el mandato, "manun dare", en testimonio de la fidelidad que prometía el mandatario al mandante.

Esta circunstancia marcó la *característica intencional o subjetiva del mandato, en cuanto importaba un acto de confianza basado en la amistad, por el cual una persona encomendaba a otra la ejecución de un negocio cuyos beneficios o pérdidas afectarían exclusivamente al primero (*)*.

2.—Acepciones

Aparte de la acepción vulgar que pueda darse a la palabra Mandato, es necesario recordar que en la literatura jurídica se la emplea en las siguientes: a) 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. Es la verdadera acepción jurídica y a ella nos referiremos siempre a través de nuestro estudio; b) Poder que una persona confiere a otra para que la represente en la ejecución de un acto o en la celebración de un contrato. Como veremos más adelante, esta acepción es errónea y supone una confusión inaceptable entre el poder de representación y el mandato; aquél es una facultad conferida al apoderado y

(*) Baudry-Lacantinerie Tratado de D. Civil, T. 24. pág. 173.

El mandato civil

2693

éste una relación contractual que genera obligaciones; c) Instrumento donde consta el otorgamiento del poder de representación. Se trata, aquí, de la escritura pública o privada con que el apoderado justifica tanto respecto de terceros como del poderdante, las facultades que se le han conferido para representar a éste. Puede observarse que en este caso no se produce un error de conceptos sino una manera impropia de designar una escritura. En este caso debe hablarse, simplemente, del instrumento de prueba donde consta o con que se acredita el poder; d) Por último, y aunque menos frecuentemente, se designa así también la orden emanada de autoridad competente para la ejecución de un acto o de un hecho cualquiera, o sea, la autorización dada para ejecutarlo. Así se habla de "mandato" de la Constitución o de las Leyes.

3.—Significación Jurídica

Jurídicamente, en su acepción precisa, 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.

Es un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades que genera obligaciones para aquéllos que lo celebran.

4.—El Derecho Romano

El Derecho Romano conoció el mandato en la época clásica, cuando las necesidades económicas del Imperio indujeron al Pretor a introducir nuevas acciones y excepciones que viniesen a dar flexibilidad a las rígidas normas del Derecho Quirritario.

Se generó como una simple comisión de confianza, en que un amigo confiaba a otro la celebración de un acto, la realización de un negocio que interesaba exclusivamente a aquél

y que éste se comprometía por su honor a ejecutarlo gratuitamente y de buena fé.

Era ésta una convención regida por el Derecho de Gentes, que no generaba obligación alguna, ni acciones ni excepciones, salvo el deber moral de responder a la confianza de amigo depositada por el mandante.

Posteriormente, se le asimiló a la gestión de negocios ajenos, concediendo el Pretor al mandante la "actio negotiorum gestorum directa" para exigir al mandatario que le rindiese cuentas del encargo, y a éste, la "actio negotiorum gestorum contraria" para exigir de aquél el reembolso de los gastos producidos por la ejecución del encargo.

Pero, y esto es interesante, mientras el mandatario no ejecutase el encargo, no se generaban obligaciones de ninguna especie para las partes. En otros términos, la convención no obligaba a las partes, pero si el mandatario daba ejecución al encargo voluntariamente, se generaban las obligaciones en que incidían las dos acciones que hemos indicado.

Frente a esta situación es natural que pronto se diese el paso final para la determinación jurídica del contrato.

Así, se admitió entonces que celebrado el convenio, se generaba la obligación del mandatario de ejecutar el encargo que se le había cometido.

Nace entonces el mandato, como un contrato consensual, tal como la compramenta, la sociedad y el arrendamiento.

5.—Caracteres del mandato en el Derecho Romano

El concepto del mandato en el Derecho Romano clásico, lo podemos deducir del tratadista Pothier, que se inspiró directamente en los principios que allí imperaban.

De acuerdo con él, podemos definir el mandato como un contrato por el cual una de las partes confía la gestión de uno o más negocios, para ejecutarlos en su lugar y a su riesgo, al otro contratante que se encarga de ello gratuitamente y se obliga a rendirle cuentas.

El mandato civil

2695

Tal como se ha definido, el mandato presentaba en Roma las siguientes características:

1.—*Es un contrato de derecho de gentes; se rige por las reglas del Derecho Natural y no por las del Derecho Quirritario.*

2.—*Es un contrato de mera liberalidad o beneficencia. Se ejecuta ordinariamente en el sólo interés del mandante; el mandatario hace un oficio de amigo y ejecuta o presta un servicio gratuito al mandante.*

3.—*Es un contrato consensual, puesto que se forma y perfecciona por el sólo consentimiento de las partes. No es necesario que se haya ejecutado el negocio para que se generen obligaciones.*

4.—*Es un contrato sinalagmático imperfecto, pues no existe otra obligación que la contraída por el mandatario, de encargarse del negocio encomendado y de rendir cuentas. A esto se reduce la "obligatio mandati directa". La obligación que contrae el mandante, de indemnizar al mandatario los perjuicios que éste haya sufrido a causa del mandato y sin su culpa, es una obligación indirecta, que aunque contraída en el mandato, no se genera sino después, cuando el mandatario incurre en gastos al ejecutar el negocio o sufre perjuicios a causa del mismo, de modo que si el mandatario se excusa de ejecutarlo, la obligación no nace.*

5.—*Es un contrato de confianza, no sólo porque así se originó, sino porque supone la entrega de bienes al mandatario, que éste administrará según las instrucciones que se le han dado, pero conforme a su criterio, y cuyos resultados, favorables o adversos, afectarán exclusivamente al mandante, no así al mandatario. De esto último se desprende, con mayor fuerza aun, que el mandato supone la confianza que deposita el mandante en el sentido de que no obstante serle al mandatario un negocio económicamente ajeno e indiferente, lo ejecutará con el mismo interés que si fuere propio.*

6.—*Es un contrato gratuito*, que tiene por causa la pura liberalidad o beneficencia, ya que el mandatario no tiene derecho a remuneración alguna.

7.—*Es un contrato no representativo*.—El mandatario actúa siempre a nombre propio, pues conforme a un principio antiquísimo del Derecho Romano, nadie puede estipular por otro o para otro. El mandato no escapa a esta regla sino que, por el contrario, conforme a los principios generales, produce sus efectos sólo entre las partes que han concurrido a celebrarlo: mandante y mandatario. Los terceros contratan con el mandatario y respecto a él contraen las obligaciones y adquieren los derechos que emanan del acto que ejecutan o del contrato que celebran.

El mandatario debe, entonces, para cumplir el mandato, hacer traspaso al mandante de las obligaciones y derechos que contrajo o adquirió para éste en virtud de aquel acto o contrato celebrado con los terceros. Esto lo hará en la rendición de cuentas y sólo entonces podrá intervenir el mandante para hacer efectivos los derechos adquiridos por dichos actos y contratos. Los terceros, por su parte, han contratado con el mandatario y podrán compeler a éste al cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del contrato que con él han celebrado; pero pueden dirigirse además contra el mandante desde que, rendida la cuenta por el mandatario, aquél asume los derechos y se hace responsable de las obligaciones.

Estas tres últimas características del mandato romano tienen particular interés para nuestro estudio, porque las legislaciones contemporáneas han mantenido algunos de estos caracteres como distintivos del mandato.

6.—Evolución

No obstante lo dicho, el concepto de mandato ha evolucionado en dos aspectos importantísimos: uno dice relación con la gratuidad y otro con la representación.

El mandato civil

2697

En el primer aspecto, ya dentro del Derecho Romano se concibió una remuneración para el mandatario, o, por lo menos, para ciertos mandatarios cuyos servicios se consideraban de naturaleza tan elevada que no eran susceptibles de evaluación pecuniaria, de modo que la remuneración correspondía sólo a un honor que se pretendía hacer al mandatario. De ahí el nombre de "honorarios" que aún se conserva.

Pero se admitió después que se pudiese estipular el pago de una remuneración al mandatario, mediante una cláusula accidental introducida en el contrato, cláusula que fué de tanta aplicación que se llegó a presumir cuando no se agregaba expresamente, pasando a ser así la remuneración una cosa de la naturaleza del contrato.

Tal es la situación a que se llegó más o menos definitivamente en esta materia, haciendo desaparecer la gratuidad como un elemento esencial del mandato para transformarla en un simple elemento accidental del mismo.

En lo tocante a la no representación, la evolución fué aún más profunda. En un principio, no se la concibió ni en el mandato ni en los demás contratos; los romanos eran ajenos al concepto mismo de la representación porque se oponían a él los principios del Derecho Quiritorio que prohibían estipular por otro o a nombre de otro.

La obligación, en Roma, aparece como un vínculo exclusivamente subjetivo, en cuanto es una relación jurídica de persona a persona y no de patrimonio a patrimonio. Partiendo de esta premisa es jurídicamente imposible suponer que el obligado, esto es el mandatario, sea sustituido por otro — el mandante — ni que éste pueda verse afectado por un acto o contrato en que no intervino y donde no manifestó su voluntad de obligarse.

Pero las necesidades se imponen a las reglas jurídicas y las transforman de modo que aquéllas puedan satisfacerse legítimamente.

De aquí, entonces, que lentamente vaya admitiéndose excepciones al principio no representativo hasta que desaparece definitivamente. Admitida la representación en los actos jurídicos, pasa a ser un elemento de la naturaleza del mandato,

dada la frecuencia con que se estipula el carácter de representante que adquiriría el mandatario. Y, por último, como la representación sólo se estipuló en el mandato, llegó a pensarse que sólo tenía cabida en él, y más aún, que era la característica esencial del mandato, lo que le distinguía de otros contratos similares, puesto que la gratuidad, desaparecida como cosa de su esencia, no podía adoptarse como criterio diferenciador.

Y es así como la representación pasó a ser un elemento esencial del mandato, como el único elemento verdaderamente característico, llegándose a confundir, de esta manera, el mandato y la representación, que aparecían como una sola institución, aunque compleja, en cuanto era fuente de relaciones jurídicas entre las partes — mandante y mandatario — y respecto de terceros.

En este punto se encontraban las cosas cuando jurisconsultos y tratadistas iniciaron un estudio científico del Derecho, procurando determinar los contornos precisos de las diversas instituciones, y su verdadera naturaleza jurídica.

7.—Derecho Comparado

En el examen de la legislación extranjera podemos hallar concretados los diversos criterios que imperaron e imperan aún respecto a la naturaleza jurídica del mandato. Ellas representan la opinión mayoritaria de los juristas que se preocuparon de esta materia a la época de su dictación.

Como en seguida veremos, pueden distinguirse tres criterios perfectamente diferenciados:

- a) Las legislaciones que caracterizan el mandato por la representación.
- b) Las que lo distinguen por la gratuidad, y
- c) Las que atienden principalmente al encargo que es objeto del mandato.

DERECHO FRANCES.—El artículo 1984 del Código Civil Francés dispone que: "El mandato o procuración es un

El mandato civil

2699

acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre. El contrato no se forma sino por la aceptación del mandatario".

Como puede observarse, el Código Civil francés considera que la representación es el elemento esencial del mandato. Su objeto consiste, precisamente, en autorizar al mandatario para actuar a nombre del mandante. Aquél solo puede actuar a nombre del mandante, no a nombre propio, ya que en este último caso no habría representación, cosa jurídicamente imposible e inconciliable con la noción de mandato.

Aceptando el criterio del Código Civil, gran parte de los tratadistas franceses coinciden en que la representación es el elemento esencial del mandato; así opinan Laurent, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, etc.

En cuanto a la remuneración, se considera que el mandato es generalmente a título gratuito, pero como la gratuidad no es cosa de la esencia del mandato, puede pactarse una remuneración, ya sea en forma expresa o tácita, y aún puede presumirse tal remuneración, como ocurre en materia comercial.

Como puede verse, el Derecho francés se ha apartado aquí enormemente del Derecho Romano, dando al mandato un carácter y atribuyéndole un alcance que allí no se conocía.

Las principales diferencias que podemos anotar entre ambas legislaciones son:

a) La gratuidad era esencial en el Derecho Romano y era el elemento que lo distinguía de otros contratos, mientras que en el Derecho Francés la gratuidad es una cosa de la naturaleza del mandato, que puede suprimirse manifestando voluntad en contrario, esto es, pactando una remuneración.

b) El mandatario es siempre representante del mandante y no puede estipularse lo contrario, porque tal cosa es un elemento de la esencia del contrato, que si se suprime, o no produce efecto alguno el contrato, o degenera en otro diferente. En el Derecho Romano, en cambio, la representación no accedió jamás al mandato, ni formó parte de él, ni pudo estipularse porque era ilícito.

LEGISLACIONES AMERICANAS.—Las legislaciones americanas siguieron, en gran parte, la legislación francesa, que les sirvió de modelo. No es de extrañar, entonces, que consideren la representación como el elemento esencial del mandato, que puede o no ser remunerado, sin que esta circunstancia influya en su naturaleza jurídica.

Así, el artículo 1871 del Código Civil argentino dispone que: "El rasgo característico y fundamental del mandato es la función representativa del mandatario, y nada más".

El artículo 1288 del Código del Brasil dispone que "se opera mandato cuando alguien recibe de otro poderes, para en su nombre, ejecutar actos o administrar intereses". "La procuración es el instrumento del mandato".

En cuanto a la remuneración, el artículo 1290, inciso 2.º, establece que "se presume gratuito cuando no se ha estipulado remuneración, excepto aquellos casos en que el mandatario se hace cargo en el desempeño de un oficio o profesión lucrativa".

Y el artículo 2051 del Código Civil Uruguayo establece que: "El mandato es un contrato por el cual una de las partes confiere a otra, que lo acepta, el poder para representarla en la gestión de uno o más negocios por cuenta y riesgo de la primera".

No obstante tal definición, el artículo 2068 establece que: "El mandatario puede en el ejercicio de su cargo contratar a nombre propio o al del mandante: si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante".

No se comprende cómo ha podido dictarse esta disposición que contradice abiertamente la definición del artículo 2051, en donde se considera que el objeto del mandato consiste, precisamente, en conferir poder para que una persona represente a otra. Esto no se explica sino admitiendo que se quiso perfeccionar allí la definición de nuestro Código, para dejar constancia de que por el sólo contrato, sin necesidad de cláusula especial, se entiende conferido al mandatario el poder de representación.

Por último, el artículo 1382 del Código Civil Boliviano reproduce la definición del artículo 1984 del Código Civil

El mandato civil

2701

Francés, diciendo que "el mandato o la procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa, en virtud del mandato y a su nombre".

Nos remitimos entonces al comentario que hemos hecho a propósito del Código Civil Francés.

DERECHO ALEMAN.—Así como el Código Civil Francés representa el concepto jurídico del siglo pasado, ha pretendido verse en el Código Civil Alemán la concepción contemporánea del Derecho.

Precedió a su dictación un estudio científico de las instituciones jurídicas existentes y una revisión de todos los conceptos vertidos hasta la fecha de su dictación, a fin de que correspondiera a un nuevo criterio jurídico, caracterizado principalmente:

a) Por fórmulas jurídicas de carácter general, que el juez aplicaría concretamente al caso en discusión, no tanto por la interpretación literal de las disposiciones cuanto por la del espíritu que las animaba.

b) Por el tecnicismo que en él impera tendiente a dar a cada palabra un valor propio y, a la vez, general, evitando así las frecuentes aplicaciones erradas que hallamos en nuestro derecho, por ejemplo, de las expresiones "rescisión", "resolución", "tradición", "entrega", etc.

c) Por último y ya en su contenido general, por la limitación de los derechos privados en beneficio de los intereses públicos o de la comunidad, bajo la noción de abuso o relatividad de los derechos.

De aquí, entonces, que en cualquier estudio sea necesario examinar la legislación alemana, que pretendió marcar un nuevo rumbo en la ciencia del derecho pero que, como luego veremos, ha tenido una influencia menor de la que se creyó en un principio.

El artículo 662 del Código Civil Alemán dispone que: "por la aceptación del mandato, el mandatario se obliga a ejecutar gratuitamente un negocio que le ha sido conferido por el mandante".

En ésta, como en otras materias, el Código Alemán ha

retornado a las concepciones romanas. En efecto, obsérvese que aquí, como en Roma, el mandato es esencialmente gratuito y la representación no es un elemento de su esencia ni de su naturaleza.

Al iniciar el examen de la legislación comparada habíamos adelantado que de su estudio podíamos distinguir tres criterios distintos: el que atiende a la representación, otro que considera la gratuidad y, por último, aquél que para caracterizar el mandato mira la naturaleza del encargo que se comete.

Pues bien, el Derecho Alemán ha seguido el segundo criterio: la gratuidad. Este es el elemento esencial y diferenciador; si falta, porque se estipula remuneración, no hay mandato sino arrendamiento de servicios.

Pero considerar que la gratuidad es el elemento esencial del mandato equivale a desconocer la realidad social y económica de nuestra época. La doctrina debe sacrificarse una vez que se incorpora a la legislación positiva, so pena de caer en el vacío o de legislar sobre o respecto de instituciones que carecerán de vida real.

Por esto el legislador alemán, comprendiendo que será más frecuente que el mandato sea remunerado, ha dispuesto que, aún cuando en este caso no hay mandato, la relación contractual, se rige no obstante por las reglas del mismo. Lo que equivale a destruir toda la doctrina sustentada.

El artículo 675 es el que dispone que cuando el contrato de servicios o el contrato de obra tienen por objeto la gestión de un negocio se le aplica en lo pertinente las principales reglas del mandato.

De donde podemos concluir que en el Derecho Alemán se aplican las reglas del mandato:

1.º Cuando una persona se encarga gratuitamente de la gestión de un negocio que otra le encomienda (artículo 662).

2.º Cuando se encarga de la gestión de un negocio mediante una remuneración, no obstante se le dé en este caso el nombre de contrato de servicios o de obra (artículo 675).

De todo lo cual se desprende que lo que caracteriza verdaderamente el mandato en el Derecho Alemán no es la

El mandato civil

2703

gratuidad, como parece a primera vista, sino que el encargo consista en la "gestión de un negocio".

De aquí entonces que el problema, como se ha observado ya, consista ahora en determinar cuándo se entiende que hay gestión de un negocio, ya que de ello dependerá calificar el contrato, o, mejor, determinar las reglas que le son aplicables, que es lo que interesa en último término.

CODIGO MEJICANO.—Representa la aplicación del tercer criterio, que atiende a la naturaleza del encargo que se encomienda, para determinar la naturaleza del mandato.

Dentro de los que atienden a dicha circunstancia, podemos distinguir, a la vez, varias modalidades. Estas han sido adoptadas, a su vez, por diversas legislaciones.

El artículo 2546 del Código Mejicano dispone que: "el mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar, por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga".

El artículo 2549 agrega que "solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente"; y el artículo 2560, que "el mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante".

De las disposiciones citadas aparece que la gratuidad no es un elemento característico del mandato, puesto que, por el contrario, se presume remunerado. Ni tampoco lo es la representación, porque el mandatario puede actuar a nombre propio.

En cambio, lo que caracteriza al mandato y a un mismo tiempo lo distingue de otros contratos similares, es que tiene por objeto celebrar uno o más actos jurídicos por cuenta del mandante.

Este sistema, si bien permite distinguir fácilmente el mandato de otros contratos semejantes, restringe enormemente su campo de aplicación, eliminando otros negocios que pueden ser objeto también del mandato.

PROYECTO FRANCO ITALIANO DE CODIGO COMUN DE LAS OBLIGACIONES.—Este proyecto re-

viste excepcional interés, porque aún cuando no fué promulgado como texto de derecho positivo, representa un estudio orgánico de lo relativo a las obligaciones y contratos, con el objeto de uniformar la legislación de la Europa continental.

El artículo 566 de ese proyecto dispone que: "el mandato es un contrato por el cual el mandante confía al mandatario, que acepta, el encargo de gestionar uno o varios negocios, o de ejecutar uno o varios actos o hechos".

El artículo 568 agrega que "cuando el mandato tiene por objeto la gestión de uno o más negocios, se presume, salvo prueba en contrario, que el mandatario debe obrar a nombre y por cuenta del mandante".

Por último, y en cuanto a la remuneración, el artículo 567 dispone que "salvo convención en contrario o disposición contraria de la ley, el mandatario no tiene derecho a ninguna remuneración".

En consecuencia, ni la representación, que excepcionalmente se presume en el caso de que el encargo consista en la ejecución de un negocio, ni la gratuidad, que puede derogarse por convenio o ley especial, caracterizan el mandato.

Es necesario, entonces, atender a su objeto, que puede consistir en la gestión de un negocio o en la ejecución de uno o varios actos o hechos. Pero así como el Código Mexicano peca por estrecho, éste peca por amplio pues es evidente que la ejecución de uno o varios hechos no será objeto suficiente de un mandato, como oportunamente se verá.

Por ahora adelantaremos que la definición del Proyecto aludido habría sido más acertada si se hubiera referido a la ejecución de uno o varios negocios o de uno o varios actos, suprimiéndose lo relativo a la ejecución de uno o varios hechos, expresión esta última que viene a desvanecer la línea divisoria entre el mandato y el arrendamiento de servicios.

CODIGO SOVIETICO.—El artículo 251 del Código Soviético dispone que "en virtud del contrato de mandato, una parte (el mandatario) se compromete a ejecutar, por cuenta y en nombre de la otra parte, (el mandante) todos los actos que esta última le ha encargado. El mandante está obli-

El mandato civil

2705

gado a pagar una remuneración al mandatario, siempre que dicha remuneración esté fijada por el contrato o por tasas legalmente sancionadas".

De esta definición pudiera creerse que el Código Civil Soviético ha adoptado la tesis de que la representación es el elemento esencial y característico del contrato.

Pero no es así; más adelante, dentro del título del mandato y en una sección que llama "de la procuración", dispone que "para ejecutar en nombre del mandante actos que deben establecer derechos y obligaciones de aquél, el mandatario necesita poseer una procuración escrita o poder, y el artículo 270 agrega que "el mandante puede revocar la procuración y el mandatario renunciar a ella en cualquier momento. Es nulo todo acuerdo tendiente a suprimir este derecho".

De aquí se desprende que puede haber mandato sin procuración. es decir, un mandato no representativo y en consecuencia, la representación no es un elemento esencial del mandato, ni tampoco lo es la gratuidad, puesto que puede pactarse una remuneración.

En cambio, parece ser elemento esencial del mandato que el encargo consista en la celebración de uno o más actos jurídicos, como ocurre en el Código Mexicano. Por eso hemos incluido la legislación soviética entre aquéllas que caracterizan al mandato por su objeto.

DERECHO SUIZO.—El artículo 394 del Código Federal Suizo de las Obligaciones, dispone que "el mandato es un contrato por el cual el mandatario se obliga en los términos de la convención, a gestionar un negocio que se le ha encargado o a dar los servicios que ha prometido. Las reglas del mandato se aplican a los trabajos que no están sometidos a las disposiciones legales que rigen otros contratos".

El artículo 394 agrega "se debe una remuneración al mandatario cuando así lo dispone la convención o la costumbre".

Frente a estas disposiciones podemos observar, inme-

diatamente, que ni la gratuidad ni la representación caracterizan el contrato, que puede ser remunerado, (artículo 394) y no representativo. De acuerdo con el criterio contemporáneo, el Código Suizo reglamenta la representación como una institución autónoma e independiente del contrato.

O sea, en lo que respecta a la gratuidad, se aparta del Código Civil Alemán y en lo que se refiere a la no representación, se acerca a él. Y si bien ambas circunstancias concurren en el mandato, según se considera hoy día, ninguna de ellas lo caracteriza porque se trata de elementos que pueden concurrir o no, esto es, son elementos de la naturaleza del mandato. Y los contratos se definen por sus elementos esenciales y no por los de su naturaleza.

Tampoco la legislación suiza atiende al objeto del mandato, que según hemos visto de la definición, puede consistir en gestionar un negocio o en dar un servicio, expresión esta última tan general, que comprende otros actos que también consisten en "dar un servicio" y no constituyen mandato, como el contrato de trabajo.

La verdad es que el Código Suizo, en vista de la dificultad que supone determinar los elementos esenciales del mandato, ha abandonado el criterio seguido hasta hoy transformando el mandato en un contrato general o común, que comprende todos aquéllos que tienen por objeto la actividad humana y no se hallan sometidos a las reglas particulares de otros contratos, como el de trabajo, de arrendamiento de servicios, etc.

Así aparece del artículo 394, que después de establecer lo que es el mandato, agrega que "las reglas del mandato se aplican a los trabajos que no están sometidos a las disposiciones legales que rigen otros contratos".

Así, pues, se ha eludido el problema llegando al mandato por exclusión.

8.—Elementos esenciales.—Su importancia

Son cosas esenciales de un contrato aquéllas cuya omisión lo hace degenerar en otro diferente o le impide producir efecto alguno.

El mandato civil

2707

De la rápida visión que hemos dado de la legislación comparada puede observarse la disparidad de criterio que existe sobre el particular y que ahora volveremos a encontrar en la doctrina.

La cuestión de establecer cuáles son o cuál es el elemento esencial y característico del mandato civil reviste un interés extraordinario, no sólo en el aspecto doctrinal o científico, sino en el aspecto práctico, ya que de esta manera será posible distinguir, en un momento dado, si se trata de un mandato o de otro contrato parecido, como el contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, o de comodato o depósito, etc., y, según la conclusión a que se llegue, aplicar las reglas particulares a aquél o a éste.

Así, por ejemplo, el mandatario es obligado a rendir cuentas, a anticipar las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, puede renunciar en cualquier momento y, por último, representa al mandante, salvo estipulación en contrario. El mandante, por su parte, debe indemnizarle las pérdidas en que haya incurrido sin culpa y a causa del mandato, puede revocar libremente el encargo, etc.; reglas éstas que no tienen cabida en los contratos que acabamos de señalar.

De aquí, entonces, que sea imposible entrar al estudio de las reglas particulares del mandato sin establecer previamente cuándo se aplican; en otros términos, cuándo hay verdaderamente mandato y cuándo no lo hay.

Para ello será necesario examinar los diversos criterios propuestos y hacer la crítica de los mismos, lo que haremos siguiendo más o menos el orden cronológico, o sea, el proceso evolutivo de esta institución.

9.—La gratuidad

El mandato se generó como un contrato esencialmente gratuito y era la gratuidad, precisamente, lo que le distinguía, entre otros contratos, del arrendamiento de servicios.

Pothier, que siguió fielmente los principios imperantes en el Derecho Romano, expresaba que "es de la esencia del

mandato que sea gratuito, es decir, que el mandatario se obligue puramente por amistad y se encargue del negocio que es objeto del mandato, y que el mandante no se obligue a pagarle una suma de dinero o cualquiera otra cosa que sea el precio de la gestión. De otra manera el contrato no es de mandato sino de arrendamiento" (*).

Esto no impide, según el mismo Pothier, que pueda hacerse o prometerse al mandatario una donación por los servicios que presta o prestará. Lo que se promete de esta manera es un honorario, que no equivale al precio del trabajo que se encomienda, pues es inapreciable, sino que aparece como una muestra de reconocimiento por la gentileza del amigo.

La promesa de un honorario no altera, pues, la naturaleza del mandato, porque aquélla es una estipulación ajena, extraña a éste.

El honorario prometido no es, entonces, el precio de los servicios prestados. De aquí, que para hacerlo efectivo no puede intentarse la acción derivada del mandato, porque este contrato no genera acciones de esa naturaleza, sino una acción extraordinaria o innominada, que emana de la convención o promesa y del principio de la libertad contractual.

Siendo dos actos jurídicos extraños el mandato y la promesa de remuneración, aquél puede ser válido y ésta nula, de manera que el mandatario podría ser obligado a ejecutar el encargo y, en cambio, carecer de acción para cobrar la remuneración prometida.

Pocos son los tratadistas que aceptan esta doctrina; por el contrario, la rechazan unánimemente y hoy en día casi no se la considera.

No obstante, es defendida por Troplong. Según este tratadista, la distinción esencial entre el mandato y el arrendamiento de servicios consiste en que aquél es gratuito y éste remunerado. El mandato no deja de ser gratuito porque se estipulen honorarios, ya que éstos suponen una donación graciosa del donante que no representa sino la exterioriza-

(*) Ob. cit. p. 181.

El mandato civil

2709

ción del agradecimiento por el servicio prestado, que es inapreciable, en tanto que en el arrendamiento de servicios la remuneración equivale al precio del contrato prometido.

De todo lo cual se desprende que *son objetos del mandato sólo los servicios de clase superior*; los de clase inferior son propios del arrendamiento de obra.

Así expuesto, agrega Troplong, se puede apreciar sobre este campo la diferencia que existe entre el servicio prometido por el contrato de arrendamiento y por el mandato. El primero es de aquéllos que se paga con dinero; el segundo es de aquéllos que el dinero no puede ofrecer equivalencia, porque el motivo que lo ha producido es más noble y colocado en un sitio más alto que el oro de los capitalistas.

10.—Críticas a esta teoría

El principio de la gratuidad del mandato como elemento esencial y diferenciador del mismo ha encontrado pocos adeptos y muchos impugnadores.

En primer término, porque en nuestro sistema económico actual los contratos a título gratuito revisten un carácter excepcional e inconciliable con las necesidades de la vida presente. Por regla general, nadie se hace cargo de un negocio ajeno sino en vista del lucro que con ello pueda obtener, no hay tiempo para encargarse de la administración de los negocios de otro y desatender los propios sin tener en miras una remuneración. El mandato no escapa a esta regla y bien podría sostenerse, sin temor a exageración, que en el 90% de los casos el mandatario actúa en consideración a la remuneración que percibe.

Atentaría, entonces, contra la realidad misma de las cosas y no satisfaría las necesidades de la vida moderna, pretender que lo esencial del mandato es su gratuidad. Por el contrario, como lo ha establecido la mayoría de las legislaciones, debe entenderse que es remunerado, salvo convención en contrario.

Tan cierto es esto que ya en el Derecho Romano se

admitía que el mandatario pudiese percibir válidamente una cosa como remuneración por los servicios prestados, remuneración que se daba bajo las apariencias de una donación gratuita u honorarios pero que no por eso pierde su verdadero carácter de compensación por dichos servicios.

Y aquí vamos a rebatir el argumento de Troplong sobre la invaluabilidad de los servicios que presta el mandatario.

Como dice el propio Andrés Bello: "Se pretende que el servicio de las profesiones liberales no es apreciable en dinero; la verdad es que la sociedad da un precio y aunque este precio no está sujeto a límites tan determinados como el de los efectos materiales que se llevan al mercado, los elementos de esta valuación, aunque vaga y fluctuante por su naturaleza, no serían difíciles de enumerar: en el valor de los productos inmateriales del abogado entran los costos de una larga educación profesional, el mérito, etc. (*).

Parece innecesario insistir hoy día en este punto, si se considera que los honorarios de los profesionales se hallan regulados por reglamentos, leyes y por la costumbre. Así, la consulta a un médico fluctúa entre \$ 30 y \$ 50, etc.

Por otra parte, la distinción que por consecuencia se deduce de la tesis de Troplong, conforme a la cual sólo son objeto del mandato los servicios de clase superior, además de sutil y poco jurídica, conduce al error de considerar mandatarios a todos los que desempeñan una profesión liberal y que en estricto derecho son simplemente arrendadores de servicios inmateriales, sin perjuicio de que las relaciones entre profesional y cliente se sujeten, en cuanto convenga a su naturaleza, a las reglas del mandato. Sobre este punto insistiremos más adelante.

Para terminar, diremos con Baudry-Lacantinerie: "que no es necesario insistir sobre la inmoralidad de esta opinión que, bajo el pretexto de salvaguardar el carácter elevado y exclusivamente intelectual de ciertas profesiones y de considerar los adeptos de estas profesiones como a quienes debe resultar extraño todo interés que el de su ciencia o arte, les

(*) Bello, Opúsculos Jurídicos, T. VII. Obras Completas.

El mandato civil

2711

rehusa toda remuneración por sus esfuerzos poniéndolos a merced de la buena fé de sus co-contratantes y los coloca en una situación manifiestamente inferior a la del artífice" (*).

En cuanto a las legislaciones extranjeras, ninguna adopta ese temperamento, salvo la alemana. Y ésta, no obstante establecer que la gratuidad es un elemento esencial del mandato, dispone que se aplican las reglas de este contrato si, siendo remunerado, tiene por objeto la ejecución de un negocio.

De donde se desprende, como ya se ha observado, que si el mandato es gratuito o remunerado, se regirá por las reglas del mandato, siempre que el encargo que acepta el mandatario consista en la ejecución de un negocio; de manera que el legislador alemán no ha hecho sino variar de ubicación el problema porque entonces será necesario establecer cuándo se entiende que el encargo tiene por objeto la ejecución de un negocio. Determinado el alcance de esta expresión se sabrá si se le aplica o no al contrato en cuestión las reglas del mandato, independientemente de la remuneración que perciba el mandatario.

11.—La representación como elemento esencial y característico del mandato

En tanto que la casi totalidad de las legislaciones y de los comentadores rechazan la gratuidad como elemento esencial del mandato, los mismos aceptan, en cambio, que es la facultad de representar lo que verdaderamente caracteriza ese contrato.

Así, ya hemos observado que el artículo 1984 del Código Civil Francés define el mandato como "un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa para el mandante y a su nombre".

Los artículos 2051 del Código Civil Uruguayo, 1871 del Código Civil Argentino, 1288 del Código Civil Brasileiro,

(*) Baudry-Lacantinerie, T. 24, pág. 187.

1332 del Código Civil Boliviano y 251 del Código Civil Soviético emplean términos semejantes.

Los tratadistas, principalmente franceses, adoptan y defienden este mismo criterio.

Así, Baudry-Lacantinerie et Wahl expresan que "la diferencia esencial entre el arrendamiento de servicios y el mandato, consiste en que el mandatario ejecuta su encargo en representación del mandante, en tanto el arrendador de servicios los presta sin esa representación" (*).

Marcadé et Pont defienden la misma tesis, como también Laurent, Aubry et Rau, Josserand, etc. Todos ellos ven en la representación una cosa de la esencia del mandato, de manera que si falta, el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro diferente, que en nuestro caso sería el arrendamiento de servicios.

No obstante, debemos observar desde luego que aún en el Derecho Francés existen casos de mandato sin representación, de mandato en que el mandatario actúa en su propio nombre. Así sucede en Derecho Comercial respecto del "prête-nom" o comisión a nombre propio, llamado así porque el mandatario "presta su nombre" para ejecutar el acto que el mandante le ha encomendado.

Actuando el mandatario en su propio nombre, no hay representación y no obstante, han debido reconocer que hay mandato.

Pero si los tratadistas franceses aceptaron en su mayoría este criterio, existe una minoría que lo rechazó por inexacto, minoría a la que debemos sumar la totalidad de los tratadistas alemanes que rechazan abiertamente, no ya que la representación sea un elemento de la esencia del mandato, sino incluso que se pretenda vincular la representación y el mandato como instituciones comunes, cuando en verdad se trata, según ellos, de relaciones jurídicas totalmente independientes entre sí.

Antes de analizar la consistencia de esta doctrina haremos un somero estudio de los caracteres de la representación y de su relación, real o aparente, con el mandato.

(*) Ob. cit. pág. 184.

12.—La representación en el Derecho Romano y el mandato

Los romanos, que conocieron el mandato con todos los caracteres que conocemos y que han llegado hasta los textos legales modernos, ignoraron completamente la representación.

Dentro del sistema romano, el mandatario contrataba siempre a nombre propio, no era lícito contratar a nombre ajeno, y ya los principios del Derecho Quiritorio lo impedían bajo la fórmula "nemo stipulare altero potest".

Cumplida su misión, al rendir cuentas traspasaba al mandante los créditos y las obligaciones derivadas del acto o contrato ejecutado o celebrado por cuenta de éste.

Por eso Pothier, inspirado directamente en el Derecho Romano, define el mandato sin aludir siquiera a la representación, diciendo que "es un contrato por el cual una de las partes confía la gestión de uno o más negocios para ejecutarlo por su cuenta y riesgo, al otro contratante, que se encarga gratuitamente y se obliga a rendirle cuentas".

Como el contrato genera obligaciones sólo entre las partes que lo han celebrado, Pothier no estudia para nada las relaciones entre mandante y terceros, sino exclusivamente las que se producen entre aquél y el mandatario. Entre éstas se refiere, precisamente a "la obligación que contrae el mandante de procurar al mandatario el descargo de las obligaciones que éste ha contraído para la ejecución del mandato".

De todo lo cual aparece que si el mandante debe procurar el descargo de las obligaciones contraídas por el mandatario en sus relaciones con los terceros es porque no se ha producido representación, ya que cuando ésta opera, los derechos y obligaciones derivados de los contratos celebrados entre el mandatario y los terceros no afectan jamás a aquél, sino directamente al mandante.

13.—La representación en los Códigos modernos

También en las legislaciones modernas se ha reglamentado el mandato en forma independiente de la representa-

ción. Así, el Código Alemán, el Código Federal Suizo de las Obligaciones, el Mejicano, artículo 2546, el Uruguayo, artículo 2068, admiten que el mandatario puede actuar a nombre propio sin que por ello se desnaturalice el mandato.

14.—La representación en la doctrina

Para establecer el carácter con que la representación interviene en el mandato es necesario determinar previamente qué es la representación y cuáles son los elementos que la integran, como también en qué consisten sus efectos.

Nuestro Código Civil se ha referido particularmente a ella en el artículo 1448 estableciendo que "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

Los elementos que integran esta institución son, por consiguiente, tres:

- a) Que una persona (el representante) ejecute un acto o celebre un contrato;
- b) Que en la ejecución del acto o en la celebración del contrato actúe a nombre de otra (el representado); y
- c) Que el representante esté facultado para ello por la ley (representación legal) o por la voluntad del representado (representación voluntaria).

Concurriendo estos requisitos se producen los efectos propios de la representación, que consisten en que los efectos del acto o contrato, en lugar de obligar a las partes que lo celebraron (el representante y el tercero) obliga sólo al tercero y a otra persona que no intervino en ese acto o contrato (el representado).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la representación, desecharemos las diversas doctrinas que se han sustentado para aceptar la formulada por M. Levy Ullman, conforme a la cual la representación es simplemente una modalidad del acto jurídico, en virtud de la cual los efectos del acto ejecutado por una persona llamada "representante", por cuenta

El mandato civil

2715

de otra llamada "representado" se producen directa e inmediatamente en la persona de este último.

Conforme a esta tesis, la representación no es otra cosa que una modalidad del acto jurídico, como la condición o el plazo, que modifica los efectos normales del acto en que se introduce, pues lo normal es que el contrato obligue a las partes que lo celebran y sin embargo, en virtud de la representación, el contrato obligará sólo a una de las partes y a un tercero, que no ha concurrido a él, (el representado), quedando exento de toda responsabilidad contractual la otra parte (el representante).

Las modalidades pueden tener su origen en la voluntad de las partes que las acuerdan, como ocurre ordinariamente, o en la ley, como sucede con la condición resolutoria tácita, el fideicomiso, artículo 738, el plazo, artículo 2200, etc. Igual cosa sucede en la representación que puede ser legal, artículo 43, o voluntaria. En ningún caso se presume, ya que los actos se entienden puros y simples, y puede acceder a cualquier acto o contrato a menos que la ley lo prohíba.

Cuando el representante deriva su facultad de la ley, no se presenta dificultad en nuestro estudio, pues no cabe confundir la representación legal con el mandato; aquélla emana de una disposición legal y éste es un contrato que se genera por el acuerdo de voluntades. La dificultad se produce, en cambio, cuando la facultad del representante emana de un acto voluntario del representado; sólo entonces surge la posibilidad de confundir el poder de representación con el mandato.

De aquí la necesidad de determinar, ahora, qué cosa es el poder de representación y cuál su diferencia con el mandato.

15.—El poder de representación

Conforme a lo expuesto, para que una persona pueda representar a otra y obligarla por los actos o contratos que ejecute o celebre es necesario, entre otras condiciones, que tenga poder para ello: facultad de representarla.

Esta facultad, en la representación voluntaria, la confiere

el representado mediante el otorgamiento de poder; por eso se le llama también poderdante.

Procurando un concepto jurídico exacto del otorgamiento de poder, diremos que es el acto por el cual una persona autoriza a otra para que la obligue directamente respecto de terceros en los actos y contratos que la segunda ejecute o celebre a nombre de la primera.

Toda persona está autorizada, siempre que sea capaz, para afectar su propio patrimonio a las consecuencias jurídicas del acto que ejecuta y, por regla general, no puede obligar sino su propio patrimonio.

Pues bien, el poder de representación viene a alterar esta situación ordinaria tanto para el poderdante como para el apoderado.

En cuanto al primero, al otorgar poder manifiesta su voluntad de que su patrimonio pueda verse afectado tanto por los actos que ejecute él mismo — que es lo normal — como por los actos que a su nombre ejecute otra persona a quien autoriza para ello, que es lo anormal o extraordinario.

En cuanto al apoderado, el poder que se le confiere significa que por sus actos o declaraciones de voluntad puede obligar su propio patrimonio — que es lo normal — o el patrimonio de otra persona, el del apoderado, que es lo anormal o extraordinario.

Visto de esta manera, el otorgamiento de poder puede considerarse, desde el punto de vista del poderdante, como una limitación a su derecho exclusivamente suyo, como es el de gravar o no su patrimonio mediante actos o declaraciones de voluntad, y desde el punto de vista del apoderado, como una super-capacidad que le permite obligar un patrimonio ajeno mediante un acto o declaración de voluntad suya.

De esta premisa se desprende que el apoderamiento u otorgamiento de poder es un acto jurídico unilateral, que deriva toda su fuerza de la sola voluntad del poderdante y que para la consecución de los efectos que le son característicos no necesita la aceptación por parte del apoderado (*).

(*) Hupka, La Representación Voluntaria en los Negocios Jurídicos, pág. 89.

El mandato civil

2717

Como dice Hupka, la teoría del acto unilateral se ajusta a la naturaleza jurídica del apoderamiento. Al conceder el poderdante al apoderado la facultad de disponer sobre la esfera jurídica del primero y a nombre de él, afecta única y simplemente el interés del principal. El poder no toca en lo más mínimo la esfera del apoderado como tal; no deriva éste de aquél ni obligaciones ni derechos, sino solamente la aptitud jurídica necesaria para hacer nacer, por medio de sus actos, derechos u obligaciones a favor o en contra de otra persona. Falta, por tanto, una razón intrínseca para hacer depender el nacimiento del poder de representación de un acto de aceptación del apoderado. En verdad, lo que llaman aceptación del poder es o una declaración indiferente para el derecho o la declaración de que se asume la obligación de ponerlo en práctica, es decir, un elemento que reside fuera del negocio constitutivo del poder y que pertenece a la relación de mandato.

En fin, decidir si el apoderado ha de hacer o no uso del derecho de representación que se le ha concedido es cosa que compete al mismo apoderado. Y si hace uso de él, no por eso crea la relación de apoderamiento, como no la impide ni extingue si no lo usa (*).

16.—El mandato y el poder de representación

De lo expuesto aparece nítidamente la diferencia substancial que existe entre ambos actos jurídicos. Son dos instituciones, dos conceptos tan extraños que no cabe posibilidad alguna de confusión (*).

El mandato es un contrato que esencialmente consiste en que una persona confíe la gestión de uno o más negocios a otra y que ésta se encargue de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

(*) Hupka, ob. cit. pág. 90 y 91. Demogue, *Traité des Obligations*, pág. 185, tomo I.

(*) Véase el análisis que hace Duranton del art. 1984 del Código Civil Francés. Curso de D. Francés T. XVIII, pág. 176.

Genera para el mandante la obligación de suministrarle lo necesario para la ejecución del encargo y la de remunerarle por la gestión, y para el mandatario, las de ejecutar el negocio que se le ha encomendado y rendir cuentas al término del mismo.

Como importa una obligación para el mandatario, el contrato sólo se perfecciona por su aceptación y al manifestarla, expresa o tácitamente, se compromete a ejecutar el negocio so pena de responder de los perjuicios que la inejecución acarree al mandante.

El otorgamiento de poder no es sino la facultad que una persona confiere a otra para que obligue el patrimonio de la primera a los efectos jurídicos de los actos o contratos que ejecute o celebre respecto de terceros.

En consecuencia, partiendo de estos conceptos, podemos resumir las *diferencias que separan el poder de representación del mandato* en las siguientes conclusiones:

1.º *El mandato se origina siempre en una relación contractual:* es siempre un acto jurídico bilateral porque requiere acuerdo de voluntad; el poder de representación puede ser legal, cuando emana de la ley, como ocurre en los casos que contempla el artículo 43 del Código Civil, o voluntario, si tiene su origen en un acto o declaración de voluntad del poderdante;

2.º *El mandato es un acto jurídico bilateral: es un contrato.*—El poder voluntario emana de un acto jurídico unilateral que no requiere la aceptación, ni siquiera el conocimiento, del apoderado.

3.º *El mandato engendra obligaciones recíprocas entre las partes que lo acuerdan.*—El poder de representación no crea por sí sólo obligaciones de ninguna especie ya que su objeto consiste simplemente en facultar, capacitar al apoderado para afectar un patrimonio ajeno a las resultas de los actos o contratos que ejecute o acuerde en tal carácter. En caso alguno impone al apoderado la necesidad jurídica de hacer uso del poder.

El mandato civil

2719

4.º *El mandato determina las relaciones jurídicas que se producen entre mandante y mandatario; el poder de representación da origen a la representación, que determina las relaciones jurídicas entre el poderdante y los terceros (*)*.

5.º *El mandato es un contrato principal, pues subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; el otorgamiento de poder también es un acto jurídico principal, que subsiste independientemente de todo otro acto jurídico, pero ordinariamente va unido a otro acto o contrato que puede ser cualquiera de los nominados o inominados que conocemos: compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato, etc.*

6.º *Por último, el mandatario debe actuar a nombre propio, si carece de la facultad de representar al mandante; el apoderado siempre debe actuar a nombre del poderdante. Si omite esta circunstancia no opera la representación.*

17.—La representación no es un elemento esencial del mandato

Este análisis de la naturaleza jurídica de la representación, el apoderamiento y el mandato, ha permitido concluir a los tratadistas contemporáneos que la representación no es un elemento esencial del mandato, de manera que puede faltar en él sin que por eso el contrato degenera en otro diferente o no produzca efecto alguno.

Es cierto que ordinariamente el mandatario es a la vez apoderado del mandante, pero bien puede no serlo cuando por estipulación o por mera voluntad de aquél actúa el mandatario a nombre propio.

Lo que verdaderamente ocurre en el estado actual del Derecho, es que se presume por la ley que por el sólo hecho de celebrarse el contrato de mandato, el mandante confiere a la vez al mandatario, facultad para que le represente en la

(*) Véase Demante, Cours Analytique de Droit Français, pág. 194, tomo VIII.

gestión de los negocios que le encomienda, pues de esta manera se simplificará notablemente la labor del mandatario — que se evitará hacer traspaso de los créditos y obligaciones derivadas del negocio ejecutado respecto de los terceros — y exonerará automáticamente al mandante de la obligación de descargar al mandatario de los gravámenes y responsabilidades que ha contraído respecto de terceros en la ejecución del negocio cometido. Todo esto siempre que el mandatario haya actuado a nombre del mandante haciendo uso de la facultad de representar que se entiende concedida en virtud del mandato.

Pero nada obsta a que el mandatario no haga uso de esta facultad y contrate a nombre propio, o que así se estipule expresamente en el mismo contrato de mandato, en cuyo caso ejecutará el negocio por cuenta de su mandante, pero en su propio nombre y entonces, ejecutado el encargo, deberá traspasar al mandante los créditos y las obligaciones adquiridos y contraídas, de que deberá hacerse responsable el mandante (*).

En consecuencia, la representación es simplemente un elemento de la naturaleza del mandato, es decir, una cosa que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle, sin necesidad de una declaración especial, pero que, por lo mismo, puede suprimirse mediante una estipulación en contrario.

Este criterio goza hoy día del favor de la mayoría de los tratadistas contemporáneos, principalmente de los alemanes y franceses de nuestro tiempo.

Así, Colin y Capitant expresan que "nada impide a las partes convenir que el mandatario tratará con los terceros en su propio nombre y sin darles a conocer su verdadera situación. En este caso, agregan, no cabe ninguna duda que el mandatario se obligará personalmente, haciéndose acreedor, al paso que cuando obra como representante, las relaciones jurídicas se producen entre el mandante y terceros. Pero trate en una u otra calidad, eso no modifica en nada

(*) Duranton, ob, cit. T. XVIII, pág. 182. N.º 198; Demante, Cours Analytique du C. Civil, T. VIII, pág. 191.

El mandato civil

2721

el carácter del contrato que se ha establecido entre él y el interesado: este contrato es un mandato" (*).

En el mismo sentido se pronuncian Planiol, Planiol y Ripert, Joseph Hupka, René Popesco, etc.

Es inútil insistir mayormente sobre el particular; no la mayoría sino la totalidad de las legislaciones, incluyendo la francesa — recuérdese el mandato prete-nom —, han debido admitir, de buen o mal grado, que puede haber mandato independientemente de la representación. En Roma ayer, en Alemania hoy, el mandato precisamente es no representativo. En las otras legislaciones puede no serlo, aún cuando por regla general se entienda que el mandatario tiene "naturalmente" la facultad de representar al mandante.

18.—Conclusión

De lo expuesto podemos concluir que ni la gratuidad ni la representación son cosas esenciales del mandato. Este puede ser remunerado y no representativo, sin que por ello se altere su verdadera naturaleza. Consiguientemente, deben desecharse estos elementos como base para distinguir éste de los demás contratos.

Pero como no es posible rechazar una doctrina sin reemplazarla por otra que cumpla mejor su finalidad, es natural que se haya formulado otro criterio y se haya buscado en otra parte lo característico y esencial del mandato.

Y ahora, con mejor visión de la realidad, se busca lo esencial del mandato en su objeto. Sin duda alguna que por este camino se llega mejor a la verdad.

19.—El objeto del mandato como elemento característico

Antes de analizar en detalle las diferentes opiniones que se han formulado con el objeto de establecer la naturaleza

(*) Colin y Capitant, Derecho Civil, Tomo IV, pág. 667.

del encargo que se confía por el mandante al mandatario, es necesario exponer, brevemente, las diferentes familias de contratos atendiendo a su objeto.

Para ello seguiremos a Planiol, que se ha preocupado de esta materia dando una gran visión de conjunto que aclara muchísimo el problema planteado (*).

El hombre satisface sus necesidades de existencia apropiándose de las cosas que necesita — así nacen los derechos reales — o requiriendo el concurso de los demás hombres cuando no puede obtener por sí sólo la utilidad de las cosas — así nacen los derechos personales o de créditos.

Cuando una persona se obliga respecto de otra a dar, hacer o no hacer una cosa cualquiera, se genera un contrato, cuyo objeto consiste, en términos muy amplios, en un servicio que una persona presta a otra. Pero la naturaleza de este servicio varía según los casos y permite, entonces, clasificar los contratos en tres grandes categorías:

a) Aquellos en que una persona se obliga a *ejecutar un trabajo en provecho* de otra; esto es, son *contratos relativos al trabajo humano*.

b) Aquellos en que el trabajo realizado se reduce a un esfuerzo insignificante que no guarda relación con la importancia del servicio prestado. Esto ocurre en los contratos que los economistas llaman *de cambios* y que tienen por objeto la traslación de una cosa material, haciendo pasar de una persona a otra la facultad de utilizar esta cosa. Es decir, los contratos de esta clase *tienen por objeto las cosas y no el trabajo*.

c) Por último, existe un tercer objeto de contratos: los derechos de toda naturaleza que las personas pueden tener las unas contra las otras y que pasan a ser materia de un gran número de convenciones.

En resumen, los contratos no pueden tener sino alguno de estos tres objetos: *un trabajo, una cosa o un derecho*.

Los contratos relativos al trabajo son ordinariamente re-

(*) Planiol, *Clasificación Sintética de los Contratos*, Rev. de D. y J. T. II, pág. 149 y siguientes.

El mandato civil

2623

munerados; la gratuidad equivale, en estos casos, a las donaciones y comodatos para las cosas.

El trabajo pagado en dinero es objeto del arrendamiento de servicios, cuya remuneración se determina en relación al tiempo, o del contrato de empresa o trato a precio alzado, cuya remuneración se determina en relación a la obra.

Los contratos relativos a las cosas, tienen por objeto la transmisión definitiva de ellas, mediante la enajenación, o ponerlas al servicio de otra persona por un tiempo determinado. Los primeros envuelven una prestación definitiva y los segundos, una prestación temporal.

Por último, los contratos relativos a los derechos son una especie de los anteriores, por cuanto los derechos son cosas, como aquéllas, pero incorporales.

Estas cosas incorporales o derechos *son susceptibles de enajenaciones, cauciones y renunciaciones.*

Dentro de esta clase de contratos cabe distinguir una categoría especial, las operaciones para otro.

Hay ciertas operaciones que se hacen posibles gracias a la intervención de un tercero en las relaciones jurídicas de dos personas. Esta situación puede concebirse bajo dos formas:

a) *El tercero interviene en el contrato para celebrarlo en interés ajeno;*

b) *O bien, suponiendo una obligación creada sin su participación por las partes mismas, el tercero se compromete a cumplirla en lugar del deudor.*

A la primera hipótesis corresponden el mandato, la gestión de negocios, la estipulación en favor de un tercero y la promesa de hecho ajeno. A la segunda, la fianza con sus variaciones como la obligación solidaria que no es sino una fianza mutua, la expromisión y la delegación imperfecta.

Debe observarse esencialmente, como dice Planjól, que lo que caracteriza esta categoría es la relación que se establece entre el tercero que interviene y aquélla de las dos partes en cuyo interés ha obrado. Esta relación se analiza siempre como un "servicio prestado" que tiene por objeto,

no la ejecución de un trabajo o la entrega de una cosa, sino la celebración de un contrato o el cumplimiento de una obligación.

*
* *

La clasificación adoptada por Planiol, que tiene la originalidad de atender al objeto del contrato y no a como se perfecciona, ni a las obligaciones que genera, etc., como se ha hecho hasta hoy, nos da una pauta general para determinar la ubicación del mandato entre las diversas relaciones obligatorias, excluyéndolo desde luego, de aquellos contratos que se refieren al trabajo humano — como el contrato de trabajo o arrendamiento de servicios — o a las cosas como la compraventa, el comodato o el mutuo.

El mandato contiene, en principio, una prestación de servicios pero, y he aquí el punto interesante, no es ésta su característica fundamental, porque el trabajo desarrollado es insignificante o por lo menos ajeno a la finalidad que se persigue. ¿Cuál es entonces esta finalidad? Veamos lo que sostienen los tratadistas.

20.—Tesis de Planiol: El objeto del mandato sólo puede ser la ejecución de un acto jurídico

De la exposición que hemos hecho de la clasificación adoptada por Planiol se ve que éste considera al mandato entre los contratos que tienen por objeto los derechos y más precisamente, la celebración de un acto jurídico.

Expresa Planiol que el mandato se ha especializado en la ejecución de actos jurídicos hechos por cuenta ajena y su esencia es la concesión al mandatario del poder de obrar jurídicamente para el mandante, de tal manera que la idea de mandato ha llegado a ser inseparable de la idea de acto jurídico (*).

(*) Ob. cit. pág. 169 y Traité de Droit Civil, pág. 788.

El mandato civil

2625

Ha seguido a Planiol el Código Civil Mejicano, que en su artículo 2546 define el mandato como "un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante, *los actos jurídicos que éste le encarga*".

Y, sin pretenderlo, siguen el mismo criterio los tratadistas y las legislaciones que consideran la representación como característica esencial del mandato, ya que la representación tiene siempre por objeto la ejecución de un acto jurídico a nombre de otro.

Coinciden con Planiol los comentadores españoles al Tratado de Derecho Civil de Ludwig Eccnecerus, que refiriéndose al artículo 1709 del Código Civil Español que define el mandato, expresan que de los antecedentes históricos y de la regulación total que se hace del mandato en ese cuerpo de leyes, "se obtiene el convencimiento de haberse de ceñir el concepto de mandato a aquellos servicios que son susceptibles de aparejar una función de representación, aunque pueden prestarse obrando o no a nombre del mandante" (*). Y como sólo respecto de la ejecución de actos jurídicos cabe la posibilidad de la representación, debemos concluir que en concepto de éstos el mandato sólo puede referirse a ellos.

Barros Errázuriz adopta un criterio semejante expresando que el mandatario "obra jurídicamente" en lugar del cliente, mientras que en el arrendamiento de servicios inmateriales, el que presta sus servicios profesionales o de otra manera, no celebra ningún acto jurídico en favor del cliente; no tiene facultad de representarlo ni de obligarlo; ejerce su profesión o ejecuta su trabajo en su propio nombre, aunque todo el trabajo sea en beneficio del cliente (*).

21.—El encargo, objeto del mandato puede consistir en un acto, hecho o prestación cualquiera;
tesis de Bibiloni

Frente a este concepto restringido del mandato surge

(*) Ob. cit. T. pág. 323.

(*) Barros Errázuriz, Contratos, pág. 249.

otro, extensivo no sólo a los actos jurídicos, sino a todo hecho o servicio que pueda ejecutarse o prestarse en beneficio de otro.

Juan Antonio Bibiloni, en el Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, expresa que "hay mandato allí donde una persona encarga a otra la gestión de hechos que le conciernen. Y no precisamente de actos jurídicos, como lo dice el artículo 1870, agrega, sino de hechos jurídicos y no jurídicos. No hay motivo alguno para limitar la gestión. Los hechos corrientes de la vida pueden ser objeto de aquel encargo. La conducción de un hijo al exterior, al hospital, etc., pueden ser objeto de un mandato. La educación de él puede serlo al mismo título que la contratación de un hipoteca (*).

El Código Federal Suizo de las Obligaciones ha seguido este mismo criterio, al disponer, en el artículo 394, que "el mandato es un contrato por el cual el mandatario se obliga en los términos de la convención a gestionar un negocio que se le ha encargado o a dar los servicios que ha prometido" (*).

Como los términos de esta definición son tan amplios que se comprenderían en ella muchos contratos de diversa naturaleza, el mismo artículo 394 agrega que "las reglas del mandato se aplican a los trabajos que no están sometidos a las disposiciones legales que rigen otros contratos".

De esta manera el Código Federal Suizo establece que hay mandato:

1.º Cuando el *encargo consiste en la gestión de un negocio*:

2.º O en la *prestación de un servicio no comprendido en otro contrato, como ocurre con el trabajo gratuito*.

El Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, del año 1927, acepta también que hay mandato cuando el mandante confía al mandatario, que acepta, el encargo de gestionar uno o varios negocios o de ejecutar uno o varios actos o hechos, artículo 556.

(*) Ob. cit. T. VI. pág. 229.

(*) En este sentido, Demante, Obra Citada, pág. 193.

El mandato civil

2727

Esta disposición merece los mismos comentarios que la del Código Federal Suizo, de manera que no insistiremos en ello.

Para terminar, observaremos que ninguno de ambos cuerpos legales ha establecido qué se entiende por "gestionar un negocio", pero según los comentadores del derecho suizo, se entiende por "negocios" o "gestión de negocios", todos aquellos asuntos que se refieren al establecimiento, mantención o transferencia, a la modificación o extinción de relaciones jurídicas.

22.—Críticas a las teorías enunciadas

La teoría sustentada por Planiol no ha encontrado acogida entre los demás tratadistas por la sencilla razón de que en la mayoría de los casos el mandato no comprende simplemente la celebración de actos jurídicos sino la ejecución de hechos jurídicos y no jurídicos conexos con el encargo que debe ejecutar.

Pero, y esto no puede olvidarse, el mandato comprende ordinariamente la ejecución de actos jurídicos y la doctrina sustentada por Planiol peca, no tanto por sostener esto, que es exacto, cuanto porque parece limitar el objeto del encargo sólo a los actos jurídicos cuando a más de estos el mandatario, para la total realización del negocio, puede verse en la necesidad de ejecutar otros hechos que no por eso desvirtúan su naturaleza.

Por otra parte, es un error atender solamente a la naturaleza del encargo para determinar la existencia del mandato; hay otros factores que no pueden omitirse, como ser que el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante, que es un acto de confianza, etc.

En cuanto al criterio de Bibiloni, es tan comprensivo que resulta vago determinar cuándo hay mandato y cuándo arrendamiento de servicios o contrato de trabajo, de tal manera que para saber si deben aplicarse o no a un caso dado las reglas del mandato es necesario, como sucede en el De-

recho Suizo, proceder por exclusión, lo que no es un criterio substancial propiamente, sino meramente formal y, en todo caso, muy poco científico.

23.—Tesis de Lenel

Por último, el jurista alemán Lenel considera que lo característico en el mandato, sea gratuito o retribuido, es *que el mandatario se ocupe del negocio como algo que le es ajeno, como negocio cuyos ingresos y gastos en nada le afectan materialmente*; en una palabra, que obre por cuenta y riesgo del mandante (*).

Para la distinción entre el mandato y el arrendamiento de obra o servicios, carece enteramente de importancia la naturaleza de los servicios que se van a prestar. Pueden ser operaciones liberales o no liberales; pueden consistir en encargarse de negocios jurídicos o de funciones puramente materiales; lo decisivo es siempre saber por cuenta de quién se ejecuta el encargo (*).

Como lo veremos en el próximo número, nuestro Código Chileno, con el magnífico sentido jurídico que le caracteriza, no ha atendido a uno sino a varios factores para establecer cuáles son los elementos constitutivos del mandato y distinguirlo precisamente de todo otro contrato similar.

(Continuará).

(*) El Mandato Retribuido, Revista de Derecho Privado, T. XV, N.º 183, pág. 371.

(*) En igual sentido Colmet de Santerre, Demante, ob. cit. pág. 193, N.º 201, bis VII, parte final.