Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Revista de Derecho

SUMARIO

Héctor Salas N.	Estipulaciones en favor de personas indeterminadas y de personas futuras	Pág.	2833
Bernardo Gesche M.	Del plazo suspensivo y extintivo	„	2857
Rolando Peña L.	Algunas consideraciones sobre la guerra	„	2873
David Stitchkin B.	El mandato civil (Continuación)	„	2887
Miscelánea Jurídica	Algo sobre expropiaciones	„	2943
Jurisprudencia	Falta de personería. — Prescripción adquisitiva	„	2977
	Abandono de instancia	„	2985
	Reclamo de multa por infracción del Código Sanitario	„	2987

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION (CHILE)

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

David Stitchkin B.

Notas de clases

EL MANDATO CIVIL

(Continuación)

CAPITULO SEGUNDO

Naturaleza jurídica del mandato civil en el derecho chileno

1. Definición.— 2. Elementos de dicha definición.— 3. Es un contrato de confianza.— 4. Su objeto consiste en encomendar la gestión de uno o más negocios.— 5. El concepto de gestión de negocios según los tratadistas.— 6. El concepto de gestión de negocios según los comentarios a nuestro Código.— 7. La expresión gestión de negocios en su acepción castiza.— 8. Los negocios que pueden ser objeto del mandato en nuestro derecho.— 9. El mandatario se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo del mandante.— 10. Los elementos anteriores caracterizan el mandato. 11. La representación es un elemento de la naturaleza y no de la esencia del mandato.— 12. Jurisprudencia.— 13. El mandato se presume remunerado, pero puede ser gratuito.— 14. Jurisprudencia.— 15. Conclusión.— 16. Contratos que constituyen mandato según nuestros tribunales.— 17. El mandato y el contrato de arrendamiento.— 18. De las diversas modalidades que reviste el contrato de arrendamiento.— 19. El arrendamiento de cosas y el mandato.— 20. El arrendamiento de servicios.— 21. Arrendamiento de servicios materiales.— 22. Arrendamiento de servicios inmateriales.— 23. El contrato de trabajo.— 24. Caracteres del contrato de trabajo.— 25. El mandato y el contrato de trabajo según la doctrina.— 26. El mandato y el contrato de trabajo en nuestro derecho.—

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

27. La relación de subordinación y dependencia es una cuestión de hecho.— 28. Diferencia intrínseca entre mandato y contrato de trabajo.— 29. La facultad de representar y el contrato de trabajo.— 30. La remuneración y el contrato de trabajo.— 31. Aplicación de estos criterios.— 32. El mandato y el arrendamiento de servicios inmateriales.— 33. Servicios de las profesiones que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de obligar y representar a otra persona respecto de terceros.— 34. Mandato unido a un contrato de trabajo.— 35. Inexistencia del conflicto.— 36. El mandato y el contrato de confección de una obra material.— 37. El mandato y los contratos para la construcción de edificios.— 38. Jurisprudencia.— 39. El mandato y el contrato de sociedad.— 40. Jurisprudencia.— 41. El mandato y el depósito.— 42. El mandato y la agencia oficiosa.— 43. El mandante y el interesado.— 44. El agente y el mandatario.— 45. El objeto del mandato y el de la gestión de negocios.— 46. El mandatario puede convertirse en agente oficioso.

1.—DEFINICION

EL artículo 2116 del Código Civil define el mandato diciendo que "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".

Para determinar la naturaleza del mandato debemos atenernos necesariamente a la definición transcrita, ya que según el artículo 20 del Código Civil, cuando el legislador ha definido expresamente una palabra para ciertas materias, se le dará en éstas su significado legal.

En nuestro caso, el legislador ha expresado concisamente qué se entiende por mandato; en consecuencia, no cabe darle otra significación que la que en el artículo 2116 se expresa, para lo cual debemos analizar las circunstancias o elementos que en concepto de nuestra ley constituyen el mandato.

2.—ELEMENTOS DE LA DEFINICION

Del artículo 2116 se desprende que los elementos esenciales del mandato consisten en los siguientes:

1.º El mandato es un contrato;

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2.º En que una persona confía la gestión de uno o más negocios;

3.º A otra persona que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

De estos elementos, el primero sirve para caracterizar no sólo el mandato, sino una serie de relaciones jurídicas que se caracterizan por la misma circunstancia de requerir, para su generación, un acuerdo de voluntades.

Podríamos decir, entonces, que la expresión "contrato" empleada por el legislador, si bien determina la naturaleza convencional del mandato, no sirve para delimitarlo o distinguirlo de otros actos jurídicos bilaterales, como la compraventa, la sociedad, etc.

Los demás elementos, en cambio, son específicos, esto es, determinan la existencia del mandato y le distinguen de otros contratos.

3.—ES UN CONTRATO DE CONFIANZA

El artículo 2116 dispone que "el mandato es un contrato en que una persona *confía la gestión* de uno o más negocios a otra".

Esta expresión viene, entonces, a sentar uno de los elementos esenciales del mandato: es un contrato de confianza. Interviene aquí un factor subjetivo del que comete el encargo y que consiste en la fe que le inspira el mandatario, tanto por su honestidad cuanto por las cualidades que posee para desempeñar, con buen éxito, el negocio que le encomienda.

De esta circunstancia se deduce una serie de consecuencias que veremos más adelante, como la facultad del mandante para revocar a su arbitrio el encargo; que *no se transmitan las obligaciones del mandatario, que la muerte del mandante produzca la extinción del contrato, etc.*

En todo caso, debemos sentar como premisa indiscutible que en el mandato debe intervenir necesariamente este elemento interno o subjetivo: la confianza que induce al mandante a la celebración del contrato. La falta de este ele-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mento puede acarrear la inexistencia del contrato o puede hacerlo degenerar en otro diferente.

Este elemento equivale a la "afectio societatis" del contrato de sociedad, que bien puede deducirse del tenor o espíritu del acto, pero que si se da por no establecido impide calificarlo como mandato.

Observaremos, por último, que este carácter de contrato de confianza lo deriva del Derecho Romano, donde, como hemos visto, se generó de esa misma circunstancia. Nuestros tribunales han establecido que "la comisión es un mandato mercantil, fundado principalmente en la buena fe del comisionista que acepta el encargo y se obliga a desempeñarlo *y en la confianza que al comitente inspira la persona del mandatario buscado* por él, para la correcta y adecuada ejecución de este mismo encargo" (Rev. de D. y J. Tomo 14, Sec. 1.ª, pág. 461).

4.—TIENE POR OBJETO LA GESTION DE UNO O MAS NEGOCIOS

A diferencia de la casi totalidad de las legislaciones, el Código Civil chileno ha empleado una expresión particular que viene a determinar en forma precisa, a nuestro juicio, el contenido del mandato: la gestión de uno o más negocios.

Y observemos además que el legislador ha empleado esta expresión deliberadamente, porque se ha valido de ella no sólo en la definición que da el artículo 2116, sino en todas las demás disposiciones relativas al mandato.

Así por ejemplo, el artículo 2119 establece que "el negocio que interesa al mandatario sólo es un mero consejo, etc."; el artículo 2120 que "si el negocio interesa juntamente..."; el 2121, que "la simple recomendación de negocios ajenos...", etc.

No cabe duda, entonces, que en concepto de nuestro legislador, es característico y esencial en el mandato que el encargo consista en la "gestión de uno o más negocios".

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En consecuencia, sólo nos cabe determinar el alcance de esta expresión, o sea, esclarecer y precisar qué se entiende por gestión de negocios.

5.—EL CONCEPTO DE GESTION DE NEGOCIOS SEGUN LOS TRATADISTAS

No solamente nuestro Código ha empleado en el mandato la expresión "negocios" o "gestión de negocios". Recordemos que también la emplea el artículo 662 del Código Civil alemán, al definirlo, y el artículo 675 que dispone que "cuando el contrato de servicios o el contrato de obra tienen por objeto la gestión de un negocio se le aplicará, en lo pertinente, las principales reglas del mandato".

Esto explica que los comentaristas del Código Alemán se hayan preocupado de fijar el alcance de esta expresión.

Tres son las principales interpretaciones que se han dado a esa expresión por los comentadores alemanes:

a) La primera es una interpretación amplia, conforme a la cual se comprenden en ella todas las prestaciones posibles que no estén prohibidas por la ley ni vayan contra las buenas costumbres.

b) La segunda es, por el contrario, restringida, pues según ella se comprenden solamente los negocios jurídicos propiamente tales.

c) La tercera, intermedia, es sin duda la más exacta: la expresión "gestión de negocios" comprende tanto los negocios jurídicos como los que se refieran a una actividad económica que tenga una importancia inmediata para el mandante. (Tratado de Derecho Civil, Ludwig Ecenecerus, T. II, pág. 338, nota 4).

En el Código Federal Suizo de las Obligaciones el mandato puede tener por objeto, entre otras cosas, la gestión de un negocio, en cuyo caso se presume la representación.

Los comentadores del Derecho Suizo estiman, en cambio, que si bien es difícil clasificar y diferenciar los negocios de las prestaciones de trabajo o servicios, pues su denominación

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

varía y se emplea tanto la una como la otra, se puede, sin embargo, hacer entrar en los negocios, todo lo que se refiere al establecimiento, mantención o transferencia, a la modificación o extinción de relaciones de derecho, de obligaciones o de créditos". (Schneider y Fick, Coment. du C. F. des O., Vol. I, pág. 677).

En otros términos, están por la interpretación restringida de esa expresión.

Raúl Oliva Murillo, en su Tesis de Licenciatura, acerca de la naturaleza jurídica del mandato civil, expresa que esa expresión nos coloca ante tres alternativas:

La primera consiste en suponer que ella implica la ejecución de actos de cualquiera naturaleza, sea actos jurídicos o materiales;

La segunda, en restringir su alcance sólo para la ejecución de actos jurídicos;

Y la tercera, en considerarla una expresión compleja que implica la ejecución de asuntos de cierto orden y de los cuales puede derivar la ejecución de ciertos actos. (Ob. citada pág. 44). El mismo señor Oliva rechaza la primera interpretación, entre otras, por las siguientes razones:

1) Porque el legislador habría empleado la expresión "actos o hechos" en lugar de "gestión de negocios".

2) Porque el arrendamiento de servicios es, en nuestro derecho, un contrato general o común, que comprende todas las prestaciones de servicios menos las que se refieran al mandato o a otros contratos específicos. Luego, sólo ciertos asuntos pueden ser objeto del mandato.

3) Porque el mandato presume la representación, y ésta sólo cabe respecto de los actos jurídicos.

4) Porque todos los ejemplos de mandato que pone el legislador se refieren a actos jurídicos y no a hechos materiales.

Rechaza la segunda interpretación por las siguientes razones:

1) Porque si en el ánimo del legislador hubiera estado restringir el mandato sólo a los actos jurídicos, habría empleado esta misma expresión y no la de "negocios".

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2) Porque del artículo 2132 se desprende que el objeto del mandato comprende una idea más compleja que la mera ejecución de actos jurídicos.

En efecto, esa disposición establece que el mandato confiere naturalmente al mandatario la facultad de "comprar los materiales necesarios para *el cultivo o beneficio de tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado*". Es decir, es objeto del mandato un asunto de índole económica que interesa al mandante.

Rechazadas ambas tesis, acepta la tercera, de modo que la expresión "*gestión de negocios*" *indica la ejecución de un asunto que tenga atingencia en la creación, mantenimiento, transferencia o extinción de relaciones jurídicas*. Este asunto o actividad puede ser estrictamente jurídico — celebrar un contrato determinado — o de orden económico del cual deban emanar la ejecución de actos jurídicos. (Ob. cit. pág. 45).

En otros términos, sigue el criterio de los tratadistas alemanes que aceptan la tesis ecléctica o intermedia. (ver letra C. del número anterior).

7.—LA EXPRESION GESTION DE NEGOCIOS EN SU ACEPCION CASTIZA

Conforme al Diccionario de la Lengua Española, la palabra "gestión" significa la acción y efecto de administrar y la palabra "negocio" comprende todo lo que es materia de una ocupación lucrativa o de interés.

Por otra parte, el legislador se ha referido en el título del mandato a ciertos mandatos especiales, cuyo objeto consiste esencialmente en la ejecución de actos jurídicos.

Aplicando las reglas de interpretación que nos dan los artículos 20 y 22 del Código Civil, podemos concluir que en nuestro Derecho pueden ser objeto del mandato la administración y ejecución de negocios jurídicos y de negocios de índole económica que sean materia de una ocupación lucrativa o de interés.

Corrobora nuestra interpretación el artículo 2286, que

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

refiriéndose a la *agencia oficiosa* o *gestión de negocios ajenos*, llamada comúnmente gestión de negocios, dispone que es un cuasi-contrato por el cual *el que administra* sin mandato los negocios de alguna persona se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos, y el artículo 2287 que agrega: "las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario".

La expresión "gestión de negocios" implica, entonces, la idea de *administrar* un negocio ajeno, o sea, gobernar, regir, cuidar y dar término a una operación de interés económico, para lo cual puede ser necesario, en último o en primer término, la ejecución de uno o más actos jurídicos.

Resumiendo: hay mandato — considerado el problema desde el punto de vista de su objeto — cuando se encomienda la ejecución de un negocio jurídico, o el cuidado, administración y ejecución de un asunto de interés económico.

8.—LOS NEGOCIOS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL MANDATO EN NUESTRO DERECHO

El mismo Código se ha encargado de señalar, en sus diversas disposiciones, el alcance de la expresión "gestión de uno o más negocios" que emplea en el artículo 2116.

De estas disposiciones se desprende que el mandato puede tener por objeto:

A. — La conservación de un patrimonio. — Así, el mandato confiere naturalmente al mandatario la facultad de efectuar los actos de administración, artículo 2132. Entre éstos señala, por vía de ejemplo, pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tie-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.

B. — La administración de una industria. — Así aparece de la parte final del mismo artículo 2132, en cuanto se refiere a la administración, cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.

C. — La ejecución de un negocio cualquiera de índole económica de interés para el mandante.—Así aparece del art. 2147 que regla las situaciones que en tales casos pueden producirse entre mandante y mandatario, relativas a las utilidades o pérdidas que del negocio resultaren, conforme al cual artículo, "en general, podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante"... y ..."se le prohibe apropiarse lo que exceda al beneficio o aminore el gravamen designado en el mandato. Por el contrario, si negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia".

Obsérvese, desde luego, que lo que caracteriza el mandato es, precisamente, el riesgo de obtener una utilidad o sufrir un perjuicio en la realización del negocio, riesgos que, como veremos luego, corre el mandante por su cuenta, depositando su confianza en la habilidad y honestidad del mandatario en cuanto a que no serían menores si él mismo realizara el negocio.

D. — La ejecución de un negocio jurídico. — También puede ser objeto del mandato. Distinguiremos el negocio jurídico del negocio económico en que en el primero el mandatario tiene como obligación principal la de ejecutar un acto o celebrar un contrato — a nombre propio o ajeno — mientras que en el negocio económico la principal obligación consiste en la buena administración del negocio, a fin de obtener *un provecho pecuniario* que puede resultar, a la postre, de la ejecución de actos jurídicos o de

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la abstención de ejecutarlos, si de esta manera obtiene un mayor beneficio.

En el primer caso cumple su mandato ejecutando el acto; en el segundo, administrando el negocio en la mejor forma posible a fin de obtener un beneficio pecuniario o económico para el mandante.

Puede, entonces, ser objeto del mandato, la celebración de una transacción o de un compromiso, artículo 2141, de una compraventa, hipoteca, artículos 2142-2143; y en general, todo acto jurídico que la ley no prohíba celebrar de esta manera, como la tradición, artículo 674; el pago, artículo 1581, el matrimonio, artículo 15 de la ley N.º 4808 sobre Registro Civil.

La posesión, no siendo un acto sino un hecho jurídico, puede ser asimismo, objeto del mandato, artículos 720 y 721.

La comparecencia en juicio, que es una cuestión exclusivamente jurídica, también puede ser objeto de un mandato. El que así se origina constituye una especie de mandato: el judicial, sujeto a reglas particulares.

9.— EL MANDATARIO SE HACE CARGO DEL NEGOCIO POR CUENTA Y RIESGO DEL MANDANTE

Es el tercer elemento esencial del mandato, según aparece reglamentado en nuestro derecho, y quizás si de mayor importancia que el anterior, por cuanto es característico a este contrato.

En efecto, según hemos visto, el mandato tiene por objeto la ejecución o gestión de un negocio jurídico o de un negocio de índole económica. En ambos casos se derivarán responsabilidades por la gestión del mandatario; en el primero, responsabilidades jurídicas, que pueden reducirse en último término a responsabilidades pecuniarias; en el segundo, responsabilidades pecuniarias que se harán efectivas mediante una responsabilidad jurídica.

Asimismo, el negocio que se encomienda al mandatario

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

puede resultar beneficioso o perjudicial, riesgo éste ineludible pues las circunstancias que lo producen escapan, en la mayoría de los casos, a la voluntad humana.

Pues bien, estos riesgos, esta responsabilidad derivada de la gestión del mandatario, no afectarán al mandatario en definitiva, ya que el negocio no lo gestiona para sí mismo, sino por cuenta y riesgo del mandante, de manera que será éste quien aprovechará de los beneficios o soportará las pérdidas, como si el negocio lo hubiera realizado personalmente él mismo.

La expresión "de cuenta y riesgo" significa "bajo su responsabilidad" y en derecho, por cuenta de una persona significa que sólo a esa persona corresponden los productos o beneficios de la cosa o negociación, como asimismo, a ella pertenecen su pérdida o deterioro; y riesgo es el acontecimiento incierto que puede hacer desmerecer la misma cosa o negociación, y aún destruirla. Por consiguiente, la expresión "por cuenta y riesgo de una persona" establecida en un contrato, significa que a ella corresponde la responsabilidad de la cosa. (Rev. de D. y J. T. 24, Sec. 1.ª pág. 484).

Ni el Código Alemán, artículo 662, ni el Código Federal Suizo de las Obligaciones, artículo 394, ni el Código Civil Mejicano, artículo 2546, contemplan este factor esencial y característico del mandato.

En cuanto a los tratadistas, recordemos que solamente Lenel atiende al factor "por cuenta y riesgo" como esencial y característico del mandato, expresando que "lo característico del mandato, lo mismo del gratuito que del retribuído, 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 del mandante". (Lenel, Ob. Cit., pág. 371).

10.—LOS ELEMENTOS ANTERIORES CARACTERIZAN EL MANDATO

De lo expuesto es necesario concluir que, conforme a nuestro Derecho, deben concurrir los tres elementos citados

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

para que exista mandato. Faltando cualquiera de ellos el contrato no existe o degenera en otro diferente.

Es decir, nuestro Código no ha contemplado sólo un elemento como determinador del mandato, al revés de la opinión de los tratadistas y de lo establecido en otros Códigos, sino varios de ellos que deben concurrir copulativamente y cuyo examen en conjunto permite a los jueces establecer o calificar jurídicamente la naturaleza del contrato sometido a discusión y a nosotros tomar un conocimiento exacto de lo que se entiende por mandato y de los factores que debemos tomar en cuenta para distinguirlo de otras relaciones jurídicas afines.

Sin pretender, entonces, apartarnos de la definición que nos proporciona el artículo 2116 del Código Civil, bien podemos decir que el substractum del mandato consiste en la confianza que una persona deposita en otra para correr los riesgos del beneficio o la pérdida que le puede acarrear la gestión de un negocio jurídico o económico que afectará exclusivamente al mandante y que administrará y realizará el mandatario.

Es decir, que al celebrarse el contrato el mandante atiende a dos factores para él esenciales:

1) Obtener la realización de un negocio que le interesa y cuyos resultados le afectarán exclusivamente;

2) La confianza que deposita en el mandatario en el sentido de que éste realizará el negocio con la diligencia y honestidad que emplearía si el negocio que realiza fuese suyo.

Obsérvese bien, porque esto servirá para distinguir el mandato de otras relaciones jurídicas afines, que lo que persigue el mandante es "la realización de un negocio jurídico o económico" y que la persona del mandatario no le interesa en cuanto a los servicios que le presta sino en cuanto a la confianza que le inspira de que actuará en el negocio como si fuese propio, esto es, pondrá la diligencia y cuidado que dedica a la gestión de sus negocios particulares.

Si mantenemos este criterio uniforme será difícil que no distingamos cuándo hay mandato y cuándo otra relación jurídica parecida.

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

11.—LA REPRESENTACION ES UN ELEMENTO DE LA NATURALEZA DEL MANDATO; NO ES DE SU ESENCIA

Andrés Bello se separó en este punto del Código Francés y se adelantó a todas las legislaciones vigentes al reglamentar la representación en forma independiente del mandato.

En efecto, en el Título II del Libro IV, que trata "de los actos y declaraciones de voluntad" establece, como regla general, aplicable a todo acto o contrato "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".

De lo cual se desprende que la representación es una institución jurídica autónoma, que puede emanar de la ley o de la voluntad de las partes. En cualquier caso produce los mismos efectos: el acto o contrato obliga al representado como si hubiera contratado él mismo.

La representación voluntaria puede existir independientemente de toda otra relación jurídica entre las partes, o unida a una relación contractual determinada. Así, puede convenirse que uno de los socios administre y represente a la sociedad, o que la represente solamente, sin administrarla; o puede estipularse en un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios o, lo que es más frecuente, va unida al contrato de mandato.

El problema que surge en este caso consiste en establecer el rol que desempeña la representación en el mandato, según nuestro derecho positivo: ¿es un elemento de su esencia, de su naturaleza o simplemente accidental?

No es indiferente llegar a una u otra conclusión, pues en la primera hipótesis, el mandatario deberá actuar siempre a nombre del mandante sin que pueda privársele de esta facultad por una convención en contrario, so pena de hacer ineficaz el contrato; en la segunda, podrá privarse al mandatario de la facultad de representar al mandante, pero si nada se dice al respecto, deberá entenderse que se le ha con-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ferido esa facultad por la sola celebración del contrato; y en la tercera, será necesario que se estipule expresamente, porque de otra manera, el mandatario no podría representar al mandante, artículo 1444 del Código Civil.

Desde luego, debemos rechazar de plano la tesis de que la representación, o mejor aún, que la facultad o poder de representación sea un elemento esencial del mandato. La definición del artículo 2116 no la contempla en forma alguna ni se refiere a ella.

Además el artículo 2151 dispone que el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su nombre propio, en cuyo caso no obliga respecto de terceros al mandante. Si el mandatario contrata a su propio nombre, lo que es lícito según acaba de verse, no hay representación, tanto porque es esencial a ésta que se contrate a nombre de otro (artículo 1448), cuanto porque el artículo 2151 dice expresamente que actuando el mandatario a nombre propio no obliga respecto de terceros al mandante, lo que implica rechazar toda idea de representación.

En consecuencia, el mandatario puede actuar a nombre propio y en tal caso hay mandato pero no representación, de donde resulta que ésta no es una cosa de la esencia del mandato.

En cambio, de las mismas disposiciones se desprende que es un elemento de su naturaleza, esto es, una cosa que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial.

El artículo 2151 autoriza, al mandatario para que actúe a nombre del mandante, esto es para que le represente, y el artículo 2132 agrega que "el mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración" que allí se designan, y termina diciendo que "para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial".

De manera, pues, que celebrado el contrato de mandato, el mandatario queda autorizado para representar al mandante en la ejecución del encargo que se le ha cometido.

Como no se requiere de una estipulación especial para

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ello, debemos terminar que en nuestro derecho la representación es una cosa de la naturaleza del mandato, no de su esencia, ni tampoco puramente accidental.

De esta manera se han armonizado perfectamente los principios de la doctrina, que considera el mandato independiente de la representación y las necesidades de la vida diaria, que exigen que el mandatario goce de tal facultad para la mejor y más expedita ejecución del negocio, tanto respecto del mandante como de terceros y en su propio interés.

12.—JURISPRUDENCIA

Nuestros tribunales han incurrido en frecuentes y graves errores las veces que han debido pronunciarse sobre cuestiones relativas al mandato.

Uno de ellos consiste, precisamente, en haber sentado la doctrina de que la representación es una cosa de la esencia del mandato.

Así, una sentencia de la Corte Suprema expresó que "los caracteres esenciales y distintivos del mandato son: a) la gestión de uno o más negocios que una persona confía a otra; y b) que el mandatario tenga la facultad de representar al mandante, de obligarlo ante terceros y obligar a terceros con él". (Rev. de D., T. 21, Sección 1.ª, pág. 11).

En otra sentencia, la misma Corte declaró "que por lo que toca al mandato, debe ante todo dejarse establecido que los caracteres esenciales y distintivos de este contrato son dos: a) que el negocio que el mandatario se encarga de cumplir consista en un acto o una serie de actos; y b) que el mandatario tenga la facultad de representar al mandante, de obligarle ante terceros y obligar a los terceros con él". (Rev. de D. y J., T. XIX, Sec. 1.ª, pág. 164, considerando 3).

Agrega la misma sentencia que "examinando el contrato en cuya calificación difieren las partes, se ve que reune estos dos requisitos esenciales, porque de las cláusulas primera y segunda se desprende que el objeto del contrato era la venta, es decir, un acto jurídico que debía hacer don X. X.

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por parcialidades o lotes de un terreno de propiedad de don N. N. y de la octava y novena, la obligación de este último de firmar las respectivas escrituras". (Considerando 4 de la misma sentencia).

Si bien la sentencia anotada resolvió correctamente el caso concreto sometido a su fallo, los fundamentos que invoca en apoyo del mismo no son exactos porque, como se ha visto, no siempre el encargo consiste en la ejecución de un acto (aún cuando tal finalidad es objeto del mandato ordinariamente), ni es de la esencia del mandato que el mandatario tenga la facultad de representar al mandante, de obligarle ante terceros y obligar a los terceros con él, pues cuando el mandatario actúa en su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante, artículo 2151.

Otra sentencia, en cambio, ha sentado la verdadera doctrina al expresar "que si bien Lues Hermanos aparecen celebrando el contrato de fecha 6 de julio de 1923, sin indicar que procedían en este acto a nombre o en representación de Zahri Hnos., debe tenerse presente que el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante, no obligando en el primer caso al mandante respecto de terceros. (Rev. de D. y J. T. XXVIII, Sec. 1., pág. 185).

Y una sentencia antigua de la Corte Suprema estableció, asimismo, que "el encargo o negocio mercantil que se encomienda a una persona, y que consiste en la compra y venta de un determinado número de acciones que éste debe efectuar *en su propio nombre*, sin la intervención directa del que hace el encargo, importa comisión y no corretaje.

La circunstancia de ser corredor la persona a quien se hace el encargo y la de ejercer la correduría sin título oficial no modifica el aspecto jurídico de la cuestión". (T. 14, Sec. 1.ª, pág. 461).

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

13.—EL MANDATO EN EL DERECHO CHILENO SE PRESUME REMUNERADO; LA GRATUIDAD NO ES DE SU ESENCIA NI DE SU NATURALEZA

El artículo 2117 establece que "el mandato puede ser gratuito o remunerado". En consecuencia, ni la gratuidad ni la remuneración son cosas de la esencia del mandato, son circunstancias éstas que no afectan su naturaleza jurídica.

Interesa, entonces, establecer cuál de estos elementos — remuneración o gratuidad — es de la naturaleza del contrato y cuál es accidental al mismo, cuestión que reviste importancia porque establecido que la remuneración es una cosa de la naturaleza del mandato, el mandatario tendrá derecho a ella aun cuando nada se hubiere estipulado sobre esa materia. De aceptarse la conclusión contraria, el mandatario carecería del derecho a exigir una remuneración en caso de no haberse estipulado nada al respecto y si alegara la existencia de un pacto en este sentido, le correspondería probarlo.

Nuestro Código se refiere a la remuneración del mandatario en los artículos 2117 y 2158, N.º 3.

Aquél establece que el mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración (llamada honorario) es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre o el juez.

Puede observarse que esta disposición, en el inciso primero, se refiere a un principio general que tiene por objeto establecer que en nuestro derecho la remuneración o gratuidad no influyen en la naturaleza del mandato. Puede ser, pues, gratuito o remunerado, indistintamente.

Se aparta así del Derecho Romano, en que era esencialmente gratuito, y del Derecho Alemán, en que se ha seguido el mismo criterio.

El inciso segundo del mismo artículo 2117, se refiere a la forma en que puede determinarse la remuneración, esto es, establecerse su monto, cuestión que no nos interesa por ahora, en que se trata de esclarecer previamente si la remu-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

neración es una cosa de la naturaleza o accidental del mandato.

El artículo 2158, ubicado en el párrafo que trata de las obligaciones del mandante, nos da la pauta en esta materia, disponiendo que "el mandante es obligado a pagar al mandatario la remuneración estipulada o usual".

En lo que se refiere a la remuneración estipulada no presenta novedad alguna, salvo que, como veremos, en caso de estipulación, por regla general, no es lícito al juez entrar a regular los honorarios.

Si nada se ha estipulado, el mandante es obligado a pagar la remuneración usual, esto es, la que ordinariamente se paga en relación a la naturaleza o cuantía del servicio prestado.

Como puede observarse, la ley parte del supuesto de que debe pagarse una remuneración, la estipulada o la usual. No se remite a la costumbre para establecer si se debe o no una remuneración, como lo hace para determinar su cuantía, sino que obliga al mandante a pagar la usual, la que se usa según la época y lugar en que se encomienda la gestión.

De todo lo cual se desprende que en nuestro derecho la remuneración es una cosa de la naturaleza del mandato, esto es, que no siendo esencial en él se entiende pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial.

Por lo tanto, la gratuidad en el mandato debe estipularse expresamete, pues en caso contrario se presume remunerado y la prueba de la estipulación incumbe al que la alegue.

14.—JURISPRUDENCIA

Numerosos fallos de nuestros tribunales confirman la conclusión a que hemos llegado.

Así se ha resuelto que "el mandato es un contrato remunerado, salvo que se estipule que sea gratuito". (Rev. de D. y J. T. 34, Sec. 1.ª, pág. 435); "que en general, los servicios de un mandato deben presumirse remunerados, desde

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que nadie está obligado a hacerlos gratuitamente sino en los casos determinados por la ley". (Rev. de D. y J., T. 31, Sec. 1.ª pág. 11). y que "establecido en la sentencia que el demandado comisionó al demandante para que le vendiera un fundo y le comprara algunas propiedades, y que como consecuencia de la intervención de este último se vendió el fundo y se compraron las propiedades, no infringe ninguna disposición legal la sentencia que declara que el demandado debe remuneración al demandante". La gratuidad no es requisito esencial al mandato y en general, a falta de estipulación expresa, debe presumirse remunerado". (Rev. de D. y J., T. 19, Sección 1.ª, pág. 225).

15.—CONCLUSION

Podemos concluir, entonces, que son elementos esenciales o constitutivos del mandato los que aparecen en la definición del artículo 2116; que sólo ellos nos permitirán distinguirlo de otras instituciones jurídicas y que sólo aquellos contratos que reúnan tales elementos quedan sujetos a las reglas del mandato.

En lo que toca al poder de representación, es una cosa de la naturaleza del mandato, como también lo es la remuneración a favor del mandatario.

Por último y como consecuencia de ello, ni la facultad que tenga una persona de representar a otra, ni la remuneración o gratuidad de los servicios son elementos que por sí sólos nos sirvan para establecer la existencia del mandato.

16.—CONTRATOS QUE CONSTITUYEN MANDATO SEGUN NUESTROS TRIBUNALES

Los Tribunales de Justicia han establecido que constituyen mandato:

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a) El acto por el cual una persona encomienda a otra la venta de un fundo y la compra de algunas propiedades. (Rev. de D. y J. T. XIX, Sec. 1.ª, pág. 226).

b) Las gestiones hechas para buscar una persona que celebre un contrato de arrendamiento de una fábrica y la venta de las existencias de ella. (R. de D. y J., T. VIII, Sec. 1.ª, pág. 252).

c) El contrato por el cual una persona confía a otra la venta de unos terrenos de su propiedad, garantizándose por esta segunda persona una suma alzada. (R. de D. y J., T. XIX, Sec. 1.ª, pág. 162).

d) El encargo conferido para administrar ciertas propiedades, continuar la construcción de otras y después cobrar los arriendos y atender a su reparación y conservación. (R. de D. y J., T. XXXI, Sec. 1.ª, pág. 11).

e) El contrato en que se encarga la dirección, gobierno y cuidado de la administración de un fundo. (Gaceta 1883, Sent. 2139).

f) La orden dada a un Banco para que entregue a otro Banco ciertos bonos que le debía el que dió la orden". (Rev. de D. y J., T. XXV, Sec. 1.ª, pág. 426).

17.—EL MANDATO Y EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El contrato de arrendamiento puede presentar, en algunos casos, cierta analogía con el mandato, y es así como la mayoría de las legislaciones extranjeras se han preocupado de esclarecer cuándo tienen lugar las reglas de uno u otro contrato.

La dificultad se debe, en gran parte, a la enorme latitud del contrato de arrendamiento, el cual contiene prestaciones tan diversas, que en realidad lo convierten en una especie de contrato común donde convergen diversos contratos diferentes.

Por esta razón, antes de señalar las semejanzas y diferencias de ambos contratos, es necesario analizar, aunque

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

someramente, las diversas modalidades que reviste el contrato de arrendamiento.

18.—DE LAS DIVERSAS MODALIDADES QUE REVISTE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El artículo 1915 de nuestro Código dispone que "el arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado".

El arrendamiento puede ser, entonces, de cosas, de obra o de servicios.

Estas tres modalidades del mismo contrato presentan tales diferencias entre sí, que el propio legislador se ha visto en la necesidad de dar a cada una de ellas una reglamentación propia y hasta cierto punto independiente, lo que se explica porque las prestaciones que se deben en uno y otro caso y las obligaciones que se contraen son de naturaleza muy diversa.

Como advierte Fubini (*) el lazo de unión que hoy todavía se quiere encontrar entre el arrendamiento de cosas y el de servicios, consiste en que en ambos se observa la concesión temporal del goce de un bien determinado, entendida en el sentido que la Economía le atribuye, pero es notorio que tal lazo es débil y carece de importancia con respecto a la disciplina de los dos negocios.

Más adelante agrega que lo que *realmente separa el arrendamiento de obra y de servicios del arrendamiento de cosas, es el valor trabajo,* elemento que en el arrendamiento de cosas, al igual que en otros contratos, como la compraventa, por ejemplo, tiene el carácter de una *prestación accesoria,* mientras que en el arrendamiento de obra y en el de servicios constituye la *prestación fundamental*.

(*) R. Fubini, "El contrato de arrendamiento de cosas". Parte General, Madrid, 1930.

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En el arrendamiento de cosas, dice el mismo autor, el arrendador tiene que procurar al arrendatario la posibilidad de gozar la cosa arrendada, mientras que en el de servicios, el arrendador debe prestar la propia actividad para procurar la utilidad que el arrendatario tiene derecho a obtener.

Las observaciones de Fubini son exactas y casi todos los tratadistas insisten en ellas. (Colin y Capitant, Todo IV, pág. 226 y siguientes).

19.—EL ARRENDAMIENTO DE COSAS Y EL MANDATO

Ninguna dificultad puede producirse en la determinación de uno y otro contrato, pues las mismas observaciones que hace Fubini respecto del arrendamiento de cosas y el arrendamiento de servicios, pueden formularse respecto del arrendamiento de cosas y el mandato.

En el primero, el arrendador no hace objeto del contrato su propia actividad, que reviste un carácter accesorio, ya que lo fundamental del contrato consiste en entregar al arrendatario la cosa arrendada y mantenerla en estado que el arrendatario pueda gozar de ella conforme a su objeto y sin turbación o embarazo: artículo 1924 C. C.

En cambio, en el mandato lo que importa fundamentalmente es la actividad del mandatario que permitirá el éxito en la gestión encomendada.

De aquí se desprende que el arrendador de una cosa se mantiene en una situación de inactividad respecto del arrendatario, pues entregada la cosa cumple la obligación inmediata del contrato, sin perjuicio de las obligaciones que eventualmente pueden surgir de reparar la cosa o librarlo de la turbación o embarazo, al revés de lo que sucede con el mandatario, cuya principal obligación es la de actuar para obtener la gestión del negocio que se le ha encomendado.

Es innecesario insistir en otras diferencias, pues tratándose de situaciones jurídicas totalmente extrañas, serían numerosísimas.

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En cambio es interesante precisar las diferencias que existen entre el arrendamiento de servicios y el mandato, porque entre ambos existen tantas y tan profundas semejanzas, que muchas veces resulta harto difícil establecer cuándo se trata de uno u otro contrato.

20.—EL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Según el artículo 1915, es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a ejecutar una obra o prestar un servicio y la otra a pagar por esta obra o servicio un precio determinado.

Tal como el arrendamiento de cosas — que puede ser de cosas muebles, de predios urbanos, predios rústicos, etc. — el arrendamiento de servicios admite una clasificación tripartita, atendiendo a la naturaléza de los servicios que se prestan:

a) el arrendamiento de servicios materiales.
b) arrendamiento de servicios inmateriales.
c) el contrato de obra o confección de una obra material.

Como cada uno de estos tipos de arrendamiento presentan caracteres propios, nos referiremos a cada uno de ellos en particular.

21.—ARREDAMIENTO DE SERVICIOS MATERIALES

El arrendamiento de servicios materiales, excluyendo de esta denominación el contrato de confección y el de transporte, queda circunscrito al arrendamiento de criados domésticos y al de servicios de obreros, que son materia, hoy día, del contrato de trabajo.

Por eso nos remitimos en este punto al párrafo relativo al contrato de trabajo.

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

22.—ARREDAMIENTO DE SERVICIOS INMATERIALES

Nuestro Código se refiere al arrendamiento de servicios inmateriales en el artículo 2006, donde dispone que "los servicios inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos 1997; 1998; 1999 y 2002".

Estos artículos son aplicables solamente al arrendamiento de servicios inmateriales, de donde aparece la necesidad de establecer cuándo la prestación de servicios reviste esa calidad.

La "prestación de servicios inmateriales" puede revestir tres formas jurídicas diversas: 1.ª Contrato de trabajo de empleados particulares; 2.ª Mandato; y 3.ª Arrendamiento de servicios inmateriales.

No insistiremos en la importancia de establecer tal distinción; bastará hacer presente que la perfección, efectos y terminación de cada uno de ellos se rigen por disposiciones diferentes y especiales.

Veamos, entonces, cuándo hay contrato de trabajo; su naturaleza jurídica y sus elementos esenciales.

23.—EL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 1.º del Código del Trabajo lo define como "la convención en que el patrón o empleador, y el obrero o empleado, se obligan recíprocamente, éstos a ejecutar *cualquier labor o servicio material o intelectual, y aquéllos* a pagar por esta labor o servicio una remuneración determinada. Para los efectos de este texto se entiende de: 1.º por patrón o empleador, la persona natural o jurídica que por cuenta propia o ajena tenga a su cargo la explotación de una empresa o faena de cualquier importancia, en que trabajen obreros o empleados, cualquiera que sea su número; 2.º por

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

empleado, toda persona en cuyo trabajo predomine el esfuerzo intelectual sobre el físico; y 3.º por obrero, toda persona que sin estar comprendida en los números anteriores, trabaje por cuenta ajena en un oficio u obra de mano o preste un servicio material determinado".

El interés que existe para distinguir el contrato de trabajo y el mandato se advierte, entre otras circunstancias, por las siguientes:

1) En el mandato puede o no haber remuneración; en el contrato de trabajo siempre debe haber remuneración que es una cosa de la esencia de este contrato.

2) Las reglas que protegen la remuneración del trabajo — inembargabilidad, salario mínimo, etc. — no son aplicables al provecho o ganancia que obtiene el mandatario.

3) Las causales de terminación de ambos contratos no son las mismas; al contrato de trabajo se aplican los artículos 9 y siguientes y 153 y siguientes del Código del Trabajo y al mandato los artículo 2163 y siguientes del Código Civil.

4) El mandatario representa naturalmente al mandante, mientras que el empleado u obrero sólo cuando expresamente se le ha conferido esta facultad.

5) El privilegio establecido por el artículo 2472 del Código Civil para los salarios, sueldos, participación garantizada, comisiones y fondos de retiro de los empleados particulares, según el artículo 153 del Código del Trabajo, no puede ser invocado por los mandatarios en lo tocante a sus honorarios.

6) Las prescripciones de corto tiempo establecidas en el Código del Trabajo — artículos 89 y 179 — no se aplican a las acciones que emanan del mandato, que se rigen por lo dispuesto en los artículos 2514 y siguientes y 2521 y siguientes del Código Civil.

7) Los Tribunales del Trabajo sólo son competentes para conocer de las cuestiones a que da origen el contrato de trabajo y no de las que susciten con ocasión del mandato. Lo mismo diremos del procedimiento.

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

24.—CARACTERES DEL CONTRATO DE TRABAJO

La noción de contrato de trabajo es relativamente moderna. Hasta la dictación de nuestro Código se le consideró simplemente como un arrendamiento de servicios, sea de criados domésticos, de servicios materiales o de servicios inmateriales.

Posteriormente, esta materia fué reglamentada especialmente, generándose así el contrato de trabajo como una noción jurídica autónoma, hasta llegar a la legislación abundantísima que existe hoy día, tanto en el Código del Trabajo, que legisla sobre las diversas situaciones a que da origen este contrato, como en leyes especiales que se refieren a materias no comprendidas en ese Código.

No obstante este desarrollo extraordinario, el contrato de trabajo ha mantenido, porque ésa es su esencia y objeto, el carácter de una prestación de servicios, elemento éste que es característico o por lo menos base de otros contratos distintos, como el contrato de confección de obra, de sociedad, de mandato, etc.

De aquí que los tratadistas se hayan preocupado de buscar en otra circunstancia que la prestación de trabajo, el elemento característico del contrato de trabajo.

Al respecto se han formulado varias tesis o criterios. Así, Planiol y Ripert consideran que debe atenderse a la forma de remuneración, que en el contrato de trabajo es proporcional al tiempo que se emplea, mientras que en los demás contratos se determina en otra forma, ya por la importancia de la obra — en el contrato de confección — ya por los beneficios que se obtienen — como en la sociedad — etc. (Planiol y Ripert, T. II, Núms. 1824 y 1827).

C. Perrau estima, por su parte, que hay contrato de trabajo siempre que una persona se obligue a trabajar para un empleador determinado; si ofrece su trabajo al público en general hay contrato de empresa. (C. Perrau "El contrato de trabajo y el Código Civil").

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero el criterio que ha encontrado amplia acogida, tanto entre los tratadistas como en la jurisprudencia, es el que considera que lo esencial en este contrato es el vínculo de subordinación y dependencia que existe entre el empleado u obrero y el empleador o patrono. (Planiol y Ripert, Tomo XI, pág. 14, N.º 772 y Cuche: Du Rapport de Dépendence, élément constitutif du contrat de travail, Revue Critique, 1931, págs. 412 y siguientes).

Este vínculo de subordinación y dependencia puede considerarse desde dos aspectos diferentes, que, cuando coinciden determinan con mayor firmeza la existencia del contrato de trabajo; estos dos aspectos son el jurídico y el económico. (Beudant, La vente et le louage; Baudry Lacantinerie et Wahll, Louage; Colin y Capitant, T. II, pág. 564, etc.).

La dependencia jurídica se traduce en la subordinación en que se encuentra el que presta su trabajo respecto del empleador, en lo que dice relación con la forma y condiciones que debe respetar en el ejercicio de su cargo.

La subordinación económica consiste en que el que suministra el trabajo obtenga de él su principal medio de subsistencia.

Debe observarse, por último, que el concepto de subordinación no puede tener un sentido concreto o uniforme, ya que variará con las circunstancias y así será diferente en el contrato de trabajo de un criado doméstico, de un empleado particular oficinista o de un médico o abogado. En este último caso la facultad de dirigir y controlar el trabajo, que corresponde al empleador, se reduce considerablemente y el vínculo de subordinación y dependencia se manifestará frecuentemente en una simple continuidad de relaciones. (Patricio Santander: Noción Jurídica del Contrato de Trabajo, Memoria, pág. 17).

En esta forma y resumiendo, puede decirse que el contrato de trabajo se caracteriza porque una persona pone a disposición de otra su capacidad de trabajo, de una manera más o menos continua y subordinada a la última, mediante una remuneración. (Capitant y Cuche, pág. 134, N.º 134).

Estos elementos nos permitirán diferenciar el contrato

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de trabajo de cualquiera otro análogo o semejante en su apariencia.

25.—EL MANDATO Y EL CONTRATO DE TRABAJO SEGUN LA DOCTRINA

Para aquellos que sustentan la tesis que el mandato es un contrato de representación esencialmente, esta misma circunstancia es la que lo distingue del contrato de trabajo.

Como en nuestro derecho positivo no es posible sostener tal cosa, desecharemos desde luego tal criterio, aun cuando haya sentencias de nuestros tribunales que así lo han establecido respecto del mandato. (Rev. de D. y J., T. 31, Sec. 1.ª, pág. 11).

Tampoco podemos aceptar la tesis que sustenta Planiol en el sentido que el mandato supone necesariamente la ejecución de actos jurídicos, circunstancia que lo distinguiría del contrato de trabajo, pues, como se ha visto, el encargo que es objeto del mandato puede consistir en la gestión de uno o más negocios, expresión que comprende tanto los negocios jurídicos como los económicos.

Colin y Capitant consideran que el rasgo distintivo y característico entre el mandato y el contrato de trabajo reside en que este último contrato supone una subordinación del que presta sus servicios, obrero, empleado, ingeniero, director, que el mandato no lleva consigo.

El mandatario conserva su independencia, su libertad de realizar como le parece el negocio que le ha sido confiado. Además, el contrato de trabajo absorbe ordinariamente toda la actividad del empleado, al paso que el mandato versa sobre uno o más negocios determinados. Esta teoría concuerda, pues, con la tesis de que el rasgo esencial y distintivo del contrato de trabajo consiste en la relación de subordinación y dependencia que une al empleado a su empleador.

Planiol, Ripert y Rouast consideran que este sólo factor no es suficiente para distinguir el contrato de trabajo del

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mandato y le agregan, además, el concepto de representación, que sería esencial en este último.

Vivante considera, por su parte, que no siendo la representación de la esencia del mandato, se diferencia del contrato de trabajo en que el mandatario "administra" los negocios del mandante mientras que el empleado los "ejecuta". El primero pone al servicio del mandante su capacidad administrativa; el segundo, su capacidad técnica, mecánica o profesional. El trabajador o empleado es un "cooperador material", mientras que el mandatario es un "cooperador jurídico", como lo es también el representante.

Imaginemos, dice este autor, un ingeniero encargado por una sociedad anónima de la construcción de un edificio (trabajador o empleado); un consejo de administración que examina los proyectos y delibera sobre la adquisición de los materiales (administrador o mandatario); y un director o consejo delegado que procede a hacer las adquisiciones (representante).

26.—EL MANDATO Y EL CONTRATO DE TRABAJO EN NUESTRO DERECHO

La definición que nos da el artículo 1.º del Código del Trabajo es tan amplia en sus conceptos que excluye, desde luego, la posibilidad de distinguir ambos contratos atendiendo al objeto.

En efecto, la expresión "cualquier labor o servicio material o intelectual" bien puede comprender la de encargarse de la gestión de uno o más negocios, objeto principal del mandato.

Tampoco puede atenderse a la forma de remuneración, pues el artículo 108 del mismo Código establece que las disposiciones del Título IV relativas al contrato para empleados particulares regularán las relaciones entre empleadores y empleados, *cualquiera que sea la naturaleza del empleo*, la importancia de éste dentro del respectivo establecimiento *y el sistema de remuneraciones*.

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Agrega, todavía, que los empleados que no pertenezcan a establecimientos comerciales o industriales, participarán de los derechos y beneficios que establece ese título, en lo que fueren compatibles con la naturaleza de las funciones que desempeñen y de las instituciones en que presten sus servicios.

De aquí se desprende que tampoco podemos atender a la calidad del empleador, que puede ser cualquiera persona, comerciante o no, natural o jurídica.

Tampoco es la representación un elemento que pueda servirnos como criterio diferenciador, puesto que no es de la esencia del mandato, como ya se ha visto.

De aquí, entonces, que los comentadores de nuestro derecho hayan seguido el criterio sustentado por Colin y Capitant, en el sentido de que debe atenderse a si existe o no el vínculo de subordinación y dependencia entre empleador y empleado. En caso afirmativo, hay contrato de trabajo; en caso negativo, hay mandato si el encargo consiste en la ejecución de uno o más negocios que se obliga a ejecutar una persona por cuenta y riesgo de otra; confección de una obra material, si se trata de la ejecución de ella, o arrendamiento de servicios inmateriales si el servicio consiste en una cosa inmaterial o en una obra en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria o la corrección tipográfica de un impreso.

La jurisprudencia se ha inclinado decididamente por este mismo criterio y ha resuelto que "las cuestiones regidas por el Código del Trabajo y que dan competencia a los tribunales especiales para el conocimiento de ellas, presuponen cierta relación de dependencia entre el empleador y el empleado. Los inspectores de cuentas de sociedades anónimas ejecutan actividades que están regidas por las leyes ordinarias y, en consecuencia, cualquier cuestión a que dieren lugar esas gestiones deben ventilarse ante los Tribunales del fuero común". (T. 33, Sec. 1.ª, pág. 315).

Ha establecido, asimismo, la Corte Suprema, que "el comisionista para vender, que actúa en forma independiente, sin ninguna relación de subordinación respecto de su man-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dante, situación esta última que es una característica del empleado particular, no tiene tal calidad" (R. de D. y J., T. 32, Sec. 1.ª, pág. 460).

Hay otros sentencias en el mismo sentido: T. 34, Sec. 1.ª, pág. 499. T. 33, Sec. 1.ª, pág. 416. T. 33, Sec. 1.ª, pág. 75.

27.—LA RELACION DE SUBORDINACION Y DEPENDENCIA ES UNA CUESTION DE HECHO

Hemos visto que el concepto de subordinación no puede tener un sentido concreto; más bien es un principio general que el juez deberá aplicar al caso sometido a su conocimiento, de acuerdo con las circunstancias que revista la cuestión y así puede llegar a resolverse hasta en una simple relación de continuidad en las relaciones entre empleador y empleado.

Por eso es una cuestión de hecho que sentarán los tribunales del fondo dentro de sus funciones privativas y que no puede objetarse ni alterarse en los recursos de casación.

Por vía de ejemplo observaremos que los tribunales han establecido que "el contrato en virtud del cual una persona se compromete a prestar sus servicios como comisionista, sin quedar obligada a concurrir a la fábrica, ni depender de quien lo contrata, y en el cual se estipula que el convenio no le impide proseguir sus actividades de comisiones de otras casas de quien es vendedor, y vender por cuenta propia y ajena mercaderías de cualquier especie, agregándose que no acepta concurrir al negocio a determinadas horas, ni en determinados días, importa para el comisionista actuar en forma independiente, sin ninguna relación de subordinación respecto del mandante, característica que le quita toda calidad de empleado particular regido por el Código del Trabajo; por lo cual las relaciones jurídicas entre los contratantes se rigen por la ley general, según la cual de ellas compete conocer exclusivamente a los Tribunales del fueron común". (R. de D. y J., T. 34, Sec. 1.ª, pág. 449).

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

28.—DIFERENCIA INTRINSECA ENTRE MANDATO Y CONTRATO DE TRABAJO

Aparte de aquella circunstancia, que es más bien de carácter extrínseco o formal, existe, a nuestro juicio, diferencia profunda entre el objeto del contrato de trabajo y el del mandato, diferencia que muy bien podría servir de criterio para decidir o calificar el contrato como de una u otra especie. Ello consiste en que en el contrato de trabajo el empleado se obliga a desarrollar su actividad física o intelectual a favor del empleador, en el sentido que se estipula en el contrato, mediante un precio determinado en relación a su mismo esfuerzo o trabajo, de tal manera que *el beneficio que persigue el empleador, el provecho jurídico y económico a la vez, consiste en el trabajo del empleado,* en su actividad dirigida a realizar la obra material o intelectual que necesita el empleador, mientras que en el mandato el mandatario no se obliga a desarrollar su actividad física o intelectual, sino a que se realice (no a realizar) el negocio que se le encomienda, y el beneficio jurídico y económico que persigue el mandante no consiste en la actividad que desarrollará el mandatario, sino en la utilidad que se derivará para él del negocio que va a ejecutarse por intermedio del mandatario.

En otros términos, en el contrato de trabajo el objeto inmediato y por el cual se paga, es el trabajo del hombre — de ahí su denominación — mientras que en el mandato lo es la realización del negocio que se confía, siendo la actividad humana un medio secundario de realizarlo, del mismo modo que esa actividad interviene en otros contratos, como el arrendamiento, sociedad, etc., sin que por ello pueda considerarse que todos esos contratos envuelven principalmente una prestación de trabajo.

De aquí, entonces, que persiguiendo esencialmente el mandante la realización del negocio cometido, pueda el mandatario delegar sus facultades y gestionar el negocio el delegado, sin que por ello pierda aquél su derecho a la remuneración estipulada o usual. Tal cosa no es posible en el

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

contrato de trabajo en que el empleado debe desempeñar personalmente las funciones a que se ha obligado, y no puede designar sustitutos sin el consentimiento del empleador. Y no es posible porque considerándose el trabajo del empleado como el *"objeto"* del contrato, no podría cambiarse sin la voluntad de la otra parte, es decir, del empleador.

Esta diferencia subjetiva entre ambos contratos se traduce en ese vínculo de subordinación de que hablan Colin y Capitant, ya que no siendo posible separar el trabajo humano — objeto del contrato — de la persona que lo desarrolla, el derecho del empleador sobre la cosa — esfuerzo humano — se traduce en el vínculo de subordinación y dependencia del empleado respecto del empleador, esto es, en la facultad de exigir que ese trabajo se desarrolle en la cantidad y calidad equivalentes a la remuneración que se paga.

29.—LA FACULTAD DE REPRESENTAR Y EL CONTRATO DE TRABAJO

Habiéndose observado ya que la representación no es de la esencia del mandato y que es una modalidad que puede ir unida a cualquier acto o contrato, a menos que la ley lo prohiba, es evidente que puede conferirse al empleado la facultad de representar al empleador, sin que por eso se desnaturalice el contrato.

De aquí, entonces, que los comisionistas, a la vez que empleados del comitente a quien se hallen subordinados, puedan representarle en el desempeño de sus funciones.

Pero en el caso del contrato de trabajo es necesario que se confiera tal facultad, expresa o tácitamente, a diferencia de lo que ocurre en el mandato, donde se presume por el solo hecho de su perfeccionamiento.

Una sentencia antigua de nuestros tribunales ya había resuelto, muy acertadamente, que "el simple administrador de un fundo no es mandatario del dueño, salvo que especialmente se le haya dado ese carácter, y mucho menos es mandatario judicial". (R. de D. y J., T. 14, Sec. 1.ª, pág. 481).

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

30.—LA REMUNERACION Y EL CONTRATO DE TRABAJO

La remuneración es una cosa de la esencia de este contrato, esto es, un elemento que si falta, hace degenerar el contrato en otro diferente o que no produzca efecto alguno.

Así se desprende de la definición del artículo 1.º y del artículo 108 del Código del Trabajo.

En consecuencia, el contrato de trabajo en que no hay remuneración, no produce efecto alguno (artículo 1444); pero si tiene por objeto la gestión de uno o más negocios de que se hace cargo una persona por cuenta de otra, es un mandato, ya que éste puede ser gratuito y se reunen en tal caso los demás elementos de este contrato.

31.—APLICACION DE ESTOS CRITERIOS

Todo lo expuesto anteriormente respecto al contrato de trabajo y al mandato nos hace concluir lo siguiente:

El vendedor viajero de una o varias casas de comercio, que le dan mostrario, lista de precios e incluso dinero para gastos, son empleados y no mandatarios, por regla general y salvo que no exista el vínculo de subordinación y dependencia a que nos hemos referido, ya que ordinariamente son dirigidos por las mismas casas de comercio, que les indican las zonas, les exigen su presencia cada cierto tiempo, aceptan o rechazan las notas de venta, etc.

No importa que tengan empleados pagaderos por el mismo agente, que le ayuden, ni que su remuneración consista en un porcentaje de las ventas. (Gaceta del empleado, 1929, sentencia N.º 6, pág. 69).

El agente comisionista independiente es un mandatario; si es subordinado a un patrón es empleado de éste. (R. de D. y J., T. 32. Sec. 1.ª pág. 460).

La independencia del agente comisionista puede acreditarse, entre otras circunstancias, por la de pagar patente

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de tales y tener oficina establecida, artículo 109, N.º 4.º, Código del Trabajo.

El apoderado de una casa de comercio es un empleado particular, aunque se le confiera facultad para representarla.

El representante o agente de una casa de comercio, es, en principio, empleado particular, salvo que concurran otras circunstancias que acrediten su independencia administrativa respecto de su representada.

Lo mismo diremos del Director de una Sucursal.

Los corredores de comercio que obran independientemente no son empleados particulares ni mandatarios puesto que no gestionan un negocio sino que acercan a los interesados para que lo celebren. Son comerciantes.

El Presidente y los Directores de una Sociedad Anónima son mandatarios de la sociedad, de acuerdo con el artículo 457 del Código de Comercio. (Dictamen Jurídico de la Inspección General del Trabajo, N.º 3808 de 25 de Mayo de 1936).

El liquidador de una sociedad es mandatario de ella y no empleado. (En contra, Planiol, Ripert y Savatier).

Los servicios del cobrador o recaudador que recibe comisión de tal deben comprenderse en el concepto de empleados. (R. de D. y J., T. 33, Sec. 1.ª, pág. 75).

El administrador de un fundo es empleado y por consiguiente, no representa al dueño, judicial ni extrajudicialmente, salvo que se le haya dado este carácter. (R. de D. y J., T. 14, Sec. 1.ª, pág. 481).

32.—EL MANDATO Y EL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS INMATERIALES

El arrendamiento de servicios inmateriales es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a ejecutar una obra inmaterial, o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria o la corrección tipográfica de un impreso, y la otra a pagar por este servicio un precio determinado.

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El arrendamiento de servicios inmateriales ha caído hoy día dentro de la órbita del contrato de trabajo y son las disposiciones de éste las que lo rigen ordinariamente.

No obstante, si el que presta sus servicios lo hace de un modo independiente, como los del escritor que hace artículos sin sujeción a cantidad, calidad, tiempo o periodicidad, no hay contrato de trabajo sino arrendamiento de servicios inmateriales, rigiéndose por las disposiciones pertinentes del Código Civil (artículos 2006, 1997, 1998, 1999 y 2002) y quedando sujeto al fuero común.

Se diferencia del mandato en que el objeto de éste es la gestión de uno o más negocios por cuenta del mandante, mientras que en el arrendamiento de servicios inmateriales el objeto del contrato consiste en la actividad intelectual del arrendador, puesta al servicio del arrendatario, sea mediante la confección de la obra en que predomina la inteligencia, o mediante el informe u obra puramente inmaterial, como el examen médico o la consulta al abogado. Nos remitimos en este punto a lo dicho en el párrafo relativo a las diferencias intrínsecas del contrato de trabajo y el mandato.

Observaremos que no cabe confusión entre mandato y arrendamiento de servicios teniendo presente que aquél tiene por objeto la gestión de uno o más negocios por cuenta del mandante. Si el servicio consiste en otra cosa, hay arrendamiento de servicios, si es remunerado, o un contrato innominado, si es gratuito, ya que es de la esencia del arrendamiento el pago de un precio, artículo 1915.

33.—SERVICIOS DE LAS PROFESIONES QUE SUPONEN LARGOS ESTUDIOS O A QUE ESTA UNIDA LA FACULTAD DE OBLIGAR Y REPRESENTAR A OTRA PERSONA RESPECTO DE TERCEROS

Conforme al artículo 2118 del Código Civil los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.

Observaremos, en primer término, que no ha calificado el Código la naturaleza jurídica de los contratos que tienen por objeto estos servicios, sino que se ha limitado a decir que "se sujetan" a las reglas del mandato. Y aún más, estos mismos servicios se sujetan, también, a las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no tienen de contrario a las del mandato, artículo 2012 del Código Civil.

De manera, entonces, que no podemos decir que en nuestro derecho se califiquen de mandato, no obstante se les apliquen principalmente las reglas de este contrato.

En principio, los servicios a que se refiere el artículo 2118 dan origen al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, y pueden darlo, a su vez, a un contrato de trabajo en dos casos: a) cuando para el desempeño de estas funciones no se requiere la posesión de un título o grado universitario; y b) cuando requiriéndose dicho título o grado, el profesional presta sus servicios a un solo empleador, artículo 109 del Código del Trabajo.

Si la prestación de estos servicios no consiste en la gestión de uno o más negocios, el contrato será de arrendamiento de servicios inmateriales (como el médico que atiende la consulta o el abogado que informa en derecho) y si tiene por objeto la gestión de uno o más negocios del mandante, habrá verdaderamente mandato, como el abogado a quien se le encomienda la defensa total del juicio, pudiendo comparecer por su patrocinado.

La Corte de Apelaciones de Concepción resolvió, en una ocasión, que "el acto por el cual una persona encomienda a un abogado la defensa de sus derechos en juicio es un mandato cuya remuneración es determinada por la convención de las partes, por la ley, la costumbre o el juez". (R. de D. y J., T. 5, Sec. 1.ª, pág. 40).

Observaremos que en apoyo de la doctrina sentada por esta sentencia debemos citar el artículo 404 de la Ley Orgánica de Tribunales, que dispone que "el acto por el cual una persona encomienda a un abogado la defensa de sus dere-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

chos en juicio, es un mandato, que se halla sujeto a las reglas establecidas en el Código Civil sobre los contratos de esta clase, salvo la modificación establecida en el artículo siguiente".

Pero en todo caso se aplicarán en primer término las reglas del mandato y subsidiariamente, en lo que no sean contrarias, las del arrendamiento de servicios inmateriales.

Las disposiciones que rigen el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, según el artículo 2006, se refieren:

1) A la determinación del precio u honorarios. Así aparece del artículo 1997, que en esta materia queda subordinado al artículo 2117. En consecuencia, estos servicios serán siempre remunerados y la remuneración se determinará primeramente por la voluntad de las partes; a falta de ella, por la ley; si no hay disposiciones legales al respecto, por la costumbre, esto es, la que ordinariamente se paga por la misma especie de obra y, en último término, por el juez, y no por lo que se estimare equivalente a juicio de peritos, pues el artículo 2117 entrega esta facultad discrecional a los tribunales y dicho artículo prevalece sobre el artículo 1997.

2) El artículo 1998 se refiere al caso en que se hubiere conferido a un tercero la facultad de fijar el precio y éste muere antes de haberlo hecho. Si tal cosa ocurre, el contrato es nulo si no se ha comenzado la prestación de servicios, nulidad que proviene de la indeterminación del objeto, artículo 1461.

Si se hubiere comenzado la prestación de los servicios, la remuneración se fijará según el artículo 2118.

3) El artículo 1999 tiene particular importancia porque se refiere al derecho a reclamar los perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una u otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución. Por consiguiente, agrega ese artículo, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar reembolsando al artífice lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra.

En consecuencia, aplicando preferentemente las reglas

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del mandato, el arrendador de los servicios puede renunciar en cualquier momento, sin perjuicio de que continúe el cumplimiento de sus obligaciones durante el tiempo razonable para evitar perjuicios al cliente, y éste puede revocar el contrato a su arbitrio, pero en ambos casos quedan sujetas las partes a las reglas generales de los contratos en lo relativo al incumplimiento.

Así, se ha resuelto que "los servicios de la profesión de abogado se sujetan a las reglas del mandato, y, por lo tanto, terminan con la revocación arbitraria que hace el comitente. Sin embargo, en el ejercicio de este derecho los contratantes están sujetos a las reglas generales de los contratos en lo que se refiere a las reclamaciones de perjuicios por inejecución de todo o parte de lo convenido con arreglo a lo prevenido en el artículo 2012 del Código Civil". (R. de D. y J., T. 21, Sec. 1.ª, pág. 183).

4) La regla del artículo 2002 se refiere al caso que el cliente alegue no haberse ejecutado debidamente la obra, y ordena que las dos partes designen peritos que informen y decidan, para dar lugar a la nueva ejecución o la indemnización de perjuicios, si la alegación fuere fundada.

Sobre esta regla prevalece la del artículo 2158, cuyo inciso final dispone que no podrá el mandante dispensarse de cumplir sus obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo, *salvo que le pruebe culpa*.

En consecuencia, la prueba incumbe al mandante o cliente, y si no la produce en forma eficiente, es obligado a la remuneración. La prueba de peritos no tiene, entonces, el valor especial, decisivo, que le atribuye el artículo 2002, sino el valor general que le atribuye el artículo 427, o sea, los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica.

34.—MANDATO UNIDO A UN CONTRATO DE TRABAJO

Ocurre frecuentemente que al contrato de trabajo va

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

unida la facultad de representar. Dicen algunos tratadistas que se trata en este caso de un contrato de trabajo unido a un mandato. Así ocurre, según éstos, *respecto del agente de seguros que ejecuta en provecho de la compañia un trabajo material y que tiene al mismo tiempo calidad para representarla en la celebración de contratos*. (Planiol, Ripert y Ronast, XI, N.º 775); *de los empleados domésticos* encargados de comprar productos alimenticios (Planiol y Ripert, Traité élémentaire, T. II, pág. 746); *de los llaveros* encargados de la venta de la producción de un fundo, de los mayordomos de cités o propiedades. Hay en estos casos, independientemente una de la otra, dos calidades que no se excluyen, porque hay, en efecto, dos funciones diferentes. (Baudry-Lacantinerie et Wahl, Du Mandat, N.º 393).

En tales casos se han preguntado los tratadistas qué reglas deben aplicarse a la convención. Algunos pretenden que aquéllas que se refieran al contrato relacionado con las funciones que deben considerarse como esenciales del empleado. (Lyon Caen et Renault, III, N.º 520).

Ante la dificultad de establecer qué debe considerarse como funciones esenciales del empleado, la jurisprudencia extranjera se ha inclinado por aplicar las siguientes reglas:

1.º Siempre que las leyes de ambos contratos no sean inconciliables, se las aplicará conjuntamente. Así, un recaudador será a la vez considerado como mandatario en lo que concierne a sus cobranzas, y como empleado en lo que se refiere a sus relaciones generales con su patrón o empleador.

2.º Siendo inconciliables las reglas de ambos contratos, se harán prevalecer aquellas que sean de orden público. Así, en el caso de un empleado contratado por tiempo indeterminado, que sea a la vez mandatario de su empleador, las convenciones relativas a este mandato no impiden la aplicación de las disposiciones relativas al desahucio e indemnizaciones por años servidos, contenidas en el Código del Trabajo, pues éstas son de orden público.

Si las reglas en conflicto no son de orden público, los Tribunales deben estarse a la intención de las partes, bus-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cando cuál de ambos contratos ha sido considerado principal.

Todo lo cual supone, en la tesis propuesta, que los contratantes hayan querido establecer una indivisibilidad entre el mandato y el contrato de trabajo, sin la cual nada se opone a la aplicación de las reglas de uno y otro contrato a cada cual, respectivamente. (Planiol, Ripert y Savatier, Mandat, T. XI, N.º 1429).

55.—INEXISTENCIA DEL CONFLICTO

En realidad el conflicto que pretenden los tratadistas no existe, porque sólo pueden presentarse dos situaciones igualmente claras y ya resueltas:

1.º Se trata de un contrato de trabajo en que el empleado, por la naturaleza de las funciones que desempeña debe representar al empleador. No puede decirse que entonces haya un contrato de trabajo unido a un mandato, sino la representación unida al contrato de trabajo. Como ya nos hemos referido a la diferencia que hay entre mandato y representación, no insistiremos.

En consecuencia, entre empleador y empleado se aplican las reglas del contrato de trabajo. Respecto de terceros, las de la representación, o sea, el artículo 1448.

La única dificultad, más de orden práctico que teórico, consistiría en establecer cuándo el empleado tiene facultad de representar al empleador. Esta es una cuestión de hecho, cuya prueba incumbe al que alega la existencia del poder de representación. Observaremos que este poder puede darse expresa o tácitamente y que al tercero interesado en acreditarlo le bastará aprobar la aquiescencia tácita del empleador a los actos ejecutados en su nombre por el empleado. (R. de D. y J., T. 33, Sec. 1.ª, pág. 75).

2.º Si el empleador confiere mandato al empleado independientemente de las funciones que éste desempeña, se aplicarán a ese acto las reglas de este contrato, tanto respecto de las partes como de terceros. No existiría aquí mayor di-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ficultad que la de aplicar las reglas de la compraventa a la celebrada entre patrón o empleado o las de cualquiera otro contrato que celebren.

36.—EL MANDATO Y EL CONTRATO DE CONFECCION DE UNA OBRA MATERIAL

La confección de una obra material puede dar origen a una compraventa, si el artífice suministra la materia, o a un arrendamiento de servicios si la suministra el que encarga la obra, artículo 1996.

El segundo caso puede, a la vez dar origen a *un contrato de trabajo,* si existe el vínculo de subordinación y dependencia que caracteriza este contrato, o a *un arrendamiento de servicios* en caso contrario. *En ambas situaciones, las diferencias con el mandato ya ha sido estudiadas* y nos remitimos a ló dicho anteriormente.

Por estas razones se ha resuelto que "la prescripción de corto plazo de que se ocupa el inciso 3.º del artículo 2522 del Código Civil se refiere a servicios de carácter material en que predomina la obra de mano sobre la labor intelectual del que lo ejecuta. Por tanto, no cabe aplicar esa prescripción al mandato extenso y de larga duración para el desempeño de administraciones y otras funciones. (R. de D. y J., T. 30, Sec. 1.ª, pág. 159, Juris. de C. Ap.).

37.—EL MANDATO Y LOS CONTRATOS PARA LA CONSTRUCCION DE EDIFICIOS

Los contratos para la construcción de edificios pueden celebrarse con un *empresario* o con un *particular en carácter de arquitecto.*

En el primer caso, *se entenderá por empresario la persona que ejerce la industria de hacer ejecutar construcciones mediante empleados y obreros que están bajo su dirección y dependencia*: artículos 2003 y 2013, inciso 3.

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El *empresario* puede hacerse cargo de la obra por un precio único o prefijado y, en tal caso el contrato es jurídicamente de arrendamiento de servicios para la confección de una obra material que *se sujeta a las reglas de éste y "además" a las especiales del artículo 2003,* como aparece del inciso primero de este mismo artículo.

No altera la naturaleza jurídica de este contrato la circunstancia de que el empresario suministre los materiales o que ese suministro lo haga el que encarga la confección. Tal circunstancia dirá relación solamente con la responsabilidad del empresario por vicio de la construcción o por vicio del suelo, artículo 2003, regla tercera.

La diferencia entre este contrato y el mandato reside, esencialmente, en que éste tiene por objeto la gestión de un negocio por cuenta y riesgo del mandante, en tanto que el contrato de obra tiene por objeto la prestación de un servicio material por cuenta y riesgo del empresario, tanto en lo que respecta al suministro de materiales, riesgos de la cosa y responsabilidad por los vicios, como a las relaciones entre los terceros y el empresario.

La acción subsidiaria que concede el N.º 5 del mismo artículo 2003 a los artífices u obreros empleados en la construcción contra el dueño, no es como se ve de la misma disposición, la que tienen los terceros contra el mandante por el contrato celebrado con el mandatario.

Aquélla es una acción subsidiaria — la acción oblicua o indirecta de que pueden valerse los acreedores subrogándose en los derechos del deudor — que sólo puede hacerse efectiva hasta concurrencia de lo que el dueño deba al empresario, en lo que se asemeja a la *acción in rem verso,* con la que guarda cierta relación, pues se evita así el enriquecimiento injusto que experimentaría el dueño a costa del trabajo de los obreros.

La acción de los terceros contra el mandante, es, en cambio, una acción directa que se genera para aquéllos del mismo contrato celebrado — compraventa, arrendamiento, etc. — y que intentan contra el mandante por ser éste el personalmente obligado en virtud de la representación, artículo 1448.

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si los obreros han contratado directamente con el dueño, tienen acción directa contra éste, conforme a los principios generales, artículos 2003, N.º 5, 1445 y 1545.

Si el contrato de construcción se celebra con un particular que se encarga de ella en calidad de arquitecto, estaremos en presencia de un contrato de confección de obra material, siendo indiferente que el arquitecto suministre o no los materiales, porque en todo caso el dueño pone el terreno, el predio, que debe estimarse como cosa principal.

La forma de remuneración tampoco interesa para nuestro objeto, porque sea a tanto alzado o bien por presupuesto, el contrato será de confección de una obra material y se regirá por las disposiciones especiales de este contrato y por las del artículo 2003, Núms. 3, 4 y 5, según lo dispone el artículo 2004.

Debe observarse que todo lo dicho se refiere al caso en que el empresario o arquitecto se haga cargo de la construcción en su calidad de empresario o arquitecto, respectivamente; en otros términos, que el que se hace cargo de la construcción ponga al servicio del dueño su capacidad técnica para dirigir la construcción conforme a sus conocimientos.

Decimos así porque si se trata simplemente de supervigilar la construcción por cuenta y riesgo del dueño, velar por los intereses de éste, sea respecto al empresario, arquitecto u obrero, hacer los pagos por cuenta del dueño, etc.. habrá mandato y no contrato de obra.

38.—JURISPRUDENCIA

Determinar si se trata de un mandato o de un arrendamiento de obra es cuestión que toca decidir a los tribunales del fondo apreciando los hechos que se hayan acreditado en autos.

De aquí que la jurisprudencia que citemos al respecto tenga un valor meramente informativo.

La Corte de Apelaciones ha establecido que "la vigilancia, dirección y control de ciertas construcciones y la de-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fensa judicial y extrajudicial de los intereses de otra persona, efectuadas por una tercera persona, no como arquitecto o constructor, ni como abogado defensor jurídico, respectivamente, deben entenderse que sólo importan la simple vigilancia o atención a que le obligan sus deberes de administrador de los respectivos bienes. Tales servicios deben someterse a las reglas que rigen al mandato de nuestro derecho civil. (R. de D. y J., T. 31, Sec. 1.ª, pág. 11, J. de la C. Apel.).

La Corte Suprema ha establecido que "no infringe ninguna disposición legal la sentencia que interpretando la cláusula de un contrato de confección de obra material firmado por el ingeniero de una empresa constructora de un ferrocarril y uno de los contratistas, cláusula en la que se estipula que el ingeniero se estimará como representante autorizado de la empresa para todos los efectos legales y que el contratista aceptará su personería sin más trámite, declara que ella acredita la existencia de un mandato conferido por la empresa al ingeniero para celebrar con cualquiera persona un contrato de la especie dicha". (R. de D. y J., T. 17, Sec. 1.ª, pág. 261).

39.—EL MANDATO Y EL CONTRATO DE SOCIEDAD

Ocurre a veces que dada la libertad de las partes para determinar la forma de remuneración del mandatario, surgen dificultades para establecer la naturaleza jurídica de la convención, que a primera vista participa de los caracteres de la sociedad y del mandato. Tal cosa sucede especialmente cuando se estipula que el mandatario percibirá, por concepto de remuneración, una parte de los beneficios que se obtengan en el negocio que se le encomienda y nada percibirá si hubiere pérdidas.

Planiol y Ripert estiman que en este caso es necesario recordar que la *sociedad* exige la concurrencia de un elemento subjetivo e intencional: la *affectio societatis*. *Si falta*

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

este elemento, *habría mandato*. Objetivamente, este elemento aparece en la circunstancia de asociar sus aportes en un interés común, colocándose para ello en un pie de igualdad. (T. XI, N.º 1437, pág. 781).

Baudry-Lacantinerie considera que en el caso propuesto *existe en principio un mandato,* cuyo *salario* es determinado *eventualmente*. Esta solución, agrega, responde a la *intención de las partes, pues es probable que el vendedor se haya reservado implícitamente el derecho de revocar el contrato y que el mandatario no haya pretendido obligarse respecto del tercer adquirente, por la venta ejecutada, sino obligar al mandante*. Ello no obsta, dice, a que las partes le atribuyan el carácter de una sociedad. (Del Mandato, N.º 401, pág. 204).

En nuestro derecho la cuestión no presenta mayores dificultades. En principio, *hay mandato, tanto porque la remuneración puede pactarse libremente y determinarse en forma proporcional a los beneficios que se obtengan, como porque el artículo 2120 establece que el negocio encomendado puede interesar conjuntamente al que hace el encargo y al que lo acepta, como ocurre en el caso propuesto*.

En cambio debe rechazarse la idea de sociedad porque ésta supone necesariamente la concurrencia de aportes que ingresan a la sociedad en propiedad o en usufructo y se ponen en común, artículos 2082 y 2055.

En el caso en discusión, el que encarga la venta de una cosa no la aporta, ni en propiedad ni en usufructo; la cosa sigue perteneciéndole en dominio absoluto y el que acepta el encargo de venderla, vende una cosa ajena, venta que obliga al mandante en virtud de la facultad que con tal objeto ha concedido al mandatario.

No habiendo aportes, no hay sociedad, ni mucho menos la habrá faltando otro elemento esencial: la affectio societatis, esto es, la intención de celebrarla.

40.—JURISPRUDENCIA

La Corte Suprema ha resuelto, acertadamente, que "es esencial para que exista sociedad, que dos o más personas

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

estipulen poner algo en común, con la mira de repartirse entre sí los beneficios que de ello provengan, doble requisito cuya concurrencia prescribe el legislador, estableciendo, por una parte, qué no hay sociedad si cada uno de los socios no pone algo en común, apreciable en dinero, que forme parte del haber de la sociedad, que es lo que la constituye en persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados; y por otra parte, que tampoco la hay sin participación en los beneficios, apreciables igualmente en dinero.

"En consecuencia, no apareciendo del tenor literal de la escritura ni de la intención de los contratantes, que las personas que comparecen a otorgarla se obligaran a poner algo en común con el objeto de obtener un lucro divisible entre ellas, puesto que al encargar uno de ellos al otro, por cuya indicación había adquirido un inmueble para revenderlo, la ejecución de esa operación, no aporta al fondo común que debería formar el haber de esa sociedad, ni la propiedad ni el usufructo de los terrenos que aquél ya había adquirido y pagado por su sola cuenta, ni tampoco la propiedad o el usufructo de la cantidad pagada como precio de los terrenos, precio pagado con anterioridad a la celebración del supuesto contrato de sociedad y que no tenía ya en su patrimonio.

"La cláusula en que el dueño del inmueble ofrece a otro una cuota de las utilidades líquidas que se obtengan en la reventa, manifiesta la intención de obtener una ganancia divisible entre ambos contratantes, estipulación que sin la concurrencia de aportes, no constituye por sí sola una sociedad". (R. de D. y J., T. 23, Sec. 1.ª, pág. 333).

Otra sentencia estableció que "el encargo hecho por una persona que pone los capitales a otra de comprar animales para revenderlos, corriendo de cuenta de esta última los gastos de arreo y talaje y partiendo entre ellos por mitad las utilidades que se obtuvieran, no puede calificarse como sociedad colectiva, desde que *no aparece que los contratantes hubieran tenido el propósito de celebrar un contrato de esta especie*, ni se estipulara razón o firma social, ni se expresara cuál habría sido el socio encargado de usarla, circunstancias

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ambas que se reputan esenciales en esta clase de contratos, por lo cual no infringe ninguna disposición legal la sentencia que califica tal contrato como mandato comercial". (R. de D. y J., T. II, Sec. 1.ª, pág. 446).

Debemos tener presente que la primera sentencia desechó la tesis de la sociedad por la falta de aportes, en lo que estuvo acertada. *La segunda sentencia no podía atender a esa circunstancia, porque el que encargó el negocio puso los capitales y el que se hizo cargo, tomó sobre sí los gastos de arreo y talaje, además de su trabajo personal, por lo que podía entenderse que en esta convención habían aportes.*

Pero la Corte Suprema atendió en este caso a otro elemento esencial: la intención de pactar sociedad, elemento esencial que no concurría, a juicio de ese Tribunal, por la circunstancia de no referirse la escritura ni a razón social, ni al supuesto socio encargado de usarla. Por lo tanto, no existía sociedad sino un mandato mercantil, ya que tenía por objeto la ejecución de uno o varios actos de comercio.

41.—EL MANDATO Y EL DEPOSITO

La diferencia esencial entre ambos contratos reside en que *el depositario* no tiene otra *obligación* que la *de guardar,* con cierto ciudado, *las cosas que le entrega el depositante y restituirselas en su oportunidad,* mientras que *el mandatario* recibe cosas del mandante, no para su guarda y cuidado, sino *para que las emplee en interés del mandante, en la ejecución del negocio cometido y según las instrucciones de éste.* (Baudry-Lacantinerie, Ob. cit. pág. 205).

En consecuencia *el abogado a quien se le entregan diversos documentos que debe hacer valer en el juicio cuya defensa se le ha encomendado, las recibe a título de mandato y no de depósito.*

Así también, el que se encarga de vender una cosa por cuenta del propietario, guardándola hasta la venta, es un mandatario y no un depositario.

El notario a quien el comprador de la cosa le entrega

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el precio, para que se lo entregue al vendedor una vez saneada la propiedad, es un mandatario. (En contra Baudry-Lacantinerie. Ob. cit. pág. 206).

Si se le entrega el dinero para que lo guarde y lo restituya a aquél que obtenga sentencia a su favor, por haber litigio pendiente, es un secuestre convencional.

El interés de esta distinción entre mandato y depósito reside principalmente, entre otras cosas, en que *el depósito es esencialmente gratuito*, y, por lo mismo, *la responsabilidad del depositario es menor que la del mandatario*.

42.—EL MANDATO Y LA AGENCIA OFICIOSA

La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta y la obliga en ciertos casos, artículo 2286 del Código Civil.

La gestión de negocios ajenos y el mandato inciden en el mismo objeto, como aparece del nombre de aquélla, "gestión de negocios" y de la definición de éste, según el artículo 2116.

La diferencia debemos buscarla solamente en la circunstancia de que a la gestión del mandatario ha precedido una convención mientras que la del gerente se desarrolla independientemente de la voluntad del principal.

Por consiguiente, las obligaciones que nacen del mandato son siempre contractuales, y su alcance, extensión, eficacia, etc., se determina en primer lugar por la voluntad de las partes y subsidiariamente por las disposiciones de la ley, artículos 1545 y 1560, C. Civil.

En cuanto a la capacidad de las partes, objeto, causa y solemnidades del contrato, será necesario aplicar las disposiciones de los artículos 1445 y siguientes del mismo Código.

Las obligaciones que emanan de la agencia oficiosa se determinan simplemente por la ley, de manera que a ella debemos acudir cuando queramos determinar las que han con-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

traído el agente o el interesado por la gestión. En este caso no rigen las reglas relativas a la capacidad, solemnidades, etc., que se establecen respecto del mandato y demás contratos.

Sentado este principio, es fácil hacer un paralelo entre el mandato y la agencia oficiosa, considerando la situación de cada una de las partes, y los actos que son susceptibles de mandato y de gestión.

43.—EL MANDANTE Y EL INTERESADO

El mandante es la persona que encarga la gestión de sus negocios a otra, y como consiente en ello, es natural que quede obligada respecto del mandatario, a proveerle de lo necesario para la ejecución del mandato y a exonerarle de las responsabilidades que éste haya contraído en el desempeño de su cargo, artículos 1445, 1545 y 2158.

El principal o interesado no ha consentido en la gestión, y aún puede haberse opuesto a ella. Por consiguiente, en principio no será obligado a nada respecto del gerente.

Pero si el negocio ha sido bien administrado, reportará un beneficio en su patrimonio merced a las gestiones del gerente, a expensas de éste, y como la ley no puede permitir que alguien se enriquezca a expensas de otro, autoriza al gerente para exigir que se le reembolsen las expensas necesarias y útiles en que se haya incurrido, artículo 2290, inciso 1.º.

El mandante que encarga la gestión de sus negocios a otra persona consiente en que ésta despliegue una actividad a su favor y como nadie puede exigir a otro que trabaje gratuitamente, es natural que le deba una remuneración, salvo que se haya pactado lo contrario, artículo 2158, N.º 3.

El agente oficioso ha tomado la gestión del negocio por su propia iniciativa y ella no puede dar origen a una contraprestación en que no ha consentido el interesado. Por eso

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

éste no es obligado a pagar salario alguno al gerente, artículo 2290, inciso 2.º.

Respecto de terceros, el mandante es obligado si el mandatario contrató a su nombre, porque dicho mandatário estaba autorizado para representar al mandante, artículo 2151.

El agente oficioso no tiene poder, ni legal ni voluntario, para representar al interesado. Luego, en principio, las obligaciones contraídas por aquél a nombre de éste, no le afectan. Pero puede hacerse responsable de ellas ratificando (artículos 1445 y 2160) o si la gestión le ha sido útil a expensas de esos terceros, en virtud del mismo principio del enriquecimiento sin causa, artículo 2290 inciso 1.º.

Se ha resuelto que "señalado expresa y determinadamente por el demandante, en el comparendo que tuvo lugar después de la contestación a la demanda, en un juicio por cobro de honorarios, que los cobraba tanto a los que habían contratado con él sus servicios profesionales como a aquellos otros por quienes intervinieron sus mandatarios o agentes oficiosos, haciendo responsables a los representados por estos últimos por las obligaciones contraídas en el desempeño de la gestión por haberles sido verdaderamente útil, no procede sostener que falla ultra petita la sentencia que da lugar a la demanda fundándose, respecto de algunos demandados, en la existencia del vínculo jurídico derivado de la agencia oficiosa que le fué verdaderamente útil, ya que éste ha sido uno de los fundamentos inmediatos de la acción deducida. (R. de D. y J., T. 24, Sec. 1.ª, pág. 623).

También responde respecto de terceros si ha ratificado expresa o tácitamente las obligaciones contraídas a su nombre.

Así se ha resuelto que "en el supuesto de que el mandatario hubiese carecido de facultad para celebrar un contrato de compraventa, ésta queda ratificada por el hecho de que el dueño, a nombre de quien se vendió, reciba el precio. (R. de D. y J., T. 22, Sec. 1.ª, pág. 467).

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

44.—EL AGENTE Y EL MANDATARIO

Respecto del gerente, no presenta otra diferencia con el mandatario que la de obrar sin el consentimiento de la persona cuyos negocios gestiona.

En consecuencia, las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario, artículo 2284. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve, pero puede ser mayor o menor según las circunstancias que le hayan inducido a hacerse cargo de la gestión, artículo 2288, como sucede respecto del mandatario, artículo 2129.

La muerte del mandante no le exonera de la obligación de continuar la gestión hasta que los herederos dispongan, artículo 2289, regla que se aplica, también, respecto del mandatario, artículo 2169.

Pero no tiene derecho a remuneración alguna, artículo 2290, porque nadie puede obligar a otro por su sola voluntad.

El error en la persona no vicia la gestión, pues no es ésta un contrato sino una relación jurídica que crea la ley y las obligaciones legales — como son las que generan los cuasicontratos — no están sujetas a las reglas de las obligaciones contractuales, ni se establecen en relación a las personas sino a ciertas circunstancias — enriquecimiento injusto, relaciones de familia, etc. — que exigen la intervención del legislador en orden a reglamentarlas para el normal desarrollo de la colectividad, artículo 2293.

El gerente es obligado a rendir cuenta de su gestión y sin ella no puede intentar acción alguna contra el interesado, artículo 2294.

El mandatario, en cambio, si bien tiene la misma obligación, puede dirigirse contra el mandante antes de rendirla para exigirle las prestaciones que éste le deba, y si el mandante no reclama de ello, será condenado al pago de lo que deba, sin perjuicio de su acción para exigir la rendición en cualquiera época, mientras no hayan prescrito sus derechos.

Por último, el gerente es responsable de los perjuicios que irrogue al principal la mala administración de los ne-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

gocios de que se ha hecho cargo, artículo 2290, y esta responsabilidad, que no emana del contrato, es de carácter extracontractual o legal. El mandatario también es responsable de los perjuicios irrogados al mandante y su responsabilidad es contractual.

Sin embargo, como veremos en su oportunidad, ambas situaciones se asemejan notablemente tratándose de la responsabilidad del mandatario, no obstante su carácter contractual.

45.—EL OBJETO DEL MANDATO Y EL DE LA GESTION DE NEGOCIOS

No existe una disposición legal que precise el campo de aplicación de la gestión de negocios, si bien el artículo 2286 nos habla del que administra sin mandato los negocios de alguna persona. En general, la gestión de negocios incide en las mismas cosas que el mandato: administración de un patrimonio, gestión de un negocio jurídico o de intereses económicos. Así, puede recaer sobre un negocio civil, mercantil y aún judicial, exactamente como el mandato, artículo 7, inciso 3, Código de Procedimiento Civil. Porque, como dice Colin y Capitant, la gestión de negocios no desempeñaría un papel tan importante como el que hoy se le atribuye si sólo interviniera en casos de administración de un patrimonio, siendo así, antes al contrario, que las aplicaciones de la gestión de negocios son sumamente numerosas en la práctica. (Ob. cit., pág. 690). La "actio negotiorum gestio" se da cuantas veces una persona realiza un acto jurídico, dicen los mismos autores, sea de administración o no lo sea, en provecho de otra persona.

Así el co-propietario que lleva a efecto trabajos sobre el inmueble poseído proindiviso, se reputa que obra como gestor de negocios y goza, como tal, del mismo recurso contra los demás comuneros.

Así también se considera que es gestor de negocios el que ejecuta un acto material a favor de un tercero, sin con-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

trato previo, de manera que el posadero que por consejo de un médico recibe y alberga durante varios días a un obrero víctima de un accidente acaecido en la vía pública, puede intentar la acción de la agencia oficiosa contra la empresa a quien incumbe la responsabilidad del accidente.

De lo cual se deduce que el campo de aplicación de la gestión de negocios se ha extendido a ciertos actos que no caben dentro del mandato, y, en términos muy generales, a todos los contratos de prestación de servicios en que falta el consentimiento del interesado, que resulta beneficiado con los actos del gestor pero a quien no ha podido consultársele, dadas las circunstancias extraordinarias que rodean el caso como el médico que atiende a un accidentado en la calle, el albañil que repara una pared próxima a desplomarse, etc.

No obstante, la jurisprudencia ha establecido una restricción sumamente importante en el sentido de que no pueden ser objeto de una agencia oficiosa aquellos actos jurídicos que están sujetos a formalidades, como la compraventa de bienes raíces, para la cual, según nuestros tribunales, se necesita mandato expreso. (R. de D. y J., T. 12, Sec. 1.ª, página 138).

No insistiremos en el estudio de la gestión de negocios. Lo natural es tratarla después del mandato, una vez determinados los elementos de la naturaleza y los efectos de este contrato. Por eso nos limitaremos, por ahora, a dejar establecidos estos principios generales, sin perjuicio de volver sobre esta materia en su oportunidad.

46.—EL MANDATARIO PUEDE CONVERTIRSE EN AGENTE OFICIOSO

La noción de mandato no excluye la posibilidad de la agencia oficiosa; por el contrario, ésta complementa a aquélla, cosa que tiene enorme importancia para nuestro estudio, como oportunamente se verá.

Por ahora observaremos que el mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo, o que por una necesidad im-

Artículo: El mandato civil (continuación)
Revista: Nº35-36, año IX (En-Jun, 1941)
Autor: David Stitchkin Branover

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

periosa sale de los límites de su mandato, se convierte en un agente oficioso, artículo 2122, y si se halla en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no es obligado a constituírse agente oficioso: le basta tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan, artículo 2150, inciso 1.º.

Estas disposiciones, reciben gran aplicación en la vida ordinaria, nos muestran el estrecho vínculo que existe entre el mandato y la agencia oficiosa, siendo la primera una excepción a las reglas generales de la nulidad.

(Continuará).