

Universidad de Chile
Escuela de Derecho
Contratos Parte Especial
Prof. Francisco González Hoch

Materiales IV

“Mandato”

1. BARROS, Enrique. *Mandato Civil*. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1992 [revisados al 2do sem. 2010]) pp. 60
2. BARROS, Enrique. *Contratos de servicios ante la doctrina general del contrato: La virtualidad analógica de las reglas sobre el mandato*. Documento inédito de próxima publicación (2012) pp. 18
3. RASMUSEN, Eric. *Agency Law and Contract Formation*. Working Papers, Indiana University, Kelley School of Business, Department of Business Economics and Public Policy (2004) pp. 3-33

MANDATO CIVIL

Enrique Barros Bourie
2010¹

I. Introducción: los contratos de servicios

a. Los contratos de servicios en el Código Civil

1. Los contratos de servicios son tratados en el Código Civil en un breve párrafo, bajo la denominación de 'arrendamiento de servicios inmateriales', para oponerlos al contrato de confección de una obra material que se trata en el párrafo precedente (art. 2006 ss). La regulación es muy sucinta y hace aplicables precisamente normas de este último tipo de contrato (art. 2006).

En la realidad económica, 'los servicios inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano', que son los comprendidos en este tipo contractual (art. 2006), han pasado a ocupar un porcentaje muy elevado de la actividad económica contemporánea (70% del PGB en algunos países de la OECD). Por eso, su relevancia práctica es inconmensurable con el tratamiento que reciben en el Código Civil.

2. Las normas sobre el contrato de obra material aplicables a la prestación de servicios (por remisión del art. 2006) se refieren a algunas cuestiones bien básicas en este tipo de contratos:

- (i) la remuneración puede no haber sido pactada, en cuyo caso el contrato es válido, y se debe la que se paga ordinariamente, esto es, la de mercado (art. 1997);
- (ii) la inexecución del contrato y el retardo dan lugar a acciones de incumplimiento según las reglas generales, de modo que si quien

encarga el servicio quiere hacerla cesar debe reembolsar a quien lo presta el los costos, pagar el trabajo hecho y lo que pudiere haber ganado (art. 1998);

- (iii) si quien encarga el servicio alega que ha sido prestado indebidamente, la apreciación se hace por el juez considerando la apreciación de dos peritos; y si se tuviera por contraria a las buenas prácticas del oficio, se podrá pedir que el prestador del servicio lo haga de nuevo o indemnice a quien lo encargó (art. 2002).

3. En el párrafo del arrendamiento de servicios se establecen normas respecto de servicios continuados, 'que consisten en una larga serie de actos' (art. 2007 ss.). Además de los ejemplos arcaicos del artículo 2007, pertenecen a este grupo los contratos permanentes de asesoría, los de suministro (en la medida que cada entrega no es concebida como una venta separada, sino como un servicio permanente de aprovisionamiento, como ocurre con los servicios de suministro eléctrico o sanitario), los de distribución y muchos otros de importancia en el tráfico moderno.

En estos contratos de servicios continuos o de tracto sucesivo se permite a cualquiera de las partes ponerles término, cuando quiera o con el plazo de desahucio que se hubiese pactado; si la retribución es periódica, la anticipación del desahucio es de a lo menos un período de pago (art. 2009). Esta regla suele estar modificada por normas de orden público que obligan al suministro en contratos de suministro de servicios públicos.

En general, se entiende en el derecho de contratos contemporáneo que los contratos continuos o de tracto sucesivo pueden ser terminados unilateralmente por cualquiera de las partes, observando reglas de buena fe (plazo razonable de aviso o pago de dinero a título de compensación). Sin embargo, este principio se ve alterado por las especiales de orden público de protección en materias de contratos de arrendamiento urbano y en las relaciones laborales².

b. El mandato como contrato de servicios

¹

Este texto han sido desarrollado y actualizado por el autor tomando como antecedente las notas de clases de la alumna Daniela Accatino y los apuntes del profesor para un curso de Derecho Civil III de 1992. La versión ha sido preparada para el curso de Derecho Civil VII en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2° semestre 2010). El texto tiene por propósito facilitar el estudio y no pretende exhaustividad.

² El orden de protección en materia de *arrendamientos urbanos* limita el desahucio por el arrendador: en contratos a plazo indefinido, el plazo de desahucio es de dos meses, aumentados en un ms por cada año de permanencia en el inmueble; en contratos a menos de un año, el arrendatario tiene un plazo de dos meses desde la notificación de la demanda (Ley N° 18.101, arts. 3° y 4°). Las condiciones de desahucio forman parte esencial del orden público de protección en materia laboral.

efectúa el encargo.

4. El mandato es un contrato de servicios muy versátil y resulta esencial en la economía moderna. En cierto sentido es el contrapunto de la compraventa: mientras ésta da típicamente lugar a obligaciones cuyo cumplimiento se califica por el resultado -esto es, por el beneficio perseguido por el acreedor-, el mandato es típicamente un contrato de servicios, en que una parte se obliga a hacer una o muchas cosas en beneficio de la otra, sin que, sin embargo, el éxito de la gestión forme parte del cumplimiento de la obligación.

Hipótesis de mandato son abundantes en la vida diaria: el abogado que representa en juicio o en una negociación; el agente de valores que administra una cartera de inversión, que compra o vende acciones o bonos para un cliente; el transportista que, como encargo conexo al de transportar, entrega las mercaderías al destinatario en representación del vendedor; el agente de viajes que reserva transporte y hoteles; la sociedad comercial que desarrolla su giro por medio de sus mandatarios. En fin, el mandato es crecientemente un contrato de extensa eficacia en los negocios y en la vida ordinaria.

El mandato tiene, además, una extensa y detallada regulación legal, a diferencias de otros contratos de servicios. Como se verá, sus normas se aplican, además, a contratos de servicios profesionales por expresa remisión legal. Atendida la escasa regulación supletoria de los contratos de servicios en el Código Civil, las normas sobre el mandato, en la medida que no sean propias de este tipo contractual (en particular por su naturaleza *intuitu personae*), se pueden aplicar por analogía a otros tipos de servicios.

II. Noción de mandato

5. El Código define el mandato como "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" (art. 2116).

En el mandato hay tres elementos fundamentales:

- (i) una persona (mandante) *confía* a otra (mandatario)
- (ii) la *gestión* de uno o más negocios,
- (iii) que el mandatario emprende por *cuenta y riesgo* de quien

(i) *Acto de confianza*

6. El encargo del mandante es un acto de confianza en el mandatario: el mandante *confía* al mandatario la gestión de uno o más negocios. La ley asume que esa relación de confianza es recíproca. Por eso, el encargo es un acto *intuitu personae*, tanto desde el punto de vista del mandante como del mandatario.

De la naturaleza *intuitu personae* y fiduciaria del mandato se siguen consecuencias en lo que respecta a su terminación. Diversas causales de terminación, que se verán más adelante, muestran esta característica:

- (a) muerte del mandante o mandatario, de modo que la sucesión de uno y otro no suceden naturalmente en las respectivas posiciones jurídicas;
- (b) revocabilidad por el mandante, que por mucho tiempo se tuvo por elemento de la esencia del mandato, pero hoy se entiende que es de la naturaleza, al menos si hay intereses de terceros comprometidos en la irrevocabilidad;
- (c) retractación del mandatario antes de iniciar el encargo;
- (d) renuncia del mandatario.

7. La relación de confianza tiene consecuencias también en materia de responsabilidad. El mandatario responde de *culpa leve* aunque el mandato sea gratuito (art. 2129). De este modo se altera la regla del artículo 1547.

Con todo, el código asume en la materia matices bien sutiles: el mandatario remunerado responde más estrictamente (sin pasar a culpa levísima); y si, a la inversa, el mandatario tenía repugnancia en aceptar el encargo, y se ve en cierto modo forzado a aceptarlo, responde en forma menos estricta (sin pasar a culpa grave).

(ii) *Se confía la ejecución de uno o más negocios*

8. Existen dos tradiciones respecto de la naturaleza del encargo:

- (a) mediante el mandato sólo se podrían encargar la realización de actos jurídicos, o bien,
- (b) el objeto del mandato es realizar por cuenta ajena cualesquiera negocios ajenos , entendidos en sentido amplio como una actividad económica, aunque ésta no suponga la realización de actos jurídicos.

9. Esta segunda tradición entiende que con frecuencia el mandato supone un encargo de manejar negocios, esto es, realizar los actos conducentes a cuidar de un cierto *interés económico*. Así, es mandato el encargo a otro de la administración de una empresa, de un predio o de un inmueble, aún en lo que esta gestión tenga de puramente material (en oposición a jurídico), como es organizar la actividad empresarial. También es mandato el encargo a otra persona intermediarios (corredores, comisionistas) para realizar actos jurídicos, en circunstancias que el contrato no es celebrado por ellos, sino se limitan a intervenir para encontrar a una contraparte interesada en el negocio que pretende realizar el propio comitente (vender una casa, acciones en la bolsa de valores, arrendar un predio).

En otras palabras, el mandato suele incluir actividades puramente económicas, que se materializan en hechos jurídicos del mandatario que no suponen la realización por el mandatario de actos jurídicos en interés del mandante. Con todo, lo usual será que la ejecución del encargo comprenda actos materiales y actos jurídicos.

Por cierto que también es posible que el mandato se otorgue sólo para realizar sólo actos jurídicos, como ocurre si el objeto preciso del encargo es comprar para el mandante un cierto bien.

En general, todo tipo de actos jurídicos se pueden realizar mediante mandato. Incluso actos de familia (se puede celebrar matrimonio mediante mandatario). Excepcionalmente, la facultad de testar es indelegable: es un acto personalísimo del testador.

10. En suma, el concepto de *negocio* que recoge el Código es amplio. Lo que caracteriza al mandato, cuando se trata de la administración de un negocio que supone la realización de hechos jurídicos, es que el mandatario tiene algún grado de autonomía.

La actividad bajo dependencia ajena da lugar a una relación *laboral* y no de mandato (aunque nada impide que el empleador también

otorgue mandato al trabajador para la realización de ciertos actos).

(iii) *La gestión se realiza por cuenta y riesgo del mandante.*

11. El mandato supone una *actividad del mandatario* que se realiza por el mandatario por cuenta y riesgo de éste.

Esta característica del mandato lo diferencia de la recomendación que una persona hace a otra acerca de un cierto camino de acción. A lo más habrá en este caso una obligación de asesoría en un contrato de servicios, pero no propiamente mandato. Para que lo haya es el mandatario quien realiza la actividad destinada a producir efectos en el mandante. Por eso, la propia ley excluye del ámbito del mandato el mero consejo del mandante al mandatario (art. 2119).

12. El mandato siempre debe ser de *interés* de alguien distinto al mandatario. Usualmente lo será en interés del mandante. Sin embargo, también puede serlo en interés del mandante y de un tercero, de un tercero, e incluso del mandatario, además del mandante o de un tercero.

Si Pedro otorga mandato a Juan para que administre un bien que posee en comunidad con el propio Juan, el mandato cederá en beneficio del mandante y el mandatario; también puede otorgar mandato para que preste alimentos voluntarios a Diego, en cuyo caso cederá en beneficio de un tercero.

Lo que está excluido es que el mandato sea sólo en interés del mandatario, porque en ese caso no se da la figura de actuación por cuenta y riesgo del mandante (arts. 2119 y 2120): el interés tiene que ser al menos de alguien más que el mandatario. Por eso, no se concibe un mandato de Pedro para que Juan administre un bien que pertenece al propio Juan.

13. Por otro lado, el *riesgo* del mandato va a ser siempre de cargo del mandante; por mucho que él otorgue mandato para beneficio de un tercero, al mandante pertenecen los costos y el riesgo de fracaso del encargo (como ocurre, por ejemplo, si el mandante instruye al mandatario pagar una deuda ajena, en circunstancias que ya ha tenido lugar la ejecución forzada de la obligación).

14. Por regla general, el mandato da origen a *obligaciones de*

medios: el mandatario se obliga a poner el empeño y destreza debidos, pero no garantiza el resultado (art. 2158). Por eso, aunque el éxito del negocio no se haya logrado, el mandante está obligado a cumplir con las obligaciones que le establece el artículo 2158 respecto del mandatario (reembolsar gastos, indemnizar al mandatario, etc.). Precisamente el hecho de que el mandato sea por cuenta y riesgo del mandante explica las prestaciones que el mandante debe al mandatario según esa norma, que suponen que el mandante lo deje indemne económicamente

15. La ley autoriza al mandatario para hacerse responsable de la *solvencia* (solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro; art. 2152). En verdad, si el mandatario toma a su cargo este riesgo, la relación se desnaturaliza, y dará lugar, en lo que respecta a la solvencia del tercero, a un contrato innominado, en que el mandatario actúa como una especie de garante. La actividad del mandatario ya no es en tal evento a cuenta y riesgo del mandante. Sin embargo, en la relación externa, frente a terceros, habrá un verdadero mandato.

III. Problemas de calificación del mandato

El derecho chileno presenta problemas particulares de delimitación del mandato con otros contratos de servicios, que se derivan de la amplitud con que se adopta la expresión *negocios* con que se define al mandato.

a. Arrendamiento de servicios

16. Los contratos de servicios diferentes al mandato son reglados por el Código bajo la denominación de *arrendamiento de servicios*. La calificación depende de si la obligación comprende una *gestión de negocios*. Habrá gestión de negocios cuando el encargado tenga un cierto poder de iniciativa. Hacerse cargo de un negocio significa tener facultades para administrar, esto es, una cierta autonomía en sus decisiones.

Algunos ejemplos permiten aclarar esta idea. No dan lugar a mandato, por no comprender una gestión de negocios, una asesoría

tributaria o un informe en derecho en materia legal, porque son encargos precisos que no tienen por finalidad hacerse cargo de un negocio ajeno.

Sin embargo, hay arrendamientos de servicios que se rigen por las reglas del mandato. Es el caso, por ejemplo, de las profesiones liberales, que suponen largos estudios que dan lugar a una obligación de servicios (médico, ingeniero, abogado), pero a las que, por extensión, se les hacen aplicables las reglas del mandato (art. 2118)³.

El contrato de *mandato* tiene un lugar muy importante en el derecho chileno. A falta de una regulación más detallada de los contratos de servicios (que están normados en unas pocas normas bajo el concepto de *arrendamiento de servicios*), las reglas sobre el mandato se aplican por remisión legal expresa (como en el caso de las profesiones liberales), o bien por extensión analógica a tales relaciones, en cuanto haya una razón común para que rijan en uno y otro caso.

En particular, las relaciones de servicio suelen dar lugar a obligaciones de medios, como es ordinariamente en el caso del mandato. Sin embargo, a medida que la relación de servicio es crecientemente de naturaleza impersonal, se debilita el carácter *intuitu personae* característico del mandato en la tradición del derecho civil.

b. Contrato de trabajo

17. El contrato de trabajo se caracteriza por una subordinación permanente. A su vez, el derecho del trabajo establece reglas de orden público de protección.

Sin embargo, el contrato de trabajo es compatible con el mandato. Por ejemplo, una persona que es administradora de un negocio puede tener un contrato de trabajo con su empleador. A esas relaciones como mandatario se aplican las reglas del mandato, especialmente en su actuación frente a terceros como gestor de negocios ajenos. La

³ A estas profesiones se les aplican progresivamente las reglas generales de los contratos de prestación de servicios. La aplicación de las reglas del mandato a las profesiones liberales muestra de qué manera su ejercicio supone una cierta relación especial de confianza, usualmente acentuada por la asimetría de información entre el prestador del servicio profesional y el cliente.

relación interna entre el empleador y el trabajador está en tal caso sujeta a una doble calificación (como contrato de trabajo y de mandato, primando las primeras en cuanto constituyan un orden público de protección del trabajador).

IV. Mandato y representación

a. Formas de actuación del mandatario

18. El mandatario puede actuar de dos maneras en la ejecución de su encargo: (i) *a nombre propio*; o, (ii) *en representación* del mandante (art. 2118). El Código chileno presenta en esta materia una importante diferencia con el código civil francés, que sólo contempla el mandato con representación.

Cuando el mandatario actúa a nombre propio (los franceses lo llaman "presta nombre") existe una relación económica distinta de la relación jurídica. Desde el punto de vista económico el resultado del negocio pertenece al mandante; en cambio, desde el punto de vista jurídico, la relación se produce entre el mandatario y el tercero, sin que el mandante adquiera responsabilidad frente al tercero y sin que el tercero tenga acción contra el mandante.

El mandatario que actúa a nombre propio asume, sin embargo, el riesgo de insolvencia del propio mandante. En efecto, él resulta obligado personalmente frente al tercero y contra el mandante sólo tendrá una acción personal para que le provea los fondos y le cubra los gastos de ejecución del encargo.

En consecuencia, el mandatario, por un lado, actúa por cuenta y riesgo del mandante, aún en caso que lo haga frente a terceros a nombre propio, de modo que el mandante debe solventar los gastos, indemnizar las pérdidas y remunerar al mandatario, pero, por otro lado, asume el riesgo de solvencia del mandante para el pago de esas sumas.

b. Fuentes de la representación

Las fuentes de la representación son la ley, el poder de representación y el mandato.

- (i) La ley establece la *representación legal* de ciertas personas. Así el padre o madre actúan en representación legal de sus hijos menores; el tutor y el curador en representación del pupilo incapaz (art. 43). También los órganos de las personas jurídicas tienen la representación legal; así, el directorio tiene amplias facultades de administración de las sociedades anónimas (Ley N° 18.046, art. 31).
- (ii) La representación también puede tener por fuente el *poder de representación*: acto unilateral del poderdante por el cual faculta a otra persona, el apoderado, para actuar en su nombre y representación.
- (iii) Finalmente, el *mandato* otorga naturalmente facultades de representación en los negocios que comprende el encargo (aunque el mandatario también puede actuar a nombre propio, como se ha visto).

c. Mandato y poder de representación

19. Aunque son actos muy cercanos, el mandato no debe ser confundido con el poder de representación:

- (i) El mandatario puede actuar a nombre propio, *o bien*, en representación del mandante. El apoderado tiene una sola forma de actuar: actúa en ejercicio del poder de representación del poderdante. El mandato es más amplio que el poder de representación, pues puede ejercerse a nombre propio o en representación.
- (ii) En el poder de representación no hay contrato, es solamente un acto unilateral del poderdante. Consiste en atribuir una competencia para actuar en representación del poderdante, sin que el apoderado, en principio, adquiera obligación alguna.

Los abusos que pueda cometer el apoderado son calificados desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual. De ello se sigue que el apoderado no tiene el *deber* sino la

potestad de actuar en representación del poderdante. Jurídicamente sólo está obligado a actuar en la medida que el poder haya sido otorgado en ejecución de un contrato de mandato entre ambos.

Surge la cuestión de si el poder de representación deviene en mandato cuando el apoderado lo ejerce. En verdad, cuando alguien ejecuta un poder de representación acepta el encargo que el poder lleva implícito, de modo que debe aplicarlo con la diligencia exigida de un mandatario.

En el derecho chileno, el poder de representación no está regulado como un acto jurídico autónomo (sí lo está en códigos más modernos). En consecuencia, por frecuente que sea, el poder de representación es un acto unilateral innominado que faculta al apoderado y que deviene mandato en razón de la aceptación tácita que supone su ejecución. En consecuencia las facultades del apoderado y la oponibilidad de sus actos al poderdante se rigen por las normas del mandato (*infra* § 41).

V. Características del mandato

a. El mandato es naturalmente consensual

20. Ya en el derecho romano, el mandato era uno de los cuatro contratos consensuales, que no requerían de entrega ni formalidad para su perfeccionamiento (los otros eran compraventa, arrendamiento y sociedad).

Desde el punto de vista jurídico, el mandato es el más consensual de los contratos; se acepta que la oferta y la aceptación se muestren de cualquiera manera, aún tácitamente. La voluntad tácita tiene valor por mandato legal en el mandato (art. 2123, 2124).

La ejecución del poder de representación da lugar a una aceptación tácita del apoderado que deviene mandato por aplicación del art. 2124 II.

En ciertos casos el mero *silencio puede ser tenido por aceptación* del encargo. Las personas que por su profesión u oficio se encargan de

negocios ajenos (como los abogados), deben declarar lo más pronto posible si lo aceptan o rechazan, y si no lo hacen, se entiende que aceptan el encargo (art. 2125 I). Este es, además, un caso de responsabilidad sin contrato, pues aunque rechacen el encargo, esas personas están obligadas a tomar las providencias conservativas urgentes que el asunto requiera, como realizar una gestión que interrumpa un plazo de caducidad, por ejemplo (art. 2125 II)

21. Técnicamente el mandato es consensual salvo que haya norma especial que exija solemnidad. La ley exige solemnidad en estos casos:

- mandato judicial (art. 6° CPC)
- mandato para celebrar matrimonios (art. 103)
- mandatos otorgados por la mujer al marido para realizar actos que requieren su autorización, referidos a bienes sociales (art. 1749) o a bienes de la mujer (art. 1754).

22. La jurisprudencia ha considerado que el mandato debe observar la misma solemnidad que el acto que se encarga realizar (interpretación de *lege ferenda*). Por razones de seguridad, también los Conservadores de Bienes Raíces exigen que el mandato sea otorgado mediante escritura pública si el acto que habrá de inscribir requiere esa solemnidad (por ejemplo, el mandato para vender un inmueble).

Estas reglas son aplicables sólo cuando el mandatario actúa en representación del mandante. En los demás casos el mandatario actúa frente a terceros personalmente, de modo que la prueba del mandato sigue las reglas generales (esto es, las de un contrato consensual) en lo que respecta a la relación interna entre el mandante y el mandatario.

En el mandato sin representación no se puede decir que “el mandato forme parte de la declaración de la voluntad del representante”, como sostiene un fallo; algo diferente ocurre en el mandato con representación.

b. El mandato es naturalmente bilateral

23. Por regla general, el mandato genera la obligación del

mandatario de cumplir el encargo y las obligaciones del mandante de proveer de fondos, pagar la remuneración, indemnizar las pérdidas que irroge la ejecución del embargo y las demás definidas por el artículo 2158 (*infra* §§ 74 ss.). En consecuencia, es por regla general un contrato bilateral.

Excepcionalmente, el mandato será unilateral si es gratuito y no surgen otras obligaciones para el mandante; por ejemplo, porque no hay gastos que reembolsar ni indemnizaciones que pagar al mandatario.

c. El mandato es naturalmente remunerado (oneroso)

24. Se dice que el mandato es naturalmente *oneroso*, porque a falta de pacto en contrario se entiende que hay remuneración. La remuneración se ha ido imponiendo con el tiempo como una contraprestación del mandante al mandatario obligado a ejecutar el encargo. Antiguamente el mandato era gratuito y se consideraba incompatible la remuneración con el acto de confianza que envolvía. En tiempos actuales el carácter fiduciario del encargo no se entiende opuesto a la remuneración que recibe el mandatario.

Aún hoy la remuneración suele recibir el nombre de *honorario*, que expresa la idea de liberalidad del mandante que tenía por justificación (pero no causa) el mandato.

En el Código no se establece expresamente que el mandato sea remunerado. Sin embargo, se señala que la remuneración puede emanar tanto

- (i) del pacto de las partes (antes o después del contrato), como
- (ii) a falta de estipulación, de los usos, costumbres o de la ley, en tanto establecen que debe haber remuneración.

El hecho de ser remunerado o gratuito no altera la responsabilidad del mandatario por su culpa leve; sin embargo la responsabilidad es más intensa si el mandatario es remunerado (art. 2129). Este grado de responsabilidad se justifica por la confianza que el mandante deposita en el mandatario. En todo caso, esta responsabilidad tiene como contrapartida la facultad del mandatario de renunciar unilateralmente

a la relación (*infra* §§ 107 ss.).

d. El mandato no es un contrato dependiente

25. La vigencia del mandato no depende de otro contrato. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias es dependiente, si el mandante lo otorgó en ejercicio de un poder que se ha extinguido por cualquier causa (art. 2163 N° 9; *infra* § 118).

VI. Partes del mandato

(a) Mandante

26. Mandante puede ser cualquiera persona, natural o jurídica.

(i) *Persona natural*

27. Si es una *persona natural*, el mandante requerirá plena capacidad, de acuerdo a las reglas generales, porque el mandato no es una forma de suplir la incapacidad. Si el mandante es incapaz el mandato será rescindible por nulidad relativa, aplicándose las reglas de los arts. 1687 y 1688. Sin embargo, los incapaces pueden otorgar mandato por medio o con autorización de su representante legal, de acuerdo con las reglas generales.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que “el mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato, se convierte en un agente oficioso” (art. 2122). De este modo, si el mandante es incapaz, el mandato será nulo, y siéndolo, no va a existir relación contractual alguna entre mandatario y mandante, sin perjuicio de que pueda ser considerado acreedor de los gastos de la gestión útil si la actuación ha resultado beneficiosa al mandante (art. 2289).

Así, si el mandatario actúa sin poder suficiente, se producirán los efectos de la agencia oficiosa (*infra* §§ 120 ss.).

(ii) *Persona jurídica: órganos y mandatarios o apoderados*

28. Al igual que las naturales, las *personas jurídicas* pueden otorgar mandatos. En la práctica, a las personas jurídicas les resulta más

necesario y frecuente actuar mediante mandatarios.

Si el mandante es persona jurídica se presentan algunos problemas. Como se ha adelantado, en las personas jurídicas existen dos tipos de representación: la representación legal que corresponde a los *órganos* de la persona jurídica y la representación voluntaria que emana de los poderes o mandatos que estos órganos otorgan a otras personas.

Los *órganos* son quienes tienen la capacidad legal de obligarla según la ley o los estatutos. El órgano es el medio a través del cual se expresa la voluntad de la persona jurídica. Así, por ejemplo, en las sociedades anónimas la junta de accionistas es el órgano constituyente y tiene facultades privativas para designar el directorio, el que, a su vez, es el órgano que posee amplias facultades de administración (Ley N° 18.046, art. 31).

Los *mandatarios*, por otro lado, son personas a quienes ha otorgado mandato o poder de representación el órgano dotado de facultades de gobierno o administración. Así ocurre, por ejemplo, cuando el directorio de la sociedad anónima otorga mandato al gerente general y a otros ejecutivos de la sociedad.

En consecuencia, la representación de ambos, órgano y mandatarios, es de distinto grado: la representación original o de primer grado es legal o estatutaria y recae en los órganos; la representación de segundo grado, otorgada por el órgano corporativo que corresponda a los apoderados y mandatarios.

Suele ocurrir en las sociedades que algunos gerentes tengan facultades para delegar u otorgar mandatos, lo que constituye una representación voluntaria de tercer grado.

29. Los órganos del Estado y de las *personas jurídicas de derecho público* están conformados a dos niveles: a un nivel estructural básico, por la Constitución Política; a un nivel jerárquicamente más dependiente, por la ley. La organización del Estado es una de las tareas básicas del derecho administrativo.

30. La jerarquía de los órganos de las *personas jurídicas de derecho privado* está establecida respecto de cada una de ellas por la ley y por los respectivos estatutos.

a. Corporaciones

(i) Asamblea de socios: Es el órgano constitutivo con facultades estatutarias. No tiene facultades de administración, sino facultades generales para designar al directorio y tomar decisiones importantes (reforma de estatutos, aprobación del balance).

Así, el art. 550 dispone que "la voluntad de la mayoría de la sala es voluntad de la corporación". Esto muestra cómo la mayoría de la asamblea de socios o la mayoría calificada que exijan los estatutos (esto es, el órgano de la persona jurídica), expresa la voluntad de la persona jurídica.

(ii) Leyes especiales (como ocurre con las personas jurídicas creadas por ley, como TVN) o los estatutos determinan los órganos con poder de administración (usualmente un consejo o directorio). Estos órganos confieren a su vez poderes de representación a personeros de la corporación.

En la práctica, los directorios de las corporaciones han pasado a ser los órganos de administración, facultados por los estatutos para otorgar mandatos. Estas funciones suelen combinarse con las ejecutivas concedidas al Presidente, sin perjuicio de su representación legal para actuar como demandante en juicios (CPC, art. 8°).

β. Sociedades anónimas

(i) Junta de accionistas: Es el órgano deliberativo, con potestad para modificar los estatutos, nombrar al directorio, acordar la distribución de dividendos a los accionistas y adoptar todas las decisiones que la ley o los propios estatutos señalan como esenciales (Ley N° 18.046, arts. 56 s.)

Las principales diferencias entre la junta de accionistas de una sociedad anónima y la asamblea de socios de una corporación reside en que en una sociedad anónima los votos se cuentan por acción (cada acción tiene un voto) y en la corporación por cabezas (cada socio tiene un voto).

- (ii) Directorio: Es el órgano de administración establecido en el artículo 40 de la Ley de Sociedades Anónimas. El poder más general de administración en una sociedad anónima lo tiene legalmente el directorio (Ley N° 18.046, arts. 31 y 40).

γ. Sociedades Colectivas

- (i) Los socios en conjunto constituyen un órgano análogo a la junta de accionistas en las sociedades anónimas (decisiones constitutivas y modificatorias requieren de acuerdo unánime)
- (ii) Cada uno de los socios tiene poder de administración, con facultades de oposición de los demás, si el pacto social no establece otra cosa, como es lo usual (art. 2081). Si el pacto social designa el administrador, sea uno de los socios o un tercero, se entiende que esa cláusula es de la esencia de la sociedad. En consecuencia, la pérdida de ese administrador, por muerte, incapacidad o renuncia, es causal de término de la sociedad (arts. 2071, 2072).

El órgano de administración en la sociedad tiene las facultades establecidas por los estatutos. A su vez, este órgano puede otorgar poderes de representación o mandatos a los socios o a terceros. En este caso, muerte, incapacidad o renuncia del apoderado o mandatario no es cláusula del pacto social y no da lugar a la terminación.

Las reglas de las sociedades colectivas civiles y comerciales, según sea el caso, se aplican a las sociedades de responsabilidad limitada (Ley N° 3.918, art. 4° inc. segundo).

- 31.** Hay fuertes semejanzas entre el mandatario que actúa en representación y el órgano de una persona jurídica, porque los actos ambos se radican directamente en la persona jurídica.

A pesar de las analogías referidas, existen *diferencias* importantes entre ambos:

- (i) En cuanto a la *fuerza* de sus poderes, en el caso del órgano

proviene de la ley o del estatuto, mientras en el caso del mandatario o del poder de representación procede del contrato o del acto unilateral de otorgamiento de poder (proveniente del órgano administrador o de mandatarios con facultad para otorgar mandatos o poderes. Esta diferencia no tiene consecuencia práctica.

- (ii) Más relevante en la práctica es la distinción en lo que respecta al alcance de las *facultades*:

Existen órganos deliberativos que poseen facultades políticas amplias, que incluyen la facultad de modificar el pacto social y nombrar el directorio, pero que usualmente carecen de facultades de administración (asamblea de socios en la corporación; junta de accionistas en la sociedad anónima; concurrencia de todos los socios en sociedad colectiva).

Además del órgano deliberativo, las personas jurídicas poseen órganos de administración. En la sociedad anónima, el directorio tiene las más amplias facultades de administración.

En la sociedad colectiva el socio o los administradores estatutarios, es decir, aquellos que han sido designados órganos en el pacto social, tienen facultades legales restringidas (no tienen facultades legales amplias de administración como el directorio de una sociedad anónima). Esta característica los acerca al mandato; de hecho al referirse a los poderes del socio administrador, se dice que el socio administrador debe ceñirse a términos de su *mandato*.

El mandatario sólo posee las facultades que le han sido conferidas. El mandato señala el ámbito de las facultades. Incluso en un mandato con facultades generales de administración, éstas son interpretadas restrictivamente por el código y se refieren a los actos de administración usuales del giro normal de los negocios. El límite de facultades que otorga el mandato es por lo general más estricto que el del órgano de administración de una persona jurídica (con excepción de las sociedades colectivas).

- (iii) La *responsabilidad* que se sigue de la actuación del órgano y del

mandatario responde a lógicas diferentes:

Cuando actúa el *órgano*, lo hace la corporación o sociedad y, por consiguiente, la responsabilidad civil por hechos del órgano es responsabilidad directa de la persona jurídica. No hay divisibilidad de la responsabilidad ni lo que respecta a la obligación a la deuda.

Esto no significa, sin embargo, que la persona jurídica pueda tener una acción de reembolso contra las personas naturales que actuaron como miembros del órgano (contribución a la deuda).

Cuando se trata de *mandato*, el mandante no responde extracontractualmente por los hechos ilícitos del mandatario, en la medida que el sistema de responsabilidad por el hecho ajeno dentro de nuestra tradición civil está estructurado sobre la base de la culpa. Sólo se es responsable por el hecho de terceros cuando ese hecho de terceros es de algún modo imputable a otra persona que el autor mismo (arts. 2320 y 2322).

De acuerdo a la doctrina general, entonces, el mandato no establece relación de dependencia alguna, es un acto de confianza, en que el mandatario actúa con independencia del mandante. Cuando el mandatario causa daño a terceros en el ejercicio discrecional de sus facultades de administración, el mandante no responde, porque constituyen una extralimitación de facultades; y, no existen ni siquiera aquellas relaciones de dependencia a que se refiere el art. 2320.

En consecuencia, en el mandato no hay responsabilidad por el hecho ajeno. Esta es la doctrina que sostiene la jurisprudencia y la clásica obra de David Stitchkin⁴.

Con todo, en la práctica, el mandatario también puede actuar siguiendo instrucciones y bajo la dirección del mandante, en cuyo caso habrá responsabilidad directa del mandante, si esas instrucciones lo llevan a cometer hecho ilícito.

Por eso es entendible que en el derecho francés, por otra parte,

se ha desarrollado una doctrina alternativa a la tradicional chilena, según la cual la relación el mandato es de interés económico. El interés es del mandante y el mandatario actúa por su cuenta y riesgo. Así, es el mandante quien soporta el riesgo de que su mandatario actúe ilícitamente o cause daño a terceros. Por eso, se estima que es una regla de justicia que el mandante responda por los actos del mandatario, incluso cuando éste ha actuado ilícitamente. De acuerdo con esta doctrina, no hay diferencia conceptual entre los efectos del acto del mandatario y los del acto del órgano.

No es necesario formular una teoría tan general al respecto. Es absurdo que el mandante responda por los ilícitos de un agente de valores a quien se confían los ahorros y actúa como mandatario; por el contrario, es razonable que el mandante responda como hechos propios de los ilícitos de quienes actúan como gerentes dentro de la organización empresarial del mandante (*infra* § 90).

b) Mandatario

32. El mandatario puede ser una persona natural o jurídica.

Si es *persona natural*, puede ser menor adulto (art. 2128). En las relaciones externas del mandato, el incapaz relativo podrá actuar en representación del mandante y podrá ejecutar válidamente actos de administración, sean o no jurídicos. El mandante asume el riesgo de esos actos según las reglas generales del mandato.

Sin embargo, en las relaciones internas entre mandatario y mandante, el mandatario es considerado incapaz relativo. El mandante no va a poder reclamar contra el menor adulto indemnización o reparación por el incumplimiento del encargo, a menos que, al acordar el mandato, haya actuado con autorización de su representante legal.

También puede ser mandataria una *persona jurídica*, la que actuará a través de sus órganos o de sus mandatarios o apoderados.

Los mandatarios pueden ser varios (art. 2126), como ocurre

⁴ STITCHIN, DAVID. *El Mandato Civil*. 5ª edición, actualizada por G. Figueroa, Santiago: Editorial Jurídica, 2008.

usualmente cuando se dan poderes en las sociedades. Si se otorgan varios mandatos, es de la naturaleza del contrato que pueda dividirse la gestión, pudiendo ejercer cada mandatario por sí sólo las facultades contenidas en el mandato (art. 2127). Sin embargo, puede establecerse que deban actuar conjuntamente (como ocurre usualmente con actos que comprometen el patrimonio del mandante). En tal caso, si los mandatarios no actúan conjuntamente, los actos serán inoponibles al mandante (no nulos, como señala el Código).

VII. Objeto del mandato

33. El mandato recae sobre uno o más negocios. Se ha visto que en nuestra tradición no se exige que el mandato incluya la realización de actos jurídicos, aunque lo normal es que así sea. En la gestión de uno o más negocios del mandante (y no en la realización de actos jurídicos) reside la diferencia fundamental con el arrendamiento de servicios. De hecho, en todo mandato de administración, como en otros tipos de mandatos, es usual que parte significativa de la actividad del mandatario sea la realización de actos que no son jurídicos (medidas de conservación material de una cosa, por ejemplo).

A ello se agrega lo dispuesto en el artículo 2119, que extiende las reglas del mandato a ciertas relaciones que por su materia son prestaciones de servicios.

34. Hay muchos *contratos de servicios que deslindan con el mandato* y cuya naturaleza comparten sólo parcialmente. Es el caso del llamado *contrato de empresa* en el derecho francés, en cuya virtud un empresario se obliga a realizar en beneficio de un cliente una cierta obra o trabajo que constituyen un servicio remunerado. Son ejemplos la organización de eventos, la realización de un estudio de suelos a efectos de definir si son construibles o apropiados para ciertos tipos de viñedos. En todos estos casos hay un contrato arrendamiento de servicios, sujeto en lo que corresponda a las reglas de los artículos 2006 ss. y en lo demás a las de mandato. Sin embargo, por regla general estos contratos se diferencian del mandato en elementos esenciales, porque no suelen ser contratos *intuitu personae* que dan lugar a una relación fiduciaria; por lo mismo, las reglas de terminación del mandato no les resultan en general

aplicables.

35. Si hay *interés sólo de un tercero*, sin que el mandante tenga facultad para actuar en interés de ese tercero, hay una agencia oficiosa entre el mandante y el tercero (si el mandante actúa sin autorización del tercero), y mandato entre el mandante que encarga al mandatario realizar la gestión.

36. Como se ha indicado, no es mandato propiamente tal el *consejo* que se da por una persona a otra, porque no genera obligación contractual alguna para el que da el consejo, salvo los deberes de cuidado usuales de la responsabilidad extracontractual (con la interesante variante de que el inciso segundo del art. 2119 reduce la responsabilidad extracontractual al dolo (“maliciosamente”).

A veces, sin embargo, el mero consejo es cumplimiento de una obligación del especialista o profesional respecto de quien no lo es. Por ejemplo, en el consejo de un abogado, de un médico o de un asesor de inversiones, la recomendación o consejo se realiza en virtud de la obligación principal o conexa que surge de un contrato de mandato o de un contrato de arrendamiento de servicios, según sea el caso.

37. Asimismo, el negocio encomendado debe ser lícito, aplicándose las reglas generales de los contratos (art. 1461).

En el mandato a nombre propio hay un riesgo de ilicitud, porque puede ser instrumental a un fraude a la ley por interposición de persona. De ser ese el caso, el mandato adolece de un vicio de nulidad por causa ilícita en razón del motivo (fraude a la ley) (art. 1467).

38. Finalmente debe recordarse que no hay mandato si el negocio sólo interesa al mandatario (arts. 2119 y 2120).

VIII. Administración del mandato

a. Objeto sobre el cual recae el mandato y facultades del mandatario.

En cuanto a la *extensión* del objeto sobre el cual recae el encargo, el mandato es *general* si se da para todos los negocios del mandante, o para todos los negocios con una o más excepciones determinadas. El mandato, por el contrario, es *especial* cuando comprende uno o más negocios determinados (art. 2130).

Que el mandato sea general o especial hace referencia a si comprende un ámbito específico de negocios o el patrimonio del mandante en su conjunto.

39. Una pregunta diferente es la referida a las *facultades* del mandatario. Así, por general que sea el *objeto* mandato, de ello no se sigue que el mandatario tenga *facultades* amplias o restringidas; sólo se refiere al ámbito del mandato en cuanto a su objeto.

La generalidad o especialidad del mandato hay que distinguirla de las facultades que el mandatario tiene para desarrollar su encargo. En efecto, el mandatario general respecto del objeto puede tener facultades amplias de administración (indefinidas) o especiales (definidas). En esta perspectiva un mandato especial se refiere a una gestión específica (comprar un bien, arrendar una casa, suscribir un contrato) y uno general a la realización de facultades amplias de administración del negocio encomendado.

40. Puede haber, por tanto:

- (i) Mandato general con facultades amplias de administración, como ocurre si una sociedad entrega un mandato a un gerente para que administre todos los negocios sociales.
- (ii) Mandato general en cuanto al objeto, pero específico en cuanto a las facultades, como ocurre si se enumeran las facultades específicas que se dan al gerente en virtud del mandato.
- (iii) Mandato especial en cuanto al objeto y con facultades generales, como ocurre si un inversionista autoriza a un administrador de cartera que administre una inversión mobiliaria determinada con facultades amplias.
- (iv) Mandato especial y con facultades específicas, como

típicamente es el mandato para vender una casa.

Mientras la extensión del mandato se determina interpretando el contrato, la *representación legal* es general en cuanto al objeto y también general en cuanto a las facultades, sin perjuicio que la ley señale limitaciones y formalidades habilitantes (arts. 250, 390).

b. Relaciones internas y externas en el mandato

41. La administración del mandato plantea dos tipos de relaciones (arts. 2131 ss.):

- (i) *Relaciones internas entre mandatario y mandante:* Como en cualquier contrato, hay obligaciones del mandatario para con el mandante. Estas obligaciones son las de cumplir diligentemente el encargo y la de rendir cuenta de la gestión.
- (ii) *Relaciones externas del mandante y mandatario con terceros:* Se refieren a las obligaciones y a la responsabilidad que adquieren principalmente el mandante y secundariamente el mandatario para con terceros. En la materia se plantean, por un lado, cuestiones de *oponibilidad* al mandante de los actos realizados por el mandatario (efectos respecto de terceros y de los actos realizados dentro de los poderes otorgados al mandatario, así como de la extralimitación del mandato) y, por otro, preguntas relativas al alcance de la *responsabilidad* del mandante y del mandatario para con terceros.

42. Para determinar las facultades o poderes del mandatario, se debe distinguir entre las relaciones internas y externas del mandato.

Desde el punto de vista de *relaciones internas*, el mandatario debe ejecutar el encargo encomendado, para lo cual debe actuar conforme a sus poderes, de modo que si no ejecuta el encargo o lo hace de una manera diferente a lo convenido incurre en un incumplimiento del mandato.

Desde el punto de vista de las *relaciones externas*, el mandante va a resultar obligado, cuando el mandatario actúa en su representación, a condición de que haya actuado dentro del objeto del encargo y

conforme a las facultades conferidas.

La diferencia entre ambos niveles se muestra en un ejemplo. Un apoderado puede tener formalmente extensos poderes de administración, lo que se traduce en amplias facultades externas, que lo habilitan para representar al mandante ante terceros. Sin embargo, las facultades internas pueden no ser tan amplias. Por eso, puede ocurrir que el mandatario obligue al mandante pero internamente esté en incumplimiento. Por ejemplo, el directorio de una sociedad puede haber otorgado formalmente, por razones de manejo expedito de los negocios, amplias facultades para vender; sin embargo, se ha establecido la regla de que para operaciones por un valor superior a 2.000 UF el mandatario deberá requerir autorización del directorio. En la medida que esta limitación no aparece en el mandato, es inoponible a terceros, pero sí obliga al mandatario en su relación interna con el mandante.

IX. Obligaciones del mandatario

1. Obligaciones de ejecutar diligentemente el encargo

(i) *Obligación de cumplir el encargo*

El mandatario tendrá la obligación de cumplir el encargo, a diferencia de lo que ocurre con el mero poder de representación, en la medida que éste autoriza pero no obliga a actuar al apoderado (sin perjuicio de que el poder de representación sea usualmente otorgado en el marco de una relación de mandato, en cuyo caso el apoderado está obligado a actuar en tanto mandatario).

En el cumplimiento del encargo el mandatario está sujeto a dos principios:

- (i) Debe ceñirse *rigorosamente* a los términos del mandato (art. 2131).
- (ii) No sólo debe cumplir el mandato en cuanto al *fin* (objeto del encargo), sino también en cuanto a los *medios*. El mandato debe

ser ejecutado utilizando los medios que el mandante ha establecido para que se lleve a cabo (art. 2134).

Estas reglas simplemente aplican el principio de que el contrato obliga a las partes, por lo que no se agrega nada nuevo en relación a la doctrina general del contrato. En consecuencia, más importantes son las excepciones a esas reglas y las normas legales dispositivas que establecen el alcance de las facultades del mandatario cuando son expresadas de modo general.

43. A pesar de que el mandatario está limitado por el mandato en cuanto al objeto y a los medios, tiene, bajo ciertas circunstancias, una latitud en cuanto a la forma de ejecutar el encargo, ya que la ley invoca el "buen juicio" del mandatario:

En cuanto a los *medios*, bajo ciertas circunstancias el mandatario puede utilizar medios equivalentes si la necesidad le obligare a ello y, si obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato (art. 2134 II).

En cuanto al objeto del encargo, diversas normas sobre administración del mandato moderan el principio en cuya virtud el mandatario debe ceñirse "rigorosamente" a los términos del mandato. Sin embargo este criterio es temperado por otras reglas que siguen la naturaleza fiduciaria del mandato, lo que supone algún margen de apreciación:

- Si la ejecución del mandato resulta imprevista y manifiestamente pernicioso al mandante, el mandatario no sólo puede, sino que debe abstenerse de cumplir el mandato, lo que constituye un caso de aplicación concreta del principio de buena fe, que se opone al rigorismo textual; pero también deriva de la cierta autonomía prudencial que tiene el mandatario en su tarea. Por eso puede darse incluso la situación de que la obligación del mandatario sólo se cumpla debidamente omitiendo la ejecución del encargo (art. 2149).
- Se le da al mandatario un rango de acción, que no es un deber, si al desviarse de los términos del mandato puede realizarse el encargo con menor gravamen o mayor beneficio para el

mandante. Por cierto que la menor pérdida o mayor beneficio pertenecen al mandante, en aplicación de la regla de que la ejecución del mandato es por cuenta y riesgo del mandante (art. 2147 I). Esta autorización no da al mandatario una facultad potestativa para desviarse del encargo, porque si no observa las instrucciones precisas del mandante, y en definitiva se produce un mayor gravamen o menor beneficio, éstos deben ser soportados por el mandatario (art. 2147 II).

- Las facultades concedidas al mandatario se interpretan con alguna más laxitud, cuando no está en situación de poder consultar al mandante (art. 2148). Si el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante y no puede actuar de acuerdo a sus instrucciones, pudiendo consultarlo, es lógico que lo haga. Cuando no puede consultar al mandante, la relación de confianza se intensifica y prudencialmente el mandatario puede asumir mayor flexibilidad.

Estas reglas señalan los límites que tiene el mandatario para actuar en el cumplimiento del encargo. Más allá de esos límites el mandatario debe actuar de acuerdo con las instrucciones, y si no puede actuar de acuerdo con ellas, el mandatario no debe ejecutar el encargo, y si igualmente actúa, porque cree que ello es conveniente para los intereses del mandante, actúa como *agente oficioso*.

Lo cierto, sin embargo, es que el mandatario en tal situación no está obligado a constituirse en agente oficioso; le basta tomar providencias conservativas que las circunstancias exijan (art. 2150 I), a menos que si deja de obrar se causa un grave perjuicio al mandante, en cuyo caso la ejecución fuera del ámbito del encargo se entiende ejecución del mandato (art. 2150 II).

(ii) *La obligación de cumplir el encargo comprende su ejecución y que en ésta se emplee la debida diligencia*

44. La obligación de cumplir el encargo comprende en verdad dos deberes: el primero se refiere a efectuar efectivamente *actos de ejecución* del mandato; el segundo exige que esos actos de ejecución sean *diligentes*.

Esta distinción, que es típica de las *obligaciones de medios o de*

conducta, es relevante a efectos de determinar si ha habido cumplimiento de las obligaciones del mandatario, lo cual tiene, a su vez, efectos probatorios.

45. Al mandatario corresponde probar los *actos de ejecución* del mandato, de acuerdo con las reglas generales (artículo 1698). La obligación de cumplir el encargo comprende en verdad dos deberes que se integran en ese concepto: el primero se refiere a hacer efectivamente *actos de ejecución* del encargo; el segundo exige que esos actos de ejecución sean *diligentes*.

Esta distinción, que es típica de las *obligaciones de medios o de conducta*, es relevante a efectos probatorios.

Al mandatario corresponderá probar los *actos de ejecución* del mandato, de acuerdo con las reglas generales (artículo 1698). Los actos de ejecución del encargo presentan características típicas de una obligación determinada o de resultado. Por lo mismo, si el mandatario no ha realizado acto de ejecución, el acreedor tendrá las acciones generales a que da lugar el incumplimiento de una obligación de hacer: ejecución del encargo a costa del mandatario, apremio para que el mandatario cumpla e indemnización de perjuicios. El código asume que la ejecución es una obligación de resultado al establecer que la excusa aceptable al mandatario por la inejecución material del mandato es la fuerza mayor o el caso fortuito que le imposibilite llevar a efecto las órdenes del mandante (art. 2150 III).

Lo usual, sin embargo, es que el mandatario pueda acreditar actos de ejecución, de modo que la disputa ocurra respecto de la *diligencia* empleada en el cumplimiento. En circunstancias que el éxito en la gestión no es condición del cumplimiento, como se muestra en que ésta es ‘por cuenta y riesgo del mandante’, será el mandante quien alegará que tales actos de ejecución no responden a los requerimientos de la conducta debida (esto es, que deben ser tenidos por negligentes).

Mientras en la compraventa y en los demás contratos que dan lugar a obligaciones de resultado el incumplimiento está constituido por el hecho de no poder probarse por el deudor que se satisfizo el interés o beneficio perseguido por el acreedor, en el mandato, salvo que el mandatario no pueda mostrar acto alguno de ejecución, la diligencia es un elemento constitutivo del cumplimiento, de modo que, a la inversa, el incumplimiento es inseparable de la negligencia o

inobservancia de los deberes de cuidado a que está sujeto quien realiza ese tipo de encargos (*lex artis*, en el caso de las profesiones).

Este principio está establecido en el código de una manera que resulta anticipatoria de la evolución posterior del derecho de obligaciones. Al tratar las obligaciones del mandante, se expresa que “no podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse con menor costo; *salvo que le pruebe culpa*” (2158 *in fine*).

En suma, el cumplimiento del encargo se descompone en actos de ejecución, que están sujetas a la prueba del mandatario y no admiten otra excusa que el caso fortuito o la fuerza mayor, y de un deber de diligencia en la ejecución, cuyo incumplimiento se debe probar por el mandante mostrando la negligencia del mandatario.

(iii) *Facultades y deberes del mandatario: interpretación del mandato*

46. La ley define las facultades del mandatario interpretando los términos del mandato. Las reglas más importantes sobre interpretación del mandato son las que se refieren a los poderes con facultades generales. Como se señaló, las facultades del mandatario pueden ser específicas y determinadas (por ejemplo, el mandato para vender un cierto bien del mandante) o generales e indeterminadas.

a. *Mandato con facultades generales*

47. Quien tiene a su cargo un negocio ajeno puede tener tres clases de facultades:

(i) La facultad de conservar los bienes o el patrimonio bajo su cuidado desde el punto de vista físico (reparaciones) y jurídico (acciones posesorias y acción reivindicatoria);

(iii) La facultad de administrar supone encargarse de que la cosa o patrimonio produzca frutos y se desarrolle de acuerdo con su destino económico natural. La administración se asocia a la *gestión del giro ordinario* de un negocio. Por eso, comprende siempre los actos de conservación y los actos propiamente de

administración de ese giro ordinario (art. 2132). Si se trata de una persona jurídica, su giro ordinario está limitado por su objeto.

El Código no define el acto de administración (art. 2132), sino sólo lo asocia al giro administrativo ordinario, limitándose a señalar algunos ejemplos. Los actos de disposición pueden estar incluidos en la facultad de administración, en cuanto pertenezcan al giro ordinario. Así, por ejemplo, en materia de sociedad, donde también se plantea la cuestión de la administración con facultades generales, el socio administrador no puede hacer otras adquisiciones o enajenaciones que las comprendidas en el giro ordinario (artículo 2077). La misma regla debe entenderse aplicable al mandato con facultades generales de administración (aunque la enumeración ejemplar del artículo 2132 se refiera más bien a actos de conservación).

En consecuencia, el *alcance del giro ordinario es una cuestión económica* más que jurídica, porque a él pertenecen los actos que por su naturaleza pertenecen a la actividad económica que desarrolla el mandante. Así, la administración de un bosque supone vender la madera y la de un huerto, vender la madera, aunque jurídicamente sean actos de disposición.

Lo perteneciente al giro ordinario es una cuestión de hecho que se determinará en cada caso concreto. La enumeración de artículos 2132 y 2077 es meramente ejemplar: ejercer acciones posesorias, interrumpir prescripciones por medio de la acción reivindicatoria, contratar las reparaciones de las cosas que se administran, comprar materiales (o materias primas) necesarios para el cultivo o beneficio de la empresa encomendada.

Se ha discutido si dentro del giro ordinario se comprende el contratar préstamos. La práctica comercial excluye la facultad de contratar préstamos cuando se trata de un mandato con simples poderes generales (la idea está implícita en la frase inicial del artículo 2145: “Encargado [el mandatario] de tomar dinero prestado (...) Sin embargo, la contratación préstamos razonables, necesarios para la operación en marcha del negocio, puede pertenecer al giro ordinario; por ejemplo, para salvar déficit temporal de caja (hay algunos fallos en este sentido).

- (iv) La facultad de disposición requiere de poder especial. Los actos dispositivos no están autorizados mediante poderes de administración, por generales que sean.

Se ha visto, sin embargo, que ciertos actos de disposición están autorizados al mandatario en la medida que estén comprendidos en el giro ordinario. Los actos dispositivos que quedan fuera del giro ordinario no son autorizados al mandatario, salvo poder especial. La diferencia entre actos de disposición autorizados y prohibidos está determinada, en principio, por la extensión que tenga el giro ordinario del negocio encomendado.

Con las reservas anteriores, son típicamente actos de disposición: la transferencia del dominio de un bien; los contratos de promesa de actos que por su naturaleza son de disposición; los aportes a sociedades; la constitución de usufructo, servidumbres u otros gravámenes; la emisión de títulos de crédito representativos de obligaciones de dinero; los contratos de arrendamiento de bienes raíces, cuando supera ciertos plazos que funcionalmente los asemejan a actos de disposición, de modo la ley les requiere de autorización judicial (arts. 407, 1749, 1756).

48. La cláusula que faculta al mandatario para “obrar como mejor le parezca” o las cláusulas de “libre administración” operan como elemento de interpretación, ampliando las facultades en sus límites, pero no autorizan a alterar la substancia del mandato o a realizar actos que exijan poderes especiales (art. 2133).

La cláusula de libre administración faculta a ejecutar sólo los actos que la ley autoriza (2133 inciso 2º), que son los que autoriza un mandato ordinario de administración, salvo que las leyes le atribuyan un efecto especial. Así, quien tiene libre administración tiene facultad para percibir el pago en representación del mandante (art. 1580); y para novar obligaciones (art. 2629). No parecen haber otros ejemplos en de facultades especiales asociados a un poder de libre administración en el derecho chileno.

b. Práctica profesional

49. En materia de mandatos la práctica profesional ha devenido bastante restrictiva, especialmente por los resguardos adoptados por los bancos. En general, se limita la eficacia de los poderes generales y se exige siempre poder especial; lo mismo ocurre en materia administrativa.

Esta exigencia se debe a las limitadas facultades que el Código asocia al poder general de administración. De hecho, si se revisa con cuidado el artículo 2132, que ejemplifica facultades incorporadas en ese tipo de poder, se comprobará que se refieren a actos más bien conservativos que propiamente de administración.

Por eso, en la práctica, el otorgamiento de poderes amplios suele materializarse en un poder general de administración, seguido de una especificación en detalle de todos los actos que podría verse en la necesidad o conveniencia de ejecutar. La técnica de los poderes ha devenido en un largo listado estandarizado por la práctica de actos especiales para los que el mandatario queda facultado (facultades especiales).

50. A pesar de su naturaleza consensual, el mandato y el poder de representación usualmente se otorgan por escritura pública, lo que tiene importancia práctica en los diversos aspectos:

- para asegurar la *vigencia* del poder o mandato, porque en tal caso su revocación debe hacerse mediante una contraescritura pública, de la que se tome razón (anotación) al margen de la escritura matriz, evitándose de este modo dudas de oponibilidad;
- el poder otorgado por escritura pública también puede inscribirse en el Registro de Comercio, en cuyo caso la revocación efectuada por contraescritura pública sólo resulta oponible a los terceros que hayan actuado en confianza del mandato si la revocación se inscribe al margen de la inscripción original del Registro de Comercio.

c. Autocontratación

51. La autocontratación se produce cuando el mandatario actúa en

representación del mandante, por una parte, y personalmente, por la otra (por ejemplo, si el mandatario actúa como representante del mandante y personalmente al constituir una sociedad). En principio, la autocontratación es aceptada como válida, esto es, no hay impedimento de principio aunque el consentimiento sea otorgado por una misma persona que se desdobra en dos roles diferentes.

El problema de la autocontratación es el conflicto de interés, no sólo en su sentido más directo, sino también cuando el mandatario tiene un interés indirecto en la operación (por ejemplo como socio de la sociedad con la que contrata en representación del mandante). Por eso, se la mira con desconfianza en el derecho civil y comercial.

52. El Código Civil se hace cargo de estas ideas. En diversas normas desarrolla la idea de que el mandatario no puede autocontratar sin autorización expresa del mandante (artículos 2144, 2145). De ello se sigue que la autocontratación no está prohibida, sino puede ser perfectamente eficaz, pero que está sujeta a ciertos resguardos.

Así, el mandatario no puede comprar lo del mandante ni venderle lo suyo (art. 2144).

Excepcionalmente, le está permitido al mandatario prestar dinero al mandante en condiciones de mercado (interés corriente), porque en tal caso no existe riesgo sino sólo potenciales beneficios para el mandante. A la inversa, no puede tomar dinero del mandante en préstamo sin autorización del mandante (art. 2145).

El Código de Comercio establece propiamente prohibiciones de autocontratación para los corredores (art. 57) y comisionistas (art. 271).

Las limitaciones a los conflictos de interés se han expandido en el derecho privado y público contemporáneo. Se materializan no sólo en limitaciones a la autocontratación en sentido estricto, sino también a formas más indirectas de tales conflictos. Así, por ejemplo, la ley de sociedades anónimas establece reglas para que la sociedad pueda contratar con un director o con personas que le son relacionadas, requiriendo que la operación sea realizada en condiciones de mercado y aprobada por el directorio sin el voto del implicado, además de otros requisitos; asimismo exige que se informe a la junta de accionistas. El efecto del incumplimiento de estas normas no es la ineficacia del acto (por razones de seguridad de terceros), sino la responsabilidad civil (Ley N° 18.046, art. 44).

d. Alcance de facultades específicas y reglas sobre poderes especiales

53. El código es más bien restrictivo en la interpretación de las facultades del mandatario. Se ha visto que el poder general sólo permite la gestión del giro ordinario y que incluso los actos de disposición que naturalmente forman parte de la administración de un negocio en marcha se entienden autorizados en razón de una interpretación del concepto de 'giro ordinario' que resulte consistente con las facultades generales de administración (*supra* § 47).

Así se explica la práctica antes referida de que los poderes de representación enumeren extensivamente cada una de las facultades que se confieren al apoderado o mandatario.

54. En general, las facultades se entienden restrictivamente, de modo que la facultad de hipotecar no comprende la de vender, ni viceversa (art. 2143), ni la de transigir no comprende la de comprometer, ni viceversa (art. 2141).

Por el contrario, se entiende que la facultad de vender supone la de percibir el precio (art. 2142) y que por mucho que el mandatario no esté autorizado para donar, se entiende facultado para dar 'las ligeras gratificaciones que se acostumbra hacer a las personas de servicio' (art. 2139)

(b) **Obligación de rendir cuenta.**

55. La *obligación de rendir cuentas* es típica de quien administra negocios ajenos y particularmente la tiene el mandatario.

La rendición de cuentas consiste en informar acerca de la gestión del encargo, en especial de los gastos, ingresos, modo de empleo de los fondos y de los bienes que son objeto del encargo. Además, la obligación de rendir cuenta comprende la obligación accesoria de documentar todas las partidas importantes (art. 2155).

Desde el punto de vista procesal la cuenta es objeto de arbitraje forzoso. El arbitraje podrá tener como finalidad que se rinda la cuenta o discutir la cuenta presentada. El juicio de cuentas terminará con un fallo que aprobará la cuenta o la rechazará, señalando sus defectos. El juicio de cuentas es un juicio especial en que se autoriza juez para otorgar plazos judiciales para que se entregue o para que se revise la cuenta (CPC, arts. 693 ss.).

La obligación de rendir cuenta es una obligación de la naturaleza del mandato, por lo que el mandatario puede estar relevado de rendirla, sea en general o sólo en lo que respecta a su respaldo documental.

La relevación de rendir cuenta no exonera de responsabilidad, pero ocasionará al mandante un problema de prueba de la negligencia o dolo del mandatario. En particular, se verá privado de un fuerte medio de protección frente al mandatario que no ha cumplido con su obligación de rendir la cuenta, como es la facultad del mandante de presentarla por sí mismo, con la consecuencia de que se tendrá por correcta la que éste exponga a menos que sea debidamente objetada por el mandatario (CPC, art. 695).

56. Está en interés del mandatario que presentada la cuenta, sea aprobada por el mandante. La *aprobación* puede ser otorgada por el mandante expresamente (con o sin juicio de cuentas). También puede ser otorgada por el juez árbitro en el juicio de cuentas. Se entiende que el mandante aprueba tácitamente la cuenta cuando ha pasado el plazo para oponerse sin hacerlo.

La aprobación de la cuenta exime al mandatario de toda responsabilidad, salvo en cuanto haya habido dolo en su rendición (art. 1465).

57. La acción para pedir la rendición de cuentas prescribe en cinco años, porque se trata de una acción personal que prescribe extintivamente según reglas generales.

X.Delegación del mandato

58. Una cuestión esencial en la relación de mandato es si el mandatario puede ejecutar el encargo constituyendo un mandato con un tercero a quien delega la ejecución total o parcial del encargo. La delegación es una especie de subcontratación.

Las reglas generales en materia de subcontratación son (i) que ella es posible, salvo que haya sido prohibida o el contrato sea *intuitu personae* y (ii) que el deudor es responsable vicariamente por el hecho de quienes subcontrata (art. 1679).

El mandato es un contrato *intuitu personae*, pero la delegación está

generalmente admitida, aunque sujeta a un sistema de reglas bien diferenciadas, atendiendo a las diversas situaciones (especialmente a la autorización del mandante).

El principio que establece la ley es que "el mandatario podrá delegar a menos que se le haya prohibido" (art. 2135).

Sin embargo, aun estando permitida la delegación, surgen problemas de responsabilidad por la ejecución y por la elección del delegado.

Por eso, conviene analizar las diversas posibles situaciones en mayor detalle.

a. Delegación prohibida:

59. La prohibición produce plenos efectos, tanto internamente, en la relaciones entre el mandante y el mandatario, como externamente con el tercero.

En lo que respecta a las relaciones internas, la delegación prohibida es un incumplimiento contractual que da lugar a plena responsabilidad por los daños provocados por actos del delegado.

Desde el punto de vista de las relaciones externas, los actos del delegado son inoponibles al mandante, porque suponen una extralimitación de poderes de mandatario.

b. La delegación no ha sido autorizada ni prohibida.

60. Si nada se expresa en el contrato, se entiende autorizada la delegación; es de la naturaleza del mandato que pueda ser delegado (art. 2135). Sin embargo, si no está expresamente autorizado, el mandatario es responsable de los hechos del delegado como de los suyos propios.

En la materia se sigue la regla general que rige en materia contractual cuando el deudor subcontrata para el cumplimiento de la prestación (art. 1679). Se diferencia, en consecuencia la responsabilidad del mandatario por el hecho del delegado de la presunción de responsabilidad por el hecho de dependientes según el artículo 2320. No es una presunción de culpa, porque una vez probada la culpa del delegado, el mandatario tiene una responsabilidad estricta u objetiva; no puede excusarse por haber ejercido el debido cuidado al escoger al delegado o por haber vigilado el cumplimiento del encargo.

61. También en el caso del mandato judicial es de la naturaleza la facultad de delegar (CPC, art. 7 I). En materia de responsabilidad por la delegación, se aplican las reglas del mandato.

62. En las relaciones externas de la delegación que no ha sido autorizada expresamente se plantean algunas interrogantes que surgen del artículo 2136, que dispone que 'la delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante no da derecho a terceros contra el mandante por hechos del delegado'.

Las normas legales dan espacio para ciertas dudas, que explican que se hayan planteado dos interpretaciones posibles en esta norma:

- Siguiendo una interpretación literal, derivada del término "autorizada" que emplea la ley, se ha sostenido que si no hay autorización expresa, los terceros carecen de acción contra el mandante (Meza Barros).
- Sin embargo, si se analiza la norma en el contexto de las reglas sobre delegación, se observa que el legislador opta por que el mandato se puede delegar, a falta de expresión en contrario, esto es, por que la delegación sea un elemento de la naturaleza del mandato (art. 2135). En consecuencia, no habiendo prohibición, si el mandatario ha delegado el encargo (y no ha constituido un nuevo mandato con otra persona), el tercero tiene acción contra el mandante. En consecuencia, la única calificación de la autorización inferida por la ley en el artículo 2135 para delegar se produce en las relaciones internas, en la medida que el mandatario es personalmente responsable de los perjuicios que carree la inexecución o defectuosa ejecución del delegado. Esta parece ser la interpretación más razonable (Stitchkin y fallos en este sentido).

63. La ley prevé una especial relación entre el mandante y el delegado. Si el delegado ha actuado negligentemente, el mandante además de la acción contra el mandatario por el incumplimiento, podrá ejercer las acciones del mandatario contra el delegado, en una especie de subrogación legal (art. 2138).

c. Delegación autorizada expresamente.

64. A diferencia de cuando nada se expresa, en que el mandatario

responde de todos los hechos del delegado como propios, si se ha autorizado la delegación, el mandatario sólo responde por hechos del delegado si ha *elegido* una persona inepta, notoriamente incapaz o insolvente (art. 2135 inc. final).

65. Aunque el mandatario esté autorizado expresamente para delegar, sigue siendo responsable por el cumplimiento del encargo. La delegación autorizada no pone término a la relación de mandato, de modo que el mandatario debe cuidar que el delegado ejecute el encargo o realizarlo por sí mismo.

66. En lo que respecta a las relaciones externas, si el mandatario está expresamente autorizado para delegar, habrá acción de terceros contra el mandante por los actos del delegado. A su vez, el mandante tiene acción directa contra el delegado, esto es, puede también ejercer las acciones que el mandatario tendría como mandante del delegado (art. 2138).

d. Delegación autorizada expresamente con designación de la persona del delegado.

67. Si se autoriza la delegación con expresa designación del delegado, en razón de la delegación se constituye entre el mandante y el delegado un nuevo mandato (art. 2317). Mediante el acto de delegación se genera un nuevo mandato entre el mandante y el delegado, que sólo puede ser revocado por el mandante. En razón de esta relación directa, no se extingue el nuevo mandato por muerte por la muerte o incapacidad que sobrevenga al original mandatario que ha delegado. El efecto es entonces novatorio: se extingue el mandato anterior y surge un nuevo mandato.

XI. Responsabilidad del mandatario.

68. La responsabilidad del mandatario tiene dos caras, que muestran su relación con el mandante (relaciones internas) y con terceros con quienes se relaciona el mandatario (relaciones externas).

a. Relaciones internas del mandato: responsabilidad del mandatario por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

69. Si el *mandatario incumple sus obligaciones contractuales*, el mandante tiene las acciones que el artículo 1553 otorga al acreedor de una obligación de hacer: puede exigir que el mandatario solvente la prestación por un tercero; al menos teóricamente, que se le fuerce al mandatario a cumplir el encargo mediante apremios (CPC, art. 543); o que se le indemnicen los perjuicios que se siguen del incumplimiento.

El incumplimiento de la obligación de rendir cuenta también puede dar lugar a responsabilidad del mandatario. La obligación indemnizatoria, como es obvio, no emana de la cuenta, aunque ésta sirva de prueba. Con todo, la cuenta aceptada por el mandante o por el árbitro puede dar lugar a obligaciones restitutorias del mandatario (por ejemplo, de rentas obtenidas por las cosas administradas) o del mandante (por ejemplo, de gastos incurridos por el mandatario en ejecución del encargo).

70. La siguiente pregunta, por consiguiente, se refiere a la manera como se construye la responsabilidad contractual del mandatario.

La prestación básica del mandatario según la ley es ejecutar el encargo, observando estrictamente los términos del encargo. En este primer sentido, corresponde al mandatario probar los actos de ejecución, o bien el caso fortuito que ha impedido el cumplimiento (art. 2150 III).

La obligación del mandatario está sujeta a una serie de correctivos de prudencia, pues bajo ciertas circunstancias puede alejarse de los términos del mandato, utilizar otros medios, e incluso verse obligado a apartarse de los términos del contrato (*supra* §§ 44 s.). Corresponde al mandatario probar las circunstancias que lo llevaron a alejarse de la regla de ejecución rigurosa de los términos del encargo.

Por otra parte, la obligación del mandatario es típicamente de *medios*. Por cierto que mientras más amplias sean las facultades discrecionales del mandatario mayor será la relevancia del criterio de diligencia en la ejecución del encargo. Si el encargo supone un encargo indefinido acerca del objeto y de los medios, será el propio mandatario quien prudencialmente determinará la manera razonable de cumplirlo (como es lo usual, dentro de rangos más o menos amplios).

A la inversa, el mandato también puede dar lugar a obligaciones de

resultado, como ocurrirá cuando el mandatario recibe la instrucción precisa de suscribir una escritura pública en representación del mandante. Es importante tener presente que dentro de un mismo tipo contractual suelen coexistir obligaciones de medios y resultado (así, por ejemplo, en la compraventa, donde la obligación principal es de resultado, pero algunas obligaciones conexas, como las de información y consejo respecto del comprador inexperto, suelen ser de medios).

Los efectos que tiene calificar la obligación del mandatario como una de medios o de resultado ha sido tratada en la parte general del derecho de obligaciones y se ha hecho referencia al tratar los tipos de obligaciones que nacen del mandato (*supra* § 44).

En suma, los efectos probatorios de las obligaciones del mandatario se pueden sintetizar así:

- (i) Al mandatario corresponde probar la existencia de actos de ejecución del mandato (art. 1698).
- (ii) Las instrucciones para el cumplimiento forman parte del encargo, y será el mandatario quien deba probar la rigurosa ejecución del encargo (art. 2131). Mientras más precisas sean las instrucciones, más se acerca la posición del mandatario a la típica de una obligación de resultado. Así, un mandato perfectamente determinado en cuanto al objeto de lo que debe hacer el mandatario da lugar a una obligación de resultado.

En cambio, si las facultades están indeterminadas la obligación es típicamente de medios, de modo que el mandatario deberá probar la existencia de actos encaminados al cumplimiento y rendir cuenta de la manera cómo ejecutó el encargo; la discusión acerca de si la ejecución fue negligente pertenece al mandante (art. 2158 *in fine*).

En definitiva, si bien las obligaciones del mandatario *tienden* a ser obligaciones de medios, no están sujetas a ese concepto la ejecución material del encargo que debe realizarse estrictamente en los términos del encargo (art. 2131), sin perjuicio de las excusas de evitar un perjuicio para el mandante o de imposibilidad que le son admisibles (arts. 2149 y 2150).

71. La excusa de caso *fortuito* debe ser probada por el mandatario y excluye su responsabilidad por incumplimiento de su obligación de ejecutar el encargo. Sin embargo, nada impide que el mandatario se haga responsable del caso fortuito e, incluso, asuma otra responsabilidad, como la solvencia del tercero. En este caso, aunque se aleja de una de las características del mandato (por cuenta y riesgo del mandante), el contrato técnicamente sigue siendo mandato (art. 2152).

(b) Relaciones externas del mandatario: responsabilidad del mandatario para con terceros

72. El *mandatario puede obligarse personalmente* cuando contrata a nombre propio, porque en tal caso para el tercero no existe relación personal alguna con el mandante; también resulta obligado si actuando en representación del mandante, se constituye a sí mismo como codeudor solidario o fiador. En lo anterior sólo existe una aplicación de reglas generales

73. La *responsabilidad* del mandatario para con terceros, de acuerdo a las reglas generales, es generalmente extracontractual (salvo que haya actuado a nombre propio). En general, si el mandatario actúa ilícitamente, descuidando los deberes generales de cuidado para con el tercero, responde personalmente por los daños causados.

Por regla general en el derecho chileno, de estos actos ilícitos del mandatario no responde el mandante, por no haber una relación de dependencia (no son aplicables los arts. 2320 y 2322).

Un caso especial está representado por el mandatario que actúa en *extralimitación* de sus poderes. La ley atiende, en este caso, a si el mandatario ha dado a conocer al tercero sus poderes. Si no lo ha hecho, el mandatario es responsable ante el tercero de los daños que se sigan de que el acto resulta inoponible al mandante. Por el contrario, si ha dado a conocer los poderes, el riesgo de extralimitación es asumido por el tercero que contrata y el mandatario no resulta responsable (art 2154 N° 1).

XII. Obligaciones del mandante

74. El mandante está obligado a dejar indemne al mandatario y a pagarle la remuneración (pactada o usual). En consecuencia, el mandante tiene respecto del mandatario las siguientes obligaciones:

- i) **Proveerle los fondos** (el mandatario puede negarse a cumplir el encargo mientras no se le provean los fondos, mediante la excepción de contrato no cumplido).
- ii) **Reembolsar los gastos y anticipos** de dinero con reajuste e intereses, en el evento que el mandatario haya incurrido en gastos de ejecución sin recibir una provisión de fondos.
- iii) **Indemnizar todo perjuicio** que haya sufrido el mandatario en razón del ejercicio del encargo, que no se deban a su culpa. La obligación reparatoria es consecuencia del principio de que el mandatario no debe sufrir pérdida alguna por la ejecución del encargo.
- iv) **Pagar la remuneración** estipulada o usual. Procede la remuneración si el tipo de encargo que recibió el mandatario es remunerado, porque sólo entonces el mandato da derecho a percibir honorario. En la práctica, la regla es hoy que la gratuidad es excepcional. Si no hay remuneración estipulada habrá que recurrir a los usos para determinarla (si hay precio de mercado, éste es el aplicable).

75. El mandante no podrá eximirse del cumplimiento de estas obligaciones por el *fracaso del encargo*. El éxito o fracaso del encargo son riesgos del mandante, salvo culpa del mandatario. Como se ha advertido, la obligación del mandatario es de medios, salvo que esté por completo determinada (como es la presentación de una oferta del mandante en una subasta pública), de modo que la negligencia debe ser probada por el mandante (art. 2158 *in fine*).

XIII. Relaciones externas del mandato

76. Aunque el mandato sea por cuenta ajena, se ha visto que el mandatario puede actuar a nombre propio, contrayendo

personalmente obligaciones con terceros. Distinto es el caso, más usual, en que el mandante actúa en representación del mandante.

a. Relaciones con terceros si el mandatario actúa a nombre propio.

77. En el derecho chileno se autoriza expresamente al mandatario para actuar a nombre propio, en cuyo caso no obliga al mandante respecto de terceros.

Usualmente el mandato nombre propio tiene la función de ocultar al tercero quien es el verdadero interesado en la operación. Es una forma de simulación lícita, a menos que tenga por objeto eludir una norma de orden público (por ejemplo, si es usado para evadir las prohibiciones de comprar o vender de los artículos 1796 ss.). Pero también puede cumplir la función práctica de no tener que acreditar poder de representación o de no mostrar quien es el verdadero interesado en un cierto negocio (lo que es lícito, salvo que haya deberes de información, como ocurre con la compraventa de acciones por los controladores o directores de una sociedad anónima abierta, por ejemplo).

78. Si el mandatario contrata a nombre propio, se establece una relación estrictamente personal entre el mandatario y el tercero con quien contrata. Esa relación será inoponible al mandante por el tercero.

La actuación del mandatario a nombre propio da lugar, por eso, a dos relaciones obligatorias: la del mandatario con el tercero, por un lado, y la del mandatario con el mandante, por el otro. Por ejemplo, si el mandatario recibe el encargo de comprar una casa, y la adquiere a nombre propio, él se obliga personalmente con el tercero. A su vez, en las relaciones internas entre el mandatario y el mandante, éste estará obligado a proveer al mandatario los fondos o restituirle los recursos que haya adelantado, mientras el mandatario estará obligado a transferir, a su vez, la propiedad al mandante para quien la adquirió.

79. En general, los créditos que haya adquirido el mandatario podrá transferirlos al mandante mediante cesión de créditos, en cuyo caso el título será el mismo contrato de mandato.

No pasa lo mismo con las deudas. La cesión de deudas no opera sin el consentimiento del tercero que consiente en sustituir al deudor,

esto es, por novación por cambio de deudor (art. 1635). Si no interviene el tercero, el mandatario seguirá personalmente obligado y el mandante tendrá la obligación de proveerle fondos. Por eso, como se ha señalado, en tal caso quien asume el riesgo de insolvencia o incumplimiento del mandante es el mandatario y no el tercero.

b. Actuación del mandatario en representación del mandante.

80. Hay dos principales doctrinas acerca de la representación, que son relevantes en la relación entre el mandante y el mandatario:

De acuerdo con la *doctrina de la ficción*, se entiende que actúa el representado, de modo que todo actuado por el representante se imputa al representado (se asume que quien actúa es el mandante).

Por el contrario, de acuerdo con la *doctrina de la modalidad*, la representación produce el efecto accidental de que los actos ejecutados por el representante con poder suficiente se radican en la persona distinta a la que lo celebra. Esta doctrina limita la representación exactamente al ámbito de los poderes: todo lo que el representante haga fuera de los poderes es inoponible al representado. Tampoco el representado es responsable de los daños causados por el mandatario en ejecución de su encargo (en la medida que no sea posible construir una presunción de culpa basada en una relación de dependencia, según el art. 2320).

81. En el derecho chileno se ha seguido en el último tiempo la doctrina de la *modalidad*. Entendida como modalidad, la representación es también de derecho estricto, en la medida que se trata de un elemento accidental del acto que no se presume.

En consecuencia, para que haya representación, el representante debe expresar o mostrar que actúa en tal carácter; de lo contrario se presume que actúa a nombre propio. En consecuencia, la actuación en representación del mandante debe ser objeto de algún tipo de declaración del mandatario. Sin embargo, aunque normalmente ese es el caso, nada impide que la representación se infiera de las circunstancias (como ocurre si el gerente de una empresa acuerda un contrato con un proveedor habitual).

Será además necesario que el contrato de mandato o el poder de representación otorguen al mandatario poder suficiente para

representar al mandante.

82. El mandato, como se ha dicho, es consensual. Si bien el encargo al mandatario puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier modo inteligible, y aun por aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra persona, no es admisible la *prueba* de testigos, según las reglas generales (art. 2123, en relación con 1708 y 1709). La prueba de la representación corresponderá al tercero (por ser una modalidad). Usualmente se probará mediante el título (escritura pública), también podrá probarse por presunciones (como, por ejemplo, que el mandato ha proveído de fondos al mandatario).

Según una doctrina mayoritaria, la limitación a la prueba de testigos del artículo 2123 se aplica no sólo a las partes sino también a los terceros que contratan con el mandatario. Esta doctrina es discutible, porque por regla general la limitación a la prueba de testigos sólo rige respecto de las partes, porque son ellas quienes estuvieron en situación de proveerse de otros medios de prueba. Ese es el sentido de los artículos 1708 y 1709, que no se refieren a terceros, sino a la formalidad que deben observar las partes al celebrar un contrato. Lo mismo se extiende al artículo 2123 (que además está situado entre las normas que rigen las relaciones internas del mandato).

c. Efectos de la actuación del mandatario en representación del mandante.

83. Cuando el mandatario actúa en representación del mandante y dentro de los límites del mandato, el contrato no produce efecto alguno para el mandatario; a su respecto se trata de un *res inter alios acta*. Los efectos del contrato se radican en el mandante y en el tercero, de acuerdo con los efectos generales de la representación (art. 1448).

La representación supone, sin embargo, hacerse cargo de ciertas calificaciones que emanan de su naturaleza:

- Los *vicios del consentimiento* se traducen en un defecto en la voluntad de quien celebra un acto, que es el mandatario. Si el representante acuerda un contrato con consentimiento viciado, el acto es susceptible de declararse nulo. La acción rescisoria

pertenece al mandante (que puede actuar representado por el mandatario).

- El *dolo del mandatario* constituye desde el punto de vista civil un hecho ilícito y se le aplican las reglas sobre ilícitos del mandatario (*supra* § 73). La acción de perjuicios se dirigirá en contra el mandatario; contra el mandante habrá una acción para que restituya lo que se ha aprovechado (art. 1458). Si el tercero pretende la nulidad del acto se dirigirá en contra del mandante.

84. Si el mandatario incurre en incumplimiento de la obligación contractual, sea que sea él mismo u otro quien haya convenido el contrato, los efectos del incumplimiento se radican en el mandante, según las reglas generales, pues es éste quien incumple la obligación. Lo anterior es sin perjuicio de la acción del mandante contra el mandatario por incumplimiento negligente de sus obligaciones internas del mandato.

d. Efectos cuando el mandatario actúa sin poder suficiente

85. Los efectos de la actuación del mandatario fuera de sus poderes de representación hace surgir dos órdenes de cuestiones: (i) las relaciones entre el mandante y el tercero y (ii) las del mandatario con el tercero. Es inusual que surja responsabilidad del mandatario en la relación interna de mandato, porque no hay daño para el mandante que se siga de la extralimitación de facultades.

- (i) *Efectos de la actuación fuera de los poderes del mandato en la relación entre mandante y tercero*

86. El mandante sólo resulta obligado por los actos del mandatario en la medida que éste actúe dentro de los límites de sus poderes; de lo contrario el acto le es inoponible (art. 2160). Se reitera así la regla del artículo 1448. El contrato celebrado carece de voluntad válidamente expresada: no la hay del mandatario de obligarse por sí mismo, ni le puede ser atribuida al mandante en razón de la extralimitación. El acto adolece entonces de nulidad absoluta.

Sin embargo, el mandante puede ratificar el acto expresa o tácitamente, como cuando reconoce de alguna manera la obligación contraída (art. 2160 II).

87. Si el mandatario ha actuado fuera de sus poderes puede ocurrir que igualmente obligue al mandante en la medida que opere una agencia oficiosa (art. 2122, art. 2150 I). Si el negocio ha sido bien administrado, el interesado (esto es, el mandante en cuyo interés el mandatario ha actuado como agente oficioso) deberá cumplir lo convenido por el agente oficioso (esto es, en este caso, por el mandatario que actúa como agente oficioso).

(ii) *Efectos de la actuación fuera de los poderes del mandato en la relación entre mandante y tercero*

88. Se ha señalado que la regla general es que el mandatario responda frente a terceros de sus hechos ilícitos, incluidos los culposos. El mandatario por el sólo hecho de extralimitarse en sus poderes no comete un hecho ilícito. La extralimitación sólo genera responsabilidad del mandatario para con terceros si no ha dado conocimiento suficiente de sus poderes (art. 2154 N°2).

e. Responsabilidad del mandante por hechos ilícitos del mandatario que causan perjuicios a terceros

89. De acuerdo con la doctrina de la modalidad, se ha entendido que el mandatario que actuando como tal comete un hecho ilícito (en cumplimiento del encargo) no compromete la responsabilidad del mandante, sino sólo su propia responsabilidad personal. Diferente es la situación cuando alguien actúa como órgano de una sociedad o corporación.

Sin embargo, la distinción entre el órgano y representantes tiende a atenuarse si se trata de personas que tienen un lugar permanente en la organización de una empresa y disponen de cierta autonomía y responsabilidad organizacional, en cuyo caso sus ilícitos son directamente imputables a la persona jurídica por la que actúan, aunque legal o estatutariamente no sean órganos (*supra* § 31 c); ref.: Tratado § 128).

90. Tampoco se aplican a la relación entre el mandatario y el mandante las reglas de presunción de responsabilidad por el hecho ajeno (arts. 2320 y 2322), en cuya virtud una persona se presume

culpable de los hechos realizados culpablemente por quienes están bajo su dependencia o cuidado (como, por ejemplo, los padres respecto de hijos, el maestro respecto de artesano, el empresario respecto de los dependientes).

Para que exista esta responsabilidad por el hecho ajeno (art. 2320) es necesario que exista una *relación de dependencia*. Se presume culpabilidad de aquel de quien depende la persona que actúa. En el mandato no existe naturalmente esa relación de dependencia y, por lo tanto, habrá que mostrar que de hecho se presenta a afectos de presumir la culpa del mandante.

Tratándose de empresas de organización compleja esta calificación puede no resultar tan determinante. La actuación de apoderados y mandatarios usualmente se produce al interior de la propia organización (gerentes), de modo que su conducta puede ser atribuida precisamente a la organización a la que pertenecen, dando lugar sus ilícitos a una responsabilidad de la sociedad en la que actúan (*supra* § 31 c).

91. Fuera de esta situación en que la conducta del representante es comunicable al mandante, en la medida que el mandatario forma parte de la organización empresarial de este último, si se quiere hacer responsable al mandante por actos ilícitos del mandatario, el tercero que desea perseguir la responsabilidad del mandante deberá probar la culpa del mandatario y la culpa del mandante, sea por haber efectuado un encargo riesgoso a un mandatario inepto, que no estaba calificado para ejecutar el encargo (*culpa in eligendo*); o, eventualmente, por no haber supervisado una actuación que supone manejar un riesgo propio del mandante que requería cuidado de su parte (*culpa in vigilandi*).

En estos casos existe una mera aplicación, determinada por las circunstancias, de que una persona es responsable frente a terceros de los accidentes que ocurren dentro de su ámbito de cuidado.

XIV. Poderes aparentes

92. El mandato otorga las facultades que le han sido conferidas al mandatario. Los límites de actuación del mandatario están establecidos en un conjunto de reglas que ya han sido analizadas

(arts. 2131, 2133, 2134, 2160). Cuando el mandatario se extralimita, el derecho hace soportar al tercero el riesgo de que aquél actúe fuera de sus poderes. En tal caso, el contrato resulta inoponible al mandante y sólo se compromete la responsabilidad del mandatario si éste no ha dado conocimiento de sus poderes (art. 2154).

Sin embargo, hay ciertos casos en que actuando el mandatario sin poder suficiente puede obligar al mandante. La doctrina de los poderes aparentes es un correctivo a la regla de que la extralimitación resulta inoponible al mandante, con fundamento en el principio de la confianza legítima, que es una particular concreción de la buena fe en materia de representación voluntaria.

93. En el derecho chileno está expresamente tratado sólo un tipo de poderes aparentes: los *poderes extinguidos o modificados*, cuando el *tercero de buena fe*, que no tiene conocimiento de la extinción o modificación, contrata con el mandatario en la confianza de su plena vigencia. Si el hecho que dio término al mandato ha sido público, y en todos los casos en que el tercero no pareciere probable que ignoró la terminación, el juez determina prudencialmente si el tercero tuvo conocimiento de la terminación (art. 2173 inc. final).

Por su parte, tampoco el *mandatario* es responsable ante el mandante si el mandato se extingue sin su conocimiento. Esta regla es perfectamente consistente con la circunstancia que los actos de revocación del mandato son actos unilaterales recepticios, que sólo son eficaces cuando son conocidos por el mandatario. Por el contrario, si sólo el tercero está de buena fe, el acto será oponible al mandante, pero éste tendrá acción contra el mandatario que contrató sabiendo (o debiendo saber) que el mandato se había extinguido (art. 2173 II).

94. Las anteriores son *situaciones que regula la ley de poderes aparentes*, En la materia el código sigue la tradición romana, que aceptaba que un mandato extinguido tuviese efectos respecto de terceros de buena fe.

De las mismas reglas se pueden inferir por *analogía* otros casos de poderes aparentes, en que el tercero confía de buena fe en que el acto será oponible al mandante. Cabe preguntarse, más en general, en qué otras situaciones un mandato aparente produce efectos respecto los terceros. En Chile hay escaso desarrollo dogmático y jurisprudencial. En derecho comparado, sobre la base de normas análogas a las del

código chileno, se ha explorado una aplicación analógica de normas similares a la del artículo 2173 (este camino argumental es también seguido por Stitckin, § 157)

Sin embargo, la expansión de la doctrina de los mandatos aparentes tiene sus *riesgos*: por proteger excesivamente a los terceros se puede producir el efecto indeseado de que los éstos dejen de cautelar por sí mismos sus intereses, que es el principio que subyace al artículo 2160, y que se expresa en la regla de que el tercero asume el riesgo de que los poderes del mandatario sean insuficientes, conservando sólo una acción personal en contra del mandatario, en el evento que éste no le haya dado a conocer sus poderes.

95. Por eso, para que se reconozca valor a un mandato aparente se exigen *estrictos requisitos*, que, sin embargo, no se pueden definir sino genéricamente. El principio rector es que sólo hay mandato aparente si el tercero tiene la creencia legítima de la existencia de un mandato.

Esta creencia debe estar fundada (i) en *circunstancias objetivas que la justifiquen* y (ii) en *circunstancias subjetivas que la legitiman*. Aunque se basan en hechos, que deben ser probados por quien alega el mandato aparente, la construcción jurídica de los supuestos de la apariencia es una cuestión de derecho.

96. Son *circunstancias objetivas* que crean apariencia hechos visibles que hacen parecer a una persona frente al público como mandatario de otro. Así, por ejemplo, se asume que hay un mandato aparente en la actuación de gerentes que acostumbran realizar negocios del giro empresarial; o quien, con tolerancia de quien aparece como mandante, actúa corriente y largamente en su representación. Estas circunstancias objetivas crean la confianza en la existencia del mandato y dan origen a un mandato aparente.

Especialmente importante es si estas circunstancias que crean apariencias están asociadas a la tolerancia del mandante aparente. La excusa del "mandante" será en estos casos inaceptable. Podrá decirse en tales casos que hay actos propios de aquiescencia tácita, de modo que negar el mandato resulta de mala fe para quien aparece como mandante.

97. Las *circunstancias subjetivas* que justifican dar valor a la apariencia son las que *legitiman* el error del tercero. No sólo debe

haber una apariencia basada en hechos externos, sino ésta debe ser justificable (en analogía con la excusabilidad referida en el art. 2173). Se protege una creencia legítima, basada en circunstancias objetivas, que permite al tercero asumir razonablemente que existe efectivamente un mandato vigente que le habilita para realizar el respectivo contrato.

No basta el error de buena fe, sino tiene que ser legítimo. Por eso, un error inexcusable no invierte la carga ordinaria que soporta el tercero de comprobar la existencia y extensión de un mandato o poder de representación.

Usualmente quien contrata ocasionalmente con un mandatario sobre materias que requieren poder de acuerdo con las prácticas (comprar una casa, por ejemplo) no será excusado de su error y el contrato será inoponible al mandante. Distinto es, en el otro extremo, quien actúa públicamente como agente de una empresa o persona, realizando operaciones típicas del giro por largo tiempo, más aun si han sido implícitamente validadas por el mandante.

El mandato aparente se ubica en el punto en que el error es claramente excusable. En definitiva, cuestiones circunstanciales, como la habitualidad de las prácticas, la velocidad del tráfico, la publicidad de la actuación del mandatario aparente, la tolerancia del mandante, los usos del comercio, serán determinantes para saber en concreto si la apariencia está subjetivamente legitimada y objetivamente justificada.

98. El que ha actuado como mandatario aparente obliga al mandante para con terceros, sin perjuicio de que en las relaciones internas pueda haber responsabilidad contractual del mandatario frente al mandante. El mandato aparente produce efectos respecto de terceros que quedan protegidos en su confianza legítima de que los actos de quien actúa como mandatario efectivamente obligan al mandante, pero no se produce el mismo efecto, como es natural, en las relaciones internas entre mandante y mandatario.

XV. Extinción del mandato

99. Ante todo, el mandato se extingue por las razones generales de extinción de las obligaciones contractuales (art. 2163):

- i) *cumplimiento del encargo*, esto es, por el desempeño del negocio para que fue constituido, que da lugar al pago por parte del mandatario; excepcionalmente, el mandato general de administración jamás se extinguirá por cumplimiento del encargo, a menos que el negocio se extinga por cualquier causa;
- ii) *cumplimiento del plazo* para el que fue otorgado;
- iii) resolución por incumplimiento, que produce efectos de *terminación*, en atención al carácter de tracto sucesivo que usualmente: condición resolutoria ordinaria o tácita;
- iv) *novación por cambio de mandatario* (como ocurre en la delegación a persona autorizada por el mandante);
- v) *resciliación* acordada por las partes.

100. Pero en el mandato rigen, además, otras causales especiales de terminación que se relacionan con su naturaleza *intuitu personae* y con la circunstancia de ser generalmente un contrato de tracto sucesivo sin plazo de terminación.

Por eso, el mandato termina tanto por (i) actos unilaterales recepticios del mandatario (renuncia) o del mandante (revocación), como por (ii) hechos sobrevinientes que no son voluntarios y que afectan a cualquiera de las partes (muerte, quiebra o insolvencia, o interdicción del mandante o del mandatario, así como la cesación en sus funciones del mandante que ha otorgado mandato en ejercicio de esas funciones (artículo 2163).

En los párrafos siguientes serán analizadas algunas de estas causales especiales de terminación.

a. Revocación (arts. 2163 N° 3, 2164 ss.)

101. La *revocación* es un acto unilateral recepticio del mandante, esto es, que sólo produce efecto desde que el mandatario tome conocimiento.

La manifestación de voluntad del mandante puede ser *expresa*, declarando su intención de poner término al mandato, o *tácita*, cuando el mismo negocio se ha encargado a otra persona (art. 2154). Sin embargo, en el caso del mandato general subsistirá el mandato en lo que sea compatible con el encargo posterior (sea especial o general).

La revocación produce efectos respecto del *mandatario* desde que

toma conocimiento (art. 2165). Respecto de *terceros*, la revocación es eficaz en la medida que, atendidas las circunstancias, se puede asumir que estaban informados de la terminación (art. 2173).

- 102.** Si el mandato es remunerado, el mandante puede revocar el encargo, pero seguirá debiendo la remuneración completa, a menos que la prestación sea divisible y se haya pactado por unidades de tiempo u otra forma que inequívocamente se asocie a la efectiva realización del encargo. Así, si a un abogado se le otorga un mandato judicial que se le revoca antes de finalizar la ejecución del encargo, usualmente tendrá derecho a percibir toda la remuneración convenida para la gestión en su conjunto; si, por el contrario, recibe un encargo por las horas efectivamente trabajadas, la terminación del mandato no tendrá otro efecto que el derecho a cobrar las horas aún no cobradas.
- 103.** La jurisprudencia ha entendido que si el mandato ha sido otorgado solemnemente debe ser revocado expresamente y con la misma solemnidad que se ha otorgado (art. 2165).
- 104.** Puede ocurrir que las partes o un tercero tengan interés en que el mandato no pueda ser revocado. Sin embargo, no es admisible en derecho que una persona quede ligada en una relación personal con otra por tiempo indefinido, sin que haya la posibilidad de poner término a la relación. Ambos intereses deben ser considerados cuando se analiza si la revocabilidad del mandato es un elemento de su esencia o meramente de su naturaleza.

En la práctica comercial actual es frecuente que se pacten mandatos irrevocables. El propio Código de Comercio establece el principio de que aún sin pacto expreso el mandato comercial no puede ser revocado al arbitrio del mandante cuando hay *interés del mandatario o del tercero* (art. 241).

En el Código Civil se establece la irrevocabilidad por el sólo acreedor de la diputación para el pago, que es un mandato, si el diputado ha sido designado en el contrato (art. 1584 y 1585). La regla se explica precisamente porque hay un *interés común de las partes* en que el mandato subsista.

Se puede concluir, por analogía, que cuando el mandato tiene por objeto satisfacer un interés común de las partes es irrevocable mientras ese interés no se ha realizado. Es el caso, por ejemplo, del mandato para realizar una solicitud administrativa, en circunstancias que la autorización requerida es la única condición de la cual pende el

cumplimiento de un contrato de promesa.

En los casos de interés común la irrevocabilidad es la naturaleza del mandato: la revocación está sujeta a condiciones especiales de justificación.

- 105.** Además del mandato de interés común, en que la irrevocabilidad se presume, se pueden pactar *cláusulas de irrevocabilidad*. Se discutió en el pasado su validez atendidos los términos del artículo 2165. Hoy se entiende que esa norma es derecho dispositivo, aceptándose la validez del pacto de irrevocabilidad en la medida que haya interés legítimo en la irrevocabilidad, tomando como base analógica el artículo 241 del Código Comercio (interés del tercero o del mandatario).

A menudo el interés del tercero va a ser la mera certeza de la persona con quien se habrá de entender (por ejemplo, quien está autorizado para recibir o efectuar notificaciones que recíprocamente puedan hacerse las partes; o para saber por quien o a quién se habrá de efectuar el pago); esa mera certeza es interés suficiente para justificar la cláusula de irrevocabilidad.

- 106.** Con todo, en atención al conflicto de bienes e intereses antes referido, la validez de las cláusulas de irrevocabilidad está sujeta a ciertos *límites*. Ante todo, deben ser *temporales*, limitadas a un plazo prudencial. Tampoco pueden afectar decisivamente la capacidad de decisión del mandante, como ocurriría si mediante un mandato de administración irrevocable se limita severamente la capacidad de ejercicio del mandante (de hecho, el mandato podría devenir en una forma ilegítima de interdicción convencional).

b. Renuncia del mandatario (art. 2163 N° 4, 2167)

- 107.** La renuncia es el acto unilateral recepticio del mandatario, por el cual expresa su voluntad de poner término al mandato. Si el mandato no fuera renunciabile, la relación podría devenir en una servidumbre personal.

La renunciabilidad del mandato es un derecho potestativo del mandatario, que no necesita justificación, sin perjuicio de que el mandatario esté sujeto a la carga de actuar lealmente con el mandante al ejercerlo.

108. Se plantea la pregunta, con mayor intensidad que en el caso de la revocación, de si puede el mandatario renunciar a su derecho de renuncia.

Es perfectamente imaginable que un encargo especial sea irrenunciable por un determinado lapso de tiempo, en la medida que está en interés del mandante que el encargo efectivamente se cumpla por el mandatario. El límite está dado por las buenas costumbres (esto es, por los conceptos morales que son indisponibles y se entienden incorporados como límite a la autonomía privada) o por principios constitucionales (como es, en este caso, la libertad personal). Ninguno de estos bienes suele verse afectado por las cláusulas usuales de irrenunciabilidad, que más bien aseguran que el mandatario cumpla simplemente el encargo que le ha hecho el mandante,

109. En razón de la liberalidad con que el Código Civil acepta la renuncia del mandatario, éste tiene un *deber de cuidado* respecto del mandante, para que la renuncia no le cause perjuicio (art. 2167). El principal deber de cuidado del mandatario que renuncia es dar un plazo razonable al mandante para que entregue a otro el encargo o él mismo se haga cargo del asunto. Si renuncia intempestivamente o sin adoptar los cuidados posibles y necesarios, incurre en incumplimiento de una obligación conexa a su derecho de renuncia y debe indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato.

110. Estos principios también se aplican al *mandato judicial*, que puede ser renunciado previa notificación al mandante, quien tendrá el plazo de emplazamiento para designar un nuevo mandatario; en el tiempo intermedio subsiste el deber de cuidado del mandatario renunciado (Ley 18.120, sobre comparecencia en juicio, art. 1° IV).

111. La ley justifica la *renuncia inmediata* si el encargo perjudica gravemente los intereses del mandatario (art. 2167 *in fine*). Se trata de una norma arcaica, que debiere aplicarse restrictivamente, sólo a los mandatos gratuitos (compárese, por ejemplo con el derecho del comodante a pedir la restitución de la cosa de acuerdo con el artículo 2180 N° 2). Si el mandato es remunerado no hay razón alguna para que los intereses del mandante queden subordinados a los del mandatario.

Distinta, por cierto, es la renuncia que se funda en la incapacidad del

mandatario para seguir desempeñando el encargo, por enfermedad grave u otra razón semejante.

c. Muerte del mandante (arts. 2163 N° 5, 2168 s.)

112. La extinción del mandato por muerte del mandante es un elemento de la naturaleza del contrato. En consecuencia, nada impide que se pacte que el mandato se prolongue más allá de la vida del mandante. Excepcionalmente este efecto se produce naturalmente, sin pacto expreso, si el mandato ha sido conferido para ejecutarse después de la muerte del mandante (como ocurre con los albaceas que administrarán el patrimonio hereditario).

113. Si el mandato se ha extinguido por muerte del mandante surge para el mandatario un deber de cuidado para con los herederos: debe proseguir el cumplimiento del encargo, si de lo contrario se irrogara perjuicios a la sucesión del mandante (art. 2168).

d. Muerte del mandatario (arts. 2163 N° 5, 2170)

114. La extinción del mandato por muerte del mandatario es también un elemento de la naturaleza del contrato. A diferencia de lo que ocurre con la muerte del mandante es inusual que existan razones para pactar que el mandato se transmita a los herederos del mandatario.

115. En todo caso, los herederos del mandatario, que están en conocimiento del mandato, suceden al mandatario en un deber conexo de proteger los intereses del mandante: deben dar aviso inmediato del fallecimiento del mandatario al mandante y deben hacer a favor de éste 'lo que puedan y las circunstancias exijan' (art. 2170), como será, por ejemplo, entregar los documentos relativos a la ejecución del encargo.

e. Quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario (art. 2164 N° 6)

116. La norma se justifica porque los intereses de ambas partes se pueden ver amenazados en sus intereses por la quiebra o insolvencia de la contraparte.

La quiebra es un estado jurídico declarado por resolución judicial y no una mera situación de hecho. La insolvencia, por el contrario, es una situación de hecho que consiste en la incapacidad de pago; por eso, la insolvencia no está definida jurídicamente por la situación en que los pasivos son superiores a los activos, porque la persona puede estar generando recursos que le permitan pagar sus obligaciones. Por eso, mientras la quiebra es un estado en que se encuentra el mandante o mandatario, la insolvencia es una situación dinámica y no estática.

f. Interdicción del mandante o mandatario (art. 2164 N° 7)

117. La interdicción es constitutiva de incapacidad en el caso del disipador y declarativa de un estado en el caso del demente. Para que haya interdicción se requiere declaración judicial e inscripción en el registro de interdicciones.

g. Cesación de funciones del mandante (art. 2163 N° 9)

118. La extinción del mandato por cesación de funciones del mandante que lo otorgó ha sido interpretada por la jurisprudencia chilena en términos restrictivos. Se asume que los mandatos otorgados por mandatarios se extinguen con la extinción del primer mandato, como es el caso de la delegación del mandato; al menos cuando no se ha autorizado expresamente la delegación, se crea una relación de mandato entre el mandatario, que debe ejecutar el encargo de su mandante, y el delegado, que debe ejecutarlo por cuenta y riesgo del mandatario que delega (art. 2135 I), lo cual explica que terminadas las funciones del delegante, se extinga el mandato con el delegado. Por el contrario, con toda razón se entiende que no se extinguen los mandatos otorgados por los órganos de las personas jurídicas (es el órgano y no las personas que lo conforman quien ha otorgado el mandato).

h. Matrimonio de la mujer mandataria

119. Se ha derogado la antigua causal de extinción del mandato por matrimonio de la mujer mandataria. De acuerdo con el antiguo régimen legal del matrimonio, la sociedad conyugal producía la incapacidad relativa de la mujer. Si bien nada obsta para que se designe mandatario a un incapaz relativo, el mandante asume las consecuencias de que no sea legalmente responsable (*supra* § 32). Por el contrario, si otorga mandato a una persona capaz que luego

deviene en incapaz, la ley asume que el mandante no está dispuesto a asumir ese riesgo.

Hoy la mujer casada en sociedad conyugal es legalmente capaz. Sin embargo, es insolvente mientras no tenga ingresos propios de su actividad u oficio de acuerdo con el artículo 150, porque sus bienes son administrados por el marido según los artículos 1749 y 1750. Por la misma razón, si antes del matrimonio la mujer ha otorgado mandato respecto de bienes que son administrados por el marido, éste tiene derecho a revocarlo (art. 2171).

XVI. Mandato y agencia oficiosa

120. El Código Civil define la *agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos*, llamada comúnmente *gestión de negocios*, como un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de una persona se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos (art. 2286).

La agencia oficiosa, a diferencia del mandato, no tiene naturaleza contractual porque el interesado no ha realizado encargo alguno al agente oficioso, sino éste actúa en interés de aquél sin tener facultad para representarlo. Por eso, la agencia oficiosa es técnicamente un cuasicontrato.

Sin embargo, agencia oficiosa y mandato pertenecen a la misma familia de relaciones: por algo aquélla es también denominada *gestión de negocios ajenos*. En otras palabras el objeto del mandato y la agencia oficiosa es coincidente.

121. La actuación como agente oficioso puede ocurrir sea porque el agente carece de poderes suficientes. Si el mandatario actúa de buena fe fuera de sus poderes (o sin poderes) se entiende por la ley que se transforma en agente oficioso (art. 2122).

Sin embargo, la agencia oficiosa no está necesariamente vinculada a la extralimitación de un mandato. Nada impide que alguien actúe en interés de tercero sin que haya relación alguna precedente (como ocurre, por ejemplo, si un vecino paga las contribuciones de bienes raíces debidas por el ausente y evita que la casa sea vendida en remate judicial). También puede ocurrir que el agente oficioso actúe en interés del interesado y suyo propio, como ocurre con los actos

realizados por un copropietario que interesan también a los demás (como es incurrir en un gasto de conservación urgente de los bienes comunes).

En la agencia oficiosa, como en el mandato, existen *relaciones internas* entre el interesado y el agente oficioso y *relaciones externas* entre el interesado, o el agente oficioso, y terceros.

a. Relaciones internas entre el agente oficioso y el interesado

122. Desde el punto de vista de las relaciones internas, las *obligaciones del agente con el interesado* están sujetas son las mismas del mandatario con el mandante (art. 2287). En consecuencia debe actuar con la diligencia estándar (buen padre o madre de familia), pero su responsabilidad es mayor o menor según sean las circunstancias en que se vio llevado a actuar a favor del interesado (art. 2288 I).

Responde por lo general de culpa leve, pero si ha actuado para impedir un peligro inminente su responsabilidad se limita al dolo o la culpa grave; a la inversa, si se ha ofrecido a la gestión, impidiendo que otros lo hiciesen, responde de culpa levísima (art. 2288 II).

123. A falta de contrato, la ley estima que sólo bajo ciertas circunstancias surgen *obligaciones cuasicontractuales del interesado para con el agente*. Especialmente en este ámbito aparecen diferencias con el mandato.

El interesado va a resultar obligado para con el agente sólo en la medida que el *negocio sea bien administrado*. Se ha entendido que es para que el negocio haya sido “bien administrado” es necesario que resulte *útil* al interesado. La diferencia con el mandato es en este aspecto esencial: no basta haber hecho lo posible y razonable. Por eso, las obligaciones del interesado surgen del beneficio que el agente oficioso le proporciona con su gestión.

A su vez, estas obligaciones no suponen ganancia o retribución por el esfuerzo del agente, sino se trata de *obligaciones restitutorias*. Es la lógica típica de los cuasicontratos, cuyo factor común es el enriquecimiento sin causa

En consecuencia, las obligaciones del interesado se reducen a la restitución de las expensas necesarias o útiles; el agente oficioso no tiene derecho a remuneración, ni a otras prestaciones no restitutorias a que tiene derecho el mandatario, de acuerdo al artículo 2158.

El gerente o agente debe rendir cuenta y mientras no lo haga el interesado no resulta obligado a su respecto (art. 2214).

b. Relaciones externas de terceros con el agente oficioso y el interesado

124. En lo que se refiere a las *relaciones del interesado con los terceros*, rige el mismo principio que en las relaciones internas: sólo si el negocio ha sido bien administrado y, por lo tanto, ha resultado útil para el interesado, esos terceros tendrán acción contra el interesado (art. 2290); en consecuencia, rige en la agencia oficiosa el principio inverso al del mandato, donde la acción de terceros es independiente del éxito de la gestión del mandatario (arts. 2158 y 2166).

125. En general, en lo que respecta a las *relaciones de los terceros con el agente oficioso*, no habrá responsabilidad alguna de este último si ha dado a conocer al tercero que carece de poder de representar al interesado. Por el contrario, si ha actuado como mandatario, y carece de poderes suficientes, responderá sólo si no ha dado a conocer al tercero sus poderes; de lo contrario, el riesgo lo asume el tercero (art. 2154).

EBB/ 2010

Contratos de servicios ante la doctrina general del contrato:

La virtualidad analógica de las reglas sobre el mandato

Enrique Barros
Universidad de Chile

A la memoria del Prof. Arthur Kaufmann, humanista sensible y maestro generoso

I

Es bueno tener presente, una y otra vez, que el modelo sobre el cual se construyó la doctrina del contrato es la compraventa. Se explica porque la compraventa es el más característico y frecuente de los contratos de intercambio. En los orígenes de una economía de división del trabajo, que es antecedente de la proliferación de los contratos, se encuentran la permuta y luego la compraventa (potenciada ésta por ese formidable instrumento de comunicación que es el dinero).

Las obligaciones que nacen de la compraventa tienen por objeto proporcionar al comprador el beneficio de recibir una cosa de las calidades convenidas y, en todo caso, a falta de estipulación diferente, de una calidad mediana y que resulte útil para su uso natural.

A su vez, a los efectos de la compraventa se asocian analógicamente los de contratos que técnicamente son fuentes de obligaciones de hacer, pero que funcionalmente son equivalentes a una obligación de dar, como es la de construir y entregar una casa o una máquina de ciertas características convenidas. En uno y otro caso se obligan el vendedor y el fabricante o constructor a entregar una cosa de ciertas características, de modo que si no se realiza esa prestación más o menos perfectamente determinada, habrá incumplimiento de la obligación por el solo hecho de no proporcionar al acreedor la cosa convenida. No es muy diferente la obligación del arrendador de una casa.

Si se revisan las reglas generales sobre efectos de las obligaciones y sobre el pago, se constata que en buena parte están dirigidas precisamente a obligaciones que se cumplen transfiriendo o poniendo a disposición del acreedor una cierta cosa. Es ilustrativo que Pothier explique el derecho de obligaciones con atención casi exclusiva en los contratos (dedicando a las otras fuentes un desarrollo menor, casi incidental) y que la gran mayoría de los ejemplos con que suele ilustrar sus explicaciones sobre el derecho de contratos se refieran a compraventas o arrendamientos de cosas. Las obligaciones en que el deudor se obliga a efectuar un servicio son por completo excepcionales y suelen ser tratadas por separado, como ocurre en el tratado de Pothier sobre las obligaciones¹ y luego en el artículo 1553 del Código Civil.

En el desarrollo contemporáneo del derecho de contratos se ha confirmado la tradición de que la compraventa es el tipo de contrato que sirve de modelo estructural. Es sintomático que la más importante fuente de derecho internacional privado material, esto es, de derecho uniforme en materia de contratos internacionales, sea la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), ratificada por más de 100 países y que tiene por antecedente el probablemente más profundo estudio comparado que se haya realizado en el derecho privado, que recae precisamente en la compraventa².

Los esfuerzos de reformular el derecho de contratos han tomado precisamente el espléndido modelo de la Convención de Viena. Un jurista intuitivo y erudito, como es Fernando Pantaleón, ha escrito que la incorporación de la CISG al derecho nacional, en virtud de sus respectivas ratificaciones, debe ser tenida por relevante para efectos de reformular, de una nueva manera, la doctrina general del contrato³. Esa idea es la que también subyace al trabajo académico de unificación del derecho europeo de contratos, como se muestra especialmente en el logrado texto de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, que toma como modelo precisamente la CISG⁴.

¹ R. J. Pothier, Tratado de las Obligaciones, Buenos Aires (traducción cargo de M. C. de las Cuevas de la edición francesa de 1824), Buenos Aires: Heliasta, 1978, p. 71 ss; 92 ss.

² Ernst Rabel, *Recht des Warenkaufs*, Berlin: de Gruyter, 2 tomos, 1957 (reimpresión edición de 1936).

³ F. Pantaleón, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, Anuario de Derecho Civil, 1993, 1721.

⁴ Hay una versión española con comentarios de interés de tres juristas destacados: Luis Díez-Picazo, Encarna Roca y Antonio M. Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid: Civitas, 2002, con expresa referencia a la influencia de la CISG en la formulación de ese texto (p. 318).

En contraste, los contratos de servicios son el pariente pobre del derecho de obligaciones y contratos. Sin embargo, según datos del Banco Mundial, el porcentaje del PGB atribuible a servicios llega al 70% en promedio mundial y en Chile supera el 50%, a pesar de la tremenda incidencia que en producto de este país tienen las exportaciones de recursos naturales y alimentos⁵. Aunque el concepto económico de servicios no sea exactamente equivalente al jurídico, las cifras son indicativas de que la economía se está desplazando desde los intercambios de cosas hacia obligaciones que envuelven la prestación un servicio.

Recientemente se ha comenzado a poner atención en las diferencias específicas que presentan los contratos de servicios. Así, por ejemplo, el *Draft Common Frame of Reference: Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, preparado por un grupo de juristas, siguiendo un encargo de la Comisión Europea, contiene una sección IV C, dedicada a los contratos de servicios, que sigue a las secciones referidas a la compraventa (IV A) y al arrendamiento de cosas (IV B). Con todo, estas normas distan de ser un desiderátum y, aunque ha sido objeto de algunas valoraciones positivas⁶, han recibido fuertes críticas, en parte por su complejidad y en otra buena parte por no estar ancladas en la tradición jurídica de derecho privado.⁷

II

Frente a la realidad económica de que los servicios tienen un lugar relativo creciente y comprenden prestaciones cada vez más múltiples y diferenciadas, en nuestra tradición jurídica el derecho civil mantiene las categorías romanas, típicas de una economía de intercambios de bienes corporales, en que, en un extremo, los servicios personales solían ser honorarios (esto es, gratuitos)⁸ y, en el otro, solían ser prestados por esclavos.

El lugar de los contratos de servicios era intermedio y en todo caso diferente de los que se prestaban por honor (mandato). El mandato romano tenía su propia lógica como un contrato gratuito, mientras que los contratos de servicios personales y de construcción de obra estaban subsumidos en el tipo genérico de

⁵ <http://search.worldbank.org/data?qterm=services&language=EN>

⁶ Christiane Wendehorst, *Das Vertragsrecht der Dienstleistungen*, en *Archiv für zivilistische Parxis*, 206 (2006), p. 205 ss. (290).

⁷ Véase, por ejemplo, *Hannes Unberath*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 16 (2008), p. 764.

⁸ Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta (i.a), 1990, p. 415.

la *locatio conductio*. Si bien eran contratos de buena fe, que permitían la adaptación de la decisión a las circunstancias, el derecho sólo reconocía un tipo contractual para relaciones muy diferentes entre sí⁹

De ahí que no fue fácil para los estudiosos modernos comprender cuál era el elemento común que explicaba la unidad de de la *locatio conductio*; de hecho recién los juristas de la modernidad desarrollaron tres subtipos contractuales a partir del tipo comprensivo de la *locatio conductio* romana.¹⁰

En grandes líneas, la lógica común de los subtipos del contrato de arrendamiento era que una parte (*locator*) pusiera algo suyo a disposición de la otra (*conductor*), sea el uso de una cosa que le pertenece (como en el arrendamiento de cosas), sea una cosa que habrá de construir o fabricar para él, como en el arrendamiento de obra material (*locatio operarum*) o, finalmente, su propia actividad personal para prestar un servicio que procura un beneficio del acreedor, como en el arrendamiento de servicios (*locatio operis*). Lo interesante y sintomático del arrendamiento de servicios, en términos económicos, es la objetivación que el deudor hace de su propio trabajo físico o intelectual, como puede hacerlo con las cosas de su propiedad.

Aunque los más diversos oficios, incluyendo las profesiones liberales, podían ser objeto del contrato de *locatio conductio*, para las clases superiores resultaba indigno prestar sus servicios a cambio de una suma de dinero u otra remuneración. De ahí surge el criterio de diferenciación más esencial entre los servicios que son objeto de arrendamiento y el mandato, que es concebido como esencialmente gratuito. El mandatario sólo tenía acción contra el mandante para que le reparara los perjuicios sufridos y le restituyera las expensas incurridas. Por eso, cuando el agente o el profesional recibían remuneración, el contrato dejaba de ser considerado mandato y pasaba a ser calificado como un arrendamiento (Paulo, D. 17,1,1,4).¹¹

En consecuencia, el mandato romano no era un contrapunto del arrendamiento de servicios (*locatio conductio operis*) en razón de la naturaleza de la prestación, sino por su onerosidad o gratuidad. Así, en las Instituciones de Justiniano se recogió un antiguo

⁹ Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, 2ª edición, München: Beck, T. I, p. 563).

¹⁰ Zimmermann, *op.cit.*, (nota x) p. 339 ss, Filippo Ranieri, *Dienstleistungsverträge: Rechtsgeschichte und die italienische Erfahrung*, en R. Zimmermann editor, *Service Contracts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 2 ss. (5 ss.), con un análisis de la distinción en la doctrina civil de la modernidad y de su recepción en las codificaciones

¹¹ Zimmerman, *op.cit.*, p. 413.

dictamen de Paulo que señalaba que si alguien encargaba al tintorero limpiar o arreglar los vestidos o al sastre arreglarlos, había acción de mandato si se hacía gratuitamente y acción de arrendamiento si era remunerado (*Institutas*, III, 26,13).

En otras palabras, al menos en el derecho romano clásico, la relación no se diferencia por el contenido de la obligación, sino por la gratuidad u onerosidad de la relación. De la misma forma lo entendía Pothier, para quien el mandato –incluso el conferido al abogado para la defensa de su cliente– era esencialmente gratuito, cuestión que lo diferenciaba del arrendamiento de servicios.¹² Esta diferencia se mantiene hasta hoy en muchos ordenamientos. En el derecho francés el mandato es naturalmente gratuito (Code Civil, artículo 1986)¹³; y en el derecho alemán la gratuidad es de la esencia (BGB, artículo 662). La diferencia más fundamental de estos ordenamientos modernos con el derecho romano radica más bien en la naturaleza del encargo que recibe el mandatario, que tanto en el derecho francés como en el alemán se entiende referido sólo a la realización de actos jurídicos, de modo que a otros servicios por definición no resultan aplicables las reglas del mandato.

III

Sin embargo, en el derecho chileno existen en la regulación del mandato algunas diferencias que tienen por antecedente al pragmatismo del codificador. Ante todo, el mandato en nuestro derecho es naturalmente remunerado (artículo 2118), debiéndose la contraprestación aún en caso que no haya pacto expreso (debiéndose la remuneración estipulada o usual). Enseguida, porque el propio Código Civil somete a las reglas del mandato la prestación de ciertos servicios calificados, como son los de profesionales liberales (artículos 2012 y 2118). En tercer lugar, y esto es muy esencial para efectos de determinar su carácter de modelo contractual para relaciones de servicio de muy diversa especificidad, las normas del mandato desarrollan buena parte de los aspectos centrales de una relación de servicio, que usualmente

¹² Al respecto señalaba que “el contrato que media entre un abogado y su cliente que le encarga la defensa de sus derechos en un litigio, no es una locación-conducción, sino un mandato; y el dinero que este dá á aquel, no es el precio del servicio prestado, el cual no admite precio, sino una muestra de agradecimiento que dicho cliente dá á su patrono, y esto no es incompatible con el contrato de mandato, por más que gratuito por su naturaleza”. Pothier, *Tratado de la locación-conducción*, traducción castellana de la Sociedad de Amigos Colaboradores, Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841, p. 12.

¹³ En el derecho francés no es tenida por esencial la gratuidad del mandato y la doctrina niega que este sea un criterio de distinción entre el mandato y el contrato de empresa (*Entreprise*), bajo el cual se subsumen los distintos tipos de contratos que suponen una obligación de hacer diferentes de la de realizar actos jurídicos, que se entiende califica la relación como mandato (Françoise Labarthe y Cyril Noblot, *Le contrat de entreprise*, Paris: L.G.D.J., 2008, 117, con una amplia referencia histórica).

se debe desempeñar con la debida diligencia pero a riesgo de quien hace el encargo.

El Código Civil recoge la tradición romana (como fue elaborada por los juristas modernos) en las normas referidas a contratos de servicios. Ante todo, regula la confección de obra material con cierto detalle (artículos 1996 ss.). Las reglas han sido completadas en materia de construcción de edificios y casas por las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y de la Ordenanza que la reglamenta.

Las reglas del Código Civil sobre construcción de obra material distinguen ese contrato de la compraventa atendiendo exclusivamente a quien proporciona la materia prima, de modo que si el artífice la aporta, el contrato es de arrendamiento (sufriendo ese artífice el riesgo de que perezca) y si es aportada por quien encargó la obra el contrato es de arrendamiento y el riesgo de pérdida pertenece (artículo 1996). En definitiva, el límite entre el arrendamiento de obra material y la compraventa está dado por la propiedad de los materiales, lo que es determinante en materia de riesgos de pérdida, pero no en cuanto a la obligación del artífice, que siempre resulta análoga a la del vendedor: entregar una cosa de las características convenidas. Por eso, la confección de obra material es una cuasi compraventa, caracterizada por el resultado que se obliga a proporcionar a la contraparte¹⁴.

Volviendo al Código Civil, en el párrafo que sigue al contrato para la confección de una obra material, se hace referencia, en unas pocas normas, al *arrendamiento de servicios inmateriales*, “que consisten en una larga serie de actos, como los de los escritores asalariados para la prensa (periodistas), secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores” (artículo 2007). Es interesante que los tipos de relación que tienen en vista esas normas estén hoy reguladas por el derecho laboral. De hecho, son normas que atienden a relaciones personales permanentes y típicamente asalariadas.

Surge entonces la pregunta por el ordenamiento aplicable a las relaciones de servicios que no tienen estas características de dependencia implícita (véanse, por ejemplo, artículos 2010 y 2011). En definitiva, el párrafo sobre el arrendamiento de servicios deja sin normar la mayoría de las preguntas relativas a

¹⁴ M. Kaser, op. cit., p. 571.

las obligaciones recíprocas de las partes en un contrato de servicios que no pueda ser calificado como de construcción de obra material. Es cierto que se hace referencia a algunas normas del contrato de confección de obra material (artículo 2006, en relación con artículos 1997, 1998, 1999 y 2000). De esta manera se regulan referencialmente la determinación del precio si no se ha pactado, el derecho a poner término al contrato aunque se haya pactado un precio único y la decisión por peritos acerca de la adecuada ejecución del encargo.

Mucho más relevante, sin embargo, parece ser la referencia genérica del artículo 2012, que declara aplicables las reglas del mandato a los servicios referidos en el artículo 2118, porque comprende los servicios prestados por quienes tienen profesiones y carreras que requieren largos estudios, aunque no supongan la capacidad de representación (que es la otra hipótesis del artículo 2118).

Es interesante a este respecto el camino que adopta el Código Civil, al abrir la posibilidad de aplicar el más completo ordenamiento referido a relaciones personales a los contratos desarrollados en la práctica profesional y de negocios contemporánea y que difieren sustancialmente de los tipos de relaciones que se tuvo en mente al regular el arrendamiento de servicios inmateriales. En contraste con las relaciones permanentes asalariadas, que tiene en vista el Código al regular estos últimos, muchos de los servicios en sentido estricto más usuales en la economía contemporánea, (esto es, los servicios que son distintos a la construcción de una obra material), presentan analogías con aquéllos que a la época de la dictación del código eran prestados por profesionales, a quienes el Código declara aplicables las normas sobre el mandato.

Las reglas sobre el mandato se refieren a cuestiones típicas de la gestión de negocios ajenos, que por cierto no resultan aplicables *per se* a otros contratos de servicios; y asumen una relación fiduciaria entre el mandante y el mandatario, que no necesariamente es extensible a un contrato de mantención de equipos o de vigilancia, por ejemplo.

Sin embargo, hay otras materias bien estructurales en que las reglas del mandato pueden ser analógicamente extendidas: el deber de observar el cuidado debido por un proveedor de servicios diestro y cuidadoso (que es proporcional a la

especialización y al precio de los servicios); el deber de observar las directivas dadas por el cliente; los deberes de informar y de rendir cuentas; el deber del cliente de pagar los gastos, a menos que se entiendan incluidos en el precio; la circunstancia de que las obligaciones de quien hace el encargo no están condicionadas al éxito del trabajo realizado por el prestador¹⁵.

Finalmente, hay otras reglas del mandato que serán o no extensibles a relaciones de servicio según sea la naturaleza específica de la relación concreta entre las partes. Es frecuente que el contrato de servicios no sea *intuitu personae*, como es el caso del mandato; pero también suele serlo, al menos respecto del que presta el servicio. Por eso, en las legislaciones modernas se establecen reglas más bien eclécticas al respecto: quien hace el encargo puede usualmente terminarlo, pagando los gastos y la remuneración convenida, pero la misma regla no necesariamente se aplica respecto del prestador del servicio. Se muestran en estas cuestiones las ventajas de una argumentación analógica, sensible a las diferencias y similitudes con recurso a la *ratio legis*¹⁶.

Bajo el supuesto anterior, en este artículo quisiera sugerir que los contratos de servicios que carecen de regulaciones legales especiales (esto es, diferentes al derecho laboral, al transporte y a los demás contratos que tienen estatutos legales propios) deben entenderse normados analógicamente por las reglas del mandato, en cuanto éstas se correspondan con su naturaleza, sin perjuicio que les resulten aplicables las escasas normas sobre arrendamiento de servicios inmateriales, también en la medida que resulten apropiadas a su naturaleza. Por el contrario, si el resultado del servicio es un riesgo que naturalmente pertenece al deudor de la prestación, el ordenamiento aplicable es el del arrendamiento de obra material, porque es precisamente éste el que establece esa distribución de riesgos. En este caso, las analogías de la relación entre el prestador del servicio y el cliente son más cercanas a la compraventa que al mandato y así se explica que resultan aplicables las reglas del arrendamiento de obra material, en relación con las de la compraventa, en su caso.

Esta perspectiva también permite descubrir las diferencias que un cierto tipo de relaciones de servicio pueda tener con el mandato, en lo que el contrato de servicios de que se trata tenga caracteres

¹⁵ Véanse, por ejemplo, las reglas generales sobre contratos de servicios del código holandés de obligaciones (artículos 7.400 a 7.413).

¹⁶ Art. Kaufmann, Analogía y "Naturaleza de la cosa". Hacia una Teoría de la Comprensión Jurídica (traducción E. Barros), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976 (1965), *passim*, esp. P. 45 ss.

diferentes. Por ejemplo, en que el contrato no sea calificable, atendidas las circunstancias, como *intuitu personae*. En otras palabras, a falta de regulación de los servicios especializados, las reglas del mandato constituyen una poderosa base normativa, sea que se apliquen directamente, sea que lo sean por analogía, esto es, que sean usadas como *tertium comparationis* para inferir las normas aplicables a relaciones contractuales innominadas que día a día surgen en la economía moderna.

Esta misma forma de argumentación permite también comprender una cierta relación de servicio como análoga a la confección de obra material, como ocurre frecuentemente con servicios en que el cliente tiene derecho a esperar un resultado; ese será presumiblemente el caso en servicios de diseño de *software* para un fin bien determinado o de ingeniería estructural, por ejemplo.

El mandato es típicamente un contrato que establece obligaciones de conducta que no se materializan en la entrega de una cosa (como en la compraventa y las demás formas de arrendamiento de cosas o de confección de obra material), sino en una actividad realizada por cuenta del acreedor. Por eso, en muchos casos las reglas más esenciales del mandato son naturalmente aplicables no sólo a las profesiones liberales, sino también a los contratos de empresas de servicios especializados, que conceptualmente corresponden a la idea de profesiones que requieren estudios a que se refiere el artículo 2118.

La mirada desde el mandato, especialmente si se atiende a la perspectiva pragmática que adopta el codificador chileno, tiene la ventaja de poner la atención en las cuestiones resueltas por el ordenamiento más completo y diferenciado del derecho vigente, que norma los servicios que una persona presta en interés de otro, pero a riesgo de este último: las obligaciones del mandatario son de diligencia; el cuidado debido depende de la especialización del prestatario del servicio; si no está pactada remuneración, el contrato es válido y se entiende que es la de mercado o usual; las circunstancias del prestador y la remuneración son relevantes a efectos de determinar el nivel exigible de destreza y diligencia; quien hace el encargo se suele reservar el derecho a dar instrucciones; el encargo suele ser *intuitu personae*; el que hace el encargo debe cubrir los gastos razonables que supone su ejecución y debe responder por los perjuicios que sin culpa sufra el prestador del servicio en ejecución del encargo;

se puede poner término al contrato por quien hace el encargo, sin perjuicio de los honorarios pactados o naturalmente devengados; y lo más importante, contiene una norma crítica respecto de los riesgos, al establecerse que quien ha hecho el encargo no puede excusarse de cumplir sus obligaciones con fundamento en que no ha obtenido el beneficio perseguido, a menos que le pruebe culpa al mandatario (artículo 2158), estableciéndose de este modo el precepto de la legislación de la época que más claramente anticipa una característica constitutiva de las obligaciones de conducta o de medios.¹⁷

En efecto, uno de los criterios para diferenciar una obligación de medios o conducta de una obligación de resultados es el sistema de atribución de riesgos. Así, según Esser y Sshmidt, “en los contratos en que el deudor no puede garantizar por sí solo la consecución del resultado (*Erflog*), el deudor tiene derecho a la retribución como compensación de su actividad”.¹⁸ Por el contrario, “cuando se trata de contratos en los que el deudor garantiza el resultado (*Erfolgsgarantie*) el deber de pago sólo se produce al lograrse el resultado”.¹⁹

Es cierto que el mandato suele tener características específicas, como instrumento para encargar la administración de negocios y para la celebración de actos jurídicos, de lo que se derivan reglas sobre el alcance de los poderes, la delegación, los conflictos de interés entre las partes, los deberes de lealtad del mandatario y, al menos en algunos casos, ciertas hipótesis de terminación ligadas a la naturaleza fiduciaria de la relación.

Sin embargo, estas reglas forman un conjunto perfectamente individualizable de disposiciones que sólo son aplicables al mandato o a contratos de servicios que presenten muy estrecha analogía a su respecto (como pueden ser los deberes de diligencia y lealtad en el consejo de un agente de valores, por ejemplo).

Sin embargo, más allá de esas disposiciones, que por cierto no son extensibles a relaciones que no tienen por objeto la gestión de negocios ajenos, el mandato contiene una sólida base normativa para regular las obligaciones de servicio que se prestan

¹⁷ Por cierto que al hablar de riesgos contractuales no se hace aquí referencia a la pérdida de la cosa por caso fortuito, que en materia de arrendamiento de obra material regula el artículo 1996 (de una manera que es diferente al artículo 1550, porque el criterio de distribución de riesgo de pérdida es que ésta es soportada por el dueño, y no por el acreedor. En este texto se plantea el problema de los riesgos en la dimensión de los costos de llevar adelante la obra material y de que un servicio inmaterial no produzca el beneficio deseado por el acreedor.

¹⁸ Josef Esser, Eberhardt Schmidt, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, Heidelberg: C.F. Müller, p. 70 ss.

¹⁹ *Idem*.

a riesgo de quien hace el encargo. De hecho, dos de los ordenamientos comparados más desarrollados, tanto en lo conceptual como en lo práctico, como son el suizo y el holandés, han adoptado la ordenación del mandato como modelo general para establecer reglas generales aplicables a las relaciones de servicio, estableciendo en una sección especial las que son propias del mandato en sentido estricto.²⁰ En el código holandés, por ejemplo, se han generalizado a los contratos de servicio las reglas del mandato sobre obligación de cuidado de un proveedor de servicio diligente; obligación de seguir instrucciones del cliente (autorizando al proveedor a poner término al servicio si a consecuencias de ello tiene razones serias para hacerlo); obligación de mantener informado al cliente y de rendirle cuenta; obligación del prestador de realizar por sí mismo la prestación a menos que se pueda entender del contrato que puede encargar otras personas, conservando el deber de supervisión; a falta de acuerdo se debe la remuneración usual; obligación de indemnizar lo perjuicio sufridos por el prestador del servicio en la correcta ejecución del encargo; obligación de remunerar el trabajo realizado si el contrato termina anticipadamente por razón diferente al incumplimiento del proveedor

IV

La distinción entre contratos análogos a la compraventa y contratos análogos al mandato puede ser muy fértil, porque ambos expresan los extremos de un continuo de relaciones contractuales posibles, según sea la obligación contraída por quien hace la prestación más característica del contrato de que se trate.

Sólo interpretando la naturaleza de la relación contractual se infiere si la obligación es de destreza y diligencia o de resultado.

²⁰ En el *derecho suizo* la razón se encuentra en que el mandato (*Auftrag*), a diferencia de otros ordenamientos europeos, no tiene por objeto exclusivo la realización de actos jurídicos (como es el caso del derecho francés y alemán), ni es esencialmente gratuito (como en el derecho alemán). Por eso, las reglas del mandato resultan aplicables a las profesiones liberales y a otras prestaciones de servicios, de modo que “el mandato tiene un enorme significado práctico respecto de la mayoría de las prestaciones de servicios” (Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Bern: Stämpfli, 8ª edición, 2006, p. 304 ss.).

El nuevo código holandés de obligaciones incluye un título especial sobre contratos de servicios (Título 7.7), que entró en vigencia en 1993, luego de una larga discusión (de hecho, su aprobación fue posterior al resto del código); las normas sobre el mandato constituyen la base de una nueva regulación general de los servicios (sección 7.7.1); estas normas generales no resultan aplicables a los contratos de construcción, de edición, de transporte, de bodegaje y de servicios financieros; además. Hay algunas normas que se refieren exclusivamente al mandato y atienden especialmente a los deberes de lealtad típicos de este contrato <http://www.dutchcivilaw.com/legislation/dccrtile777.htm>. Una reseña del derecho holandés sobre servicios en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Service contracts in the Dutch Civil Code*, en R. Zimmermann editor, *Service Contracts*, Tübingen: Mohr, 2010, p. 167 ss. (172 ss.)

Esta distinción, que ha devenido muy importante en el derecho de contratos contemporáneo, es mejor comprendida a la luz de tipos contractuales, esto es, de las relaciones económicas que definen en su conjunto la operación contractual convenida por las partes. En vez de preguntarse *ex nihilo* si una obligación es de conducta o asegura un resultado, es necesario comprender el negocio u operación jurídica que las partes buscan realizar²¹, lo que en definitiva exige determinar aquello por lo que el acreedor está pagando. Y para ello es una buena orientación interrogarse si la relación que surge de un contrato de servicios puede ser mejor entendido *desde* la lógica del mandato o *desde* la lógica de la compraventa.

No hay contrato que más típicamente de lugar a obligaciones de resultado que la compraventa, ni contrato que más típicamente de lugar a obligaciones de medios que el mandato.

Al final de cuentas la mayor diferencia entre ambos tipos de contratos reside en la distribución de riesgos, como lleva implícita la definición legal del mandato (artículo 2116) y la definición de la obligación del vendedor como la de entregar la cosa que reza el contrato (artículos 1824 y 1828). Tipos de contratos de construcción

En definitiva, aunque suele no ser fácil calificar una relación de servicios, mientras más cerca se encuentre su lógica económica del modelo del mandato es más razonable pensar en que el contrato da lugar a obligaciones de conducta diestra y diligente, sin asegurar resultados. Por el contrario, mientras más clara es la intención de proveer una cosa, incluyendo en ello un servicio que satisfaga efectivamente el interés del acreedor, la relación tendrá analogía estructural con la compraventa (y, aunque la prestación no se refiera a una cosa corporal, al contrato de confección de obra material).

La cuestión no es menor si se atiende a la extensión y diferenciación de los contratos de servicios en la economía moderna: contadores, auditores, conductores, administradores de edificios, programadores computacionales, custodios de documentos o de mercadería, cineastas, asesores de inversión y agentes de valores, laboratorios que practican exámenes bioquímicos, establecimientos de enseñanza, agencias de publicidad, empresas distribuidoras, *franchisers* y así

²¹ Este negocio u operación jurídica es en verdad el objeto de todo contrato (H. L. y J. Mazeaud, y F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. II, *Obligations. Théorie générale*, 9ª edición, Paris, 1998, p231 s.). Entendido de esta manera, atender al objeto de un contrato supone comprenderlo en su conjunto.

sucesivamente. En cada caso se trata de contratos innominados que tiene por objeto servicios inmateriales.

Es obvio que las normas del Código Civil dedicadas a esos contratos son asombrosamente pobres y, además, tienen en vista relaciones que han escapado al derecho civil, como son las laborales. Por eso, suele ser virtuoso tomar el mandato y el contrato de obra material, en su caso, como *tertium comparationis* para comprender la lógica de la relación de servicio entre las partes.

La pregunta en cada caso es si el contrato de que se trate obliga a realizar diligentemente una actividad orientada a satisfacer un interés o necesidad de quien hace el encargo, pero sin garantizar la efectiva satisfacción de dicho interés o necesidad, en cuyo caso las normas del mandato suelen explicar el trasfondo normativo implícito en la relación; o si se trata de encargos en que la obligación es entregar una cosa o servicio que efectivamente satisfaga el interés del acreedor, sea en la forma de un informe mineralógico o una máquina que presente ciertas características que satisfagan exactamente el interés del comitente.

Aún así, conviene tener presente el *caveat* de que toda distinción categorial entre tipos contractuales tiene que ser mirada con cierta distancia. Así, por ejemplo, la compraventa puede incluir obligaciones accesorias de información, de entrenamiento u otros servicios que se traducen típicamente en obligaciones de conducta y no pretenden asegurar un resultado; y el mandato para entregar una oferta en una licitación pública es de tal modo determinado y es tan escaso el margen prudencial que existe en su ejecución, que debe tenerse por una obligación más bien asimilable a la de entregar una cosa que a una de realizar los esfuerzos debidos para lograr que la propuesta sea entregada en tiempo y forma.

Por su parte, los profesionales liberales suelen contraer obligaciones de destreza y diligencia (medios), pero puede suceder que asuman obligaciones de resultado, y esto es frecuente en la práctica. En el caso del abogado, por ejemplo, no es lo mismo la obligación de llevar diligentemente un juicio o una negociación que la de informar acerca de los títulos de propiedad de una casa que el cliente pretende adquirir. Lo mismo vale para ciertas prestaciones médicas, como suele ocurrir con intervenciones de cirugía estética que suelen no ser de debido esfuerzo sino más

bien de corregir efectivamente un defecto. Un ejemplo de las dificultades de una distinción categorial entre contratos que dan lugar a obligaciones de mera conducta o de resultado es discutida en un famoso caso norteamericano, *Hawkins v McGee*²², en que una frustrada operación de cirugía estética en una mano fue calificada de incumplimiento por el sólo hecho de haber quedado el paciente en peor estado de lo que estaba antes de la operación. La corte estableció que el médico había dado garantía de éxito de la intervención, alterando así la regla de que las afirmaciones de los médicos no tienen que ser tratadas como promesas de éxito²³.

Lo determinante para que obligaciones de servicio se puedan calificar a la luz del contrato de mandato es que el resultado de la actividad del deudor sea esencialmente a riesgo del que hace el encargo, como ocurre en el mandato (artículo 2116). Quien presta el servicio tiene una obligación de diligencia que se determina de acuerdo con las circunstancias del encargo (especialización y tarifa de la empresa que presta el servicio, por ejemplo). El principio es bastante generalizado en los diferentes sistemas jurídicos: en el Reino Unido se ha legislado que el proveedor de un servicio que actúa en el curso ordinario de sus negocios “ejecutará el servicio con cuidado y destreza razonables”; en el derecho francés se ha estimado que las obligaciones de medios sólo exigen prestar la diligencia debida a favor del acreedor y en el derecho alemán se entiende que la responsabilidad proviene de un ilícito de conducta o de un ilícito de frustración del resultado convenido, esto es, si el detonante de la responsabilidad es objetivo o supone una apreciación de la conducta del deudor defecto de conducta y del fracaso en satisfacer el interés del acreedor²⁴.

Especialmente en el derecho francés se ha intentado buscar criterios generales para distinguir entre estos tipos de obligaciones: Demogue entendía que la independencia de las profesiones liberales justificaba que las obligaciones fueran de

²² 146 A. 641 (S.C.N.H 1929)

²³ H. Fletchner, *Service Contracts in the United States (and from an Economic Perspective)*, en R. Zimmermann editor, *Service Contracts*, Tübingen: Mohr, 2010, 149 ss. (160 ss.). Es interesante que los juristas alemanes entiendan que la obligaciones de resultado son una especie de obligaciones de garantía, en la medida que el incumplimiento se concretiza sin necesidad de atribuirle al deudor falta de cuidado (así, por ejemplo, Josef Esser y Eberhardt Schmidt, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, T. I. 5ª edición, Heidelberg: C.F. Müller, p. 70.

²⁴ Incluso en el derecho alemán donde el BGB está construido sobre la base de la responsabilidad por culpa, al jurisprudencia ha aceptado decididamente la distinción entre *Handlungsrecht* (ilícito de conducta) y *Erfolgsrecht* (ilícito de resultado), *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch, T. 2, Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, 2007 § 276, por Stephen Grundmann, p.710,

medios, a diferencia de quienes realizan un encargo preciso;²⁵ otros han distinguido si la prestación recae en una cosa o una persona;²⁶ o si la prestación es intelectual o material.²⁷ Por cierto que estos criterios pueden ser instrumentos heurísticos y resultan perfectamente aplicables, respectivamente, en los extremos de la compraventa y el mandato. Sin embargo, ninguno de ellos puede ser tenido por definitivo, como se ha visto.

Pareciera que hay obligaciones de servicio que presentan ciertas características comunes con el mandato, que permiten aplicar a su respecto, al menos por analogía, las reglas aplicables a ese contrato. En definitiva, todo indica que respecto de los contratos de servicios, tan relevantes pero tan despreciados por el derecho civil, recurrir a la analogía es preferible que moverse en un campo minado de tentaciones vulgaristas, carentes de sustento formal alguno. Por eso, el mandato de confección de obra material es un buen punto de partida, tanto para mostrar de qué manera la relación de que se trate se asemeja a la estructura básica de ese contrato, sea para descubrir sus diferencias específicas.

Por cierto que esta interpretación de la relación, tomando el mandato como *tertium comparationis*, puede llevar a concluir que el servicio respectivo fue convenido sobre la base de que el cumplimiento requeriría la consecución del resultado esperado. En otros, por el contrario, la analogía con el mandato será suficiente para sostener que la obligación es de diligencia y que los riesgos de frustración del fin perseguido son del acreedor. En un caso, el ilícito contractual está constituido por no haberse satisfecho ese interés, de modo que éste corre a *riesgo del deudor*, porque no basta la diligencia, sino la prueba de un factor que está fuera del control del deudor para liberarse de responsabilidad; y, en el otro, por no haber actuado con la debida destreza y diligencia, de modo que el *riesgo es del acreedor* de la obligación de servicio. De este modo, la culpa será en ciertos casos infraccional, por el hecho de no proveer el resultado o beneficio (como ocurre por regla general con los exámenes bioquímicos erróneos) y en otros estará sujeta a la apreciación de la diligencia (como usualmente ocurre, por ejemplo, con el médico que realiza un diagnóstico o con el publicista).

Lo cierto es que en muchos contratos, probablemente en la mayoría, el deudor se obliga a proporcionar un beneficio, de

²⁵ Françoise Labarthe y Cyril Noblot, *op. cit.*, p. 401

²⁶ *id.* p. 402

²⁷ *Idem*

modo que el riesgo es esencialmente asumido por el deudor, a menos que pruebe que ese incumplimiento objetivamente determinado, es debido a una causa que escapa a su esfera de control. Ese es el principio asumido por los Principios de Derecho Europeo de Contratos, teniendo como patrón la compraventa (PECL 8:108²⁸). En definitiva, la excusa no tiene que ver con la conducta del deudor, sino con que el incumplimiento tenga por causa un hecho que escapa a su ámbito de control.

Ese es el criterio que se sigue, en esencia, para el contrato de construcción de obra material, que comprende hipótesis muy diferentes, desde la fabricación de una mesa de ciertas características o una prenda de ropa, hasta la construcción de edificios, maquinarias o el equipamiento de instalaciones industriales. Cualquiera sea en concreto la obligación, la distinción de las esferas de riesgo de cada una de las partes en el arrendamiento de obra material (*locatio conductio operis*) es clara en la tradición romana, que inspira las reglas del Código Civil. Se trata de obligaciones de resultado, cuyo cumplimiento exige poner la obra convenida a disposición del acreedor²⁹. En consecuencia, el riesgo de mayores costos y de pérdida del trabajo realizado, por cualquier causa, pertenece al constructor hasta la aceptación por el comitente (artículo 2003). Por el contrario, el riesgo de que circunstancias desconocidas encarezcan la ejecución del trabajo, como que el suelo presente vicios ocultos, pertenece a la esfera de riesgo de quien hace el encargo y dan lugar a un aumento de precio.

La analogía de la construcción de obra material con la compraventa se muestra en la manera como se resuelven las preguntas de calificación: si el material es puesto por el constructor el contrato es de compraventa y si es puesto por el

²⁸ "Artículo 8:108: Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento

(1) Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento sea tan sólo temporal, la exoneración prevista en este artículo produce sus efectos durante el tiempo en el que persista el impedimento. Sin embargo, si el retraso se tradujera en un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo en tal sentido.

(3) La parte que incumple debe asegurarse de que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de dichas circunstancias, la otra parte recibe una comunicación de la existencia del impedimento y de sus efectos sobre la capacidad de la parte para cumplir su obligación. La otra parte tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación".

²⁹ M. Kaser, *op. cit.*, p. 570; R. Zimmermann, *op. cit.*, p. 393.

cliente es de arrendamiento de obra. Según como sea calificado el contrato, sufren respectivamente el riesgo de pérdida el artifice o constructor o el comitente. Sin embargo, ese concepto de riesgo, equivalente al referido (a la inversa) en el artículo 1550, sólo se refiere a una circunstancia particular, como es que se destruya la cosa destruida antes de que haya sido aceptada

La distinción entre esferas de riesgo que se plantea respecto de los muy diversos contratos de servicios inmateriales es el trasfondo para la calificación de una obligación como una de diligencia o una de resultado. El constructor o artesano de una obra tiene una obligación caracterizada por el resultado: lo que espera quien encarga el obra es que quien la realiza le entregue lo convenido, de modo que los riesgos de defecto o atraso pertenecen al que la ejecuta, salvo que provengan de hechos fuera de su esfera de control.

Sin embargo, conviene atender al contrato en particular, más que confiarse *a priori* en calificaciones jurídicas excesivamente generales. Así, por ejemplo, el contrato de construcción puede descomponerse en un conjunto de contratos que entrecruzan obligaciones de coordinación y administración de la obra y de construcción propiamente tal. Usualmente el constructor es remunerado por el trabajo y el esfuerzo que realiza, sino por lo que produce y entrega al comitente. Por eso, el riesgo le pertenece al que realiza la obra o presta el servicio de construcción. Si el constructor se ha obligado a construir un máquina o un canal, y no lo termina de acuerdo a lo convenido asume dos riesgos: el de perder los materiales que haya empleado y el trabajo realizado. El primero de esos riesgos es de su cuenta en razón del principio de que las cosas perecen para su dueño (ratificado por el artículo 1996, pero contradicho por el artículo 1550 respecto del cuerpo cierto que se debe). Por el contrario, los trabajos de supervisión o administración de una obra que construye un tercero o de coordinación de la actividad de diversos contratistas es más bien análoga al mandato.

Tomar el mandato como punto de partida respecto de estas últimas, tiene la ventaja de remitirnos al ordenamiento que en nuestro derecho asume explícitamente y de la manera más pura la perspectiva de una obligación de conducta diestra y diligente. Al final de cuentas, la pregunta que el mandato plantea es la de distribución de riesgos entre las partes: independientemente de la satisfacción o no de su interés, queda de cargo del mandante el riesgo de que se frustre la finalidad (económica o

extrapatrimonial) que persigue el cliente que hace el encargo, a menos que se pueda imputar culpa al mandatario (artículo 2158 inciso final). Por cierto que conviene tener presente al calificar de negligente de quien presta el servicios no se toman en consideración aspectos subjetivos de la conducta (salvo que lo contrario surja de una especial relación *intuito personae*), sino simplemente si observó el estándar de destreza y cuidado que es exigible en la prestación del tipo de servicios de que se trate. Es interesante a este respecto que históricamente sea precisamente a propósito de las obligaciones de servicio que se que se desarrolló en el derecho romano la regla de que la impericia debe ser tenida por culpa³⁰.

La aproximación analógica de una relación innominada de servicios con el mandato o al arrendamiento de obra material (que en la atribución de riesgos sigue típicamente la lógica de la compraventa) dependerá, a falta de regla contractual o de derecho especial, de una correcta comprensión del negocio que las partes han realizado, en particular si el cliente ha pagado a para que se le garantice un beneficio, quedando excusado sólo si el incumplimiento se ha producido por alguna circunstancia impeditiva que esté en su esfera de control (como típicamente es el caso de la obra material), o si sólo es responsable de su falta de destreza y diligencia (como típicamente ocurre en el mandato).

La doctrina general del contrato se ha construido histórica y contemporáneamente a la luz de la compraventa. Está bien que así sea, porque la mayoría de los contratos de intercambio y muchos servicios no se traducen en obligaciones de mera diligencia. Lo peculiar en el tráfico parecen ser las obligaciones de mera conducta (o de medios). Por eso se justifica que la compraventa sea hasta hoy el paradigma para la enunciación de reglas generales sobre contratos (como recientemente lo muestran los muy refinados PDEC). En este trabajo he intentado mostrar que a partir del mandato pueden ser mejor comprendidas las relaciones contractuales de servicios en que deba regir el principio opuesto.

³⁰ Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*, T. I, München: Beck., 1985, 456 ss. (460), con referencia a D. 19, 2, 9, 5 (Celsus) y D. 50,17,132 (Gayo).



AGENCY LAW AND CONTRACT FORMATION

May 26, 2003

Eric Rasmusen¹

Indiana University Foundation Professor, Dept. of Business Economics and Public Policy, Kelley School of Business, Indiana University. Erasmuse@indiana.edu. [Http://Php.Indiana.edu/~erasmuse/papers/agency.pdf](http://Php.Indiana.edu/~erasmuse/papers/agency.pdf). (812) 855-9219. Fax: (812) 855-3354.

Abstract

A number of issues in the common law arise when agents make contracts on behalf of principals. Should a principal be bound when his agent makes a contract on his behalf that he would immediately wish to disavow? The tradeoffs resemble those in tort, so the least-cost avoider principle is useful for deciding when contracts are valid, and may be the underlying logic behind a number of different doctrines in agency law. In particular, an efficiency explanation can be found for the undisclosed principal rule, under which the principal is bound even when the third party with whom the contract is made is unaware that the agent is acting as an agent.

¹ I thank Stephen Bainbridge, Royce Barondes, Jeanne Carlson, Edwin Greenebaum, William Klein, Sean Mead, Larry Ribstein, Kathryn Spier, participants in seminars at the Midwest Law and Economics Association Meeting, Indiana University's Kelley School of Business and Cardozo, Georgetown, Northwestern, and Quinnipiac Law Schools, and especially Deborah DeMott and J. Mark Ramseyer for helpful comments.

Send correspondence to: Eric Rasmusen, Indiana University Foundation Professor, Department of Business Economics and Public Policy, Kelley School of Business, Indiana University. Erasmuse@indiana.edu. [Http://Php.Indiana.edu/~erasmuse/agency.pdf](http://Php.Indiana.edu/~erasmuse/agency.pdf). (812) 855-9219. Fax: (812) 855-3354.

1. Introduction

The importance of agency in the common law is shown by its being the subject in 1933 of the second (after Contracts) of the American Law Institute's series of *Restatements*. No business owner can do everything himself. He must delegate some things to agents, and this is true not only for large corporations, but for any business with employees. This is particularly true, of course, once the organization has more than one owner. In partnerships, the partners act as each other's agents. And in corporations, the shareholders are completely unable to act on their own behalf; they delegate authority to a board of directors, which in turn delegates authority to officers. Indeed, agency is one of the main themes of corporate law, and a standard introductory section of its textbooks

The first *Restatement* was followed by a second, and now the third has reached draft stage (American Law Institute, 2000; see also DeMott, 1998, an article by the *Restatement's* current Reporter). Since the 1970's agency has also been at the center of some of the most exciting research in economics. Economists have used the idea of principal and agent to explain the intricacies of labor compensation, the organization of hierarchies, the design of securities, and a host of other problems (see, e.g., the books by Milgrom and Roberts, 1994; Spulber, 1999; and Rasmusen, 2001a). In the paradigmatic model, a principal hires an agent to exert some kind of effort. The agent is tempted to be slack in his effort and the principal tries to overcome this moral hazard by designing a contract under which agent compensation is based on output. The economist's issues are, to be sure, different from that of traditional agency law. The economist's concern is that the contract will not induce appropriate effort by the agent; the lawyer's concern is what happens when the agent is active, but his effort is mischanneled.

The lawyer's agent places an order with a supplier when he has been forbidden to do so; drives the principal's delivery truck into a schoolbus; hires the wrong employee for the principal's business, or sexually harasses a fellow worker. For the economist, the agency problem is how to give the agent incentives for the right action; for the lawyer, it is how to mop up the damage when the agent has taken the wrong action. The paradigmatic problem involves not just principal and agent, but a third party.² The agent's misbehavior may not have any direct adverse effect on the principal. The principal is not in the schoolbus that is wrecked by the agent, and unless the law enforces the contract, he is unhurt by the agent's foolish or unauthorized purchases. Third parties are harmed, however, so government intervention can aid efficiency. When the agent takes a mistaken action, the damage must be allocated to someone---principal, agent, or third party.

This kind of problem is intrinsically amenable to economic analysis. Indeed, Judge Posner uses such analysis in his opinion dissenting from the Seventh Circuit in the two leading sexual harassment cases, *Jansen v. Packaging Co. and Ellerth v. Burlington*

² A prominent area of agency law which does not involve third parties is the law of fiduciaries: whether the agent has acted properly on behalf of the principal, and how much the agent must compensate the principal for mistakes. See Cooter and Freedman (1991).

(1997), believing it to be more useful than application of the second *Restatement of Agency*, "that antiquated screed" (at 510).³ I have more faith than Judge Posner in antiquated screeds, however, and hope to show that many of the principles to be found in the common law of agency do have sound foundations--- not in the legal formalisms which courts try to use, but in economic analysis. The economic approach has already been applied to one of the best-known problem of agency law: what happens when an agent tortiously injures a third party. The law deals with these involuntary creditors according to the doctrines of *vicarious liability* or *respondeat superior*, which make the principal liable for torts committed by his agent in the course of the agent's duties.⁴ Here, we will address a different, but equally fundamental problem: what happens when an agent makes mistaken contracts on behalf of his principal with a third party?⁵

2. The Law of Agency

The *Restatement of Agency (Second)* defines agency as "the fiduciary relation which results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act."⁶ In the present article, we shall take for granted that the agent does not assume the risks of the enterprise. The problem of allocating loss from mistaken contracts is much easier when the loss can be put on the agent, but that case is relatively uninteresting because the theory is simple and the practical application is limited. Ordinarily, the loss cannot be put on the agent, either because he is not rich enough or because he is a difficult target for litigation, having fled or protected his assets from legal judgements. Moreover, while questions involving the agent's liability for contracts are interesting, much of their analysis revolves around the contract between principal and agent rather than between

³For argument that the Supreme Court was wrong to apply agency law, see Phillips (1991).

⁴Economic analyses of vicarious liability include Chu and Yingyi (1992), Kornhauser (1982), and Sykes (1984, 1988), as well as pages 204-209 of Landes and Posner (1987). These do not, however, analyze the problem of mistaken contracts, and much of their emphasis is on why the tort victim should sue the principal rather than the agent. See also Fischel and Sykes (1996), which explores similar issues with respect to whether corporations should be criminally liable.

⁵Contract agency law has received much less attention than contract tort law. Three recent exceptions are Whincop (1997) (arguing that the formalist approach is incoherent and using game theory to suggest ten principles for agency contract law); Cohen (2000) (viewing deterrence of collusion between two of the three parties against the other as the basic principle of agency law); and Davis (1999) (his Section V, suggesting third-party monitoring of agents as a reason why their misrepresentations do not invalidate a contract). Casadesus-Masanell and Spulber (2002) address the problem, but with little attention to specific laws. Note, however, the suggestion of a "cheaper loss provider" in the 4th edition of the business associations casebook of Larry Ribstein and Peter Letsou (2003, Section 8.01, at 298).

⁶American Law Institute (1958) (the *Restatement*). Although I will rely on the *Restatement* as my guide to the law in this article, it should be kept in mind that it is not binding on judges, who are supposed to follow the decisions in their particular state. Yet, "The *Restatement (Second)* of Agency is the appropriate place to find the federal common law definition. Courts adopting a federal common law of agency generally follow the *Restatement*." (*Steinberg v. Mikkelsen* 1995, at 1436)

agent and third party, so agency issues are secondary. The interesting cases from the point of view of agency law are those in which the agent has created a conflict between the principal and some third party, who must share the loss either because the efficient contract puts the risk there or because the agent cannot be made to pay.

The common law provides six reasons why the principal may be bound by contracts made by the agent:⁷

1. *Actual Express Authority.* The principal has entered into an explicit agreement with the agent authorizing him to take a particular action; the board of directors votes to authorize the president of their company to purchase a new office building.

2. *Actual Implied Authority.* The principal has entered into an explicit agreement to employ the agent, and although he has not specifically authorized the particular action at issue, the agent can reasonably infer that authority for that action has been delegated to him. If the general manager of a department store hires clerks, the store is bound by his contract, even if he was not expressly granted that authority (*Restatement*, §52, 73).

3. *Apparent Authority.* The principal has no agreement with the agent authorizing the action, but a third party could reasonably infer from the principal's conduct that the agent was authorized.⁸ If the home office tells a customer that the sales manager has authority to sell flour without confirmation, and then withdraws that actual authority without telling the customer, the sales manager still has apparent authority.⁹ Apparent authority depends on the beliefs of the third party, not on the actual relation between principal and agent.

4. *Estoppel.* The principal is "estopped" from objecting to the agreement made by the agent if the principal could have intervened to prevent the confusion over authority; e.g., if the principal overheard the agreement being made and failed to assert that the agent

⁷This discussion is taken from Chapter 1 of Klein and Ramseyer (1994), from Steffen (1977) and the *Restatement*. I have adopted the categories of Klein and Ramseyer, but added estoppel as a separate category. Not all jurisdictions use quite this catalog; Indiana, for example, seems to recognize just the three categories of actual authority, apparent authority, and authority by estoppel. See *Hope Lutheran Church v. Chellew* (1984) and *Secon Service System v. St. Joseph Bank and Trust* (Easterbrook, J., 1988) at 36.

⁸Apparent authority is the power to affect the legal relations of another person by transactions with third persons, professedly as agent for the other, arising from and in accordance with the other's manifestations to such third persons." (*Restatement*, §8)

⁹As we shall see in Section 4, the law becomes less clear when the principal's words did not create the apparent authority. If a sales manager claims he has authority to sell flour without confirmation from the home office, and such sales are customary in the flour business, then does he have apparent authority? Yes, says *North Alabama Grocery Co. v. J.C. Lysle Milling Co.* (1921), as described in Steffen (1977) at 128. See also *Restatement*, §49. Others, however, might classify this as inherent agency power, reaching the same outcome with a different doctrine.

was unauthorized.¹⁰ Black's Law Dictionary (6th edition, 1990) gives a general definition: "...party is prevented by his own acts from claiming a right to detriment of other party who was entitled to rely on such conduct and has acted accordingly." As one opinion puts it, when applied to agency the following is needed:

In order to prove agency by estoppel, the following elements must be established: (1) intentional or negligent acts of commission or omission by the alleged principal which created the appearance of authority in an agent; (2) reasonable and good faith reliance on the appearance of authority in the putative agent by the third party; and (3) a detrimental change in position by the third party due to its reliance on the agent's apparent authority. (*Minskoff Equities v. American Express*, 1995)

5. *Ratification.* If no other authority exists, but the principal confirms the agent's agreement once he learns about it, such ratification binds the principal; a flour salesman promises without authorization to sell eggs to a customer, and his employer later approves the agreement.

6. *Inherent Agency Power.* The agency relationship may somehow give the agent the power to harm third parties even if there is no manifestation by the principal that the agent is acting on his behalf.¹¹ "Inherent agency power" is a term invented to cover this source of liability, which was well known in the common law, if not by this name.¹² The term was formally introduced in 1958 in the *Second Restatement*, §8a of which says, "Inherent agency power is a term used in the restatement of this subject to indicate the power of an agent which is derived not from authority, apparent authority or estoppel, but solely from the agency relation and exists for the protection of persons harmed by or dealing with a servant or other agent."

The best-known illustration of inherent agency power in the law of agency and contracts is the classic teaching case, *Watteau v. Fenwick* (1892). Since this is perhaps the best-known case in the law of agency, raising as it does real problems for legal formalism, it is worth laying out in detail:

¹⁰But see *Black's Law Dictionary* at 63, which seems to conflate estoppel with apparent authority: "Agency by estoppel: When the principal, by his negligence in supervising the agent, leads a third party to reasonably believe that the agent has authority to act for the principal."

¹¹"Representations of the principal to the third party are central for defining apparent authority, but in contrast, inherent authority originates from the customary authority of a person in the particular type of agency relationship and no representations beyond the fact of the existence of the agency need be shown." (*Cange v. Stotler*, 1987)

¹²See, for example, *Hubbard v. Tenbrook* (1889): "The answer is not at all doubtful. A man conducting an apparently prosperous and profitable business obtains credit thereby, and his creditors have a right to suppose that his profits go into his assets for their protection in case of a pinch or an unfavorable turn in the business." The Hubbard court tries to justify this statement in terms of apparent authority and estoppel, but neither doctrine quite fits. Not all states accept inherent agency power. McKay (1994) discusses the current status of inherent agency power in state law, with special emphasis on Texas. It is dropped from the draft of the *Third Restatement* (Tentative Draft No. 1 (March 20, 2000) xvii, 89). See also Fishman (1987), which briefly mentions the objective of encouraging the least-cost avoider to take precautions, at 54, though his article does not take the economic approach.

"From the evidence it appeared that one Humble had carried on business at a beer-house called the Victoria Hotel, at Stockton-on-Tees, which business he had transferred to the defendants, a firm of brewers, some years before the present action. After the transfer of the business, Humble remained as defendants' manager; but the license was always taken out in Humble's name, and his name was painted over the door. Under the terms of the agreement made between Humble and the defendants, the former had no authority to buy any goods for the business except bottled ales and mineral waters; all other goods required were to be supplied by the defendants themselves. The action was brought to recover the price of goods delivered at the Victoria Hotel over some years, for which it was admitted that the plaintiff gave credit to Humble only: they consisted of cigars, bovril, and other articles. The learned judge allowed the claim for the cigars and bovril only, and gave judgement for the plaintiff for 22L. 12s. 6d.

There is no actual authority, either express or implicit, for the agent to order the cigars, because he was expressly instructed not to order them. There is no apparent authority, because the principal did nothing to convey the idea that the manager was acting as an agent. The plaintiff might be estopped from denying that Humble was his agent, since Humble was put in a position to so act, but estoppel would only permit recovery of the cost of the goods to the seller, not their price. Ratification does not apply. All that remains is "inherent agency power": the ability of the manager, based on his employment by the principal, to harm third parties by making contracts.

When analyzing a given case between a principal and a third party involving liability for a contract made by an agent, a court can draw upon a number of doctrines, but the variety of doctrines is a sign more of the difficulty the court is in than of the ease with which it can find a definite solution. The doctrines require considerable thought in their application. What makes authority "express"? How apparent does "apparent authority" have to be? When does the judge pull out the last resort of "inherent agency power"? All of these doctrines are applied haphazardly, giving rise to the suspicion that judges are deciding how the cases should come out on common-sense grounds (usually quite reasonably) and then groping for legal formalisms.¹³

¹³See Whincop (1997) for a discussion of the confusion of the formalist approach, with illustrations from Australian cases. His list of proposed new doctrines may be seen to come to much the same conclusions as existing law, however, and fits well with the least-cost avoider analysis below. Examples of items are:

"(4) The contractor's ability to enforce a contract should be limited where the transaction is one where the contractor would normally collect information concerning the client before a decision to proceed the transaction was made, but did not in fact do so.

(5) A company should not be able to assert against the contractor a nonstandard allocation or delegation of power."

Two interesting recommendations he makes are:

"(8) Civil remedies should permit courts to divide the loss of unauthorised transactions where the taking of precautions by both parties is desirable.

(9) Where the incidence of unauthorised dealings is very low for the sort of transaction involved in the instant case, the loss should lie where it falls."

I agree with Judge Hand that agency law does reach the right results, even if agency doctrine is not always clear. As in other areas of the law where morality and legal rules leave us in confusion, efficiency may here come to our aid as a unifying principle of considerable appeal. It will be particularly appealing here as a justification and clarification for the doctrines above rather than merely replacing them outright. We will thus explore an efficiency interpretation of the sources of authority in Section 3.

3. A Model of Contracts Made by Agents

A formal model may help to clarify the tradeoffs involved in agency law, even though we shall not mathematically manipulate it here. The principal wishes to buy a good he values at V_p , which costs the third party a lesser sum V_t to produce. The principal can either buy the good directly, at transaction cost c_{na} , or hire an agent, at the lower cost c_a . With probability f , the agent mistakenly orders the wrong good, which the principal values at only $(V_p - X)$ and which cannot be resold for more than that amount. The agent error has a probability given by a convex function $f(c_p, c_t)$ which is decreasing in c_p and c_t , the care the principal and the third party take to prevent the error, with diminishing returns to each kind of care.

Our focus will be on the choice of the care levels c_p and c_t . The principal's care, c_p , has a large number of interpretations. It is he who has made an agreement with the agent, and at some cost he can incorporate incentives to deter agent error. This cost includes the cost of formulating and negotiating the agreement, the cost of compensating the agent for his increased effort to avoid errors, and the cost of incentives under imperfect information (e.g., increased risk-bearing by the agent and the real costs of punishments). The principal can also exert care by choosing agents carefully and by monitoring them to increase the agent's incentives to avoid error and to catch erroneous contracts before any reliance costs are incurred. The care level c_p incorporates all these avenues of error avoidance.

The third party has less scope for avoiding agent error because he does not select or compensate the agent. His chief advantage is that he is on the spot when the contract is being formed, so he can detect some errors more easily. Even if he does not know the principal's desire perfectly, the third party can detect gross agent errors, take care to avoid inducing agent error, ask about the agent's instructions, and contact the principal directly for confirmation. These comprise the care level c_t .

If no agent is used, the principal pays the transaction cost. The price is falling in c_{na} , so the principal and the third party share any reduction in the transaction cost. The principal receives a direct benefit, paying out a smaller c_{na} , and the third party receives an indirect benefit, a higher price.

If the agent is used, an error may occur, in which case it is efficient to breach the erroneous contract and write a new contract correcting the error. The individual payoffs depend on who pays the agent, and on the legal rule. The social surplus regardless of the

legal rule, consists of the gains from trade, $(V_p - V_t)$, the expected loss due to error, $f(c_p, c_t)$, X , the cost of the agent's effort, c_a , and the care taken to avoid error, $(c_p + c_t)$. All these exist regardless of the legal rule, which will only affect the levels of c_p and c_t , unless it completely chokes off use of the agent.

In the first best, the agent is used if he reduces expected transaction costs. If the probability of agent error falls, the principal receives a direct gain, bearing the mistake cost of X less often, but the third party receives an indirect gain, a higher price. The agent reduces transaction costs, to the benefit of both parties, and both parties should be interested in a legal rule that encourages efficient monitoring. It is not true that when the principal hires the agent it helps the principal alone. A reduction in transaction costs helps both sides of the transaction.

This is itself an important point about agency. The agent helps both sides of the transaction, and an efficient legal rule benefits both buyer and seller. As a result, it is wrong to try to decide whether someone is the buyer's agent or the seller's agent by discovering who is the beneficiary of his actions. Everyone is a beneficiary. A better approach is to ask who has control over the agent, which in fact is the usual legal rule. Both parties, however, have some control over him, as in the model above, where both principal and third party can take care to prevent agent mistakes. The principal has authority, and usually has more control, but his power is limited by his absence from the time and place of the transaction.

Consider a real estate broker selling a house. He is the seller's agent, owing a fiduciary duty to the seller, and the seller pays him the commission. At the same time, he does have duties to buyers, he spends much more time with them than with the seller, and he depends on buyers for success in gaining any commission at all. Moreover, from an economic point of view, the buyer pays the commission just as much as the seller does. Appearances are so deceiving that buyers commonly and wrongly believe that the broker is acting on their behalf, not the seller's, and owes them fiduciary duties. That is false,¹⁴ but it can easily happen that the broker is much more useful to the buyer than to the seller, his principal. It may happen that absent the broker, the seller could find many equivalent buyers for his house, but that the buyer could not find any house that so well met his needs.

While it is clear that an effective agent helps both principal and third party, the great question in agency law is which should bear responsibility for the agent's mistakes or malfeasance. We can use efficiency as a criterion, asking what legal rule would bring us closest to the optimal levels of care, c_p and c_t , and thereby make both parties better off ex ante. The difficulty is that care by both principal and third party is desirable. Contract law ordinarily either upholds or voids an agreement. If the rule is that mistakes by an agent are immaterial to the validity of a contract, the third party will not take care. If the

¹⁴For example: "(c) A broker engaged by a seller or landlord owes no duties or obligations to the buyer or tenant except that a broker shall treat all prospective buyers or tenants honestly and shall not knowingly give them false information." (Indiana Code, §25-34.1-10-10, 1996)

rule is that mistakes by the agent void a contract, the principal will not take care.¹⁵ Nor would it be enough to go beyond standard contract doctrine to something more like tort law's comparative negligence, sharing the cost of agent error between principal and third party.¹⁶ This would give each some, but not sufficient, incentive to take care.

The problem is a variant of the "moral hazard in teams" problem described by Holmstrom (1982). His work implies that any legal rule sharing damages will be inefficient unless it has one of two features:

- (1) The rule destroys value by imposing punishments on both the principal and the third party following agent error.
- (2) The rule makes use of the care levels c_p and c_t , in allocating liability, punishing suboptimal care.

In Holmstrom's original context of labor contracts, feature (1) takes the form of docking *all* the workers' pay if their joint output is so low as to show that at least one worker shirked. Workers will agree to this in advance knowing that in equilibrium nobody will shirk under this threat, and if someone did, the employer would gladly carry out the threat. In the context of an erroneous contract, the court would impose the entire loss on each party. Each would then provide the efficient care level, but they would have a strong disincentive to enforce the agreement in court ex post, even if a court would enforce such a contract clause.

Feature (2) is not ordinarily a feature of contract law, but it is the dominant feature of tort law, which often assigns liability based on negligence. Agency law often seems a hybrid between tort and contract. It has the contract feature of agreement between two parties, but the tort features that the two parties-- principal and third party-- do not meet and the harm is unintentional.

¹⁵For a straightforward algebraic analysis of the effect of different legal rules, see the early, more technical version of this paper, Eric Rasmusen, *The Economics of Agency Law and Contract Formation*, May 8, 1995, <http://Php.Indiana.edu/~erasmuse/papers/agency.1995.pdf> (March 3, 2001).

¹⁶Posner (1986) suggests that unlike in tort, in contract it is usually very clear that only one party could have prevented breach. The performer failed to perform, which the payer could not prevent, or the payer failed to pay, which the performer could not prevent. An exception to the indivisibility of liability is the rule of *Hadley v. Baxendale*, under which the breacher is not liable for unforeseeable damages (*Hadley v. Baxendale*, 1854). Since he does pay compensation only for the immediate damages from breach, this splits total damages. It allocates each type of damage completely to one party or the other, however, and the unforeseeability of the uncompensated damages from the point of view of the breacher means that it would be inefficient to make him liable for them. A more obscure example is the provision in the Mongolo-Oirat Regulations of 1640 that if a third party buys stray cattle from a finder the loss is split-- the original owner is entitled to the head and the third party to the rump. Similar splits were common in other areas of accident law in Mongolia (Levmore, 1987).

As a result, the Coase Theorem is less helpful than it usually is in contract situations. Ordinarily, discussions of the economics of contract law qualify their conclusions by saying that the welfare loss from an inefficient legal default rule is limited to transaction costs, because the parties can always contract around the inefficient rule. That is more difficult when such contracting-around must be done by the very agent whose errors are the source of the problem. The limitation on losses only applies in the sense that the parties can always dispense with using an agent if agency law is too inefficient. Not using the agent could be the second-best-efficient outcome, if optimal care levels by both principal and third party still result in high agency costs, since if the third party must bear the cost of agent mistakes, he may decide to refuse to deal with agents in dubious circumstances and insist on direct negotiation with the principal. Shavell (1980) has made a similar point in the tort context: if an activity is inherently risky, an efficient tort rule should discourage the level of the activity to some extent as well as encouraging proper care when the activity is still undertaken. If the agent is to be retained, however, contracting around inefficient default rules is unsatisfactory, because it is the untrustworthy agent himself who is handling the contracting for the principal.¹⁷

A more important result of the tort features is that agency law is a field where the older, "Posnerian" style of law and economics still has much to teach us, because the least-cost avoider principle of tort applies. The least-cost avoider-principle, broadly stated, asks which party has the lower cost of avoiding harm, and assigns liability to that party. This is not entirely satisfactory, since it reduces the incentive for the other party to take care, and we are unlikely to get both c_p and c_t exactly right, but the principle has wide application and is simple enough for judge and jury to use. Moreover, not only does it have desirable efficiency properties, encouraging the parties to take some but not excessive precautions *ex ante*, it also accords with common ideas of fairness, putting the loss on the party who most people think deserves it in cases where everyday intuition does apply.¹⁸ Section 4 will examine different types of error, and show how the six sources of agent authority can all be seen as applications of the least-cost avoider principle.

4. Application of the Least-Cost Avoider Principle

A. The Sources of Authority

The six sources of agent authority described in Section 2 can all be derived from the least-cost avoider principle, which explains why it is often more difficult to decide which legal doctrine applies in a particular case than to decide where the law places liability.

1. Actual Express Authority

¹⁷ See the *Corrupt Treasurer Case* in Section 4.B below for an example; the person to ask about whether a transaction was authorized was himself the source of the problem.

¹⁸ One might go further and say that the efficiency properties of the rule are why it seems fair, but that is a subject for a different article.

When the agent has actual express authority, the principal will usually be the least-cost avoider.

Illustration 1: Principal Mistake. *P* hires *A* to buy goods from *TP*. *A* orders the goods from *TP*. Soon afterwards, *P* realizes that he cannot make use of the goods. Must *P* accept delivery and pay *TP*?

In Illustration 1, the agent's role is trivial. He carries out the wishes of the principal to the letter, and when the principal is mistaken *ex post*, it is not because he employed an agent. It is a useful starting point, however, because both *P* and *TP* could conceivably have prevented the harm, yet we place responsibility on *P*. Why not have a rule that says that sellers must take due care that the buyers can really use the goods? This is not, of course, a problem limited to contracts by agents, but it must be cleared up before we continue.¹⁹

P is the natural least-cost avoider, because he should know better than anyone what goods he wants and how much he is willing to pay for them. Determining even one's own tastes is costly, but trying to determine someone else's is usually more difficult. This is particularly true when an agent is used, because *TP* does not even meet *P* face to face and so has little idea of *P*'s motivation.

Even so simple a point, however, has its exceptions. Although *P* knows his tastes best, if *TP* knows the goods he is selling best, it may be *TP* who can most cheaply avoid mistaken contracts. This is the basis for the formation defenses of fraud and misrepresentation which a defendant may use when accused of breach of contract. It is also the basis for many common business practices such as warranties and explicit or implicit money-back guarantees. Warranties are a good example, however, of how if the legal default is that *P* is responsible, but *TP* is the least-cost avoider, the contract can be modified to shift the risk of mistake onto *TP*.

2. Actual Implied Authority

In Illustration 1, the considerations involved differ little from when a contract is made without an agent, except for *TP*'s high cost of discovering the motivation of the party with whom he is ultimately contracting. When actual implied authority is involved, the distinct features of agency come into play, because of the possibility that the agent acts in a way that the principal did not intend and would repudiate immediately upon discovering it.²⁰

¹⁹ On occasion, the law does recognize that a party to a contract can be protected from his own carelessness. Scriveners' errors are an example: if there is a clear drafting error, such as a missing decimal place, courts will not enforce a contract as written. See Ayres and Rasmusen (1993).

²⁰ The difference between actual and implied authority is distinct from the difference between a special and a general agent: "(1) A general agent is an agent authorized to conduct a series of transactions involving a continuity of service. (2) A special agent is an agent authorized to

Illustration 2: Agent Mistake. *P* hires *A* as manager for his grocery store. *A* orders fresh fruit from *TP*, and orders more than *P* desired. Is *P* liable on the agreement?

P is liable on the contract because general managers have the implied authority to place orders for fruit. This is a more difficult case than Illustration 1, however. We cannot just say that the buyer is responsible for his promises, because in Illustration 2, *A* is acting contrary to *P*'s wishes, even if unintentionally. Unlike in Illustration 1, if *A* were not employed, the mistaken order would not have occurred, so *A* is not simply acting in place of *P*. *P* has, however, intended for *A* to make contracts of this kind, and knows there is some possibility *A* will place the wrong order. In this sense, *P* intended that *A* place a certain number of wrong orders. This is the same tradeoff between reducing transaction costs and increasing error costs modelled in Section 3. Viewed this way, actual implied authority is close to inherent agency power: the principal has put the agent in a position where the agent can inflict harm on third parties.

The least-cost avoider principle helps clear away some of the confusion over authority. We must ask what general rule of liability would result in the least cost of avoiding this kind of mistake. The principal has a variety of means available to reduce the risk of agent mistakes. He hires the agent, and so can select an agent with the appropriate talents.²¹ He can negotiate a contract to give him incentive to use those talents properly.²² He can instruct the agent to a greater or lesser extent, choosing the level of detail in light of the costs of instruction and mistake. He can expressly instruct the agent not to take certain actions, and tell third parties about the restrictions.²³ He can monitor the agent, asking for progress reports or randomly checking negotiations that are in progress. The principal's control over the agent, a basic feature of the agency relationship, gives him many levers with which to reduce the probability of mistakes.

Analogous to some of these levers are available to the third party. He can refuse to deal with an insufficiently talented agent, though this requires incurring costs to test the agent's talent. Such testing may be no more difficult for the third party than for the principal, but the principal often will be able to spread the fixed cost of testing the agent over many transactions that the agent will make for him. The third party could sign a

conduct a single transaction or a series of transactions not involving continuity of service." *Restatement*, §3.

²¹Where one of two innocent persons must suffer, the loss should be borne by him who put the wrongdoer in a position of trust and confidence and thus enabled him to perpetrate the wrong." (*Ryckaczewski v. Kerry Home, Inc.*, 1960, at 465).

²²See the syllabus in *Union Mutual Life Insurance Co. v. Wilkinson* (1871): "This principle [that insurance salesmen are agents of the seller, not the buyer] is rendered necessary by the manner in which these agents are sent over the country by such companies, and stimulated by them to exertions in effecting insurance, which often lead to a disregard of the true principles of insurance as well as fair dealing."

²³If not communicated to the third party, such withdrawal may not affect the manager's power to take such actions, because he may still have apparent authority, but the principal can punish the agent for taking forbidden actions. This (and simply the avoidance of mistakes) is the chief use of hidden instructions, as in *Watteau v. Fenwick*.

contract with the agent, specifying that the agent will be punished if the principal disavows the contract, but, again, it may not be worth tailoring a separate incentive contract for each transaction. Or, the third party could monitor the agent by checking with the principal to confirm the transaction. Sometimes this may be efficient, but the trouble to which it puts the principal brings into question the usefulness of hiring an agent in the first place. In light of this, it makes sense to have the principal liable as a general rule when the agent has actual implied authority.

3. Apparent Authority

Apparent authority rests on conduct or words of the principal which lead the third party to believe reasonably that the agent is acting with authority.²⁴

Illustration 3: The Lingering Agent Problem. *P* discharges *A*, his general selling agent, but gives no notice to others. Shortly thereafter, *A* contracts to sell goods by separate contracts to *X*, *Y* and *Z*. *X* had known of *A*'s former employment. *A* showed *Y* a letter from *P* to *A* signed by *P*, stating that *A* is employed as *P*'s selling agent. *Z* had not known of *A*'s employment and relied wholly on *A*'s oral statement.²⁵ Do *X*, *Y*, and *Z* have valid contract claims against *P*?

The *Restatement* says that *X* and *Y* have valid claims, but *Z* does not. This corresponds to the least-cost avoider principle, because for *X* and *Y* to check the authority of every well-known or documented agent for every transaction would be more costly than to require *P* to notify his customers that *A* has been fired and to demand return of letters of authority.²⁶ Furthermore, even if the cost to *P* of retrieving his letter of authority is high, imposing liability on *P* discourages him from issuing such a dangerous letter in the first place. Some other sign of authority may be less easily abused. *Z*, on the other hand, has exerted no care to determine that *A* is *P*'s agent, and *P*'s cost of

²⁴Apparent authority can be either apparent express authority or apparent implied authority, but I have not seen this terminology used anywhere.

²⁵*Restatement*, §159. Something very close to Illustration 3 comes up in the Bible: "And he said also unto his disciples, There was a certain rich man, which had a steward; and the same was accused unto him that he had wasted his goods. And he called him, and said unto him, How is it that I hear this of thee? give an account of thy stewardship; for thou mayest be no longer steward. Then the steward said within himself, What shall I do? for my lord taketh away from me the stewardship: I cannot dig; to beg I am ashamed. I am resolved what to do, that when I am put out of the stewardship, they may receive me into their houses. So he called every one of his lord's debtors unto him, and said unto the first, How much owest thou unto my lord? And he said, An hundred measures of oil. And he said unto him, Take thy bill, and sit down quickly, and write fifty. Then said he to another, And how much owest thou? And he said, An hundred measures of wheat. And he said unto him, Take thy bill, and write fourscore. And the lord commended the unjust steward, because he had done wisely: for the children of this world are in their generation wiser than the children of light." (*Luke* 16:1-8, King James Version)

²⁶This is close to the former dealer rule in partnership law, that when a partnership is dissolved, an erstwhile partner still has the power to obligate the firm until former dealers on credit are notified of the dissolution. See Steffen (1977) at 51 or U.P.A. §35.

advertising to every potential customer that every potential salesman is not his agent is prohibitively high.

The word "reasonably" should tip off the reader that apparent authority is the source of many disputes. Three of them will help illustrate the problems of the third party in discovering that the agent's authority is only apparent.

The Burnt Cotton Case: TP Cannot Discover Actual Authority. In 1863, TP sold 144 bales of cotton to A, P's agent, for 40 cents a pound. Before the cotton could be put on a boat, 90 bales were burned. P had instructed A to buy at an average price of 30 cents a pound and not vest ownership till delivery at Memphis, so A violated instructions. Must P pay for the burnt cotton? (*Butler v. Maples*, 1869)

The U.S. Supreme Court agreed that P must pay. A did have express authority to buy cotton for P, subject though he was to secret instructions on how to do it. For TP to delay and ask P if A had authority was impractical. Having the express authority to be a general agent, A had the apparent authority to pay the market price for typical terms of delivery.²⁷

The Lawyer Madnick Case: TP Cannot Cheaply Discover Actual Authority. Principal Rothman hired agent lawyer Madnick to represent him in a tort suit against third party Fillette. Pennsylvania law requires express authority for a lawyer to settle a case for his client. Madnick settled the Rothman's case without such authority, forged his signature, and cashed the \$7,000 check for himself. Five years later, after Madnick had been disbarred and convicted of forgery unconnected with this case, Rothman sought to reopen his case. Can he-- and does the \$7,000 count as being paid to Rothman? (*Rothman v. Fillette*, 1983)

A lower court thought that third party Fillette ought to have taken more care to check on Rothman's authority. The appellate court found this absurd and reversed, saying,

"The lower court suggested the following methods for an insurer to ascertain the attorney's authority prior to consummating settlement: (1) compare the signature on the release with the signature in the files; (2) require the release to be notarized; (3) request the claimant to personally execute the release in their presence; and/or, (4) obtain permission to contact the claimant in order to verify settlement.

In our judgment these suggestions are impractical and of little utility for the objectives sought to be achieved. (*Rothman v. Fillette*, 1983, at 267)

²⁷Nowadays, UCC §2-509 would seem to put the loss on the seller in a case like this since the burning occurred before the cotton was put on the carrier. This was not a point mentioned in the Supreme Court's opinion, though, so it would seem the relevant law was different then.

Fillette could have undertaken all four of these checks on Madnick's authority, but at a significant cost, given the unlikelihood of encountering forgery from an attorney. Even in the modern age of telephone and fax, checking up is not cheap.²⁸

The Antigua Loan Case: P would Prefer not to be Bothered by TP's Inquiries. Antigua's ambassador to the United Nations borrowed \$250,000 from First Fidelity Bank, purportedly to refurbish the embassy, but actually to invest in a casino. He could not repay, and agreed to a settlement. Was Antigua liable, and was the settlement valid? (*First Fidelity Bank, N.A. v. Antigua and Barbuda*, 1989).

This case illustrates how high the cost of checking on authority can be. American banks do not have in-house knowledge of Antiguan government procurement procedures. Note, too, that not only the third party, but the principal, directly bears costs from verifying agent authority. The Court held that the ambassador may have had apparent authority, depending on the fact of whether the bank should have known. One judge dissented, objecting to remand on the grounds that apparent authority was obvious enough not to need a determination of fact:

...foreign governments generally will not appreciate inquiries from American vendors as to the authority of their ambassadors to obtain goods or services. ... And how is the vendor to avoid all risk? It cannot obtain a routine resolution of borrowing authority from a corporation's board of directors. Must it inquire of the foreign ministry, the parliament, the head of state? Or should it examine the internal legal regulations that govern the purchasing and borrowing authority of each country's ambassadors? None of these alternatives seems likely to promote this country's relationships with foreign states.

A third party who supplies an embassy (or a UN mission) with champagne or credit expects payment, not an opportunity to persuade a trial court that its ignorance of an ambassador's lack of actual authority was not willful. (*First Fidelity Bank, N.A. v. Antigua and Barbuda*, 1989, at 199).

Thus, for a variety of reasons, the principal may be the least-cost avoider of agent error even when this requires going beyond issuing careful instructions to the agent with credible threats of punishment for disobeying those instructions.²⁹

²⁸This reasoning is persuasive as far as concluding that third party Fillette ought to be credited with the \$7,000 he paid agent Madnick. A dissenting appellate judge agreed with this, but thought that Rothman ought to have been allowed to pursue his claim for anything in excess of \$7,000. Oddly, neither majority nor dissent returns to the seemingly decisive fact that the Pennsylvania statute requires express authority, not just apparent authority, for a settlement.

²⁹Curiously, the U.S. federal government has protections under federal common law not available to other principals. In 1995, a federal judge agreed with plaintiff Dupuis that the Federal Home Loan Mortgage Corporation was an undisclosed principal for the bank she dealt with and would be liable to her, but "Despite FHLMC's liability at common law (federal or Maine), I conclude that the Merrill doctrine ultimately provides a complete defense to FHLMC on all of Dupuis's contract claims." (*Dupuis v. Federal Home Loan Mortgage Corporation*, 1995, at 144)

The Merrill doctrine was created by the U.S. Supreme Court in 1947. Justice Frankfurter wrote that despite "...the theory of the trial judge, that since the knowledge of the agent of a private insurance company, under the circumstances of this case, would be attributed to, and

These cases also illustrate a difficulty in defining apparent authority as a legal concept. I began this section with "Apparent authority rests on conduct or words of the principal..." Illustration 3 did not have this problem. If *P* tells *TP* that *A* has authority, and then *P* cancels the authority without telling *TP*, then *A* clearly has apparent authority but not actual authority. If *A* tells *TP* that *A* has authority to act for *P*, when *A* in fact has never met *P*, then *A* does not have apparent authority. A maxim of agency law is that an agent cannot create his own authority. But what if *P*'s conduct has led *TP* to believe that *A* has authority? The lines between apparent authority, agency by estoppel, and inherent agency power then become hazy. In the *Burnt Cotton Case*, the *Lawyer Madnick Case*, and the *Antigua Loan Case*, the agent is chiefly to blame for the false appearance of authority, but the principal put him in a position to create that false appearance. The least-cost avoider principle applies relatively simply, but deciding which formalist legal category applies is more difficult.

4. Agency by Estoppel

Estoppel is based on the ease with which someone could have prevented harm to himself. Having failed to prevent the harm, he is "estopped" from asserting what would otherwise be a valid claim.

Illustration 4: Estoppel. "P learns that A, who has no authority or apparent authority to sell P's goods, is negotiating with TP as P's agent for their sale. He does nothing although he could easily notify TP. TP pays A for the goods, as is customary in such a transaction."³⁰ Must P deliver the goods?

On pure agency grounds, *P* would be free to refuse to deliver the goods, because *A* is not his agent and *P*'s manifestations did not deceive *TP*. Instead, the law requires

thereby bind, a private insurance company, the Corporation is equally bound," the Court would hold that, "Whatever the form in which the Government functions, anyone entering into an arrangement with the Government takes the risk of having accurately ascertained that he who purports to act for the Government stays within the bounds of his authority." (*Federal Crop Ins. Corp. v. Merrill*, 1947, at 383). The liability of the sovereign is based on its waiver of sovereign immunity, which courts construe narrowly; in an opinion ruling that the Commissioner of the Internal Revenue Service's agreement to a tax settlement was invalid despite his apparent authority because by statute he lacked actual authority without the explicit concurrence of the Secretary of the Treasury, the Court said, "When a statute limits a thing to be done in a particular mode, it includes the negative of any other mode." (*Botany Worsted Mills v. U.S.*, 1928, at 289)

Note that in his *Merrill* dissent, Justice Jackson uses the least-cost avoider idea: "To my mind, it is an absurdity to hold that every farmer who insures his crops knows what the Federal Register contains or even knows that there is such a publication. If he were to peruse this voluminous and dull publication as it is issued from time to time in order to make sure whether anything has been promulgated that affects his rights, he would never need crop insurance, for he would never get time to plant any crops." (*Merrill*, at 387)

³⁰*Restatement*, §8B. See also §31, Estoppel to Deny Authorization.

him to deliver the goods on grounds of estoppel: he could have prevented the misunderstanding by repudiating A's statement, but he did not.

This is clearly justified by the least-cost avoider principle. Even though *P* did not hire *A*, he is the least-cost avoider because he can prevent the mistake more cheaply than *TP* can. He is therefore liable for the resulting harm (*Restatement*, §8B. See also §31, Estoppel to Deny Authorization).

The common law generally does not impose liability for nonfeasance, only for malfeasance, as in the lack of a duty to rescue. That principle does not apply to agency, as the *Restatement* explains in a special section on "Estoppel by silence": "The laissez-faire common law rule which imposes no duty to aid others has probably been retained in its extreme form because of the difficulty in fixing limits and in the agency situation, not only is the purported principal in the best position to prevent the harm, but also it is usually not difficult to ascertain what it was reasonable for him to do."³¹ In *Metropolitan Club v. Hopper* (1927), for example, the secretary of a club ordered, without authority from the club, supplies for a restaurant company operating in the club building. The club would not have been liable, except that it regularly received and ignored copies of the bills. Consequently, it was estopped from denying that the secretary was acting as its authorized agent.

Estoppel has two special features in contrast to other sources of liability (Steffen, 1977, at 128). First, the third party's recovery is limited to the losses caused by the principal's failure to prevent the mistake, rather than including expectation damages. Strictly speaking, the principal's failure does not make an invalid agreement into a contract; it just makes the principal liable for damages. If there is no reliance by the third party, no recovery is possible. Second, estoppel is a one-way street. The third party can obtain damages from the principal, but the principal cannot enforce the agreement against the third party (unless it is made valid by ratification, as discussed below). Estoppel is a concept from the common law of tort and evidence, not contract. These features make it even clearer that the driving idea is the least-cost avoider principle, rather than any of the other theories of contract law. The *BMW Case* shows this in its plaintiff's use of negligence and agency theories.

The BMW Case. Cullen paid an auto dealer for a car which was never delivered. The manufacturer, BMW, had terminated its relationship with the dealer due to customer complaints and financial irregularities, but he continued to sell from his inventory of BMW cars and to use the BMW logo. (*Cullen v. BMW*, 1980)

BMW did not give actual authority to the dealer, nor, one may argue, did it give apparent authority by its manifestations. Rather, after terminating what might have been

³¹*Restatement*, §8Bc, which notes that nonfeasance also estops a landowner who fails to prevent someone else who believes himself the owner from making improvements on it (*Restatement of Restitution*, 40, 43) or a landowner who fails to prevent someone else from selling his land to a bona fide purchaser (*Restatement of Torts*, §894, (2)).

apparent authority, BMW neglected to stop the dealer from continuing to use the BMW name, and hence, the Court said, was estopped from denying agency.

5. Ratification

Ratification, the fifth source of liability, occurs when the principal assents to an agreement after it is made by someone who lacks authority. Ratification is similar to actual express authority, because when the principal ratifies the agreement he is saying that he sees no mistake worth the cost of renegotiation. The principal will be the least-cost avoider for the same reason as when the agent has actual express authority. Even ratification has its nuances, however, as shown in the following case of ratification by silence.

The Silent Client Case. The State of New York appropriated land owned by Hallock and Phillips, with payment, and they took the matter to court. They told their lawyer not to settle the case in a particular way, but the lawyer did anyway. Phillips stood by without objecting at the settlement conference, and Hallock waited two months to object. Was Hallock bound by the settlement? (*Hallock v. State*, 1984)

The Court ruled that Hallock was bound by the settlement, and based its decision on ratification, even though it might have emphasized that New York court rules (in contrast to the Pennsylvania statute in the *Lawyer Madnick Case*) required that attorneys at pretrial conferences have authority to bind their clients to settlements.

Again, we see the difficulty of naming the appropriate legal doctrine. This could be ratification, agency by estoppel, apparent authority, or even, based on the New York court rules, implied actual authority or inherent agency power. Yet it is easy to see that Hallock was the least-cost avoider.

6. Inherent Agency Power

The last source of liability, inherent agency power, returns us to *Watteau v. Fenwick*, here abstracted as Illustration 5.

Illustration 5: Express Instructions Violated. *P* buys *A*'s tavern and hires him as manager, instructing him not to buy cigars for the tavern. *A* orders cigars for the tavern anyway, from *TP*, who believes *A* to be the owner. Must *P* honor the agreement?

A lacks actual authority to buy cigars, because of *P*'s instructions, and lacks apparent authority because *TP* does not believe *A* to be *P*'s agent. *P*'s liability is based on inherent agency power: *A* has been put into a situation, where he can impose losses on third parties unless *P* is made liable.³²

³²Note that *A*, as well as *P*, is liable to *TP* also in situations where inherent agency power is invoked because of an undisclosed principal. This is different from most of the other sources of authority, though *A* may also be liable in cases of estoppel, and this will be discussed in Section

The least-cost avoider principle reaches the same result, because *P* can control *A* more cheaply than can *TP*. Not only do the arguments made earlier for *P*'s lower cost of mistake avoidance apply, but the fact that *P* is undisclosed strengthens the argument because *TP* does not even realize there is an agency problem.

Agents making false representations, the situations where inherent agency power is applied, create a variety of special cases (see Section 4.B and 5.C), not all of which isolate the principal as the least-cost avoider. The least-cost avoider principle is a more coherent explanation for how courts make decision.

Thus, every one of the six sources of liability can be justified by the least-cost avoider principle. It can be difficult to decide for a given case which of the six sources of agent authority is decisive, but it is often easier to decide who is the least-cost avoider. That idea runs through all six principles, and gives a single efficiency justification for all of them.

7. Tort and Agency Doctrines Compared

As discussed earlier, the agency law of contracts is really a mix of tort and contract. There is damage that might occur, and two parties (plus the agent) who might take care to prevent it, as in tort. As in contract, the efficiency loss from having the wrong default law is usually limited to the transaction cost of writing an improved rule into the contract--- but sometimes, as in tort, this cannot be done, because it is the wayward agent who would have help with doing the writing.

A natural question is how the six agency doctrines relate to tort doctrines such as contributory negligence and strict liability. In tort terms, we may think of the principal having caused injury to the third party by allowing the execution of an agreement whose non-enforcement will be to the third party's detriment. (It will not hurt the analogy that the reverse is equally plausible, since here, unlike in tort, there is no actual injury until the court decides whether or not to enforce the contract.)

Tort doctrines look to how the carelessness of one or both parties led to the damage. Being careless is called being "negligent", which is equivalent to exercising inefficiently little care under the Hand Rule, but might be defined under some other standard such as industry custom (see Epstein, 1992). Suppose the third party, and only the third party, was negligent. In tort, the principal is liable for the damage only under the doctrine of strict liability. In agency, this corresponds to the doctrine of actual authority. The agent has actual authority to execute the agreement, then it does not matter how careless the third party was in checking that authority: the agreement is a contract and the principal must honor it.

5. This is also different from vicarious liability, to which inherent agency power is often analogized, since the agent is not liable for his torts.

If it is only the principal that is negligent, then he is liable under tort, and similarly under agency. This is the essence of apparent authority: the principal has given the agent opportunity to deceive the third party, and so the principal must honor any agreements made. Inherent agency power would seem to fit under the same heading: the principal's lack of care has led to the mistaken agreement, and the third party cannot be expected to compensate.

If neither party is negligent, then tort doctrine ordinarily lets losses lie where they fall—giving the third party no relief, in our framework. This is efficient because to allow access to the courts for relief would result in excess care by one or both parties, they already having had sufficient incentive to exercise efficient care. If, for example, the agent has so cleverly forged his credentials that efficient monitoring by the principal and efficient checking by the third party would not detect it, then he does not have authority to make the contract, and the courts will not enforce it.

In tort, as in agency, finding the efficient law is most difficult when both parties have taken insufficient care. Under tort, the doctrine of contributory negligence would bar relief for the third party if not just the principal but he himself were negligent in monitoring the agent. This might be modified by the comparative negligence doctrine, under which the costs of the mistake are shared (see, e.g., *Li v. Yellow Cab Co.*, 1975, or Landes and Posner, 1987, pp. 80-84), or by the last clear chance doctrine, under which the principal would still be liable if he had the last opportunity in time to prevent the harm (see, e.g., *Belton v. Washington Metro. Area Transit Auth.*, Williams, J., 1994, or Landes and Posner, 1987, pp. 92-95).

Comparative negligence has no analog in agency law, though Whincop (1997) has proposed that costs be split according to the degree of carelessness of the principal and the third party. The last clear chance doctrine, however, has clear analogs in authority by estoppel and ratification. The essence of these is that whatever may have contributed to the mistake earlier, if the principal fails to correct the problem when he could easily do so then the court will force him to honor it. (The contract doctrine of mitigation of damages is also similar in flavor.) We will also see examples below of the last mover bearing the cost of mistakes—examples in which the decisive consideration is the third party's lack of care at the time of contracting.

B. When Should the Third Party Bear the Cost of Mistaken Contracts?

In the illustrations in Section 4.A, the principal was the least-cost avoider of error, as one would usually expect, given his control over the identity and incentives of the agent. "Usually" is not "invariably", however. The third party has the advantage of being present at the time of contracting, and so has available at low cost additional information relevant to whether the purported agent is taking a wrong action.

1. Care to Check Authority

Illustration 6: Not Checking Authority Carefully. "P tells TP that A is authorized to buy sheep for him when the market price of wool in another country has reached a certain point. TP sells sheep to A, relying upon A's untruthful statement that the price of wool has reached the specified point."³³ Is P bound by the agreement? (*Restatement*, §168)

According to the *Restatement*, P is not bound in Illustration 6. TP is the least-cost avoider, because his cost of verifying A's claim is lower than the cost to P of ensuring that A does not make false claims. P does have means to prevent the false claims--- through threat of discharge, if nothing else--- but the cost for TP to check the claims is lower.

The outcome would be different if it were more costly for TP to discover the information on which A's authority relies. We have already seen in *Watteau v. Fenwick* that secret instructions do not protect P. This is equally true of information known to A but not to P or TP. If P authorizes A to buy one sheep, and tells TP that A may be coming by to do so, then P is bound by A's purchase from TP even if A had previously terminated his authority by buying a different sheep from someone else (*Restatement*, §171).

It is crucial whether the information available to the third party should lead him to take special care to check authority, as seen in the following three cases, in which a bailee improperly disposes of goods entrusted to him.³⁴

The Delicatessen as Art Gallery Case. Porter loaned a painting to Von Maker, who hired deli employee Wertz to sell it to Brenner via dealer Feigen. Porter sued Feigen for return of the painting. Should he win? (*Porter v. Wertz*, 1979)

The Court decided, however, that Wertz was not an art merchant in the sense of the Uniform Commercial Code, and that Feigen ought to have taken the precaution of telephoning one of the numbers Wertz gave him, which would have revealed his employment at the delicatessen.³⁵ Feigen argued that industry practice in the art business

³³See the similar *Mussey v. Beecher* (1849). The defendant authorized his agent to buy up to \$2,000 in books for his store. The agent bought more than that amount, and ordered even more from the plaintiff, falsely telling the plaintiff that the limit was not yet exceeded. Judge Shaw ruled for the defendant.

³⁴Bailment is the rightful possession of goods by someone who is not their owner. A bailee is "a species of agent", his duty limited to taking care of certain items of movable property (*Black's*, p. 141). *Black's* is loose here. Some agents are bailees, but not all bailees are agents. "While a bailment is frequently incident to the relation of principal and agent, such relation does not exist where the bailor has no control over the bailee, even though the acts of the bailee benefit the bailor." (*Jones v. Taylor*, 1966, at 186)

³⁵Under the Uniform Commercial Code, giving temporary possession to a merchant blocks recovery from a third party if the merchant sells the good. "(2) Any entrusting of possession of goods to a merchant who deals in goods of that kind gives him power to transfer all rights of the entruster to a buyer in ordinary course of business. (3) 'Entrusting' includes any delivery and any acquiescence in retention of possession regardless of any condition expressed between the parties to the delivery or acquiescence and regardless of whether the procurement of the entrusting or the

was to not inquire into the backgrounds of one's customers. The Court rejected this, saying,

The Feigen claim that the failure to look into Wertz's authority to sell the painting was consistent with the practice of the trade does not excuse such conduct. This claim merely confirms the observation of the trial court that 'in an industry whose transactions cry out for verification of title it is deemed poor practice to probe'. Indeed, commercial indifference to ownership or the right to sell facilitates traffic in stolen works of art. Commercial indifference diminishes the integrity and increases the culpability of the apathetic merchant.³⁶ (at 258).

The following case makes much the same point: the third party has a duty to investigate suspicious sales.

The New Jersey Diamond Case. Wolf consigned a diamond ring to auction company Brand with written instructions not to sell it without permission. Brand borrowed \$4,000 from Nelson, using the ring as collateral for that loan and for a previously bounced check to Nelson. Nelson then purchased the ring from Brand in return for cancelling the loan, but without a written bill of sale. He consigned the ring back to Brand, who returned it to Wolf. Can Nelson recover the ring? (*Nelson v. Wolf*, 1950)

Nelson did not recover the ring in this pre-U.C.C. case, because although he did not know all these facts, (a) he knew Brand needed money and had bounced a check, (b) he knew Brand had trouble repaying the loan, (c) the lack of a bill of sale was suspicious, and (d) he was not an ordinary customer. Contrast this what happened three years later:

The New York Diamond Case. Diamond merchant Harry Winston sent a diamond ring to auction company Brand for examination, with written instructions not to sell it without permission, and allowed Brand to display it publicly. Brand then sold it to Jane Zendman. Does she own the ring? (*Zendman v. Harry Winston*, 1953---yes, it's the same auction company as in the *New Jersey Diamond Case.*)

The Court gave title to Zendman, since she, an ordinary customer, had no reason to be suspicious. In addition (important in this pre-U.C.C. case), Winston had allowed public display of the ring together with Brand's other merchandise. The principal had not taken care, and the third party could not, so the principal bore the loss.³⁷

It is an easy step from these cases to ones involving stolen goods, a topic to which some of the leading scholars in law and economics have given attention (e.g. Landes and Posner, 1996, and Levmore, 1987). There, the law must decide whether to give

possessor's disposition of the goods have been such as to be larcenous under the criminal law." (U.C.C. §2-403)

³⁶ Porter v. Wertz (1979) at 258. This reasoning is similar to the issue of whether industry custom is a defense in tort cases such as Learned Hand's *The T.J. Hooper* (1932). Epstein (1992) explores the difference between tort and contract on the issue of whether industry custom should be a defense against negligence.

³⁷The UCC changed the law by not requiring a showing of lack of care by P., perhaps changing the common law rule because telephone had made P's care cheaper.

possession of stolen goods to the original owner or to someone who bought them from a thief, and the efficient rule depends on how the effort of each party could be used to deter the theft.³⁸

2. The Third Party Has Immediate Information about the Transaction

A second reason why TP may be the least-cost avoider is that he is on the spot at the time of contracting and can observe the agent's behavior.

Illustration 7: Incapacity of the Agent. P hires A as an agent to buy goods from TP. While intoxicated, A orders the wrong goods from TP, who knows that A is intoxicated. Must P pay for the goods?

P should not have to pay for the goods, because it is TP who has the least cost of monitoring A's sobriety.³⁹ If TP has no way of knowing that A is intoxicated, the answer is more difficult.⁴⁰ Contract law does not premise lack of capacity on the knowledge of the other party of that lack. Here, however, P stands behind A, and can take measures to prevent him from contracting while intoxicated. If P has hired a habitual drunkard as his agent, P surely should bear the loss from A's frivolous agreements.

3. Collusion between Agent and Third Party

A third reason to release the principal from liability is if the third party colludes with the agent against him.

Illustration 8: Collusion with the Agent. "TP sells a horse to A, P's authorized agent. TP represents the horse to be sound. A knows the horse to be unsound. P does not have this knowledge." Is P bound by the agreement? (*Restatement*, §144)

The *Restatement* bases the result in Illustration 8 on the additional fact, unmentioned in Illustration 8, of whether TP and A have colluded. Note first that TP's misrepresentation is not the cause of the erroneous purchase, which it would have been had he been selling directly to P, because A was not fooled by it. Therefore, if there was no collusion between TP and A, P would be bound by the contract; he could have gone to the trouble to hire a more responsible agent than A. Or, it might be that in A's judgement, TP's interests are served by buying an unsound horse. If TP had been colluding with A,

³⁸Carrying the idea further still, it has been suggested that criminal penalties should be set to less than the cost of the theft (Hylton, 1996; Friedman, 1996), or that victim carelessness should be a defense for the criminal (Ben-Shahar and Harel, 1995), both of which would encourage victim precaution.

³⁹Lack of capacity is a standard formation defense for breach of contract. See the *Restatement (Second) of Contracts*, §18.

⁴⁰*Restatement*, §122 seems to say that the contract remains invalid: the agent's authority to contract ends after an event which "deprives the agent of capacity to make the principal a party to it."

on the other hand, the contract would be invalid, because (a) the likelihood that *A* is acting in *P*'s interests drops sharply, and (b) *TP* could have prevented the harm by refraining from colluding with *A*, a very low cost to *TP*.⁴¹

The unenforceability of corrupt agreements might be based on any of a number of grounds, including fairness, prevention of gain to evildoers, and the corruption of public morality, but, interestingly enough, the U.S. Supreme Court chose to base it on legal doctrine and economic efficiency, in a case involving bribes to corporate officers to choose a particular route for a railroad:

"Indeed, the law is general that agreements upon pecuniary considerations, or the promise of them, to influence the conduct of officers charged with duties affecting the public interest, or with duties of a fiduciary character to private parties, are against the true policy of the State, which is to secure fidelity in the discharge of all such duties. Agreements of that character introduce mercenary considerations to control the conduct of parties, instead of considerations arising from the nature of their duties and the most efficient way of discharging them. (Justice Field, *Woodstock Iron Company v. Richmond and Danville Extension*, 1889, at 662)

More generally, *Restatement*, §165 releases the principal from liability to third parties for contracts made by agents when the third party knows that the agent is not acting for the benefit of the principal. This would not always release the principal from liability from a contract obtained by bribery--- maybe the third party needs to bribe the agent to do his job properly!--- but it will cover most cases. Thus, the third party is made responsible for monitoring the agent if the direct cost of so doing is zero.

George Cohen (2000, at 28) has made collusion the basis for an alternative to the least-cost avoider principal as an explanation for agency law, arguing that "...the law of contractual authority can largely be understood as an attempt by courts to draw a line between situations in which it is appropriate to presume principal-agent collusion, and situations in which it is more appropriate to switch the presumption to agent-third party collusion." I just discussed agent-third-party collusion, and suggest that its treatment is an example of the least-cost avoider principal at work. This is generally true, because where there is a possibility that the agent and principal might collude, agreeing that the principal will be liable for the agent's agreements where convenient but not otherwise, the third party can always overcome the collusion by incurring the transaction cost of checking the agent's formal authority. The difference between the two theories—least-cost avoider and collusion—is that collusion is a subset of least-cost avoider. If there is collusion, whoever is colluding has the least cost of forestalling contracts that are inefficient ex ante. The least-cost avoider principle, however, also applies to situations where there is no collusion—for example, where the agent absconds with all the funds, to the benefit of neither principal nor third party, or where the agent simply makes mistakes with no strategic intent. Collusion is a better explanation for agency contract law only if

⁴¹Another example of the idea that collusion releases the principal from an agreement can be found in international law. *Restatement (Third) of Foreign Relations*, §331(1)(c) allows a government to invalidate an international agreement entered into by a corrupt agent.

such examples are much rarer than cases where collusion is the chief danger—something I believe to be untrue.

4. *Obvious Agent Malfeasance*

A fourth reason to release the principal from liability is if the agent's malfeasance should be obvious to the third party from the terms of the agreement.⁴²

Illustration 9: Obvious Agent Malfeasance. *P* authorizes *A* to buy a refrigerator for him. *TP* has listed a refrigerator for sale at \$400, but *A* offers \$700 if it can be delivered slightly more quickly. *TP* knows that *A* is an agent for *P* and that *P* would not value speed of delivery at \$300. Is *P* bound by the agreement?⁴²

According to the *Restatement*, "Unless otherwise agreed, authority to buy or sell with no price specified in terms includes authority to buy or sell at the market price if any; otherwise at a reasonable price." (*Restatement*, §61) This implies that *P* is not bound by the agreement in *Illustration 9*. *TP* has the least cost of controlling the agent's misbehavior because he is on the spot, unlike *P*. The price of \$700 is so excessive that it should be easy for *TP* to see that *A* is misrepresenting his authority from *P*.

If the price paid had only been \$450, the mistake would not be so clear. An extra \$50 is not an unreasonable premium for speed, and it is not easy for *TP* to tell that *A* is misbehaving. The cost to *P* of preventing overpayment, on the other hand, is little different whether the amount is \$50 or \$300. The least-cost avoider principle suggests that *P* should be liable for small mistakes, but not for large ones.⁴³ The following case similarly involves an offer that is too good to be true.

The Corrupt Treasurer Case. Kraft, the treasurer of Anaconda, guaranteed on its behalf repayment of a loan made by Haggiag via his company GOF to Robin, a company owned by one Reisini. Reisini and Kraft were in collusion, contrary to the interests of Anaconda. Kraft did not have actual authority to guarantee the loan, but he managed to fool six banks into extending credit of various kinds to Reisini. The loan went bad. Can GOF collect from Anaconda? (*General Overseas Films, Ltd. v. Robin Int'l, Inc.*, 1982)

The Court recognized that Haggiag could not have acquired more information about Kraft's authority at reasonable cost, since, "... had Haggiag inquired further into Kraft's authority, he would not have discovered anything to cast doubt upon the transactions' propriety, since Kraft was the person at Anaconda authorized to produce evidence as to both the authority to transact business on behalf of Anaconda and any changes in that authority." (at 690) Haggiag lost his suit, however, because the loan

⁴²A plaintiff "claiming reliance on (an) agent's apparent authority must not fail to heed warning or inconsistent circumstances." (Williston, 1957, at 227)

⁴³Recall *Restatement* §165, discussed earlier, which says that the principal is not bound when the third party knows the agent is not acting for the principal's benefit. There is no duty for the third party to inquire more than superficially, but egregious misbehavior should be detected by the third party.

guarantee was not in Anaconda's usual line of business. The six banks that also trusted Kraft all took more precautions and sought more explanation's for Anaconda's interest, though it is still not clear whether they would have collected from Anaconda had their cases not settled out of court.

What these various cases show is that the third party is indeed sometimes the least-cost avoider, and courts recognize this in deciding whether doctrines such as apparent authority apply.

5. The Undisclosed Principal Problem

This variety of illustrations has shown that the least-cost avoider principle can be useful in guiding agency law. This section will apply it to one of the most vexing areas of agency law: the undisclosed principal problem.

A. The Undisclosed Principal Problem

The undisclosed principal problem arises when an agent makes an agreement with a third party who does not realize that the agent is acting for a principal rather than on his own behalf. The question then arises of whether the third party has a legal claim against the principal as well as against the agent. *Watteau v. Fenwick* is particularly dramatic because the agent acted against the express wishes of the principal, but the problem exists even if the agent is obedient, as in Illustration 10.

Illustration 10: The Undisclosed Principal Problem. A agrees to buy goods from TP. A represents P, unknown to TP. Is P bound by the agreement?

Ordinary contract law says that A and TP are bound by the contract. Agency law agrees, but says that P is also bound, which is difficult to justify under the usual jurisprudential theories of contract law.⁴⁴ The rule violates the standard will theories of contract. As the *Restatement* says,

The undisclosed principal rule appears to violate basic principles of contract law. The relation between principal and a person with whom the agent has made an authorized contract is spoken of as contractual, although by definition there has been no manifestation of consent by the third person to the principal or by the principal to him. (*Restatement*, §186)

The rule is no better explained by the bargain theory or reliance theory of contract. The bargain theory looks to whether the two parties bargained with each other.

⁴⁴This discussion is drawn from Barnett (1987), who provides references to the case law and evidence of the discomfort of common law scholars with the undisclosed principal rule. Barnett briefly discusses efficiency theories of contract, but objects to them as not providing a normative theory of contractual obligation.

TP did not knowingly bargain with P, and making P liable provides TP with a benefit for which he did not bargain. The reliance theory looks to whether the two parties reasonably rely on each other's promises. TP does not rely on P's promises, because he does not know that P exists.⁴⁵

An efficiency theory of contract law has an easier time explaining the undisclosed principal rule. In Illustration 10, the contract is desirable from the point of view of both P and TP, unless we add special details such as an unwillingness of TP to sell to P at as low a price as to A (about which more in Section B). TP is getting a windfall by this contract, because not only is A bound to pay him, but so, unknown to TP, is P. Thus, there is no puzzle at all from the point of view of efficiency.

The least-cost avoider principle enters usefully if we add agent malfeasance to the illustration. If A has an undisclosed principal, then TP's cost of preventing A from making an inefficient contract is greater than P's. TP, who does not even know that A is an agent, should be allowed to take even less care than if he knew A were an agent. Consider again Illustration 9, in which A pays \$700 for a refrigerator that normally costs \$400. The *Restatement* seems to indicate that P is released from obligation regardless of whether he is disclosed or undisclosed. The least-cost avoider principle says that the court should think harder about releasing P if he is undisclosed, because TP has less reason to be suspicious and to investigate. Without knowing that A is an agent, TP has no reason to doubt that A has some personal reason for paying a large premium for speedy delivery.

The rule that undisclosed principals are bound by their agents' contracts also usefully encompasses situations in which the agent has used the resources of the principal to appear wealthy and dependable. In such situations, a contract between A and TP without obligation to P could be mistaken, because TP would falsely believe that A was creditworthy. *Watteau v. Fenwick* is one such case: the manager seemed more creditworthy because he appeared to own the tavern. Indeed, the very act of placing an order may make an agent seem more dependable. If an individual orders ten thousand dollars worth of replacement parts for a power plant, it is natural to suppose that he is acting on behalf of a larger business.

That TP receives a windfall because he did not rely on P's credit when entering into the contract does raise concerns, however. If TP has the option of enforcing the contract against P, he has gained an advantage for which he had not bargained with A: if A is insolvent, TP can sue P instead. This windfall matters not only for fairness but efficiency, as the various forms of Illustration 11 show.

Illustration 11.1: No Principal. A, who owns no assets, orders goods on credit from TP which cost \$90 to produce. If there is no recession, A can resell the goods for \$105,

⁴⁵Barnett (1987) shows that his own "consent theory" of contract does explain the common law rules of the undisclosed principal problem. This theory looks to whether (a) the subject of the contract is a morally cognizable and alienable right owned by the transferor and (b) the transferor manifests his consent to transfer the right.

while if there is a recession, which occurs with a 10 percent probability, the goods are worth nothing. The contract takes the form of a contract price of \$101, and *A* breaches if a recession occurs.

Illustration 11.2: Principal and Windfall. The same as 11.1, except: *A* is backed by undisclosed principal *P*, who must honor the contract and will not become insolvent in doing so. *TP* believes the probability that *A* is backed by an undisclosed principal is negligible and so still insists on a contract price of \$101. A contract price of \$101, would yield negative profits for *P*, so no agreement is reached.

Illustration 11.3: Principal, No Windfall. The same as 11.2 except: The legal rule is that *P* is not a party to the contract, and so need not pay damages if *A* breaches. A contract price of \$101 would yield positive profits for *P*, and so agreement is reached.

In each of the variants it is efficient for *TP* to sell the goods to *A*, but in 11.2, in which the undisclosed principal is bound, agreement is not reached. He would authorize *A* to make the contract if undisclosed principals were not liable, but not otherwise. Thus, there is indeed a potential efficiency loss associated with making undisclosed principals liable on contracts. Some mutually beneficial contracts will not be made, because *TP* does not know how valuable the contract being offered to him is.

Could the windfall be avoided by special contract terms? A maxim of the law and economics of contract is that if transaction costs are low, the parties will customize their contract regardless of the legal default rule, so an inefficient default rule can cause only a limited amount of harm. This might seem to be a way out of the undisclosed principal problem, as in Illustration 12.

Illustration 12: Special Contract Terms. *A* agrees to buy goods from *TP*, but the contract specifically excludes any liability on the part of anyone but *A* and *TP*. *A* represents *P*, unknown to *TP*. Is *P* bound by the agreement?

P has no obligation to *TP* here (*Restatement*, §189), but it may be difficult to write a contract of this kind because asymmetric information creates serious trouble for this contract maxim.⁴⁶ If *A* proposes a term exempting other parties from liability, *TP* can deduce that *A* is backed by a principal, which is information that *A* may not wish to disclose. Very often there are legitimate business reasons why *P* wants his involvement to be secret. He may, for example, be trying to buy up parcels of land to combine for a project such as a shopping center and needs to avoid being held up by the last purchaser, who could extract an enormous price for the parcel needed to complete the project, or be a mining company which has at considerable expense decided that a parcel of land has mining potential, but does not want to deliver this information as a windfall to the current owner by trying to purchase the land under the mining's company's own name. If most agents wished to exempt their principals from liability, it would be important to make this exemption the default rule, or perhaps even to make it mandatory.

⁴⁶A number of articles have appeared in recent years showing how parties may be reluctant to propose special contractual terms, or to object to adding terms, because such actions would reveal their private information. See Ayres and Gertner (1989) and Spier (1992).

Whether because of the windfall problem or for some other reason, there is one class of undisclosed principal cases where American courts have usually exempted the principal from liability: that where credit is extended to the agent. This class is described in Illustration 13.

Illustration 13: Principal Pays but Agent Breaches. *A* agrees to buy goods from *TP*, and *TP* delivers the goods. Unknown to *TP*, *A* is an agent for *P*. *P* pays *A* the money for the goods, but *A* becomes insolvent before paying *TP*. Can *TP* sue *P* for payment?

Traditionally, American courts would deny *TP* the right to sue *P*, on the grounds that *TP* relied only on *A*'s credit, but English courts and the *Restatement*, would give *TP* the right to sue (Barnett, 1987, at 1973, 1984; *Restatement*, §208). The least-cost avoider principle leads to the English rule. *P* has the least cost of inducing *A* to make an efficient contract, and also has the least cost of preventing *A* from losing the payment money before transferring it to *TP*.

Thus, the standard rule, which makes the undisclosed principal liable on his agent's contract, makes perfect sense if efficiency is the goal and the least-cost avoider principal is applied. Ordinarily such a contract will be efficient, and if a mishap occurs, it is the principal, not the third party, who was in the best position to have monitored the agent.

B. Liability of the Third Party to the Principal

A different part of the undisclosed principal problem is the obligation of the third party to the principal. Should *TP* be bound contractually to a party he did not know existed? Illustrations 14 and 15 contrast two situations in which *TP* would have regrets about the contract if he knew that *P* existed.

Illustration 14: Inadvertent Sale to an Enemy. *TP* agrees to sell goods to *A*, who, unknown to *TP*, is an agent for *P*. *TP* and *P* are bitter enemies, and *TP* would never willingly sell goods to *P*, as *A* and *P* know. *TP* later discovers that *A* is acting for *P*. Is *TP* bound by the agreement?

Illustration 15: Inadvertent Sale to a Rich Buyer. *TP* agrees to sell goods to *A*, who, unknown to *TP*, is an agent for *P*. *P* is very rich, and *TP* would have held out for a higher price if he had known *P* was interested in the goods. *TP* later discovers that *A* is acting for *P*. Is *TP* bound by the agreement?

In both illustrations, *TP* would have been willing to sell to *A* at the specified price, but not to *P*. Where they differ is in *TP*'s motivation. In Illustration 14, *TP*'s motive is real, rather than redistributive. *TP*'s utility from holding the goods himself is greater than the sum of his utility from the sale price to *P* plus the disutility of knowing that *P* has bought the goods. The result is analogous to when a purchaser buys a defective product:

the utility he expects from the transaction is less than the utility he receives. Thus, there is a case for invalidating the sale.⁴⁷

In Illustration 15, on the other hand, *TP*'s motive is redistributive. *TP*'s utility from holding the goods himself is less than his utility from the sale price to *P*, and he would prefer the agreed sale price to not selling the goods at all. *TP* is dissatisfied, but that is only because he could have received an even higher price if he had known that *P* was the ultimate buyer. Thus, the transfer of the goods from *TP* to *P* is allocatively efficient, and there is no reason to invalidate the agreement.

Even in Illustration 14, however, it is not clear that exempting *TP* from liability for contracts with undisclosed principals is advisable. First, there is the difficulty that if the law exempted *TP* from liability, *P* could simply contract with *A* to buy the goods and *A* could buy the good from *TP* on his own authority, without risk to either *P* or *A* since they are protected from each other by their contract. Thus, exempting *TP* from liability to *P* as an undisclosed principal would just increase *P*'s transaction costs slightly. The obvious solution to this possibility is for *TP* to add a special contractual term forbidding resale to *P* or, if the legal default rule is that third parties are not bound to undisclosed principals, by adding a clause to override that default if the hated *P* is the undisclosed principal. Unlike in Illustration 12, where a similar clause faced the difficulty that it might signal the existence of an undisclosed principal, here the clause would be proposed by the third party, and so does not disclose any information except his dislike for *P*, which he does not mind disclosing.

A similar clause could be inserted in the contract of Illustration 15, to prevent an agent from acting on behalf of a rich principal or reselling to one. Airlines do this when they forbid one customer from using a ticket bought by another apparently on his own behalf, and movie theatres would no doubt start doing this if they found that ordinary customers were hiring students or senior citizens to buy cheap tickets on their behalf.

Thus, there is a strong case for making third parties liable to undisclosed principals, subject to their right to override the legal default in general or with regard to specific principals.

C. An Agent Acting Outside of His Authority

Section 4.A discussed why the principal should be liable when the agent has various categories of authority. A final puzzle in the undisclosed principal problem is what should happen when an undisclosed agent acts without authority. Should the

⁴⁷Steffen (1977) at 188 says that if the third party has once refused to deal with the principal, the principal may not circumvent the refusal by using a secret agent, according to most courts. When the third party's desires are less objectively manifested, courts are less likely to intervene. An example is *Kelly Asphalt Block Co. v. Barber Asphalt Paving Co.* (1914), in which Judge Cardozo held for a buyer who had remained an undisclosed principal because he suspected a competitor would refuse to deal with him.

undisclosed principal be liable? The question at first seems trivial--of course he should not--but the principal might have the least cost of preventing mistakes by the agent even when the mistakes are unconnected with the principal's purpose in hiring him.

Illustration 16 is an example.

Illustration 16: An Agent Acting on his Own Behalf. "P authorizes A to purchase a particular horse in A's name and gives A the money to do so. A purchases the horse on his own credit, without disclosing P's existence, intending to abscond with horse and money, which he subsequently does." (*Restatement*, §199). Is P liable to TP, the seller of the horse?

If *P* were a disclosed principal and *A* bought the horse on *P*'s credit, *A*'s motivation would not matter and *P* would be liable. That would make sense, because *P* could control *A* at lower cost than *TP*.

Since *P* is undisclosed, however, Illustration 16 is hard to distinguish from the ordinary undisclosed principal problem of Illustration 10. In both, the issue is whether *P* should be liable for a mistaken contract when *A* cannot pay, both *P* and *TP* have lost wealth, and *TP* does not know of *P*'s existence. Why should *A*'s motivation matter?

According to the *Restatement*, *P* is not liable, because *A* is not acting as his agent. Let us see why this makes sense. Consider *P*'s incentives in deciding whether to hire *A*. In Illustration 16, where *A* is acting on behalf of *P*, the contract would not have been made had *P* not set the process in motion. If contracting by means of an agent sometimes leads to harm, *P* ought to bear the cost, or he will be too willing to use an agent. That is what happened in Illustration 10, where *A* would never have approached *TP* to buy a horse if *P* had not hired him as an agent. *P*'s hiring of an agent who might lose money, go insolvent, or otherwise ruin transactions is somewhat under *P*'s control and is not at all under *TP*'s. Illustration 16 is different because *P*'s hiring of *A* in no way caused the harm. If *P* had never hired *A*, *A* could still have done the same thing, agreeing to buy the horse from *TP* and absconding. That *A*'s action is to abscond with a horse is irrelevant; if *A* had taken *P*'s money and absconded with *TP*'s bicycle instead, the problem would be essentially the same. Only if *A*'s ability to credibly make the contract to buy the horse depended on his relationship with *P*-- a situation like *Watteau v. Fenwick*--should *P* be liable. Otherwise, the harm does not result from *P*'s desire to buy a horse using an agent, and it would be inefficient to impose an extra cost on that activity by making *P* liable for *A*'s misdeeds.

The point that the principal should not be liable for harm caused by an agent acting without authority can be applied more generally. Although it may offend everyday notions of fairness, one might argue on efficiency grounds that the principal should be liable for harm caused by the agent even if all of Section 2's six sources of liability are lacking, because the principal can still control the agent by means of his contract.

This is the same argument made for strict liability, where the moral fault may lie with the consumer who misuses a product, but efficiency conceivably requires the liability to be put on the seller. Let us start with agent torts rather than contracts. The

legal rule of vicarious liability is that the principal is liable only for torts the agent commits in the course of employment (*Restatement*, §219). Imagine going a step further by making the principal liable even for the agent's torts while the agent is on holiday at the beach. The justification would be that the principal can control even those torts by threatening to fire the agent if they occur. Making the principal liable would be distortionary, however, because it would tend to deter the hiring of agents. The extra liability on the principal is like a tax on hiring agents. Thus, it is not enough to discover that the principal is the least-cost avoider in controlling agents; one must also decide whether imposing the cost of avoiding the harm might deter principals from hiring agents in the first place.

6. Concluding Remarks

I have here analyzed the central doctrines of agency as they apply to contracts made by agents, and find the common law generally sensible in terms of economic efficiency. Scholars will find the *Restatement of Agency* a stimulating source of many other difficulties that arise when one person acts for another, and there is ample room for economic analysis of similar problems that arise when one person acts for another in other areas of the law such as partnership, criminal conspiracy, and marriage.

My unifying theme has been the view of the agent as an error-prone means to reduce transaction costs, a role in which he is useful to both parties in the transaction, the principal and the third party, both of whom can take care to prevent the errors. This view leads naturally to the idea that the liability rules should try to provide each of the two transactors with incentive to monitor the agent. The least-cost avoider principle reduces the complexity of assigning liability, which must otherwise be done by applying a number of distinct doctrines such as apparent authority and inherent agency power. Indeed, the decisions of the common law, while doctrinally somewhat confused, make considerable sense when viewed as allocating blame to the party who was the least-cost avoider of agent mistakes or malfeasance. The idea also gives insight into the undisclosed principal problem. Binding an undisclosed principal to pay for contracts made by agent, though a windfall for the third party, becomes much more reasonable in light of the principal's lower cost of preventing inefficient agreements from being made by the agent.

References

- American Law Institute. 1933. *Restatement of the Law of Agency*, St. Paul, Minnesota: American Law Institute.
- , 1937. *Restatement of the Law of Restitution: Quasi Contracts and Constructive Trusts*, St. Paul, Minnesota: American Law Institute.
- , 1958. *Restatement of the Law, Second: Agency 2d.*, St. Paul, Minnesota: American Law Institute.
- , 1977. *Restatement of the Law, Second: Torts 2d.*, St. Paul, Minnesota: American Law Institute.
- , 1981. *Restatement of the Law, Second: Contracts 2d.*, St. Paul, Minnesota: American Law Institute.
- , 1986. *Restatement of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, Minnesota: American Law Institute.
- , 2000. *Restatement of the Law of Agency, Tentative Draft No.1.* St. Paul, Minnesota: American Law Institute.
- Ayres, Ian, and Robert Gertner. 1989. "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules," 9 *Yale Law Journal* 87-130.
- Barnett, Randy. 1987. "Squaring Undisclosed Agency Law with Contract Theory," 75 *California Law Review* 1969-2003.
- Ben-Shahar, Omri, and Alon Harel. 1995. "Blaming the Victim: Optimal Incentives for Private Precautions Against Crime," 11 *Journal of Law, Economics, and Organization* 434-455.
- Black, Henry. 1990. *Black's Law Dictionary*. 6th ed. St. Paul, Minnesota: West Publishing Company.
- Casadesu-Masanell, Ramon and Daniel F. Spulber. 2002. "Agency Revisited," working paper, Harvard Business School, April 2002.
- Chu, Cyrus, and Yingyi Qian. 1995. "Vicarious Liability under a Negligence Rule," 15 *International Review of Law and Economics* 305-322.
- Cohen, George M. 1999. "The Collusion Problem in Agency Law," *University of Virginia School of Law Legal Studies Working Paper No. 00-2*. Social Science Research Network. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?cfid=349560&cftoken=62368792&abstract_id=198909.
- Cooter, Robert and Bradley Freedman. 1991. "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences," 66 *New York University Law Review* 1045-1075.
- Davis, Kevin. 1999. "Licensing Lies: Merger Clauses, the Parol Evidence Rule and Pre-Contractual Misrepresentations," 33 *Valparaiso University Law Review* 485-534.
- DeMott, Deborah. 1998. "A Revised Prospectus for a Third Restatement of Agency," 31 *U.C. Davis Law Review* 1035-1063.
- Epstein, Richard A. 1992. "The Path to The T.J. Hooper: The Theory and History of Custom in the Law of Tort," 21 *Journal of Legal Studies* 1.
- Fischel, Daniel and Alan Sykes. 1996. "Corporate Crime," 25 *Journal of Legal Studies* 319-350.
- Fishman, Steven. 1987. "Inherent Agency Power -- Should Enterprise Liability Apply to Agents' Unauthorized Contracts?" 19 *Rutgers Law Journal* 1-57.
- Friedman, David. 1996. "Rational Criminals and Intentional Accidents: The Economics of Law and Law Breaking," in *Hidden Order: The Economics of Everyday Life*. New York: HarperBusiness.
- Holmes, Oliver Wendell, Jr. 1891. "Agency II," 5 *Harvard Law Review* 1-23.
- Holmstrom, Bengt. 1982. "Moral Hazard in Teams," 13 *Bell Journal of Economics* 324-340.

- Hylton, Keith N. 1996. "Optimal Law Enforcement and Victim Precaution," 27 *RAND Journal of Economics* 197-206.
- Klein, William and J. Mark Ramseyer. 1994. *Teacher's Manual for Cases and Materials on Business Associations*, 2nd ed. Westbury, New York: Foundation Press.
- Kornhauser, Lewis. 1982. "An Economic Analysis of the Choice between Enterprise and Personal Liability for Accidents," 70 *California Law Review* 1345-1392.
- Landes, Richard and Richard Posner. 1987. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Landes, William M. and Richard A. Posner. 1996. "The Economics of Legal Disputes Over the Ownership of Works of Art and Other Collectibles," in Victor A. Ginsburgh and Pierre-Michel Menger, eds., *Economics of the Arts: Selected Essays*. Amsterdam, NY: Elsevier.
- Levmore, Saul. 1987. "Variety and Uniformity in the Treatment of the Good Faith Purchaser," 16 *Journal of Legal Studies* 43-65.
- McKay, Bart. 1994. "Inherent Agency Powers: Does Celtic Life Insurance Co. v. Coats Open the Door to a New Theory of Vicarious Liability in Texas?," 46 *Baylor Law Review* 449-461.
- Milgrom, Paul and John Roberts. 1992. *Economics, Organization, and Management*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Phillips, Michael J. 1991. "Employer Sexual Harassment Liability under Agency Principles: A Second Look at *Mertitor Savings Bank, FSB v. Vinson*," 44 *Vanderbilt Law Review* 1229-1272.
- Polinsky, A. Mitchell. 1989. *An Introduction to Law and Economics*. 2nd ed. Boston: Little, Brown and Company.
- Posner, Richard. 1986. *The Economic Analysis of Law*. 3rd ed. Boston: Little, Brown, and Company.
- Rasmusen, Eric. 2001a. "Explaining Incomplete Contracts as the Result of Contract-Reading Costs," 1 *Advances in Economic Analysis and Policy*. No. 1, Art. 2, <http://www.bepress.com/bejeap/advances/vol1/iss1/art2>.
- , 2001b. *Games and Information*. 3rd ed. Malden, MA: Blackwell.
- and Ian Ayres. 1993. "Mutual Versus Unilateral Mistake in Contracts," 22 *Journal of Legal Studies* 309-343.
- Ribstein, Larry and Peter Letsou. 2003. *Business Associations, 4th Edition* (August 1, 2002 draft), Anderson Publishing: 2003.
- Shavell, Steven. 1980. "Strict Liability versus Negligence," 9 *Journal of Legal Studies* 1-25.
- Spier, Kathryn. 1992. "Incomplete Contracts and Signalling," 23 *RAND Journal of Economics* 432-443.
- Spulber, Daniel F. 1999. *Market Microstructure*. New York: Cambridge University Press.
- Steffen, Roscoe. 1977. *Agency-Partnership in a Nutshell*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co.
- Sykes, Alan. 1984. "The Economics of Vicarious Liability," 93 *Yale Law Journal* 1231-1280.
- , 1988. "The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines," 101 *Harvard Law Review* 563-609.
- Whincop, M.J. 1997. "Nexuses of Contracts, the Authority of Corporate Agents, and Doctrinal Indeterminacy: From Formalism to Law and Economics," 20 *University of New South Wales Law Journal* 274-310.
- Williston, Samuel. 1957. *A Treatise on the Law of Contracts, 3rd Edition*. Walter Jaeger, ed. Mt. Kisco, New York: Baker.
- Belton v. Washington Metro. Area Transit Auth.*, 20 F.3d 1197 (Williams, J., D.C. Cir., 1994)
- Botany Worsted Mills v. U.S.*, 278 U.S. 282 (1929)
- Butler v. Maples*, 76 U.S. 766 (1869)
- Cange v. Stotler*, 826 F.2d 581 (7th Cir. 1987)
- Cullen v. BMW*, 490 F. Supp. 249 (E.D.N.Y. 1980)
- First Fidelity Bank, N.A. v. Antigua and Barbuda*, 877 F.2d 189 (2d Cir. 1989)
- General Overseas Films, Ltd. v. Robin Int'l, Inc.*, 542 F. Supp. 684 (S.D.N.Y. 1982), aff'd, 718 F.2d 1085 (2d Cir. 1983)
- Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341, 156 Eng. Rptr. 145 (1854)
- Hallock v. State*, 64 N.Y.2d 224 (1984)
- Hope Lutheran Church v. Chellew*, 460 N.E.2d 1244 (1st Dist. 1984)
- Indiana Code*. 1996. Sec. 25-34.1-10-10
- Hubbard v. Tenbrook*, 124 Pa. 291 (1889)
- Jansen v. Packaging Co., Ellerth v. Burlington*, 123 F.3d 490 (7th Cir. 1997), en banc
- Jones v. Taylor*, 401 S.W.2d 183 (1966)
- Kelly Asphalt Block Co. v. Barber Asphalt Paving Co.*, 211 N.Y. 68 (1914)
- Li v. Yellow Cab Co.*, 13 Cal. 3d 804 (1975)
- Metropolitan Club vs. Hopper*, 153 Md. 666, 139 A. 554 (1927)
- Minskoff Equities v. American Express*, 94 Civ. 967 (RPP) (S.D.N.Y. 1995)
- Mussey v. Beecher*, 57 Mass. (3 Cush.) 511 (1849)
- Nelson v. Wolf*, 4 N.J. 76 (1950)
- North Alabama Grocery Co. v. J.C. Lysle Milling Co.*, 205 Ala. 484 (1921)
- Porter v. Wertz*, 416 N.Y.S.2d 254 (1979), aff'd, 53 N.Y. 2d 696, (1981)
- Rothman v. Fillette*, 503 Pa. 259 (1983)
- Rykaczewski v. Kerry Home, Inc.*, 192 Pa. Super. 461 (1960)
- Seccon Service System v. St. Joseph Bank and Trust*, 855 F.2d 406 (7th Cir. 1988)
- Steinberg v. Mikkelsen*, 901 F. Supp. 1433 (E.D. Wisc. 1995)
- The T.J. Hooper*, 60 F.2d 737 (2d Cir. 1932)
- Union Mutual Life Insurance Co. v. Wilkinson*, 80 U.S. 222 (1871)
- Watteau v. Fenwick*, 1 Q.B. 346 (1892)
- Woodstock Iron Company v. Richmond and Danville Extension*, 129 US 643, 662 (1889)
- Zendman v. Harry Winston*, 305 N.Y. 180 (1953)

Case References