

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 inmatrimiales’, 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 inmatrimiales 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 incommensurable 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 pudiese 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.

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.

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

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 efectúa el encargo.

(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:

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.

- (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 en 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 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).

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. Por otro lado,

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, adquiriera 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 encargo 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 *f fuente* 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 en 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 exlimitación 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 Stichkin⁴.

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 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).

4 David Stichkin, El Mandato Civil, 5ª edición, actualizada por G. Figueroa, Santiago: Editorial Jurídica, 2008.

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 conexas 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 perniciosa 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 2°), 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 las 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 inejecución 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 solvete 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 resultad, 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 Stitchkin, § 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 renunciable, 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 conexas 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