

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

DAVID STITCHKIN BRANOVER

*Profesor extraordinario de la Cátedra de
Derecho Civil de la Universidad de Chile;
ex Director del Seminario de Derecho Privado y
ex Profesor de Derecho Civil Comparado y Profundizado
de la Universidad de Concepción.*

EL MANDATO CIVIL

CUARTA EDICION

© DAVID STITCHKIN BRANOVER

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago de Chile

Inscripción N° 70.676

Se terminó de imprimir esta cuarta edición
de 1.200 ejemplares en el mes de marzo de 1989

IMPRESORES: Salesianos, Bulnes 19, Santiago.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

I.S.B.N. 956-10-0763-K

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

NATURALEZA DEL MANDATO CIVIL
EN EL DERECHO CHILENO

24. DEFINICION

El artículo 2116 del Código Civil define el mandato y dice que "es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera".

Para determinar la naturaleza del mandato debemos atendernos necesariamente a la definición transcrita, pues según el art. 20 del mismo Código, cuando el legislador ha definido expresamente una palabra para ciertas materias, se le dará en éstas su significado legal.

En nuestro caso, el legislador ha dicho expresamente que debe entenderse por mandato; en consecuencia, no cabe darle otra significación que la que en el art. 2116 se indica.

25. ELEMENTOS DE LA DEFINICION

De la disposición arriba transcrita se desprende que los elementos esenciales o constitutivos del mandato son los siguientes:

1. El mandato es un contrato, o sea, una convención generadora de obligaciones; 2. En virtud de este contrato, una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra; y 3. Esta se hace cargo de los negocios por cuenta y riesgo de aquella.

De estos elementos, el primero es propio no sólo al mandato sino a una serie de relaciones jurídicas que se caracterizan por la misma circunstancia de requerir, para su generación, un acuerdo de voluntades.¹

¹ Troplong, Du mandat, pág. 14, N.º 5.

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

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

26. ES UN CONTRATO DE CONFIANZA

El artículo 2116 establece que en el mandato una persona "confía" la gestión de uno o más negocios a otra.

Esta expresión viene a sentar uno de los elementos distintivos del mandato: es un contrato de confianza. Interviene aquí un factor subjetivo del que comete el encargo y que consiste en la fe que le inspira el mandatario, tanto por su honestidad cuanto por las cualidades que posee para desempeñar con buen éxito el negocio que le encomienda.²

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

En todo caso, debemos sentar como premisa indiscutible que en el mandato interviene necesariamente este elemento interno o subjetivo: la confianza que induce al mandante a la celebración del contrato. Este elemento equivale a la "affectio societatis" del contrato de sociedad, que bien puede deducirse del tenor o espíritu del acto, pero cuya ausencia permitiría concluir que no ha existido el propósito de celebrar mandato sino otro contrato, nominado o innominado, cuya regulación jurídica quedará determinada por la voluntad de las partes en virtud del principio de la libertad contractual consagrado en el artículo 1545 de nuestro Código Civil.

Observaremos, por último, que este carácter de contrato de confianza lo deriva del Derecho romano, donde, como hemos visto, antes de revestir forma jurídica fue simplemente un encargo entregado enteramente a la conciencia de quien se comprometía a desempeñarlo. Nuestros tribunales han fallado que la comisión es un mandato mercantil "fundado principalmente en la buena fe del comisionista que acepta el encargo y se obliga a desempeñarlo y en la confianza que al comitente inspira la

² Raúl Oliva M., ob. cit., página 63.

persona del mandatario buscado por él, para la correcta y adecuada ejecución de este mismo encargo".³

27. EL OBJETO DEL MANDATO CONSISTE EN LA GESTION DE UNO O MAS NEGOCIOS

A diferencia de la casi totalidad de las legislaciones, el Código Civil chileno ha empleado una expresión particular que viene a determinar en forma precisa el contenido del mandato: la gestión de uno o más negocios. Y conviene advertir desde ya que el legislador ha empleado deliberadamente esa expresión, pues se ha valido de ella no sólo en la definición que da al artículo 2116, sino en todas las demás disposiciones relativas al mandato. Así, el artículo 2119 establece que "el negocio que interesa al mandatario solo es un mero consejo"; el artículo 2120, que "si el negocio interesa juntamente..."; el artículo 2121, que "la simple recomendación de negocios ajenos...", etc.

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

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

28. EL CONCEPTO DE GESTION DE NEGOCIOS

No solamente nuestro Código ha empleado en el mandato la expresión "negocios" o "gestión de negocios"; recordemos que también la emplea el Código Civil alemán,⁴ conforme al cual, "cuando el contrato de servicios o el contrato de obra tienen por objeto la gestión de un negocio se le aplicarán, en lo pertinente, las principales reglas del mandato". Esto explica que los comentaristas del Código alemán se hayan preocupado de fijar el alcance de esta expresión.

Tres son las principales interpretaciones que se han dado por los comentaristas alemanes. La primera es una interpretación amplia, conforme a la cual se comprenden en ellas todas las prestaciones posibles que no estén prohibidas por la ley ni vayan contra las buenas costumbres. La segunda es, por el contrario, restringida, pues según ella se comprenden solamente los

³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XIV, sec. 1ª, pág. 461.

⁴ Artículos 662 y 675.

negocios jurídicos propiamente tales. La tercera, intermedia, es sin duda la más correcta: la expresión "gestión de negocios" comprende tanto los negocios jurídicos como los que se refieren a una actividad económica que tenga una importancia inmediata para el mandante.⁵

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

Los comentaristas del Derecho suizo estiman, en cambio, que si bien es difícil clasificar y diferenciar los negocios de las prestaciones de trabajo o servicios, pues su denominación varía y se emplea tanto la una como la otra, se puede, sin embargo, hacer entrar en los negocios todo lo que se refiere al establecimiento, mantención o transferencia, a la modificación o extinción de relaciones de derecho, de obligaciones o de créditos.⁶

En otros términos, están por la interpretación restringida de esa expresión.⁷

29. EL CONCEPTO DE GESTIÓN DE NEGOCIOS SEGUN LOS COMENTARIOS A NUESTRO CODIGO CIVIL

Raúl Oliva Murillo estima que la expresión gestión de negocios nos coloca ante tres alternativas: la primera consiste en suponer que ella implica la ejecución de actos de cualquiera naturaleza, sean jurídicos o materiales; la segunda, en restringir su alcance sólo a la ejecución de actos jurídicos; y la tercera, en considerarla una expresión compleja que implica la ejecución de asuntos de cierto orden y de los cuales puede derivar la ejecución de ciertos actos. El mismo señor Oliva rechaza la primera interpretación, entre otras razones, porque el legislador habría empleado la expresión "actos o hechos" en lugar de "gestión de negocios", porque el arrendamiento de servicios es, en nuestro derecho, un contrato general o común que comprende todas las prestaciones de servicios, menos las que se refieren al mandato o a otros contratos específicos. Luego, sólo ciertos asuntos pueden ser objeto del mandato. Además, el mandato presume la representación y ésta sólo cabe respecto de los actos jurídicos. Por último, porque todos los ejemplos de mandato que pone el legislador se refieren a actos jurídicos y no a hechos materiales.

Rechaza también la segunda interpretación, pues, en su concepto, si en el ánimo del legislador hubiera estado restringir el

⁵ Ludwig Enneccerus, Tratado de Derecho Civil, tomo II, pág. 338, nota 4.

⁶ Schneider y Fick, Comment. du C. F. des O., Vol. I, pág. 677.

⁷ Raúl Oliva Murillo, Naturaleza jurídica del mandato civil, pág. 44.

mandato sólo a los actos jurídicos, habría empleado esa expresión y no la de "negocios" y además, porque del artículo 2132 se desprende que el objeto del mandato comprende una idea más compleja que la mera ejecución de actos jurídicos. En efecto, esa disposición establece que el mandato confiere naturalmente al mandatario la facultad de "comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado". Es decir, es objeto del mandato un asunto de índole económica que interesa al mandante.

Rechazadas ambas tesis, acepta la tercera, de modo que la expresión "gestión de negocios" indica la ejecución de un asunto que tenga atinencia en la creación, mantenimiento, transferencia o extinción de relaciones jurídicas. Este asunto o actividad puede ser estrictamente jurídico —celebrar un contrato determinado— o de orden económico, del cual deba emanar la ejecución de actos jurídicos.⁸

En otros términos, sigue el criterio de los tratadistas alemanes que aceptan la tesis ecléctica o intermedia.

En el mismo sentido, aunque trata incidentalmente el problema, se pronuncia Renato Maino.⁹

30. LA EXPRESION GESTION DE NEGOCIOS EN SU ACEPTACION PROPIA

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

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

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

Corroboran nuestra interpretación el artículo 2286, que refiriéndose a la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, dispone que es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona se obliga para con ésta y la obliga en

⁸ Ob. cit., pág. 45.

⁹ Renato Maino S., El Contrato de iguala, pág. 84, nota 179.

ciertos casos, y el artículo 2287, que agrega: "Las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario".

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

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

31. LOS ASUNTOS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL MANDATO EN NUESTRO DERECHO

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

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

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

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

c) La ejecución de un negocio cualquiera de índole económica de interés para el mandante. Así aparece del art. 2147, que regla las situaciones que en tales casos pueden producirse entre mandante y mandatario, relativas a las utilidades o pérdidas que del negocio resultaren, conforme al cual artículo: "en general, podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los

designados por el mandante". Y "se le prohíbe apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designado en el mandato. Por el contrario, si negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia".

Se observa, desde luego, que el mandato se caracteriza por que el riesgo del negocio corre de cargo del mandante, el cual se aprovecha de todos los beneficios, pero correlativamente soporta todas las pérdidas.

d) La ejecución de un negocio jurídico. También puede ser objeto del mandato. Distinguese el negocio jurídico del negocio económico en que en el primero el mandatario tiene como obligación principal ejecutar un acto o celebrar un contrato —a nombre propio o ajeno—, mientras que en el negocio económico la principal obligación consiste en administrar acertadamente un comercio o industria a fin de obtener un provecho pecuniario, para lo cual puede ser necesaria, a la postre, la ejecución de ciertos actos jurídicos o la abstención de ejecutarlos si de esta manera se obtiene un mayor beneficio.

En el primer caso el mandatario cumple su obligación y le pone término ejecutando el acto o celebrando el contrato; en el segundo, administrando el negocio en la mejor forma posible a fin de obtener un beneficio pecuniario o económico para el mandante.

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

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

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

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

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

lo han declarado, también, nuestros tribunales.¹⁰ En efecto, según hemos visto, el mandato tiene por objeto la ejecución de un negocio jurídico o la gestión de un negocio de índole económica. En ambos casos se derivarán responsabilidades por la gestión del mandatario; en el primero, responsabilidades jurídicas, que pueden reducirse en último término a responsabilidades pecuniarias; en el segundo, responsabilidades pecuniarias que se harán efectivas mediante la responsabilidad jurídica.

Asimismo, el negocio que se encomienda al mandatario puede resultar beneficioso o perjudicial, riesgo este ineludible, pues las circunstancias que lo producen escapan, en la mayoría de los casos, a la previsión del hombre.

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

La expresión "de cuenta y riesgo" significa "bajo su responsabilidad", y en derecho, por cuenta de una persona significa que sólo a esa persona corresponden los productos o beneficios de la cosa o negociación, como asimismo, a ella pertenecen su pérdida o deterioro; y riesgo es el acontecimiento incierto que puede hacer desmerecer la misma cosa o negociación y aun destruirla. Por consiguiente, la expresión "por cuenta y riesgo de una persona" establecida en un contrato, significa que a ella corresponde la responsabilidad de la cosa.¹¹

Ni el Código Civil alemán, artículo 662, ni el Código Federal suizo de las Obligaciones, artículo 394, ni el Código Civil mexicano, artículo 2546, contemplan este factor esencial y característico del mandato.

En cuanto a los tratadistas, recordemos que solamente Lenel atiende al factor "por cuenta y riesgo" como esencial y privativo del mandato, expresando que "lo característico del mandato, lo mismo del gratuito que del retribuido, es que el mandatario se ocupe del negocio como algo que le es ajeno, como negocio cuyos ingresos y gastos en nada le afectan materialmente; en una palabra, que obre por cuenta del mandante".¹² No deben confundirse los conceptos "por cuenta y riesgo" del mandante y "representación" del mandante. El mandatario actúa siempre por cuenta y riesgo del mandante; pues sea que contrate a nombre propio, sea que lo haga a nombre del mandante, en último término sólo éste aprovechará los beneficios y soportará las pér-

¹⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLIV, sec. 1ª, pág. 444; tomo LXVII, sec. 1ª, pág. 451.

¹¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXIV, sec. 1ª, pág. 484.

¹² Lenel, ob. cit., pág. 371.

didas del negocio cometido, incluso los gastos, expensas y perjuicios que hubiere sufrido el mandatario sin culpa y a causa o con ocasión del mandato.¹³ Es un error, por tanto, sostener que cuando el mandatario contrata a su propio nombre no obra por cuenta y riesgo de su mandante. Los artículos 2116 y 2151 dejan de manifiesto lo contrario. Sin embargo, en algunos casos, aunque aislados, nuestros tribunales han incurrido en esa confusión.¹⁴

33. LOS ELEMENTOS ANTERIORES CARACTERIZAN EL MANDATO

De lo expuesto es necesario concluir que, conforme a nuestro derecho, deben concurrir los tres elementos citados para que exista mandato. Faltando cualquiera de ellos el contrato no existe o degenera en otro diferente.

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

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

Es decir, que al celebrarse el contrato el mandante atiende a dos factores para él esenciales: obtener la realización de un negocio que le interesa y cuyos resultados le afectarán exclusivamente; y la confianza que deposita con el mandatario en el sentido de que éste realizará el negocio con la diligencia y honestidad que emplearía si el negocio que realiza fuese suyo.

Obsérvese bien, porque éste servirá para distinguir el mandato de otras relaciones jurídicas afines, que lo que persigue el mandante es "la realización de un negocio jurídico o económico" y que la persona del mandatario no le interesa en cuanto a los

¹³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLIII, sec. 1ª, pág. 256.
¹⁴ "Mismo fallo".

servicios que le presta sino en cuanto a la confianza que le inspira de que actuará en el negocio como si fuese propio, esto es, pondrá la diligencia y cuidado que dedica a la gestión de sus negocios particulares.

34. LA REPRESENTACIÓN ES UN ELEMENTO DE LA NATURALEZA DEL MANDATO; NO ES DE SU ESENCIA

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

En efecto, en el título II del Libro IV, que trata "De los actos y declaraciones de voluntad", establece como regla general aplicable a todo acto o contrato, que "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

De lo cual se desprende que la representación es una institución jurídica autónoma, que puede emanar de la ley o de la voluntad de las partes. En cualquier caso produce los mismos efectos; el acto o contrato obliga al representado como si hubiera contratado él mismo, salvo ciertas excepciones que no es del caso considerar aquí.¹⁵

La representación voluntaria puede existir independientemente de toda otra relación jurídica entre las partes o unida a una relación contractual determinada.¹⁶ Así, puede convenirse que uno de los socios administre y represente a la sociedad, o que la represente solamente, sin administrarla, o puede estipularse en un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, o lo que es más frecuente, va unida al contrato del mandato.

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

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

¹⁵ Nicolás Coviello, ob. cit., pág. 431; Hupka, ob. cit., pág. 20. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XL, sec. 1^a, pág. 304.

¹⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLIII, sec. 1^a, pág. 495.

estipule expresamente, porque de otra manera el mandatario no estaría facultado para representar al mandante, artículo 1444 del Código Civil.

Desde luego, debemos rechazar de plano la tesis de que la representación, o mejor, que la facultad o poder de representación sea un elemento esencial del mandato. La definición del artículo 2116 no la contempla en forma alguna ni se refiere a ella. Además, el artículo 2151 dispone que el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su nombre propio, en cuyo caso no obliga respecto de terceros al mandante. Si el mandatario contrata a su propio nombre, lo que es lícito según acaba de verse, no hay representación, tanto porque es esencial a ésta que se contrate a nombre de otro, artículo 1448, cuanto porque el artículo 2151 dice expresamente que actuando el mandatario a nombre propio no obliga respecto de terceros al mandante, lo que implica rechazar toda idea de representación.

En consecuencia, el mandatario puede actuar a nombre propio, y en tal caso hay mandato pero no representación, de donde resulta que ésta no es una cosa de la esencia del mandato.¹⁷

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

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

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

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

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

¹⁷ Troplong, ob. cit., pág. 42, N^o 33. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLIV, sec. 1^a, pág. 444; tomo XLIII, sec. 1^a, pág. 256; tomo XLVII, sec. 1^a, pág. 451; tomo XLIII, sec. 3^a, pág. 173.

35. JURISPRUDENCIA

Nuestros tribunales han incurrido en frecuentes y graves errores las veces que han debido pronunciarse sobre cuestiones relativas al mandato. Uno de ellos consiste, precisamente, en haber sentado la doctrina de que la representación es una cosa de la esencia del mandato.

Así, en una oportunidad la Corte Suprema resolvió que los caracteres esenciales distintivos del mandato son: a) la gestión de uno o más negocios que una persona confía a otra; b) que el mandatario tenga la facultad de representar al mandante, de obligarlo ante terceros y obligar a terceros con él.¹⁸

En otra sentencia la misma Corte declaró que por lo que toca al mandato, debe ante todo dejarse establecido "que los caracteres esenciales y distintivos de este contrato son dos: a) que el negocio que el mandatario se encarga de cumplir consista en un acto o en una serie de actos; y b) que el mandatario tenga la facultad de representar al mandante, de obligarle ante terceros y obligar a los terceros con él".¹⁹ Agrega la misma sentencia que "examinando el contrato en cuya calificación difieren las partes, se ve que reúne estos dos requisitos esenciales, porque de las cláusulas primera y segunda se desprende que el objeto del contrato era la venta, es decir, un acto jurídico que debía hacer don X. X. por parcialidades o lotes de un terreno de propiedad de don N. N.; y de la octava y novena, la obligación de este último de firmar las respectivas escrituras".

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

Otras sentencias, en cambio, han sentado la verdadera doctrina. Se ha fallado que si bien el mandatario aparece celebrando el contrato sin indicar que procedía en ese acto a nombre o en representación de su mandante, debe tenerse presente que el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su

¹⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXI, sec. 1ª, pág. 11.

¹⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XIX, sec. 1ª, pág. 464.

propio nombre o al del mandante, no obligando en el primer caso al mandante respecto de terceros.²⁰

Y una sentencia antigua de la Corte Suprema había decidido, asimismo, que el encargo o negocio mercantil que se encomienda a una persona, y que consiste en la compra y venta de un determinado número de acciones que ésta debe efectuar "en su propio nombre, sin la intervención directa del que hace el encargo, importa comisión y no corretaje". Las circunstancias de ser corredor la persona a quien se hace el encargo y la de ejercer la correduría sin título oficial no modifica el aspecto jurídico de la cuestión.²¹

36. EL MANDATO SE PRESUME REMUNERADO; LA GRATUIDAD NO ES DE SU ESENCIA NI DE SU NATURALEZA

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

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

Nuestro Código se refiere a la remuneración del mandatario en los artículos 2117 y 2158, N° 3. Aquél establece que el mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración (llamada honorario) es determinada por convención de las partes antes o después del contrato, por la ley, la costumbre o el juez.

Puede observarse que esta disposición, en el inciso primero, se refiere a un principio general que tiene por objeto establecer que en nuestro derecho la remuneración o gratuidad no influyen en la naturaleza del mandato. Puede ser, pues, indistintamente gratuito o remunerado. Nuestra legislación se aparta así del Derecho romano, en que era esencialmente gratuito, y del Derecho alemán, en que se ha seguido el mismo criterio.

²⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 185; tomo XLIV, sec. 1ª, pág. 444; tomo XLIII, sec. 1ª, pág. 256; tomo LV, sec. 1ª, pág. 188; tomo LXVII, sec. 1ª, pág. 451.

²¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XIV, sec. 1ª, pág. 461.

El inciso segundo del artículo 2117 se refiere a la forma en que puede determinarse la remuneración, esto es, establecerse su monto, cuestión que no interesa por ahora, en que se trata de esclarecer previamente si la remuneración es una cosa de la naturaleza o accidental del mandato.

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

En lo que se refiere a la remuneración estipulada no presenta novedad alguna, salvo que, como veremos, en caso de estipulación, por regla general, no es lícito al juez entrar a regular los honorarios.²²

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

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

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

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

37. JURISPRUDENCIA

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

Así se ha resuelto que "el mandato es un contrato remunerado salvo que se estipule que sea gratuito",²³ "que en general, los servicios de un mandato deben presumirse remunerados, desde que nadie está obligado a hacerlos gratuitamente sino en

²² Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LVIII, sec. 5ª, pág. 34. En igual sentido, artículo 5º inciso final del Decreto Ley N° 3.621 de 1981, que suprimió las facultades de los colegios profesionales para dictar aranceles de honorarios para sus asociados. Ese precepto faculta al juez para regular los honorarios "a falta de estipulación expresa o acuerdo entre las partes".

²³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXIV, sec. 1ª, pág. 435.

los casos determinados por la ley",²⁴ que "establecido en la sentencia que el demandado comisionó al demandante para que le vendiera un fundo y le comprara algunas propiedades y que como consecuencia de la intervención de este último se vendió el fundo y se compraron las propiedades, no infringe ninguna disposición legal la sentencia que declara que el demandado debe remuneración al demandante. La gratuidad no es requisito esencial al mandato y, en general, a falta de estipulación expresa, debe presumirse remunerado",²⁵ que "si los mandantes no prueban culpa al mandatario en el cumplimiento de su encargo, necesariamente tienen la obligación de pagarle la remuneración de sus servicios",²⁶ y "que si los honorarios se devengaron en juicio seguido por la mujer en contra de su marido, éste es responsable del pago y la acción de cobro puede dirigirse contra él".²⁷

38. CONCLUSION

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

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

Por último y como consecuencia de ello, ni la facultad que tenga una persona de representar a otra, ni la remuneración o gratuidad de los servicios son elementos que por sí solos nos sirvan para establecer la existencia del mandato.²⁸

39. CONTRATOS QUE CONSTITUYEN MANDATO SEGUN NUESTROS TRIBUNALES

Los Tribunales de Justicia han establecido que constituyen mandato: a) el acto por el cual una persona encomienda a otra la venta de un fundo y la compra de algunas propiedades;²⁹ b) las

²⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXI, sec. 1ª, pág. 11.

²⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XIX, sec. 1ª, pág. 225; tomo LIX, sec. 1ª, pág. 219.

²⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLIV, sec. 1ª, pág. 492.

²⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LVIII, sec. 1ª, pág. 285.

²⁸ En contrario, véase Renato Maino S., "El contrato de iguala", pág. 63, N° 64.

²⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XIX, sec. 1ª, pág. 226.

gestiones hechas para buscar una persona que celebre un contrato de arrendamiento de una fábrica y la venta de las existencias de ella;³⁰ c) el contrato por el cual una persona confía a otra la venta de unos terrenos de su propiedad, garantizándose por esta segunda persona una suma alzada;³¹ d) el encargo conferido para administrar ciertas propiedades, continuar la construcción de otras y después cobrar los arriendos y atender a su reparación y conservación;³² e) el contrato en que se encarga la dirección, gobierno y cuidado de la administración de un fundo;³³ f) la orden dada a un Banco para que entregue a otro Banco ciertos bonos que le debía el que dio la orden;³⁴ y g) los consignatarios particulares en las ferias y mercados municipales son mandatarios de los productores particulares para representarlos en los remates que se efectúen dentro de aquéllos.³⁵

40. EL MANDATO Y EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

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

La dificultad se debe, en gran parte, a la enorme latitud del contrato de arrendamiento, el cual contiene o puede contener prestaciones tan diversas que en realidad lo convierten en una especie de contrato común que alcanza a cubrir parcialmente el campo de regulación de otros contratos. Por esta razón, antes de señalar las semejanzas y diferencias de ambos contratos, es necesario analizar, aunque someramente, las diversas modalidades que reviste el arrendamiento.

41. DE LAS DIVERSAS MODALIDADES QUE REVISTE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El artículo 1915 de nuestro Código dispone que el arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente,

³⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo VIII, sec. 1ª, pág. 252.

³¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo VIII, sec. 1ª, pág. 162.

³² Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXI, sec. 1ª, pág. 11.

³³ Gaceta 1883, Sent. 2139.

³⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXV, sec. 1ª, pág. 426.

³⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIII, sec. 2ª, pág. 1 y tomo LX, sec. 2ª, pág. 125.

la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.

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

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

Como advierte Fubini³⁶ el lazo de unión que hoy todavía se quiere encontrar entre el arrendamiento de cosas y el de servicios, consiste en que en ambos se conserva la concesión temporal del goce de un bien determinado, entendido en el sentido que la economía le atribuye, pero es notorio que tal lazo es débil y carece de importancia con respecto a la disciplina de los dos negocios.

Más adelante agrega que lo que realmente separa el arrendamiento de obra y de servicios del arrendamiento de cosas, es el valor trabajo, elemento que en el arrendamiento de cosas, al igual que en otros contratos, como la compraventa por ejemplo, tiene el carácter de una prestación accesoria, mientras que en el arrendamiento de obra y en el de servicios constituye la prestación fundamental.³⁷

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

Las observaciones de Fubini son exactas y casi todos los tratadistas coinciden en ellas.³⁸

42. EL ARRENDAMIENTO DE COSAS Y EL MANDATO

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

³⁶ R. Fubini, "El contrato de arrendamiento de cosas", Parte General, pág. 15, N° 2.

³⁷ Fubini, ob. cit., pág. 16, N° 3.

³⁸ Colln y Capitant, ob. cit., tomo IV, págs. 226 y siguientes.

En el primero, el arrendador no hace objeto del contrato su propia actividad, que reviste un carácter accesorio, pues lo fundamental del contrato consiste en entregar al arrendatario la cosa arrendada y mantenerla en estado que pueda gozar de ella conforme a su objeto y sin turbación o embarazo, artículo 1924 de nuestro Código Civil. En cambio, en el mandato lo que importa fundamentalmente es la actividad del mandatario que permitirá el éxito de la gestión encomendada.

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

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

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

43. EL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

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

Tal como el arrendamiento de cosas —que puede ser de cosas muebles, de predios urbanos, predios rústicos, etc.—, el arrendamiento de servicios admite una clasificación tripartita, atendiendo a la naturaleza de los servicios que se prestan: arrendamiento de servicios materiales, arrendamiento de servicios inmateriales y contrato de obra o confección de una obra material.

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

44. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS MATERIALES

El arrendamiento de servicios materiales, excluyendo de esta denominación el contrato de confección y el de transporte, queda

circunscrito al arrendamiento de criados domésticos y al de servicio de obreros, que son materia, hoy día, del contrato de trabajo. Por eso nos remitimos en este punto al párrafo relativo a este contrato.

45. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS INMATERIALES

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

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

La prestación de servicios inmateriales puede revestir tres formas jurídicas diversas: contrato de trabajo de empleados particulares, mandato y arrendamiento de servicios inmateriales.

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

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

46. EL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 1º del Código del Trabajo lo define como la convención en que el patrón o empleador, y el obrero o empleado, se obligan recíprocamente: éstos a ejecutar cualquier labor o servicio material o intelectual, y aquéllos a pagar por esta labor o servicio una remuneración determinada. Para los efectos de este texto se entiende: 1º por patrón o empleador, la persona natural o jurídica que por cuenta propia o ajena tenga a su cargo la explotación de una empresa o faena de cualquier importancia, en que trabajen obreros o empleados, cualquiera que sea su número; 2º por empleado, toda persona en cuyo trabajo predomine el esfuerzo intelectual sobre el físico, y 3º por obrero, toda persona que, sin estar comprendida en los números anteriores, trabaje por cuenta ajena en un oficio u obra de mano o preste un servicio material determinado.

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

a) en el mandato puede o no haber remuneración; en el contrato de trabajo siempre debe haberla, pues es una cosa de la esencia de este contrato;

b) las reglas que protegen la remuneración del trabajo, tales como inembargabilidad, salario mínimo, etc., no son aplicables a los honorarios que se devengan a favor del mandatario;

c) la previsión social que ampara a los trabajadores e impone prestaciones con cargo a éstos y al patrón o empleador, no ampara al mandatario ni grava al mandante;

d) el privilegio establecido en el art. 2472 número 3º del Código Civil, corresponde sólo a las remuneraciones de los empleados y obreros, de modo que no aprovecha a los honorarios que se adeuden al mandatario;

e) el mandatario representa naturalmente al mandante. Los empleados u obreros no representan al patrón o empleador, salvo pacto especial. Sin embargo, conviene advertir que en ciertos casos la facultad de representar puede ser una cosa de la naturaleza del contrato de trabajo. Tal cosa sucede siempre que los servicios que se contratan colocan al empleado en relación con terceros, como ocurre con los vendedores de establecimientos de comercio abiertos al público; los cajeros de los mismos establecimientos encargados de recibir el precio de los artículos vendidos en ellos; los cajeros de bancos encargados de recibir los depósitos del público y de pagar los cheques u otros efectos de comercio presentados al banco para su cobro, etc.;

f) el mandatario puede delegar el encargo, art. 2135 del Código Civil. El empleado u obrero no puede hacerse sustituir por otro en la ejecución de los servicios que se ha obligado a prestar;

g) las prescripciones de corto tiempo establecidas en el Código del Trabajo y demás leyes especiales que lo modifican o complementan, no se aplican a las acciones emanadas del mandato, que se rigen por lo dispuesto en los artículos 2514 y siguientes y 2521 y siguientes del Código Civil;

h) las causales de terminación de ambos contratos no son las mismas. Al contrato de trabajo se aplican las normas específicas del Código del Trabajo y leyes especiales, particularmente la que consagra la llamada inamovilidad de que gozan los tra-

bajadores por razones de interés social, en tanto que para el mandato rigen las normas contenidas en los artículos 2163 y siguientes del Código Civil.³⁹

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

47. CARACTERES DEL CONTRATO DE TRABAJO

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

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

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

De aquí que los tratadistas se hayan preocupado de buscar en otras circunstancias que la prestación del trabajo, el elemento característico del contrato que nos ocupa.

Al respecto se han formulado varias tesis o criterios. Así, Planiol y Ripert consideran que debe atenderse a la forma de remuneración, que en el contrato de trabajo es proporcional al tiempo que se emplea, mientras que en los demás contratos se determina en otra forma, ya por la importancia de la obra —en el contrato de confección—, ya por los beneficios que se obtienen —como en la sociedad—, etc.⁴⁰

C. Ferrau estima, por su parte, que hay contrato de trabajo siempre que una persona se obligue a trabajar para un emplea-

³⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXVI, sec. 3ª, pág. 111; tomo LXIII, sec. 3ª, pág. 174.

⁴⁰ Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, N.ºs 1824 y 1827.



dor determinado; si ofrece su trabajo al público en general hay contrato de empresa.⁴¹

Pero el criterio que ha encontrado amplia acogida, tanto entre los tratadistas como en la jurisprudencia, es el que considera que lo esencial en este contrato es el vínculo de subordinación y dependencia que existe entre el empleado u obrero y el empleador o patrono.⁴²

Este vínculo de subordinación y dependencia puede considerarse desde dos aspectos diferentes, que cuando coinciden determinan con mayor firmeza la existencia del contrato de trabajo; estos dos aspectos son el jurídico y el económico.⁴³

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

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

Debe observarse, por último, que el concepto de subordinación no puede tener un sentido concreto o uniforme, ya que variará con las circunstancias, y así será diferente en el contrato de trabajo de un criado doméstico, de un empleado particular, oficinista o de un médico o abogado. En este último caso la facultad de dirigir y controlar el trabajo, que corresponde al empleador, se reduce considerablemente, y el vínculo de subordinación y dependencia se manifestará frecuentemente en una simple continuidad de relaciones.⁴⁴

En esta forma y resumiendo, puede decirse que el contrato de trabajo se caracteriza en que una persona pone a disposición de otra su capacidad de trabajo, de una manera más o menos continua y subordinada a la última, mediante una remuneración.⁴⁵

Estos elementos nos permitirán diferenciar el contrato de trabajo de cualquier otro análogo o semejante en su apariencia.⁴⁶

⁴¹ C. Perrau, "El contrato de trabajo y el C. Civil", citado por Patricio Santander D., La noción jurídica del contrato de trabajo. Rev. de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXX, 1ª parte, págs. 51 y siguientes.

⁴² Planiol y Ripert, tomo XI, pág. 14, N° 772; Cuche, Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat du travail, Revue Critique, 1951, págs. 412 y siguientes.

⁴³ Beudant, La vente et le louage; Baudry Lacantinerie et Wahl, Louage; Colin et Capitant, tomo II, pág. 564, etc.

⁴⁴ Patricio Santander: Noción Jurídica del Contrato de Trabajo, pág. 17.

⁴⁵ Capitant y Cuche, pág. 134, N° 134.

⁴⁶ En contra, R. Maino, ob. cit., pág. 84 y nota 177.

48. EL MANDATO Y EL CONTRATO DE TRABAJO SEGUN LA DOCTRINA

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

Como en nuestro derecho positivo no es posible sostener tal cosa, desecharemos desde luego ese criterio, aun cuando hay sentencias de nuestros tribunales que así lo han establecido respecto del mandato.⁴⁷

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

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

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

Planiol, Ripert y Rouast consideran que este solo factor no es suficiente para distinguir el contrato de trabajo del mandato y le agregan, además, el concepto de representación, que sería esencial en este último.

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

Imaginemos, dice este autor, un ingeniero encargado por

⁴⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXI, sec. 1ª, pág. 11.

una sociedad anónima de la construcción de un edificio (trabajador o empleado), un Consejo de administración que examina los proyectos y delibera sobre la adquisición de los materiales (administrador o mandatario), y un director o consejero delegado que procede a hacer las adquisiciones (representante).⁴⁸

49. EL MANDATO Y EL CONTRATO DE TRABAJO EN NUESTRO DERECHO

El Código del Trabajo recientemente aprobado establece que el contrato individual de trabajo "es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada". Las partes son, por tanto, el empleador y el trabajador. El primero está definido como "la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo". Y el trabajador, como "toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo". Si el trabajador "no depende de empleador alguno" ni tiene trabajadores bajo su dependencia, es un trabajador independiente.⁴⁹

Los servicios del trabajador pueden ser intelectuales o materiales, según la ley. De modo que si sólo se atiende a este elemento, el encargo que es objeto del mandato tiene cabida en ellos. Y no podría mirarse como elemento distintivo que permitiese diferenciarlo del contrato de trabajo.

Tampoco es la representación un elemento que pueda servir de criterio diferenciador, dado que no es de la esencia del mandato, como se ha demostrado.^{49 bis} Añadiéndose a esto que la representación puede estar incorporada al contrato de trabajo, sin desvirtuarlo, sea expresamente, sea implícitamente en razón de la naturaleza de los servicios que presta el trabajador. El mismo Código del Trabajo que conforme a su artículo 1º "regula las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores", excluye de la limitación horaria de la "jornada de trabajo" a los gerentes, administradores y apoderados con facultades de administración, artículo 23. Los cuales, de este modo, quedan explícitamente calificados de trabajadores y sometidos o am-

⁴⁸ Vivante, Trattato di Diritto commerciale, tomo I, N° 25 y siguientes.

⁴⁹ Código del Trabajo, aprobado por la Ley N° 18.620 de 6 de julio de 1987, artículos 7º y 3º, letras a), b) y c).

^{49 bis} Supra N° 34; confirma Troplong, adelantándose a su tiempo, ob. cit., pág. 180, N° 164.

parados por las leyes laborales, que prevalecen sobre toda estimación y sobre las del derecho común, artículo 2º, inciso final, y 5º de dicho Código. Y no parece necesario abundar en que los servicios que prestan los gerentes, administradores y apoderados con facultades de administración, consisten justamente en la gestión de los negocios —o de ciertos negocios— del empleador. Por modo tal que es plena, en estos casos, la correspondencia del objeto del mandato y del contrato de trabajo; y de la representación anexa al servicio debido por el mandatario o el trabajador. De aquí que desde un comienzo los comentaristas de nuestro derecho hubieran seguido el criterio sustentado por Collin y Capitant, en el sentido que debía atenderse a si existe o no un vínculo de dependencia entre patrón y trabajador. En caso afirmativo, se decía, hay contrato de trabajo; en caso negativo, hay mandato si el encargo consistía en la ejecución de uno o más negocios que una persona se obligaba a realizar por cuenta y riesgo de otra; confección de una obra material si se trataba de ejecutarla para otro; arrendamiento de servicios inmateriales si el servicio consistía en una cosa intangible, inmaterial, o en una obra en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra, como una composición literaria o la corrección tipográfica de un impreso.

La jurisprudencia se inclinó decididamente por este criterio, resolviendo que las cuestiones regidas por el Código del Trabajo, a la sazón, que daban competencia a los Tribunales del Trabajo para su conocimiento, presumían cierta relación de dependencia entre el empleador y el empleado. Los inspectores de cuentas de sociedades anónimas, se dijo, ejecutan actividades que están regidas por las leyes ordinarias y, en consecuencia, cualquiera cuestión a que den lugar esas gestiones deben ventilarse ante los Tribunales del fuero común.⁵⁰ Esta jurisprudencia es válida al tenor de las disposiciones del Código del Trabajo que hoy está rigiendo, como se verá luego.

Estableció también la Corte Suprema que "el comisionista para vender, que actúa en forma independiente, sin ninguna relación de subordinación respecto de su mandante, situación esta última que es característica del empleado particular, no tiene tal calidad".⁵¹ Hubo otras sentencias en igual sentido.⁵²

En el derecho positivo en vigencia ya no cabe la menor duda: el elemento determinante es la subordinación o dependencia

⁵⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXIII, sec. 1ª, pág. 315; tomo XLIV, sec. 3ª, pág. 35.

⁵¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 450.

⁵² Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXIV, sec. 1ª, pág. 499; tomo XXXIII, sec. 1ª, pág. 416; tomo XXXIII, sec. 1ª, pág. 75; tomo LXIX, sec. 3ª, pág. 48.

de una de las partes —el trabajador— respecto de la otra —el empleador—. Las definiciones de empleador y trabajador y del contrato de trabajo, literalmente citadas, así lo establecen en términos perentorios. Sea que se trate de un gerente, de un apoderado con facultades de administración, de un profesional de largos estudios, que desarrollen actividades intelectuales bajo la dependencia o subordinación de otra persona, todos son, al tenor del Código del Trabajo, trabajadores cuyos derechos y deberes están regulados por las leyes laborales en primer término, y por las estipulaciones del contrato en cuanto aquéllas permitan. No son, pues, la naturaleza de la actividad que se promete, ni la remuneración que se paga a título de contraprestación, ni la facultad de representar al que encarga o utiliza los servicios, los factores determinantes de la calificación del contrato: sólo la relación de subordinación o dependencia determina si existe o no un contrato de trabajo.

En ausencia de ese elemento, habrá mandato si el servicio que se presta y por el cual se paga o no remuneración, consiste en la gestión de uno o más negocios del que los encarga y por cuya cuenta y riesgo habrá de ejecutarios el que asume la obligación de llevarlos a cabo.

50. LA RELACION DE SUBORDINACION Y DEPENDENCIA ES UNA CUESTION DE HECHO

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

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

Por vía de ejemplo recordaremos que los tribunales han fallado que el contrato en virtud del cual una persona se compromete a prestar sus servicios como comisionista, sin quedar obligada a concurrir a la fábrica, ni depender de quien lo contrata, y en el cual se estipula que el convenio no le impide proseguir sus actividades de comisiones de otras casas de quien es vendedor, y vender por cuenta propia y ajena mercaderías de cualquier especie, agregándose que no acepta concurrir a un negocio a determinadas horas, ni en determinados días, importa para el comisionista actuar en forma independiente, sin ninguna relación de subordinación respecto del mandante, característica que le quita toda calidad de empleado particular regido

por el Código del Trabajo; por lo cual las relaciones jurídicas entre los contratantes se rigen por la ley general, según la cual de ellas compete conocer exclusivamente a los Tribunales del fuero común.⁵³

51. DIFERENCIA INTRINSECA ENTRE MANDATO Y CONTRATO DE TRABAJO

Aparte de aquella circunstancia, que es más bien la manifestación exterior del verdadero contenido de ambos contratos, existe a nuestro entender una diferencia sustancial entre el contrato de trabajo y el mandato, diferencia que permite distinguirlos uno del otro. Consiste en que en el contrato de trabajo el trabajador se obliga a entregar su actividad personal, física o intelectual, a la ejecución de la tarea específica que el empleador le asigna, a trueque de una remuneración que se fija en consideración a su habilidad y empeño en la realización de esa tarea, además de otros factores que no conciernen a nuestro estudio. Por modo tal que el beneficio que el empleador persigue, el provecho jurídico a la vez que el provecho pecuniario que para él derivará del contrato, es el trabajo mismo del trabajador, su actividad física o intelectual en la ejecución de la tarea que le asigna, de la que obtendrá una cosa, un bien, un resultado, que el empleador no puede lograr por sí mismo o por sí solo. A diferencia del mandato, en que el mandatario asume la gestión del negocio que se le confía en términos de sustituirse al mandante para actuar como si el negocio fuese propio no obstante que es ajeno. De modo que para el cumplimiento del encargo podrá valerse de otras personas tal y como lo está haciendo el mandante al valerse del mandatario con el mismo fin. De aquí que el mandatario pueda delegar el mandato si no se le ha prohibido, artículo 2135, y en general contratar los servicios de terceros que le auxilien o le asistan en el desempeño y mejor éxito de su cometido.

El mandatario, pues, pone al servicio del mandante su tino, prudencia, celo, y su aptitud natural o adquirida para el buen manejo de todos o algunos de los negocios del mandante, valiéndose de otros si fuere necesario, que elegirá y vigilará con igual tino, prudencia y celo.

El trabajador pone a disposición del empleador su energía vital, física e intelectual, durante cierto número de horas de cada jornada, aplicada a la tarea específica que el empleador le asigna, en la que debe empeñarse personalmente, porque esa

⁵³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXIV, sec. 1ª, pág. 449.

energía suya —física o intelectual y en verdad siempre necesariamente concurrentes, pues no es una máquina sino una persona— no puede ser desprendida, separada, seccionada del hombre o la mujer que son su fuente, que la generan, controlan y dirigen en el determinado quehacer que han de cumplir.

De aquí que el trabajador ha de ser necesariamente una persona física, natural, que trabaja directamente en la tarea asignada, con sujeción a las órdenes del empleador; y que no le esté permitido hacerse sustituir por otra a su mero arbitrio. Numerosas disposiciones del Código del Trabajo son expresiones de esta idea, entre ellas, los artículos 3º, 7º, 12, 150 y 156.

Los caracteres señalados sólo exteriorizan la naturaleza de la prestación prometida por el trabajador, que consiste, como se ha visto, en la proyección de una parte de su ser aplicada a una actividad puesta al servicio de otro; prestación, pues, que a los ojos del derecho positivo se cumple mediante el vínculo de subordinación o dependencia que se genera en el contrato de trabajo. Vínculo que no es en sustancia sino el don de mando que se atribuye al empleador y lo autoriza para exigir del trabajador que produzca el servicio deseado en la cantidad, forma y calidad esperadas.

Este contrato, no obstante tener por objeto la prestación de servicios personales, no es nitidamente un contrato intuito personae, esto es, en que la consideración de una cierta y determinada persona —como en el matrimonio— es su causa determinante. Desde luego no lo es para el trabajador, al cual primordialmente interesan la naturaleza del trabajo que debe ejecutar y la remuneración que recibirá a cambio de su trabajo. Luego, y no necesariamente en este orden, las condiciones ambientales. En tanto que el empleador contempla ciertas condiciones que califican la aptitud del trabajador para rendir lo que de éste se espera: vigor físico, salud, aptitud para la faena, asistencia y conducta. Factores estos que por ser comunes a muchos, conducen a una selección de los más aptos más que a la elección de cierta y determinada persona depositaria de la "confianza" del empleador. Confianza que de existir, tiene un rol muy limitado en el contrato de trabajo. El trabajador, pues, de un modo muy general, viene a ser una especie de elemento intercambiable dentro del sector laboral de la empresa. Así es, por ejemplo, que el empleador puede cambiarle de faena o de sitio, dentro de ciertas limitaciones obviamente.

El mandato, en cambio, es típicamente un contrato de confianza y por ende intuito personae. Expira, por consiguiente, si el mandante cesa en la administración de su patrimonio, dado que en caso contrario el mandatario habría de entenderse con un extraño cuya participación posterior sería ajena a su consentimiento inicial. No sucede así en el contrato de trabajo, en que el

cambio de empleador no le afecta, artículo 4º del Código del ramo.

En fin, el contrato de trabajo satisface —o más bien registra— el modo como la generalidad de los hombres y mujeres se procuran la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y vida. Y siendo estas necesidades comunes a todos y el trabajo por cuenta ajena el modo generalizado de cubrirlas, fuerza es concluir que el contrato de trabajo es un elemento definitorio del sistema social y económico de la comunidad organizada. Y que más allá de un contrato regulado por la voluntad de las partes, es una relación de derecho regida por las leyes, que se genera entre ellas en virtud del asentimiento que prestan al tiempo de asumir las calidades de empleador y trabajador respectivamente.^{53 bis} El asentimiento del empleador y trabajador les integra, con su voluntad o sin ella y aun a pesar de su voluntad, dentro de un sistema que constituye un ordenamiento jurídico autónomo que cubre las relaciones laborales individual y colectivamente, desde el inicio y hasta su término. La voluntad de las partes es sólo el botón de partida, de puesta en marcha de un ordenamiento jurídico universal respecto de las relaciones laborales, y particular relativamente al ordenamiento jurídico general del cuerpo social, establecido en consideración a que en el contrato de trabajo —y por extensión en la relación laboral toda— está en juego y queda en evidencia la jerarquía de los valores reconocidos por el cuerpo social, en los que descansan la fuerza y capacidad de aglutinación de sus miembros. Uno de ellos es la dignidad del hombre, que es realzada a través de la dignificación del trabajo y la protección del trabajador.^{53 bis 1}

En el contrato de mandato, en cambio, los intereses en juego son estrictamente privados, conciernen únicamente a las partes contratantes. De donde se sigue que éstas son libres para acordar sus términos sin más trabas que respetar el orden público, la moral y las buenas costumbres, artículos 1461 y 1466. En lo demás, su voluntad es soberana, artículo 1545.

^{53 bis} Artículos 2º y 5º del Código del Trabajo; confirman William Thayer A. y Antonio Rodríguez A., Nuevo Código del Trabajo.

^{53 bis 1} El inciso final del artículo 2º del Código del Trabajo declara que corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios.

dos los efectos legales y que el contratista aceptará su personería sin más trámite, declara que ella acredita la existencia de un mandato conferido por la empresa al ingeniero para celebrar con cualquiera persona un contrato de la especie dicha.⁷⁷

62. EL MANDATO Y EL CONTRATO DE SOCIEDAD

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

Planiol y Ripert estiman que en este caso es necesario recordar que la sociedad exige la concurrencia de un elemento subjetivo e intencional: la *affectio societatis*. Si falta este elemento, habría mandato. Objetivamente, este elemento aparece de la circunstancia de asociar sus aportes en un interés común, colocándose para ello en un pie de igualdad.⁷⁸

Baudry Lacantinerie considera que en el caso propuesto existe en principio un mandato cuyo salario es determinado eventualmente. Esta solución, agrega, responde a la intención de las partes, pues es probable que el vendedor se haya reservado implícitamente el derecho de revocar el contrato y que el mandatario no haya pretendido obligarse respecto del tercer adquirente por la venta ejecutada, sino obligar al mandante. Ello no obsta, dice, a que las partes le atribuyan el carácter de una sociedad.⁷⁹

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

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

⁷⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XVII, sec. 1ª, pág. 261.

⁷⁸ Ob. cit., tomo XI, N° 1437, pág. 781.

⁷⁹ Ob. cit., Del Mandato, N° 401, pág. 204.

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

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

62 bis. ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COLECTIVAS, DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, EN COMANDITA Y ANONIMAS

Establecida la existencia de un contrato de sociedad, es necesario esclarecer si los encargados de su administración son mandatarios de la sociedad, sujetos, por tanto, a las normas del mandato tanto en sus relaciones jurídicas con aquélla cuanto con los terceros con quienes contraten; o bien la facultad de administración que se les ha conferido descansa en otra vinculación jurídica cuyas normas particulares prevalecen sobre las del mandato y deben sujetarse a aquéllas en la determinación de sus atribuciones, derechos, deberes y responsabilidades.

Debe recordarse, en primer lugar, que en nuestro derecho la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, arts. 545, 547 y 2053. De ello se sigue la necesidad de que una o más personas naturales actúen y contraten por ella y la representen en los asuntos y negocios, judiciales y extrajudiciales, que le conciernan.

La representación judicial corresponde siempre al gerente o administrador de la sociedad, no obstante cualquiera limitación establecida en los estatutos o acto constitutivo de la misma, con las facultades que establece el art. 7º inciso primero del Código de Procedimiento Civil.⁸⁰ Así lo dispone el art. 8º del mismo Código. Es un caso de representación legal establecida en interés de los terceros que accionan contra la sociedad, a fin de que la relación procesal quede válidamente generada siempre que la demanda se ha dirigido contra el gerente, en su calidad de representante de la sociedad demandada y le ha sido legalmente notificada. Por lo mismo, la representación judicial que le atribuye el art. 8º del Código de Procedimiento Civil es in-

⁸⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXIX, sec. 1ª, pág. 12; tomo LXIV, sec. 3ª, pág. 75; tomo LXXI, sec. 1ª, pág. 165. Sobre la extensión de la representación judicial de los gerentes y administradores, infra N° 90.

dependiente de la voluntad de los socios y aun a pesar de su voluntad en contrario, art. 1348 del Código Civil.⁵¹

En los asuntos extrajudiciales, en cambio, prevalece la voluntad de los socios, quienes pueden confiar la administración a uno o más de ellos, sea por el contrato de sociedad, sea por acto posterior unánimemente acordado, art. 2071. Esta regla vale para las sociedades colectivas, las de responsabilidad limitada y las en comandita, aunque en estas últimas sólo respecto de los socios gestores, pues los comanditarios no pueden tomar parte en la administración, arts. 2062 del Código Civil y 4º de la ley Nº 3918.

También pueden los socios encomendar la administración a un tercero extraño a la sociedad, art. 2061, inciso segundo.

Por último, si nada se ha convenido en el contrato social ni en acto posterior, se entenderá que cada uno de los socios ha recibido de los otros el poder de administrar, con las facultades y las limitaciones que la ley establece en el silencio de las partes, art. 2081.

Interesa resolver, en el primer caso, si el socio o los socios que administran, por acuerdo de todos, son o no mandatarios de la sociedad. La respuesta no es indiferente, pues según sea la conclusión a que se llegue, sus derechos, deberes y responsabilidades quedarán sujetos a las normas del mandato, si se les califica de mandatarios, o a las disposiciones específicas del contrato de sociedad, si se les mira como socios que en este carácter han recibido el encargo de administrarla.⁵²

En párrafos anteriores hemos advertido que el poder de representación puede ir unido a cualquier contrato, nominado o innominado, que entrafie para una de las partes la necesidad jurídica de actuar ante terceros en interés de la otra, tales como el mandato, la sociedad, el contrato de trabajo, etc.⁵³ Luego, la sola existencia de la facultad de representar no permite definir la relación jurídica que media entre representante y representado. De modo que será necesario acudir a la convención que generó el poder de representación, esto es, la facultad de una de las partes para representar a la otra.

En el caso que nos ocupa estamos en presencia de un contrato de sociedad; esto es, se ha convenido poner algo en común con la mira de repartirse los beneficios que de ello provengan, art. 2053. Más lo cierto es que los beneficios esperados no se obtienen por el solo hecho de poner algo en común, sino serán el resultado de la capacidad y habilidad para realizar, con

⁵¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIII, sec. 3º, pág. 115.

⁵² Véase Arturo Davis, Sociedades Cíviles y Comerciales, Carlos E. Gibbs A., editor, Santiago de Chile, 1963.

⁵³ Supra números 14, 15 y 16; Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIII, sec. 3º, pág. 115.

los fondos sociales, los negocios que constituyen el objeto de la sociedad. En fin, que los beneficios o pérdidas dependerán en tan alto grado de la administración de la empresa, que si ha sido confiada a uno o más de los socios por el contrato mismo de sociedad, las facultades de administración del socio o socios forman parte de las condiciones esenciales del contrato de sociedad, art. 2071. De tal modo que la pérdida de un administrador inteligente que no pueda reemplazarse entre los socios, es grave motivo que autoriza la renuncia de cualquiera de éstos y la expiración anticipada de la sociedad, art. 2108.

Es evidente, por tanto, que quienes contratan sociedad no sólo contraen la obligación de poner algo en común, corriendo los riesgos de ganancia o pérdida, sino también la de encargarse de la administración, art. 2081; aun cuando dentro del principio de la libertad contractual pueden acordar que sólo ciertos socios la asuman, con prescendencia de los demás que preferían dispensarse de esa responsabilidad. En cuyo caso el socio o los socios administradores toman sobre sí la obligación de llevar a cabo los negocios sociales, con arreglo a su criterio y aun contra el parecer de los que se excluyeron, art. 2075.⁵⁴ Por su parte, aquellos que asumen la administración no lo hacen con el ánimo gracioso de rendir un servicio a sus consocios sino de velar por sus propios intereses, comprometidos en la sociedad de que forman parte, arts. 2055 a 2069 y 2086 del Código Civil.⁵⁵

Queda de manifiesto, pues, que el socio o los socios que asuman la administración, la ejercen en su calidad de tales, esto es, de partícipes de los intereses comunes, y no en la de mandatarios ajenos a la suerte que corre la sociedad. En otros términos, la relación contractual generadora de la facultad de administrar es el contrato de sociedad que se ha pactado.⁵⁶

Luego, los derechos, deberes y responsabilidades que derivan del encargo voluntariamente aceptado, se rigen por las estipulaciones del pacto social, y en lo que éste callare, por las disposiciones legales particulares al contrato de sociedad. Conclusión esta que interesa no sólo respecto de las relaciones entre los socios sino también de las de los terceros que contratan con los socios administradores.

Cabe señalar algunos puntos en que se advierte el interés de la conclusión sentada.

Ya se ha visto que la renuncia del encargo de administrar pone fin a la sociedad misma, salvo por causa prevista o unáni-

⁵⁴ Aplica este criterio, aunque indirectamente, la sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIX, sec. 3º, pág. 48.

⁵⁵ Arturo Davis, ob. cit., pág. 258, letra N.

⁵⁶ Cesare Vivante, tomo II, Nº 373, pág. 120, citado por Arturo Davis, ob. cit., pág. 259.

memente aceptada, cuando se ha encomendado en el acto constitutivo de la sociedad. Otro tanto sucede con la remoción del socio administrador, en iguales circunstancias, arts. 2071, 2072 y 2073. La remoción equivale a la revocación del mandato. Sólo que ésta pone fin al mandato por ser éste la relación contractual que genera las obligaciones correlativas y la facultad de administración; en tanto que la remoción del socio administrador pone fin a la sociedad porque de ella derivaba la obligación — y la facultad — de gestionar los negocios sociales.

El mandatario tiene derecho a la remuneración estipulada o usual; en tanto que el socio administrador no tiene derecho a remuneración alguna, ni a exigir una mayor participación en los beneficios sociales, salvo, naturalmente, voluntad en contrario manifestada expresamente por las partes, art. 2091.

Si el socio contrata a nombre de la sociedad, pero sin poder suficiente; no la obliga a terceros sino en subsidio y hasta concurrencia del beneficio que ella hubiere reportado del negocio, art. 2094, inciso tercero. La acción subsidiaria que confiere este precepto descansa en el principio del enriquecimiento sin causa, cuya vigencia amplía en nuestro ordenamiento jurídico es generalmente aceptada, según resulta de los cuasicontratos de agencia oficiosa y pago de lo no debido, arts. 2284, 2286 y 2295. Mas lo cierto es que en el caso del socio administrador existe un apoyo de texto que se silencia en el del mandatario que se ha extralimitado en sus poderes, arts. 2154 y 2160.

Si la administración de la sociedad se encomienda a un tercero, estamos en presencia de un mandato propiamente tal; o bien de un contrato de trabajo si concurren los elementos que configuran este último.⁵⁷

Si hay contrato de trabajo, prevalecen las normas especiales de la legislación laboral, conforme lo previene el art. 4º del Código Civil.⁵⁸

Si todos los socios administran por no haberse conferido el encargo a uno o más de ellos, quedan sujetos a las reglas particulares dadas para este caso por el art. 2081. Luego, no son mandatarios sino socios cuyas facultades, derechos, deberes y responsabilidades se regulan por las normas relativas al contrato de sociedad. Así, por ejemplo, cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, art. 2081, regla segunda, cosa que no es lícita al mandatario sobre los bienes de su mandante.

No debe extrañarnos, sin embargo de lo expuesto precedentemente, la similitud que se advierte en la normativa legal que regula los derechos y deberes del socio administrador y los del

⁵⁷ Arturo Davis, ob. cit., pág. 246.

⁵⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIII, sec. 3ª, pág. 115.

mandatario, en su caso. Pues en ambos hay una circunstancia común: la administración de un patrimonio ajeno, sea de la sociedad, sea del mandante. De donde se sigue que es lícito acudir a las disposiciones pertinentes del mandato allí donde las relativas a la administración de la sociedad por uno o más socios parezcan oscuras, y viceversa. Autoriza a ello la regla de interpretación de las leyes establecidas en el art. 22 del Código Civil.

Para terminar, recordemos que respecto de los terceros estaremos siempre en presencia de la modalidad representación cuando el administrador, socio o extraño, contrata a nombre de la sociedad, arts. 1448, 2079 y 2094, sin perjuicio de la acción subsidiaria que les confiere este último, ya comentada.

En lo que toca a las sociedades anónimas, su estructura jurídica es de tal grado diferente de las anteriores que en verdad constituyen una especie aparte. Tanto que se ha dado en llamar, aunque inadecuadamente, sociedades de personas a las colectivas, en comandita y de responsabilidad limitada, en oposición a las anónimas, que serían de capitales. Ello explica que las sociedades anónimas estén regidas por un estatuto legal propio y común a todas ellas, dado que conforme a lo dispuesto en el artículo 2054 del Código Civil, texto actual, se reputan siempre mercantiles aun cuando se formen para la realización de negocios de carácter civil. Ese estatuto está contenido en la Ley Nº 18.046 de octubre de 1981, rectificadora el 31 del mismo mes.

En estas sociedades la administración no pertenece a los socios, a diferencia de lo que sucede en las colectivas y otras, salvada hecha de los comanditarios, según se ha dicho. Los accionistas sólo tienen el derecho de elegir las personas a quienes se confía colectivamente la administración de la sociedad, esencialmente revocables y por un tiempo que no pase de tres años, artículos 1º, 31 y 39 de la ley del ramo.

Los encargados de la administración, denominados directores, derivan su título de la designación recaída en ellos en elección de la Junta General de Accionistas, en asamblea convocada y constituida con arreglo a la ley y los estatutos, indiferentemente de la calidad de accionistas de la sociedad, si lo fueren. Individualmente considerados, los directores carecen de facultades de administración y de representación. Sus funciones han de ejercerse colectivamente, en sala legalmente constituida, artículo 39 de la ley del ramo. La administración y la representación de la sociedad pertenecen al directorio, esto es, al cuerpo colegiado formado por sus miembros, en sala de directores constituida con los requisitos de convocatoria y el quórum prescritos en los estatutos. El directorio las ejerce mediante acuerdos que adopta con el quórum requerido para su validez. En ambos casos el quórum no podrá ser inferior a lo que establece la ley, artículos 40 y 47. En el directorio reside la voluntad de la sociedad; el directorio es el órgano que la genera y la expresa. Los directores, sus

miembros, son personas naturales cuyo asentimiento concurre a generarla si la suma de voluntades individuales alcanza el quórum requerido por la ley o los estatutos si éstos exigen una cifra mayor.⁸⁹

La designación de la Junta General de Accionistas, a través de la elección, es sólo la expresión de la voluntad unilateral de la sociedad que, por lo mismo, no obliga a los directores electos a menos que la acepten, artículo 37 inciso primero, de la ley del ramo. No cabe dudar, por tanto, que mediando la aceptación se genera entre ambos —sociedad y directores— una relación contractual, artículos 1445 y 1545 del Código Civil. Conclusión que se afirma —si fuere menester afirmarla— recordando que las funciones de director pueden ser remuneradas. La remuneración es la contraprestación de los servicios que la sociedad requiere del director electo. Y que se reafirma, si cabe, cuando la función del director es gratuita. Pues no es lícito a los particulares imponer la carga de un servicio gratuito en beneficio o provecho de otro.

Del carácter contractual de esta relación y la naturaleza del encargo que constituye su objeto, se había concluido que los directores tienen la calidad de mandatarios, aunque sin dilucidar si lo serían de la sociedad o de los accionistas que los eligen.

La Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas ha sorteado el debate evitando toda calificación, según se advierte en los artículos 2064 del Código Civil, texto actual, y 1° de la citada ley. Los directores son, al tenor de esos preceptos, "miembros" del directorio que ejerce y detenta la administración y la representación de la sociedad, judicial y extrajudicial. A diferencia de los artículos 424 y 457 del Código de Comercio, hoy derogados, que los calificaban de mandatarios: La solución legislativa es acertada. Por de pronto, no son mandatarios de los accionistas que los han elegido, artículo 39 de la ley del ramo. Y respecto de la sociedad, cuyos negocios gestionan y cuyo patrimonio administran, está de sobra cualquiera calificación atendido que sus derechos, deberes, atribuciones y responsabilidades están señalados circunstanciadamente en la mencionada ley. Y siendo ésta una ley especial referida específicamente a las sociedades anónimas, sus disposiciones prevalecen sobre las del Código Civil, que gobiernan los contratos en general y entre ellos el mandato, artículos 4 y 13. De modo que cualquiera calificación sería inoperante, aparte de perturbadora.

En sustancia, pues, los directores de las sociedades anónimas son personas naturales elegidas por los accionistas con arreglo a los estatutos sociales y a la ley, que integran el directorio co-

⁸⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno; N° 106, pág. 153.

mo cuerpo colegiado, al cual compete la administración y la representación de la sociedad con las facultades que le acuerda la ley del ramo y que según los estatutos no estén reservados a la junta general de accionistas, artículo 40. La calificación jurídica de la relación vincular con la sociedad no interesa para los efectos de determinar sus derechos, deberes, atribuciones y responsabilidades, sea con respecto de la sociedad, de los accionistas o de terceros. Pues de esto se encarga la misma ley. Ahora que para satisfacción de la doctrina hemos de admitir que son mandatarios de la sociedad cuyos negocios gestionan por encargo de la junta de accionistas. La relación contractual que los vincula con la sociedad y el objeto del encargo que cumplen por cuenta y riesgo de la misma, así como las amplísimas facultades de administración y de representación que la ley les confiere —actuando colectivamente en cuerpo colegiado— definen sobradamente y sin lugar a dudas la condición de mandatarios de la sociedad mandante, que les remunera por los servicios que le prestan, artículos 1438, oración final, 2116, 2127 y 2172 del Código Civil, 290 del Código de Comercio, y 40 y 41 de la Ley 18.046 entre otros.

El gerente o el gerente general, en su caso, son designados por el directorio, el que les fija sus atribuciones y deberes y puede sustituirlos a su arbitrio. Tienen únicamente derecho a voz en las reuniones del directorio —si bien pueden y deben representar su opinión contraria a los acuerdos para salvar su responsabilidad—; de donde se sigue que no tienen participación en la adopción de los acuerdos y decisiones del directorio, los que deben cumplir aun cuando les hubieren representado, artículo 49 de la ley del ramo. Existe, como puede advertirse, un vínculo de subordinación y dependencia del gerente o el gerente general con el directorio, cuyos acuerdos y decisiones han de acatar y ejecutar, así como el deber de sujetarse a las instrucciones que éste les imparta en el cumplimiento de su cometido. Esto sin considerar los deberes de asistencia y otros que son inherentes al cargo. De donde se sigue que la relación contractual de la sociedad con el gerente o el gerente general en su caso es la del contrato de trabajo definido en el artículo 7° del Código del ramo.^{89 bis} La circunstancia de que el gerente o el gerente general en su caso tengan la representación judicial de la sociedad no modifica la naturaleza del contrato de trabajo. Así lo hemos advertido precedentemente.^{89 bis 1}

^{89 bis} Véase supra, N° 49.

^{89 bis 1} Supra N° 52.