

CONTRATO DE SOCIEDAD.

A. Generalidades:

1. Concepto: Artículo 2053 inciso 1º: "La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan."

Inc. 2: La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.

Se ha criticado esta definición por incompleta toda vez que en ella no se hace mención de las **pérdidas que pueden ser consecuencia de este contrato.**

Respuesta a esta crítica: optimismo de los socios al celebrar el contrato. El fin que persiguen es obtener beneficios.

El código civil contiene solo normas relativas a la sociedad colectiva civil, existen otros textos legales que regulan otros tipos de sociedades:

- Código de Comercio: Libro II, Título VII (sociedades colectivas y en comandita)
- Código de Minería, Título XII
- Ley 18.046 sobre sociedades anónimas
- Ley 3.918 sobre sociedades de responsabilidad limitada
- Ley 19.499 sobre saneamiento de vicios de nulidad de sociedades

2. Características:

1. Contrato Bilateral: Y dentro de estos plurilateral: Multiplicidad de partes que persiguen una finalidad común.

2. Contrato Oneroso (1440).

3. Contrato Conmutativo (1441).

4. Contrato Principal (1442).

5. Contrato Consensual

El Art. 2053 señala que las partes "**estipulan poner algo en común**", es decir los contratantes se obligan a efectuar un aporte, de manera tal que el contrato **no se perfecciona por el aporte, es decir la sociedad no es un contrato real.**

Excepcionalmente el contrato de sociedad es Solmene:

- (1)** Las sociedades anónimas civiles;
- (2)** Las sociedades de responsabilidad limitada civiles;
- (3)** Todas las sociedades comerciales (colectivas, anónimas, de responsabilidad limitada y en comandita).

No obstante ser un contrato consensual si lo que se aporta por uno o más de los socios es un bien raíz será menester otorgar la correspondiente **escritura pública la que deberá posteriormente inscribirse en el registro de propiedad.**

El titulo translativo de dominio será el mismo contrato de sociedad.

Como el Art.2053 señala que se obligan a efectuar un aporte no hay inconveniente en que sean actos distintos. Es decir, la constitución de la Sociedad y el aporte del

bien raíz pueden ser actos distintos.

6. Contrato Intuito Persona:

Toda vez que la consideración al individuo es un elemento determinante al momento de celebrar el contrato y por lo es un contrato de confianza. Por este motivo dentro de las causales de extinción de una sociedad se encuentra la muerte de uno de los socios y también por esta razón es que se prohíbe incorporar a la sociedad un tercero.

Por excepción no es intuito persona la sociedad anónima ya que es una sociedad de capital.

3. Persona Jurídica.

El Artículo 2053 inciso 2 señala que la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. Estamos en presencia de un nuevo sujeto de derechos y obligaciones con patrimonio y voluntad propios.

La personalidad jurídica de la sociedad se forma por el solo ministerio de la ley.

La sociedad corresponde a las personas jurídicas con fines de lucro (artículo 547 inciso 1).

De la circunstancia de ser la sociedad una persona jurídica se derivan diversas consecuencias:

- 1) La sociedad tiene un patrimonio propio distinto del de los socios.
- 2) Tiene una voluntad propia que generalmente corresponde a la mayoría de los votos, salvo el caso de modificaciones sustanciales al estatuto que requiere de unanimidad.
- 3) La sociedad tiene un nombre o razón social.

4. Diferencias de la sociedad con la comunidad.

a) Origen:

- Sociedad: Se forma por el consentimiento, voluntad.
- Comunidad: es un cuasicontrato se forma por ley, voluntad de las partes o por sucesión por causa de muerte.

b) Naturaleza jurídica:

- Sociedad: Persona jurídica.
- Comunidad: no forma una persona jurídica.

c) Bienes

- Sociedad: los bienes le pertenecen a ésta y no a los socios.
- Comunidad: los bienes pertenecen a los comuneros de manera pro indivisa.

d) El legislador fomenta la creación de sociedades no le agrada la comunidad que embaraza la circulación de la riqueza y de los bienes.

5. Empresas individuales de responsabilidad limitada.

Esta materia corresponde a derecho comercial de manera que veremos solo aspectos generales. consulten ley.

El origen de esta ley está en la discusión acerca de que en Chile se reconociera la posibilidad de constituir sociedades unipersonales. (Un socio).

Finalmente se optó por la creación de estas empresas individuales de responsabilidad limitada las que fueron consagradas en la Ley 19.857 la que fue publicada el 11 de febrero del año 2003.

Esta ley define a las empresas individuales de responsabilidad limitada como una persona jurídica con patrimonio propio distinto al patrimonio del titular o constituyente.

El constituyente de estas empresas individuales de responsabilidad limitada solo puede ser una persona natural.

Atendida esta última característica según la cátedra se trata más bien de un patrimonio de afectación entendiendo por tal aquel conjunto de bienes que se encuentran destinados a la obtención o consecución de un fin determinado.

Características:

- 1.** Acto jurídico solemne.
 - debe otorgarse por escritura pública
 - inscribirse en el registro de comercio, y
 - publicarse en el diario oficial.
- 2.** Regulada por ley 19587 y en subsidio por el código de comercio.
- 3.** La empresa individual de responsabilidad limitada es titular de un patrimonio propio distinto de aquel del constituyente.
- 4.** Es siempre comercial, cualquiera sea la actividad para la cual se constituye.
- 5.** El constituyente, solo por excepción, responde con bienes propios, en particular respecto de la obligación de efectuar el aporte y de los casos señalados en el artículo 12 de la ley, los que se refieren a situaciones en que se haya efectuado un acto simulado o en fraude de los derechos de terceras personas. La ley tipifica un delito por esta situación.

6. Sociedades por Acciones: a través de la ley 20.190 publicada en junio del año 2007 las creó. Esta ley implicó una modificación en el CCO ya que se regulan en los ART 444 a 446 de dicho cuerpo normativo.

Características:

- a.** De carácter mercantil
- b.** El capital se representa en acciones nominativas y en las que existe una limitación de responsabilidad del socio constituyente, al monto del aporte efectuado
- c.** Admite su constitución unipersonal, pero el ART 424 reconoce que ella también se puede constituir por dos o más personas.
- d.** Las acciones pueden cederse.
- e.** Contrato solemne que requiere de escritura pública, aunque admite en su constitución por escritura privada, suscrito por los otorgantes y cuya firma deberá ser autorizada por notario público quien deberá protocolizarlo
- f.** Un extracto de dicho documento se inscribe en el registro de comercio y se publica en el diario oficial.

B. Elementos del contrato de sociedad.

1. Aporte de los socios.
2. Repartición de las utilidades.
3. Contribución a las pérdidas.
4. Affectio societatis. (Intención de las partes de formar o constituir una sociedad)

1. Aporte de los socios:

1) Necesidad del aporte:

El Artículo 2055 inciso 1 señala que no hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común.

La necesidad del aporte encuentra su explicación en que para cumplir con los fines que son propios de la sociedad es necesario que la persona jurídica cuente con un patrimonio propio.

Recordemos que la exigencia del artículo 2053 es que los socios se **obliguen** a efectuar el aporte y por lo tanto la sociedad **no es un contrato real.**

2) Objeto del aporte:

Artículo 2055 inciso 1 el aporte puede consistir en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero. No es un requisito del contrato de sociedad que los aportes de los socios sean iguales en naturaleza y monto.

3) Requisitos del aporte:

1. Debe ser apreciable en dinero.
2. Debe ser a título singular.

Se prohíbe toda sociedad a título universal sea de bienes presentes o venideros. Se prohíbe asimismo toda sociedad de ganancias a título universal, excepto entre cónyuges. En todo caso podrá ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera siempre que ellos se especifiquen. El ART 2056 no dice como hay que especificarlos, y como hay un vacío, se integra la laguna por analogía y se va a la norma similar que hay en materia de compraventa.

“Sociedad a título universal”: es aquella en que los socios se obligan a poner en común la totalidad de su patrimonio y la “sociedad de ganancias a título universal” es aquella a que los socios se comprometen a compartir la totalidad de las ganancias que obtengan en sus respectivas actividades.

2. Participación en las utilidades.

El Artículo 2055 inciso 2 señala que tampoco hay sociedad sin participación de beneficios.

Lo anterior se debe a que el fin de la sociedad es el lucro pecuniario de todos los socios lo que lo distingue de las fundaciones y corporaciones cuyo fin es meramente benéfico.

1) Requisitos de las utilidades:

- a) Debe ser apreciable en dinero y por lo tanto no lo es el beneficio puramente

moral; artículo 2055 inciso 3.

b) El beneficio debe ser incierto toda vez que el mismo supone que la sociedad obtenga utilidad, por esta razón si al aportante se le asigna una cantidad fija, él no es socio. Así lo reconoce el artículo 2086 inciso 1. Si se acuerda una cantidad fija esta cantidad se mirará como el precio de su industria y quien ejerce esa industria no será considerado como socio.

2) Forma como se distribuye los beneficios.

1. Regla general: Los beneficios se distribuyen de la forma que los **socios hayan acordado** (Art. 2066), sin que a ninguno de los socios pueda otorgarse este arbitrio o facultad (artículo 2067 inciso 2).

2. Puede **encomendarse a un tercero** la distribución de los beneficios y no se podrá **reclamar** contra este sino cuando la división sea manifiestamente inicua (injusta) y ni aun por esta causa si han transcurrido 3 meses desde que fue conocido del reclamante o a empezado a ponerse en ejecución por él (Art. 2067 inciso 1). Si el tercero fallece antes de cumplir el encargo o por cualquier otra causa no lo cumple la sociedad es nula (2067 inciso 3)

3. Si nada se ha dicho se entenderá que la división de los beneficios debe **ser a prorrata de los valores que cada socio ha puesto en el fondo social.**

4. Si uno de los socios contribuye solamente con su industria, trabajo o servicio y no hubiere una estipulación que fije su cuota en los beneficios sociales se fijará esa cuota en caso necesario **por el juez** (2069). El Código de Comercio establece una solución diferente, señalando que el socio industrial llevará en las ganancias una cuota igual a la que corresponda al aporte menor, Art. 383 del Código de Comercio

3. Contribución a las pérdidas.

1. Regla General: habrá que estarse a lo que las **partes hayan estipulado** de común acuerdo estipulado (Art. 2066), sin que pueda cometerse este arbitrio a un solo de los socios (Art. 2067 inciso 2)

2. Puede la contribución a las pérdidas **fijarla un tercero** y en este caso se aplica el artículo 2067.

3. A falta de estipulación la división de las perdidas será a **prorrata de la división en los beneficios.** (2068).

4. Si un socio ha aportado su industria, servicio o trabajo y no hay estipulación acerca de la forma en que concurrirá a las pérdidas, se entenderá que la perdida consiste en la industria, servicio o trabajo que había aportado (2069). Lo mismo acontece en el ámbito del Código de Comercio, porque si bien el Art. 383 de dicho Código dispone que al socio industrial no le cabe soportar parte alguna en las pérdidas, en la práctica si lo hace, al perder su trabajo.

Reglas especiales para determinar cuándo hay utilidades y cuando hay pérdidas Art. 2070.

La Regla General: Es sobre el resultado definitivo de los negocios sociales sobre el que se calcula la parte que a cada socio corresponde en los beneficios y en las pérdidas.

De esta regla general se concluye:

- 1) La distribución de beneficios y pérdidas no se entenderá ni respecto de la gestión de cada socio, ni respecto de cada negocio en particular.
- 2) Los negocios en que la sociedad sufre pérdida deberán compensarse con aquellos en que reportan beneficios.
- 3) Los socios comanditarios, ni los accionistas de sociedad anónima en caso alguno estarán obligados a restituir los dividendos que hubieren obtenido de buena fe.

4. Affectio Societatis.

Intención de las partes de formar o constituir una sociedad, razón por la cual la aparcería no es sociedad (ver D.L 993).

Estos son los elementos particulares del contrato de sociedad, pero evidentemente hay que cumplir con todos los requisitos del acto jurídico, por lo que debe haber consentimiento, objeto y causa lícita, capacidad y solemnidades en el caso que corresponda. Esto por la misma definición del ART 2053.

C. Sociedad de hecho. (Artículos 2057 y 2058).

La sociedad de hecho es aquella en que falta alguno de los requisitos establecidos en la ley para constituir una sociedad propiamente tal. De acuerdo al Art. 1444, la falta de un requisito de la esencia – uno cualquiera de los particulares a la sociedad – hará que el contrato no produzca efecto alguno o degenera en otro contrato diferente.

Efectos:

- En este caso cada uno de los socios tendrá derecho para pedir que se liquiden las operaciones anteriores y retirar así sus aportes. Esta liquidación y su posterior restitución se efectúa de acuerdo con las reglas del cuasicontrato de comunidad.
- Lo anterior no se aplica a aquellas sociedades que son nulas por la ilicitud de la causa u objeto, las que se regirán por el código penal.
- La nulidad del contrato de sociedad no perjudica las acciones que correspondan a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados (comunidad) por las operaciones de la sociedad ha existido de hecho (2058).

D. Clases de sociedad.

1. Según su objeto (2059).

- a) **Sociedades Comerciales:** Aquella que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio.

- b) Sociedades Civiles:** Todas las demás sociedades.
- c) Situaciones Especiales:** Podrá estipularse que la sociedad que se contrae, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de la sociedad mercantil. Art. 2060
- d)** La sociedad Anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil (Art. 2064).

2. Según sus efectos y características:

El Art. 2061 inc. 1 señala que la sociedad sea civil o comercial puede ser colectiva, en comandita o anónima. A ello deben agregarse las sociedades de responsabilidad limitada.

a) Sociedades Colectivas.

- Todos los socios tienen derecho a administrar por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo (2061 inciso 2).
- Los socios responden con todos sus bienes propios de las obligaciones sociales en forma ilimitada pero proporcional a sus respectivos aportes.
- La razón social se forma con el nombre de todos los socios o de algunos de ellos más las palabras "y compañía". Art. 365 código de comercio

b) Sociedad de Responsabilidad Limitada.

En general ellas se rigen por las mismas reglas de las sociedades colectivas salvo alguna de las excepciones siguientes:

- Los socios responden por el monto de sus aportes o la suma que a más de esto se hayan obligado.
- Es un contrato solemne, debe otorgarse por escritura pública, se inscribe el extracto en el registro y se publica este extracto en el Diario Oficial.
- La razón social debe contener el nombre de uno o más de los socios o una referencia al objeto social, agregándose la palabra "limitada". Si se omite esta palabra, los socios responderán ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales
- No pueden tener por objeto negocios bancarios
- Número de socios: máximo 50.

c) Sociedad Anónima.

- El Art. 2061 inciso 4 la define como aquella formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables solo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.
- La administración le corresponde al Directorio.
- Responsabilidad de los accionistas es limitada al monto de sus respectivos aportes.
- Generalmente en su razón social se hace una referencia una

referencia al objeto y luego se agrega la sigla S.A. o las palabras "sociedad anónima"

- Contrato solemne (escritura pública, inscripción del extracto, publicación en el diario oficial), y si es una s.a. abierta, además requiere autorización de la autoridad pública.
- No es un contrato intuitu personae: es una sociedad de capital y hay libre cesibilidad de las acciones.

d) Sociedad en comandita.

- El artículo 2061 inciso 3 la define como aquella en que uno o más de los socios se obligan solamente hasta concurrencia de sus aportes.
- En la sociedad en comandita se distinguen dos clases de socios:
 - o **Socios Gestores:** Aquellos que tienen a su cargo la administración de la sociedad y responden de la misma forma que los socios de la sociedad colectiva.
 - o **Socios comanditarios:** Aquellos que aportan el capital, que tienen injerencia en la administración de la compañía y que responden solo por el monto de sus aportes.
- La razón social se forma solo con el nombre de los socios gestores.
- Se prohíbe a los socios comanditarios incluir su nombre en la razón social y tomar parte en la administración de la sociedad. En el evento de existir contravención a cualquiera de estas prohibiciones la sanción consistirá en que **el socio comanditario deberá responder de igual modo que los socios colectivos**

e) Otras sociedades:

i. Empresas individuales de responsabilidad limitada

ii. Sociedades por acciones

iii. Sociedades de garantía recíproca: de la ley 20.179 de junio del año 2007. La finalidad de esta legislación fue la de facilitar el acceso de todas las sociedades (en especial de las pymes) al crédito. La sociedad de garantía recíproca emite un certificado que le garantiza al acreedor el pago del crédito otorgado a la pyme.

E. Duración de la sociedad (2065).

1. Comienzo:

No expresándose plazo o condición para que tenga principio la sociedad se entenderá que principia a la fecha del mismo contrato. Si por el contrario la sociedad está sujeta a un plazo o condición, es decir una modalidad; entonces ella comenzará al tiempo de verificarse el plazo o la condición.

2. Término:

No expresándose plazo o condición para que tenga fin, se entenderá contraída por toda la vida de los asociados, salvo el derecho de renuncia.

3. Si el objeto de la sociedad es un negocio de duración limitada, se entenderá contraída por todo el tiempo que durare el negocio.

F. Administración de la sociedad colectiva.

1. ¿Quiénes pueden administrar?:

La administración de una sociedad colectiva puede efectuarla todos los socios o bien un mandatario elegido por ellos, este mandatario puede ser uno o más de los socios o un extraño (artículo 2061 inciso 2).

2. Oportunidad de la designación, Art. 2071

Los administradores pueden ser designados en 2 momentos:

- a. En el Acto constitutivo de la sociedad (administrador estatutario).
- b. Por un acto posterior, caso en el cual se requiere acuerdo unánime de los socios.

Lo relevante es que cuando el administrador es designado en el acto constitutivo de la sociedad este acuerdo pasa a **ser una cláusula esencial del contrato**, salvo que se exprese otra cosa.

3. Que ocurre cuando el administrador es designado en el pacto social. (En el contrato).

La designación constituye una cláusula esencial del contrato. Art.2070

De lo anterior se sigue que el administrador solo podrá ser removido o solo podrá renunciar cuando exista causa legítima.

a) Renuncia:

El administrador no puede renunciar a la administración sino cuando la causa ha sido **prevista en el contrato** o bien la renuncia es **aceptada unánimemente** por los socios. Art.2071 inc.1

b) Remoción: Art.2071 inc.2

El administrador solo puede ser removido en los casos previstos **por los estatutos** o bien cuando exista **causa grave**. Se entiende existir causa grave cuando el administrador se hace indigno de confianza o bien incapaz de administrar útilmente. Concurriendo alguna de estas causales cualquiera de los socios puede pedir la remoción del administrador siempre que justifique la causal invocada.

c) Sanción: 2072 inciso 3

Regla general: En el evento que el administrador renuncie o los socios lo remuevan **fuera de las causas señaladas en lo precedente se pone fin a la sociedad.**

Por excepción la sociedad podrá continuar en los siguientes casos:

1) Cuando haya existido **justa causa de remoción o de renuncia**. En esta situación los socios tendrán que proceder a la designación de un nuevo administrador o bien acordar que todos ellos ejercerán la administración de la sociedad.

2) Cuando de varios administradores designados en el pacto social solo uno renuncia o es removido. En este caso pueden los otros socios unánimemente convenir que la administración continúe siendo ejercida por los otros

administradores.

4. Administrador designado por acto posterior. Art. 2074

- Esta designación debe ser acordada de forma **unánime**.
- Nos vamos a encontrar simplemente frente a la figura de un mandato y por lo tanto a esta administración podrá ponerse término **por la mayoría de los socios o podrá se renunciada por el administrador.**

El ART 2074 permite marcar de mejor manera la diferencia entre el administrador nombrado por el acto estatutario o por acto posterior, ya que en este último caso no se requiere de causa legítima para la renuncia o remoción, ya que las facultades del administrador no son esenciales al contrato.

5. Que ocurre cuando no se ha designado administrador. 2081

En esta situación se entiende que cada uno de los socios ha recibido de los otros el poder de administrar, y en consecuencia la sociedad va a ser administrada por todos los socios.

Hay mandato tácito y recíproco de administración.

6. Facultades de administración.

a) Distinción previa:

1) Administración conferida a un solo administrador.

En esta situación el administrador para realizar su encargo no necesita consultar el parecer de los demás socios, es decir goza de total libertad e incluso puede obrar contra el parecer de los otros socios. Ello se justifica, porque fue la voluntad unánime de los socios la que lo investió del poder de administrar.

En todo caso este administrador deberá sujetarse a las restricciones legales y a las que se le hayan impuesto en el acto de la designación.

Sin perjuicio de lo anterior la mayoría de los demás socios tendrán derecho de oponerse al acto siempre que **éste no haya producido efectos legales**, es decir solo se permite la oposición respecto de actos en "proyecto" y no consumados.

2) Administración conferida Varios administradores (Art. 2076).

En este caso cada uno de los administradores podrá ejecutar por sí solo cualquier acto de administración salvo que se haya ordenado otra cosa en el título de mandato. Si en el acto de designación se les ha prohibido actuar separadamente no podrán hacerlo ni aun en caso de urgencia.

b) Facultades

1) El administrador debe ceñirse rigurosamente a los términos de su mandato, y en lo que éste callare se entiende que le corresponden las facultades necesarias para llevar a cabo el **giro ordinario de la sociedad** (Art.2077).

2) Tiene la obligación de conservar, reparar y mejorar los objetos que forman el capital fijo de la sociedad. (Art.2078 inc1)

3) El administrador no está facultado salvo mandato expreso para empeñar, hipotecar o alterar la forma de los bienes que componen el capital fijo. Si las alteraciones son consecuencia de situaciones urgentes que no le permiten al administrador consultar la voluntad de los demás consocios se le considerará respecto de esas alteraciones como un agente oficioso de la

sociedad. (Art.2078 inc.2)

c) Efectos de los actos de administración.

- Sólo los actos ejecutados por el administrador dentro de la órbita de sus atribuciones obligan a la sociedad.
- Los actos ejecutados excediéndose de sus facultades, lo obligan, personalmente, Art. 2079. Lo anterior es una aplicación de las reglas generales del mandato

d) Obligación de rendir cuenta.

El administrador está obligado a rendir cuenta de su gestión en los periodos designados en el acto de su nombramiento, si nada se ha dicho deberá rendir cuenta anualmente (Art.2080). El fin que persigue esta rendición de cuentas es que los socios conozcan el estado de los negocios de la compañía y la labor desarrollada por el administrador. Este es el momento en que el socio puede objetar y habrá un juicio de cuentas.

e) Que ocurre cuando la administración la ejercen todos los socios.

Los socios tendrán todas las facultades recién analizadas y además las señaladas en el artículo 2081.

i. Cualquier socio tendrá el derecho de oponerse a los actos administrativos de otro, mientras esté pendiente su ejecución o no hayan producido efectos legales. Lo que se denomina derecho de veto. Se ha discutido si es o no un derecho absoluto, es decir que basta con que se oponga un socio para que el acto no se lleve a efecto. La doctrina estima en su mayoría que para contestar debemos estarnos a lo que dice el ART 2054 inc.1 que es la norma que establece la forma en que se constituye la voluntad de la sociedad y señala que se constituye por la mayoría de los socios. De ahí entonces que para oponerse al acto habría que reunir la voluntad de la mayoría de los socios.

ii. Cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que los emplee según su giro ordinario y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros.

iii. Cada socio tendrá el derecho de obligar a los otros que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales.

iv. Ninguno de los socios podrá hacer innovaciones en los inmuebles que dependan de la sociedad, sin el consentimiento de los otros. (es más estricta la regla del ART 2078 que incluye a los muebles y a los inmuebles)

G. Obligaciones de los socios.

Hay que distinguir:

1. Obligación de los socios para con la sociedad.
2. Obligación de la sociedad para con los socios.
3. Obligación de los socios con terceros.

1. Obligaciones de los socios para con la sociedad.

Son:

- 1) Efectuar el aporte.
- 2) Sanear la evicción del cuerpo cierto aportado.
- 3) Cuidar como un buen padre de familia los intereses sociales.
- 4) Prohibición de incorporar nuevos socios.

1) Efectuar el aporte.

- Forma en que se puede efectuar:

Los aportes al fondo social pueden efectuarse en **propiedad o en usufructo**, en ambos casos los frutos pertenecerán a la sociedad desde el momento del aporte (2082).

i. Aporte en propiedad.

Cuando el socio se obliga a transferir a la sociedad el dominio de los bienes aportados. En este caso, el contrato de sociedad es título traslativo de dominio. Se sigue, en todo, las reglas generales de la tradición. Si se trata de inmueble, debe inscribirse en el cbr.

ii. Aporte en usufructo.

Cuando el socio se obliga a aportar a la sociedad sólo el goce de ciertos bienes. Las relaciones entre el socio aportante y la sociedad, supuesto que el aportante haya sido dueño del bien, serán las que existen entre el nudo propietario y el usufructuario.

- Riesgo de la cosa aportada.

Para estudiar esta materia vamos a distinguir:

1. Aporte en Propiedad: Socio transfiere el dominio de un bien a la sociedad.
2084 inciso 1.

La sociedad soporta los deterioros de la cosa aportada y la pérdida por caso fortuito. Vale decir, aunque la cosa aportada disminuya o se destruya, no por ello disminuirán o se extinguirán los derechos del socio aportante en la sociedad. El riesgo lo soportará la sociedad, Art. 2084 inciso 1°.

2. Aporte en Usufructo: Socio nudo propietario. Sociedad usufructuaria.

Si sólo se aporta el usufructo, la pérdida o deterioro de la cosa, no imputable a culpa de la sociedad, pertenecerán al socio que hace el aporte. 2084 inciso 2.

Si la cosa se destruye se destruirá la nuda propiedad como el usufructo por lo tanto desde un punto de vista práctico de la sociedad **el riesgo lo soportan ambos**, ya que la sociedad también sufre la pérdida esto porque perderá el usufructo de la cosa.

3. Aporte de cosas fungibles u otras cosas que se deterioran por el uso y otros bienes.

La propiedad de ellos pertenecerá a la sociedad la cual queda obligada a restituir al socio su valor. Este valor será el que las cosas tuvieron al tiempo del aporte a menos que ellas hayan sido aportadas debidamente tasadas toda vez que en tal situación se deberá el importe tasado. Respecto de este tipo de cosas, el **riesgo es de la sociedad** ya que ella no se libera de la obligación de restituir su valor no obstante la pérdida de la cosa. (2084 inciso 3 y 4).

La disposición es aplicable, siempre que las cosas aportadas reúnan las siguientes condiciones:

a. Que se trate de cosas fungibles

- b.** Que las cosas sean de aquellas que se deterioran con el uso, porque de otra forma, si la sociedad no tuviera que restituir su valor, sólo debería restituir las cosas considerablemente menoscabadas, lo que es injusto para el socio aportante.
- c.** Que se trate de cosas destinadas a la venta, porque el aporte sería estéril y la sociedad no podría vender dichas cosas si tuviera la obligación de restituir las en especie
- d.** Que se trate de cosas que se aportan valuadas, porque tal hecho manifiesta que la intención de las partes es que tal valor sea el que se restituya. En todo caso, si las cosas no se apreciaron, se restituirá el valor que tenían al tiempo del aporte

- Aumento del aporte. Art.2087

Regla general: A ningún socio podrá exigirse aporte más considerable que aquel a que se haya obligado.

Excepción: Si por una mutación en las circunstancias no pudiese obtenerse el objeto de la sociedad sin aumentar los aportes, en este caso el socio que no quiere efectuar el aumento podrá retirarse de la sociedad, y así tendrá que hacerlo si los demás socios se lo piden.

- Incumplimiento del aporte:

a) El socio que hubiere retardado la entrega de lo que le toca poner común resarcirá a la sociedad todos los perjuicios que el retardo le haya ocasionado. (Art.2083). El Art. 379 del Código de Comercio, por su parte, autoriza a los socios, ante el retardo en la entrega del aporte, sea cual fuere la causa que lo produzca:

- 1.** Para excluir de la sociedad al socio moroso.
- 2.** Para proceder ejecutivamente contra su persona y bienes, para compelerle al cumplimiento de su obligación. En uno u otro caso, indemnizándose además de los perjuicios que el retardo ocasionare a la sociedad.

b) Si uno de los socios falta a su obligación de efectuar el aporte por un hecho o culpa suya los otros socios tendrán derecho a dar la sociedad por disuelta (Art.2101). De acuerdo a las reglas generales, da derecho para pedir la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios;

c) Los socios diligentes también tienen derecho a exigir el cumplimiento compulsivo del aporte, Art. 2101, 2083

2. Obligación de saneamiento (2085).

Si uno de los socios aporta una especie o cuerpo cierto en propiedad o en usufructo será obligado en caso de evicción al pleno saneamiento de todo perjuicio.

En esta materia se van a aplicar por analogía las disposiciones relativas al Saneamiento de la evicción que se encuentran en la compraventa.

3. Cuidar los intereses sociales.

1. Todo socio es responsable de indemnizar a la sociedad los perjuicios que le hubiere ocasionado por un hecho o culpa suya.

En el caso de devengarse esta indemnización a favor de la sociedad el socio deudor no podrá oponerle a la sociedad los emolumentos o ganancias que su industria o

trabajo le haya reportado a la sociedad salvo que esa industria no perteneciera al fondo social (2092.).

2. Los productos o utilidades que provengan de las diversas gestiones de los socios en el interés común pertenecerán a la sociedad. Si la gestión de uno de los socios resulta más lucrativa que la de los demás no por eso tendrá derecho a mayor beneficio en el producto de esa industria (artículo 2091).

Esto refleja un principio general en orden a que la sociedad es la única que se beneficia con la actividad que los socios realizan en interés común.

3. Caso del socio que es acreedor de un deudor de la sociedad. (2092).

a) Artículo 2092 inciso 1 señala que en este caso y siempre que ambas deudas sean exigibles las cantidades que el **socio reciba en pago se imputarán a los dos créditos a prorrata**, no obstante, cualquier otra imputación que se hubiere hecho en la carta de pago en perjuicio de la sociedad. Supongamos que Juan le debe 100 a la sociedad y 50 al socio administrador. Si paga un total de 30 se señala que 20 serán para la sociedad y 10 para el socio y estará respondiendo a la proporción de ambas deudas. Esta situación se aplica solo cuando la imputación es en perjuicio de la sociedad.

b) Por excepción si la imputación efectuada en la carta de pago fue en beneficio de la sociedad y en perjuicio del socio se estará a la carta de pago. Art.2090 inc.2. Lo anterior es sin perjuicio del derecho que tiene el deudor para hacer la imputación.

c) Si un socio recibe integra su cuota de un crédito social permaneciendo impagos los demás socios aquel **socio beneficiado deberá compartir** con los demás lo que haya recibido Artículo 2090

4. Prohibición de incorporar nuevos socios. Art.2088

En este tema no se debe olvidar que la sociedad es un contrato intuitu persona y por lo tanto este contrato se celebra porque entre los socios existe lo que se denomina affectio societatis y hay entre ellos una relación de confianza.

Teniendo presente lo anterior el código establece que ningún socio, aun ejerciendo las más amplias facultades de administración puede incorporar a un tercero en la sociedad sin el consentimiento de sus consocios.

Lo anterior no implica que el socio celebre con el tercero una sociedad particular entre ellos y que ésta reciba como aporte la participación en la primitiva sociedad. A esta situación se le suele llamar en doctrina "Sociedad Crupier".

2. Obligaciones de la sociedad para con los socios. Art.2089

1. Cada socio tendrá derecho a que la sociedad le rembolsé las sumas que él hubiere adelantado con conocimiento de ella por las obligaciones que para los negocios sociales hubiere contraído legítimamente y de buena fe.

2. Cada socio tendrá derecho a que la sociedad le indemnice los perjuicios que los

peligros inseparables de su gestión le hayan ocasionado. Cada uno de los socios será obligado a esta indemnización a prorrata de su interés social y la parte de los insolventes se dividirá de la misma manera entre todos

3. Obligación de los socios y de la sociedad con terceros.

1. Contribución a las deudas:

Consiste en determinar a quién puede demandarse el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los socios. Para responder lo anterior vamos a distinguir:

a) Si el socio contrata a **su propio nombre**: Artículo 2094 inciso 1. El socio que contrata en su propio nombre y no en el de la sociedad **no la obliga respecto de terceros**, ni aun en razón del beneficio que ella reporte del contrato. El obligado en este contrato es el socio. Sin embargo, hay un caso de **acción oblicua**: puede suceder que el tercero se subroge en las acciones que el socio tiene contra la sociedad. El tercero no demanda directamente a la sociedad, sino que ejerce acción oblicua o subrogatoria para ejercer los derechos que tiene el socio en contra de la sociedad

b) Socio contrata en nombre de la sociedad. Se entiende que el socio contrata a nombre de la sociedad cuando así lo expresa en el acto o contrato o bien cuando las circunstancias lo manifiesten de un modo inequívoco, en caso de duda se entenderá que el socio contrata a nombre privado. Art.2094 inc.2 Teniendo claro lo anterior vamos a distinguir:

1) Si el socio actúa con poder suficiente: Obliga a la sociedad ya que actuó como su mandatario.

2) Si el socio actúa sin poder suficiente:

En este caso el socio obliga a la sociedad **solo en subsidio y hasta concurrencia del beneficio que ella hubiere reportado del negocio**. Art. 2094 inciso 3 y 4 (Agencia oficiosa).

2. Efectos obligaciones contraídas con terceros.

1) Cuando estas obligaciones han sido válidamente contraídas responderá de ella la sociedad con todo su patrimonio, con todos los bienes salvo los inembargables.

2) En el evento que la sociedad carezca de bienes, es de la esencia de la sociedad colectiva civil **que los socios responderán con todo su patrimonio**, a este respecto el artículo 2095 inciso 1 señala que, si la sociedad colectiva es obligada respecto de terceros, la totalidad de la deuda se dividirá entre **los socios a prorrata de su interés social** y la cuota del socio insolvente gravará a los demás

Esta responsabilidad del socio **no es solidaria a menos que así se hubiere estipulado** en el título de la obligación y siempre que la obligación y la solidaridad haya sido contraída por todos los socios o con poder especial de ellos.

Dos puntos importantes:

- Responsabilidad del socio es a prorrata de sus intereses sociales.
- No es solidaria a menos que se estipule.

- En materia mercantil:

i. Sociedad colectiva comercial

Los socios **son ilimitada y solidariamente** responsables de todas las obligaciones contraídas legalmente bajo la razón social, no admitiéndose pacto que tienda a derogar dicha responsabilidad solidaria, Art. 370 del Código de Comercio.

ii. Sociedades anónimas.

Los socios sólo son responsables por el **valor de sus acciones**, Art. 2061, inciso 4º y Ley 18046

iii. Sociedad en comandita.

1. Socios gestores responden como los socios de la sociedad colectiva

2. Socios comanditarios responden **solamente hasta concurrencia de sus aportes**, Art. 2061 inciso 3.

iv. Sociedad de responsabilidad limitada.

Los socios responden hasta la **concurrencia de sus aportes o de la suma superior que indiquen**, Art. 2 Ley 3918.

- Situación de los acreedores de los socios. Art. 2096

Los acreedores de los socios no tienen acción respecto de los bienes de la sociedad, toda vez que se trata de personas distintas; la sociedad y los socios, cada una de ellas con un patrimonio propio.

Excepciones esta regla general:

1. Sobre el aporte haya existido una hipoteca a la fecha de constitución de la sociedad.

Ejemplo: socio dueño de un bien raíz lo hipoteca a un tercero y luego lo aporta a la sociedad.

2. Si la hipoteca es posterior a la sociedad y al aporte, pero este aporte no fue debidamente inscrito. No habrá tradición del bien raíz.

Los dos casos antes señalados no son propiamente un caso de excepción toda vez que la hipoteca es un derecho real y puede perseguirse en manos de quien se encuentre.

3. El acreedor del socio puede intentar contra la sociedad las acciones que aquel hubiere tenido en contra de ella. Acción subsidiaria del Art. 2094

4. El socio tiene la aspiración que se repartan los beneficios o utilidades que provengan de los negocios sociales y por lo tanto **el acreedor puede pedir que se embarguen a su favor las asignaciones que se hagan a su deudor por cuenta de los beneficios sociales o a cuenta de sus acciones. Art. 2096.**

Se ha discutido la posibilidad que tiene el acreedor de embargar los **derechos** que tiene el socio en la sociedad. La Corte de Apelaciones de Santiago en dos sentencias del 2008 resolvió que ello no era factible, porque estamos en presencia de un contrato intuitu personae y por ende si se embargan estos derechos van a ser posteriormente subastados, posibilitando la incorporación de un tercero extraño sin el acuerdo de los socios. Otra cosa sí se permite que es decretar una medida precautoria de retención del interés que tiene el socio en el capital social y que le va a corresponder una vez que se proceda a su división, una vez extinguida la sociedad.

H. Disolución de la sociedad. Artículo 2098 y siguientes

1. Expiración del plazo o por el evento de la condición que se ha prefijado para que tenga fin la sociedad. Art. 2098. Esta causal **opera ipso iure**, no obstante, lo cual la vigencia de la sociedad puede prorrogarse cumpliéndose los siguientes requisitos:

- a) Consentimiento unánime de los socios.
- b) Con las mismas formalidades que para la constitución primitiva. Como la disolución opera ipso iure la prórroga debe acordarse antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición. El Art. 350 del Código de Comercio permite la prórroga automática, cuando en el mismo pacto social se estipula que la sociedad subsistirá al vencimiento del plazo de duración, a menos que alguno de los socios manifestare su voluntad en contrario, mediante escritura pública anotada al margen de la inscripción social, antes de la fecha de disolución.
- c) **Los codeudores solidarios de la sociedad no serán responsables de los actos que ella inicie durante la prórroga si no hubieren accedido a ésta.**

2. Por la finalización del negocio para que fue contraída la sociedad. Art. 2099. En todo caso si se ha prefijado un día cierto (plazo) para que termine la sociedad y llegado ese día antes de finalizarse el negocio no se prorroga, se disuelve la sociedad.

3. Por la insolvencia de la sociedad. Art. 2100 inc.1. La razón de esta causal se debe a que la sociedad no podrá satisfacer sus obligaciones ni cumplir con su objeto.

4. Por la extinción total de la cosa o cosas que forman su objeto (activo- patrimonio) Art.2100

- Si la extinción fuere solo parcial continuará la sociedad salvo el derecho de los socios para exigir su disolución si con la parte que resta no pudiese continuar útilmente.
- Si un socio ha aportado la propiedad de una cosa, subsiste la sociedad, aunque esta cosa perezca a menos que sin ella no pueda continuar útilmente. (Art.2102 inciso 1).
- En cambio, sí solo se ha aportado el usufructo la pérdida de la cosa fructuaria disuelve la sociedad a menos que el socio aportante la reponga a satisfacción de los consocios o que éstos determinen continuar la sociedad sin ella. (Art.2102 inc.2).

5. Por el incumplimiento de la obligación de efectuar el aporte prometido Art.2101 Se ha discutido en doctrina la naturaleza jurídica de esta acción.

- Meza Barros cree que se trata de una **acción resolutoria del 1489** y que la expresión que utiliza la ley "dar la sociedad por disuelta (terminología impropia) ", no altera la naturaleza de esta acción.
- En cambio, el profesor Barros estima que esta acción es **distinta de la resolutoria contemplada en el artículo 1489** toda vez que en la sociedad los socios tienen un solo derecho, cual es "el de dar por disuelta la sociedad "y en cambio el artículo 1489 plantea al contratante diligente una opción.

6. Por la muerte de cualquiera de los socios. Art. 2103. La razón de esta causal es que la sociedad es un contrato intuitu persona

- Esta causal no opera de pleno derecho, no se pone término a la sociedad por el solo hecho de morir uno de los socios toda vez que la sociedad continuará hasta que los otros socios administradores tengan noticias de la muerte (artículo 2103 inciso 2).

- Además del caso anterior la sociedad puede continuar aun después de recibida la noticia por los socios administradores ello cuando existan operaciones iniciadas por el difunto y que no supongan una aptitud peculiar de éste. En esta situación la sociedad continuará hasta que esta operación se lleve a cabo (2013 inciso 3).

Por excepción la muerte de uno de los socios no pone término a la sociedad en los siguientes casos: Art.2103 inc.1

1. Cuando por disposición de la ley debe continuar la sociedad con los herederos del socio difunto, así ocurre con las sociedades que se forma para el arrendamiento de un inmueble o para el laboreo de minas y en las sociedades anónima (2104).

2. Cuando ha existido acuerdo de los socios estipulado en el acto constitutivo de la sociedad. El acuerdo puede ser de:

a) Continuar con los herederos del socio difunto (2105 inciso 2 y 3).

Consecuencias:

- Tendrán derecho para entrar a la sociedad todos los herederos salvo aquellos que por su edad u otra calidad hayan sido expresamente excluidos en la ley o en el contrato.
- Los que no tengan la libre administración de sus bienes concurrirán a los actos sociales por medio de sus representantes.

b) Con exclusión de los herederos del socio difunto (2105 inciso 1)

Se producen dos consecuencias:

- Los herederos solo podrán reclamar lo que toque a su autor (causante) según el estado de los negocios sociales al tiempo de conocerse la muerte.
- Los herederos no participarán de los beneficios o pérdidas posteriores sino en cuanto fuere consecuencia de las operaciones que al tiempo de saberse la muerte estaban ya iniciadas.

7. Por la incapacidad sobreviniente de uno de los socios (Art.2106).

En todo caso en esta situación puede continuar la sociedad con el incapaz y en tal situación será el curador quien ejerza sus derechos en las operaciones sociales.

8. Por la insolvencia de alguno de los socios.

En todo caso puede continuar la sociedad con el fallido evento en el cual sus derechos serán ejercidos por el síndico. Se dice que la razón de esta causal es que el contrato de sociedad es oneroso y conmutativo y por tanto impone a cada socio una serie de obligaciones que en el evento de caer en insolvencia no podrá cumplir.

9. Por el consentimiento unánime de los socios.

10. Renuncia de uno de los socios: Art.2108

Vamos a distinguir dos situaciones:

1) Si la sociedad es de duración ilimitada: En este caso el socio que renuncia **no requiere expresar causa** (artículos 2065 y 2108 inciso 2).

2) Duración limitada: Si la sociedad es de duración limitada o si se ha contratado por un tiempo fijo o para la realización de un negocio de duración limitada la renuncia del socio no tendrá efecto sino en los siguientes casos:

2.a) Cuando en el contrato social se haya facultado a los socios para renunciar.

2.b) Cuando existe grave motivo, y se entiende que hay grave motivo en las siguientes situaciones:

- o Cuando hay inejecución de las obligaciones de otro socio.
- o Cuando hay pérdida de un administrador inteligente que no puede reemplazarse por otro.
- o Enfermedad habitual del renunciante que lo inhabilite para las funciones sociales.
- o Mal estado de los negocios del renunciante por circunstancias imprevistas.
- o Otros motivos de igual importancia

Requisitos de la renuncia:

1) Que se notifique a todos los otros socios.

Aunque la notificación hecha a los socios administradores se entiende efectuada a todos.

En el evento que uno de los socios no hubiere sido notificado este podrá aceptar la renuncia después si le conviniere o dar por subsistente la sociedad en el tiempo intermedio (intermedio: entre la renuncia y la notificación).

2) La renuncia debe efectuarse de buena fe. Art. 22110 y 2111

Renuncia de mala fe: el socio que lo hace por apropiarse de una ganancia que debía pertenecer a la sociedad.

Esta renuncia de mala fe trae las siguientes consecuencias:

- Los socios podrán obligarle a compartir con ellos las utilidades del negocio o a soportar exclusivamente las pérdidas si el negocio tuviere mal éxito.
- Podrán excluirle de toda participación en los beneficios sociales y obligarle a soportar su cuota en las pérdidas.

3) La renuncia no puede ser intempestiva (2110 y 2112).

Es intempestiva la renuncia cuando la separación del socio es perjudicial a los intereses sociales. De ello entonces se sigue que para renunciar el socio debe esperar que sea oportuno.

Si el socio renuncia de forma intempestiva se producen las siguientes consecuencias.

- La sociedad continuará hasta la terminación de los negocios pendientes en que fuere necesaria la cooperación del renunciante.

- Se aplican respecto del renunciante los efectos previstos en el artículo 2111 inciso final.

4) Retiro de hecho de un socio:

El Art. 2113 señala que las disposiciones de los artículos precedentes corresponden al socio que de hecho se retira de la sociedad son renuncia.

Efectos de la disolución de la sociedad:

A. Entre los socios (Art.2115): Disuelta la sociedad se forma una comunidad y se procede a la **división de los objetos** que componen su haber sujetándose a las reglas de la partición de bienes en materia hereditaria. La disolución de la sociedad es la causa o hecho que pone fin a la compañía y **la liquidación es la repartición de los bienes de una sociedad disuelta entre los socios.**

A juicio de Alessandri la persona jurídica de la sociedad continúa una vez disuelta para el solo efecto de concluir aquellas operaciones que se encuentre en trámite, así como para la liquidación de su haber.

B. Respecto de terceros (Art.2114).

La disolución de una sociedad solo es oponible a los terceros en los siguientes casos:

- 1)** Cuando la sociedad ha expirado por la llegada **del día cierto** prefijado para su terminación en el contrato.
- 2)** Cuando se ha dado noticia de la disolución por medio de **tres avisos publicados en un periódico con circulación en la ciudad en que la compañía tiene su domicilio.**
- 3)** Cuando se pruebe que el tercero ha tenido oportunamente noticia de ella por cualesquiera medios.

LEY 19499 SOBRE SANEAMIENTO DE VICIOS DE NULIDAD DE SOCIEDADES.

La citada Ley, publicada en el Diario Oficial de fecha 11 de abril de 1997, establece normas sobre saneamiento de vicios de nulidad de sociedades, modificando también el Código de Comercio, la Ley sobre sociedades de responsabilidad limitada y la Ley sobre sociedades

anónimas. Se establece en su Art. 14 que entrará en vigencia en el plazo de 30 días, contados desde su publicación (11 de mayo de 1997).

La ley en cuestión introduce una importante innovación en materia de régimen de sanciones civiles, pues permite que **la nulidad absoluta de que adolezca la sociedad pueda sanearse por voluntad de los interesados,** y no exclusivamente por el transcurso del tiempo, conforme a los principios generales.

CONTRATO DE MANDATO.

1. Generalidades.

A) Definición (2116)

El mandato es un contrato en que una persona **confía** la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

Es decir, en el contrato de mandato lo relevante es que se trata de la ejecución de actos jurídicos por una persona que en general no sufre las consecuencias del acto jurídico ya que ellas se radican en el mandante.

i. Partes: Las partes que intervienen en este contrato son dos:

- Aquella que efectúa o confiere el encargo: Mandante o Comitente.
- La persona que acepta el encargo conferido: Apoderado, Procurador o Mandatario.

ii. Puede haber uno o más mandantes y uno o más mandatarios. Artículos 2116 inciso 2 y 2126.

iii. En cuanto a la representación como modalidad del acto jurídico, la fuente de ésta puede provenir:

- De la voluntad del representado, en cuyo caso estaríamos frente al contrato de mandato por representación convencional;
- De una disposición legal Art. 1448.

Cuando emana de una disposición legal son los representantes legales del Art.43.

iv. Elementos esenciales de la definición¹⁴

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.

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. De aquella circunstancia se deduce una serie de consecuencias 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.

3. El mandatario se hace cargo de los negocios jurídicos El mandato **siempre debe recaer o versar sobre actos jurídicos** y, por lo tanto, no hay mandato si el encargo consiste en la ejecución de un acto material, ejemplo: Construcción de una pared (contrato de arrendamiento de servicios materiales).

En principio, todos los actos jurídicos pueden ejecutarse mediante mandatarios, salvo que la ley disponga lo contrario, como acontece:

- ☐ En el art. 1004, al establecerse que la facultad de testar es indelegable. El otorgamiento del testamento es un acto personalísimo;
- ☐ A propósito del albaceazgo, cuando el artículo 1280, inciso 1º, establece que es indelegable, a menos que el testador lo haya autorizado;
- ☐ Con la estipulación de las capitulaciones matrimoniales, que deben convenir personalmente los esposos, aunque fueren incapaces (artículo 1721), sin perjuicio que, en este último caso, requieren los novios ser autorizados por quienes están

llamados a prestar el ascenso para el matrimonio de los menores adultos mayores de 16 años;

□ Con la ratificación ante un Oficial del Registro Civil, del matrimonio celebrado ante un ministro de culto (artículo 15, inciso 2º, Ley de Registro Civil, en relación con el artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil).

3. El mandatario se hace cargo por cuenta y riesgo del mandante. 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. 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 pérdidas del negocio cometido, incluso los gastos, expensas y perjuicios que hubiere sufrido el mandatario sin culpa y a causa o con ocasión del mandato.

¹⁴ agregado junio 2018

B) Características del mandato.

1) Generalmente Consensual. es decir se perfecciona por el solo consentimiento.

a) ¿Cómo puede hacerse el encargo? El encargo que es objeto del mandato puede hacerse:

- por escritura pública o privada
- por cartas, o verbalmente
- de cualquier otro modo inteligible,
- y aun por la aquiescencia (consentimiento) tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra. En este caso, una persona toma conocimiento que otro realizará una gestión a nombre de la primera, y sin formular una declaración expresa de voluntad, acepta sin embargo que éste siga adelante. En cambio, si la persona interesada no hubiese tenido conocimiento de lo que otra haría a su nombre, podríamos estar ante una agencia oficiosa. Según Pablo Rodríguez, el mandato es el contrato más consensualísimo que existe por este punto, ya que hay un consentimiento tácito por parte del mandante. La jurisprudencia ha dicho que hay aquiescencia tácita de la persona en cuyo favor se realiza una colecta pública. Hay mandato en una colecta pública para auxiliar a una persona determinada: ésta es mandante y los promotores de la colecta son los mandatarios. Si el encargo que es objeto del mandato no se ha hecho en forma expresa, debe presumirse que el beneficiado lo ha hecho por aquiescencia tácita si la colecta se ha llevado a efecto con publicidad, porque no es natural suponer su total falta de conocimiento de este acto. Hay en este acto un doble mandato. Por una parte, son mandantes los suscriptores o erogantes, y por otra, la persona beneficiada; mandatario son los promotores de la colecta, que aceptaron el encargo o, mejor, que lo concibieron y

llevaron a efecto, con aceptación de los erogantes que les entregaron los fondos materia de la donación, y con la aquiescencia tácita de la persona donataria, para que se llevara a efecto la colecta en su beneficio.

Art. 2123 De esta disposición se sigue que en el encargo no se exigen formalidades

b) Sin embargo, va a existir un problema probatorio y entonces la ley se encarga de señalar que respecto de la prueba de testigos rigen las limitaciones de los Arts. 1708 y siguientes. Asimismo, no va a ser admisible un instrumento privado cuando las leyes requieren un instrumento autentico (2123 parte segunda).

c) El contrato de mandato se reputa perfecto desde la aceptación del mandatario, y esta aceptación puede ser expresa o tácita. La aceptación es tácita cuando se realiza cualquier acto que importe la ejecución del mandato (2124 inciso 1 y 2). De esta regla se concluye que en la aceptación del mandatario se requiere un acto positivo de él y por lo tanto en el evento de existir un silencio no habrá aceptación del mandato.

EXCEPCIÓN: Art.2125

Esta excepción está constituida por las personas que por su profesión u oficios se encargan de negocios ajenos ya que ellas están obligadas a manifestar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que les ha formulado una persona ausente, y transcurrido un tiempo razonable su silencio se mirará como aceptación.

Adicionalmente estas personas aun cuando se excusen de aceptar el encargo deberán tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda. Ejemplo: Abogado

d) Aun cuando el contrato se haya perfeccionado, el mandatario tiene la facultad de retractarse, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que el mandante se halle todavía en aptitud o posibilidad de ejecutar el negocio por sí mismo o de encargárselo a otra persona.
- En caso contrario el mandatario será responsable de los perjuicios que le haya ocasionado a su mandante (2124 inciso 3 y 2167 inciso 2).

e) Mandato solemne.

La regla general es que el mandato sea consensual. Por excepción el mandato puede ser solemne y ello ocurrirá cuando la ley exige un instrumento autentico.

Casos en que se exige:

- Mandato judicial: Art. 6 c.p.c sus formas de otorgamiento están reguladas en el título VI del CPC y puede ser por escritura pública, puede constar en un acta otorgada ante un juez de letra o juez árbitro debiendo ser suscrita por todos los otorgantes o puede otorgarse por una declaración escrita del mandante que es autorizada por el secretario del tribunal que esté conociendo de la causa.
- Mandato para contraer matrimonio Art.103: mandato debe otorgarse por escritura pública, e indicarse el nombre, apellido, domicilio, profesión u oficio de los contrayentes y del mandatario. Debe conferirse

específicamente el encargo para contraer el matrimonio.

- Mandato de la mujer casada en sociedad conyugal para la enajenación de bienes raíces sociales o de bienes que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie. (1794 inciso 7 y 1754).
- Mandato para ejecutar actos solemnes.

¿El mandato debe reunir las solemnidades del acto para el cual se ha otorgado?

Se planteó el tema, a propósito del mandato para vender inmuebles, en cuanto a si también debía otorgarse el mandato por escritura pública, al igual que el contrato de compraventa encargado. La mayoría de la doctrina, y en la práctica, se estima que debe ser solemne, aunque el legislador no lo ha señalado expresamente. **El mandato para la ejecución de un acto solemne debe estar revestido de las mismas solemnidades que éste.**

La Corte Suprema ha fallado que la solemnidad de la escritura pública no puede fraccionarse y por lo tanto dicha solemnidad debe extenderse a todos los elementos del acto incluyendo el consentimiento del mandante. (un solo acto, hay una sola operación: acepta el mandato acepta compraventa). Si el mandato no se otorga con esta solemnidad falta en el contrato el requisito esencial del consentimiento de uno de los contratantes y con ello el acuerdo simultáneo de las partes. No es atendible la observación que el consentimiento lo manifiesta el mandatario en la escritura de venta, cumpliendo así la exigencia de la ley, porque en realidad el consentimiento que debe prestarse y que genera por sí mismo el vínculo de la convención no es el propio de la persona que concurre como mandatario sino el de la persona a quien debe representar y a cuyo nombre sólo puede proceder en la forma legal respectiva. Por lo tanto, si al mandato le falta esta solemnidad, será nulo y el acto encomendado también sería nulo.

David Stitchkin (libro "El Mandato") sostiene que el mandato conferido para la realización de un acto solemne no se encuentra sujeto a ninguna formalidad, salvo que la ley expresamente la requiera y para ello da dos razones:

- Son dos cosas distintas el mandato y el acto posterior solemne. Es decir, el mandante otorga su consentimiento solo para el mandato y es el mandatario quien interviene en la celebración del acto jurídico encomendado. el mandante que encomienda al mandatario la compra o la venta de alguna cosa no manifiesta en manera alguna el consentimiento necesario para que se perfeccione la compraventa que en cumplimiento del encargo celebrará el mandatario. Simplemente autoriza al mandatario, lo faculta para que celebre ese contrato dentro de los límites que le fija en el acto constitutivo del mandato. A su vez, el mandatario que en cumplimiento del encargo compra o vende lo que el mandante le ha encargado comprar o vender, celebra una compraventa en que manifiesta "su" consentimiento y no el del mandante, aun cuando contrate a nombre de éste. El mandatario, pues, presta su consentimiento en la escritura pública de compraventa, en la constitución de hipoteca, etc., y desde ese momento se reputará perfecta ante la ley y en virtud del art 1448 obligará al mandante.
- Del artículo 2123 se desprende que el mandato debe constar por instrumento autentico cuando la ley así lo requiera, pero esta exigencia es solo para el mandato sin que diga relación con el acto encomendado.
- Aun admitiendo la solución de la doctrina mayoritaria, no cree que la omisión de las solemnidades pueda acarrear la nulidad absoluta del

contrato encomendado. El art. 2122, ubicado precisamente en el título del mandato, resuelve expresamente la cuestión al disponer 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". He aquí la verdadera sanción para el caso en que, supuesta la necesidad de que el mandato se constituya por escritura pública, se omite esta formalidad. El mandato sería nulo, pero el acto o contrato celebrado en ejecución del mismo es válido, aunque inoponible al mandante. En tanto no medie esa ratificación el contrato no le afecta y el tercero que contrató con el mandatario puede perseguir la responsabilidad de éste, por los daños y perjuicios que le haya irrogado la celebración del contrato ineficaz por falta de ratificación del mandante, si el mandatario no le ha dado suficiente conocimiento de sus poderes o se ha obligado personalmente con el tercero, según lo prescrito en el art. 2154. También puede haber responsabilidad para el mandatario, según las reglas generales, si contrató con el tercero a sabiendas de la nulidad de su título, o no pudiendo ignorarla sin excusa plausible.

2. Naturalmente Oneroso. (Art.1444)

Artículo 2117: señala que el mandato puede ser gratuito o remunerado y la remuneración, que se llama honorario, es determinada por la convención de las partes antes o después del contrato, por la ley, la costumbre o el juez.

El mandato es naturalmente oneroso ya que si no se estipula expresamente la gratuidad se entiende que se devenga el honorario para el mandatario. Así lo ha dicho la Corte Suprema: el mandato es remunerado salvo que se estipule la gratuidad,

Adicionalmente esta característica se desprende de lo dispuesto en el artículo 2158 N.º 3 en orden a que el mandante es obligado a pagar al mandatario la remuneración estipulada o usual.

Relevancia de que sea remunerado Graduación de la culpa

Regla general mandatario responde de culpa leve

Si es remunerado esa responsabilidad será aún más estricta Art.2129 inc.1 y 2

Una sentencia de la Corte Suprema de agosto del año 2010, señala que, a falta de estipulación, de la ley o de la costumbre, corresponde a los tribunales determinar la cuantía de los honorarios, para lo cual se considera la especie de gestión, su extensión y duración, la importancia de ella, el celo, eficacia e inteligencia puestas al servicio de la comisión por el mandatario, y los resultados obtenidos.

3. En principio es un contrato Bilateral.

Si el mandato es remunerado estamos frente a un contrato bilateral, no hay duda.

Si el mandato es gratuito se discute si el contrato es unilateral o bilateral.

- La mayoría de la doctrina estima que en este caso el contrato de todos modos es bilateral, ello porque el mandatario deberá ejecutar el encargo y rendir cuenta y el mandante, de acuerdo al artículo 2158 números 4 y 5, deberá pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes e indemnizarle las pérdidas en

que haya incurrido sin culpa y por causa del mandato. Además, debe proveer de lo necesario para la ejecución del mandato.

- Alessandri sostiene que si el contrato de mandato es gratuito es siempre un contrato unilateral, ello porque las obligaciones contenidas en el artículo 2158 números 4 y 5 son eventuales y por lo tanto podríamos encontrarnos frente a un sinalagmático imperfecto.

- Stitchkin estima que el mandato solo será unilateral cuando se hubiere estipulado la gratuidad y se hubiera liberado al mandante de las obligaciones contenidas en el artículo 2158

Condición resolutoria tácita en el mandato: El legislador no se ha pronunciado a propósito de esta institución, solo se ha limitado a señalar, en varios casos, los efectos que producen la inejecución de las obligaciones contraídas por una u otra parte. Así, el art. 2159 dispone que el mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo, y el art. 2161, que cuando por los términos del mandato o por la naturaleza del encargo apareciere que no debió ejecutarse parcialmente, la ejecución parcial no obligará al mandante sino en cuanto le aprovechare. En todos los casos precedentes la ley se refiere sólo a la responsabilidad de las partes en caso de incumplimiento y a la terminación del mandato, no a la resolución.

¿Son aplicables los art 1487, 1488, 1489, 1490 y 1491 al contrato de mandato? Ej.: un mandatario, encargado de vender un inmueble de propiedad de su mandante, ejecuta debidamente su encargo. Terminadas sus funciones el mandante no le paga la remuneración estipulada ni cumple las demás obligaciones que la ley le impone. ¿Podría el mandatario demandar la resolución del mandato y en virtud de ella dejar sin efecto la compraventa celebrada con el tercero? Stitchkin opina que no por lo siguiente:

- **Relaciones con terceros:** Para los terceros contratantes con el mandatario que actúa a nombre propio, el mandato celebrado entre mandante y mandatario es una res inter alias acta, no les afecta, les es inoponible porque no han intervenido en él prestando su consentimiento, art. 1445. Si el mandatario contrata a nombre del mandante, obliga a este respecto de terceros, no por su calidad de mandatario sino de representante de aquél, art. 1448. En consecuencia, resuelto el mandato (suponiendo que proceda la resolución), en nada afecta al tercero cuyo contrato no se halla sujeto a la condición de que el mandante o el mandatario no cumplan las obligaciones contraídas entre sí en virtud del mandato.

- **Relaciones entre mandante y mandatario:** Considerando, ahora, las relaciones puramente contractuales entre mandante y mandatario, la resolución podría producirse por incumplimiento de las obligaciones del mandante o del mandatario. Si es el mandante quien no cumple por su parte aquello a que es obligado, el art. 2159 autoriza al mandatario para desistir de su encargo, o sea, para dar por terminada su gestión, si ya la principió, o para no iniciarla en caso contrario. La expresión “desistir de su encargo” envuelve la idea de terminación del contrato sin efecto retroactivo. Luego, el incumplimiento de las

obligaciones del mandante da derecho al mandatario para desistirse y reclamar perjuicios, pero no para demandar la resolución. Si es el mandatario el que se constituye en mora de cumplir lo pactado, el mandante puede demandar la rendición de cuentas (si se ha dado principio a la ejecución) más la indemnización de perjuicios, arts. 2161 y 2167, inciso segundo. O bien simplemente demandar la indemnización si se trata de un incumplimiento total, arts. 2167 y 1553. Sin embargo, es posible pactar un pacto comisorio, el que en todo caso no operaría con efecto retroactivo.

C) Mandato y representación (2151).

Por regla general el mandatario actúa por **cuenta y riesgo de su mandante**, de forma tal que lo obrado por él mandatario compromete solo al patrimonio de su mandante. Los efectos del acto jurídico se radican en el patrimonio del mandante. Serán entonces **para el mandante los beneficios y soportará las pérdidas provenientes del acto jurídico celebrado por el mandatario, igual que si el mandante lo hubiere celebrado personalmente**. En otras palabras, no es el patrimonio del mandatario el que se beneficiará o perjudicará frente a quien contrató con él y los terceros, sino el del mandante. Pero incluso si el mandatario, en la ejecución del encargo, no actúa en representación del mandante sino a nombre propio, **siempre será el mandante quien reciba los beneficios y soporte las pérdidas**.

Debe considerarse que la representación (Art.1448) no es un elemento de la esencia del mandato, sino que es un **elemento de la naturaleza** y por lo tanto el mandatario puede actuar a nombre propio, de manera tal que los efectos del acto jurídico se van a radicar en el patrimonio del mandatario. El fundamento legal que permite al mandatario actuar a nombre propio, lo encontramos en el art. 2151. Esta

disposición demuestra que la representación no es de la esencia en la ejecución del contrato de mandato, sino un elemento de la naturaleza, que el mandatario puede suprimir **en la ejecución** del mandato, si actúa a nombre propio.

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

En resumen, aunque el mandatario actúe en representación del mandante o a nombre propio en la ejecución del mandato, en uno y otro caso estará actuando por cuenta y riesgo del mandante, aunque en el segundo caso, ello no lo adviertan los contratantes o terceros, y ello es así, porque el mandato subsiste, no puede desconocerse por el mandante ni por el mandatario.

Pero frente a quien contrata con el mandatario y frente a los terceros, distintas serán las consecuencias jurídicas:

- 1º Si el mandatario actúa en representación del mandante, éste resulta obligado;
- 2º Si el mandatario actúa a nombre propio, es él quien se obliga y no el mandante,

sin perjuicio que la relación jurídica entre mandante y mandatario siga vigente.

Importante: En esta última situación, el mandatario forzosamente tendrá que transferir al mandante los efectos del acto jurídico que se radicaron en el mandatario. Ej. Mandatario actúa a nombre propio y compra un Bien raíz. Bien raíz queda en el patrimonio del mandatario.

- Título Translativo de dominio: El mismo mandato al momento de la rendición de cuentas (Art.703 no limita)
- Modo tradición: inscripción en el cbr.

2. Requisitos del mandato.

1. El Objeto:

El mandato puede tener por fin la realización de un acto jurídico, no de un hecho material. Es posible conferir mandato para celebrar todo tipo de acto jurídico, salvo para otorgar testamento ya que la facultad de testar es indelegable (1004).

- **El concepto de gestión de negocios:**

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. Rechaza la primera interpretación 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 refieran al mandato o a otros contratos específicos. Rechaza también la segunda interpretación, pues, en su concepto, si en el ánimo del legislador hubiera estado restringir el mandato sólo a los actos jurídicos habría empleado esa expresión y no la de "negocios" y, además, porque del art. 2132 se desprende que el objeto del mandato comprende una idea más compleja que la mera ejecución de actos jurídicos. Acepta la tercera, de modo que la expresión "gestión de negocios" indica la ejecución de un asunto que tenga atingencia en la creación, mantenimiento, transferencia o extinción de relaciones jurídicas.

- **Interés en el negocio:**

- a. Por regla general el mandato es en interés exclusivo del mandante.
- b. Pero también hay mandato si el negocio interesa juntamente al mandante y al mandatario o a cualquiera de estos dos o a ambos y a un tercero, o a un tercero exclusivamente (2120 parte primera).
- c. Si el negocio interesa solo al mandatario es un mero consejo que no produce obligación alguna, salvo que el consejo se dé maliciosamente porque en tal caso habrá lugar a la indemnización de perjuicios (2119). La fuente de esta Responsabilidad será extracontractual. Ejemplo: hipoteca constituida por el mandatario sobre bienes del mandante sin que la obligación garantizada tenga interés alguno para éste. El poder dado al mandatario con la facultad de hipotecar los bienes del mandante, no faculta al primero para constituir

hipoteca dirigida a garantizar una obligación del mandatario, en la cual no tiene interés alguno el mandante. Dicha falta de interés contraría la esencia del mandato, pues todo acto del mandatario debe tener algún interés económico o jurídico para el mandante, según se desprende del artículo 2119 del Código Civil. En consecuencia, es nula y no afecta al mandante la hipoteca constituida por el mandatario para garantizar una obligación de este respecto a un tercero.¹⁵

- d. La simple recomendación de negocios ajenos no es un mandato y en caso de duda se entenderá que solo es recomendación. (2121)

- **Mandato conferido para la ejecución de hechos ilícitos:** Pothier expresa que “el negocio, para que el contrato sea válido, debe ser honrado, no contrario a la ley ni a las buenas costumbres”. El mandato conferido para ejecutar un acto inmoral o ilícito es nulo absolutamente. Tal ocurre, por ejemplo, con el mandato para hacer contrabando o para adquirir cosas de contrabando o que han sido hurtadas o robadas. Asimismo, es nulo por ilicitud del objeto el mandato conferido para traspasar bienes a personas incapaces de adquirirlos. En cuanto a los contratos celebrados con los terceros serán ordinariamente nulos, ya que la ilicitud del objeto en el mandato proviene, precisamente, de la ilicitud del negocio encomendado. Sin embargo, los contratos accesorios al negocio principal celebrados por el mandatario con los terceros y que no estén afectos al vicio que anula el negocio principal serán válidos no obstante la nulidad del mandato y

¹⁵ agregado mayo 2018, microiuris

obligarán al mandante respecto de los terceros de buena fe. Se llega a esta conclusión aplicando el precepto del art. 2173. Conforme a esta disposición, los contratos celebrados por el mandatario después de la expiración del mandato obligan al mandante respecto de los terceros que contrataron de buena fe, esto es, ignorando la cesación de las funciones del mandatario. Así, por ejemplo, si el mandatario a quien se le había encomendado el traspaso de bienes a un incapaz, contrata a nombre del mandante los servicios de un profesional para que redacte las escrituras necesarias, éste tiene acción contra el mandante si ignoraba la ilicitud del negocio que gestionaba el mandatario.

2. Capacidad:

- 1) Del mandante:** Esta capacidad debe analizarse desde dos puntos de vista:

- a) Capacidad para celebrar el contrato de mandato: Se aplican las reglas generales a todo acto jurídico.
- b) Respecto del acto jurídico encomendado al mandatario: En este segundo aspecto debemos señalar que **el mandante debe ser capaz para ejecutar por sí mismo el acto jurídico cuya realización se ha encargado el mandatario.**

No será lícito por ejemplo cuando exista incapacidad legal o una prohibición. Ej.: mandante cónyuge del mandatario y por lo tanto afectan al mandante las prohibiciones y limitaciones como si él estuviera compareciendo a la realización del acto jurídico. Habría simulación por interpósita persona (enajenación entre

cónyuges).

2) Del mandatario:

1º Para que una persona pueda actuar como mandatario de otra de manera que obligue a ésta y a los terceros a cumplir las obligaciones que de su actuación emanen, no es necesario que sea plenamente capaz: art. 2128, primera parte, admite que el mandatario sea un menor adulto. La razón de esta disposición radica, a juicio de algunos, en que el mandatario no actúa por sí mismo en representación de su mandante, y es la capacidad de éste la que debe tomarse en cuenta en la celebración del acto jurídico. Sin embargo, tal fundamento resulta discutible, a la luz de los aludidos postulados de la doctrina de la representación-modalidad del acto jurídico.

En todo caso, nunca puede constituirse en mandatario a un absolutamente incapaz, porque carece de voluntad; y porque la ley no admite la ratificación de sus actos.

¿Podría quedar comprendido el disipador interdicto en el artículo 2128? Pareciera que no, pues el precepto sólo alude al menor adulto, y no a los relativamente incapaces, en general.

En las normas del pago, artículo 1581, el Código contempla otro caso que demuestra que puede actuar válidamente como mandatario un incapaz: "Puede ser diputado para el cobro y recibir válidamente el pago, cualquiera persona a quien el acreedor cometa este encargo, aunque al tiempo de conferírsele no tenga la administración de sus bienes ni sea capaz de tenerla."

Los actos del mandatario incapaz pueden tener efecto, pero el contrato de mandato celebrado entre mandante y mandatario adolece de nulidad y por consiguiente el mandante no podría exigir el cumplimiento al mandatario pues este podría oponer la excepción de nulidad (art 2128). El mandatario debe ser una persona capaz de contratar o debe aceptar el encargo con la autorización de su representante legal, según las reglas generales. Esa autorización está implícitamente contenida en el mandato que confiere al relativamente incapaz su representante legal. Tal es el caso del mandato otorgado por el padre o madre a su hijo no emancipado. Si se omite este requisito, puede alegar la nulidad del mandato y exonerarse así de las obligaciones que el mandato le impone. Rescindido el contrato, en las prestaciones a que haya lugar no será obligado sino en los términos del art. 1688.

A la inversa de lo que ocurre tratándose del mandante, el mandatario no necesita tener la capacidad requerida por la ley para la ejecución del acto o contrato que por el mandato se le encomienda. Por consiguiente, el mandatario puede celebrar válidamente para el mandante un contrato que no le sería lícito ejecutar para sí. Así por ejemplo el fallido, deudor declarado en quiebra, queda privado de la administración de sus bienes que pasan de derecho al síndico, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de aquél y de los acreedores, art. 61 de la Ley de Quiebras. Esto no obsta, sin embargo, de acuerdo con lo que acabamos de decir, a que pueda conferírsele mandato general o especial para la administración de los bienes de otra persona o para la celebración de un contrato cualquiera. Ese mandato

es válido y los actos o contratos que ejecute o celebre el fallido también lo son, desde que estos actos o contratos no afectarán sus bienes sino los de su mandante.

Sin embargo, los actos ejecutados por este mandatario relativamente incapaz pueden llegar a obligar al mandante respecto del tercero.

El contrato de mandato sería válido si el mandatario es autorizado o por medio de su representante legal. En este caso si se le puede exigir las obligaciones emanadas del contrato de mandato.

2º En cuanto a las relaciones jurídicas entre el mandante y el mandatario o entre éste y terceros: art. 2128, segunda parte. Rigen aquí las reglas generales de la capacidad y de los actos de los menores (se aplicará, por ende, el artículo 1688 del Código Civil). En cuanto a las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros no podrán tener efecto sino según las reglas relativas a los menores, en particular a lo dispuesto en el artículo 1688, es decir, en caso de las obligaciones para con el mandante y terceros requiere autorización de su representante, sin la cual sólo se le puede obligar al cumplimiento del mandato en cuanto se hubiere hecho más rico.

Los mandatarios pueden actuar

- a) a nombre propio
- b) a nombre del mandante.

- Si actúa a nombre propio, él se obliga a trasladar todos sus efectos al mandante.

Si el mandatario relativamente incapaz actúa a nombre propio sin autorización, el tercero no podría dirigirse contra el mandatario, es decir no tiene ninguna acción, puesto que el contrato celebrado adolece de nulidad.

- Si el mandatario contrata a nombre del mandante, las obligaciones del contrato respectivo celebrado por el mandatario obligan al mandante. De ahí que la incapacidad del mandatario sea indiferente, es decir si contrata a nombre del mandante contrata válidamente, aun cuando no haya tenido la autorización de su representante. Si actúa a nombre del mandante, este queda obligado frente al tercero y esto aun cuando pudiere anularse este contrato (caso del menor adulto sin autorización de su representante)

3. Clases de mandato.

I. Según la extensión del mandato: General y Especial Art. 2130

a) Es General cuando el mandato se da para todos los negocios del mandante o para todos con una o más excepciones determinadas. Cabe advertir que los abogados suelen denominar como "mandato general" aquél que contiene numerosas facultades y cuya extensión abarca varias páginas. En realidad, un mandato así conferido se encuadra en lo que llamamos "especial propiamente tal", al que aludiremos más adelante en este acápite. El verdadero mandato general no contiene enumeración de facultades, y por eso mismo, es general. Se contiene en una foja.

b) Es Especial cuando el mandato comprende uno o más negocios especialmente

determinados. El mandato especial admite una subclasificación, en dos categorías que denominado simplemente especial y especialísimo.

- El primero opera, por ejemplo, cuando se confiere mandato para que el mandatario pueda administrar todos los inmuebles que pertenezcan al mandante, sin que ellos sean singularizados;
- El segundo, por ejemplo, cuando en el mismo caso, el mandato recae en un determinado inmueble.

El artículo 1580 del Código Civil, en las normas del pago, recoge en cierta medida este distinguo. El precepto alude a tres situaciones, que corresponderían, respectivamente, a un poder general, a uno simplemente especial y a un poder especialísimo: "La diputación para recibir el pago puede conferirse por poder general para la libre administración de todos los negocios del acreedor, o por poder especial para la libre administración del negocio o negocios en que está comprendido el pago, o por un simple mandato comunicado al deudor."

Esta clasificación es importante, en definitiva, para saber qué tipo de negocios jurídicos puede ejecutar legítimamente el mandatario. Stichkin enfatiza que la calificación del mandato en general o especial interesa únicamente para establecer de qué negocios puede conocer válidamente el mandatario. Esclarecido este punto corresponde determinar con qué facultades entrará a conocer el mandatario los negocios que son de su incumbencia. Stichkin plantea un ejemplo: establecido que el mandato se ha conferido para la gestión de los negocios relativos a una fábrica o industria determinada que posee el mandante, deberá concluirse que el mandatario sólo puede conocer legítimamente de estos negocios y no de otros que sean ajenos a la fábrica o industria. Pero en seguida, es necesario determinar cuáles son las facultades del mandatario en la gestión de esos negocios: si puede transigir, comprometer, hipotecar, empeñar, etc.

II. Según las facultades conferidas: Definido e Indefinido.

a) Es Definido cuando ha sido conferido en términos precisos definiéndose las atribuciones del mandatario.

b) Es Indefinido cuando ha sido otorgado en términos generales sin precisar los poderes o términos conferidos.

De lo expuesto, se puede afirmar que el mandato especial podrá ser definido o indefinido (por ejemplo, será especial pero indefinido, si confiero mandato a Juan, para que se haga cargo de todos los asuntos vinculados con mi inmueble ubicado en tal ciudad; y será especial y además definido, cuando confiero mandato a Juan, para que venda el inmueble de mi propiedad, ubicado en tal ciudad). El mandato general, en cambio, es indefinido.

En el evento de que en el mandato nada se hubiere señalado acerca de las facultades del mandatario se entiende que el mandato no le confiere a este más poder que los necesarios para efectuar los llamados "actos de administración". Para todo aquello que salga de los límites de los actos de administración el mandatario requerirá de facultades especiales (2132). La regla anterior no se modifica cuando el mandato contenga cláusulas amplias tales como "obrar del modo que más conveniente le parezca" o "de libre administración".

No obstante, de la amplitud de las cláusulas el mandatario no puede en caso alguno

alterar la sustancia del mandato, ni efectuar actos para los cuales requiere de poderes especiales.

- Concepto de acto de administración: La ley no define, pero se desprende de los artículos 391, 2132 y 2133. **Aquellos que están destinados únicamente a conservar, custodiar y explotar el patrimonio del mandante sin disponer de sus bienes.**

De tal disposición, se desprende que administrar es adoptar las medidas de carácter material o jurídico tendientes a conservar los bienes, a incrementarlos y obtener las ventajas que pueden procurar. Vemos entonces que los actos de administración apuntan a la ejecución de:

- En primer lugar, de actos conservativos, vale decir, aquellos destinados a evitar la pérdida, menoscabo o disminución del valor de los bienes. Los actos conservativos pueden ser materiales o jurídicos. Es un acto conservativo material, ejecutar mejoras necesarias en una vivienda; es un acto conservativo jurídico, interponer una querrela posesoria.
- En segundo lugar, los actos de administración apuntan a obtener de los bienes el provecho o utilidad que ordinariamente reportan. Así, por ejemplo, al administrar un inmueble, darlo en arrendamiento para la obtención de rentas; o si se administra un predio rural, vender las cosechas.

Vemos que no existe un límite muy definido entre los actos de administración y los actos de disposición, caracterizándose estos últimos por modificar la composición del patrimonio. En ocasiones, un acto que parece ser dispositivo será, sin embargo de administración. Por ejemplo, si se venden los frutos de un bien, como la cosecha de un fundo. Lo determinante, en definitiva, es **averiguar si el acto pertenece al giro ordinario del negocio** que se administra. **Si pertenece, el acto será de administración, aunque implique disponer de bienes.**

▪ **Casos en que se requiere poder especial:**

- a)** Para transigir (art. 2448). Deben especificarse los bienes, derechos y acciones sobre los que recaerá la transacción.
- b)** Requieren poder especial las facultades de desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar la demanda contraria, absolver posiciones, renunciar los recursos o plazos, transigir, comprometer, otorgar a los árbitros facultades de arbitadores, aprobar convenios y percibir (art. 7, 2º del CPC).
- c)** Cuando la mujer casada en sociedad conyugal, autoriza a través de mandato a su marido, para enajenar o gravar bienes raíces sociales (art. 1749).
- d)** En el mismo caso anterior, cuando la mujer autoriza enajenar o gravar los bienes raíces de su propiedad (art. 1754).
- e)** Cuando se trata de un mandato conferido para enajenar o gravar bienes afectados como familiares (artículo 142 del Código Civil).
- f)** En el caso del mandato conferido para autorizar al cónyuge a constituir cauciones personales, habiendo régimen de participación en los gananciales (artículo 1792-3).
- g)** Tratándose del mandato conferido para reconocer un hijo, el que debe otorgarse por escritura pública, en la que especialmente se confiera la aludida facultad (artículo 190 en relación con el artículo 187 del Código Civil).
- h)** Tratándose del mandato para contraer matrimonio (artículo 103 del Código Civil).

• **Facultades especiales reglamentadas en la ley.**

- 1) La facultad de transigir no comprende la de comprometer ni viceversa (2141).
- 2) El poder especial para vender comprende la facultad de recibir el precio (2142).
- 3) La facultad de hipotecar no comprende la de vender ni viceversa (2143).
- 4) La inhabilidad del mandatario para donar no comprende naturalmente las ligeras gratificaciones que se acostumbra a hacer a las personas de servicio. (2139)
- 5) La cláusula de libre administración incluye la facultad de novar. (2132 inc.2. 1129).

III. Según el ámbito en el cual se desempeñará el mandatario.

- a) Judicial.
- b) Extra Judicial.

IV. Desde el punto de vista de su forma.

- a) Consensual.
- b) Solemne.

4. Obligaciones del Mandatario.

1) Cumplir el mandato.

- 1) Para cumplir el mandato el mandatario deberá ceñirse rigurosamente a los términos del mandato salvo los casos en que la ley lo autorice para obrar de otro modo. Art. 2131.
- 2) La recta ejecución del mandato no solo comprende la ejecución del negocio encomendado sino también los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Art.2134 manifestación del principio general del Art. 1546 (Buena Fe).
- 3) Las dos reglas antes señaladas son importantes ya que el mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato.
- 4) Excepciones o casos en los cuales el mandatario no está obligado a ceñirse rigurosamente a los términos del mandato:

a) El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante (2149). Tal sería el caso, por ejemplo, de impuestos onerosos que se fijan para el negocio encomendado, después de otorgado el mandato.

b) Si el mandatario se hallare imposibilitado de obrar de acuerdo con sus instrucciones él no está obligado a constituirse en agente oficioso, sino que le basta con adoptar las providencias conservativas que las circunstancias exijan. Si no fuera posible dejar de obrar sin comprometer gravemente al mandante el mandatario tomará el partido que más se acerque a sus instrucciones y que más convenga al negocio. Será de cargo del mandatario probar el caso fortuito o fuerza mayor que le ha impedido llevar a efecto las órdenes del mandante. Así, por ejemplo, se encomienda al mandatario la venta de divisas, pero por un acto de la autoridad, se dispone que, por 60 días, quedan suspendidas las operaciones de compra y venta de dólares de los Estados Unidos de América; en el intertanto, el mandatario debiera tomar un depósito en dólares, para ganar algún interés

c) Mandatario está legalmente facultado para emplear medios equivalentes a los señalados en el mandato si la necesidad obligare a ello y se obtuviera completamente de ese modo el objeto del mandato. Art.2134 inc.2. Así, por ejemplo, se instruyó al mandatario para viajar por vía terrestre a Mendoza a celebrar un contrato en cierta fecha, y el Paso "Los Libertadores" se encuentra cerrado por intensas nevadas, optando el mandatario por abordar un avión, pues él no presentarse en dicha ciudad en tal fecha, obligará al mandante a pagar una pena.

d) Las facultades concedidas al mandatario se interpretarán con alguna más latitud cuando no está en situación de poder consultar al mandante.

- Pluralidad de mandatarios (2127).

En este tema el asunto consiste en determinar si los mandatarios pueden o no dividir su gestión. Para ello hay que distinguir:

- 1)** Si el mandante no ha dividido la gestión podrán dividirla entre sí los mandatarios.
- 2)** Si a los mandatarios se les ha prohibido obrar separadamente **lo que hicieren de este modo será nulo.**

Alessandri cree que no hay nulidad, sino que la sanción será la inoponibilidad para el mandante.

De cualquier manera, el contrato celebrado será un título injusto, para los efectos previstos en el artículo 704 número 2 del Código Civil: "No es justo título: 2º. El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo". Se podría refutar que la persona que actúa sola, debiendo haber actuado con otro, sí era mandatario, pero pensamos que no es así: sólo puede entenderse tal mandatario, en cuanto actúe efectivamente con el otro. Por sí solo, no sería tal mandatario.

3) Si el mandante expresó la forma en que debe dividirse la gestión: se estará a la voluntad del mandante.

- Prohibiciones impuestas por la ley al mandatario.

Cabe señalar que no es correcta la voz "prohibiciones" impuestas al mandatario, ya que no se trata de conductas que el mandatario no pueda ejecutar bajo todo respecto o consideración.

1. No podrá el mandatario por sí o por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni tampoco vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, sino fuere con expresa aprobación del mandante. (2144)

Las prohibiciones no son absolutas, sin embargo, porque el mandante puede autorizar dichos actos. Lo anterior implica que la facultad para autocontratar, requiere de expresa autorización.

2. Encargado de tomar dinero prestado podrá el mandatario prestarlo él mismo al interés designado por el mandante o a falta de esta designación al interés corriente.

3. Facultado el mandatario para colocar dinero a interés no podrá tomarlo prestado sin aprobación del mandante.

4. El mandatario no puede colocar a interés dineros del mandante sin su expresa autorización. Si los coloca a un mayor interés que el designado por el mandante deberá abonárselo íntegramente, salvo que se le haya autorizado para apropiarse

del exceso. 2146

5. En general, el mandatario está autorizado para aprovecharse de las circunstancias al momento de realizar el encargo y así obtener un mayor beneficio o menor gravamen que el designado por el mandante. Pero le está prohibido apropiarse de lo que exceda al beneficio o disminuya el gravamen designado en el mandato. Si negociare con menos beneficio o mayor gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia. Art. 2147

• Responsabilidad del mandatario.

Artículo 2129:

1. Responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.
2. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.
3. Si el mandatario ha manifestado su repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad.

Se ha debatido en la doctrina acerca de si el mandatario remunerado responde de culpa levísima y el mandatario forzado a ejecutar el encargo sólo de culpa grave. Esto implicaría, que el único mandatario que respondería de culpa leve sería el no remunerado que no tuvo reparos en aceptar el encargo. No sería esta sin embargo la intención del legislador. En definitiva, como dice Meza Barros, es el juez quien decide y la disposición es una simple recomendación para que se muestre más severo o más benévolo, según las circunstancias indicadas. Pero, en cualquier caso, siempre dentro del rango de la culpa leve.

• Insolvencia de los deudores: Artículo 2152.

Por regla general el mandatario no responde de la solvencia de los deudores que por su intermedio se han obligado con el mandante

Pero por un pacto especial puede el mandatario tomar sobre su responsabilidad la insolvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro.

En tal caso el mandatario se constituye en principal deudor para con el mandante y son de su cuenta los casos de fuerza mayor y caso fortuito. En este caso en realidad no hay verdadero mandato, desde el momento que el mandatario no actúa por cuenta "y riesgo" del mandante.

A su vez, la regla general de que las cosas perecen para su dueño, sufre una aparente excepción en materia de mandato, cuando se trata de especies metálicas, pues según el art. 2153, las especies metálicas que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante perecen para el mandatario aun por fuerza mayor o caso fortuito, salvo que estén contenidas en cajas o sacos cerrados y sellados sobre los cuales recaiga el accidente o la fuerza o que por otros medios inequívocos pueda probarse incontestablemente la identidad. Según Stitckin, aun cuando al parecer la ley pone de cargo del mandatario el caso fortuito o la fuerza mayor, la verdad es que se está refiriendo a la obligación del mandatario de restituir cosas de género, como son las especies metálicas, y según el art. 1510 la pérdida de algunas cosas de género no extingue la obligación y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o

destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe. Ahora, si las especies metálicas están contenidas en cajas o sacos cerrados y sellados, se convierten en especies o cuerpos ciertos y el riesgo del caso fortuito o fuerza mayor que las destruye es de cargo del mandante, porque las cosas perecen para su dueño y porque según el art. 1550 el riesgo de la especie o cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor.

El mandatario es en **verdad depositario de los dineros del mandante**; como se trata de un depósito irregular, se hace dueño de las especies, con cargo de restituir otro tanto (art. 2221). Quiere decir entonces que el mandato operó como título traslativo de dominio. Por eso decimos que la excepción es más bien aparente, pues la cosa está pereciendo para su dueño, y opera entonces el principio general.

Así las cosas, en los dos casos, anteriores, nos encontramos ante figuras excepcionales, en las cuales el mandatario responderá, aunque el incumplimiento se deba al caso fortuito o la fuerza mayor.

• **Delegación del mandato.** Arts. 2135 a 2138

La delegación es el acto por el cual el mandatario encarga a otra persona la ejecución del cometido que a él se le había confiado por el mandante. Distinguimos en la delegación a dos sujetos, delegante y delegado. El delegante, es aquel mandatario primitivo que encarga la gestión a otro. El delegado, es aquél tercero que recibe el encargo del mandatario primitivo. Podríamos decir que el delegado es un submandatario. Ello nos permite concluir que la delegación es un subcontrato.

El mandatario podrá delegar el encargo si no se le ha prohibido (por lo tanto, la delegación es un elemento de la naturaleza). Los efectos de la delegación son los siguientes:

1. Si la delegación no ha sido prohibida ni autorizada expresamente el mandatario puede delegar el mandato, pero los terceros carecen de acción contra el mandante por los actos del delegado y el mandatario responderá de los hechos del delegado como de los suyos propios.

2. Si se ha autorizado la delegación sin señalar la persona del delegado no es responsable el mandatario de los actos del delegado a menos que haya elegido a una persona notoriamente incapaz o insolvente.

En consecuencia, el mandatario responderá de los hechos del delegado como de los suyos propios, lo cual no es sino la aplicación del principio general establecido en el art. 1679: en el hecho o culpa del deudor se comprende "el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable", repetido en el art. 1590.

En consecuencia, a juicio de Stinchkin, se trata de una responsabilidad sin culpa, objetiva, y el mandatario no puede exonerarse de ella probando su inculpabilidad en la elección o en los hechos del delegado. La única manera de exonerarse de responsabilidad por los hechos del delegado es acreditar que éste ha ejecutado el encargo en los términos estipulados o bien probar el caso fortuito o fuerza mayor que impidió al delegado ejecutarlo debidamente. O sea, respecto del mandante debe obrar el mandatario de la misma manera que si no hubiera habido la delegación. En cambio, la responsabilidad delictual por hecho de otro se funda en una presunción

de culpa de la persona responsable, culpa *in vigilando*, pues las personas por quienes responde están bajo su vigilancia y cuidado, como dice el inciso primero del art. 2320 y, por consiguiente, cesa su responsabilidad si prueba que “con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere, no hubiere podido impedir el hecho”, art. 2320, inciso final.¹⁶

3. Si la delegación ha sido autorizada expresamente por el mandante con indicación de la persona del delegado, no responde el mandatario ya que se forma entre el mandante y el delegado un nuevo mandato que solo puede ser revocado por el mandante y no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga al mandatario primitivo.

En este caso el objeto del contrato es doble y condicionado: el mandatario se obliga a desempeñar el encargo o confiar su ejecución al delegado que designa el mandante (obligación alternativa). Si opta por el primer medio, cumple su cometido realizando la gestión; si opta por el segundo, lo cumple encomendando el negocio al delegado. De modo que en este último aspecto el mandato tiene por objeto encomendar el negocio del mandante a una persona determinada. Delegado el mandato, la misión del mandatario se ha cumplido y su mandato termina “por el desempeño del negocio para que fue constituido”, art. 2163, No 1.¹⁷

4. Si la delegación ha sido prohibida por el mandante los actos del delegado no lo obligan a menos que ratifique.

5. En todas las situaciones recién analizadas el mandante podrá ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo.

6. En el mandato judicial el mandatario puede delegar a menos que se le haya prohibido hacerlo.

7. Finalmente, cabe señalar que se ha concluido por la mayoría de la doctrina, que la delegación sólo podría operar una sola vez. Dicho de otro modo, el delegado no podría delegar a su vez el cometido.

2. Rendir Cuenta. El Artículo 2155 señala que el mandatario es obligado a rendir cuenta de su administración.

- Las partidas más importantes de su cuenta deberán ser documentadas a menos que el mandante lo hubiere relevado de esta obligación. En todo caso esta exoneración no libera al mandatario de los cargos que contra el justifique el mandante. Es una manifestación del Art.1465 en orden a que la condonación del dolo futuro no vale. El Código, precisamente alude al mandato, a modo de ejemplo, cuando en los casos de objeto ilícito, se refiere a la condonación del dolo futuro: “El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale.” Dicho de otra manera: si la cuenta no se ha rendido, no es posible renunciar ni expresa ni tácitamente al dolo en que en el futuro pueda incurrir el

mandatario. En cambio, si el mandatario rindió cuenta de su gestión, y ésta fue aprobada, el mandante conserva acción si después descubre que el mandatario actuó con dolo, a menos que expresamente lo hubiera condonado. El dolo ya acaecido puede condonarse, pero de manera expresa.

El mandante puede exigir la rendición de cuentas en cualquier momento.

- El mandatario al rendir cuenta debe restituir lo siguiente: Arts. 2153, 2156 y 2157

1. Lo que ha recibido de terceros en razón del mandato.

2. Lo que ha dejado de recibir el mandante por culpa del mandatario.

3. Las especies metálicas que tuviere en su poder por cuenta del mandante a menos que perezcan por caso fortuito o fuerza mayor. Esta excepción no se aplica para el caso de depósito irregular. Art. 2221

Esto es cuando las especies se hayan encontrado en cajas o sacos cerrados y sellados ya que en esos casos será imposible individualizar la especie de que se trata.

- Deben restituirse los intereses del mandante de la siguiente forma:

- Deberá intereses corrientes por los dineros que el mandatario haya empleado en utilidad propia

- Debe los intereses de saldo que de las cuentas resulte en contra suya desde que haya sido constituido en mora.

- De no rendirse la cuenta por el mandatario, el mandante podrá demandarlo para que se determine si tiene o no la obligación de rendir cuenta, tramitándose el juicio de conformidad a las reglas del procedimiento sumario (artículo 680, número 8, del Código de Procedimiento Civil,). Una vez determinada la obligación de rendir cuenta, esta se hará en la forma establecida en los artículos 693 a 696 c.p.c sobre los juicios de cuentas.

- **Rendición de cuenta cuando el mandatario actúa a nombre propio (muy importante):** La rendición de cuentas cobra mayor importancia cuando el mandatario ha contratado a su propio nombre, pues entonces, debe comprender además **la cesión de todos los derechos adquiridos por el mandatario respecto de los terceros, el traspaso de todos los bienes adquiridos para el mandante en el desempeño de su cometido y de todas las deudas contraídas a favor de los terceros.** Así, el mandatario que ha comprado a su propio nombre las cosas que el mandante le ha encargado comprar para él, deberá traspasarlas al mandante, y esto, naturalmente, en el acto de la rendición de cuentas; y si ha dado en préstamo, a su propio nombre, dineros del mandante, debe traspasarle los créditos.

El traspaso de las cosas adquiridas para el mandante es, pues, uno de los puntos esenciales de la rendición de cuentas. Dicho traspaso constituye el cumplimiento efectivo y final de la obligación compleja que contrae el mandatario de ejecutar el negocio por cuenta y riesgo del mandante y jurídicamente representa el pago de lo

que el mandatario debe al mandante, la prestación de lo que debe.

Distinguimos al efecto entre el traspaso de los derechos personales, de los derechos reales y de las deudas:

1º Traspaso de los derechos personales: si el mandatario ha contratado a su propio nombre, terminada su misión deberá traspasar al mandante los créditos adquiridos contra los terceros. Esta **CESION DE CREDITOS**, si bien se ejecuta en cumplimiento de obligaciones contraídas por el mandatario a favor del mandante, está sujeta a las reglas de derecho común, y, por lo tanto, será necesaria **la entrega del título y la notificación al deudor en los casos en que por regla general se requiera** (arts. 1901 y ss.). Perfeccionada la cesión, podrá el mandante dirigirse contra los terceros y al hacerlo no invocará su calidad de mandante, que a los terceros es inoponible, sino la de cesionario.

2º Traspaso de los derechos reales: lo que se dice de los créditos, es igualmente aplicable a los demás derechos que el mandatario haya adquirido para su mandante, en virtud de actos, contratos y convenciones ejecutados o celebrados en su propio nombre. Por lo tanto, el mandatario deberá hacer **TRADICION** al mandante, de las cosas adquiridas para éste. El título traslativo de dominio necesario para la validez de la tradición, según el art. 675, será **el mismo contrato de mandato**. En efecto, perfeccionado el contrato nace para el mandatario la obligación de ejecutar el encargo que se le ha confiado y ésta es una obligación **DE HACER**. Pero una vez cumplido el encargo, surge para el mandatario la obligación de entregar al mandante las cosas que le pertenecen, dado que el negocio se ha realizado "por cuenta y riesgo" de éste (art. 2116). Y ésta es una obligación DE DAR (arts. 2153 y 2157) que impone al deudor (en este caso, al mandatario), la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, la de conservarlo hasta su entrega (art. 1547). Luego, el mandatario que transfiere al mandante, en dominio, las cosas adquiridas para éste, en ejecución del encargo que ha recibido, paga lo que debe (art. 1568). Y la causa del pago que efectúa es la obligación de dar que ha nacido de la ejecución del mandato que se le ha confiado (art. 2157). Por ende, no sólo no es necesario recurrir a otro contrato que haga las veces de título traslativo de dominio, tal como la venta, sino que es errado hacerlo. El título, como se ha dicho, es el propio contrato de mandato y la tradición que se efectúa es el pago de lo que el mandatario debe a su mandante. Mediante tal pago -tradición- el mandatario extingue la obligación contraída para con éste a raíz del cumplimiento o desempeño de su cometido. Así lo ha resuelto la jurisprudencia.

3º Traspaso de las deudas: el mandante debe cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario a su propio nombre, en la medida que dichas obligaciones se enmarquen en el cometido encargado. Por eso, el mandante, junto con recibir los créditos y derechos reales, debe hacerse cargo de las deudas. Con todo, el traspaso de las deudas al mandante no libera al mandatario frente a los terceros que contrataron con él (y que ignoraban la existencia del mandante), según las reglas generales. De tal forma, si el mandatario fuere demandado por el tercero, no podrá excepcionarse alegando que el deudor es el mandante. Este, a su vez, en el supuesto de haber aceptado el traspaso de las deudas, estará obligado frente a los terceros con el carácter de codeudor solidario o subsidiario, según decida el tribunal

interpretando la naturaleza o espíritu del convenio (1635). **Por lo tanto, los terceros podrán dirigirse contra el mandatario o contra el mandante, para exigir el cumplimiento de la obligación. Podríamos afirmar que después del traspasode las deudas al mandante, tanto éste como el mandatario están obligados a la deuda, pero en la contribución a la deuda, el mandante ha de reembolsar al mandatario, si éste hubiere pagado.**

- La acción de rendición de cuentas es personal y, por lo tanto, deberá intentarse contra el mandatario o sus herederos, pues esta obligación del mandatario es transmisible. La acción prescribe, según las reglas generales, en cinco años contados desde que la obligación se hizo exigible, o sea, desde la expiración del mandato, si no se ha estipulado plazo para la rendición de cuentas o desde la expiración del plazo en caso de haberse estipulado. Se ha fallado que la prescripción que puede alegar el mandatario es la extintiva de la obligación de rendir cuentas; no podría alegar, en cambio, la adquisitiva de las cosas adquiridas "en su propio nombre" y **por cuenta del mandante, pues respecto de ellas el mandatario es un mero tenedor. Importante: Según Stitckin esta doctrina es errada. Si se reputa mero tenedor al mandatario que adquirió la cosa a su propio nombre, es menester atribuir el dominio al mandante y no se advierte cómo ha podido adquirirlo sin que medie a su favor el título y el modo de adquirir correspondiente. La doctrina del fallo sólo es valedera en el caso que el mandatario contrata a nombre del mandante en su representación, pues en este caso sería mero tenedor.**

4. Obligaciones del Mandante.

1) Debe cumplir con las obligaciones que han sido contraídas por el mandatario. (2160)

a) Requisitos para que proceda este efecto.

1) Mandatario debe obrar a nombre del mandante ya que si el mandatario ha actuado a su propio nombre no obliga al mandante respecto de terceros. (2151). Ante los terceros con los cuales contrata, el mandatario sólo representará al mandante cuando actúe a nombre del mismo, evento en el cual el mandante se obliga frente a los terceros. La misma idea del art. 2160 se recoge en el art. 1448. Por el contrario, si el mandatario actúa a nombre propio no obliga al mandante: art. 2151. El obligado ante los terceros será el mandatario, sin perjuicio que, frente al mandante, subsisten para el mandatario las obligaciones propias del mandato: deberá rendir cuenta de su gestión y el mandante podrá exigirle que le ceda las acciones que el mandatario tiene contra los terceros con los cuales contrató a nombre propio. Con todo, una vez que el mandatario rinda la cuenta y traspase todos sus derechos y obligaciones al mandante, éste quedará vinculado con los terceros que contrataron con el mandatario

2) Mandatario debe obrar dentro de los límites del mandato.

3) Aun cuando no concurren los requisitos anteriores el mandante será obligado si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su

nombre (2160)

b) Efectos de la extralimitación del mandato (2154).

En principio si el mandatario se extralimita en sus facultades solo responde frente al mandante y no respecto de terceros quienes entonces se verán perjudicados. Por excepción el mandatario deberá responder respecto de terceros en los siguientes casos:

- Cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes (no le exhibió el título en que constaba el mandato). La falta de diligencia es imputable al mandatario, protegiendo la ley a los terceros que de buena fe han contratado con el mandatario, creyendo que sus poderes eran más amplios que los que en definitiva

tenía. Así, por ejemplo, se otorgó una contraescritura mediante la cual se le restaron facultades al mandatario y no informó de ello a los terceros ni se practicó anotación al margen de la primera escritura, dando cuenta de la modificación del mandato. **Stitchkin señala que la responsabilidad del mandatario ante los terceros, es de carácter extracontractual, y emana de la culpa o del dolo, es decir, se trata de un cuasidelito o de un delito.** Ello, porque entre el mandatario que actúa en representación del mandante y los terceros que contratan con él, no hay un vínculo jurídico; éste, nace entre el mandante y dichos terceros. La importancia de esta conclusión reside en la prueba: si los terceros pretenden que el mandatario es responsable por no haberles dado suficiente conocimiento de sus poderes, deberán probar esta circunstancia y a falta de esa prueba el mandatario será absuelto.

- Cuando el mandatario se haya obligado personalmente. El mandatario ha informado a los terceros con quienes contrata de sus poderes limitados, pero asume la responsabilidad ante éstos, en caso de que el mandante no ratifique lo actuado por el mandatario, más allá de los límites del mandato. Se trata de un caso similar al del artículo 1450, referido a la promesa de hecho ajeno, con la diferencia que, en ésta, no hay representación de por medio.

c) Casos en que el mandatario se convierte en agente oficioso. (2122).

- Cuando ejecuta de buena fe un acto nulo: cuando el mandatario ignora tal circunstancia; se trata en verdad de un caso en que la ley admite el error de derecho, permitiendo al agente oficioso reclamar el reembolso de los gastos en que ha incurrido (pero no de la remuneración, pues no es verdadero mandatario).
- Cuando por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato.

d) Ejecución parcial del mandato (2161).

Si el mandato debió ejecutarse íntegramente, la ejecución parcial no obligará al mandante sino en cuanto le aprovechare. El mandatario responderá de la inejecución del resto en la forma prevista en el artículo 2167. Así, por ejemplo, cuando una inmobiliaria encargó al mandatario comprar, simultáneamente, varios inmuebles contiguos, necesarios, atendida la sumatoria de sus superficies, para llevar adelante un proyecto inmobiliario.

2) Debe proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del

mandato (2158 N.º 1).

El mandatario no está obligado a emplear recursos propios en la ejecución del encargo, razón por la cual si el mandante no cumple con esta obligación el mandatario está facultado para renunciar al encargo. (2159). Ejemplo: compraventa; dinero para pagar el precio.

3) Obligación de indemnizar al mandatario.

Esta indemnización comprende los siguientes.

1) El reembolso de los gastos **razonables** causados por la ejecución del mandato (2158 N.º 2). Si hubo gastos que no estaban considerados el mandatario tendrá que acreditarlos en su rendición de cuentas

2) El reintegro de las anticipaciones de dinero con intereses corrientes (2158 N.º 4). Lo anterior, porque no resulta razonable que el mandatario soporte gastos por él financiados, pero que resultaron imprescindibles para llevar a cabo el cometido encargado por el mandante. En este caso, hay un mutuo del mandatario al mandante. Si el mandatario tuvo que poner dinero de su bolsillo tendrá que restituirse ese dinero debidamente aumentado con los intereses correspondientes.

3) El pago de las pérdidas en que el mandatario hubiere incurrido sin culpa y por causa del mandato.

4) Obligación de remunerar al mandatario (2158 N.º 3).

Deberá pagarse la remuneración estipulada o usual y se trata éste de un elemento de la naturaleza del contrato. A falta de estipulación, será el juez quien determine los honorarios del mandatario, de acuerdo a lo usual en negocios similares. Para que el mandato sea gratuito, las partes expresamente deberán estipularlo.

Características de las obligaciones antes señaladas:

1. Son ineludibles: por este motivo el artículo 2158 inciso final señala que el mandante no puede dispensarse de cumplir con estas obligaciones alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; **salvo que le pruebe la culpa**. Esta es una excepción a la regla general del onus probandi, puesto que por regla general la culpa se presume, y en este caso precisamente debe probarse la culpa.

2. El mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado autoriza por su parte al mandatario para desistir de su encargo. Art. 2159
Manifestación del Art.1552

3. Procede el derecho legal de retención a favor del mandatario y por lo tanto éste se encontrará facultado para retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que el mandante fuere obligado (2162).

6. Extinción del mandato.

1. Por el desempeño del negocio para el que fue constituido (2163 N.º 1).

2.Expiración del término o por el evento de la condición prefijados para la terminación del mandato (2163 N.º 2).

3. Revocación del mandante: 2163 N.º 3:

La revocación no es una causal general de término de los contratos, tal como se desprende del artículo 1545.

- En el caso del mandato es un contrato intuito persona, es un contrato de confianza que por regla general va en beneficio del mandante, circunstancias todas que permiten al mandante revocar el mandato conferido a su arbitrio careciendo de importancia si el mandato es gratuito o remunerado (2165).
- Cabe consignar, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 241 del Código de Comercio, que señala: "El comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros".
- No se podrá revocar tampoco por la sola voluntad del acreedor, el mandato conferido conjuntamente por éste y por el deudor, a un tercero, para que reciba el pago, artículo 1584: "La persona designada por ambos contratantes para recibir, no pierde esta facultad por la sola voluntad del acreedor; el cual, sin embargo, podrá ser autorizado por el juez para revocar este encargo, en todos los casos en que el deudor no tenga interés en oponerse a ello."
- En un caso, el Código Civil faculta a revocar un mandato, a persona distinta de aquella que lo confirió: es la situación contemplada en el artículo 2171, que alude al mandato otorgado por la mujer siendo soltera y que luego es revocado por su marido, habiendo sociedad conyugal.

a) Formas de revocar el mandato:

- Expresa o Tácita: Es tácita la revocación cuando se encarga el negocio a otra persona (2164 inciso1).
- Total o Parcial: El Art. 2164 inciso 2. Señala que, si el primer mandato es general y el segundo especial, subsiste el primer mandato para los negocios no comprendidos en el segundo

b) Efectos de la revocación.

La revocación produce sus efectos desde que **el mandatario ha tenido conocimiento de ella** (2165). Respecto de terceros se le va a aplicar el artículo 2173.

Una vez que el mandante revoca el mandato tiene derecho a exigir al mandatario la restitución de los instrumentos que haya puesto en sus manos para la ejecución del mandato. Si alguno de esos documentos pudiera servir al mandatario para justificar sus actos el mandante deberá darle copias de ellos firmadas de su mano. Art.2166

La práctica aconseja notificar la revocación del mandato a través de notario o judicialmente, para que exista constancia fehaciente. Además, si el mandato se había otorgado por escritura pública, la escritura mediante la cual sea revocado, debe anotarse al margen de la matriz de la primera (artículo 1707 del Código Civil) y si se trata de un mandato mercantil, conferido al mandatario de una sociedad, subinscribirse al margen la inscripción societaria.

4. Renuncia del mandatario. 2163 Nº 4

Aspectos importantes:

1) La renuncia del mandatario no pone fin de forma inmediata a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados. (2167 inciso 1).

2) En el evento que el mandatario no haya dejado transcurrir este plazo razonable será responsable de los perjuicios que irroque al mandante salvo 2 casos de excepción:

- Cuando se encuentre imposibilitado de administrar por enfermedad u otra causa.
- Cuando la administración le esté ocasionando graves perjuicios a sus intereses propios. (reconoce de alguna forma la teoría de la imprevisión).

3) El mandatario se encuentra autorizado para renunciar al encargo siempre que el mandante no haya cumplido con sus obligaciones (2159). Acá la ley utiliza la voz "desistirse". Según David Stichkin el desistimiento a que se refiere la ley no debe confundirse con la renuncia del mandatario. Ésta supone una facultad ejercida por el mandatario independientemente del cumplimiento o incumplimiento por parte del mandante de las obligaciones que le impone la ley. De aquí que el mandatario no pueda renunciar arbitrariamente y deba cuidar que su renuncia no cause perjuicios al mandante, art. 2167.

El desistimiento, en cambio, es un derecho que la ley confiere al mandatario fundado en el incumplimiento de las obligaciones correlativas del mandante y por eso debe obtenerse una declaración judicial en ese sentido, ya que nadie puede hacerse justicia por sí mismo. En otros términos, el desistimiento a que se refiere el art. 2159 equivale a la condición resolutoria que va incorporada en todo contrato bilateral y que autoriza a la parte cumplidora para pedir la terminación del contrato, salvo que el desistimiento no opera con efectos retroactivos, dada la naturaleza especial del mandato.

4) Si se trata del mandato judicial, el procurador estará obligado a poner la renuncia en conocimiento de su mandante, junto con el estado del juicio, y se entenderá vigente el poder hasta que haya transcurrido el término de emplazamiento desde la notificación de la renuncia al mandante.

5) Tratándose del mandato mercantil, el artículo 242 del Código de Comercio advierte que "La renuncia no pone término a la comisión toda vez que cause al comitente un perjuicio irreparable, sea porque no pueda proveer por sí mismo a las necesidades del negocio cometido, sea por la dificultad de dar un sustituto al comisionista"

5. Por muerte del mandante o del mandatario:

La muerte no es una causal general de terminación del contrato ya que las obligaciones que emanan de la convención pasan a los herederos. En el caso particular del mandato la muerte pone término al contrato por tratarse de un contrato intuitu persona.

1. Por muerte del Mandante:

Por regla general la muerte del **mandante pone término al contrato**, salvo en los siguientes casos

a) Cuando de suspenderse las funciones del mandatario se siga un perjuicio a los herederos del mandante. En este caso el mandatario estará obligado a finalizar la gestión principiada. (2168).

b) Cuando el mandato ha sido conferido para ejecutarse después de muerto el mandante. Caso en el cual el mandato recibe el nombre de "post mortem" y los derechos y obligaciones del mandante se transmiten a sus herederos (2169). Se acepta generalmente que no vale el mandato para donar una cosa después de la muerte del mandante. En efecto, con arreglo al art. 1000, toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es un testamento y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento.

Se suscitan dudas sobre la forma que debe revestir el mandato para ejecutarse después de la muerte del causante. Hay quienes opinan que debe sujetarse a la forma de un testamento. Otros piensan que no es así y que puede revestir la forma de un acto entre vivos, esto es, simplemente de un contrato de mandato. Salvo, naturalmente, que se trate de un executor testamentario o albacea, pues la designación de éste debe hacerse en un acto testamentario

c) Mandato judicial no se extingue por la muerte del mandante (396 C.O.T.)¹⁸

d) En el caso del mandato mercantil, el artículo 240 del Código de Comercio establece que *"La comisión no se acaba con la muerte del comitente: sus derechos y obligaciones pasan a sus herederos"*.

2. Por muerte del Mandatario:

Siempre termina el mandato por la muerte del mandatario y sus obligaciones no se transmiten a sus herederos.

No obstante, lo anterior el legislador, en resguardo de los intereses del mandante, impone a los herederos del mandatario algunas obligaciones (la fuente de estas obligaciones es la ley, no el mandato)

En este sentido el Art. 2170 señala que los herederos del mandatario que fueren hábiles para la administración de sus bienes deberán:

- Dar aviso inmediato del fallecimiento del mandatario al mandante.
- Deberán hacer a favor del mandante lo que puedan y las circunstancias exijan.

La omisión de estas obligaciones hace a los herederos del mandatario responsables de los perjuicios.

Esta responsabilidad se extiende a los albaceas, tutores y curadores sucedan en la del mandatario que ha fallecido o se ha hecho incapaz (2170 inciso 2).

6. Por tener la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación el mandante o mandatario.

7. Por la interdicción del mandante o mandatario.

Si el mandante es declarado interdicto la administración de sus bienes corresponderá al curador que se designe.

Respecto del mandatario; se debe dar aviso al mandante.

Surge aquí un punto dudoso: la demencia sobreviniente del mandante, que no ha sido declarado interdicto, ¿pone fin al mandato por él conferido? Del tenor del artículo 2163, pareciera que no, pues la ley exige que se declare la interdicción. Pero no parece razonable tal conclusión, si consideramos que el mandatario, al concluir su gestión, no podrá rendirle cuenta a su mandante demente.

En dicho momento, necesariamente habría que obtener la interdicción y el nombramiento de un curador que reciba la rendición de cuenta. Admitimos que el punto, en todo caso, es dudoso. Stinchkin también concluye que la demencia sobreviniente del mandante pone fin al mandato, a partir del momento en que el mandatario y los terceros tengan conocimiento de la misma; pero sólo menciona como fundamento el artículo 1586, y ocurre que tal precepto alude a la demencia sobreviniente del mandatario, no la del mandante: "La persona diputada para recibir se hace inhábil por la demencia o la interdicción, por haber hecho cesión de bienes o haberse trabado ejecución en todos ellos; y en general por todas las causas que hacen expirar un mandato."

En lo que respecta al mandatario demente pero aún no interdicto, creemos que la respuesta es sencilla: el mandato debe entenderse expirado, pues siendo un absolutamente incapaz, no puede celebrar por sí mismo ningún contrato, y, además, se infringiría lo dispuesto en el artículo 2128 del Código Civil, que exige que el mandatario al menos sea un menor adulto. Adicionalmente, en las normas del pago, el citado artículo 1586 establece que la persona diputada para recibir se hace inhábil por la demencia o la interdicción, con lo que puede tratarse de cualquiera de esas hipótesis, o sea, habiendo o no interdicción.

8. Caso de la mujer mandataria. (Derogado)

Antes de la dictación de la ley 18.802 la mujer casada en sociedad conyugal era incapaz relativa, por este motivo si la mujer contraía matrimonio en sociedad conyugal se ponía término al contrato (se convertía en incapaz).

No obstante, lo anterior se mantuvo el artículo 2171 el cual señalaba que si la mujer ha conferido un mandato antes del matrimonio el mandato subsiste, pero el marido podrá revocarlo a su arbitrio siempre que se refiera a actos o contratos relativos a bienes cuya administración corresponda a éste (En este caso se podría decir que la mujer aún tiene un cierto grado de incapacidad, salvo que sean bienes que provengan de su patrimonio reservado)

9. Por la cesación de las funciones del mandante si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas.

Por ejemplo: yo era gerente, conferí un mandato y luego dejo de ser gerente, esa situación extingue o pone término al contrato,

Esta causal de término se aplica respecto de actos que producen efectos personales en el patrimonio de la persona que deja de ocupar el cargo y no produce efectos respecto de los actos o contratos que digan relación con la administración de la compañía, ya que en nuestro derecho societario se aplica la teoría del órgano y en consecuencia se entiende que el poder fue dado por el órgano entendiéndose que el poder fue conferido por el órgano y no por la persona que ejerce el cargo.

Stitchkin menciona, a vía de ejemplos, los siguientes: el mandato conferido por el tutor para la gestión de los negocios que conciernen al pupilo, expira terminada que sea la tutela; el mandato otorgado por el padre o madre en representación del hijo sujeto a patria potestad, expira desde que cesa la patria potestad. Agrega que el mandato conferido por el representante de una persona jurídica termina desde que el mandante cesa en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, la Corte Suprema ha fallado que ese mandato debe considerarse como ejecutado por la persona jurídica, de manera que si el que lo convino cesa en su cargo, no es aplicable el número 9 del artículo 2163. Stitchkin señala que esta doctrina es infundada, pues la letra de la ley no permite llegar a tal conclusión. Señala también que la delegación termina junto con el mandato en cuya virtud se hizo. Hay jurisprudencia en tal sentido.

10. Falta de uno de los mandatarios conjuntos (2172).

Si son dos o más los mandatarios y por la constitución del mandato están obligados a obrar conjuntamente, la falta de uno de ellos pondrá fin al mandato.

7. Efectos de la terminación del mandato Art. 2173

- 1.** Si el mandato expira por causa ignorada por el mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante. (válido porque no tenía conocimiento de la causal)
- 2.** Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiere el mandato a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo haya hecho expirar hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.
- 3.** Cuando el hecho que ha dado lugar a la expiración del mandato hubiera sido notificado al público por periódicos, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez absolver al mandante (de las obligaciones del mandante para con el tercero. La razón de la absolución es que el legislador entiende que el tercero se encontraba de mala fe)

CONTRATO DE TRANSACCIÓN.

A. Definición: Artículo 2446

"La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual ". Si bien la disposición citada no lo señala la doctrina está de acuerdo en agregar a esta definición: **"haciéndose las partes sacrificios o concesiones recíprocas"**.

No debemos confundir el concepto jurídico de la transacción con su acepción común o vulgar que alude en general a los negocios o tratos que acuerdan las personas. La transacción jurídicamente hablando, tiene un significado mucho más preciso.

B. Características:

1. Contrato Consensual, se perfecciona por el solo consentimiento.

Se aplica a este caso el límite de la prueba de testigo de los artículos 1708 y siguientes, por lo tanto, es recomendable otorgar este contrato por escrito (como es una solemnidad por vía de prueba la sanción será la inoponibilidad no la nulidad).

2. Es un contrato Bilateral

Ya que las partes deben efectuar concesiones recíprocas.

3. Es un contrato Oneroso: tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro.

4. Es un equivalente jurisdiccional ya que produce el efecto de cosa juzgada en última instancia (Art.2460).

5. Generalmente es un contrato Conmutativo.

6. Contrato Principal.

2. Puede ser un título translativo de dominio (703 inciso final) y también declarativo de dominio.

3. Contrato intuitu personae: por ende, puede anularse por error en la persona, a pesar de ser onerosos, lo que constituye una excepción a la regla general del Art. 1455.

C. Elementos típicos de la transacción

Además de las exigencias del Art.1445 la transacción requiere de ciertos elementos específicos:

1. Existencia de un derecho dudoso:

Debe existir incertidumbre acerca del cual de las pretensiones opuestas de cada parte tiene verdaderamente fundamentos jurídicos.

Esta incertidumbre basta con que sea subjetiva, es decir que las partes del contrato o los sujetos en pugna no estén absolutamente seguras del derecho que disputan. En este sentido el artículo 2446 inciso 2 señala que no es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

El artículo 2455 agrega que es nula la transacción si al tiempo de celebrarse el contrato estuviere terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. (es nulo por falta de causa del acto jurídico)

2. Concesiones reciprocas:

Se entiende que son las renunciaciones parciales que a sus respectivas pretensiones hacen todas o cada una de las partes para precaver o zanjar la litis. No es necesario que las prestaciones o concesiones sean iguales o equivalentes.

En el evento que falten las concesiones reciprocas no estaremos frente a una transacción sino solo frente a una renuncia (por ejemplo, desistimiento de una demanda.)

3. Capacidad para transigir:

- La transacción es siempre un acto de disposición, conduce a una enajenación. Ello es muy claro cuando recae en un objeto no disputado transfiriéndose su propiedad; pero también habrá un acto de disposición al reconocer o declarar un derecho preexistente, pues tal acto, pues tal acto envuelve siempre la renuncia a lo menos parcial de un derecho.

- La regla general está en el artículo 2447 en orden que no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.

- En el caso de las personas sujetas a tutela o curatela para transigir sobre sus derechos que se avalúen en más de un centavo y sobre los bienes raíces será necesaria aprobación judicial so pena de nulidad. Art.400.

- El mandatario para transigir requiere de poder especial y en este poder deben encontrarse especificados los bienes, derechos y acciones sobre que se quiere transigir. (2448). En el caso del mandato judicial se requiere también facultad especial para transigir (7 inciso 2 c.p.c). Este artículo no exige que se señalen los bienes, derechos y acciones sobre los cuales recaerá la transacción.

D. Objeto de la transacción.

1. Debe existir: Así lo señala el Art.2452; No se puede transigir sobre los derechos ajenos o inexistentes: Art. 2452. Cabe precisar, en lo tocante a los derechos ajenos, que la transacción no es "nula", sino inoponible al titular de los derechos.

2. Debe ser comerciable: La ley se ha encargado de regular de forma particular algunos casos:

- La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción criminal. (2449).

- No se puede transigir sobre el estado civil de las personas. (2450). Esta regla no impide que se transija sobre las consecuencias pecuniarias de un determinado estado civil (por ejemplo, si se litiga sobre un derecho de herencia).

- La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley no valdrá sin aprobación judicial, ni podrá el juez aprobarla si en ella se contraviene lo dispuesto en los artículos 334 y 335 (2451), es decir cuando la transacción lleva envuelta una renuncia, cesión o compensación de alimentos. A contrario sensu son comerciables las pensiones alimenticias forzosas atrasadas y las voluntarias sean atrasadas o futuras.

E. Nulidad de la transacción.

1. Dolo y violencia: 2453.

2. Error en el objeto: 2457. El error acerca de la identidad del objeto anula la transacción. (Error in corpore u obstáculo Art.1453)

3. Error de cálculo: 2458. El error de cálculo no anula la transacción solo da derecho a que se rectifique el cálculo.

4. Error en la persona: 2456.

La transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige de manera tal que si se cree transigir con otra podrá rescindirse la transacción.

5. Transacción celebrada en consideración a un título nulo (2454).

En este caso la transacción adolecerá de nulidad salvo que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título. Para estos efectos el título es el acto del que nace el derecho objeto de la transacción, y no el instrumento o documento material en el cual conste. En realidad, en este caso estaríamos ante un caso de error, al creer las partes que el derecho era válido. Ejemplo: un heredero que transige con un legatario, en circunstancia que el testamento es nulo. Excepcionalmente, la transacción será válida, cuando las partes tratan expresamente sobre la nulidad del título

6. Cuando hay títulos falsificados: 2453. Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por título falsificados. En este caso la palabra título designa el documento en el cual consta el derecho que se transige.

7. Transacción de un proceso terminado por sentencia firme. 2455. la transacción será válida en todo si las partes conocían el fallo y no obstante ello, transigen.

8. Transacción sobre ciertos objetos que títulos posteriormente descubiertos demuestran que una de las partes no tenía derecho alguno (2459).

En este caso podrá rescindirse la transacción cuando concurren los siguientes requisitos

1) Que aparezcan títulos o documentos auténticos que demuestren que una de las partes no tenía derechos.

2) Que los títulos hayan sido desconocidos de la parte cuyos derechos favorecen.

3) No será nula la transacción cuando ella no recaiga sobre determinado objeto en particular, sino sobre toda la controversia existente entre las partes.

En esta situación el descubrimiento posterior de los títulos no anula la transacción a menos que estos títulos hubieren sido extraviados u ocultados por la parte contraria, si el dolo ha recaído sobre uno de los objetos de que se ha transigido la parte perjudicada podrá pedir la restitución de ese objeto en particular.

En esta disposición el código reniega del invariable principio de la indivisibilidad de la transacción. La situación supone el derecho a pedir la rescisión del contrato en favor de la persona cuyos derechos favorecen ciertos títulos desconocidos, siempre que estos títulos se refieran al objeto sobre el que se ha transigido. Por ej.: dos

herederos que se disputan un bien que, en la transacción, se le reconoce a uno de ellos que, después, resulta no ser tal heredero en la ignorancia del otro. Pero si la transacción no se refiere a un solo objeto sino a varios y en definitiva es la controversia misma la que se resuelve con el arreglo, la transacción no es rescindible sino en cuanto los títulos hubieren sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria. Si el dolo se refiere a uno de los objetos, este solo puede ser reivindicado, pues al aparecer el título autentico, desaparece la discusión.

F. Inoponibilidad de la Transacción.

1) Cuando se ha transigido sobre una cosa o derechos ajenos. Art. 2452. Cabe precisar, en lo tocante a los derechos ajenos, que la transacción no es “nula”, sino inoponible al titular de los derechos.

2) Si se transige con el poseedor aparente de un derecho. No puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho (2456 inc. 3). Es decir, es válida pero inoponible al dueño. (700 inciso 3).

G. Efectos de la transacción.

1. Principio General: (2461): como todo contrato, produce efecto solo entre las partes, Art. 2461. Consecuencias:

1. Si son varios los interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno no aprovecha ni perjudica a los otros, Art. 2461 inciso 2.

2. Si son muchos los interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por el uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; esta norma tiene especial importancia en el caso de la solidaridad, y para determinar su alcance, hay que hacer algunas distinciones:

1º Efectos de la transacción consentida por un codeudor solidario, sin que haya novación: por regla general, cuando una obligación solidaria se extingue por uno de los codeudores, se extingue también respecto de los demás; tal constante, que se da respecto a cualquier medio de extinguir las obligaciones, se altera en la transacción, por tratarse de un contrato intuitu personae. Por ello, si la transacción es consentida por uno de los codeudores solidarios, no se extiende a los otros, a menos que dicha transacción envuelva una novación de la obligación solidaria;

2º Efectos de la transacción consentida por un codeudor solidario cuando aquella envuelve novación: si la transacción con uno de los codeudores envuelve una novación, los otros codeudores se liberan de la obligación (lo que guarda perfecta concordancia con los artículos 1519 y 1645).

2. Relatividad en cuanto al objeto.

Los efectos de la transacción se limitan a los derechos sobre los cuales se ha transigido sin extenderse a otros, de lo cual se derivan las siguientes consecuencias:

1) Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos la renuncia general de todo derecho deberá entenderse solo relativa al objeto u objetos sobre que se

transige. Art. 2462

La Corte Suprema ha fallado que esta disposición no se aplica cuando se transige sobre una universalidad.

2) Si una de las partes ha renunciado el derecho que le corresponde por un título y después adquiere otro título sobre el mismo objeto, la transacción no lo priva del derecho posteriormente adquirido. Art. 2464

Ejemplo: renuncio a una propiedad y posteriormente la compro.

3) Cosa Juzgada: La transacción produce efecto de cosa juzgada en última instancia.

Diferencias entre transacción y sentencia:

a. Transacción: Se puede pedir la nulidad.

Sentencia: No se puede cuando está ejecutoriada.

b. Sentencia ejecutoriada: Es siempre un título ejecutivo.

Transacción: Va a depender de la forma en que ella se otorgue.

4) Estipulación de una cláusula penal (2463).

Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes. Existe una alteración a las reglas generales en particular al artículo 1537 ya que este exige que para pedir conjuntamente la pena y el cumplimiento de una obligación al mismo tiempo haya sido así estipulado expresamente por las partes.