

TITULO XIV.

(TITULO XIII DEL CÓDIGO CIVIL).

DEL MANDATO. (1)

CAPITULO I.

NOCIONES GENERALES.

§ I.—DEFINICION Y CARACTERES.

332. El art. 1984 define el mandato en estos términos: «El *mandato* ó *poder* es una acta por la que una persona da á otra el poder de hacer alguna cosa por el mandante y en su nombre. El contrato sólo se forma por la aceptación del mandatario.» Esta definición está criticada por todos los autores. Confunde el mandato con el poder; por esto es por lo que la ley dice que el *mandato* es una *acta*; esto es verdad para el *poder*, expresión que designa el escrito por el que el mandante da al mandatario el poder para representarlo en el negocio que es objeto del mandato. Este escrito sólo hace constar la voluntad del mandante, y no basta con

1 Fuentes: Pothier, *Del contrato de mandato*, Troplong, *Del mandato*, París, 1846, 1 vol. en 8.º Domenget, *Del mandato, de la constitución y de la gestión de negocios*, 2 vols. en 8.º (París, 1862) Pont, *De los pequeños contratos*, t. I (París, 1863).

la voluntad de una de las partes para formar un contrato; por eso el art. 1984 agrega que el contrato sólo se forma por la aceptación del mandatario. (1) Los autores del Código han hecho mal seguramente en confundir con el contrato de mandato el escrito en que ni consta este mismo contrato; y aunque constara en él siempre sería un error grave confundir la prueba literal con el hecho jurídico que está destinado á establecer. La confusión es desgraciadamente muy frecuente, como lo hemos dicho al tratar de la prueba en el título *De las Obligaciones*, y la confusión arrastra errores inevitables.

Se ha hecho otro reproche á la definición del art. 1984; supone que aquel á quien un mandato ha sido dado debe promover y obrar en nombre de un mandante; mientras que hay un mandato muy frecuente, el contrato de comisión, en el que el mandatario obra en su propio nombre. (2) Esto es verdad, pero no hay que criticar á los autores del Código Civil por no haber comprendido en su definición un contrato que pertenece al derecho comercial.

333. Por defectuosa que sea la definición del art. 1984 da á conocer los caracteres esenciales del mandato. El mandatario se encarga de hacer alguna cosa por el mandante y en su nombre. Volveremos á ocuparnos de las cosas que pueden ser objeto del mandato. No basta que una persona se obligue á hacer una cosa por otra, este carácter se encuentra en toda obligación que tiene por objeto algún hecho; es necesario, para que haya mandato, que la persona que obra lo haga *en nombre del mandante*; tal es el carácter esencial del mandato, carácter que lo distingue de un contrato con el que parece tener una grande analogía, el contrato de arrendamiento ó de industria. Hay un mandato cuando el deudor hace un acto jurídico por el acreedor á

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 634, nota 2, pfo. 410.

2 Troplong, *Del mandato*, núms. 7 y 8.

quien representa para con terceros, con los que trata en nombre de aquel que le encargó representarlo. Hago una compra como mandatario de Pablo: ¿quién figura en esta acta como comprador? No soy yo, aunque hable en el contrato y que firme el acta; es Pablo, pues yo no compro en mi nombre y para mí, compro por Pablo y en su nombre; en este sentido lo represento para con el vendedor; Pablo contrata por mi intervención, figura en el contrato y habla en él por mí, que soy su representante. También Pablo únicamente está obligado por los compromisos que resultan de la venta; yo no estoy obligado, pues no hablé en mi nombre.

No pasa lo mismo en el arrendamiento de obras ó de industrias. El deudor que arrienda sus servicios ó que se obliga á hacer una obra trabaja, es verdad, para el amo, pero no lo representa, no obra en su nombre. Si contrae una obligación para con terceros, para llenar su compromiso, se obliga personalmente; el amo no está obligado, pues no está representado por el deudor. Esto es verdad, cualquiera que sea la obligación de hacer contratada por el deudor, que el hecho sea material ó intelectual; desde que el deudor no representa á aquél para quien obra no hay mandato. En el lenguaje ordinario se dice que el notario es un mandatario de las partes cuando redacta una acta de sus convenciones; esto no es exacto, pues el notario no representa á las partes, éstas figuran personalmente en el acta y el notario ni siquiera tiene el derecho de representarlas en ella; interviene para redactar una acta de las convenciones fijadas por las partes y para darle el carácter de autenticidad. En el lenguaje jurídico hay que decir que arrienda sus servicios; el contrato es un arrendamiento, no es un mandato. Sucedería de otro modo si el notario girara mis bienes ó negociara un negocio cualquiera para mí y en mi nombre; en este caso sería un mandatario, me obligaría al tra-

tar con los terceros como mi representante. Lo que decimos del notario se aplica á todas las profesiones liberales. El médico que me cuida no es mi mandatario, pues no me representa en nada, me arrienda sus servicios; el abogado que litiga por mí no es mi mandatario, pues no me representa en justicia; es un poderdante, quien me representa y quien es mi mandatario; el abogado, como el médico, arriendan sus servicios. Lo mismo pasa con el preceptor que dirige la instrucción y educación de mis hijos; no me representa, aunque hace lo que yo pudiera y debiera hacer; él es quien obra y en su nombre, no soy yo quien obra por su ministerio.

334. Esta consecuencia que deducimos de la definición del mandato dada por el art. 1984 está vivamente controvertida. Se objeta que es contraria á la teoría romana, la que también era la de nuestro derecho antiguo. Esto es verdad, pero queda por saber si el Código no ha derogado la tradición y si tuvo razón de derogarla. Los juriconsultos romanos, y Pothier después de ellos, enseñan que el mandato difiere del arrendamiento de obras; primero, en que es esencialmente gratuito: se puede, en verdad, recompensar los servicios que presta un mandatario, pero esta recompensa no es un salario, son honorarios, y los honorarios no son nunca el equivalente del servicio prestado, y no pueden serlo. En efecto, y esto es un segundo carácter del mandato por el que se distingue esencialmente del arrendamiento de obras, la naturaleza de los hechos por cumplir por el mandatario no permite que se retribuyan, pues son obras de inteligencia; se les recompensa, no se pagan, porque el precio es inestimable: ¿quién tuviera, pues, la pretensión de retribuir los trabajos del abogado ó las atenciones del médico? El salario implica una obra natural que tiene un precio venal; son estos hechos los que forman el objeto del arrendamiento de obras ó de industria.

Autores de una gran autoridad, Merlin, Championnière, Troplong, han reproducido la doctrina tradicional. (1) Hemos dicho muchas veces que la tradición debe ser consultada para interpretar el Código cuando el legislador la ha consagrado; pero se entiende que la tradición no tiene valor alguno cuando la nueva ley deroga el derecho antiguo. Y basta abrir el Código Civil para convencerse de que la teoría romana no es ya la de nuestro derecho moderno. ¿Cuál era el punto de partida de la doctrina tradicional? Es que el mandato es esencialmente gratuito, no implica salario; sólo pueden reconocerse los servicios del mandatario dándole honorarios, no se le paga nunca. Y dice el Código: «El mandato es gratuito si no hay convención contraria» (artículo. 1936). Luego el mandato no es ya esencialmente gratuito, puede estar asalariado. Esta palabra *salario*, que hubiera sido incompatible con el mandato romano, el Código la pronuncia (art. 1992); en efecto, todo mandato que no es gratuito sólo puede ser asalariado. El Código ignora la palabra *honorarios*, no se encuentra en el título *Del Mandato*. Si las palabras han cambiado las ideas también han sufrido una profunda modificación. Cuando en 1789 la Asamblea constituyente quitó al clero el patrimonio llamado de los pobres los orgullosos prelados, olvidando la pobreza de Cristo, protestaron contra la ley que los asimilaba á unos asalariados. Se conoce la tronante contestación de Mirabeau: sólo hay dos modos de vivir, trabajando ganando su salario ó mendigando á menos que se prefiera robar. Todo trabajo, cualquiera que sea, merece un salario: luego no es el salario lo que puede distinguir á aquel que arrienda sus servicios por un precio y aquel que acepta un mandato asalariado.

¿Cuál es, pues, el carácter distintivo del mandato? Si en lugar de consultar la tradición los juriconsultos, imbuidos del pasado, tuvieran para el Código Civil el respeto que

1 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. IV, p. 512 nota 1, pfo. 371 bis.

conservan para el derecho romano, la cuestión que discutimos no se hubiera nunca suscitado, pues queda decidida por el primer artículo de nuestro título: el mandato tiene por objeto hacer alguna cosa por el mandante y *en su nombre*. Así la representación está escrita en la misma definición del mandato. ¿Se dirá que damos demasiada importancia á una definición que todo el mundo declara mala? Hay otros artículos aun más explícitos. El art. 1900 dice que los incapaces, mujeres casadas y menores emancipados pueden ser escogidos como mandatarios. Esto es una anomalía inexplicable; si el mandatario no es el representante del mandante, pues, la ley derogaría sin ninguna razón una regla fundamental de nuestro derecho, la que declara á la mujer y á los menores incapaces para contratar (art. 1124). La disposición se explica, al contrario, perfectamente en el sistema de la representación; ¿qué importa la incapacidad del mandatario? No es él quien obra, quien habla, quien contrata, es el mandante; es, pues, el mandante quien debe ser capaz, el mandatario sólo es un instrumento ó, como lo dice el Relator del Tribunado, es «un armazón que se hace inútil después de construido el edificio.» (1) Hay otra disposición que es decisiva. El mandatario contrata. ¿Es obligado? Nó. ¿Quién es? El mandante. ¿Por qué? Porque, dice Tarrible, el mandatario sólo representa al mandante. (2) Es, pues, el mandante quien contrata y quien se obliga para con los terceros, no es el mandatario. Decimos que esto es decisivo para la teoría de la representación; en efecto, no sucedía lo mismo en derecho romano; era el mandatario quien se obligaba con los terceros, porque sólo él figuraba en el contrato, no representaba al mandante. Luego el Código ha derogado la tradición romana; desde luego hay que hacer á un lado dicha tradición, ya sólo es historia. (3)

1 Tarrible, Informe núm. 10 (Loché, t. VII, p. 380).

2 Tarrible, Informe núm. 17 [Loché, t. VII, p. 382].

3 Pont, t. I, p. 417, núm. 826, y p. 414, núm. 825.

335. Se tiene tanta costumbre de venerar el derecho romano como razón escrita que una doctrina parece sospechosa por sólo que se aparte de la tradición romana. Ya sería tiempo de independizarse de esta superstición cuando ya se sacudieron preocupaciones mucho más poderosas. La humanidad moderna ya no conoce la razón escrita en derecho como en religión, la razón es progresiva y todos los elementos de nuestra vida obedecen á la ley del progreso. Nos será muy fácil demostrar que en la cuestión que tratamos el Código Civil es la expresión de la verdad mucho más que el derecho romano. Basta con leer á Pothier para convenirse de que la tradición romana es una serie de ficciones ó, como lo dice Pothier amenudo, de sutilezas; sólo que en la teoría del mandato no ha conseguido libertarse de las cadenas de la tradición, siempre tan poderosa en el espíritu de los jurisconsultos.

Es de la esencia del mandato el ser gratuito, dice Pothier, según el jurisconsulto romano Paul; si aquel que se encarga de un negocio recibe una suma de dinero como precio de la gestión el contrato no será un mandato, no será un contrato de arrendamiento de obra. Pero puedo muy bien ofrecer honorarios al mandatario; no es este el precio del servicio, pues el servicio no es cosa apreciable. La cosa se comprenderá mejor con un ejemplo, dice Pothier. Voy á buscar á un abogado célebre para rogarle se encargue de la defensa de mi causa; me dice que se encarga de ella. Le doy las gracias y puedo decirle que para darle una muestra de mi gratitud le daré el *Thesaurus* que no tiene en su biblioteca. Me contesta que acepta el presente que le ofrezco de buena voluntad. El *Thesaurus* es un honorario, no es un precio, pues la defensa de que se encarga el abogado es cosa inestimable. Luego el contrato permanece lo que es en su esencia: gratuito; es un mandato, no es un arrendamiento. (1)

1 Pothier, *Traatado del contrato de mandato*, núm. 23.

No sabemos si en tiempo de Pothier se usaba ofrecer á los abogados en lugar de honorarios el *Thesaurus* de Meerman; lo seguro es que en nuestros días se les dan billetes de Banco y como los litigantes podrían olvidar su tributo de agradecimiento concluida la causa el abogado exige y tiene razón de exigir que el cliente consigne una suma más ó menos grande, según la importancia del negocio. Si se substituye al *Thesaurus* de Meerman con algunos billetes de mil francos la cosa cambia súbitamente de faz; el honorario se parece á un salario, á tal punto que es difícil diferenciarlo. Que la defensa sea cosa inapreciable en teoría como toda obra de inteligencia, sea. Lo seguro es que de hecho se ofrecía y en caso de necesidad se taza. ¿Dónde está, pues, la diferencia entre el salario y el honorario?

Estas distinciones son dignas de la escolástica y Pothier hubiera debido dejarlas á los teólogos. Azotarse será una obra muy meritoria, pero se comprende que no sea del gusto de todos los pecadores. No hay que detenerse en eso, dice un confesor jesuita; un tercero puede azotarse por vosotros y transmitir el beneficio de esta buena obra á condición de que no le paguéis, pero nada impide que le hagáis un pequeño obsequio (*munusculum*). (1) Nos reímos de estas suertes dignas de un charlatán de feria. No imitemos á los reverendos padres y dejémosles la distinción entre los billetes de 1000 francos que son un obsequio y los billetes de Banco que son el precio de una venta. En uno y otro caso hay tráfico de las cosas llamadas santas y hay explotación de la tontera humana. El abogado, á diferencia del teólogo, presta un servicio real, emplea en él su tiempo y su inteligencia; tiene derecho á una remuneración; que se le llama salario ú honorario, nada importa. Y donde hay un servicio ofrecido y pagado hay arrendamiento. No es esto un mandato

1 El rasgo es histórico. Lo hemos citado en nuestro *Estudio de la historia de la humanidad*.

porque en nuestro derecho moderno el abogado no representa á su cliente.

336. Pothier hace otra distinción también escolástica. Los mandatarios á quienes se ofrecen honorarios tienen una acción para exigir su pago. ¿Cuál es esta acción? No es la acción *ex locato*, contesta Pothier, según las leyes romanas, es la *persecutio extraordinaria*, pues la recompensa que se les debe no es el precio de sus servicios, que son inestimables por naturaleza; se fija en lo que es de uso más comunmente dar por estos servicios. (1) ¿Cómo pudo Pothier prestar el apoyo de su nombre á semejantes sutilezas? Nada importa, en nuestras ideas modernas, que eran también las de Pothier, el nombre de la acción, y ¿qué importa también la jurisdicción ante la que debe intentarse? Desde que hay acción hay duda, y si la recompensa por un salario constituye una deuda el crédito es un salario, ya sea que se trate de un médico ó de un obrero. El contrato es, pues, idéntico, es un contrato de arrendamiento. (2)

337. Creemos inútil continuar este debate. Sólo una palabra más acerca del argumento de Troplong: dice que la distinción tradicional entre el honorario y la renta, entre el mandato y el arrendamiento de obra, es el hecho de la filosofía espiritualista en la que creyeron los jurisconsultos romanos y sus sucesores en el derecho francés. No admite que se pueda apartarse de ella sin lastimar el honor de las profesiones liberales, sin existir en ellas el espíritu de especulación que debe ser proscrito de ellas para el bien de la sociedad sin entregarse á los peligrosos errores de un materialismo desconsolador. (3) No nos atrevemos á decir que estas son sólo palabras y frases, puesto que el autor profesa una doctrina de que gustamos y que combate errores que,

1 Pothier *Del mandato*, núm. 26.

2 En este sentido Duvergier, *Del arrendamiento*, t. I, p. 288, núms. 267-274.

3 Troplong, *Arrendamiento*, núms. 807 y 811. Compárese *Mandato*, números 8, 58, 164 y siguientes, 237, 519 y siguientes.

como él, combatimos. ¿Pero cree el autor que se impedirá que el materialismo invada los espíritus llamando *mandato* lo que es un contrato de *arrendamiento*, y *honorario* lo que es un *salario*? El Código sería, pues, materialista, pues es el que pronuncia la palabra salario (art. 1992). Si se desborda el materialismo es porque falta la fe, y no se anima la fe con palabras; se la puede animar sólo predicando una religión que se confunde en esencia con la moral en lugar de una religión que consiste en dogmas ininteligibles que conducen á doblegar la conciencia y la razón ante la autoridad de un sacerdote. Y esta nueva fe debe ser predicada no sólo á los que ejercen profesiones liberales sino á todas las clases sociales; todas están llamadas á trabajar, y cualquiera que sea el trabajo es santo, y santifica porque moraliza. Nada es más falso que la pretendida distinción, la espiritualista, entre el trabajo mecánico y el trabajo intelectual; no hay trabajo puramente mecánico, excepto el de los maquinistas, y el hombre no es una máquina, es un sér que piensa y pone su inteligencia en todo cuanto hace. Guardémonos de decir y de hacer creer que la inmensa mayoría de los hombres entregados al trabajo corporal estén más abajo que aquellos que viven de su inteligencia: decir que asimilar el trabajo intelectual es materializar las profesiones liberales casi es decir que las profesiones mecánicas están consagradas al materialismo. No es así. No es la naturaleza del trabajo y de su remuneración lo que favorece el espiritualismo ó el materialismo: basta lanzar una mirada en derredor de sí para convencerse de ello. Estamos destinados á vivir la vida del alma, y si hay tantos que parecen vivir sólo la vida del cuerpo es que la fe antigua muere ó ya está muerta y que la nueva fe aun no toma posesión de las almas.

338. Puede haber salario en el mandato como lo hay siempre en el arrendamiento de industria. Ambos contratos

se distinguen, pues, no porque el mandatario recibe honorarios mientras que el obrero está asalariado, se distinguen por el carácter de representación que es esencial en el mandato y que es extraño al arrendamiento de obra ó de industria. El mandatario representa al mandante; cuando consta como tal es el mandante quien se obliga por su intermedio; los terceros tienen una acción directa contra el mandante, mientras que no la tienen contra el mandatario; por su parte el mandante tiene una acción directa con los terceros, porque los terceros han tratado con él y se han obligado para con él. Aquel que arrienda su industria no representa al dueño para quien trabaja y quien le paga, no puede estipular ni prometer por él, esto sería una estipulación ó una promesa por un tercero; y es de principio que no puede uno comprometerse y estipular en nombre propio más que por uno mismo (art. 1119).

Hay otras diferencias entre el mandato asalariado y el arrendamiento de industria. El mandato es un contrato unilateral; el mandatario contrae sólo obligaciones; el mandante sólo está obligado accidentalmente. En la opinión general se admite que este carácter subsiste aun cuando el mandato es asalariado. La cuestión es dudosa, en nuestro concepto; volveremos á ella. El arrendamiento de obra es siempre un contrato bilateral. Lo que es seguro es que el mandante puede revocar el mandato, y en este caso ya no debe salario. Mientras que el dueño no puede rescindir el contrato sino cuando es á prefiijo, y en este caso tiene que indemnizar al empresario por todo lo que éste hubiera podido ganar en la empresa (art. 1794).

Cuando el mandatario ha sido constituido por varias personas para una empresa común cada una de ellas está solidariamente obligada hacia él por todos los efectos del mandato (art. 2002). Si hay varios colocadores la solidaridad sólo